

Drittwirkung

Problem oddziaływania praw podstawowych
na stosunki między podmiotami prywatnymi
w Republice Federalnej Niemiec

Zapraszamy do naszej księgarni internetowej

www.tnoik.com.pl



prawolubni

Książka, którą nabyłeś, jest dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, abyś przestrzegał praw, jakie im przysługują. Jej zawartość możesz udostępnić nieodpłatnie osobom bliskim lub osobiście znanym. Ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz jej fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A kopiując jej część, rób to jedynie na użytek osobisty.

SZANUJMY CUDZĄ WŁASNOŚĆ I PRAWO!

Iwona Wróblewska

Drittwirkung

Problem oddziaływania praw podstawowych
na stosunki między podmiotami prywatnymi
w Republice Federalnej Niemiec



wydawca

© Copyright by

Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa · Stowarzyszenie Wyższej Użyteczności

„DOM ORGANIZATORA”

87-100 Toruń, ul. Czerwona Droga 8

tel. (+ 48 56) 622 38 07, 622 28 98

<http://www.tnoik.torun.pl>; e-mail wydawnictwo@tnoik.torun.pl

Unikatowy identyfikator wydawnictwa
TNOiK – „Dom Organizatora” w Toruniu
55800



Wydawnictwo
„Dom Organizatora”
jest członkiem
Polskiej Izby Książki

Recenzent

Prof. dr hab. Monika Florczak-Wątor
Uniwersytet Jagielloński w Krakowie

Powstanie i wydanie książki zostało sfinansowane
ze środków Narodowego Centrum Nauki
przyznanych w ramach projektu badawczego
nr 2014/15/B/HS5/03190

ISBN 978-83-67153-16-4 (printed version)

ISBN 978-83-67153-24-9 (pdf on-line)

Printed in Poland

Toruń

Wydanie I

Druk ukończono w 2022 r.

przygotowanie do druku

Projekt okładki

Piotr Kabaciński

Studio KROPKA dtp · Piotr Kabaciński

tel. kom. 602 303 814

e-mail: biuro@swk.com.pl

Wszystkie prawa zastrzeżone. Żadna część tej książki nie może być powielana ani rozpowszechniana za pomocą urządzeń elektronicznych, mechanicznych, kopiujących, nagrywających i innych, bez uprzedniego wyrażenia zgody przez wydawcę i autora.

Spis treści

Wykaz skrótów	9
Wstęp	11

Rozdział 1

Wprowadzenie do problematyki *Drittwirkung* 21

1.1. Wybrane elementy niemieckiej dogmatyki praw podstawowych	21
1.1.1. Systematyka praw podstawowych	21
1.1.2. Wymiary praw podstawowych	24
1.1.3. Funkcje praw podstawowych	26
1.2. Geneza terminu <i>Drittwirkung</i> i jego znaczeniowa niejasność . .	28
1.3. Pośrednie i bezpośrednie <i>Drittwirkung</i>	33
1.4. Internacjonalizacja problematyki <i>Drittwirkung</i>	35

Rozdział 2

Bezpośrednie *Drittwirkung* 47

2.1. Uwagi wprowadzające	47
2.2. Prekursorzy nauki o bezpośrednim <i>Drittwirkung</i>	48
2.3. Rozwój bezpośredniego <i>Drittwirkung</i> w orzecznictwie Federalnego Sądu Pracy i Trybunału Federalnego	52
2.4. Bezpośrednie <i>Drittwirkung</i> w świetle postanowień Ustawy Zasadniczej RFN	58
2.5. Krytyka w doktrynie prawa	64
2.6. Uwagi podsumowujące	67

Rozdział 3

Pośrednie *Drittwirkung* 69

3.1. Uwagi wprowadzające	69
3.2. Podstawy doktrynalne	69
3.3. Wyrok w sprawie <i>Lüth</i> i jego znaczenie dla dogmatyki praw podstawowych.	72
3.4. Koncepcja obiektywnego porządku wartości jako uzasadnienie pośredniego <i>Drittwirkung</i>	79

Rozdział 4

**Pośrednie *Drittwirkung* praw podstawowych
w orzecznictwie Federalnego Sądu Konstytucyjnego** 89

4.1. Periodyzacja orzecznictwa	89
4.2. Pierwszy etap kształtowania konstrukcji <i>Drittwirkung</i> : promieniujące działanie praw podstawowych	90
4.3. Konstytucjonalizacja prawa kontraktów: kombinacja elementów <i>Drittwirkung</i> i <i>Schutzpflichten</i>	99
4.4. Renesans pośredniego <i>Drittwirkung</i> w latach 90. XX w.	106
4.5. Oddziaływanie praw podstawowych w relacjach z udziałem podmiotu sprywatyzowanego, wykonującego funkcje publiczne.	116
4.6. Szczególna konstelacja i selektywne pośrednie <i>Drittwirkung</i> prawa podstawowego do równego traktowania.	125
4.7. Uwagi podsumowujące	135

Rozdział 5

Wnioski częściowe.

Zasadność podziału na pośrednie i bezpośrednie *Drittwirkung* 137

Rozdział 6

***Drittwirkung* – od wykładni prokonstytucyjnej
do wykładni w zgodzie z konstytucją?** 147

6.1. Uwagi wprowadzające	147
6.2. <i>Drittwirkung</i> jako wykładnia prokonstytucyjna	148

6.3. „Wykładnia w zgodzie z konstytucją plus” zamiast pośredniego <i>Drittwirkung</i>	154
6.4. Uwagi podsumowujące	159

Rozdział 7

Krytyczna rekonstrukcja *Drittwirkung* z perspektywy prawa prywatnego 161

7.1. Uwagi wprowadzające	161
7.2. Pośrednie <i>Drittwirkung</i> jako konstytucjonalizacja prawa prywatnego – „konstytucyjne prawo prywatne”	162
7.3. Odwołanie do klauzul generalnych jako świadectwo samoograniczenia Federalnego Sądu Konstytucyjnego?	167
7.4. Zakres kontroli konstytucyjności prawa prywatnego – Federalny Sąd Konstytucyjny jako „najwyższy sąd cywilny”	169
7.5. Uwagi podsumowujące	174

Rozdział 8

Teoretyczne ujęcia *Drittwirkung* 177

8.1. Uwagi wprowadzające	177
8.2. Koncepcja przypisania państwu działań podmiotów prywatnych J. Schwabego	178
8.3. Negacja <i>Drittwirkung</i> C.-W. Canarisa	182
8.4. Trzyplaszczynowy model <i>Drittwirkung</i> R. Alexy’ego	185
8.5. Teoria <i>Drittwirkung</i> zapośredniczonego w prawach skierowanych przeciwko państwu M. Borowskiego. Moralne uzasadnienie <i>Drittwirkung</i>	192
8.6. Uwagi podsumowujące	200

Rozdział 9

Obowiązki ochronne państwa (*Schutzpflichten*) 203

9.1. Uwagi wprowadzające	203
9.2. Koncepcja obowiązków ochronnych i jej geneza w RFN.	204
9.3. Wyroki w sprawach <i>Schwangerschaftsabbruch I</i> oraz <i>Schwangerschaftsabbruch II</i> i podstawowe założenia koncepcji państwowych	

obowiązków ochronnych w orzecznictwie Federalnego Sądu Konstytucyjnego	210
9.3.1. Obiektywnoprawny i normatywny wymiar obowiązków ochronnych	210
9.3.2. Zakres obowiązków ochronnych. <i>Untermaßverbot</i>	213
9.3.3. Podmiotowe prawo do ochrony.	216
9.4. Problem obowiązków ochronnych w orzecznictwie Federalnego Sądu Konstytucyjnego w zakresie wybranych praw podstawowych	218
9.4.1. Ochrona życia i zdrowia	218
9.4.2. Ochrona prawa własności	226
9.4.3. Ochrona praw słabszej strony umowy.	227
9.5. Doktryna prawa wobec <i>Schutzpflichten</i> (C.-W. Canaris, R. Alexy, J. Schwabe)	230
9.6. Podsumowanie: komplementarność <i>Drittwirkung</i> i <i>Schutzpflichten</i>	243
Zakończenie	253
Wykaz orzeczeń	261
Bibliografia	267
Indeks rzeczowy i ważniejszych nazwisk.	279

WYKAZ SKRÓTÓW

- KPP – Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej
- BAGE – Entscheidungen des Bundearbeitsgerichts
- BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (niemiecki kodeks cywilny z 18 sierpnia 1896 r.)
- BGHZ – Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
- BVerfGE – Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
- ETPC – Europejski Trybunał Praw Człowieka
- FSK – Federalny Sąd Konstytucyjny
- FSP – Federalny Sąd Pracy
- GG – Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec z 23 maja 1949 r.)
- HGB – Handelsgesetzbuch (niemiecki kodeks handlowy z 10 maja 1897 r.)
- SN – Sąd Najwyższy
- TF – Trybunał Federalny
- TK – Trybunał Konstytucyjny
- TSUE – Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
- UE – Unia Europejska

WSTĘP

Problematyka *Drittwirkung*, czyli działania praw podstawowych w stosunkach między podmiotami prywatnymi, jest jednym z najważniejszych zagadnień niemieckiej nauki prawa, które w zasadzie nieprzerwanie od połowy ubiegłego stulecia zajmuje kolejne pokolenia jurystów. Niemiecki prawnik C.-W. Canaris w wydanej pod koniec XX w. książce *Grundrechte und Privatrecht* zasłużenie określił ją jako „problematykę stulecia”¹. Jej geneza wiąże się ze słynnym rozstrzygnięciem Federalnego Sądu Konstytucyjnego z 1958 r. w sprawie *Lüth*, w którym sąd ten sformułował swoje podejście do kwestii obowiązywania praw podstawowych w prawie prywatnym i od którego po dziś dzień nie odstąpił. Mało które zagadnienie jest w niemieckiej nauce prawa dyskutowane z taką pasją, a poświęcony mu księgozbiór – tak rozbudowany. Mogłoby więc wydawać się, że tematyka ta została wyczerpana. I rzeczywiście, w ramach przedmiotowej dyskusji ukształtował się – w ślad za stanowiskiem FSK – pogląd, zgodnie z którym oddziaływanie praw i wolności konstytucyjnych nie ogranicza się do relacji między państwem a jednostkami, ale co do zasady w sposób pośredni kształtuje również relacje prywatnoprawne. Aczkolwiek nie udało się osiągnąć konsensusu w zakresie sposobu uzasadnienia tego oddziaływania i elementów je konstruujących. Jak zauważa R. Alexy, „dzisiaj powszechnie potwierdza się, że normy praw podstawowych oddziałują na relację

¹ C-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, Berlin–New York 1999, s. 10.

obywatel–obywatel i mają działanie horyzontalne, sporne jest jednak, jak i w jakim zakresie to czynią”². Inspiracji dla nowych odsłon dyskusji na ten temat dostarcza przede wszystkim działalność orzecznicza Federalnego Sądu Konstytucyjnego, który w kolejnych głośnych orzeczeniach zwraca uwagę na problem horyzontalnego oddziaływania praw podstawowych, z jednej strony potwierdzając, a z drugiej rozbudowując dotychczasowe *acquis constitutionnel* w tym zakresie. W ten oto sposób zaproponowana i – z różnym natężeniem, ale jednak konsekwentnie – stosowana przez Federalny Sąd Konstytucyjny od końca lat 50. XX w. konstrukcja pośredniego *Drittwirkung* jest przedmiotem zainteresowania nowych pokoleń uczonych, w dalszym ciągu wywołując opinie wahaające się od ostrożnej aprobaty po zdecydowaną krytykę.

Prezentowana publikacja jest wynikiem wieloletnich badań nad problemem oddziaływania praw podstawowych na stosunki między podmiotami prywatnymi, które to badania pierwotnie obejmowały również inne państwa. Problem, o którym mowa, nie jest bowiem – rzecz jasna – czysto niemieckim fenomenem. Jak się zauważa, pytania związane z zakresem oddziaływania konstytucyjnych wolności i praw na stosunki prywatnoprawne są jednym z ważniejszych wyzwań dla współczesnego konstytucjonalizmu w erze pluralistycznych społeczeństw³. Systemy prawne, doktryna i orzecznictwo sądowe poszczególnych krajów przyjmują w tym zakresie różne rozwiązania, jednak ich wspólnym mianownikiem jest poszukiwanie rozwiązań umożliwiających efektywną ochronę konstytucyjnych praw przed zagrożeniami płynącymi ze strony nie tylko organów państwa, ale również podmiotów prywatnych. Ze względu wszakże na pionierską rolę niemieckiego orzecznictwa pod względem sformułowania różnych konstrukcji horyzontalnego działania praw podstawowych i szczególnie wkład jurysprudencji tego kraju w próbę dogmatycznej kategoryzacji podstawowych pojęć i elementów

² R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985, s. 480.

³ R. Uitz, *Yet Another Revival of Horizontal Effect of Constitutional Rights: Why? And why Now? – An Introduction*, [w:] *The Constitution in Private Relation: Expanding Constitutionalism*, A. Sajo, R. Uitz (eds.), Utrecht 2005, s. 3.

tworzących omawiane zjawisko, centralne miejsce we wspomnianych badaniach zajęły właśnie doświadczenia RFN. Stanowią one ważny punkt odniesienia w ramach analiz prowadzonych zarówno w innych krajach, jak i na poziomie ponadnarodowym⁴, a sposób rozstrzygnięcia w sprawie *Lüth* jest w dalszym ciągu najlepiej rozpoznawalnym przykładem zastosowania norm praw konstytucyjnych do relacji prywatnoprawnej. Jak zauważa jeden z angielskich autorów: „żaden inny kraj, może poza Stanami Zjednoczonymi, nie rozważał problemu horyzontalnego stosowania praw człowieka tak dogłębnie jak Niemcy; jeśli natomiast chodzi o balansowanie pozostających w sprzeczności wartości, niemieccy prawnicy [...] skonstruowali najbardziej wyrafinowany i racjonalny system, jaki kiedykolwiek wynaleziono”⁵.

Celem prezentowanej monografii jest próba ukazania problematyki *Drittwirkung* jako ukształtowanej w orzecznictwie Federalnego Sądu Konstytucyjnego konstrukcji prawniczej, która zdeterminowała kształt dyskusji o oddziaływaniu praw podstawowych na stosunki prywatnoprawne, w sposób istotny wpływając na dogmatykę praw podstawowych i paradygmat ich stosowania w orzecznictwie innych sądów w RFN. Funkcjonowanie *Drittwirkung* zostało przedstawione w kontekście najbardziej charakterystycznych wątków, jakie pojawiają się w tej dyskusji, a także w świetle krytyki formułowanej pod jej adresem w doktrynie prawa zarówno z perspektywy prawa publicznego, jak i prawa prywatnego. Podstawową trudność, jaką napotyka badacz jednego z najważniejszych i bodaj najchętniej podejmowanych w nauce prawa danego kraju zagadnień, stanowi kwestia decyzji co do sposobu jego zaprezentowania. Uznano, że wybrana formuła pozwoli ukazać

⁴ Na temat *Drittwirkung* praw i wolności gwarantowanych w UE por. jedynie tytułem przykładu E. Engle, *Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)*, „Hanse Law Review” 5/2009, s. 165 i n.; A.-M. Lengauer, *Drittwirkung von Grundfreiheiten. Ein Beitrag zu dem Konzept des Normadressaten im Gemeinschaftsrecht*, Wien 2010; M. Ludwigs, S. Weidemann, *Drittwirkung der Europäischen Grundfreiheiten – Von der Divergenz zur Konvergenz*, „Juristische Ausbildung” 2/2014; s. 152 i n.

⁵ B.S. Markesinis, *Privacy, Freedom of Expression, and the Horizontal Effect of the Human Rights Bill: Lessons from Germany*, „Law Quarterly Review” 115/1999, s. 47.

tytułowe zagadnienie w sposób możliwie kompleksowy, umożliwiający uchwycenie specyfiki niemieckich rozwiązań w tym zakresie, a jednocześnie w sposób interesujący zarówno dla badaczy prawa konstytucyjnego, jak i dla osób zajmujących się prawem prywatnym. Należy wszak zaznaczyć, że pierwszorzędne znaczenie ma w książce perspektywa prawa konstytucyjnego. Perspektywa zewnętrzna została pokazana przede wszystkim w ramach rozważań poświęconych krytyce *Drittwirkung*, formułowanej w doktrynie prawa cywilnego w kontekście relacji między systemem prawa publicznego i prywatnego. Ponadto perspektywa ta jest obecna w omawianych w książce orzeczeniach, z których treści można zrekonstruować, czy i w jakim zakresie sądy powszechne w konkretnych stanach faktycznych uwzględniają wskazania FSK co do „trzeciego działania” praw podstawowych.

Analiza orzecznictwa FSK przeprowadzona w ramach badań podjętych w książce pozwoliła przede wszystkim odnieść się do kwestii związanej z pytaniem o prawne uzasadnienie możliwości posługiwania się kategorią *Drittwirkung*. Koncept promieniującego na cały system prawa „obiektywnego porządku wartości”, ucieleśnionego w prawach podstawowych, wydaje się nie do pogodzenia z ich rozumieniem w niemieckiej konstytucji jako praw obronnych, a także ze sformułowaną tam w art. 1 ust. 3 zasadą związania nimi wyłącznie władz publicznych. W ramach książki podjęto próbę zweryfikowania hipotezy, zgodnie z którą kierunki rozwoju *Drittwirkung* w orzecznictwie konstytucyjnym są odzwierciedleniem wysiłków podejmowanych przez FSK w celu uzupełnienia dogmatycznych braków tej konstrukcji.

Kolejna hipoteza, która wymagała zweryfikowania w ramach badań przeprowadzonych w książce, miała związek z podziałem *Drittwirkung* na pośrednie i bezpośrednie oraz deklarowaną przez FSK akceptacją jedynie pierwszej odmiany omawianej koncepcji. Podział ten, choć głęboko zakorzeniony w orzecznictwie FSK, nie wydaje się w sposób przekonujący opisywać różnic między poszczególnymi rodzajami efektu horyzontalnego, występującego w praktyce orzeczniczej. Problematiczna jest zatem również możliwość ujęcia całokształtu orzecznictwa wyłącznie w kategoriach *Drittwirkung* pośredniego. Praktyka orzecznicza

dostarcza przykładów rozstrzygnięć, w których intensywność związania podmiotu prywatnego prawami podstawowymi została przez FSK zrównana z odpowiedzialnością państwa.

Trzecia ze sprawdzanych w książce hipotez dotyczyła problemu rezultatów rozstrzygnięć, w których następowała horyzontalna aplikacja norm praw podstawowych. Zgodnie z tą hipotezą kwestia konstrukcji, do której odwołuje się sąd, nie ma bezpośredniego przełożenia na wyrok w zakresie nałożonych zobowiązań i przyznanych uprawnień. W każdym przypadku horyzontalnego stosowania praw podstawowych, niezależnie, czy następuje ono w odwołaniu do *Drittwirkung* pośredniego, bezpośredniego czy *Schutzpflichten*, wymagane jest bowiem sięgnięcie do mechanizmu sprawiedliwego wyważenia kolidujących interesów w taki sposób, aby prawa podstawowe, przysługujące wszystkim stronom zaangażowanym w spór, były wobec nich jak najskuteczniejsze, a ewentualne obciążenie zobowiązaniem jak najmniej dotkliwe. Z punktu widzenia skutków rozstrzygnięć dla podmiotów relacji horyzontalnej między konstrukcjami więcej jest zatem podobieństw niż różnic.

Posługując się w swoich rozważaniach w odniesieniu do *Drittwirkung* pojęciem konstrukcji mam na myśli wypracowany w orzecznictwie konstytucyjnym zespół założeń, dookreślających warunki stosowania norm praw podstawowych w stosunkach między podmiotami prywatnymi. Można powiedzieć, iż są one swoistymi elementami konstruującymi *Drittwirkung*, jako model rozstrzygnięcia spraw, w których następuje horyzontalna aplikacja tych norm. Kształtowanie tych elementów rozpoczęło się wraz z adaptacją na potrzeby orzecznicze stworzonej przez G. Düriga koncepcji pośredniej horyzontalnej skuteczności praw podstawowych. Tym samym pojęcie konstrukcji odróżniam od terminu koncepcja, mając wszak świadomość, iż nie jest to odróżnienie ścisłe, a w niemieckiej literaturze oprócz tych dwóch terminów funkcjonuje w odniesieniu do *Drittwirkung* całe spektrum dość swobodnie stosowanych pojęć, takich jak: teoria, instytucja, kategoria czy formuła, co pokazuje niemożność jego jednoznacznej kwalifikacji z perspektywy prawoznawstwa. Terminy te – w zależności od kontekstu w jakim

będę opisywać *Drittwirkung* – znajdą zastosowanie również w niniejszej książce. Podobna konwencja została w niej wykorzystana w stosunku do kategorii bezpośredniego *Drittwirkung*, a także koncepcji obowiązków ochronnych, która w orzecznictwie FSK bazuje na elementach konstruujących *Drittwirkung* pośrednie. Od razu należy wszakże zauważyć, że zastosowane ujęcie *Drittwirkung* jako problemu konstrukcji jest jedynie punktem wyjścia prowadzonych badań. Zawarta w książce obszerna analiza orzecznictwa ma na celu odniesienie się do drugiego z wyróżnionych przez R. Alexy’ego aspektów *Drittwirkung*, określanego jako problem kolizji⁶. Jak to zostanie dalej pokazane, zakres wpływu wywieranego przez prawa podstawowe na stosunki prywatnoprawne zależy przede wszystkim od wyniku rozstrzygnięcia kolizji między prawami, na które powołują się pozostające w sporze strony.

W dotychczasowym piśmiennictwie polskim zagadnienie wpływu praw podstawowych na stosunki między podmiotami prywatnymi zostało w wersji monograficznej podjęte w wydanej w 2014 r. książce autorstwa M. Florczak-Wątor pt. *Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych*. Autorka przyjęła w niej perspektywę prawnoporównawczą, ukazując funkcjonowanie różnych modeli horyzontalności tych praw w orzecznictwie konstytucyjnym oraz ich ocenę w doktrynie danego państwa, istotną część swoich rozważań poświęcając Republice Federalnej Niemiec. W tym więc zakresie prezentowana książka stanowi próbę kontynuacji i rozwinięcia refleksji podjętych w wymienionym wyżej dziele.

Podstawowe zastosowanie w niniejszej książce znalazła metoda dogmatyczno-prawna, metoda historyczna oraz – w mniejszym zakresie – metoda prawnoporównawcza. Posłużyły one do analizy orzecznictwa sądowego, wypowiedzi doktryny prawa i materiału normatywnego. Kompleksowe podejście do tematu wymagało rozszerzenia perspektywy dogmatyczno-prawnej o prezentację wątków teoretyczno- i filozoficzno-prawnych.

Rekonstruując tytułową problematykę, zasadniczo korzystam z opracowań niemieckich, w niewielkim zakresie posiłkując się

⁶ R. Alexy, *Theorie...*, s. 480.

literaturą anglojęzyczną i polską. Zawarte w książce tłumaczenia pochodzą od autorki, chyba że zaznaczono inaczej.

Struktura pracy jest podporządkowana wyżej przedstawionym celom badawczym i obejmuje dziewięć rozdziałów. Rozdział pierwszy ma charakter wprowadzenia do tytułowej problematyki. *Drittwirkung* to zagadnienie z obszaru dogmatyki praw podstawowych, dlatego też jego szczegółowe omówienie zostało w tym rozdziale poprzedzone związłym przedstawieniem najważniejszych cech charakteryzujących sposób regulacji praw i wolności w niemieckiej Ustawie Zasadniczej z 1949 r., ich znaczenia i funkcji. W ramach wprowadzenia przedstawiono również genezę tytułowego pojęcia i wątpliwości terminologiczne, jakie mu towarzyszą od samego momentu jego pojawienia się w niemieckiej nauce. Następnie zasygnalizowano kwestię podziału na *Drittwirkung* pośrednie i bezpośrednie, stanowiącą utrwalony składnik nauki o horyzontalnym działaniu praw podstawowych, a jednocześnie – jak pokazano w osobnym fragmencie książki – będącą założeniem, które można kwestionować z bardzo różnych punktów widzenia. Rozważania wprowadzające zamyka syntetyczna analiza porównawcza dotycząca przyjmowanych na świecie rozwiązań umożliwiających „trzecie działanie” konstytucyjnych praw i wolności. Tytułem egzemplifikacji zaprezentowano w nich doświadczenia kilku państw, w których można zaobserwować szczególne zainteresowanie wykorzystaniem dorobku doktryny i praktyki prawa RFN.

W rozdziale drugim przedstawiono początki kształtowania się w niemieckiej nauce prawa i orzecznictwie koncepcji *Drittwirkung*, która w pierwszych latach obowiązywania Ustawy Zasadniczej występowała w wersji bezpośredniej. Zostały w nim również zaprezentowane najważniejsze punkty krytyki formułowanej pod adresem tej koncepcji oraz problem jej normatywnego uzasadnienia.

W rozdziale trzecim, stanowiącym wprowadzenie do zasadniczej części niniejszej książki, została przedstawiona geneza koncepcji pośredniego *Drittwirkung* oraz okoliczności jej adaptacji przez Federalny Sąd Konstytucyjny. Rozdział ten zawiera szczegółową analizę najważniejszych z punktu widzenia dogmatyki praw podstawowych aspektów

wyroku w sprawie *Lüth*. Osobny fragment poświęcono idei obiektywnego porządku wartości, w oparciu o którą FSK formułuje zasadę horyzontalnego oddziaływania norm praw podstawowych, zarówno w orzecznictwie rozwijającym *Drittwirkung*, jak i – co zostało przedstawione w rozdziale dziewiątym – w ramach argumentacji odwoływającej się do funkcji ochronnej praw podstawowych.

Kluczowe znaczenie dla problematyki podjętej w książce ma rozdział czwarty, w którym zastały zaprezentowane kolejne etapy rozwoju *Drittwirkung* w orzecznictwie Federalnego Sądu Konstytucyjnego. Analizie orzecznictwa rozwijanego na przestrzeni niemal 70 lat towarzyszy próba jego periodyzacji, w której kryterium chronologiczne uzupełniają inne kryteria formułowane na podstawie wypowiedzi samego FSK. Przedstawiony w tym rozdziale obszerny materiał orzeczniczy jest punktem wyjścia do rozważań podejmowanych w dalszych częściach książki.

Rozdział piąty dotyczy jednej z najbardziej kontrowersyjnych kwestii towarzyszących nauce o horyzontalnym stosowaniu praw podstawowych, jaką jest podział na *Drittwirkung* bezpośrednie i pośrednie. Konstrukcja tej części odbiega od pozostałych, stanowi bowiem rodzaj klamry, spinającej i częściowo podsumowującej treści zawarte we wcześniejszych rozdziałach. Jej przedmiotem jest krytyczna rekonstrukcja sposobu orzekania opierającego się na omówionym podziale. W rozdziale tym podjęto – w odniesieniu do omówionych wcześniej orzeczeń i w odwołaniu do ustaleń niemieckiej nauki prawa – próbę zweryfikowania hipotezy, odnoszącej się do braku przekonującego uzasadnienia dla kategoriycznego przeciwstawiania sobie dwóch odmian *Drittwirkung* i wyrażającej wątpliwość, czy aplikacja praw podstawowych do relacji prywatnych, która odbywa się w orzecznictwie FSK, ma w istocie charakter pośredni.

W rozdziale szóstym zaproponowano reorientację nauki o *Drittwirkung*, polegającą na ujęciu horyzontalnego stosowania praw podstawowych jako wykładni w zgodzie z konstytucją. Wykładnia ta wydaje się oczywistym instrumentem do osiągania efektu promieniującego praw podstawowych, czyli realizacji podstawowego założenia *Drittwirkung*. W celu zbadania powyższej intuicji dokonano zestawienia

elementów konstruujących *Drittwirkung* z ustaleniami nauki prawa na temat wskazanej wykładni.

Akceptacja tezy o promieniującym oddziaływaniu praw podstawowych niesie ze sobą szereg implikacji istotnych nie tylko dla prawa konstytucyjnego, lecz również dla głównego obszaru jej praktycznej aplikacji, jakim jest prawo prywatne. Do kwestii tej odniosę się w rozdziale siódmym. Zostaną w nim zaprezentowane wybrane wątki charakteryzujące krytyczną dyskusję, jaka dotyczy problemu konsekwencji, które stosowanie *Drittwirkung* powoduje w obszarze relacji między prawem publicznym i prywatnym.

Zamiar kompleksowego spojrzenia na tytułową problematykę zdecydował o włączeniu w ramy książki wybranych koncepcji teoretycznych dotyczących *Drittwirkung*. Ich wspólną cechą jest to, że zostały zbudowane w odwołaniu do orzecznictwa FSK, jednak każda z nich proponuje inne spojrzenie na omawianą problematykę. W kontekście głównego nurtu rozważań mają one charakter uzupełniający, nie wywarły bowiem wpływu na funkcjonujący w orzecznictwie paradygmat rozstrzygania sporów horyzontalnych. Stając się jednak przedmiotem dalszych analiz i dyskusji – co przede wszystkim dotyczy modelu R. Alexy’ego – wpłynęły na rozwój nauki o *Drittwirkung*. Fakt regularnego pojawiania się propozycji nowych ujęć, takich jak np. w koncepcji M. Borowskiego, potwierdza, że problematyka ta niezmiennie cieszy się zainteresowaniem niemieckiej doktryny prawa.

Rozdział dziewiąty poświęcony jest problematyce obowiązków ochronnych. Z uwagi na czytelność wyводу – i w odwołaniu do najczęściej stosowanej konwencji – zdecydowano się omówić tę problematykę osobno, aczkolwiek w pracy przyjmuje się, że linia orzecznicza w zakresie *Schutzpflichten* stanowi kontynuację tez sformułowanych w wyroku w sprawie *Lüth*. W podsumowaniu uwag zawartych w tym rozdziale podjęto próbę ustalenia relacji między *Drittwirkung* a *Schutzpflichten*, którą poprzedza rekapitulacja najczęściej w literaturze prezentowanych stanowisk w tym zakresie.

* * *

Wstęp

Chciałabym podziękować prof. Christianowi Starckowi i prof. Martinowi Borowskiemu za udostępnione materiały oraz prof. Ralfowi Brinktrine za możliwość przedyskutowania różnych zagadnień związanych z tematem książki. Wyrazy wdzięczności za pouczające rozmowy w trakcie prac nad książką kieruję do moich kolegów z Katedry Prawa Konstytucyjnego WPiA UMK, dr. Wojciecha Włocha i prof. Macieja Serowańca. W sposób szczególny pragnę podziękować prof. Zbigniewowi Witkowskiemu za życzliwość i udzielane mi przez lata wsparcie w pracy naukowo-dydaktycznej.

Rozdział 1

Wprowadzenie do problematyki *Drittwirkung*

1.1. Wybrane elementy niemieckiej dogmatyki praw podstawowych

1.1.1. Systematyka praw podstawowych w Ustawie Zasadniczej RFN

Niemiecki ustrojodawca w Ustawie Zasadniczej z 23 maja 1949 r. przyjął klasyczną i liberalną koncepcję praw podstawowych, eksponując ich funkcję obronną względem państwa⁷. Pomimo że w niniejszej książce pojęciem *Grundrechte* będziemy obejmować co do zasady wszystkie ujęte w tekście niemieckiej konstytucji prawa i wolności, to trzeba wyjaśnić, iż formalnie tylko prawa uregulowane w jej rozdziale I zaliczają się do praw podstawowych⁸. Prawa umieszczone w dalszych rozdziałach, nawet jeżeli ich naruszenie stanowi przesłankę skargi konstytucyjnej i w praktyce orzeczniczej FSK są traktowane tak samo, mają

⁷ D. Janicka, *Ustawa zasadnicza w praktyce Republiki Federalnej Niemiec (1949–1989)*, Toruń 2009, s. 153; B. Banaszak, *Koncepcje horyzontalnego działania (obowiązywania) podstawowych praw jednostki w orzecznictwie sądowym RFN*, [w:] *Sądy i trybunały wobec problemu horyzontalnego działania praw jednostki*, pod red. M. Florczak-Wątor, Kraków 2015, s. 31.

⁸ Tak wynika z art. 93 ust. 4a GG.

status „praw podobnych do praw podstawowych”⁹. Uzasadnienie praw jednostki ma charakter prawnonaturalny, co wyraźnie wynika z treści art. 1 Ustawy Zasadniczej, podkreślającego nienaruszalność i niezbywalność praw człowieka, jako podstawy każdej ludzkiej społeczności, pokoju i sprawiedliwości (ust. 2), oraz z faktu, że nietykalność godności jednostki uznano za prymarną względem państwa kategorię, której ochrona jest obowiązkiem całej władzy państwowej (ust. 1).

Podziały praw podstawowych rozwijane w niemieckiej dogmatyce prawa nawiązują do pochodzącej z przełomu XIX i XX w. kategoryzacji G. Jellinka. Polegała ona na wyodrębnieniu praw obronnych (niem. *Abwehrrechte*), praw obywatelskich (niem. *Aktivbürgerrechte*) oraz praw udziału w świadczeniach państwa (niem. *Leistungsrechte, Teilhaberechte*)¹⁰. Te pierwsze wyrażają najbardziej pierwotną, klasyczną funkcję praw jednostki, polegającą na ochronie sfery jej wolności przed bezprawną ingerencją władzy publicznej. Takie ujęcie praw jednostki – jako praw obronnych przeciwko naruszeniom dóbr prawnych i sfery wolności zapewnionych jej konstytucyjnie – ma w wymiarze globalnym najdłuższą tradycję, sięgającą angielskiej *Magna Charta Libertatum*, angielskiego i amerykańskiego *Bill of Rights* czy francuskiej Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela¹¹. Sytuację prawną jednostki w ramach tej grupy praw G. Jellinek określał jako „wolność od” (łac. *status negativus*). W przypadku drugiej kategorii praw jednostka może aktywnie uczestniczyć w życiu politycznym państwa, poprzez np. udział w wyborach (łac. *status activus*). W ramach kategorii trzeciej na poziomie obiektywnoprawnym powstaje obowiązek działania państwa, a w wymiarze subiektywnoprawnym podmiot praw podstawowych otrzymuje prawnie chronioną możliwość żądania od państwa udziału w określonych świadczeniach, np. socjalnych (łac. *status positivus*)¹².

⁹ V. Epping, *Grundrechte*, Berlin–Heidelberg 2015, s. 4.

¹⁰ G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg 1982.

¹¹ K. Stern, *Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte: Eine juristische Entdeckung*, „DÖV” 2010, s. 242.

¹² G. Jellinek, op. cit., s. 89–183. Dogmatycznie funkcja polegająca na możliwości żądania ze strony jednostki (niem. *Leistungsrecht*) powinna być oddzielona od funkcji

W ramach współczesnej, opartej na kryteriach materialnych, systematyki praw podstawowych w RFN wyróżnia się następujące kategorie (rodzaje) praw: „bazowe” prawo podstawowe (niem. *Basisgrundrecht*), jakim jest prawo do godności ludzkiej; prawa wolnościowe; prawa równościowe; prawa obywatelskie; prawa procesowe i prawa socjalne. W ramach każdej grupy wyszczególnia się ogólne prawo podstawowe (niem. *allgemeines Grundrecht*) oraz będące jego rozwinięciem prawa konkretne (niem. *spezielle Grundrechte*)¹³. W obrębie całej systematyki praw i wolności szczególne znaczenie przypisuje się trzem kategoriom: nienaruszalności godności, prawu do swobodnego rozwoju osobowości (art. 2 ust. 1 GG) oraz zasadzie równego traktowania (art. 3 ust. 1 GG). Mają one charakter fundamentalnych zasad konstytucyjnych, będących punktem wyjścia całego systemu prawnego¹⁴. Pierwszą z nich uznaje się również za aksjologiczne uzasadnienie dla twierdzenia o generalnej, bezpośredniej skuteczności praw podstawowych w relacjach horyzontalnych, o czym szerzej będzie mowa w kolejnych rozdziałach.

Ważnym elementem koncepcji praw podstawowych jest zasada ich bezpośredniego obowiązywania. Zgodnie z treścią art. 1 ust. 3 GG wiążą one wszystkie rodzaje władz publicznych: ustawodawstwo, egzekutywę i wymiar sprawiedliwości. Zawarcie w tekście Ustawy Zasadniczej przepisu o takiej treści stanowiło odejście od przyjętego w Konstytucji weimarskiej z 1919 r., dominującego ówczesnie na świecie, podejścia ograniczającego znaczenie praw i wolności do norm programowych, a więc takich, które moc obowiązującą miały uzyskiwać dopiero poprzez konkretyzację w ustawach zwykłych¹⁵. Wzmocnienie

dającej mu prawo udziału (niem. *Teilhaberecht*), ponieważ ta pierwsza opisuje pierwotne roszczenie, a druga wymaga istnienia systemu świadczeń, w którym jednostka może brać udział. Na temat takiego rozróżniania zob. np. G. Manssen, [w:] H. v. Mangoldt, F. Klein, Ch. Starck et al., *Kommentar zum Grundgesetz*, Band I, 6. Aufl., München 2010, komentarz do art. 12.

¹³ E. Stein, G. Frank, *Staatsrecht*, Tübingen 2007, s. 213.

¹⁴ D. Janicka, op. cit., s. 133.

¹⁵ Ch. Starck, *Die Grundrechte des Grundgesetzes. Zugleich ein Beitrag zu den Grenzen der Verfassungsauslegung*, „Juristische Schulung” 4/1981, s. 237.

znaczenia praw podstawowych było więc ewidentne i polegało na tym, że odwrotnie niż jak dotychczas to nie ustawodawca miał określać treść praw jednostki, lecz z praw podstawowych miały wynikać ograniczenia dla działalności legislatywy¹⁶.

1.1.2. Wymiary praw podstawowych

Dyskusja na temat natury praw podstawowych sięga początków niemieckiego konstytucjonalizmu¹⁷. Pierwotny charakter ma odróżnienie zakładające, iż prawa podstawowe należy postrzegać nie tylko jako element prawa przedmiotowego (niem. *objektives Recht*), ale również jako prawa podmiotowe (niem. *subjektive Rechte*). O ile pierwszą ze wskazanych właściwości uznano pod koniec XIX w., o tyle druga zaczęła zyskiwać na znaczeniu w kolejnych dziesięcioleciach. Późniejsze jest wywodzące się z orzecznictwa FSK przypisanie prawom podstawowym funkcji polegającej na ucieleśnianiu przez nie obiektywnego porządku wartości (niem. *objektive Wertordnung*). Ta ostatnia koncepcja, zastosowana po raz pierwszy w wyroku w sprawie *Lüth*, stanowi uzasadnienie dla horyzontalnej skuteczności norm konstytucji w wersji pośredniego *Drittwirkung*, o czym będzie mowa niżej¹⁸.

Prawa podstawowe jako część składowa konstytucji, która w hierarchii norm zajmuje najwyższe miejsce, zaliczają się do prawa przedmiotowego (obiektywnego). W ramach tej funkcji nakładają ograniczenia na działalność organów władzy państwowej oraz zapewniają pożądany poziom indywidualnej wolności¹⁹. Gdyby jednak charakter praw podstawowych ograniczał się do tej funkcji, to – wobec braku podmiotowego upoważnienia i tym samym możliwości powołania się na nie w razie indywidualnego naruszenia – ich rzeczywista skuteczność

¹⁶ D. Janicka, op. cit., s. 130. Jak jednak z perspektywy kilkadziesiąt lat obowiązywania Ustawy Zasadniczej podkreśla Ch. Starck, gdyby nie orzecznictwo FSK, dzisiejszy standard zabezpieczenia konstytucyjnych praw nie byłby możliwy do osiągnięcia. Idem, *Die Grundrechte...*, s. 237.

¹⁷ J. Ipsen, *Staatsrecht II. Grundrechte*, München 2012, s. 17.

¹⁸ Zob. rozdział 3.4.

¹⁹ Ch. Starck, *Die Grundrechte...*, s. 238.

dla ochrony wolności byłaby ograniczona. Ch. Starck wskazuje, iż pogląd, zgodnie z którym stanowią one również podmiotowe prawa obywateli, został w literaturze niemieckiej szerzej zaprezentowany w publikacji z 1914 r. i zyskał na znaczeniu w kolejnych latach²⁰. Jednocześnie jednak brak kontroli konstytucyjności prawa w czasie obowiązywania Konstytucji weimarskiej sprawił, iż okres ten był swoistą „epoką przejściową”. Już jednak w ramach prac w Radzie Parlamentarnej nad niemiecką konstytucją z 1949 r. przyjęto ich podmiotowoprawy charakter. Wynikało to z ich powiązania z prawami człowieka, będącymi ze swej istoty prawami służącymi podmiotowi prawa²¹.

Wskazana właściwość praw podstawowych, jako wynikająca z samej konstytucji, nie jest przedmiotem naukowych kontrowersji. Jest ona widoczna w samej trójstronnej strukturze prawa podstawowego. W ramach analizy teoretycznoprawnej J. Ipsen wskazuje trzy elementy, które składają się na prawa podmiotowe: uprawnionego, adresata oraz przedmiot prawa. Pomimo zróżnicowania w zakresie historycznych uwarunkowań i językowych ujęć poszczególnych praw podstawowych taka struktura daje się odtworzyć w przypadku każdego z nich²². Podmiotowoprawy wymiar praw podstawowych powinien być rozumiany przede wszystkim jako roszczenie przysługujące ich „nositelowi”. Wynika to z unormowania art. 1 ust. 3 GG, stanowiącego, że „prawa podstawowe wiążą ustawodawstwo, władzę wykonawczą i wymiar sprawiedliwości jako prawo bezpośrednio obowiązujące”, a także z art. 19 ust. 4 GG oraz art. 93 ust. 1 nr 4a GG, które formułują zasadę zaskarżalności działań władz publicznych w przypadku naruszenia praw jednostki.

Inaczej jest w przypadku przedmiotowopravnego wymiaru praw podstawowych, w ramach którego ich struktura jest dwuczęściowa: nie występuje w niej uprawniony z tytułu danego prawa. Tak rozumiane

²⁰ Chodzi o publikację O. Bühlera, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, Stuttgart 1914; por. Ch. Starck, *Die Grundrechte...*, s. 238.

²¹ Ch. Starck, *Die Grundrechte...*, s. 2.

²² J. Ipsen, *Staatsrecht...*, s. 18.

prawa podstawowe obowiązują i wiążą państwo niezależnie od tego, czy powołuje się na nie podmiot uprawniony z ich tytułu²³. Także w tym więc przypadku organy państwa są zobowiązane do realizacji treści praw podstawowych.

Podmiotowy charakter praw podstawowych potwierdził Federalny Sąd Konstytucyjny. Syntetyczne podsumowanie tez na temat relacji między podmiotowym i przedmiotowym aspektem praw podstawowych wypracowanych w orzecznictwie tego sądu znajdujemy w wyroku z 1 marca 1979 r. w sprawie *Mitbestimmungsurteil*. FSK stwierdził w nim, że

zgodnie z historią i obecną treścią praw podstawowych są to przede wszystkim prawa jednostki, prawa człowieka i prawa obywatelskie, których celem jest ochrona określonych, szczególnie zagrożonych obszarów wolności człowieka. Funkcja praw podstawowych jako zasad obiektywnych polega na fundamentalnym wzmocnieniu ich ważności [...], jednak swoje korzenie ma w tym pierwotnym znaczeniu [...]. Nie można jej zatem oderwać od właściwego rdzenia i rozpatrywać tylko w ramach struktury norm przedmiotowych, pozbawiając je pierwotnego i trwałego znaczenia praw podstawowych²⁴.

W związku z powyższym można sformułować wniosek, że prawa podstawowe są prawami podmiotowymi, wszystkie inne znaczenia zaś mają charakter dodatkowy²⁵. Jednocześnie cechą opisującą stosunek zachodzący między aspektem podmiotowym i przedmiotowym praw podstawowych jest to, że przewaga pierwszego z nich może podlegać relatywizacji w odniesieniu do poszczególnych praw²⁶.

1.1.3. Funkcje praw podstawowych

Z jednej strony wyodrębnienie określonych funkcji praw podstawowych opiera się na ich systematyce – funkcje te są bowiem

²³ Ibidem.

²⁴ Wyrok FSK z 1 marca 1979 r., BVerfGE 50, 290 – *Mitbestimmung*.

²⁵ Ch. Starck, *Die Grundrechte...*, s. 239.

²⁶ Więcej Ch. Starck w odwołaniu do orzecznictwa FSK, ibidem.

róznicowane w zależności od kategorii, do której dane prawo zaliczamy, z drugiej należy rozgraniczyć ich działanie w dwóch wymiarach, tj. podmiotowym i przedmiotowym²⁷. W ramach wymiaru podmiotowo-prawnego prawa i wolności oznaczają prawo jednostki do domagania się od państwa podjęcia określonych działań lub powstrzymania się od nich. Prawa wolnościowe tradycyjnie mają na celu przede wszystkim zapobieganie ingerencji państwa, przeważa więc ich funkcja obronna. W przypadku praw do udziału w świadczeniach państwa chodzi przede wszystkim o istnienie indywidualnych roszczeń wobec władzy publicznej o ustanowienie lub przyznanie usług państwowych. Funkcja praw równościowych sprowadza się do tego, aby działania władz publicznych spełniały kryterium równego traktowania. Prawa obywatelskie zapewniają uczestnictwo obywatela w życiu wewnętrznym państwa. Niezależnie od kategorii danego prawa w ramach jego konstrukcji jako prawa podmiotowego zobowiązaniem jest co do zasady państwo. Modyfikacja tej konstrukcji w ramach wczesnej debaty na temat *Drittwirkung*, kiedy dominowała jego bezpośrednia wersja, polegała na rozszerzeniu kategorii adresatów i objęciu nią podmiotów prywatnych. Rozwój bezpośredniego *Drittwirkung* przypadł bowiem na okres, w którym prawa podstawowe rozumiano przede wszystkim jako prawa obronne²⁸.

W ramach praw podstawowych jako części prawa przedmiotowego (obiektywnego) wyodrębnia się funkcję polegającą na zapewnieniu przez państwo istnienia instytucjonalnych i prawnych gwarancji praw i wolności ujętych w Ustawie Zasadniczej²⁹. W tym wymiarze prawom jednostki odpowiadają więc określone obowiązki państwa. Na tej właśnie płaszczyźnie (tj. obowiązków państwa) można rozpatrywać teorię pośredniego *Drittwirkung*³⁰. Zapoczątkowany wyrokiem w sprawie

²⁷ Pod względem terminologicznym wymiar i funkcja oznaczają to samo. Zob. M. Ruffert, *Vorrang der Verfassung, und Eigenständigkeit des Privatrechts: eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes*, Tübingen 2001, s. 62.

²⁸ Ibidem, s. 23.

²⁹ K. Stern, F. Becker, *Grundrechte – Kommentar*, Köln 2010, s. 20.

³⁰ R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, tłum. B. Kwiatkowska, J. Zajadło, Warszawa 2010, s. 399. W niniejszej książce korzystam zasadniczo z polskiego tłumaczenia

Lüth, rozwój tezy o promieniowaniu praw podstawowych na wszystkie dziedziny prawa wymagał odejścia od rozumienia praw podstawowych jako praw obronnych przeciwko działaniom państwa na rzecz przyjęcia, że jako gwarancje o charakterze obiektywnym wymagają ochrony również w relacjach między jednostkami. W niemieckiej dogmatyce praw podstawowych tę ich funkcję określa się też mianem obowiązków ochronnych państwa (niem. *Schutzpflichten*)³¹. Zmiana wspomnianej perspektywy wpłynęła na wyodrębnienie w dalszym rozwoju praw podstawowych ich kolejnych funkcji, takich jak – określane jako pomocnicze – proceduralna i organizacyjna³².

1.2. Geneza terminu *Drittwirkung* i jego znaczeniowa niejasność

Pod pojęciem *Drittwirkung* rozumie się działanie praw podstawowych w relacjach między podmiotami prywatnymi. Określenie to w odniesieniu do praw podstawowych pojawiło się w niemieckiej literaturze prawniczej w latach 50. ubiegłego wieku. Jego autorstwo przypisuje się H. P. Ipsenowi, który w podręczniku do praw podstawowych z 1954 r. użył go w kontekście pytania: „czy równego traktowania można żądać tylko od władz publicznych, czy też na poziomie prawa prywatnego od osób trzecich (niem. *von Dritten*), z takim skutkiem, że władze publiczne są zobowiązane współdziałać w wyegzekwowaniu takiego roszczenia względem osoby trzeciej?”³³. Wypowiedź tę można uznać

dziela R. Alexy’ego, w niektórych jego fragmentach uzupełniająco odwołując się do wersji oryginalnej, zob. R. Alexy, *Theorie...*, Baden-Baden 1985.

³¹ Koncepcję obowiązków ochronnych, której rozwój w orzecznictwie FSK rozpoczął się w latach 70. XX w. orzeczeniem w sprawie *Schwangerschaftsabbruch I* uważa się za „ściśle związaną” z teorią pośredniego *Drittwirkung* (zob. np. K. Stern, F. Becker, op. cit., s. 23), choć różnie przedstawia się relację między nimi. Więcej na ten temat zob. rozdział 9 niniejszej książki.

³² M. Ruffert, op. cit., s. 62; H.D. Jarass, B. Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, München 2004, s. 22–23.

³³ Idem, *Gleichheit*, [w:] *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis*, F.L. Neumann, H.-C. Nipperdey, U. Scheuner (Hrsg.), Band II, Berlin 1962, s. 143.

za symboliczny początek trwającej – z różnym natężeniem – do dnia dzisiejszego w niemieckiej nauce prawa dyskusji nad szerszym problemem dotyczącym tego, czy normy konstytucyjne wyrażające prawa i wolności są skuteczne tylko w relacjach między jednostką a państwem (tzw. relacje wertykalne), czy również między podmiotami prywatnymi, czyli w relacjach horyzontalnych. Problematyka ta jest oczywiście również przedmiotem zainteresowania doktryny prawa i orzecznictwa sądowego wielu innych państw³⁴, jednak w odniesieniu do niemieckiej nauki prawa można bez wahania powiedzieć, że jest ona jednym z najważniejszych i najchętniej podejmowanych w niej zagadnień.

Dosłowne tłumaczenie na język polski terminu *Drittwirkung der Grundrechte*, które mogłoby brzmieć jako „trzecie działania praw podstawowych”³⁵ czy też „działanie między trzecimi”, nie jest w stanie, bez dodatkowych wyjaśnień, w sposób adekwatny oddać istoty problemu. Jak wskazuje I. von Münch, staje się ono bardziej zrozumiałe, jeśli będziemy interpretować je w nawiązaniu do konstrukcji trójkąta odtwarzającego kierunki interakcji zachodzących między obywatelami a państwem w następujący sposób: wierzchołek trójkąta jest państwem, a dwa końce podstawy tworzy dwóch obywateli. „Klasyczne” działanie praw podstawowych zachodzi na linii obywatel–państwo, natomiast linia łącząca obywateli to właśnie tzw. trzecie działanie tych praw³⁶.

Analiza wykorzystanych w pracy publikacji pokazuje, że termin *Drittwirkung* funkcjonuje w niemieckiej nauce prawa jako ogólne określenie problemu oddziaływania praw podstawowych w obrocie prywatnoprawnym. W konsekwencji może on oznaczać „działanie” (niem. *Wirkung*), „obowiązywanie” (niem. *Geltung*), „zastosowalność” (niem. *Anwendbarkeit*) czy też „skuteczność” (niem. *Wirksamkeit*) norm praw

³⁴ Na temat adaptacji omawianej koncepcji na świecie rozdział 1.4 niniejszej książki.

³⁵ W polskiej literaturze prawniczej terminem tym jako pierwszy posłużył się Z. Kędzia w publikacji: *Współczesna burżuazyjna koncepcja podstawowych praw, wolności i obowiązków obywatelskich*, [w:] *Prawa i obowiązki obywatelskie w Polsce i świecie*, red. M. Szczepaniak, Warszawa 1974, s. 50–51.

³⁶ I. von Münch, *Zasadnicze problemy współczesnego pojmowania praw obywatelskich*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 41/1979, s. 17.

podstawowych odniesioną do stosunków między podmiotami prywatnymi³⁷. Należy przy tym zaznaczyć, że niemiecka nauka posługuje się tymi nazwami dość swobodnie, a cytowani w książce autorzy – poza wzmianką o nieprawniczym charakterze tytułowego pojęcia – z reguły nie poświęcają zagadnieniom terminologicznym większej uwagi³⁸. Dyskusja na temat *Drittwirkung* dużej mierze opiera się na pojęciach i kategoriach funkcjonujących w orzecznictwie Federalnego Sądu Konstytucyjnego. Ten zaś posługuje się nimi w sposób swoisty, służący celom argumentacyjnym w ramach uzasadnienia określonego sposobu rozstrzygnięcia sporu między dwoma podmiotami prywatnymi. Posługiwanie się frazą, zgodnie z którą „prawa podstawowe obowiązują między podmiotami prywatnymi w drodze pośredniego trzeciego działania”³⁹, pokazuje, że FSK traktuje *Drittwirkung* jako konstrukcję służącą do rozszerzania podmiotowego zakresu obowiązywania tych praw. Postulując uporządkowanie stosowanej w niemieckiej nauce prawa terminologii, A. Kulick zauważa, że dla opisu określonej konstrukcji horyzontalnego oddziaływania praw podstawowych poprawne pod względem dogmatycznym i semantycznym jest posługiwanie się pojęciem obowiązywania. „Działanie” odnosi się bowiem do zachodzącego w sferze faktów rezultatu zastosowania danej konstrukcji, polegającego na tym, że prawa podstawowe odegrały jakąś rolę w relacji między podmiotami prywatnymi⁴⁰. Akceptacja tezy o obowiązywaniu praw podstawowych w relacji podmiotów prywatnych niesie ze sobą istotne implikacje, zarówno dla obywateli, jak i dla organów państwa: w przypadku tych pierwszych jest to zobowiązanie powstrzymania się od narusza-

³⁷ Na ten temat por. też *ibidem*, s. 17.

³⁸ Bywa to zresztą powodem krytyki. A. Kulick uważa, że dyskurs naukowy na temat *Drittwirkung* opiera się na terminach, które są nieprecyzyjne i mylące. Podobne zarzuty formułuje w odniesieniu do polskiej nauki prawa ustrojowego M. Dąbrowski, *Stosowanie czy przestrzeganie norm konstytucji w ujęciu horyzontalnym – zagadnienia terminologiczne*, „Przegląd Konstytucyjny” 4/2020, s. 58 i n.

³⁹ *Die Grundrechte gelten hier im Wege der mittelbaren Drittwirkung; Die Grundrechte entfalten ihre Wirkung im Wege der mittelbaren Drittwirkung*.

⁴⁰ A. Kulick, *Horizontalwirkung...*, s. 16.

nia praw innych osób, w przypadku drugich – nienaruszania tych praw i stworzenia warunków umożliwiających korzystanie przez jednostki z ich konstytucyjnych uprawnień.

Na niejednoznaczność określenia *Drittwirkung* zwracano uwagę już od momentu jego pojawienia się w literaturze. Jeden z wczesnych badaczy tematyki, H. Linders, w pracy z 1961 r. pisze, że przekonuje ono swoją skrótowością, jednak jego wadą jest niejednoznaczność⁴¹. W kontekście terminologicznych odpowiedników pojęcia *Drittwirkung* funkcjonujących w niemieckiej literaturze prawniczej lat 50. XX w. autor ten wskazuje, iż oprócz „działania horyzontalnego” były to następujące określenia: „bezpośrednie cywilnoprawne znaczenie postanowień dotyczących praw podstawowych”, „wymagane działanie przepisów konstytucji w obrocie między obywatelami”, „absolutne działanie praw podstawowych”, „bezpośrednia zastosowalność praw podstawowych w obrocie prywatnoprawnym”, stwierdziwszy przy tym, że one wszystkie wyrażają ten sam problem. Na marginesie uwag terminologicznych i wyprzedzając rozważania zawarte w kolejnych rozdziałach, należy w komentarzu do tych określeń zauważyć, iż brzmienie większości z nich wyraźnie pokazuje, że rozwój koncepcji trzeciego działania rozpoczął się od tej jej wersji, która zakładała „bezpośrednie” czy też „absolutne” *Drittwirkung*⁴². Późniejsze wykształcenie się wersji pośredniego „trzeciego działania” (i innych jeszcze koncepcji oraz ujęć „trzeciego działania”) spowodowało, iż bezprzymiotnikowe *Drittwirkung* utrwaliło się – niezależnie od prób znalezienia nazwy bardziej adekwatnej, lepiej oddającej sedno problemu, a przede wszystkim bardziej klarownej pod względem znaczeniowym – jako zbiorcze określenie problemu oddziaływania praw podstawowych w sferze prawa prywatnego. Należy

⁴¹ „Trzecie działanie” może być rozumiane jako takie, które zachodzi nie tylko między partnerami, ale również względem podmiotów znajdujących się poza danym stosunkiem prywatnoprawnym. Zob. H. Linders, *Über die Frage der unmittelbaren Bedeutung der Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes für den privatrechtlichen Rechtsverkehr. Ein Beitrag zum Problem der „Drittwirkung“ der Grundrechtsbestimmungen*, Bielefeld 1961, maszynopis, s. 3.

⁴² Więcej na temat zob. w rozdziale 2 niniejszej książki.

jednak zaznaczyć, że również stosowanie w odniesieniu do *Drittwirkung* przymiotników „pośrednie” i „bezpośrednie”, teoretycznie doprecyzowujących rodzaj owego „trzeciego działania”, nie zmieniło krytycznego nastawienia części badaczy do kwestii terminologii. Dla przykładu: Ch. Starck w wydanym w 2018 r. komentarzu do Ustawy Zasadniczej RFN stwierdza, że pierwszą trudnością, jaką napotykamy w temacie *Drittwirkung*, jest właśnie kwestia nazewnictwa, a wskazane określenia są „niezbyt odpowiednie”⁴³. Inni autorzy dobór takiej terminologii określają jako „nieszczęśliwy”, „konstruktywnie błędny” albo jako „rozwiązanie zastępcze, które w tej sprawie nie pomaga”⁴⁴. Do najczęściej wykorzystywanych terminologicznych zamienników określenia *Drittwirkung* należy zaliczyć zwłaszcza *Horizontalwirkung*, czyli „działanie horyzontalne” lub ogólniejsze „działanie praw podstawowych w porządku prywatnoprawnym”⁴⁵. Jeśli chodzi o stosunek wymienionych nazw, to precyzyjniej należałoby powiedzieć, iż „działanie horyzontalne” jest pojęciem ogólniejszym, obejmującym wszystkie rodzaje działania praw podstawowych w obrocie prywatnoprawnym⁴⁶. O ile terminy te – przy odpowiednim doprecyzowaniu – mogą znaleźć zastosowanie w przypadku obydwu odmian *Drittwirkung*, o tyle użyte przez FSK w wyroku w sprawie *Lüth* pojęcie *Ausstrahlungswirkung der Grundrechte*, które tłumaczymy jako działania promieniujące praw podstawowych, dotyczy sposobu działania tych praw w ramach *Drittwirkung* pośredniego⁴⁷. Według K. Sterna *Ausstrahlungswirkung* dobrze oddaje istotę zjawiska polegającego na wywieraniu przez prawa podstawowe wpływu na cały porządek prawny i społeczny. Samo jednak pojęcie „oddziaływania promieniującego” jest przedmiotem jeszcze ostrzejszej

⁴³ Ch. Starck, [w:] H. von Mangoldt, F. Klein, Ch. Starck et al., *Kommentar zum Grundgesetz*, München 2018, Band I, s. 155.

⁴⁴ Zob. autorzy przywołani przez K. Preedy, *Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten. Zur sogenannten Drittwirkung in Europarecht*, Berlin 2005, s. 20.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ A. Kulick, *Horizontalwirkung...*, s. 10.

⁴⁷ Tak wynika z orzecznictwa FSK, który terminy te traktuje jako równoznaczne. Zob. np. postanowienie z 23 kwietnia 1986 r., 2 BvR 487/80, BVerfGE 73, 261 – *Sozialplan*.

krytyki niż *Drittwirkung*. Zauważa się, że nie jest ono terminem prawniczym, a jedynie „obrazowym zwrotem języka potocznego” i jako takie ma niewielką przydatność z perspektywy dogmatyki prawniczej⁴⁸. Posługiwanie się przez FSK tym nieostrym pojęciem pokazuje, iż sąd ten najwyraźniej wychodzi z założenia, że prawa podstawowe oddziałują na relacje prywatne w różnym zakresie, każdorazowo uzależnionym od oceny samych sędziów⁴⁹.

Pomimo krytyki zgłaszanej wobec określenia *Drittwirkung* – jak się zauważa z dzisiejszej perspektywy – termin ten, jako pewna formuła skrótowa, przyjął się do tego stopnia, że konsekwentna z niego rezygnacja w niemieckiej dogmatyce prawa jest zamysłem nierealnym⁵⁰. Podkreślmy również, że ze względu na szczególny wkład niemieckiej jurysprudencji w opracowanie tytułowego zagadnienia termin *Drittwirkung* i jego translacje na różne języki są w światowej nauce prawa powszechnie stosowanym określeniem problemu działania praw jednostki w relacjach prywatnych⁵¹.

1.3. Pośrednie i bezpośrednio *Drittwirkung*

Brak w tekście Ustawy Zasadniczej RFN generalnej klauzuli horyzontalnej doprowadził do ukształtowania się w pierwszych latach obowiązywania tego aktu dwóch przeciwstawnych koncepcji, które zdominowały ten obszar rozważań i do dzisiaj funkcjonują jako utrwalone punkty odniesienia w dyskusji na temat możliwego kręgu adresatów

⁴⁸ Zob. np. C.W. Canaris, op. cit., s. 30 i 93.

⁴⁹ J. Neuner, *Das BVerfG im Labyrinth der Drittwirkung*, NJW 26/2020, s. 1853.

⁵⁰ K. Preedy, op. cit., s. 20.

⁵¹ Zob. tytuły poniższych publikacji E. Engle, *Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)*, „Hanse Law Review” 5/2009, s. 165–173; J. Mijangos y González, *La doctrina de la Drittwirkung der Grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, „Teoría y realidad constitucional” 20/2007, s. 583–608. W języku angielskim mamy do czynienia niemal z dosłownym tłumaczeniem – *third party effect of human rights*, natomiast w języku francuskim funkcjonuje wyrażenie *validité erga omnes*. Zob. Z. Kędzia, *Burżuazyjna koncepcja praw człowieka*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1980, s. 282.

norm konstytucyjnych. Mowa oczywiście o bezpośrednim (niem. *unmittelbare*; *direkte*) i pośrednim (niem. *mittelbare*; *indirekte*) „trzecim działaniu”. Linia podziału, którą pierwotnie wyznaczyły z jednej strony publikacje C.H. Nipperdeya i W. Leisnera, a drugiej G. Düriga, została następnie utrwalona głównie za sprawą orzecznictwa sądowego.

W niemieckiej dogmatyce spotykamy różne sposoby definiowania „bezpośredniości” i „pośredniości” owego działania. Autorzy podręczników zasadniczo przyjmują, iż bezpośrednio *Drittwirkung* zakłada możliwość kształtowania relacji między podmiotami prywatnymi bezpośrednio na podstawie norm praw podstawowych. Oznacza ono, że z praw podstawowych wynikają roszczenia, które mogą być dochodzone wobec podmiotów prywatnych w taki sam sposób, jak dochodzi się ich wobec państwa, ponieważ podmioty prywatne są tak samo jak państwo zobowiązane z tytułu tych praw⁵². Pośrednie *Drittwirkung* z kolei oznacza, że podmioty prywatne nie są w sposób bezpośredni związane normami praw podstawowych, jednak normy te oddziałują na relacje prywatne za pośrednictwem prawa prywatnego⁵³. Polega to w na tym, że zarówno ustawodawca, gdy tworzy prawo prywatne, jak i sądy cywilne, gdy rozstrzygają spory między jednostkami, są zobowiązane do uwzględniania w swoich decyzjach treści norm praw podstawowych⁵⁴. Podmiot prywatny może zostać zobowiązanym z tytułu praw podstawowych innego podmiotu prywatnego tylko w ramach decyzji organu państwa⁵⁵.

Przywołane definicje – aczkolwiek obrazowo oddają ideę rozróżnienia działania bezpośredniego i pośredniego – mają charakter upraszczający i stanowią jedynie punkt wyjścia podjętych w niniejszej książce badań. Przedstawiona w kolejnych rozdziałach analiza wypowiedzi doktryny prawa i orzecznictwa sądowego ukazuje o wiele bardziej skomplikowany obraz rzeczy. Uprzedzając dalsze rozważania, trzeba przede wszystkim zauważyć, że obydwu odmian *Drittwirkung*

⁵² Zob. np. E. Stein, G. Frank, op. cit., s. 223; V. Epping, s. 161.

⁵³ Zob. np. V. Epping, s. 163; L. Michael, M. Morlok, *Grundrechte*, Baden-Baden 2008, s. 243.

⁵⁴ Por. V. Epping, op. cit., s. 163.

⁵⁵ E. Stein, G. Frank, op. cit., s. 223.

nie należy sobie kategorycznie przeciwstawiać. Bezpośrednie *Drittwirkung* – na co wskazywali już jego prekursorzy – nie obowiązuje jako bezwzględna zasada, ale wymaga każdorazowego potwierdzenia w odniesieniu do konkretnych praw, a ponadto ma charakter subsydiarny, znajdując zastosowanie dopiero wtedy, gdy normy prawa prywatnego nie zapewniają wystarczającej ochrony prawom podstawowym. Ponadto nawet jeśli przyjąć, że podmiot prywatny może w sposób bezpośredni powoływać się na swoje prawa podstawowe przeciwko innemu podmiotowi prywatnemu, to już stwierdzenie istnienia określonego roszczenia następuje – tak jak w przypadku pośredniego *Drittwirkung* – w rozstrzygnięciu sądowym, a więc przy udziale państwa. Co więcej, wskutek pojawienia się nowych modeli horyzontalnego oddziaływania praw podstawowych kwestionujących zasadność podziału na pośrednie i bezpośrednie *Drittwirkung*, a także w świetle niektórych wypowiedzi samego FSK, w których przyznał, że w pewnych okolicznościach intensywność związania prawami podstawowymi podmiotów prywatnych może być taka sama jak w przypadku podmiotów publicznych, podział ten wyraźnie stracił na znaczeniu⁵⁶. Powyższe okoliczności nie zmieniają faktu, że w dalszym ciągu ma on w RFN charakter doktryny obowiązującej, a jako element dogmatyki horyzontalnego obowiązywania praw podstawowych stanowi typowy punkt wyjścia w dyskusjach naukowych na ten temat. Ujęcie odnotowujące podział na bezpośrednie i pośrednie *Drittwirkung* zostało uwzględnione w większości cytowanych w niniejszej książce monografii, artykułów i podręczników.

1.4. Internacjonalizacja problematyki *Drittwirkung*

Problem oddziaływania konstytucyjnych wolności i praw na relacje między podmiotami prywatnymi nie jest wyłącznie niemieckim fenomenem. Na obecnym etapie rozwoju praw człowieka poszukuje się rozwiązań umożliwiających ich efektywną ochronę przed zagrożeniami

⁵⁶ Na temat zasadności rozróżniana między bezpośrednim a pośrednim *Drittwirkung* zob. rozdział 6 niniejszej książki.

plynącymi ze strony nie tylko organów państwa, ale również podmiotów prywatnych. Systemy prawne, doktryna i orzecznictwo sądowe poszczególnych krajów przyjmują w tym zakresie różne rozwiązania, jednak ich wspólnym mianownikiem jest bez wątpienia akceptacja tezy, że konstytucyjne wolności i prawa wywierają jakąś formę wpływu na stosunki między podmiotami prywatnymi. Pod względem sposobu normatywnego ujęcia omawianej kwestii na poziomie konstytucyjnym można zasadniczo wyodrębnić dwie tendencje. Większość współczesnych ustaw zasadniczych nie stanowi *explicite* o horyzontalnym obowiązaniu praw jednostki. Tytułem przykładu można tu wskazać następujące konstytucje: Belgii z 1831 r., Luksemburga z 1867 r., Irlandii z 1937 r., Danii z 1953 r., Francji z 1958 r., Hiszpanii z 1978 r., Holandii z 1983 r., Węgier z 1949 r. czy Polski z 1997 r.⁵⁷ Do ustaw zasadniczych, w których treści odnajdujemy, ujęte w formę klauzuli generalnej, sformułowania dopuszczające pośrednie lub bezpośrednie działanie trzeciej strony, zalicza się konstytucję Włoch z 1947 r., RFN z 1949 r., RPA z 1996 r., Portugalii z 1976 r. w ujęciu z 1997 r., Szwajcarii z 1999 r., Grecji z 1975 r. w wersji z 2001 r.⁵⁸ Kwestia normatywnego ujęcia nie ma przy tym charakteru determinującego, ponieważ – jak pokazuje przykład niemiecki – brak wyraźnych konstytucyjnych regulacji w zakresie opisywanego zagadnienia nie musi być przeszkodą w faktycznym uznawaniu horyzontalności poszczególnych praw i wolności w praktyce stosowania prawa. Doktryna i orzecznictwo w większości państw dopuszcza zasadniczo jedynie pośrednie działanie horyzontalne, nie odrzucając *in genere* możliwości działania bezpośredniego w przypadku niektórych praw⁵⁹. Ustalenie, czy i w jaki sposób

⁵⁷ Podobnie S. Jarosz-Żukowska, *Problem horyzontalnego stosowania norm konstytucyjnych dotyczących wolności i praw jednostki w świetle Konstytucji RP*, [w:] *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP*, red. M. Jabłoński, Warszawa 2010, s. 184.

⁵⁸ *Ibidem* oraz B. Banaszak, *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, Kraków 2007, s. 192.

⁵⁹ Na tym tle wyjątkowo prezentuje się przykład Irlandii. Pomimo braku w Konstytucji z 1937 r. regulacji dopuszczającej horyzontalne stosowanie zawartych w niej praw tamtejszy Sąd Najwyższy w latach 70. XX w. sformułował koncepcję ich

dana norma konstytucyjna oddziałuje na relacje prywatnoprawne, będzie ostatecznie zależec od decyzji sądu, uwzględniającej istotę naruszonych praw podstawowych oraz specyfikę i naturę stosunku prawnego.

Celem niniejszego rozdziału jest przyjrzenie się odwołaniom do *Drittwirkung* praw podstawowych w innych niż niemiecki systemach prawnych. Jak wiadomo, ukształtowane przez niemieckich prawników konstrukcje horyzontalnego oddziaływania praw podstawowych są powszechnie wykorzystywanym punktem odniesienia w dyskusji na ten temat na całym świecie. Wszelkie jednak analizy o charakterze prawno-porównawczym mogą mieć ze swej natury wyłącznie ograniczony charakter, prezentują bowiem treści według określonego klucza. Z uwagi na główny temat podjętych w książce rozważań nie będzie nas interesować pogłębiona i systematyczna analiza funkcjonujących w naukowym świecie podejść do problematyki horyzontalnego oddziaływania konstytucyjnych praw i wolności⁶⁰, lecz zwrócimy jedynie uwagę na doświadczenia kilku wybranych państw, w których można zaobserwować szczególne zainteresowanie wykorzystaniem dorobku doktryny i praktyki prawa RFN. Należy przy tym podkreślić, że ustalenia nauki niemieckiej są co do zasady raczej tłem komparatystycznym niż przedmiotem prostej inkorporacji do rodzimej teorii czy praktyki stosowania prawa⁶¹. W ramy poniższej egzemplifikacji włączono Hiszpanię, Portugalię, Izrael, Republikę Południowej Afryki oraz Wielką Brytanię⁶².

bezpośredniego horyzontalnego działania, która zasadniczo zachowała aktualność do czasów obecnych. Jakkolwiek stosowany w Irlandii model wykazuje wiele podobieństw do swojego niemieckiego odpowiednika, nie stwierdza się wpływu ustaleń poczynionych w niemieckiej doktrynie i orzecznictwie w zakresie *Drittwirkung* na irlandzką naukę prawa. Więcej na temat modelu *constitutional action* w Irlandii zob. M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, s. 86 i n.

⁶⁰ Analiza taka jest obecna w książce M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, w której autorka wyodrębnia i opisuje różne modele horyzontalnego działania praw konstytucyjnych na świecie; por. *ibidem*, s. 63 i n.

⁶¹ Jak słusznie – w kontekście polskich doświadczeń – stwierdza M. Dąbrowski, przenoszenie poglądów ukształtowanych w RFN do rodzimego konstytucjonalizmu musi uwzględniać specyfikę własnych rozwiązań ustrojowych. M. Dąbrowski, *op. cit.*, s. 71.

⁶² Również w Japonii dyskusja na temat horyzontalnego oddziaływania konstytucyjnych praw i wolności pozostaje od długiego czasu pod silnym wpływem ustaleń

Uwagi na temat internacjonalizacji problematyki *Drittwirkung* zostały uzupełnione odniesieniem się do doświadczeń Polski i UE⁶³.

Z dorobku nauki niemieckiej w zakresie *Drittwirkung* szeroko korzysta doktryna prawa w Hiszpanii i Portugalii⁶⁴. Brak w hiszpańskiej konstytucji jednoznacznych sformułowań na temat horyzontalne-

niemieckiej nauki na temat *Drittwirkung*. Więcej na ten temat zob. S. Taguchi, *Shijin-sôgo no Kankei ni okeru Jinken no Hoshô* (w tłum.: *Ochrona praw człowieka w relacjach między jednostkami*), „*Kôhô Kenkyû*” 26/1964, s. 59 oraz T. Munesue, *Jinkenron no Shinkôsei* (w tłum.: *Nowe teorie na temat praw człowieka*), Tokio 2008.

⁶³ Poza zakresem rozważań podjętych w tym fragmencie pozostawiam amerykański odpowiednik *Drittwirkung*, czyli koncepcję „działania państwowego” (ang. *state action*). Dyskusję na temat skuteczności konstytucyjnych wolności i praw w relacjach między podmiotami prywatnymi, która od wielu dziesięcioleci toczy się w USA niezależnie od rozważań podejmowanych w nauce innych państw, w tym RFN, zapoczątkowało orzeczenie Sądu Najwyższego USA z 1883 r. (sprawa *Civil Rights Cases*), w którym odróżnił on działanie państwowe (ang. *state action*) od działania prywatnego (ang. *private action*) i sformułował zasadę, w myśl której podmioty prywatne nie są zobowiązane z tytułu praw konstytucyjnych, a jedynie XIII poprawka do Konstytucji z 1865 r., wyrażająca zakaz niewolnictwa, jako wolność o charakterze absolutnym działa również w relacjach prywatnych. Pogląd ten, od którego SN nigdy formalnie nie odstąpił, podziela większość amerykańskich konstytucjonalistów. Jednak od lat 40. XX w. SN zaczął rozszerzać zakres rozumienia *state action*, stwierdzając, że jest nim również prywatne wykonywanie działań publicznych oraz działanie prywatne z określonym stopniem państwowego udziału. Zatem jeśli działanie prywatne zostanie przez sędziów sklasyfikowane jako *state action*, to wykorzystują oni do jego oceny te same narzędzia co do oceny działania państwowego. Tym samym skutek horyzontalny zostaje *de facto* dopuszczony i – co więcej – przybiera on wówczas postać bezpośrednią. Na temat doktryny *state action* zob. np. Th. Giegerich, *Privatwirkung der Grundrechte in den USA, Beitrage zum ausländlichen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Band 104, Heidelberg 1992; S. Gardbaum, *The „horizontal effect” of constitutional Rights*, „*Michigan Law Review*” 102/2003; M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, s. 151 i n.; I. Wróblewska, *Rozwój doktryny „state action” w orzecznictwie sądowym USA*, [w:] *Sądy i trybunały wobec problemu horyzontalnego działania praw jednostki*, red. M. Florczak-Wątor, Kraków 2015, s. 43 i n.

⁶⁴ A. Łabno-Jabłońska, *Zasada bezpośredniego obowiązywania konstytucyjnych praw i wolności jednostki. Analiza prawnoporównawcza*, [w:] *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 1997, s. 76. Por. też w odniesieniu do Hiszpanii J. Sułkowski, *Stosowanie praw podmiotowych w stosunkach horyzontalnych w Hiszpanii*, [w:] *Oddziaływanie...*, s. 117 i n.; F. Fernández Segado, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional*, „*La Revista Española de Derecho Constitucional*” 39/1993.

go skutku praw podstawowych spowodował ukształtowanie się dwóch przeciwstawnych poglądów na ten temat: całkowicie odrzucającego ich horyzontalną skuteczność oraz akceptującego tę koncepcję⁶⁵, przy czym aprobata dotyczy zasadniczo jej pośredniej wersji. Podobne stanowisko zajmuje hiszpański Trybunał Konstytucyjny, który w ślad za swoim niemieckim odpowiednikiem uznaje istnienie obiektywnego wymiaru praw podstawowych i powołuje się na uosabiany przez nie „porządek wartości wspólnoty narodowej”, który przenika cały system prawny⁶⁶. Jeśli chodzi o opinie reprezentowane w nauce prawa w Portugalii, to niezależnie od generalnej aprobaty pośredniej wersji *Drittwirkung* daje się również wyodrębnić pogląd grupy autorów, którzy w sposób jednoznaczny opowiadają się za jego wersją bezpośrednią⁶⁷. Istotną racją, na którą powołują się w swojej argumentacji, jest art. 18 ust. 1 portugalskiej ustawy zasadniczej, stanowiący, że przepisy konstytucyjne odnoszące się do praw i wolności są stosowalne bezpośrednio i wiążą podmioty publiczne i prywatne⁶⁸. Brzmienie tego przepisu umożliwia jego interpretację jako generalnej klauzuli bezpośredniego *Drittwirkung* konstytucyjnych praw i wolności⁶⁹. W literaturze wskazuje się, że takie rozumienie znajduje niekiedy zastosowanie także w praktyce sądowej w zakresie konstytucyjnych praw socjalnych⁷⁰.

Również w Szwajcarii debata naukowa na temat horyzontalnego oddziaływania praw podstawowych – która toczy się tam już od czasów powojennych – pozostaje pod wyraźnym wpływem ustaleń niemieckiej doktryny prawa i rozwiązań przyjmowanych w orzecznictwie

⁶⁵ A. Łabno-Jabłońska, *Zasada...*, s. 80.

⁶⁶ Pogląd ten został ukształtowany w orzecznictwie konstytucyjnym lat 80. XX w. Zob. więcej na ten temat F. Fernández Segado, op. cit., s. 208 i n.

⁶⁷ J.J. Gomes Canotilho, V. Moreira, *Constituição da República Portuguesa, Anotação*, Coimbra 1993, s. 148, za: A. Łabno-Jabłońska, op. cit., s. 81.

⁶⁸ A. Łabno-Jabłońska, op. cit., s. 81.

⁶⁹ J. Polakiewicz, *Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen in den Verfassungsordnungen Italiens, Portugals und Spaniens*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht” 54/1994, s. 380.

⁷⁰ Ibidem, s. 379 i n. Autor twierdzi, że opisana tendencja jest jeszcze bardziej widoczna w rozstrzygnięciach hiszpańskiego TK.

FSK⁷¹. Po wejściu w życie konstytucji z 1999 r. podstawowym punktem odniesienia w tej debacie jest art. jej 35, który stanowi, że prawa podstawowe muszą być urzeczywistniane w całym porządku prawnym, a każdy, kto wykonuje zadania państwowe, jest tymi prawami związany i zobowiązany przyczynić się do ich urzeczywistnienia, a także nakłada na władze obowiązek dbania, aby prawa podstawowe, o ile się do tego nadają, były stosowane także wobec osób prywatnych. Na tle tego przepisu ukształtował się w doktrynie prawa pogląd, zaakceptowany również w orzecznictwie Sądu Federalnego, zgodnie z którym ujęte w konstytucji prawa podstawowe rozwijają w stosunkach między podmiotami prywatnymi skuteczność pośrednią, natomiast skuteczność bezpośrednia może być uznana tylko wtedy, gdy przepis konstytucji stanowi o tym w sposób wyraźny⁷², a także gdy przepisy prawa prywatnego naruszają istotę praw podstawowych albo brak regulacji praw podstawowych lub jest ona niekompletna. Szwajcarską odmianę horyzontalnego oddziaływania konstytucji określa się mianem pośredniczącego *Drittwirkung* (niem. *vermittelnde Drittwirkung*)⁷³.

Adaptacja niemieckiego modelu *Drittwirkung* jest obecna również w Izraelu⁷⁴. Z uwagi na brak w tym kraju konstytucji w znaczeniu formalno-prawnym problem zabezpieczenia praw i wolności człowieka spoczywa w pierwszej kolejności na doktrynie prawa i orzecznictwie sądowym. Największy wpływ na ukształtowany w tym kraju model działania praw człowieka w relacjach prywatnych miał A. Barak, konstytucjonalista i prezes Sądu Najwyższego Izraela w latach 1995–2006⁷⁵. Jego zdaniem regulacja praw i wolności zawarta w ustawie zasadniczej

⁷¹ Zob. M. Florczak-Wątor, *Oddziaływanie praw podstawowych na stosunki między podmiotami prywatnymi w Szwajcarii*, [w:] *Oddziaływanie...*, s. 61 i n.

⁷² Dzieje się tak w przypadku art. 8 ust. 3 zd. 3, który ustanawia zasadę równego wynagrodzenia dla kobiet i mężczyzn za taką samą pracę.

⁷³ M. Florczak-Wątor, *Oddziaływanie...*, s. 76.

⁷⁴ Więcej na ten temat zob. A. Rataj, *Horizontal Effect of Constitutional Human Rights in Israel*, [w:] *Oddziaływanie...*, s. 143 i n.

⁷⁵ Por. A. Barack, *Constitutional human rights and private law*, „Review of Constitutional Studies” 2/1996, s. 218 i n.

z 1992 r. – nawet jeśli jako zobowiązanych do ich poszanowania wymienia wyłącznie organy państwa – nie wyklucza horyzontalnej aplikacji tych praw. Zaproponowany przez niego model wyraźnie nawiązywał do niemieckiej koncepcji pośredniego *Drittwirkung*. Po raz pierwszy został on zastosowany w wyroku SN w głośnej sprawie *Jerusalem Community Burial Society v. Kestenbaum*⁷⁶, która w niemieckiej literaturze jest określana jako „klon” orzeczenia w sprawie Lüth⁷⁷. Rozstrzygając konflikt między swobodą kontraktowania a godnością ludzką, izraelski SN – wzorem swojego niemieckiego odpowiednika – uznał, że działanie praw człowieka nie ogranicza się do prawa publicznego, ale – jako podstawowe zasady całego systemu prawnego – prawa te przenikają za pośrednictwem klauzul generalnych do prawa prywatnego. Tezy zawarte w wyroku w sprawie *Jerusalem Community Burial Society v. Kestenbaum* spotkały się z akceptacją judykatury, znajdując w kolejnych latach szerokie zastosowanie w orzecznictwie sądów niższych instancji⁷⁸.

Szczególne znaczenie omawiana problematyka ma w Republice Południowej Afryki. Idea rozszerzenia oddziaływania konstytucyjnych praw i wolności na relacje prywatnoprawne współgra z założeniami Konstytucji z 1996 r., która ostatecznie odeszła od segregacyjnej polityki *apartheidu*, gwarantując prawa obywatelskie i zakazując dyskryminacji ze względu na rasę, płeć czy pochodzenie etniczne. W nawiązaniu do podziałów ukształtowanych w niemieckiej nauce prawa warto zaznaczyć, że obowiązujący w RPA model pośredniego efektu horyzontalnego⁷⁹ określa się również mianem „wzmocnionego” pośredniego *Drittwirkung*⁸⁰. Na jego ukształtowanie miało wpływ przede wszystkim orzecznictwo południowoafrykańskiego Sądu Konstytucyjnego, a zwłaszcza głośny, wydany jeszcze na tle tymczasowej Konstytucji

⁷⁶ Wyrok z 30 kwietnia 1992 r., CA 294/91.

⁷⁷ A. Kulick, *Horizontalwirkung...*, s. 91 i n.

⁷⁸ Więcej na temat adaptacji pośredniego *Drittwirkung* w orzecznictwie sądowym w Izraelu, zob. A. Rataj, op. cit., s. 155 i n.

⁷⁹ Por. M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, s. 116 i n.

⁸⁰ G. Phillipson, *The Human Rights Act, „Horizontal Effect” and the Common Law: A Bang or a Whimper?*, „The Modern Law Review” 62 (6)/1999, s. 830.

z 1993 r., wyrok w sprawie *Du Plessis and Another v. De Klerk*⁸¹, w którym – po analizie orzecznictwa w USA, Kanadzie i RFN – *sąd expressis verbis* wyraził aprobatę dla niemieckiego modelu *Drittwirkung*. Wzmocnienie pośredniego efektu horyzontalnego w cytowanym orzeczeniu polegało na tym, że sądy w RPA zostały w nim zobowiązane do zapewniania zgodności całego istniejącego prawa z prawami konstytucyjnymi, a nie tylko z reprezentowanymi przez nie wartościami⁸². Jeśli chodzi o regulację Karty Praw Podstawowych, to wprowadza ona *explicite* zasadę ich horyzontalnej skuteczności pod warunkiem, że ich zastosowanie jest możliwe i w granicach, w jakich to jest możliwe, oraz przy uwzględnieniu natury danego prawa, i wszelkich wynikających z niego obowiązków⁸³.

Orzecznictwo Federalnego Sądu Konstytucyjnego i debata na temat *Drittwirkung*, jaka toczyła się w RFN, znajduje odzwierciedlenie w angielskiej literaturze⁸⁴. Wobec braku do 2000 r. w tamtejszym systemie prawa kompleksowej regulacji praw człowieka na poziomie konstytucyjnym kwestia horyzontalnego oddziaływania tych praw była podejmowana w kontekście rozpatrywania przez Europejski Trybunał Praw Człowieka wnoszonych przez brytyjskich obywateli skarg na naruszenie Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁸⁵. Nowego impulsu dla zainteresowania się przez brytyjskich prawników omawianą problematyką dostarczyło wejście w życie, uchwalonej w 1998 r., ustawy o prawach człowieka, która inkorporowała prawa

⁸¹ Orzeczenie z 15 maja 1996 r., CCT8/95, (1996) ZACC 10.

⁸² G. Phillipson, op. cit., s. 831. Więcej na temat znaczenia tego rozstrzygnięcia dla problemu horyzontalności konstytucyjnych praw zob. D. Futch, *Du Plessis v. De Klerk: South Africa's Bill of Rights and the Issue of Horizontal Application*, „North Carolina Journal of International Law” 22 (3)/1997.

⁸³ Sekcja 8(2) Konstytucji RPA z 1996 r.

⁸⁴ Tytułem przykładu zob. K.M. Lewan, *The Significance of Constitutional Rights for Private Law: Theory and Practice in West Germany*, „International and Comparative Law Quarterly” 17/1968; B.S. Markesinis, op. cit., s. 47; B.S. Markesinis, S. Enchelmaier, *The Applicability of Human Rights as between Individuals under German Constitutional Law*, [w:] *Protecting Privacy*, ed. B. Markesinis, Oxford 1999, s. 192.

⁸⁵ Zob. na ten temat A. Clapham, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford 1993.

i wolności konwencyjne do prawa krajowego, umożliwiając obywatelom ich egzekwowanie przed sądami brytyjskimi. Zagadnienie możliwości i zasadności objęcia wymienioną ustawą stosunków prywatnoprawnych zostało rozpoznane jako „prawdopodobnie jeden z najbardziej problematycznych aspektów”⁸⁶ stosowania ustawy, a przedstawiciele nauki prawa nie wypracowali w tej kwestii wspólnego stanowiska⁸⁷.

Problematyka oddziaływania praw człowieka na relacje między podmiotami prywatnymi jest obecna również na poziomie ponadnarodowym. Jeśli chodzi o europejskie systemy ochrony praw człowieka, to w przypadku Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności możliwość horyzontalnej aplikacji postanowień tego aktu jest – za sprawą orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – rozważana przede wszystkim w odwołaniu do koncepcji pozytywnych obowiązków państwa⁸⁸. Polega ona na przypisaniu prawom człowieka funkcji ochronnej, zobowiązującej państwo do zabezpieczania jednostki przed pochodzącymi ze strony innych jednostek zagrożeniami dla jej praw. Koncepcja ta jest odpowiednikiem funkcjonującej od lat 70. XX w. w orzecznictwie Federalnego Sądu Konstytucyjnego kategorii *Schutzpflichten*, stanowiącej rodzaj alternatywy wobec *Drittwirkung*⁸⁹. O wiele większe znaczenie ma problematyka *Drittwirkung* w systemie prawa UE⁹⁰. Unijne przepisy, poza regulacjami niektórych dyrektyw, nie odnoszą się do kwestii horyzontalnej skuteczności gwarantowanych

⁸⁶ G. Phillipson, op. cit., s. 824 i cytowana tam literatura.

⁸⁷ R. Brinktrine, *The Horizontal Effect of Human Rights in German Constitutional Law: The British Debate on Horizontality and the Possible Role Model of the German Doctrine of „mittelbare Drittwirkung der Grundrechte”*, „European Human Rights Law Review” 2001, s. 422.

⁸⁸ Por. np. L. Garlicki, *Relations between Private Actors and the European Convention on Human Rights*, [w:] *The Constitution...*, s. 129 i n. Na temat rozwoju tej koncepcji w orzecznictwie ETPC zob. M. Florczak-Wątor, *Obowiązki ochronne państwa w świetle Konstytucji RP i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Kraków 2018.

⁸⁹ Szczegółowo na temat konstrukcji *Schutzpflichten* i jej stosunku do *Drittwirkung* zob. rozdział 9 niniejszej książki.

⁹⁰ Na ten temat zob. np. A.-M. Lengauer, op. cit.; E. Engle, op. cit.; M. Ludwigs, S. Weidermann, op. cit.; M. Avbelj, *Is There Drittwirkung in EU Law?*, [w:] *The Constitution...*, s. 145 i n.; M. Ludwigs, S. Weidermann, op. cit.

przez nie praw i wolności. Jednak zarówno w orzecznictwie TSUE, jak i w nauce prawa europejskiego prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym prawa i wolności zagwarantowane w Karcie Praw Podstawowych oraz innych przepisach unijnych oddziałują na relacje między jednostkami, co więcej – oddziaływanie to ma charakter bezpośredni. Oczywiście, podobnie jak w przypadku innych systemów prawnych, możliwość rozciągnięcia skuteczności danego prawa na relacje prywatne zależy od jego specyfiki i konkretnych okoliczności badanej sprawy. W przypadku prawa UE najszersze zastosowanie znajduje wskazana zasada w odniesieniu do zakazu dyskryminacji, została natomiast zanegowana w przypadku swobody przepływu towarów między państwami członkowskim⁹¹. Przełomowe znaczenie dla rozwoju omawianej koncepcji w UE miały rozstrzygnięcia TSUE w sprawach *Mangold*⁹² i *Kücükdeveci*⁹³, w których sąd ten sformułował zasadę bezpośredniego *Drittwirkung* w odniesieniu do ujętego w unijnych dyrektywach równościowych zakazu dyskryminacji ze względu na wiek. Z kolei kwestia horyzontalnej skuteczności Karty Praw Podstawowych w zakresie zakazu dyskryminacji i niektórych innych praw została ostatecznie pozytywnie przesądzona w kilku orzeczeniach z 2018 r., szeroko komentowanych w literaturze przedmiotu⁹⁴.

Jeśli chodzi o polską naukę prawa, to zagadnienie horyzontalnego działania konstytucyjnych praw i wolności właściwie dopiero w ostatnim dziesięcioleciu zostało rozpoznane jako istotny problem współczesnego konstytucjonalizmu⁹⁵. W Konstytucji RP z 1997 r.

⁹¹ Zob. wyrok TSUE z 12 czerwca 2003 r., w sprawie C-112/00 – *Schmidberger*.

⁹² Wyrok TSUE z 22 listopada 2005 r. – *Mangold v Helm*, C-144/04.

⁹³ Wyrok TSUE z 19 stycznia 2010 r. – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07.

⁹⁴ Zob. zwłaszcza wyrok z 17 kwietnia 2018 r., Case C-414/16 – *Vera Egenberger v Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V* oraz inne orzeczenia wskazane przez A. Colombi Ciacchi, *The Direct Horizontal Effect of EU Fundamental Rights*, „European Constitutional Law Review” 15/2019.

⁹⁵ Zagadnienie to jest w literaturze podejmowane zarówno w kontekście rozwiązań przyjmowanych w innych systemach prawnych (por. pozycje cytowane we wcześniejszej części niniejszego rozdziału, a także np. teksty zamieszczone w tomach

brakuje wyrażonej wprost klauzuli horyzontalnej, jednak sposób ujęcia niektórych jej przepisów stwarza możliwość interpretacji uzasadniającej rozszerzenie działania chronionych w niej praw i wolności na stosunki prywatnoprawne. Szczególne znaczenie dla przyjęcia tezy o ich generalnej horyzontalnej skuteczności przypisuje się art. 8 ust. 2 stanowiącemu o bezpośrednim stosowaniu Konstytucji, art. 30 ustanawiającemu zasadę nienaruszalności godności człowieka czy też art. 31 ust. 2 nakładającym na wszystkich obowiązek szanowania wolności i praw innych⁹⁶. Wydaje się, że – podobnie jak w innych krajach – przedstawiciele doktryny prawa zasadniczo aprobują możliwość pośredniego „trzeciego działania” praw człowieka, natomiast jego wersja bezpośrednia bywa uzasadniana w kontekście zakazu dyskryminacji z art. 32 ust. 2⁹⁷ czy też zakazu stosowania kar cielesnych z art. 40 Konstytucji⁹⁸. Jeśli chodzi o stanowisko Trybunału Konstytucyjnego na temat możliwości horyzontalnej skuteczności postanowień Konstytucji RP, to nie jest ono jednoznaczne, ponieważ obecne są w nim zarówno wypowiedzi aprobujące taką skuteczność⁹⁹, jak i ją wykluczające¹⁰⁰. TK nie nawiązuje wprawdzie *explicite* do ustaleń niemieckiej nauki prawa, jednak w jego orzecznictwie można odnaleźć przykłady odwołań do centralnego elementu konstruującego pośrednie *Drittwirkung*, czyli obiektywnego porządku wartości. Jak stwierdza TK: „konstytucja ze swej istoty

Horyzontalne oddziaływanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, red. A. Młynarska-Sobaczewska, P. Radziejewicz, Warszawa 2015 oraz *Oddziaływanie współczesnych konstytucji na stosunki między podmiotami prywatnymi*, red. M. Florczak-Wątor, Kraków 2015; B. Skwara, *Horyzontalny skutek praw i wolności jednostki w systemie Konstytucji RP*, [w:] *Dylematy praw człowieka*, red. T. Gardocka i J. Sobczak, Toruń 2008), jak i w odniesieniu do możliwości adaptacji modeli zagranicznych w polskich realiach konstytucyjnych (zob. zwłaszcza M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, s. 345 i n.).

⁹⁶ Por. S. Jarosz-Żukowska, op. cit., s. 188 i n., M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, s. 349 i n. oraz cytowani w tych publikacjach autorzy.

⁹⁷ Podobnie J. Podkowik, *Konstytucyjna zasada równości i zakaz dyskryminacji w prawie cywilnym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2/2016, s. 257.

⁹⁸ M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, s. 349.

⁹⁹ Zob. zwłaszcza wyrok z 19 lutego 2002 r. (U 3/01).

¹⁰⁰ Wyrok z 27 maja 2002 r. (K 20/01).

tworzy obiektywny porządek wartości”¹⁰¹. Warto też zauważyć, że jednym z narzędzi umożliwiających uwzględnianie promieniującego wpływu praw podstawowych na prawo prywatne w Polsce jest dobrze znana w rodzimej praktyce konstytucyjnej technika wykładni ustaw w zgodzie z konstytucją¹⁰².

¹⁰¹ Zob. np. wyrok 8 lipca 2008 r., P 36/07.

¹⁰² Na temat wykładni w zgodzie z konstytucją w kontekście pośredniego *Drittwirkung* zob. w niniejszej książce rozdział 6.

Rozdział 2

Bezpośrednie *Drittwirkung*

2.1. Uwagi wprowadzające

Wejście w życie niemieckiej Ustawy Zasadniczej zapoczątkowało szeroką, kontynuowaną do dnia dzisiejszego, dyskusję na temat wpływu praw podstawowych na prawo prywatne. Asumpt do tej dyskusji dała zmiana funkcji praw podstawowych, polegająca na przypisaniu im charakteru bezpośrednio obowiązujących norm zamiast tylko deklaracji intencji (art. 1 ust. 3 GG). Z tego względu wcześniejsze rozważania na temat horyzontalnego skutku praw podstawowych, dotyczące niektórych postanowień Konstytucji weimarskiej, miały bardzo ograniczone znaczenie¹⁰³. Jak już wspomniano, po wejściu w życie niemieckiej Ustawy Zasadniczej w piśmiennictwie naukowym termin *Drittwirkung* sprostowano do bezpośredniego horyzontalnego oddziaływania praw podstawowych, aby następnie – wobec licznych zarzutów kierowanych pod adresem tej teorii – dość szybko sformułować, opartą przede wszystkim

¹⁰³ Za wyjątek od generalnej, sformułowanej na tle całokształtu przepisów Konstytucji weimarskiej, zasady związania prawami podstawowymi wyłącznie organów państwa uważano jej art. 118 ust. 1 i 2 oraz art. 159 ust. 2, które regulowały swobodę wypowiedzi i wolność zrzeszania się. Zob. Ch. Starck, *Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court*, [w:] D. Friedmann, D. Barack-Erez (red.), *Human Rights in Private Law*, Oxford 2001, s. 101.

kim na praktyce orzecniczej FSK, jej ograniczoną wersję. W tym rozdziale skoncentrujemy się na przedstawieniu podstaw doktrynalnych koncepcji bezpośredniego *Drittwirkung* i omówieniu orzeczeń stanowiących najbardziej reprezentatywne przykłady aplikacji tej koncepcji w praktyce sądowej. Następnie zostanie zaprezentowana kwestia ewentualnych podstaw normatywnych do formułowania tezy o bezpośredniej skuteczności niektórych praw podstawowych. Na koniec zostaną podane najważniejsze argumenty przytaczane w niemieckiej nauce prawa przeciwko omawianej wersji *Drittwirkung*.

2.2. Prekursorzy nauki o bezpośrednim *Drittwirkung*

W pierwszych latach obowiązywania niemieckiej Ustawy Zasadniczej, zanim w ramach koncepcji *Drittwirkung* wyodrębniono jego pośrednią wersję, terminem tym – wówczas bezprzymiotnikowym – obejmowano tzw. absolutne działanie praw podstawowych¹⁰⁴. Jako jej głównych prekursorów wskazuje się H.C. Nipperdeya i W. Leisnera¹⁰⁵. Istotne znaczenie dla rozwoju tej koncepcji miało również orzecznictwo Federalnego Sądu Pracy w początkowym okresie jego funkcjonowania, a więc za czasów prezesury H.C. Nipperdeya. Poglądy tego uczonego znalazły aprobatę również w kilku orzeczeniach Trybunału Federalnego, wydanych w latach 50. XX w.

Rozwój nauki o bezpośrednim *Drittwirkung* oznaczał, że perspektywa praw podstawowych jako praw obronnych została przeniesiona na relacje między podmiotami prywatnymi¹⁰⁶. Punktem wyjścia debaty na temat horyzontalnego oddziaływania praw podstawowych były prace C.H. Nipperdeya¹⁰⁷. Jego teoria ma swoje źródło w zasadzie prymatu

¹⁰⁴ Jest to widoczne np. w cytowanej już pracy H. Lindersa, *Über...*, s. 27–41.

¹⁰⁵ Wśród zwolenników wymienia się również F. Gamillschega, który rozważania na temat *Drittwirkung* odnosił przede wszystkim do obszaru prawa pracy (por. dalej w tym rozdziale).

¹⁰⁶ M. Ruffert, op. cit., s. 61.

¹⁰⁷ Zob. przede wszystkim idem, *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung – ein Beitrag zur Auslegung der Grundrechte*, „Recht der Arbeit” 1950, s. 121 i n. oraz *Grundrechte und Privatrecht*, Krefeld 1961.

konstytucji. Wyjaśniał on bowiem, że w przypadku absolutnego działania praw podstawowych chodzi o ich

bezpośrednio normatywne działanie jako obiektywnego, wiążącego prawa konstytucyjnego, które wpływa na przepisy prawa prywatnego w ten sposób, że je usuwa, modyfikuje, uzupełnia lub tworzy na nowo. To prawo konstytucyjne zawiera nie tylko wskazówki czy reguły wykładni dla pozostałych obszarów prawa, ale normatywne regulacje dla całego porządku prawnego jako całości, z którego wypływają również prywatne prawa podmiotowe dla jednostki¹⁰⁸.

Jego zdaniem, obok praw podstawowych wiążących przede wszystkim organy państwa, istnieją też takie, na które jednostki mogą się powoływać w relacjach gospodarczych czy społecznych. Pełnią one funkcję norm zasadniczych bezpośrednio obowiązujących w całym systemie prawnym, a więc również w prawie prywatnym¹⁰⁹. Bezpośrednia skuteczność nie ma charakteru generalnej zasady, ale wymaga potwierdzenia w przypadku poszczególnych praw podstawowych pod kątem ich treści, istoty i funkcji¹¹⁰. Zwolennicy bezpośredniego *Drittwirkung* nie twierdzili, że normy konstytucyjne eliminują normy prawa prywatnego, ale uważali, że są przez sędziego stosowane wtedy, gdy w okolicznościach konkretnego przypadku normy prawa prywatnego okazują się nieadekwatne lub ustawodawca nie ustanowił na czas zasad pozwalających wyważyć interesy¹¹¹. Oznacza to, że orzekanie bezpośrednio na podstawie konstytucji miało mieć w relacjach horyzontalnych charakter subsydiarny, a więc aktualizować się dopiero wtedy, gdy normy prawa prywatnego nie zapewniają wystarczającej ochrony prawom podstawowym¹¹². W. Leisner określał w tym kontekście *Drittwirkung* jako pozostawienie

¹⁰⁸ H.C. Nipperdey, *Grundrechte...*, s. 15.

¹⁰⁹ H.C. Nipperdey, [w:] K.A. Bettermann, H.C. Nipperdey, U. Scheuner, op.cit., s. 748, cyt. przez Ch. Starck, *Die Grundrechte...*, s. 243.

¹¹⁰ Ch. Starck, *Die Grundrechte...*, s. 243; M. Ruffert, op. cit., s. 12.

¹¹¹ W. Leisner, *Grundrechte und Privatrecht*, München 1960, s. 317.

¹¹² Tak też: M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, s. 71.

stające w „zasadniczej rezerwie” (niem. *in grundsätzliche Reserve*)¹¹³. Nawet jeśli działanie jednostki zostałoby uznane za naruszające prawa podstawowe, to stwierdzenie jego nieważności nie miało następować bezpośrednio na podstawie norm Ustawy Zasadniczej, lecz norm prawa prywatnego, a konkretnie § 134 BGB, mówiącego, iż czynność prawna, która narusza zakaz ustawowy, jest nieważna, chyba że prawo stanowi inaczej¹¹⁴. Pod pojęciem ustawy w świetle kodeksu cywilnego należy rozumieć każdą normę, w tym normę konstytucyjną¹¹⁵. Otwarte pozostawiono pytanie, czy w innych obszarach jurysprudencji stwierdzenie, że dana czynność jest zgodna z prawem, może następować bezpośrednio na podstawie konstytucji¹¹⁶. Jeśli chodzi o sposób, w jaki prawa podstawowe miały obowiązywać w relacjach między osobami prywatnymi, to wśród zwolenników bezpośredniego *Drittwirkung* dało się wyróżnić dwa podejścia. Według W. Leisnera przysługująca jednostce swoboda zawierania umów jest delegacją należącej do państwa kompetencji do tworzenia prawa i dlatego jednostka podlega w tym zakresie takim samym ograniczeniom jak państwo. Zdaniem H.C. Nipperdeya zobowiązania wynikające z praw podstawowych są w przypadku państwa większe, ponieważ w przeciwieństwie do jednostki nie jest ono ich podmiotem. Interpretacja praw podstawowych w relacji prywatnoprawnej polega na wazeniu interesów i wartości przysługujących obu stronom takiej relacji¹¹⁷.

W debacie na temat horyzontalnej skuteczności praw podstawowych można wyodrębnić przynajmniej dwie grupy argumentów mających wspierać jej bezpośrednią wersję: takie, które można określić

¹¹³ W. Leisner, op. cit., s. 317.

¹¹⁴ Por. M. Lewan, *The Significance of Constitutional Rights for Private Law: Theory and Practice in West Germany*, „International and Comparative Law Quarterly” 17/1968, s. 573.

¹¹⁵ Tak uznał FSP w jednym z orzeczeń wydanych w okresie prezesury H.C. Nipperdeya. Zob. wyrok z 10 maja 1957 r., 1 AZR 249/57, BAGE 4, 274 – *Zölibatsklausel*.

¹¹⁶ BAGE 4, 274.

¹¹⁷ M. Lewan, op. cit., s. 574–576. Tak też M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, s. 70–71.

mianem ideologicznych, a więc odwołujących się do roli i znaczenia konstytucyjnych praw podstawowych, oraz normatywne, czyli bazujące na interpretacji określonych postanowień Ustawy Zasadniczej. W ramach grupy pierwszej jako jeden z najważniejszych argumentów wymieniano konieczność zapewnienia efektywnego działania praw podstawowych, jako najwyższych wartości również w życiu społecznym. Pozytywna treść praw podstawowych wymaga ich wszechstronnego zabezpieczenia i kompleksowej ochrony w interesie jednostki¹¹⁸. Za bezpośrednim *Drittwirkung* praw podstawowych miała ponadto, co szczególnie akcentował W. Leisner, przemawiać ich historyczna interpretacja, odwołująca się do tego, że powstały one jako prawa wszechstronnie obowiązujące¹¹⁹. Jednak kluczowym argumentem na stałe obecnym w dyskusji na temat absolutnej skuteczności praw podstawowych jest fakt, że korzystanie z praw i wolności przez obywateli może być w nowoczesnych społeczeństwach zagrożone nie tylko przez państwo, ale też przez potężne podmioty prywatne, takie jak duże przedsiębiorstwa czy banki. Dlatego, jak mocno podkreślał H.C. Nipperdey, robienie użytku z praw podstawowych przez podmioty prywatne w ich wzajemnych relacjach jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy występuje między nimi prawna i rzeczywista nierówność. Zwolennicy tej teorii nie określili bliżej, jaki poziom czy rozmiar nierówności aktualizuje powyższą zasadę, stwierdziwszy jedynie, że chodzi o sytuację takiego „korzystania z prawnej lub jedynie faktycznej władzy przez osobę prywatną lub grupę osób, które upodabnia relację prywatnoprawną do stosunku między państwem a obywatelem”¹²⁰. Ryzyko znacznej dysproporcji między siłą ekonomiczną stron stosunku jest realne zwłaszcza w relacjach między pracownikiem a pracodawcą¹²¹. Na znaczenie praw podstawowych w obszarze prawa pracy zwracał uwagę przede wszystkim F. Gammillscheg. Jego zdaniem warunkiem bezpośredniego *Drittwirkung* jest

¹¹⁸ M. Ruffert, op. cit., s. 12.

¹¹⁹ W. Leisner, op. cit., s. 332.

¹²⁰ H.C. Nipperdey, *Grundrechte...* s. 21.

¹²¹ Por. J. Ipsen, *Staatsrecht...*, s. 22.

sytuacja, w której pracodawca dysponuje względem pracownika przewagą władzy, określanej przez autora jako władza społeczna (niem. *soziale Macht*), a jednocześnie, gdy pośrednia aplikacja norm prawno-podstawowych – a więc za pośrednictwem środków prawa prywatnego – jest niewystarczająca, ponieważ te środki są nieodpowiednie dla ochrony jednostki¹²².

2.3. Rozwój bezpośredniego *Drittwirkung* w orzecznictwie Federalnego Sądu Pracy i Trybunału Federalnego

Jak już wyżej wskazano, do rozwoju koncepcji absolutnego *Drittwirkung* praw podstawowych w Niemczech przyczyniło się wczesne orzecznictwo dwóch sądów najwyższych instancji: Federalnego Sądu Pracy oraz – w mniejszym zakresie – Trybunału Federalnego¹²³. W przypadku Federalnego Sądu Pracy było to spowodowane z jednej strony faktem, że w sferze stosunków pracy w największej mierze aktualizuje się ryzyko znacznej dysproporcji sił między formalnie równymi podmiotami, uważane za podstawową okoliczność uzasadniającą horyzontalne stosowanie konstytucyjnych norm prawno-podstawowych. Ponadto wpływ na taką, a nie inną linię orzeczniczą FSP miało niewątpliwie pełnienie przez H.C. Nipperdeya funkcji prezesa tego sądu w latach 1954–1863. Zanim FSP w latach 80. XX w. ostatecznie odszedł od koncepcji bezpośredniego *Drittwirkung* praw podstawowych¹²⁴, wielokrotnie wprost odwoływał się do naukowych opracowań jej zwolenników, szczególnie obszernie cytując, ale też rozwijając tezy wspomnianego H.C. Nipperdeya.

¹²² F. Gamillscheg, *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, „Archiv für die civilistische Praxis” 5–6/1964, s. 404–420.

¹²³ Por. orzeczenia przedstawione w książce M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, s. 76–83.

¹²⁴ I. von Münch, [w:] I. von Münch, Ph. Kunig, *Grundgesetz – Kommentar*, München 2010, Band I, s. 39; M. Ruffert, op. cit., s. 13. Ostatni z wymienionych autorów wskazuje, iż nastąpiło to w wyroku z 20 grudnia 1984 r., 2 AZR 436/83, BAGE 47, 363 – *Kündigung wegen Arbeitsverweigerung aus Gewissensgründen* (ibidem).

Pierwszym rozstrzygnięciem, w którym FSP opowiedział się za bezpośrednią skutecznością norm konstytucyjnych w relacjach prywatnoprawnych, był wyrok z 3 grudnia 1954 r.¹²⁵ Sprawa dotyczyła skargi na jednostronną czynność pracodawcy polegającą na natychmiastowym wypowiedzeniu umowy o pracę pracownikowi (członkowi rady zakładowej) z powodu rozdawania przez niego na terenie zakładu pracy ulotek wyborczych Partii Komunistycznej. FSP zbadał nie tylko legalność tej czynności w świetle przepisów ustawy regulującej strukturę przedsiębiorstw, ale również jej zgodność z art. 3 ust. 3 GG w zakresie zakazu dyskryminacji ze względu na poglądy polityczne oraz art. 5 GG gwarantującego swobodę wypowiedzi. W efekcie sąd nie stwierdził wprawdzie naruszenia przepisów konstytucyjnych, wskazując, że działania pracownika nosiły znamiona agitacji wyborczej, którą prowadził mimo wielokrotnych wezwań pracodawcy do jej zaprzestania, ale zaprezentował szereg argumentów mających dowieść możliwości stosowania GG do stosunków prawa pracy. Jeśli chodzi o treść art. 5 GG, FSP wskazał, że ze zmiany jego brzmienia w stosunku do Konstytucji weimarskiej, która w art. 118 ust. 2 zd. 2 wprost gwarantowała, że umowa o pracę nie może zabraniać korzystania ze swobody wypowiedzi ani dyskryminować korzystającego z tego prawa, nie należy konkludować, jakoby w tych stosunkach przepisy GG nie działały. Prawo do swobodnego wyrażania opinii przysługuje obywatelom nie tylko wobec państwa, ale również w relacjach z podmiotami reprezentującymi znaczną siłę społeczną lub gospodarczą. Odmienna interpretacja uczyniłaby to prawo *de facto* bezskutecznym.

Nieco inną argumentację, prowadzącą jednak do takich samych konkluzji w zakresie skuteczności praw podstawowych w relacjach prywatnych, tym razem w odniesieniu do art. 3 ust. 2 i 3 Ustawy Zasadniczej, statuujących zasadę równouprawnienia kobiet i mężczyzn oraz zakaz dyskryminacji ze względu na płeć, zaprezentował Federalny Sąd

¹²⁵ Wyrok FSP z 3 grudnia 1954 r., 1 AZR 150/54, BAGE 1, 185 – *Kündigung eines Betriebsratsmitglieds*.

Pracy w wyroku z 15 stycznia 1955 r.¹²⁶ Przedmiotem badania w sprawie były przepisy układu zbiorowego pracy przewidujące różnicowane stawki wynagrodzenia dla kobiet i mężczyzn. Sąd stwierdził, że regulacja taka narusza zasadę równego wynagradzania obu płci, nieujęta wprawdzie *expressis verbis* w tekście Ustawy Zasadniczej, ale dającą się – w świetle woli jej twórców wyrażonej w pracach Rady Parlamentarnej – wywnioskować z art. 3 ust. 2 i 3 GG. Uznał ponadto, że układy zbiorowe stanowią szczególnego rodzaju obiektywne prawo dla stron stosunków pracy, a zatem mieszczą się w materialnie ujętym pojęciu ustawodawstwa wynikającym z art. 1 ust. 3 GG i jako takie podlegają normom konstytucyjnym wyrażającym prawa podstawowe. Według sądu, skoro prawo tworzenia w ramach układów norm regulujących stosunki pracy zostało ich stronom przyznane mocą ustawy, to nie ma ono charakteru autonomicznego: normatywne działanie przepisów układów bierze swój początek we władztwie państwowym. Zasada związania państwa postanowieniami konstytucji dotyczy każdego, kto w drodze państwowej delegacji otrzymał uprawnienia ustawodawcze. FSP odwołał się wreszcie do pierwszoplanowego argumentu zwolenników absolutnego *Drittwirkung* praw podstawowych, czyli kwestii dysproporcji władzy między wyposażonymi w takie uprawnienie stowarzyszeniami zawierającymi układ zbiorowy a jednostką podlegającą układowi.

Kolejnym przykładem rozstrzygnięcia rozwijającego koncepcję bezpośredniego *Drittwirkung* praw podstawowych przez Federalny Sąd Pracy był wyrok z 10 maja 1957 r.¹²⁷ Sąd oceniał w nim konstytucyjność tzw. klauzuli celibatowej, umożliwiającej rozwiązanie stosunku pracy w przypadku zawarcia przez pracownicę związku małżeńskiego. W pierwszej kolejności sąd ustalił, że klauzula o takiej treści nie narusza dobrych obyczajów, a zatem nie można stwierdzić jej nieważności na podstawie § 138 BGB¹²⁸. Jednocześnie uznał, że jej zawieranie

¹²⁶ Wyrok z 15 stycznia 1955 r., 1 AZR 305/54, BAGE 1, 258 (262) – *Gleichberechtigung von Mann und Frau beim Arbeitslohn*.

¹²⁷ 1 AZR 249/57, BAGE 4, 274.

¹²⁸ „Czynność prawna, która narusza dobre obyczaje, jest nieważna”.

zarówno w ramach układów zbiorowych, jak i umów o pracę pozostaje w sprzeczności z Ustawą Zasadniczą w zakresie jej art. 6 ust. 1, gwarantującego ochronę małżeństwa i rodziny, oraz art. 1 i 2, wyrażających kolejno zasadę poszanowania godności i prawo rozwoju osobowości. Klauzula celibatowa, jako postanowienie naruszające normy konstytucji, jest na podstawie § 134 BGB nieważna.

W każdym z powyższych orzeczeń oprócz argumentów odzwierciedlających poglądy zwolenników bezpośredniego *Drittwirkung* Federalny Sąd Pracy wskazał na jeszcze jedną właściwość praw podstawowych mającą ukazywać ich istotne znaczenie dla relacji między podmiotami prywatnymi. Szereg ujętych w Ustawie Zasadniczej praw podstawowych oprócz bycia gwarantem przestrzeni wolności obywateli względem państwa, co jest istotą ich funkcji obronnej, odgrywa również rolę tzw. zasad porządkujących życie społeczne (niem. *Ordnungsgrundsätze für das soziale Leben*) i cały system prawa¹²⁹. Z tej przyczyny prywatnoprawne umowy, czynności prawne i działania nie mogą stać w sprzeczności z tym, co określa się mianem struktury społecznej, *ordre public* danego państwa i porządku prawnego. Za bezpośrednim *Drittwirkung* praw podstawowych mają ponadto przemawiać art. 20 i 28 GG, które wyrażają zasadę socjalnego państwa prawa i którym przypisuje się podstawowe znaczenie dla wykładni pozostałych postanowień Ustawy Zasadniczej¹³⁰.

Koncepcja bezpośredniego *Drittwirkung* praw podstawowych znalazła odzwierciedlenie w wydawanych w latach 50. XX w. orzeczeniach Trybunału Federalnego. Dotyczyły one problemu zabezpieczenia

¹²⁹ Słusznie zauważa się, że takie ujęcie praw podstawowych jest w istocie bardzo zbliżone do podstawowego założenia koncepcji pośredniego *Drittwirkung* praw podstawowych, zgodnie z którym prawa te ucieleśniają obiektywny system wartości oddziałujący na wszystkie dziedziny prawa. Por. H.-J. Papier, *Drittwirkung der Grundrechte*, [w:] D. Merten, H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band II, Heidelberg 2006, s. 1335.

¹³⁰ Zob. orzeczenie FSP z 14 lipca 1954 r., 1 AZR 89/54, BAGE 1, 61 – *Zulässigkeit einer Feststellungsklage* oraz z 21 października 1954 r., 2 AZR 25/53, BAGE 1, 128 – *Arbeitsverhältnis: Befristung*.

w relacjach prywatnych tych dóbr osobistych, które nie znalazły wyraźnej ochrony w przepisach ustawowych. Nawiązując do poglądów H.C. Nipperdeya, sąd ten wywiódł z art. 1 i 2 GG ogólne prawo osobowości i przypisał mu bezpośrednią horyzontalną skuteczność w relacjach między jednostkami. Obszernie wypowiedział się na ten temat w orzeczeniach w sprawach *Veröffentlichung von Briefen*¹³¹ oraz *Persönlichkeitsrecht*¹³². Przykładem mniej jednoznacznego wyводу w kwestii sposobu działania ogólnego prawa osobowości jest uzasadnienie do wyroku w sprawie *Herrenreiter*¹³³.

W pierwszym wyroku TF uznał, że w konkretnych okolicznościach analizowanego przypadku opublikowanie przez redakcję pisma listów bez zgody ich nieżyjącego autora nie podlega ochronie z tytułu ustawowych przepisów prawa autorskiego. Stwierdził natomiast, że publikacja ta narusza prawo podstawowe, jakim jest ogólne prawo osobowości, wynikające z art. 1 (poszanowanie godności) i 2 GG (swobodny rozwój osobowości). Trybunał wyjaśnił, że przed uchwaleniem niemieckiej konstytucji, jedynie niektóre z praw osobistych podlegały skutecznej względem wszystkich ochronie na podstawie kodeksu cywilnego, a po jej wejściu w życie, na mocy ogólnego prawa osobowości ochrona ta ma charakter generalny, a więc przysługuje we wszystkich obszarach, w których osobowość się przejawia, i bezpośrednio względem wszystkich podmiotów.

W kolejnym z przywołanych wyroków Trybunał Federalny stwierdził, że jednym z przejawów ogólnego prawa osobowości jest prawo zachowania w tajemnicy informacji o stanie zdrowia. W przedmiotowej sprawie skarżący żądał naprawienia szkody z tytułu naruszenia jego prawa osobowości wskutek przekazania przez pozwanego, z którym pozostawał w sporze o charakterze karnym, dokumentacji medycznej firmie ubezpieczeniowej. Sąd po zbadaniu okoliczności sprawy i wyważeniu interesów skonfliktowanych stron uznał, że nie doszło do

¹³¹ Wyrok z 25 maja 1954 r., I ZR 211/53, BGHZ 13, 334 – *Veröffentlichung von Briefen*.

¹³² Wyrok z 2 kwietnia 1957 r., VI ZR 9/56, BGHZ 24, 72 – *Persönlichkeitsrecht*.

¹³³ Wyrok z 14 lutego 1958 r., I ZR 151/56, BGHZ 26, 349 – *Herrenreiter*.

naruszenia wskazanego prawa podstawowego. Powtórzył za H.C. Nipperdeyem, iż gwarantowane na mocy art. 1 i 2 GG ogólne prawo osobowości przysługuje jednostkom nie tylko wobec państwa i jego organów, ale również w relacjach prywatnych względem każdego. Jednak dla ustalenia treści prawa podstawowego przysługującego danej jednostce konieczne jest uwzględnienie wszystkich okoliczności sprawy, zwłaszcza interesów i praw drugiej zaangażowanej w spór jednostki. W przedmiotowej sprawie sąd uznał, że zakres ogólnego prawa osobowości nie jest na tyle szeroki, aby został naruszony przez działania powoda, który ujawniając określone informacje, kierował się potrzebą zabezpieczenia się przed ewentualnym oszustwem. Charakterystycznym elementem omawianego wyroku, który na stałe wpisał się w orzecznictwo TF w sprawach dotyczących ogólnego prawa osobowości¹³⁴, było jego wyraźne powiązanie – i tym razem w nawiązaniu do publikacji H.C. Nipperdeya – z § 823 BGB. TF uznał, że ogólne prawo osobowości mieści się w pojęciu pozostałego prawa, którego naruszenie, podobnie jak w przypadku innych nazwanych w tym przepisie dóbr osobistych, zobowiązuje do naprawienia powstałej w ten sposób szkody.

W ostatnim z wymienionych wyroków Trybunał Federalny uznał, że rozpowszechnianie plakatu reklamującego środek zwiększający potencję bez zgody skarżącego naruszyło jego prawo osobowości i po raz pierwszy przyznał kompensację pieniężną za szkody niematerialne¹³⁵. Roszczenie zostało uznane wbrew wyraźnemu brzmieniu kodeksu cywilnego, nieprzewidującemu odszkodowania w sytuacji nieuprawnionego upublicznienia wizerunku, bezpośrednio na podstawie art. 1 i 2 GG¹³⁶. W literaturze wskazano jednak, że przypadku tego wyroku nie jest całkowicie jasne, czy opiera się on na bezpośrednim *Drittwir-*

¹³⁴ Por. H.E. Brandner, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der Entwicklung durch die Rechtsprechung*, „Juristen Zeitung” 18/1983, s. 689.

¹³⁵ Zob. K. Klein, J. Ulshöfer, *Das Herrenreiter-Urteil des BGH – Eine Leitentscheidung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht in der Fallbearbeitung*, „Juristische Ausbildung” 10/2019, s. 1075 i n.

¹³⁶ TF zastosował analogię do ówczesnie obowiązującego § 847 BGB, stanowiącego o możliwości przyznania odszkodowania za szkodę niebędącą szkodą majątkową,

kung, wydaje się bowiem, że sięgnięcie po wartości wyrażone w art. 1 i 2 GG ma umożliwić zidentyfikowanie tego prawa w normie zawartej w § 823 BGB¹³⁷. Antycypując rozważania dotyczące kwestii wątpliwości związanych z zasadnością i wyrazistością podziału na bezpośrednie i pośrednie *Drittwirkung*, szerzej podjęte w innej części niniejszej książki¹³⁸, należy w tym miejscu zauważyć, że w przedstawionym wyżej sposobie orzekania TF widoczne było akcentowanie raczej tego aspektu koncepcji H.C. Nipperdeya, który mówi o absolutnym charakterze praw podstawowych w sensie ich obowiązywania *contra omnes*, a nie bezpośredniości tego obowiązywania.

2.4. Bezpośrednie *Drittwirkung* w świetle postanowień Ustawy Zasadniczej RFN

Jeśli chodzi o stanowisko reprezentowane w niemieckiej doktrynie prawa, to w świetle przeważającej opinii komentatorów Ustawy Zasadniczej nie daje ona podstaw do formułowania generalnego wniosku o bezpośredniej skuteczności w relacjach prywatnych gwarantowanych w niej praw podstawowych¹³⁹. Dla poparcia tego wniosku przywołuje się zwłaszcza jej art. 1 ust. 3, zgodnie z którym są one, „jako prawo bezpośrednio obowiązujące”, wiążące dla ustawodawstwa, władzy wykonawczej i wymiaru sprawiedliwości. Przepis ten nie wymienia wśród podmiotów zobowiązanych jednostek, zatem można z niego wywieść co najwyżej pośrednią horyzontalną skuteczność norm praw podstawowych¹⁴⁰. Skuteczność bezpośrednią traktuje się co do zasady

jeśli w jej wyniku dochodzi do uszczerbku na ciele lub zdrowiu, a także w przypadku pozbawienia wolności.

¹³⁷ Tak K.M. Lewan, op. cit., s. 581.

¹³⁸ Zob. rozdział 5.

¹³⁹ Analiza wypowiedzi doktryny jest rozszerzoną i zmodyfikowaną wersją fragmentu artykułu mojego autorstwa: *Poziome działanie praw jednostki jako rozwiązanie ustrojowe*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 1(17)/2014, s. 22–28.

¹⁴⁰ Por. np. L. Michael, M. Morlok, *Grundrechte*, Baden-Baden 2008, s. 241; H.D. Jarass, [w:] H.D. Jarass, B. Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, München 2004, s. 56; Ph. Kunig, [w:] I. von Münch, Ph. Kunig,

jako wyjątek i akceptuje jedynie wtedy, gdy przepis Ustawy Zasadniczej wyraźnie taką możliwość przewiduje. Doktryna niemiecka wydaje się zgodna co do tego, że sytuacja taka zachodzi w przypadku art. 9 ust. 3 zd. 2 GG, nieco mniejsza jedność poglądów panuje w odniesieniu do art. 1 ust. 1 zd. 1 GG. Ponadto część autorów bezpośrednio horyzontalną skuteczność przyznaje art. 19 ust. 3, art. 20 ust. 4 oraz art. 48 GG. Ten rodzaj skuteczności wymienionych przepisów ma jednak co do zasady charakter warunkowy lub jest ograniczony do określonego rodzaju stosunków prywatnoprawnych.

W niemieckiej nauce prawa rozpowszechniony jest pogląd, zgodnie z którym zasada nienaruszalności godności, wyrażona w art. 1 ust. 1 zd. 1 GG, powinna być interpretowana jako postanowienie wiążące wszystkie podmioty w sposób bezpośredni¹⁴¹. Taki wniosek nawiązuje do treści materiałów dokumentujących przebieg prac nad tekstem Ustawy Zasadniczej, z których wynika, iż jej twórcy byli przeświadczeni, że obowiązek poszanowania godności jest „stwierdzeniem absolutnym, skierowanym do wszystkich”, a więc zarówno do władzy, jak i do podmiotów prywatnych oraz wszystkich instytucji¹⁴². Akcentowanie priorytetowego znaczenia godności ludzkiej pozostawało w związku z powszechnym w ówczesnej nauce prawa zwrotem ku doktrynom prawa naturalnego. W tym kontekście, ale także ze względu na ujęcie ochrony godności jako kategorii niepodlegającej żadnym naruszeniom, a więc absolutnej, artykuł 1 ust. 1 GG zasadnie może być wskazywany jako aksjologiczna i normatywna podstawa przyjęcia generalnej skuteczności praw podstawowych względem podmiotów prywatnych¹⁴³. Konsekwencją

Grundgesetz – Kommentar, Band I, s. 107–116. Co ciekawe, w pierwszym okresie dyskusji na temat *Drittwirkung* pojawił się przeciwny pogląd autorstwa H.C. Nipperdeya, zgodnie z którym, jeśli art. 1 ust. 3 GG wiąże władzę publiczną, to w pierwszej kolejności musi wiązać obywateli. Píše o tym M. Ruffert, op. cit., s. 13. w odniesieniu do publikacji H.C. Nipperdeya, *Gleicher...*, s. 125.

¹⁴¹ Odmiennie twierdzi M. Ruffert, op. cit., s. 477.

¹⁴² Ph. Kunig, [w:] I. von Münch, Ph. Kunig, op. cit., s. 82; zob. też H.D. Jarass, [w:] H.D. Jarass, B. Pieroth, op. cit., s. 47 oraz przywołana tam literatura.

¹⁴³ M. Ruffert pisze, że nie trzeba podążać za tezą W. Leisnera o bezpośrednim *Drittwirkung* praw podstawowych, bo była ona obecna już na wcześniejszym etapie

przyznania art. 1 ust. 1 GG bezpośredniego skutku horyzontalnego może być objęcie nim również prawa do rozwoju własnej osobowości z art. 2 ust. 1 GG, ponieważ ten ostatni jest konkretyzacją prawa do godności, a oba artykuły odczytywane łącznie składają się na tzw. ogólne prawo osobowości. Prawo to znalazło rozwinięcie w latach 50. XX w. w orzecznictwie Trybunału Federalnego, który potwierdził jego bezpośrednią skuteczność w stosunkach między podmiotami prywatnymi¹⁴⁴.

W przeważającej opinii niemieckich konstytucjonalistów konstrukcja i treść art. 9 ust. 3 zd. 2 Ustawy Zasadniczej wyraża jasny zamiar nadania mu przez jej twórców bezpośredniego skutku horyzontalnego¹⁴⁵. Daje to jednocześnie podstawę do twierdzenia, iż przepis ten – na tle całokształtu regulacji konstytucyjnej ma charakter wyjątku potwierdzającego, że zasadniczo GG nie jest bezpośrednio skuteczna w relacjach prywatnoprawnych¹⁴⁶. Bezpośrednie *Drittwirkung* omawianego przepisu jest też przedmiotowo ograniczone do określonego rodzaju stosunków społecznych, mianowicie relacji z obszaru zbiorowego prawa pracy. Zgodnie bowiem z jego treścią porozumienia, które ograniczają lub uniemożliwiają korzystanie z prawa zakładania stowarzyszeń mających celu ochronę i poprawę warunków pracy oraz warunków ekonomicznych, są nieważne, a stosowane w tym celu środki – sprzeczne z prawem. Jak widać, treść tego przepisu jest na tyle konkretna, że nie wymaga doprecyzowania w drodze ustawy: dotyczy on porozumień zawieranych w stosunkach pracowniczych, a więc przez podmioty prywatne, i w sposób bezpośredni formułuje sankcję w postaci nieważności. Ochrona gwarantowana w ramach art. 9 ust. 3 zd. 2 GG obejmuje

rozwoju konstytucji i odsyła właśnie do koncepcji prawa naturalnego i jej prekursorów oraz Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r., M. Ruffert, op. cit., s. 9.

¹⁴⁴ Zob. rozdział 2.3 niniejszej książki.

¹⁴⁵ Zob. np. H.D. Jarass, [w:] H.D. Jarass, B. Pieroth, op. cit., s. 318; W. Löwer, [w:] I. von Münch, Ph. Kunig, op. cit., Band I, s. 673–674. Odmienny pogląd prezentuje J. Ipsen – por. H.D. Jarass, op. cit. s. 318.

¹⁴⁶ Zob. R. Scholz, [w:] T. Maunz, G. Dürig, *Grundgesetz. Kommentar*, München 2021, s. 139 oraz L. Michael, M. Morlok, op. cit., s. 241; H.-U. Erichsen, *Die Drittwirkung der Grundrechte*, „Jura” 18/1996, s. 529.

wszystkie osoby fizyczne, nie tylko obywatele niemieckich, jak również wszystkie grupy zawodowe¹⁴⁷. Przepis ten jest ponadto kwalifikowany jako tzw. podwójne prawo podstawowe¹⁴⁸, ponieważ przysługuje zarówno jednostkom, jak i związkom zawodowym. Dotyczy wszystkich rodzajów układów zawartych w dowolnej formie, niezależnie od tego, jakiego rodzaju jest podmiot prawa uprawniony z ich tytułu¹⁴⁹, a także – za pośrednictwem § 134 BGB prywatnych czynności prawnych¹⁵⁰.

W niemieckim piśmiennictwie można spotkać pogląd, że również prawo wyrażone w art. 48 ust. 1 i 2 GG bezpośrednio obowiązuje w relacjach prywatnych¹⁵¹. Wskazany przepis gwarantuje osobie ubiegającej się o miejsce w Bundestagu prawo do odpowiedniego przygotowania się do wyborów, a także zakazuje komukolwiek czynić przeszkody w objęciu i wykonywaniu mandatu deputowanego, ponadto za niedopuszczalne uznaje wypowiedzenie lub zwolnienie z pracy z tego powodu. Formułuje więc prawo do domagania się powstrzymania się od zakazanej ingerencji w działania parlamentarzysty i prawo do określonych świadczeń nie tylko od podmiotów sprawujących władzę państwową, ale też od osób prywatnych¹⁵². W zakresie nakazu udzielenia urlopu i zakazu zwolnienia z pracy przepis art. 48 GG dotyczy relacji zachodzących w ramach indywidualnego prawa pracy, a dokładniej stosunku pracy osoby ubiegającej się o mandat do Bundestagu lub go wykonującej.

Nowszej daty w niemieckiej doktrynie prawa jest pogląd, zgodnie z którym możliwość wywiedzenia generalnego upoważnienia do stosowania praw podstawowych w relacjach poziomych daje art. 19

¹⁴⁷ D. Hesselberger, *Das Grundgesetz. Kommentar für die politische Bildung*, Luchterhand Verlag 1999, s. 131.

¹⁴⁸ T. Maunz, G. Dürig, op. cit., s. 139.

¹⁴⁹ Ibidem, s. 240.

¹⁵⁰ Ibidem, s. 240–241.

¹⁵¹ Zob. H.H. Trute, [w:] I. von Münch, Ph. Kunig, op. cit., Band II, s. 888; B. Pieroth, [w:] H.D. Jarass, B. Pieroth, op. cit., s. 806; A. Guckelberger, *Die Drittwirkung der Grundrechte*, „Juristische Schulung” 12/2003, s. 1152. Gwoli ścisłości należy zauważyć, że prawo to jest ujęte poza rozdziałem I GG, ma więc charakter „prawa podobnego do praw podstawowych”, zob. V. Epping, op. cit., s. 4; A. Guckelberger, op. cit., s. 1152.

¹⁵² H.H. Trute, op. cit., s. 888.

ust. 3 GG¹⁵³, stanowiący, że „Prawa podstawowe obowiązują także w stosunku do krajowych osób prawnych, o ile ze swej istoty mają one do nich zastosowanie”. Zdaniem autora tego poglądu w interpretacji art. 19 ust. 3 GG punktem wyjścia należy uczynić sformułowanie „obowiązywać”, które może oznaczać zarówno „uprawniać”, jak i „zobowiązywać”. Za taką argumentacją ma przemawiać fakt, że niemieckiemu prawu konstytucyjnemu znana jest kategoria uprawnień sprzężonych z obowiązkami, występująca m.in. w przypadku prawa własności uregulowanego w art. 14 GG, który w ust. 2 zd. 1 stanowi, że „własność zobowiązuje”. Skoro więc w świetle postanowień Ustawy Zasadniczej krajowe osoby prawne są z tytułu praw podstawowych nie tylko uprawnione, ale i zobowiązane, to również zagraniczne osoby prawne trzeba uznać za zobowiązane, ponieważ nie ma podstaw, aby uprzywilejowywać ich pozycję. Ostatecznie, ze względu na zastosowany w art. 19 ust. 3 GG zwrot „także”, skutek zobowiązujący tego przepisu rozciąga się również na osoby fizyczne. Powyższe rozumowanie stwarza możliwość wywiedzenia z art. 19 ust. 3 GG normy prawnej o następującym brzmieniu: „Prawa podstawowe zobowiązują (nie tylko – zgodnie z art. 1 ust. 3 GG – państwo, lecz) również osoby fizyczne i prawne (prawa prywatnego), jeśli i jak dalece da się je do tych osób zastosować zgodnie z ich istotą”¹⁵⁴. Nietrudno zauważyć, że takie ujęcie jest równoznaczne z przypisaniem art. 19 ust. 3 GG roli generalnej klauzuli horyzontalnej, w treści analogicznej do tych, które występują w konstytucjach Republiki Południowej Afryki¹⁵⁵ i Republiki Greckiej¹⁵⁶.

¹⁵³ J. Lücke, *Die Drittwirkung der Grundrechte an Hand des Art. 19 Abs. 3 GG: Zur horizontalen Geltung der Grundrechte in neuer Sicht*, „Juristen Zeitung” 8/1999, s. 377 i n.

¹⁵⁴ Ibidem, s. 379.

¹⁵⁵ Sekcja 8(2) Konstytucji RPA z 1996 r.: „Przepis Deklaracji Praw wiąże osobę fizyczną lub prawną, pod warunkiem że jego zastosowanie jest możliwe, i w granicach, w jakich to jest możliwe, oraz przy uwzględnieniu natury danego prawa oraz natury wszelkich obowiązków wynikających z tego prawa”. Więcej na temat *Drittwirkung* w RPA zob. rozdział 1.4 niniejszej książki.

¹⁵⁶ Art. 25 ust. 1 zd. 3 Konstytucji Republiki Greckiej z 1975 r. w wersji z 2001 r.: „Zasady te [wyrażające prawa jednostki – I. W.] odnoszą się również do stosunków

Przedstawiona wyżej interpretacja art. 19 ust. 3 GG nie spotkała się z szerszym uznaniem ani przedstawicieli doktryny prawa, ani judykatury. Jej przeciwnicy podnoszą m.in., że gdyby ustrojodawca chciał w sposób generalny związać wszystkie osoby prywatne prawami podstawowymi, to uczyniłby to raczej w artykule otwierającym rozdział pierwszy, a nie na jego końcu, i to jeszcze w przepisie, który w dosłownym brzmieniu odnosi się do krajowych osób prawnych¹⁵⁷. Nawet jeśli jednak przyjąć, że z art. 19 ust. 3 GG wynika klauzula horyzontalna, to ze względu na swój warunkowy charakter może ona znaleźć jedynie ograniczone zastosowanie. Zgodnie z nią podmioty prywatne są adresatami norm konstytucyjnych tylko wtedy, gdy pozwala na to istota (natura) danego prawa podstawowego. Jej zastosowanie wymaga każdorazowego zbadania, czy dane prawo daje się zastosować bezpośrednio w relacjach prywatnoprawnych. Autor prezentowanej interpretacji art. 19 ust. 3 GG zaznacza, że warunku tego nie spełnia cały szereg praw i wolności, które zgodnie z ich istotą mogą zostać naruszone tylko przez państwo. Są to: prawo do odmowy służby wojskowej (art. 4 ust. 3 GG), zakaz pracy przymusowej (art. 12 ust. 2 GG), ochrona przed ekstradycją i prawo do azylu (art. 16 i 16a GG), prawo petycji (art. 17 GG), gwarancja drogi prawnej (art. 19 ust. 4 GG), a także prawa podobne do praw podstawowych wymienione w art. 93 ust. 1 pkt 4a GG. Co więcej, również w przypadku pozostałych praw nie ma jasności co do tego, czy ich istota daje się przełożyć na skutek horyzontalny. Odmienność roszczeń cywilnoprawnych i konstytucyjnoprawnych oraz natura praw podstawowych jako subiektywnych praw publicznych czyni to niemożliwym. W gruncie rzeczy autor, który za pomocą skomplikowanych wywodów interpretacyjnych dochodzi do wniosku, iż w art. 19 ust. 3 GG daje się wyczytać generalną klauzulę horyzontalną, w toku dalszej analizy stwierdza, że dopuszczalne jest

między osobami prywatnymi, do których mogą znajdować zastosowanie”. Więcej na ten temat zob. I. Wróblewska, *Poziome...*, s. 66 i n.

¹⁵⁷ A. Guckelberger, op. cit., s. 1054.

jedynie promieniujące oddziaływanie GG na prawo prywatne, a więc za pośrednictwem klauzul generalnych i zwrotów niedookreślonych¹⁵⁸.

2.5. Krytyka w doktrynie prawa

Wśród koronnych argumentów przemawiających przeciwko konstrukcji bezpośredniego *Drittwirkung* dają się wyodrębnić – podobnie jak to było w przypadku przesłanek mających ją uzasadniać – te, które wynikają z przyjętej przez twórców Ustawy Zasadniczej koncepcji konstytucyjnych praw indywidualnych, oraz takie, które odwołują się do interpretacji jej konkretnych postanowień. Rzecz jasna, niektóre z krytycznych argumentów zgłaszanych w ramach dyskusji nad problematyką horyzontalnego działania praw podstawowych nie są wymierzone w bezpośrednią wersję omawianej koncepcji, co ma związek z faktem, że część niemieckiej nauki prawa kwestionuje zasadność wyodrębnienia kategorii *Drittwirkung in genere*, niezależnie od tego, o której wersji mowa¹⁵⁹. Wskazane w dalszej części głosy krytyczne względem wersji bezpośredniej są w głównej mierze formułowane z perspektywy zwolenników pośredniego *Drittwirkung*, a więc dają się równolegle zastosować jako argumenty wspierające tę drugą, umiarkowaną, wersję horyzontalnego oddziaływania praw podstawowych, która – jak wiadomo – względnie szybko uzyskała w niemieckim orzecznictwie sądowym i w przeważającej opinii prawników w tym kraju status doktryny wiodącej.

Punktem wyjścia w argumentacji przeciwników koncepcji bezpośredniego *Drittwirkung* jest historyczna rola praw podstawowych jako praw obronnych względem państwa, a więc mających zastosowanie do relacji niesymetrycznej, w której jedna ze stron z założenia dysponuje większą władzą. U. Preuß – powołując się na rozpowszechnioną na całym świecie opinię konstytucjonalistów – stwierdza, że bezpośrednia

¹⁵⁸ J. Lücke, op. cit., s. 381–383.

¹⁵⁹ Zob. przede wszystkim C.-W. Canaris, którego poglądy na ten temat przedstawiono w rozdziale 8.3 niniejszej książki.

aplikacja praw podstawowych w stosunkach między podmiotami prywatnymi jest nie do pogodzenia z wewnętrzną logiką oraz dogmatyczną strukturą praw podstawowych. Podmioty prywatne jako adresaci praw podstawowych byłyby prawnie zobowiązane do respektowania praw innych jednostek, bo np. wolność religii generowałaby obowiązek zachowania neutralności wobec przekonań religijnych innych osób, a wolność słowa eliminowałaby możliwość przekonywania innych do swoich poglądów. Ochrona, którą prawa podstawowe zapewniają jednostce w jej relacjach państwem, w społecznych interakcjach między podmiotami prywatnymi stałaby się ograniczeniem w korzystaniu z jej wolności¹⁶⁰. Normatywnym potwierdzeniem braku możliwości zaliczenia jednostek do grona adresatów praw podstawowych ma być ponadto brzmienie art. 1 ust. 3 niemieckiej konstytucji, który w sposób jednoznaczny jako bezpośrednio zobowiązanych wskazuje wyłącznie ustawodawstwo, władzę wykonawczą i wymiar sprawiedliwości.

W związku powyższą argumentacją można mieć wątpliwości co do możliwości pogodzenia bezpośredniego stosowania praw podstawowych w relacjach między podmiotami prywatnymi z zasadą autonomii prywatnej jednostki. Z konstytucyjnoprawnego punktu widzenia autonomia prywatna jest uważana za indywidualne dobro prawne, aczkolwiek nie ma w niemieckiej nauce pełnej zgody co do tego, czy znajduje ona normatywne zakotwiczenie w Ustawie Zasadniczej. Jako jej źródło wskazuje się zazwyczaj art. 2 ust. 1 GG, wyrażający prawo do swobodnego rozwoju osobowości w związku z art. 1 ust. 1 GG, chroniącym godność człowieka. Autonomię prywatną ma również zabezpieczać art. 20 ust. 1 GG, ponieważ samorządność obywateli jest jednym z istotnych elementów składowych proklamowanej w tym przepisie zasady państwa demokratycznego¹⁶¹. Istota autonomii jednostek wyraża się w tym, że mogą one w sposób swobodny, wolny od interwencji

¹⁶⁰ U. Preuß, *The German Drittwirkung Doctrine and Its Socio-Political Background*, [w:] *The Constitution in Private Relation: Expanding Constitutionalism*, eds. A. Sajo, R. Uitz, Utrecht 2005, s. 24–25.

¹⁶¹ M. Ruffert, *op. cit.*, s. 57.

państwa, kształtować swoje wzajemne relacje w sferze prywatnej. Z wyjątkiem ograniczeń sformułowanych w ustawach prywatnoprawnych generalnie od woli jednostek, u podstaw której może leżeć rachunek ekonomiczny czy inne względy, zależy wybór partnera transakcji, forma i treść umowy. Interwencja państwa jest możliwa dopiero wtedy, gdy zawiodą prywatnoprawne mechanizmy, co zresztą wyraża zasada pomocniczości¹⁶². Bezpośrednie i generalne poddanie prywatnych transakcji rygorom wynikającym z norm konstytucji dotyczących praw podstawowych, w tym kryteriom sformułowanym w ramach zasady proporcjonalności, prowadziłoby do pozbawienia autonomii prywatnej jej istoty, eliminując odrębność i znaczenie tych transakcji i niemożliwym czyniąc jakikolwiek wolny obrót czy rozporządzanie swoimi prawami¹⁶³.

Jak pokazują przedstawione wyżej analizy prawnicze, sposób ujęcia niektórych praw podstawowych w niemieckiej Ustawie Zasadniczej daje podstawy do interpretacji rozszerzającej ich bezpośrednią skuteczność na relacje między podmiotami prywatnymi. Okoliczność ta jest traktowana jako normatywny argument przeciwników bezpośredniego *Drittwirkung*: skoro bowiem możliwością, o której mowa, daje objąć się co najwyżej wybrane prawa podstawowe, a bez większych wątpliwości interpretacyjnych właściwie tylko prawo do zakładania związków i stowarzyszeń (art. 9 ust. 3 zd. 2 GG), to w drodze wniosku *a contrario* trzeba uznać, że w ich przypadku można mówić jedynie o wyjątku potwierdzającym generalną zasadę, wedle której Ustawa Zasadnicza nie jest bezpośrednio skuteczna w relacjach prywatnoprawnych¹⁶⁴.

W niemieckiej literaturze wskazuje się również na trudności, jakie wynikałyby z realizacji koncepcji bezpośredniego *Drittwirkung* w praktyce orzeczniczej, w ramach rozstrzygania sporów powstałych między podmiotami prywatnymi. Sądy cywilne byłyby każdorazowo zmuszone samodzielnie, na podstawie regulacji konstytucyjnej, określać, jaka

¹⁶² Ibidem, op. cit., s. 59.

¹⁶³ Zob. np. H.-U. Erichsen, *Die Drittwirkung...*, s. 530.

¹⁶⁴ Zob. Komentarz do art. 9 ust. 3 GG w: *Grundgesetz. Kommentar*, T. Maunz, G. Dürig (Hrsg.), Loseblattsammlung seit 1958, München 2003, s. 52 oraz L. Michael, M. Morlok, op. cit., s. 241; H.-U. Erichsen, *Die Drittwirkung...*, s. 527.

jest zawartość treściowa poszczególnych, niedających się pogodzić praw podstawowych w relacji dwóch podmiotów prywatnych. Rodziłoby to dużą niepewność co do tego, któremu prawu sąd będzie skłonny w danych okolicznościach przyznać pierwszeństwo, a tym samym przekładałoby się na nieprzewidywalność rozstrzygnięć. Tymczasem w demokratycznym państwie prawnym to na ustawodawcy w pierwszej kolejności spoczywa obowiązek rozgraniczenia sfer wolności obywateli i zrównoważenia kolidujących ze sobą praw. W związku z powyższym bezpośrednie *Drittwirkung* praw podstawowych jest nie do pogodzenia z zasadą pewności prawnej i podziału władzy¹⁶⁵.

Przeciwnicy bezpośredniej aplikacji praw podstawowych między jednostkami odpierają również argument odwołujący się do możliwości wystąpienia znacznej dysproporcji siły społecznej między stronami stosunku prawnego, formalnie zbliżającej relację horyzontalną do wertykalnej i tym samym uzasadniającej bezpośrednią aplikację praw podstawowych w takiej relacji. Siła społeczna, o której pisali H.C. Nipperdey czy F. Gamillscheg, jest bowiem innego rodzaju niż władza przynależna państwu, które ma do dyspozycji niedostępne dla jednostek narzędzia. W celu egzekwowania swojej władzy może ono bowiem korzystać z przymusu bezpośredniego, podczas gdy w relacjach między podmiotami prywatnymi zobowiązanie do podjęcia określonego działania wymaga uprzedniej zgody zobowiązującego się¹⁶⁶.

2.6. Uwagi podsumowujące

Bezpośrednie *Drittwirkung* jest w niemieckiej nauce kojarzone zazwyczaj z pierwszym okresem kształtowania się koncepcji horyzontalnej skuteczności praw podstawowych, który przypadł na początkowe lata obowiązywania Ustawy Zasadniczej RFN. Sceptyczny stosunek znacznej części przedstawicieli doktryny prawa do tej koncepcji, a zwłaszcza

¹⁶⁵ A. Guckelberger, op. cit., s. 1153.

¹⁶⁶ Zob. np. R. Singer, *Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst*, „Juristen Zeitung” 23/1995, s. 1135.

jej odrzucenie przez Federalny Sąd Konstytucyjny, ukierunkował dalszą dyskusję na wspomniany temat. Utożsamienie owej bezpośredniości „trzeciego działania” ze stosowaniem norm konstytucji z pominięciem przepisów prawa prywatnego, przy jednoczesnym akcentowaniu zagrożeń, jakie jej stosowanie niesie dla autonomii prawa prywatnego, choć zdecydowanie upraszczało problem, okazało się skutecznie powstrzymać przed kontynuowaniem w dogmatyce prawa badań nad tą wersją omawianej koncepcji. Pierwsza odsłona odnowienia zainteresowania problematyką bezpośredniego *Drittwirkung* miała związek z zaprezentowaną w połowie lat 80. XX w. teorią trzyplaszczynowego modelu *Drittwirkung* autorstwa R. Alexy’ego, który zwrócił uwagę na równorzędność rezultatów pośredniego i bezpośredniego *Drittwirkung*¹⁶⁷. Współczesna debata na ten temat koncentruje się na sposobie argumentowania FSK, który coraz częściej przyznaje, że linia podziału pomiędzy pośrednim i bezpośrednim *Drittwirkung* w przypadku niektórych rozstrzygnięć może być iluzoryczna, a jego rozstrzygnięciom zarzuca się wprowadzanie do orzecznictwa bezpośredniego *Drittwirkung* „tylnymi drzwiami”¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Więcej na ten temat zob. w rozdziale 8.4 niniejszej książki.

¹⁶⁸ Więcej na ten temat zob. w rozdziale 5 niniejszej książki.

Rozdział 3

Pośrednie *Drittwirkung*

3.1. Uwagi wprowadzające

Niniejszy rozdział stanowi rodzaj wprowadzenia do zasadniczej problematyki, której poświęcona jest książka. Prezentuje on początki kształtowania się idei pośredniego *Drittwirkung* w niemieckiej doktrynie prawa i jego adaptację w orzecznictwie Federalnego Sądu Konstytucyjnego. Nastąpiła ona w wyroku w sprawie *Lüth*, który okazał się przełomowy dla interpretacji niemieckiej Ustawy Zasadniczej i jej wpływu na stosunki między podmiotami prywatnymi. Nawet z perspektywy ponad 60 lat, które dzielą nas od wydania tego wyroku, jego analiza w żadnym razie nie ma wymiaru wyłącznie historycznego. Dał on początek linii orzeczniczej, która – jak to zostanie zaprezentowane w dalszej części książki – z jednej strony utrwaliła wypracowane w nim tezy, zachowujące jako element „stałego orzecznictwa” aktualność do dzisiaj, z drugiej ewoluowała i znalazła zastosowanie do różnego rodzaju relacji prywatnoprawnych. Szczególnie istotnym, a jednocześnie kontrowersyjnym z punktu widzenia dogmatyki prawa, elementem konstruującym tę linię orzeczniczą okazała się idea obiektywnego porządku wartości.

3.2. Podstawy doktrynalne

Początki nauki o pośrednim *Drittwirkung* praw podstawowych wiążą się z nazwiskiem niemieckiego prawnika, G. Düriga, który

w swoich publikacjach z lat 50. XX w. jednoznacznie zanegował głoszoną przez H.C. Nipperdeya i jego zwolenników tezę o absolutnym działaniu praw podstawowych w relacjach horyzontalnych¹⁶⁹. Można powiedzieć, że założenia omawianej w niniejszym podrozdziale umiarkowanej koncepcji oddziaływania praw podstawowych w takich relacjach zostały zbudowane na krytyce jej radykalnej wersji¹⁷⁰. Punktem wyjścia i podstawowym założeniem koncepcji pośredniego *Drittwirkung* jest twierdzenie, że prawa te nie mogą być wyłączną i bezpośrednią podstawą stosunku prywatnoprawnego, lecz mogą go regulować poprzez odpowiednią, uwzględniającą treść norm Ustawy Zasadniczej wykładnię norm prawa prywatnego. G. Dürig przede wszystkim podkreślał, że koncepcja H.C. Nipperdeya nie uwzględnia autonomii podmiotów prywatnych i narusza odrębność prawa prywatnego, które jest właściwym regulatorem relacji między jednostkami. G. Dürig wyjaśniał, że poszczególne prawa podstawowe są przejawami uznanego w art. 1 ust. 1 i art. 2 ust. 1 GG konstytucyjnego systemu wartości i w ramach pozytywnoprawnej regulacji zapewniają mu ochronę. Ma być ona realizowana przez zagwarantowany w art. 1 ust. 3 GG system roszczeń skierowanych przeciwko państwu. I co jest tutaj istotne, do tego systemu należy prawo podmiotu tych praw do autonomicznego regulowania swoich relacji z innymi ich podmiotami. Bezpośrednie stosowanie konstytucyjnych przepisów normujących prawa podstawowe w relacjach prywatnych prowadziłyby do ograniczenia owej autonomii,

¹⁶⁹ Zob. przede wszystkim G. Dürig, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, [w:] *Von Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Naviasky*, Hrsg. T. Maunz, München 1956, s. 157 i n.

¹⁷⁰ G. Dürig punktem odniesienia swojej krytyki uczynił tę wersję koncepcji H.C. Nipperdeya, która nie różnicowała znaczenia norm prawpodstawowych w relacjach wertykalnych i horyzontalnych, poddając podmioty prywatne tym samym rygorom konstytucyjnym, którym podlega państwo. W literaturze zauważa się, że chociaż zwolennicy bezpośredniego *Drittwirkung* właśnie wskutek krytyki jej przeciwników istotnie ją zrelatywizowali, ograniczając możliwość jego stosowania do przypadków, w których ochrona praw podstawowych gwarantowana przez normy prawa prywatnego jest niewystarczająca, to G. Dürig utrzymał swój sceptyczny do niej stosunek, niejako nie odnotowując tej zmiany. Tak np. K.M. Lewan, op. cit., s. 576.

wypaczając wolnościowy sens praw podstawowych¹⁷¹. Dlatego w modelu stworzonym przez G. Düriga w przypadku braku adekwatnych cywilnoprawnych środków przeciw naruszeniom praw podstawowych przez jednostkę normatywnym mechanizmem ochrony jest wypełnianie zawartych w przepisach prawa prywatnego klauzul generalnych wartościami zakodowanymi w prawach podstawowych¹⁷². Szczególne istotne znaczenie przypisywał wspomniany autor klauzulom zawartym w § 138, § 242 i § 826 BGB. Podmioty prywatne podlegają przepisom konstytucji dotyczącym praw i wolności za pośrednictwem prawa prywatnego, stąd można mówić jedynie o pośrednim *Drittwirkung* praw podstawowych.

G. Dürig wyróżnił trzy stopnie intensywności przy wypełnianiu klauzul generalnych wartościami konstytucyjnymi, przy czym stopnie te wydają się odpowiadać różnym funkcjom czy celom pośredniego *Drittwirkung*. Pierwszy stopień sprowadza się do wyjaśnienia znaczenia wartości konstytucyjnych, do których odwołano się w uzasadnieniu rozstrzygnięcia sądowego (*Wertdifferenzierung und Wertverdeutlichung*). Znajduje on najczęstsze zastosowanie, ponieważ każde prawo podstawowe można uczynić „bliższym życiu” przez interpretację terminów prawa prywatnego w powiązaniu z konstytucyjnym systemem wartości. Stopień drugi ma na celu zaakcentowanie tych wartości w ramach wykładni ochronnych przepisów prawa prywatnego (*Wertakzentuierung und Wertverschärfung*). Najrzadziej występujący stopień, trzeci, polega na wypełnieniu luk w prywatnoprawnym systemie ochronnym, których występowanie ocenia się z perspektywy konstytucyjnego systemu wartości (*Wertschutzlückenschließung*). Luki te podlegają wypełnieniu poprzez wykładnię przepisów prawa prywatnego w zgodzie z konstytucją¹⁷³.

¹⁷¹ G. Dürig, *Grundrechte...*, s. 176.

¹⁷² G. Dürig określa klauzule generalne jako „dające się wypełnić wartościami” i „wymagające wypełnienia wartościami”, zob. *ibidem*.

¹⁷³ *Ibidem*, s. 177–180.

3.3. Wyrok w sprawie *Lüth* i jego znaczenie dla dogmatyki praw podstawowych

Wyrok FSK z 15 stycznia 1958 r. w sprawie *Lüth*¹⁷⁴, w którym po raz pierwszy sięgnięto po koncepcję pośredniego *Drittwirkung*, okazał się przełomowy dla interpretacji niemieckiej Ustawy Zasadniczej w kontekście jej wpływu na stosunki pomiędzy podmiotami prywatnymi. Okoliczności słynnej sprawy zostały w ostatnich latach przybliżone w polskiej literaturze prawniczej¹⁷⁵. O ile treść rozstrzygnięcia spotkała się z zasadniczo pozytywnym odzewem w niemieckiej nauce prawa¹⁷⁶, o tyle zaprezentowana przez FSK metoda rozumowania była oceniana zarówno pozytywnie, jak i krytycznie¹⁷⁷.

Kanwą sprawy był spór cywilny między E. Lüthem, przewodniczącym Hamburskiego Klubu Prasowego i szefem Wydziału Prasowego Niemieckiego Związku Teatralnego a reżyserem kręconych w czasach III Rzeszy antysemickich filmów V. Harlanem. Pierwszy z nich w przemówieniu do dystrybutorów i producentów filmowych z okazji Tygodnia Filmu Niemieckiego, a następnie w liście otwartym opublikowanym w prasie wezwał do bojkotu najnowszego filmu reżysera, *Unsterbliche Geliebte*. Przedsiębiorstwo będące producentem i dystrybutorem filmu uzyskało od Sądu Krajowego¹⁷⁸ w Hamburgu wobec E. Lütha nakaz sądowy zaprzestania dalszego bojkotu. W podobnym tonie wypowiedział się Wyższy Sąd Krajowy w Hamburgu, odrzucając apelację skarżącego. Sądy, opierając się na § 826 BGB, uznały, że działania pozwanego są sprzeczne z dobrymi obyczajami i wyrządziły powodowi szkodę

¹⁷⁴ 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 – *Lüth*.

¹⁷⁵ Przede wszystkim M. Florczak-Wątor, *Horizontalny...*, s. 102.

¹⁷⁶ Zob. np. B. Wolff, *Eine Frage zu dem Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, „Juristen Zeitung” 7/1958 s. 202 i n.; K.A. Bettermann, *Die allgemeinen Gesetze als Schranken der Pressefreiheit*, „Juristen Zeitung” 19/1964, s. 601 i n.; K.H. Biedenkopf, *Zum politischen Boykott*, „Juristen Zeitung” 18/1965, s. 553 i n.

¹⁷⁷ Por. J. Limbach, *Promieniowanie konstytucji na prawo prywatne*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 3/1999, s. 409.

¹⁷⁸ Wyrok z 22 listopada 1951 r., Az. 15. O. 87/51.

w postaci dotkliwej straty w zyskach z dystrybucji. Argumentacja ta nie zyskała aprobaty Federalnego Sądu Konstytucyjnego, który w wydanym w odpowiedzi na wniesioną przez E. Lütha skargę konstytucyjną stwierdził, że orzeczenie Sądu Krajowego w Hamburgu naruszyło gwarantowane skarżącemu w art. 5 GG prawo do wolności wypowiedzi.

Zgodnie z główną tezą wyroku prawa podstawowe są w pierwszej kolejności prawami obronnymi (niem. *Abwehrrechte*) obywatela przeciwko państwu. Mają one bowiem na celu przede wszystkim zabezpieczenie sfery wolności jednostki przed ingerencją władzy publicznej. Wynika to z kierunku rozwoju idei praw podstawowych, prowadzącego do włączenia ich do treści nowoczesnych konstytucji. Takie jest również znaczenie praw podstawowych zawartych w niemieckiej Ustawie Zasadniczej, która poprzez ich uregulowanie w pierwszym rozdziale podkreśla prymat człowieka i jego godności nad władzą państwa. FSK zwraca w tym kontekście uwagę również na przyjęty w RFN model skargi konstytucyjnej, będącej środkiem służącym jedynie przeciwko aktom władzy państwowej.

Znaczenie praw podstawowych wykracza jednak poza wskazany aspekt obronny¹⁷⁹. Przepisy Ustawy Zasadniczej dotyczące praw podstawowych ucieleśniają bowiem obiektywny porządek wartości, który jako konstytucyjnoprawna podstawa oddziałuje na wszystkie dziedziny prawa, w tym prawo prywatne. Ustawodawstwo, administracja i sądownictwo otrzymują od niego wskazówki i impulsy. Jak podkreślił FSK: „żaden przepis prawa cywilnego nie może być sprzeczny z konstytucyjnym systemem wartości, każdy musi być interpretowany w jego duchu”. Wartości konstytucyjne rozwijają się w prawie prywatnym w sposób pośredni, przez interpretację. Wpływ ten jest szczególnie widoczny

¹⁷⁹ Na wielość funkcji pełnionych przez prawa podstawowe po raz pierwszy zwrócono uwagę w orzeczeniu w sprawie *Steuersplitting*, wydanym 17 stycznia 1957 r., w którym FSK zauważył, że „cały szereg norm konstytucyjnych spełnia kilka powiązanych ze sobą i przenikających się funkcji. Zadaniem orzecznictwa konstytucyjnego jest rozwijanie różnych funkcji normy konstytucyjnej, w szczególności prawa podstawowego. W związku z tym preferowana jest interpretacja najmocniej rozwijająca moc prawną danego standardu”. Zob. 1 BvL 4/54, BVerfGE 6, 55.

w przypadku przepisów prawa prywatnego o charakterze bezwzględnie obowiązującym, których działanie ze względu na dobro wspólne nie może być wyłączone wolą stron. Z uwagi na swoje przeznaczenie wpisują się one w szeroko rozumiany porządek publiczny, pełniąc funkcje zbliżone do norm prawa publicznego. Oddziaływanie wartości konstytucyjnych na prawo prywatne odbywa się za pośrednictwem klauzul generalnych, które – tak jak klauzula dobrych obyczajów z § 826 BGB – przy ustalaniu znaczenia wymagają odwołania się do pozacywilistycznych lub w ogóle pozaprawnych kryteriów. Jak stwierdził FSK, należy przede wszystkim wychodzić od ogółu wartości, które ludzie osiągnęli w danym momencie intelektualnego i kulturowego rozwoju i utrwalili w swojej konstytucji. Dlatego też słusznie, zdaniem sądu, klauzule te określono w literaturze mianem „punktów włamywania się” (niem. *Einbruchstellen*) praw podstawowych do sfery prawa prywatnego. FSK wprost przywołał tu koncepcję G. Düriga¹⁸⁰.

W wyroku w sprawie *Lüth* FSK nie zdecydował się na kompleksowe omówienie problematyki *Drittwirkung*, jednak rozstrzygnął fundamentalną, podejmowaną w ówczesnym dyskursie naukowym, kontrowersję związaną z pytaniem o sposób oddziaływania praw podstawowych na relacje między podmiotami prywatnymi. Tym samym odniósł się do bardziej generalnej problematyki materialnoprawnych relacji między obszarem prawa publicznego i prywatnego¹⁸¹. Jako skrajne odrzucił dwa najdalej idące przeciwstawne stanowiska – jedno z nich zakłada, że prawa podstawowe są skierowane wyłącznie przeciwko państwu, a drugie, że mają zastosowanie we wszystkich w transakcjach prywatnoprawnych. FSK, stwierdzając, że mamy do czynienia z tzw. działaniem promieniującym (niem. *Ausstrahlungswirkung*) praw podstawowych na prawo prywatne, przyjął pośrednią wersję *Drittwirkung*¹⁸².

¹⁸⁰ W orzeczeniu wskazano na wypowiedzi tego autora zawarte w cytowanym wyżej podręczniku *Die Grundrechte...*, F.L. Neumann, H.C. Nipperdey, U. Scheuner (Hrsg.), op. cit., s. 525.

¹⁸¹ M. Ruffert, op. cit., s. 15.

¹⁸² FSK w swoim orzecznictwie ujmuje oddziaływanie praw podstawowych przede wszystkim w odniesieniu do prawa prywatnego, jednak – jak podkreśla K. Stern

W jego ramach prawa podstawowe działają w relacjach prywatnoprawnych przez odpowiednią interpretację klauzul generalnych i innych zwrotów wymagających wypełniania treścią. FSK w sposób wyraźny opowiedział się w tym zakresie za koncepcją G. Düriga, jednocześnie sprzeciwiając się – jako zbyt daleko idącym – orzeczeniom Federalnego Sądu Pracy¹⁸³, w których w ślad za nauką H.C. Nipperdeya uznano obowiązywanie bezpośredniego *Drittwirkung* w relacjach prywatnoprawnych.

W omawianym wyroku Federalny Sąd Konstytucyjny określił również, jakie obowiązki w zakresie zapewnienia pośredniej horyzontalnej skuteczności praw podstawowych wynikają dla sądów powszechnych i jaki jest w związku z tym zakres dopuszczalnej kontroli konstytucyjności wydawanych przez nie orzeczeń. Odniósł się więc po raz pierwszy do zagadnienia, które można określić jako funkcjonalny aspekt omawianej problematyki¹⁸⁴. Wyjaśnił, że po pierwsze, sędzia musi badać, czy stosowane przez niego przepisy prawa prywatnego podlegają wpływowi praw podstawowych. Jeśli tak, to przy interpretacji i stosowaniu tych przepisów musi uwzględnić wynikającą z tego wpływu modyfikację. FSK podkreśla, że na tym właśnie polega realizacja wyrażonej w art. 1 ust. 3 Ustawy Zasadniczej zasady związania wymiaru sprawiedliwości prawami podstawowymi. Niedopełnienie w wyroku powyższych obowiązków nie tylko jest równoznaczne z naruszeniem konstytucyjnych norm prawnych w sensie przedmiotowym, ale oznacza

– zasadniczo należy je ujmować również w obszarze prawa publicznego. Autor nawiązuje do formuły, wedle której prawo administracyjne jest skonkretyzowanym prawem konstytucyjnym. Zauważa, iż takie ujęcie jest obecne w niektórych orzeczeniach FSK, np. w postanowieniu z 9 października 1991 r., 1 BvR 1555/88, BVerfGE 85,1 – *Bayer-Aktionäre* w odniesieniu do prawa karnego oraz postanowieniu z 11 stycznia 1994 r., 1 BvR 434/87, BVerfGE 90, 1 – *Jugendgefährdende Schriften* w odniesieniu do prawa administracyjnego. Zob. K. Stern, *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte*, [w:] J. Isensee, P. Kirchhof (Hrgs.), *Handbuch des Staatsrecht*, Band IX, Heidelberg 2011, s. 90.

¹⁸³ Chodziło o przedstawione wcześniej w rozdziale 2.3. wyroki w sprawie *Zölibatsklausel* i *Kündigung eines Betriebsratsmitglieds*.

¹⁸⁴ M. Ruffert, op. cit., s. 15.

również pogwałcenie przez władzę publiczną praw podstawowych, rozumianych jako przysługujące obywatelowi prawa podmiotowe. Od takiego wyroku, zgodnie z § 90 ustawy o Federalnym Sądzie Konstytucyjnym, przysługuje odwołanie w trybie skargi konstytucyjnej. Jeśli chodzi o zakres kontroli konstytucyjności w powyższym przypadku, to jest ona przedmiotowo ograniczona, polega bowiem na zbadaniu, czy w orzeczeniu sądu powszechnego dokonano prawidłowej oceny zakresu i skuteczności praw podstawowych w obszarze prawa prywatnego. Innymi słowy kontrola ta obejmuje jedynie działanie promieniujące praw podstawowych. Nie jest zadaniem sądu konstytucyjnego badanie orzeczeń sądów powszechnych w pełnym zakresie pod kątem błędów prawnych, ponieważ nie jest on wobec nich instancją rewizyjną.

W konkretnych okolicznościach omawianego wyroku w sprawie *Lüth* FSK musiał zbadać, czy sąd powszechny w wystarczającym stopniu uwzględnił promieniujące działanie prawa do wolności wypowiedzi. Zgodnie z treścią art. 5 ust. 2 GG to prawo podstawowe jest zagwarantowane przez Ustawę Zasadniczą tylko w granicach „ustaw ogólnych”. Zdaniem skarżącego ograniczenia w zakresie korzystania z wolności wypowiedzi jako uprawnienia o charakterze społecznym, którego istotą jest możliwość wpływania na opinię publiczną, nie mogą wynikać z kodeksu cywilnego jako aktu zawierającego normy prywatnoprawne. FSK przedstawił odmienną wykładnię pojęcia ustaw ogólnych i stwierdził, że należy nim obejmować normy prawa zarówno publicznego, jak i prywatnego. Dopuszczona normą konstytucyjną możliwość ograniczania prawa podstawowego w tak rozumianych „ustawach ogólnych” nie może jednak w żadnym razie prowadzić do jego naruszenia, ani przez ustawodawcę, ani w interpretacji sądów. Jak uznał FSK, „sformułowania «ustaw ogólnych» wyznaczają granice dla prawa podstawowego, ale same muszą być interpretowane z uwzględnieniem «tworzącego wartości» znaczenia tego podstawowego prawa w wolnościowym demokratycznym państwie, a zatem muszą być zwrotnie ograniczone w ich ograniczającym wpływie na prawo podstawowe”. Według FSK w przypadku relacji między przepisami ustaw, w tym zawierających normy prywatnoprawne, i wyrażającymi prawa podstawowe normami

konstytucyjnymi należy więc mówić o tzw. wzajemnym oddziaływaniu: te pierwsze konkretyzują normy konstytucyjne, te drugie wpływają na interpretację ustaw odpowiadającą aksjologii konstytucji¹⁸⁵.

W przypadku art. 5 GG jego promieniujące działanie wymaga, aby interpretacja tych ustaw uwzględniała szczególne znaczenie swobody wypowiedzi, jako prawa dającego w najbardziej bezpośredni sposób wyraz osobowości ludzkiej, a jednocześnie zapewniała dostrzeżenie jego obowiązywania we wszystkich dziedzinach, a w szczególności w życiu publicznym, jako wartości absolutnie konstytutywnej dla liberalnego, demokratycznego porządku państwowego. FSK podkreślił jednocześnie, że ustalając znaczenie prawa podstawowego, należy uwzględnić wagę pozostających z nim w kolizji dóbr chronionych w przepisach ustawy. Nakłada to na sędziego obowiązek ważenia pozostających w sprzeczności interesów, uwzględniającego konkretne okoliczności danego przypadku. W odniesieniu do powyższego fragmentu wyroku sformułowano w literaturze pogląd, że wyrok w sprawie *Lüth* jest pierwszym, w którym FSK wywiódł zasadę proporcjonalności z samej natury praw konstytucyjnych¹⁸⁶.

Uwzględnienie wszystkich okoliczności sprawy doprowadziło FSK do konkluzji, że wypowiedź skarżącego nie naruszyła dobrych obyczajów w rozumieniu kodeksu cywilnego. Wezwanie do bojkotu motywowane było bowiem obawą o reputację i interes RFN, przede wszystkim za granicą. Dystrybucja antyżydowskiego filmu V. Harlana mogła bowiem stworzyć wrażenie, że skoro jest on nadal reprezentatywnym przedstawicielem niemieckiej kinematografii, to w życiu kulturalnym RFN nic się od czasów nazizmu nie zmieniło. Klauzula dobrych

¹⁸⁵ Jest to tzw. teoria wzajemnego oddziaływania (niem. *Wechselwirkungstheorie*) rozwinięta następnie w późniejszym orzecznictwie (por. np. postanowienie w sprawie z 22 czerwca 1982 r., BVerfGE 61, 1, 11 – *Wahlkampf/„CSU: NPD Europas”*). Zob. np. L. Michael, M. Morlock, op. cit., s. 317. Zob. też M. Safjan, *Efekt horyzontalny praw podstawowych w prawie prywatnym: autonomia woli a zasada równego traktowania*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2/2009, s. 305–309.

¹⁸⁶ Zob. M. Florczak-Wątor i przywołani przez nią autorzy, M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, s. 105.

obyczajów została przez FSK odczytana w świetle zasad obowiązujących na ówczesnym etapie kulturalno-intelektualnego rozwoju społeczeństwa niemieckiego i zinterpretowana w świetle wartości leżących u podstaw swobody wypowiedzi.

Znaczenie wyroku Federalnego Sądu Konstytucyjnego z 15 stycznia 1958 r. wykracza poza problematykę relacji między prawem konstytucyjnym a prawem prywatnym. Szereg istotnych tez zawartych w wyroku dotyczyło podziału kompetencji w ramach struktury sądów, interpretacji spornego od czasów Konstytucji weimarskiej pojęcia ustaw ogólnych czy systematyzacji ograniczeń prawa do swobodnej wypowiedzi. Przede wszystkim jednak wyrok ten okazał się mieć przełomowe znaczenie dla rozwoju dogmatyki praw podstawowych¹⁸⁷. Polegało ono na przypisaniu im znaczenia wykraczającego poza ich tradycyjne ujęcie jako praw zabezpieczających obywateli przed bezprawiem ze strony organów państwa. Przyjęcie, że obok tego subiektywnoprawnego aspektu wyrażają również obiektywny, oddziałujący na całokształt prawa, porządek wartości, otworzyło – w skali wykraczającej zresztą poza orzecznictwo i naukę prawa RFN – nową perspektywę określaną jako „multifunkcjonalność” praw konstytucyjnych¹⁸⁸. Pojęcie to należy odnosić przede wszystkim do wyodrębnionej przez FSK w latach 70. XX w. tzw. funkcji ochronnej praw podstawowych, ponieważ w przypadku koncepcji *Drittwirkung* chodziło bardziej o modyfikację podmiotowego zakresu działania tych praw przez odniesienie ich również do relacji horyzontalnych. W każdym razie podwójny charakter postanowień wyrażających prawa podstawowe utrwalił się w orzecznictwie niemieckiego sądu konstytucyjnego na tyle szybko, że już niespełna dekadę po wydaniu wyroku w sprawie *Lüth* zaczął być określany jako „stałe orzecznictwo”¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Por. np. H. Schulze-Fielitz, *Das Lüth-Urteil – nach 50 Jahren*, „Juristische Ausbildung” 30/2008, s. 52 i n.

¹⁸⁸ K. Stern wskazuje, że tego pojęcia jako pierwszy użył w 1965 r. N. Luhmann w publikacji *Grundrechte als Institution*. Por. K. Stern, *Die Schutzpflichtenfunktion...*, s. 243.

¹⁸⁹ W postanowieniu z 2 maja 1967 r., 1 BvR 578/63, BVerfGE 21, 362 – *Sozialversicherungsträger* znajduje się następujące zdanie: „Federalny Sąd Konstytucyjny jasno

Taki ich charakter nie jest również co do zasady kwestionowany w piśmiennictwie prawniczym, w którym funkcjonuje jako „podstawowy zasób wiedzy o prawach podstawowych”¹⁹⁰.

Jeśli chodzi o kluczowe tezy uzasadnienia, dotyczące oddziaływania praw podstawowych na prawo prywatne, to zachowały one aktualność po dziś dzień, nie podlegając rewizji w późniejszym orzecznictwie. Jak zauważa M. Ruffert, są one w jednakowym stopniu jednoznaczne, co treściowo otwarte. FSK jasno odrzucił bezpośrednie *Drittwirkung* praw podstawowych, otwartą pozostawiając kwestię konkretnej metody tego oddziaływania, jego zasięgu, a tym samym i treści rozstrzygnięć zapadających w pojedynczych przypadkach. Konstrukcja pośredniego *Drittwirkung* daje podmiotom stosującym prawo szeroki zakres swobody w zakresie „modyfikacji prawa prywatnego”¹⁹¹. Argumentacja zaprezentowana w wyroku w sprawie *Lüth* przybrała postać formuły na tyle generalnej, że w kolejnych dziesięcioleciach była podstawą obejmowania funkcją ochronną różnych rodzajów stosunków prywatnych.

3.4. Koncepcja obiektywnego porządku wartości jako uzasadnienie pośredniego *Drittwirkung*

Efekt promieniowania praw podstawowych na cały system prawa został w wyroku w sprawie *Lüth* uzasadniony istnieniem obiektywnego porządku wartości. Kwestii aksjologii leżącej u podstaw nowego porządku konstytucyjnego dotyczył szereg orzeczeń FSK z początków jego działalności. Orzeczenia te wpisywały się w powojenny renesans prawa naturalnego, nie tylko obserwowany w doktrynie prawa, ale w sposób wyraźny zademonstrowany w ujęciu praw podstawowych w Ustawie Zasadniczej, jako nienaruszalnych i niezbywalnych, a zwłaszcza

określił w utrwalonym orzecznictwie, że prawa podstawowe są nie tylko prawami obywateli do obrony przed państwem, ale też jako obiektywne normy statuują system wartości [...]”.

¹⁹⁰ K. Stern, *Die Schutzpflichtenfunktion...*, s. 243.

¹⁹¹ M. Ruffert, op. cit., s. 16.

w wyeksponowaniu w jej pierwszym artykule nakazu ochrony godności. Zdaniem B. Makowicza w orzecznictwie lat 50. XX w. widoczne jest stopniowe odchodzenie od argumentacji prawnonaturalnej i rozwijanie kategorii konstytucyjno-ustawowego systemu wartości. O ile w pierwszych wyrokach mowa o tym, że FSK „uznaje istnienie ponadpozytywnego prawa wiążącego również ustawodawcę i potwierdza swoją właściwość do mierzenia tą miarą prawa stanowionego”¹⁹², o tyle już w sprawie *Elfes* z 1957 r., pisząc o możliwości ograniczenia prawa podstawowego przez „ogólny system prawny”, FSK wyjaśnia, że ten ostatni „musi przestrzegać materialnych i formalnych norm konstytucji, czyli musi być konstytucyjnym systemem prawnym”¹⁹³. Zwieńczeniem tej zmiany linii orzeczniczej miałyby być właśnie wyrok w sprawie *Lüth*, w którym sędziowie z Karlsruhe, wprowadzając pojęcie „obiektywnego porządku wartości” – *objektive Werteordnung* – w sposób wyraźny jako jego źródło wskazali rozdział poświęcony prawom podstawowym¹⁹⁴. W nawiązaniu do kilku wcześniejszych orzeczeń stwierdzili, że „Ustawa

¹⁹² B. Makowicz, *Prawa podstawowe w porządkach konstytucyjnych Polski i Niemiec – porównanie zasadniczych zagadnień*, [w:] H. Glaser, B. Makowicz, M. Wyrzykowski (Hrsg.), *Die Grundwerte- und Grundrechtsordnung in Polen und Deutschland. Zwischen Nationalstaat und Globalisierung – Realität und Herausforderungen. System podstawowych wartości i praw w Niemczech i w Polsce. Między państwem narodowym a globalizacją – rzeczywistość i wyzwania*, Baden-Baden 2019, s. 227.

¹⁹³ Wyrok FSK z 16 lutego 1957 r., 1 BvR 253/56, BVerfGE 6, 32 – *Elfes*.

¹⁹⁴ B. Makowicz, op. cit., s. 228–233. Autor podkreśla, że ogłoszenie tego wyroku wpłynęło na zmianę stanowiska wielu zwolenników podejścia prawnonaturalnego, ostatecznie przekonując ich do argumentacji FSK. Ibidem, s. 230. Zdaniem Th. Hennego ukształtowanie linii orzeczniczej ostatecznie zaprezentowanej w wyroku w sprawie *Lüth* zajęło sędziom FSK 6,5 roku. Zob. B. Makowicz, „*Smend oder Hennis*” – *Bedeutung, Rezeption und Problematik der „Lüth-Entscheidung” des Bundesverfassungsgerichts von 1958*, [w:] R. Chr. Van Ooyen, M.H.W. Möllers (Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden 2006, s. 143. W polskiej literaturze można spotkać pogląd przeciwny, zgodnie z którym w omawianym rozstrzygnięciu – będącym reakcją FSK na zbrodnie nazizmu – oparto się na prawie naturalnym. Zob. B. Skwara, *W obronie bezpośredniego horyzontalnego obowiązywania praw człowieka*, „Przegląd Sejmowy” 1/2017, s. 85. Okoliczność ta jest podstawą głoszonego przez wymienionego autora poglądu, że wyrok w sprawie *Lüth* stanowi przykład zastosowania nie pośredniego, lecz bezpośredniego *Drittwirkung*.

Zasadnicza nie chce być porządkiem wartościowo neutralnym¹⁹⁵, a także że „w ustanowieniu obiektywnego porządku wartości wyraża się fundamentalne wzmocnienie ważności praw podstawowych”.

Jeśli chodzi o sposób przekładu zwrotu *objektive Werteordnung*, to w niniejszej książce będzie on tłumaczony jako „obiektywny system wartości”. Oczywiście, wychodząc od językowej perspektywy przeciwstawiania sobie prawa podmiotowego i przedmiotowego, które w języku niemieckim wyrażają kolejno zwroty *subjektives Recht* i *objektives Recht*, na uwagę zasługuje pogląd P. Czarnego, że *objektive Werteordnung* można by tłumaczyć jako „porządek wartości prawa przedmiotowego”¹⁹⁶. Należy jednak zauważyć, że pojęcie *objektiv* ma w języku niemieckim podwójne znaczenie, sam zaś FSK konsekwentnie posługuje się pojęciem *objektive Werteordnung*, a nie *Werteordnung des objektiven Rechts*. Co jednak najważniejsze, wydaje się, że podkreślenie obiektywnego charakteru owego systemu wartości lepiej oddaje zamysł FSK, zgodnie z którym istotą owego porządku jest jego bezwzględnie obowiązujący charakter w sensie promieniowania i wpływania na wszystkie normy systemu prawa. Tę ich istotę dobrze oddaje przywołany już fragment jednego z orzeczeń, w którym w nawiązaniu do wyroku w sprawie *Lüth* FSK stwierdził, że ujęcie praw podstawowych jako „zasad obiektywnych” (niem. *objektive Prinzipien*) fundamentalnie wzmocnia ich ważność¹⁹⁷.

Zgodnie z kluczową tezą z wyroku w sprawie *Lüth* prawa podstawowe, obok pełnienia funkcji obronnej przeciwko działaniom państwa, ucieleśniają pewien obiektywny porządek wartości, oddziałujący, jako zasadnicze postanowienia konstytucyjne, na wszystkie dziedziny prawa.

¹⁹⁵ Chodziło o wyroki 23 października 1952 r., BVerfGE 2, 1 – *SRP-Verbot*; 17 sierpnia 1956 r., 1 BvB 2/51, BVerfGE 5, 85 – *KPD-Verbot* oraz BVerfGE 6, 32 – *Elfes*.

¹⁹⁶ P. Czarny, *Konstytucyjne podstawy prawnej regulacji stosunków prywatnoprawnych w Polsce (na tle koncepcji horyzontalnego oddziaływania praw konstytucyjnych przez obowiązek ochrony tych praw przez państwo)*, [w:] *Oddziaływanie współczesnych konstytucji na stosunki między podmiotami prywatnymi*, red. M. Florczak-Wątor, Kraków 2015, s. 175–176. Pogląd P. Czarnego preferuje B. Skwara, *W obronie...*, s. 84–85.

¹⁹⁷ Wyrok FSK z 1 marca 1979 r., BVerfGE 50, 290 – *Mitbestimmung*.

Ponadto zawiera on wskazówki i impulsy dla ustawodawstwa, administracji i orzecznictwa. Został w orzeczeniu zdefiniowany jako „ogół wartości, które ludzie osiągnęli w pewnym momencie swojego duchowo-kulturalnego rozwoju i utrwalili w swojej konstytucji”. W centrum tego porządku znajduje się poszanowanie godności ludzkiej i prawo do swobodnego rozwoju osobowości.

Wyrok w sprawie *Lüth* zapoczątkował linię orzecniczą przyjmującą kryterium wartościowania wywodzone z praw podstawowych. Zorientowane na wartości rozumienie praw podstawowych oznaczało przyjęcie, że zawierają one tzw. rozstrzygnięcia o wartościach (niem. *Wertenscheidungen*)¹⁹⁸. W szeregu rozstrzygnięć rozwijających koncepcję „obiektywnego porządku wartości”, które zbiorczo można określić mianem „orzecznictwa o wartościach” (niem. *Werterechtssprechung*), FSK wskazuje na istnienie „konstytucyjnoprawnych rozstrzygnięć podstawowych”¹⁹⁹, „obiektywnoprawnych elementów”²⁰⁰, „obiektywnoprawnej strony”²⁰¹, „decyzji o wartościach”²⁰² czy „obiektywnoprawnej treści”²⁰³.

W niemieckiej literaturze panuje zgoda co do tego, że koncepcja porządku wartości jest recepcją przedwojennej antypozytywistycznej teorii praw podstawowych autorstwa R. Smenda²⁰⁴, choć kształtowanie tej koncepcji jest widoczne w nauce prawa okresu Republiki Weimarskiej *in genere*. Przywołane wyżej określenia stosowane przez FSK wydają się wprost nawiązywać do obecnych w piśmiennictwie

¹⁹⁸ Jak stwierdził FSK: „W stosunkach prywatnoprawnych prawa podstawowe rozwijają swoje działanie jako konstytucyjnoprawne rozstrzygnięcia o wartościach”.

¹⁹⁹ Postanowienie z 23 kwietnia 1986 r., 2 BvR 487/80, BVerfGE 73, 261 – *Sozialplan*.

²⁰⁰ Wyrok z 24 marca 1981 r., 1 BvL 89/78, BVerfGE 57, 295 – 3. *Rundfunkentscheidung*.

²⁰¹ Wyrok z 5 sierpnia 1966 r., 1 BvR 586/62, 610/63 i 512/64, BVerfGE 20, 162 – *Spiegel*.

²⁰² Postanowienie z 25 lipca 1978 r., 2 BvR 878/74, BVerfGE 52, 131 – *Arzthaftungsprozess*.

²⁰³ Wyrok z 25 lutego 1975 r., BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74 BVerfGE 39, 1 – *Schwangerschaftsabbruch I*.

²⁰⁴ Zob. np. L. Michael i M. Morlok, op. cit., s. 39; Th. Henne, op. cit., s. 143; M. Ruffert, op. cit., s. 63.

tamtego okresu sformułowań, takich tak: „wiązące rozstrzygnięcia o wartościach”, „obiektywne przepisy prawne”, „elementy prawa obiektywnego”, „podstawowe elementy obiektywnego porządku” czy „obiektywnoprawne treści praw podstawowych”²⁰⁵. R. Smend postrzegał konstytucję jako porządek integrujący wartości powiązane z funkcjonowaniem społeczeństwa, przy czym jej funkcja integracyjna w obszarze praw podstawowych nie ograniczała się do ochrony wolności jednostki przed działaniami państwa, lecz przenikała do sfery prywatnej²⁰⁶. Ujęcie praw podstawowych jako porządku wartości oznacza przypisanie im funkcji polityczno-socjalnej. Jest ono w niemieckiej literaturze przeciwstawiane łączonemu m.in. z nazwiskiem C. Schmitta stanowisku konserwatywno-liberalnemu, sprowadzającemu ich znaczenie do funkcji obronnej przeciwko państwu²⁰⁷. Te dwa wywodzące się z czasów Republiki Weimarskiej poglądy znajdują odzwierciedlenie we współczesnej nauce i orzecznictwie sądowym. Oczywiście akceptacja tezy o *Drittwirkung* praw podstawowych w wersji zakładającej promieniowanie zintegrowanych z nimi obiektywnych wartości na cały system prawa, w tym prawo prywatne²⁰⁸, jest możliwa tylko w ramach ugruntowanego w interpretacji FSK pierwszego stanowiska. Jak wskazano w wyroku w sprawie *Lüth*, prawa podstawowe jako obiektywny porządek wartości oddziałują poprzez interpretację klauzul generalnych i zwrotów wymagających interpretacji, odgrywających rolę „punktów włamywania się” (niem. *Einbruchstellen*) praw podstawowych do sfery prawa prywatnego.

Jeśli chodzi o usytuowanie obiektywnego porządku wartości w szeroko rozumianej aksjologii prawa, to za B. Makowiczem można powtórzyć, że mamy do czynienia z systemem wartości odrębnym od

²⁰⁵ M. Ruffert, op. cit., s. 63.

²⁰⁶ Zob. R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Berlin 1928.

²⁰⁷ L. Michael i M. Morlok, op. cit., s. 39. Swoją teorię C. Schmitt wyłożył w książce *Verfassungslehre*, Berlin 1928.

²⁰⁸ W przypadku *Drittwirkung* w wersji bezpośredniej mamy raczej do czynienia z – jak to dobrze ujmuje M. Ruffert – „przeniesieniem perspektywy obronnej na relacje prywatne poprzez wymianę adresatów praw podstawowych”. M. Ruffert, op. cit., s. 63.

ponadpozytywnego prawa naturalnego, ale również „umieszczonym niejako ponad prawem pozytywnym”²⁰⁹. Autor ten wskazuje, że w odróżnieniu od Konstytucji weimarskiej, w przypadku której – jak twierdził H. Heller – w pozytywnych prawach podstawowych wyrażały się pozaprawne normatywne składowe ustroju konstytucyjnego, w wyroku w sprawie *Lüth* zostały one „wczytane do pozytywnego porządku prawnego jako jego nieodłączny element, co doprowadziło do metodycznego ukrócenia dostępu ukonstytuowanego przez prawa podstawowe obiektywnego systemu wartości do norm pozaprawnych”²¹⁰. Niedopuszczalność oparcia kontroli konstytucyjności prawa na prawie naturalnym, czy bardziej na wyobrażeniach na jego temat, wynika, zdaniem FSK, już choćby z różnorodności jego ujęć. Kontrola konstytucyjności może odbywać się jedynie w oparciu o Ustawę Zasadniczą²¹¹.

Zarówno sam fakt odwoływania się przez sędziów FSK do idei systemu wartości, jak i próby wbudowania go w ramy pewnej, konstruowanej w kolejnych orzeczeniach dogmatyki nie spotkały się w niemieckiej doktrynie prawa z akceptacją. U. Di Fabio opinie krytyczne względem tej konstrukcji ujmuje w kilka grup zarzutów, których wspólnym mianownikiem wydaje się problem zagrożeń związanych z możliwością wykorzystywania orzecznictwa bazującego na wartościach do nielegitymowanego poszerzania zakresu władzy sędziowskiej²¹².

Pierwszą grupę zarzutów można określić jako metodologiczne, ponieważ koncentrują się one na kwestii związanej z tym, że FSK w swoim odniesieniu do wartości i porządku wartości udaremnia postulaty racjonalnego uzasadnienia²¹³. Skoro konstytucję należy rozumieć jako dający się zrekonstruować w trakcie jej stosowania porządek wartości, to FSK w ramach swoich orzeczeń może każdorazowo

²⁰⁹ B. Makowicz, op. cit., s. 228.

²¹⁰ Ibidem, s. 231.

²¹¹ Zob. wyrok 29 lipca 1959 r., BVerfGE 10, 59 – *Elterliche Gewalt*.

²¹² U. Di Fabio, *Zur Theorie eines grundrechtlichen Wertesystem*, [w:] D. Merten, H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg 2006, s. 1034–1038.

²¹³ R. Alexy, *Teoria...*, s. 126.

odwoływać się do wybranej przez siebie interpretacji postanowień tego aktu i z uwagi na kompetencję do zabezpieczenia pierwszeństwa Ustawy Zasadniczej przeforsowywać ją względem ustawodawcy i pozostałych sądów. To, zdaniem U. Di Fabio, prowadzi do powstania tzw. państwa jurysdykcyjnego (niem. *Jurisdiktionstaat*)²¹⁴. Uznanie się przez sędziów FSK za kompetentnych do ustalania wyobrażeń na temat „obiektywnego porządku wartości” generuje ryzyko trudnej do przewidzenia, zabarwionej osobistymi przekonaniem interpretacji prawa, przybierającej niejednokrotnie postać orzeczeń będących przedmiotem dyskusji i kontrowersji²¹⁵. Jak pisze M. Ruffert, otwartość i niedookreśloność omawianej tu koncepcji oznacza, że koniec końców mamy do czynienia nie z obiektywnym, lecz z subiektywnym porządkiem wartości²¹⁶. E.W. Böckenförde ideę „obiektywnego porządku wartości” określa wręcz jako „formułę ukrywania sędziowskiego decyzyzjonizmu”²¹⁷. U źródeł tych zarzutów wydaje się leżeć wątpliwość związana z fundamentalnym pytaniem o to, czy w pluralistycznym społeczeństwie można w ogóle zbudować obiektywny system wartości²¹⁸. Jakkolwiek współcześnie wydaje się to niemożliwe, to sądzę, że w przypadku powojennych Niemiec, a więc w okresie, w którym FSK skonstruował koncepcję obiektywnego porządku wartości, można mówić o wyraźnej dominacji dość spójnego wyobrażenia na temat tego systemu, którego jądrem była koncentracja na promowaniu wartości odrzucających faszyzm. W początkowym okresie obowiązywania Ustawy Zasadniczej stosunkowo

²¹⁴ U. Di Fabio, *Zur Theorie...*, s. 1035.

²¹⁵ Najgorętsza debata publiczna, która wyszła poza kręgi prawnicze, wywołując liczne protesty społeczne, rozgorzała po wydaniu przez FSK w 1975 r., przedstawionego w rozdziale 9.3 niniejszej książki, tzw. pierwszego wyroku aborcyjnego (*Schwangerschaftsabbruch I*).

²¹⁶ M. Ruffert, op. cit., s. 65.

²¹⁷ E.-W. Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie – Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt 1991, s. 115, za: M. Ruffert, op. cit., s. 65. Szeroko komentowanym w niemieckiej literaturze przykładem sędziowskiego aktywizmu jest przedstawione w rozdziale 4.2 niniejszej książki postanowienie FSK w sprawie *Soraya*.

²¹⁸ Tak też M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, s. 106.

niekontrowersyjna wydawała się teza, że kierunek interpretacji przepisów prawa w duchu ochrony tradycyjnych wartości wyznaczany jest przez zawarte w Preambule *invocatio Dei*²¹⁹.

Wątpliwości w doktrynie prawa wzbudziła również wyrażona w wyroku w sprawie *Lüth* zapowiedź, że dzięki interpretacji konstytucji zorientowanej na wartości znaczenie praw podstawowych jako pewnego systemu ulegnie wzmocnieniu. Zdaniem U. Di Fabio przegląd orzecznictwa FSK prowadzi do przeciwnych wniosków. Regularnie bowiem mamy w jego rozstrzygnięciach do czynienia ze wzmocnieniem tylko jednego prawa podstawowego z jednoczesnym osłabieniem znaczenia innego. Jeśli następnie decyzja o przyjęciu takiej, a nie innej preferencji praw jest przedstawiona jako oparta na wartościach, oznacza to zamierzone lub niezamierzone ingerowanie w przyjęty w Ustawie Zasadniczej, konceptualnie zrównoważony porządek prawnopodstawowy²²⁰. Powoływanie się na wartości zawsze niesie ze sobą jakiś pierwiastek absolutystyczny i tym samym negatywnie wpływa na możliwość równoważenia rozmaitych interesów, upośledzając celowość, racjonalność i pragmatyczność prawa²²¹.

Modyfikację orzeczniczej teorii wartości praw podstawowych zaproponował R. Alexy²²². Jego zdaniem teoria wartości jest przydatna do opisu praw podstawowych tylko wtedy, jeśli zostanie ujęta jako teoria zasad. R. Alexy twierdzi, że wypowiedzi Federalnego Sądu Konstytucyjnego o wartościach można przeformułować w zdania o zasadach i odwrotnie, nie tracąc treści. Dowodząc podobieństw pomiędzy zasadami a wartościami, różnice między nimi sprowadza do jednego punktu: pierwsze, jako nakazy optymalizacji, mają charakter pojęć deontologicz-

²¹⁹ D. Janicka, op. cit., s. 86–87.

²²⁰ U. Di Fabio, *Zur Theorie...*, s. 1036–1037.

²²¹ Ibidem, s. 1038.

²²² R. Alexy, *Teoria...*, s. 116 i n. Według R. Alexy'ego argumentacja FSK dotycząca kategorii obiektywnego porządku wartości odnosi się w istocie do „porządku rangi wartości”, w ramach którego konieczne jest wyważenie wartości. Głównymi pojęciami orzeczniczej teorii wartości miałyby być: wartość, porządek wartości, porządek rangi wartości, system wartości i wyważenie. Ibidem, s. 124.

nych, drugie – aksjologicznych²²³. To, co w przypadku wartości jest najlepsze, w przypadku zasad takie być powinno. Wprawdzie możliwe jest przechodzenie od stwierdzenia, że określone rozwiązanie jest z punktu widzenia prawa konstytucyjnego najlepsze, do stwierdzenia, że z tego samego punktu widzenia takie być powinno, jednak za teorią zasad przemawia to, iż prawo odnosi się do sfery powinności. Ponadto stosowanie pojęcia zasady daje mniej okazji do błędnych interpretacji²²⁴.

Przedstawiona powyżej krytyka nie pozostała bez wpływu na orzecznictwo niemieckiego sądu konstytucyjnego. W latach 70. XX w. dało się zaobserwować odejście od terminologii bazującej na odwołaniach do wartości i zwrócenie się ku bardziej neutralnym sformułowaniom, akcentującym „obiektywnoprawną zawartość” praw podstawowych czy też ich charakter jako „zasad obiektywnych”²²⁵. Takie ujęcie norm prawno podstawowych było charakterystyczne dla rozwijanej w ówczesnym orzecznictwie koncepcji tzw. obowiązków ochronnych państwa²²⁶. K. Stern stwierdza, że zmiana, o której mowa, miała świadczyć o tym, iż FSK wziął pod uwagę zarzuty nauki prawa, jednocześnie nie rezygnując z wykładni praw podstawowych zorientowanej na wartości²²⁷. Ten sam autor zauważa bowiem, że od lat 90. XX w. można w orzecznictwie obserwować ponowne zwrócenie się ku terminologii nawiązującej do wartości²²⁸.

²²³ Ibidem, s. 118.

²²⁴ Ibidem, s. 123. W polskim piśmiennictwie na ten temat zob. również P. Tuleja, *Normatywna treść praw jednostki w ustawach konstytucyjnych*, Warszawa 1997, s. 77 i n.

²²⁵ K. Stern, *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte*, [w:] J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), op. cit., s. 85.

²²⁶ Więcej na temat w rozdziale 9 niniejszej książki.

²²⁷ K. Stern, *Die Schutzpflichtenfunktion...*, s. 243.

²²⁸ Idem, *Idee und...*, s. 85. Dla potwierdzenia tej tezy autor wskazuje na następujące rozstrzygnięcia FSK: z 24 kwietnia 1996 r., 1 BvR 712/86 BVerfGE 94, 268 – *Wissenschaftliches Personal*; z 16 lutego 2000 r., 1 BvR 242/91, 1 BvR 315/99 BVerfGE 102, 1 – *Altlasten*; z 6 lutego 2001 r., 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89 – *Unterhaltungsverzichtsvertrag*; z 4 grudnia 2002 r., 2 BvR 400/98, BVerfGE 107, 27 – *Doppelte Haushaltsführung*; z 6 grudnia 2005 r., 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25 – *Gesetzliche Krankenversicherung*.

Rozdział 4

Pośrednie *Drittwirkung* w orzecznictwie Federalnego Sądu Konstytucyjnego

4.1. Periodyzacja orzecznictwa

Wyrok w sprawie *Lüth* zapoczątkował nową linię orzeczniczą, od której – jak stwierdza się w niemieckiej literaturze – nie było już odwrotu²²⁹ i od której zresztą FSK nigdy formalnie nie odstąpił. Orzeczenia wydawane w kolejnych dziesięcioleciach potwierdzają aktualność kluczowych tez przedstawionych w wyroku z 1958 r. w zakresie skuteczności praw podstawowych w relacjach prywatnych. Zostały one przez FSK ujęte w formułę stałego orzecznictwa (niem. *ständige Rechtsprechung*) i jako takie zachowały aktualność do dnia dzisiejszego. Chodzi tu przede wszystkim o ten aspekt sformułowanej wtedy koncepcji horyzontalnego działania praw podstawowych, który odnosi się do idei praw podstawowych jako obiektywnych wartości oddziałujących na cały system prawa. Niezależnie bowiem od ewolucji przedmiotowego orzecznictwa i pojawiania się w nim nowych sposobów uzasadniania skuteczności konstytucyjnych norm prawnopodstawowych w relacjach prywatnych stałym punktem odniesienia w tym orzecznictwie jest odwołanie do zawartych w prawach podstawowych rozstrzygnięć o wartościach. W tym sensie również omówione w osobnym fragmencie

²²⁹ J. Ipsen, *Verfassungsprivatrecht?*, „Juristen Zeitung” 4/2014, s. 162.

niniejszej książki orzecznictwo bazujące na koncepcji obowiązków ochronnych, bez względu na różne ujęcia jej relacji względem koncepcji *Drittwirkung* w doktrynie prawa, można – w świetle wypowiedzi FSK – uznać za kontynuację linii orzeczniczej zapoczątkowanej w wyroku w sprawie *Lüth*. Przyjęty w dalszych uwagach sposób uporządkowania orzecznictwa FSK uwzględnia kilka kryteriów. Punktem wyjścia jest kryterium chronologiczne, które pozwala uwidocznić istotne dla rozwoju omawianej koncepcji momenty, prowadzące do wyodrębnienia linii orzeczniczych wprowadzających określone *novum* do dotychczasowego ujęcia problemu skuteczności praw podstawowych w relacjach prywatnych. W miarę rozwoju orzecznictwa i rozbudowywania przez FSK *acquis constitutionnel* w zakresie interesującej nas problematyki konstrukcja *Drittwirkung* znajdowała zastosowanie w kolejnych obszarach działania praw podstawowych. FSK zasadniczo nie odstępował od wcześniej sformułowanych tez, a rozmaite orzecznicze tendencje dotyczące sposobu ujmowania interesującej nas problematyki znajdowały równoległe zastosowanie. W związku z tym – oprócz chronologii – największe znaczenie dla uporządkowania tego orzecznictwa mają kryteria, które można sformułować na bazie wypowiedzi samego FSK. Odwołują się one do pewnych charakterystycznych cech danej relacji prywatnej, które w świetle argumentacji zastosowanej w rozstrzygnięciu uzasadniały sięgnięcie po konstrukcję *Drittwirkung*. Poniższa systematyzacja orzecznictwa uwzględnia następujące czynniki: rodzaj rozpatrywanego sporu prywatnoprawnego (wynikający z prawa deliktowego albo prawa kontraktów), status podmiotów zaangażowanych w relację prywatną („czysto prywatne” albo sprywatyzowane) oraz występowanie specyficznej „konstelacji” między stronami sporu (brak równorzędności).

4.2. Pierwszy etap kształtowania koncepcji *Drittwirkung* – promieniujące działanie praw podstawowych

Omówione w tej części orzeczenia należą do pierwszego okresu kształtowania przez niemiecki sąd konstytucyjny koncepcji pośredniego *Drittwirkung*. Obejmuje on rozstrzygnięcia wydawane mniej więcej do

połowy lat 70. XX w., kiedy to FSK sformułował koncepcję obowiązków ochronnych i to ona przynajmniej przez kolejne dwa dziesięciolecia zdominowała orzecznictwo dotyczące oddziaływania praw podstawowych na relacje prywatne, by następnie znaleźć równoległe z *Drittwirkung* zastosowanie. Cechą charakterystyczną orzecznictwa omawianego w niniejszym podrozdziale jest, po pierwsze, szerokie odwoływanie się do dwóch podstawowych elementów konstruujących omawianą koncepcję w wersji zapoczątkowanej w orzeczeniu w sprawie *Lüth*, a więc kategorii obiektywnego porządku wartości, oraz promieniującego oddziaływania praw podstawowych i priorytetowej w tym względzie roli klauzul generalnych prawa cywilnego. Po drugie, orzecznictwo to cechuje stosunkowo ograniczony zakres zastosowania, obejmujący przede wszystkim spory z obszaru prawa deliktowego, w ramach których działanie jednego podmiotu zostało przez FSK ocenione jako bezprawne i rzeczywiste, na wzór naruszeń państwowych, ingerencja w prawa podstawowe drugiego podmiotu.

Wśród pierwszych orzeczeń, które najbardziej przyczyniły się do rozwoju doktryny pośredniego *Drittwirkung*, wymienia się postanowienie w sprawie *Blinkfüer* z 26 lutego 1969 r.²³⁰ Podobnie jak w wyroku z 1958 r., FSK wypowiedział się w nim na temat zakresu wolności wypowiedzi (art. 5 ust. 1 zd. 1 GG), tym razem w odniesieniu do wolności prasy (art. 5 ust. 1 zd. 2 GG). Sprawa dotyczyła sporu między wydawcą a redaktorem lokalnego, rozpowszechnianego głównie na terenie Hamburga, czasopisma „Blinkfüer”, które w dodatku do gazety drukowało programy radiowe i telewizyjne nadawców z Berlina Wschodniego, a potężnym domami wydawniczymi Axel Springer i Die Welt.

²³⁰ 1 BvR 619/63, BVerfGE 25, 256 – *Blinkfüer*. Obszernie na temat różnych aspektów orzeczenia zob. L. Derabeygi, *Die Causa „Blinkfüer” und die Grundrechtsdogmatik zur Pressefreiheit in Weimar und Bonn*, Berlin 2016. W literaturze polskiej na znacznie tego orzeczenia zwraca uwagę M. Florczak-Wator, *Horyzontalny...*, s. 106 oraz B. Skwara, *Publicyzacja prawa prywatnego na tle niemieckiego orzecznictwa konstytucyjnego poświęconego mocy obowiązującej praw człowieka*, [w:] *Ewolucja demokracji przedstawicielskiej w krajach Europy Środkowej i Wschodniej*, red. M. Paździor i B. Szmulik, Lublin 2013, s. 346.

Te ostatnie, po tym jak zbudowano mur berliński i rozpoczęły się akty przemocy wobec ludności Berlina Wschodniego, wezwały, pod groźbą zerwania relacji biznesowych, wszystkich dystrybutorów gazet i czasopism do bojkotu gazet drukujących programy nadawców ze wschodnich Niemiec, określając je jako narzędzia propagandy komunistycznej. „Blinkfüer”, powołując się na § 823 ust. 1 BGB, pozwał domy wydawnicze o odszkodowanie. Sądy dwóch instancji przychyliły się do jego żądania, jednak Trybunał Federalny, przyznał rację pozwanym, uznając, że wezwanie do bojkotu podlega ochronie z tytułu wolności wypowiedzi. W konsekwencji skargi konstytucyjnej wniesionej przez „Blinkfüer” FSK uchylił wyrok TF, stwierdzając, że w okolicznościach badanej sprawy – odmiennie niż w wyroku w sprawie *Lüth* – pierwszeństwo należy przyznać wolności prasy. Tak jak w sprawie z 1958 r., FSK zauważył, że chociaż postępowanie przed sądami niższych instancji jako spór cywilny podlega rozstrzygnięciu na podstawie norm prawa prywatnego, to na wykładnię tych norm wywiera wpływ obiektywny system wartości ustanowiony przez Ustawę Zasadniczą. Przez pryzmat składających się na ów system wartości należało ustalić, czy naruszenie dóbr skarżącego w ramach § 823 ust. 1 BGB miało charakter bezprawny. FSK przypomniał, że wezwanie do bojkotu może być chronione w ramach wolności wypowiedzi, kiedy jest używane jako środek wpływania na opinię publiczną motywowany troską o dobro społeczeństwa, względami politycznymi, społecznymi czy kulturalnymi, ważnymi z perspektywy ogółu społeczeństwa. Ochrona jednak nie obejmuje sytuacji, kiedy bojkot jest połączony z presją ekonomiczną, taką jak ta wywierana przez zaskarżone domy wydawnicze. Kluczowy dla podjętego rozstrzygnięcia był fakt posiadania przez te ostatnie ekonomicznej przewagi na rynku, co sprawiało, że zakaz dostaw, który groził dystrybutorom gazet, pozbawił ich możliwości podjęcia swobodnej decyzji co do postępowania w stosunku do bojkotowanych czasopism. Interpretując wolność prasy, FSK zaznaczył, że musi być ona chroniona przed próbami wyeliminowania konkurencji poprzez naciski ekonomiczne. Presja gospodarcza narusza równość szans w procesie formułowania opinii, co jest sprzeczne ze znaczeniem i istotą podstawowego prawa do wolności

wypowiedzi, które ma gwarantować intelektualną walkę opinii. Wprawdzie więc w świetle konstytucyjnego systemu wartości nie jest zabronione, aby podmioty silniejsze ekonomicznie prowadziły „intelektualną wojnę na opinie”, jednak już środki służące wyegzekwowaniu bojkotu muszą pozostawać z tym systemem w zgodzie. Podniesienie faktu zaburzenia równowagi ekonomicznej między stronami stosunku prywatnego do rangi argumentu przemawiającego za interpretacją konstytucyjnego systemu wartości na korzyść strony słabszej wpisuje się w ukształtowaną przez FSK w późniejszej praktyce orzeczniczej formułę „strukturalnej nierówności” jako uzasadnienia dla *Drittwirkung* praw podstawowych.

Problematyka promieniującego oddziaływania praw podstawowych wybrzmiała również w postanowieniu Federalnego Sądu Konstytucyjnego w sprawie *Mephisto* z 24 lutego 1971 r.²³¹, kończącym jeden z najgłośniejszych procesów sądowych w powojennej historii RFN. Pierwszoplanowe znaczenie tego orzeczenia wyrażało się w tym, że po raz pierwszy zdefiniowano w nim pojęcie sztuki z konstytucyjnego punktu widzenia, a także podjęto próbę określenia zakresu ochrony wolności artystycznej gwarantowanej w art. 5 ust. 3 GG oraz jej stosunku do innych praw podstawowych, przede wszystkim do ochrony prawa osobowości wywodzonego z godności ludzkiej, o której mowa w art. 1 ust. 1 GG²³². Sprawa dotyczyła konfliktu cywilnego między wydawcą opublikowanej po raz pierwszy w 1936 r. kontrowersyjnej książki K. Manna pt. *Mephisto – powieść o pewnej karierze* a spadkobiercą osoby, do której życiorysu wprost nawiązywała postać głównego bohatera, przedstawionego skrajnie negatywnie. W konsekwencji wniosku spadkobiercy sąd okręgowy uznał szkodliwy wpływ książki na poszanowanie dóbr osobistych zmarłego i w oparciu o klauzulę z § 823 BGB nałożył na wydawcę zakaz jej publikacji, powielania i rozpowszechniania. Trybunał Federalny utrzymał tę decyzję, stwierdzając, że ochro-

²³¹ 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173 – *Mephisto*.

²³² B. Schulte zu Sodin, BVerfGE 30, 173 – *Mephisto*. *Die Freiheit der Kunst und der postmortale Ehrensenschutz*, [w:] J. Menzel, R. Müller-Terpitz (Hrsg.), *Verfassungsrechtssprechung*, Tübingen 2011, s. 190 i n.

na roszczeń zmarłego do szacunku w sferze społecznej jest aktualna nawet po jego śmierci. Wydawca książki wniósł skargę konstytucyjną, zarzucając rozstrzygnięciom sądów cywilnych naruszenie art. 5 ust. 3 GG w zakresie gwarantowanej w nim wolności sztuki. W orzeczeniu z 24 lutego 1971 r. FSK odrzucił skargę, a sposób argumentacji zastosowanej w uzasadnieniu wprost nawiązuje do tych charakterystycznych elementów z wyroku w sprawie *Lüth*, które składają się na koncepcję pośredniego *Drittwirkung*. FSK – odnosząc się do zakresu możliwej ingerencji w rozstrzygnięcia sądów powszechnych – powtórzył, że jego zadaniem nie jest ich merytoryczne badanie, lecz ocena, czy właściwie rozpoznały i uwzględniły znaczenie praw podstawowych w zakresie stosowania norm prawa cywilnego. Zdaniem FSK w rozpatrywanej sprawie wymóg ten został przez sądy spełniony. W zakresie kolizji między prawami podstawowymi, na które powoływały się pozostające w sporze strony, FSK wprawdzie bardzo szeroko zinterpretował zakres wolności sztuki, opowiadając się za nakazem neutralności w przedmiocie jej wartościowania, jednak podkreślił, że podlega ona ograniczeniom wynikającym z potrzeby ochrony godności ludzkiej. Tym samym nawiązał do koncepcji inkorporowanego w Ustawie Zasadniczej obiektywnego porządku wartości, u podstaw którego leży ta właśnie wartość.

W komentarzu do powyższego orzeczenia i w świetle kierunku rozwoju linii orzeczniczej, o którym będzie mowa w ramach analizy kolejnego rozstrzygnięcia, warto zwrócić uwagę na treść zdania odrębnego złożonego przez kilku sędziów do orzeczenia w sprawie *Mephisto*. W ich opinii FSK zbyt wąsko zinterpretował zakres swojej kompetencji kontrolnej względem rozstrzygnięć sądów cywilnych, które – zdaniem sędziów – naruszyły prawo skarżącej z art. 5 ust. 3 zd. 1 GG. Podkreślili oni, że FSK jako strażnik konstytucji nie powinien ograniczać się jedynie do abstrakcyjnego sprawdzenia, czy sądy w ogóle uwzględniły wpływ praw podstawowych na prawo prywatne, ale ocenę tę był zobowiązany w większym zakresie odnieść do szczególnych okoliczności rozpatrywanej sprawy. Gdyby to uczynił, musiałby stwierdzić, że sądy cywilne nienależycie uwzględniły promieniujące działanie prawa do

wolności artystycznej. W takiej sytuacji FSK jest upoważniony do zastąpienia ocen sądów powszechnych własnymi²³³.

W podobnym tonie wypowiedział się FSK w postanowieniu wydanym 11 maja 1976 r., również dotyczącym art. 5 GG, tym razem w zakresie swobody wypowiedzi i wolności prasy²³⁴. Kanwą tej sprawy był spór cywilny między wnoszącymi skargę konstytucyjną wydawcą i redaktorem serwisu informacyjnego a wydawcą periodyku „Deutschland Magazin”, Fundacją Niemiecką. W jednym z wydań serwisu periodyk został zaliczony do radykalnie prawicowej prasy w Niemczech, w konsekwencji czego Fundacja Niemiecka wystąpiła o sądowy zakaz stosowania wobec niej tego określenia, przyznany jej następnie przez sądy cywilne dwóch instancji. Wnoszący skargę do FSK zarzucili tym orzeczeniom naruszenie ich prawa gwarantowanego w art. 5 ust. 1 GG. FSK odrzucił skargę, powołując się na swoje ograniczone uprawnienia w zakresie merytorycznej kontroli rozstrzygnięć sądów powszechnych, sprowadzające się do przeprowadzenia oceny, czy należycie uwzględniły one znaczenie praw podstawowych w interpretacji prawa prywatnego. Tak jak w wyroku w sprawie *Lüth* i *Mephisto* zastrzegł, że nie może w trybie superinstancji zastępować decyzji sądów powszechnych, ale jednocześnie stwierdził, że jego kompetencji nie można sztywno i konsekwentnie wyznaczać, ponieważ musi mieć pewną swobodę, która pozwala na uwzględnienie sytuacji indywidualnego przypadku. Różna może być bowiem intensywność naruszenia przez sąd powszechny praw podstawowych: im większy popełni błąd interpretacyjny w zakresie rozpoznania znaczenia tych praw, tym głębsza może być interwencja sądu konstytucyjnego. W przypadku najwyższej intensywności naruszenia praw podstawowych interwencja FSK może przybrać postać zastąpienia ocen sądu jego własnymi. Był to nowy składnik linii orzeczniczej dotyczącej *Ausstrahlungswirkung* praw podstawowych²³⁵, którego

²³³ Zob. zdania odrębne do orzeczenia BVerfGE 30, 173.

²³⁴ BVerfGE 42, 143 – *Deutschland-Magazin*.

²³⁵ Zwraca na to uwagę również M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, s. 110.

elementy pojawiły się już wcześniej, w treści przywołanego wyżej zdania odrębnego do orzeczenia w sprawie *Mephisto*.

Koncepcja obiektywnego porządku wartości i promieniującego działania praw podstawowych znalazła obszerne zastosowanie w wydanym kilka lat wcześniej orzeczeniu w sprawie *Soraya*²³⁶. Rozstrzygnęło ono jedną z największych kontrowersji dotyczących prawa prywatnego w historii RFN, której początki sięgają omówionego wcześniej orzeczenia Trybunału Federalnego z 1958 r. w sprawie *Veroffentlichung von Briefen i Herrenreiter*²³⁷. FSK stwierdził, że w przypadku poważnych naruszeń ogólnego prawa osobowości można, mimo braku stosownej regulacji prawnej²³⁸, dochodzić odszkodowania pieniężnego i tym samym potwierdził konstytucyjność dotychczasowej praktyki sądów cywilnych w tym zakresie. Zdaniem krytyków wyrok oznaczał upoważnienie sędziów do twórczego rozwijania prawa również *contra legem*²³⁹, ponieważ twórcy niemieckiego kodeksu cywilnego w sposób świadomy odstąpili od wcześniej obowiązującej cywilnoprawnej ochrony osobowości²⁴⁰.

Skarga konstytucyjna w przedmiotowej sprawie została wniesiona w związku ze sporem cywilnym wydawcy czasopisma „Die Welt” z irańską księżniczką Sorayą, rozwiedzioną żoną szacha Persji. Ten pierwszy w jednym z wydań swojego tabloidu „Das Neue Blatt” zamieścił rzekomy wywiad z księżniczką, podczas którego opowiedziała o swoim życiu prywatnym, a który – jak się później okazało – w rzeczywistości nigdy nie został przeprowadzony. Sądy cywilne dwóch instancji stwierdziły naruszenie przez wydawcę przysługującego księżniczce

²³⁶ Postanowienie z 14 lutego 1973 r., 1 BvR 112/65 BVerfGE 34, 269 – *Soraya*.

²³⁷ Zob. rozdział 2.3.

²³⁸ Literalna interpretacja ówczesnej regulacji § 253 i § 847 BGB wykluczała taką możliwość.

²³⁹ R. Knieper, *Soraya und die Schmerzensgeldrechtsprechung des BVerfG*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 6/1974, s. 138; A. Kulick, „*Drittwirkung*” als verfassungskonforme Auslegung – Zur neuen Rechtsprechung des BVerfG, NJW 31/2016, s. 2238.

²⁴⁰ Ochronę taką wykluczała literalna interpretacja ówczesnego brzmienia § 253 i § 847 BGB, co zmieniło się dopiero w 2001 r. wraz z reformą prawa zobowiązań.

prawa do osobowości i zobowiązały go do wypłacenia jej odszkodowania pieniężnego. Trybunał Federalny, nawiązując do swojego wcześniejszego orzecznictwa, uznał, że chronione w art. 1 i 2 GG ogólne prawo osobowości ma jednocześnie charakter prawa cywilnego i musi być szanowane przez każdego uczestnika stosunków prywatnoprawnych. Wydawca tabloidu uznał, że rozstrzygnięcia sądów cywilnych naruszają gwarantowaną mu w art. 5 ust. 2 GG wolność prasy i wniósł skargę konstytucyjną, którą jednak FSK odrzucił, przyznając pierwszeństwo ogólnemu prawu do osobowości.

FSK, określając zakres swoich kompetencji w odniesieniu do kontroli, jaką sprawuje nad orzecznictwem sądów cywilnych, powtórzył zaprezentowaną w wyżej omówionych orzeczeniach tezę mówiącą o tym, że nie ocenia sposobu interpretacji i stosowania prawa cywilnego, a jedynie sprawdza to, czy sądy należycie uwzględniły promieniujący wpływ konstytucyjnego porządku wartości na prawo cywilne. Nowym składnikiem tej, zapoczątkowanej w wyroku w sprawie *Lüth*, koncepcji było to, że w przypadku braku regulacji ustawowej, niezbędnej do zapewnienia ochrony tych wartości, sądy są zobowiązane „wypełnić tę lukę, odwołując się do reguł rozumu praktycznego oraz społecznych wyobrażeń sprawiedliwości”. Zadaniem FSK jest zbadanie sposobu, w jaki sędziowie doszli do rezultatu uwzględniającego te wartości, a więc jak to ujął FSK, „czy sędziowskie rozwijanie prawa nastąpiło w granicach wyznaczonych konstytucyjnie”. Teza o istnieniu konstytucyjnego porządku wartości i konieczność jego uwzględnienia w orzecznictwie sądów powszechnych z jednej strony posłużyła w wyroku w sprawie *Soraya* do poparcia zasadności sędziowskiego rozwijania prawa, z drugiej była potwierdzeniem, że sięganie do owego systemu jest działaniem prawotwórczym.

Wśród ważnych dla rozwoju *Drittwirkung* rozstrzygnięć należy wymienić również wydane w 1986 r. postanowienie FSK w sprawie *Sozialplan*²⁴¹. Oprócz potwierdzenia adekwatności dotychczasowych ustaleń na temat horyzontalnej skuteczności praw podstawowych

²⁴¹ BVerfGE 73, 261 – *Sozialplan*.

w odniesieniu do obszaru prawa pracy FSK dokonał też rozszerzenia zakresu ich oddziaływania na prawo prywatne. Stwierdził bowiem, że „transmisja” praw podstawowych do prawa prywatnego następuje nie tylko poprzez klauzule generalne, ale także poprzez pozostałe pojęcia, które wymagają wypełnienia treścią i zinterpretowania uwzględniającego zawartość norm praw podstawowych. Postanowienie dotyczyło wykładni zakładowego planu socjalnego i zostało wydane w związku ze skargą konstytucyjną wniesioną przez przedsiębiorstwo górnicze przeciwko wyrokowi Federalnego Sądu Pracy, który przyznawał byłemu pracownikowi skarżącego roszczenie o odszkodowanie pieniężne za niedostarczony przez skarżącego węgiel. Były pracownik przed sądami pracy wywodził swoje uprawnienia z planu socjalnego, zawartego przed zamknięciem kopalni, który odsyłał do postanowień układu zbiorowego zawartego w 1976 r., a więc w okresie, kiedy skarżący nie był już członkiem stowarzyszenia pracodawców odpowiedzialnego za zawieranie układów zbiorowych. Zdaniem skarżącego wyrok FSP naruszył jego prawa wynikające z art. 9 ust. 3 GG w zakresie negatywnej wolności zrzeszania się oraz z art. 2 ust. 1 (prawo do swobodnego rozwoju osobowości) w związku z art. 20 ust. 3 GG (zasada państwa prawnego). FSK odrzucił skargę, nie dopatrując się naruszenia wymienionych postanowień GG w wyroku FSP. Podkreślił, że zobowiązanie do przestrzegania układu zbiorowego wynikało z planu socjalnego przyjętego z udziałem skarżącego, a nie z woli „zewnątrznej” stron układu zbiorowego. Jeśli chodzi o główną tematykę naszych rozważań, to FSK zauważył, że plany socjalne jako akty powstające w wyniku porozumienia między pracodawcą a radą zakładową należą do obszaru prawa prywatnego. Sędzia, rozstrzygając spory wynikające ze stosowania planów socjalnych, jest zobowiązany uwzględnić w swojej decyzji wpływ praw podstawowych, jako elementów obiektywnego porządku wartości, który jako „podstawowa decyzja konstytucyjna” oddziałuje na wszystkie dziedziny prawa. Rozwijając tezę zawartą w wyroku w sprawie *Lüth*, wyjaśnił, iż oddziaływanie to następuje nie tylko za pośrednictwem klauzul generalnych, ale również tych pojęć, które są otwarte na interpretację i dają się wypełnić treścią. W komentarzu do omawianego

rozstrzygnięcia warto zauważyć, że FSK nie zdecydował się potwierdzić w odniesieniu do art. 9 ust. 3 GG niekwestionowanej w niemieckiej doktrynie prawa konstytucyjnego opinii o bezpośredniej horyzontalnej skuteczności wyrażonego w nim prawa do zakładania związków i stowarzyszeń.

4.3. Konstytucjonalizacja prawa kontraktów: kombinacja elementów *Drittwirkung* i *Schutzpflichten*

Od początku lat 90. XX w. można obserwować w orzecznictwie FSK rozszerzenie zakresu oddziaływania praw podstawowych poza obszar sporów wynikających z prawa deliktowego i objęcie nim stosunków umownych. Zwiększeniu uległa zarówno intensywność oddziaływania praw podstawowych na prawo prywatne, jak i zakres kontroli konstytucyjności orzeczeń sądów cywilnych, ponieważ wymóg uwzględnienia wartości konstytucyjnych w prawie cywilnym, uzasadniany przez FSK koniecznością ochrony słabszej strony umowy, niejednokrotnie prowadził do modyfikacji jej treści w rozstrzygnięciu sądu konstytucyjnego. Ze względu na obszar oddziaływania praw podstawowych tę linię orzeczniczą określa się jako przejaw konstytucjonalizacji prawa umów²⁴². Jeśli chodzi o sposób, w jaki FSK w swoim orzecznictwie uzasadniał objęcie stosunków umownych oddziaływaniem praw podstawowych, to zasadniczo opierał się on na koncepcji obowiązków ochronnych, jednak w pierwszych rozstrzygnięciach reprezentujących tę linię orzeczniczą nie odwoływał się *explicite* do tej funkcji praw podstawowych²⁴³. Dotyczy to zwłaszcza dwóch omówionych po-

²⁴² Zob. więcej na ten temat rozdział 7.2 niniejszej publikacji.

²⁴³ Omawiany tu fragment orzecznictwa w literaturze przedstawia się jako reprezentatywny dla koncepcji *Schutzpflichten* (zob. np. R. Singer, *Vertragsfreiheit...*, s. 1136; M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, s. 132 i n.) albo *Drittwirkung* (Ch. Burki-czak, *Grundrechtswirkungen zwischen Privaten. Zur Drittwirkungs- und Schutzpflichten-rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, [w:] Y. Becker, F. Lange (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern*, Band 3, Berlin, Boston 2014, s. 122).

niżej rozstrzygnięć, w których można dostrzec połączenie elementów charakterystycznych dla „stałego orzecznictwa” w zakresie *Drittwirkung* z pośrednimi nawiązaniem do koncepcji *Schutzpflichten*. I tak z jednej strony podkreśla się w nich priorytetową rolę klauzul generalnych jako zwrotów, za pośrednictwem których sędzia ma obowiązek uwzględnić wpływ praw podstawowych na relacje prywatne, z drugiej obowiązek ten zostaje odniesiony w sposób wyraźny również do działań ustawodawcy²⁴⁴. W późniejszych orzeczeniach problematyka ochrony słabszej strony kontraktu była interpretowana w powiązaniu z koncepcją obowiązków ochronnych²⁴⁵. Wspólną cechą wszystkich rozstrzygnięć reprezentujących tę linię orzeczniczą było to, że ochrona słabszej strony umowy odbywała się w nich na gruncie prawa konstytucyjnego, a nie prawa prywatnego.

Początki linii orzeczniczej, w ramach której FSK rozciągnął działanie praw podstawowych na prawo kontraktów, sięgają wydanego 7 lutego 1990 r. postanowienia w sprawie *Handelsvertreter*²⁴⁶. W niniejszej sprawie Federalny Sąd Konstytucyjny miał po raz pierwszy rozstrzygnąć, jak dalece prawo podstawowe do swobodnego wyboru zawodu na zastosowanie do relacji między podmiotami prywatnymi. Niemiecka konstytucja w art. 12 ust. 1 przewiduje, że wszyscy obywatele mają prawo do wolnego wyboru zawodu, miejsca pracy i wykształcenia, natomiast wykonywanie zawodu może zostać uregulowane ustawą lub na podstawie ustawy. Omawiana sprawa dotyczyła sporu między przedsiębiorstwem zajmującym się produkcją i sprzedażą wina a zatrudnionym w nim przedstawicielem handlowym, który po rozwiązaniu umowy, ale jeszcze w okresie wypowiedzenia, rozpoczął pracę dla firmy konkurencyjnej. W treści umowy zawarto klauzulę zakazu działalności konkurencyjnej w czasie trwania umowy oraz dwa lata po jej wygaśnięciu, a także

²⁴⁴ Gwoli ścisłości należy zauważyć, że w tych orzeczeniach FSK nie posługuje się ani terminem *Drittwirkung*, ani *Schutzpflichten*, aczkolwiek w wyroku *Handelsvertreter* w wypowiedzi sędziego pojawia się sformułowanie „konstytucyjny mandat ochrony” (niem. *Schutzauftrag*).

²⁴⁵ Zob. rozdział 9.4.3 niniejszej książki.

²⁴⁶ Orzeczenie z 7 lutego 1990 r., 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 – *Handelsvertreter*.

możliwość jej rozwiązania bez odszkodowania w przypadku zawinionego powodu leżącego po stronie przedstawiciela handlowego. Takie rozwiązanie dopuszczała ówczesnie obowiązująca wersja § 90a ust. 2 zd. 2 niemieckiego HGB. W międzyczasie pierwsze przedsiębiorstwo zaproponowało przedstawicielowi korzystniejsze warunki pracy, w związku z czym cofnął wypowiedzenie. Jednak po tym, jak pracodawca dowiedział się o naruszeniu przez przedstawiciela zakazu konkurencji, wypowiedział mu umowę bez odszkodowania. Rozstrzygające spór sądy cywilne zgodziły się z twierdzeniem przedsiębiorcy, że miał on w danych okolicznościach prawo rozwiązać umowę bez wypowiedzenia, a także że należy mu się odszkodowanie za szkodę spowodowaną wypowiedzeniem. Podobnego zdania był Trybunał Federalny, który – odrzucając apelację przedstawiciela handlowego – uznał, że w świetle ważnie zawartej przez niego umowy o zakazie konkurencji nieistotna dla sprawy jest kwestia ewentualnej niekonstytucyjności § 90a ust. 2 zd. 2 HGB. Z argumentacją tą nie zgodził się FSK, który w orzeczeniu wydanym w wyniku wniesionej przez przedsiębiorcę skargi konstytucyjnej stwierdził, że generalne wykluczenie odszkodowania za niepowstrzymanie się od działalności konkurencyjnej jest niezgodne z art. 12 ust. 1 GG oraz że wyroki Trybunału Federalnego i sądu okręgowego naruszają wynikające z tego artykułu prawo podstawowe skarżącego.

W centrum rozważań FSK dotyczących obowiązków ochronnych znalazła się kwestia zapewnienia konstytucyjnie chronionej autonomii prywatnej i związanej z nią możliwości samostanowienia²⁴⁷.

²⁴⁷ W systemie praw podstawowych RFN swoboda wyboru zawodu z art. 12 ust. 1 GG jest interpretowana w kontekście gwarantowanego w art. 2 ust. 1 GG prawa do swobodnego rozwoju osobowości. Związek między wymienionymi prawami podstawowymi wyraża się w tym, iż swobodzie wyboru zawodu przypisuje się funkcję „gospodarczego rozwijania osobowości”. L. Michael, M. Morlok, op. cit., s. 184. Swoboda ta nie jest bowiem chroniona sama przez się, ale jako wartość leżąca u podstaw życia i zawodowej egzystencji jednostki, a więc mająca przełożenie na jej osobowość. Takiemu ujęciu odpowiada funkcjonująca w niemieckim orzecznictwie konstytucyjnym definicja zawodu, łącząca trzy składniki, będące kombinacją elementów gospodarczych i osobowościowych: zorientowanie na zarobkowanie, trwałość i stanowienie podstawy życiowej egzystencji. Interpretacja swobody wyboru zawodu zorientowana na czynnik

Zgodnie z zasadą swobody umów strony mogą dowolnie kształtować swoje prawa i obowiązki w ramach prywatnych kontraktów. Autonomia jednostki nie ma jednak charakteru absolutnego, ponieważ istnieje tylko w ramach obowiązujących przepisów, a te z kolei są związane prawami podstawowymi. Autonomia ta zakłada, że strony mają faktyczną możliwość swobodnego samostanowienia, niedoznającego naruszeń ani ze strony organów państwowych, ani innych podmiotów prywatnych. Jeżeli jedna ze stron ma tak istotną przewagę, że może jednostronnie ustalić treść postanowień umownych, to umowa przestaje być przejawem swobody kontraktowania, a staje się środkiem „kształtowania osobowości przez czynniki zewnętrzne” (*Fremdbestimmung*)²⁴⁸. Zdaniem FSK z art. 12 ust. 1 Ustawy Zasadniczej wynika, że w sytuacji braku przybliżonej równowagi sił między zaangażowanymi stronami ustawodawca ma obowiązek podjęcia środków cywilnoprawnych w celu ochrony wolności wykonywania zawodu przed ograniczeniami umownymi. Wymogu tego nie spełniała zakwestionowana w skardze konstytucyjnej i uznana przez FSK za niekonstytucyjną regulacja kodeksu handlowego, ponieważ sformułowany w niej zakaz konkurencji skutkował koniecznością faktycznej rezygnacji przez skarżącego z wykonywania wybranego przez niego zawodu, a dodatkowo wyłączał przyznanie odszkodowania. Brak bezwzględnie obowiązujących przepisów, które nakładałyby odpowiednie ramy na swobodę kontraktowania, powoduje, że obowiązek polegający na uwzględnieniu wpływu praw podstawowych na prawo prywatne i ewentualne skorygowanie braku parytetu umownego, obciąża organy stosujące prawo. Jego realizacja jest

osobowościowy charakteryzuje również Europejską Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Ujęcie odmienne obowiązuje w ramach UE, w której gospodarka rynkowa i oparte na niej swobody stanowią wartość centralną. L. Michael, M. Morlok, op. cit., s. 184–186.

²⁴⁸ FSK nawiązał do zasady sprawiedliwości kontraktowej i rozpowszechnionego w nauce prawa cywilnego poglądu, że swoboda umów jest właściwym środkiem kształtowania interesów tylko w przypadku zrównoważonego układu sił. Jest to tzw. koncepcja gwarancji poprawności mechanizmu umów (niem. *Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus*), która usprawiedliwia ingerencje państwa w stosunki umowne. Więcej na ten temat zob. J. Limbach, op. cit., s. 410.

możliwa przez odpowiednią, zorientowaną na wartości konstytucyjne interpretację klauzul generalnych prawa cywilnego (§§ 138, 242, 315 BGB). Zaskarżone w sprawie *Handelsvertreter* wyroki tego obowiązku nie dopełniły, ponieważ nie zbadano w nich, czy uzgodnienie kwestionowanej klauzuli konkurencji było dopuszczalne w świetle przepisów konstytucyjnych, i poprzestano na stwierdzeniu, że została ona zawarta w ramach swobody kontraktowania. Wyroki te skutkowały dla skarżącego daleko idącymi ograniczeniami w wykonywaniu przez niego zawodu i tym samym naruszyły jego prawo podstawowe z art. 12 GG. Jak już wyżej wspomniano, FSK nie powołał się w tym rozstrzygnięciu *expressis verbis* na obowiązek ochronny państwa, lecz na „mandat ochronny” wynikający z konstytucji oraz konieczność zadośćuczynienia „pozycjom chronionym przez prawa podstawowe”.

Problematyka państwowego obowiązku ochrony słabszej strony umowy prywatnej została znacząco rozwinięta w znanym orzeczeniu FSK w sprawie *Bürgschaftsverträge*²⁴⁹. Orzeczenie wydane w związku z indywidualną skargą konstytucyjną było okazją do rozstrzygnięcia bardziej generalnego problemu związanego z powszechną w latach 80. XX w. praktyką niemieckich banków, polegającą na uzależnieniu udzielenia kredytu od jego poręczenia przez członka rodziny. Tak jak w przypadku skarżącej w przedmiotowej sprawie poręczycielami były najczęściej osoby młode, bez wykształcenia, bezrobotne albo pracujące dorywczo za niskie wynagrodzenie, a kwoty spłaty kredytu znacznie przekraczały ich możliwości finansowe. W związku z trudnościami w ich spłacie osoby te, powołując się na brak świadomości ryzyka związanego z realizacją umowy poręczenia, domagały się przed sądami cywilnymi uznania tych umów za nieważne. Zarówno jednak sądy niższych instancji, jak i Trybunał Federalny uznawały, że w świetle swobody kontraktowania i możliwości samodzielnej oceny ryzyka związanego z poręczeniem brak do tego podstaw. Skarżąca w sprawie *Bürgschaftsverträge* domagała się stwierdzenia przez FSK, że

²⁴⁹ Postanowienie z 19 października 1993 r., 1 BvR 567, 1044/89, BVerfGE 89, 214 – *Bürgschaftsverträge*.

takie rozstrzygnięcia naruszają jej prawa podstawowe z art. 1 ust. 1, art. 2 ust. 1 GG w związku z zasadą państwa socjalnego z art. 20 GG. FSK zgodził się z większością argumentów przedstawionych w skardze i stwierdził naruszenie w wyroku TF art. 2 ust. 1 GG w zakresie prawa skarżącej do autonomii, rozumianej jako możliwość samostanowienia w życiu prawnym²⁵⁰, i przekazał sprawę do ponownego rozstrzygnięcia.

Główne tezy rozstrzygnięcia FSK były rozwinięciem motywów uzasadnienia do orzeczenia w sprawie *Handelsvertreter*. Zostały w nich wyłożone konstytucyjnoprawne podstawy państwowej ochrony w przypadku zakłóceń w parytecie umownym. Sąd powtórzył, że organy stosujące prawo muszą, zwłaszcza przy określaniu i stosowaniu klauzul generalnych prawa prywatnego, przestrzegać gwarancji praw podstawowych. W przypadku art. 2 ust. 1 GG oznacza to obowiązek zbadania i ewentualnego skorygowania treści umów, które wyjątkowo mocno obciążają jednego z kontrahentów i są wynikiem „strukturalnej nierówności” w ich sile przetargowej. Nawiązując do swoich wcześniejszych wypowiedzi, podkreślił, że zasadniczo nie kontroluje on wykładni i stosowania prawa przez sądy cywilne, a jego interwencja jest ograniczona do sytuacji, w których zaskarżone rozstrzygnięcie zawiera istotny błąd interpretacyjny co do znaczenia prawa podstawowego i zakresu jego ochrony w danym przypadku. FSK uznał, że taka sytuacja miała w miejsce w omawianej sprawie. Przypomniał, że naruszenie prawa podstawowego do autonomii prywatnej zachodzi wówczas, gdy zobowiązanie umowne zostaje narzucone, a nie wynika z autonomicznej zgody. Trybunał Federalny zaniechał skontrolowania, czy okoliczności, w jakich zawarto kwestionowaną umowę, i jej treść umożliwiały rzeczywistą realizację autonomii prywatnej przez obie strony kontraktu. Strony prywatnych kontraktów regulują swoje

²⁵⁰ Prawo do autonomii jest jednym w elementów chronionych w ramach ogólnego prawa osobowości. Oprócz niego ochrona z art. 2 ust. 1 GG obejmuje: wolność kontraktowania, działalności gospodarczej, konkurencji, wyboru wykształcenia, zawodu, miejsca pracy, seksualnego samookreślenia się w ramach małżeństwa lub poza nim, określenia wyglądu zewnętrznego, prawo bycia pozostawionym w spokoju, uprawiania sportów zagrażających własnemu zdrowiu. P. Schade, *Grundgesetz mit Kommentierung*, Berlin 2006, s. 25.

stosunki zgodnie ze własną wolą, ale powoływanie się na zasadę swobody umów jest dopuszczalne tylko, jeśli umowa gwarantuje równą pozycję stron. Nie każde zakłócenie równowagi między stronami kontraktu może skutkować zakwestionowaniem jego ważności. Chodzi o taki rodzaj ukształtowania relacji, w którym występuje nadzwyczajne obciążenie jednej strony. Jeśli stopień nierówności jest tak daleko idący, że można mówić o „strukturalnej podległości” strony słabszej, to umowa przestaje być przejawem swobody kontraktowania, a staje się niedopuszczalnym w świetle art. 2 ust. 1 GG instrumentem kształtowania osobowości przez czynniki zewnętrzne (*Fremdbestimmung*). W takich okolicznościach sądy nie mogą poprzestać na stwierdzeniu, że „umowa jest umową”, ale muszą podjąć działania naprawcze przez odpowiednią, nakierowaną na realizację praw podstawowych wykładnię klauzul generalnych prawa cywilnego. Obowiązek interwencji sądu w omawianej sprawie wynikał, zdaniem FSK, z konstytucyjnie gwarantowanej autonomii prywatnej oraz z zasady państwa socjalnego. TF, nie dokonując korekty umowy, nie zapewnił skarżącej ochrony jej prawa z art. 2 ust. 1 GG. Jednocześnie FSK uznał, że obowiązek zapewnienia ochrony praw podstawowych, który w niniejszej sprawie obciążał ustawodawcę, został wypełniony w stopniu wystarczającym. Odmiennie zresztą niż w przypadku orzeczenia w sprawie *Handelsverteter*, skarga nie była skierowana przeciwko regulacji ustawowej. Prawo umów bankowych nie było uregulowane przez przepisy szczególne, ale opierało się na prawie umów BGB. Zdaniem FSK zawarte w kodeksie klauzule generalne zapewniają instrumenty pozwalające odpowiednio reagować na strukturalne zaburzenia parytetu kontraktowego. Jako kluczowe dla sprawy FSK wskazał klauzulę dobrych obyczajów oraz klauzulę dobrej wiary, zawarte w § 138²⁵¹ oraz § 242²⁵² BGB.

²⁵¹ 1. Czynność prawna, która narusza dobre obyczaje jest nieważna. 2. W szczególności nieważna jest taka czynność prawna, przez którą ktoś, wyzyskując ciężkie położenie, lekkomyślność i niedoświadczenie drugiego, każe za jakieś świadczenie przyrzec lub przysporzyć sobie albo osobie trzeciej korzyści majątkowe pozostające w rażąco nieodpowiednim stosunku do świadczenia.

²⁵² Dłużnik ma obowiązek świadczenie tak wykonać, jak tego wymagają uczciwość i zaufanie z uwzględnieniem zwyczajów obrotu prawnego.

Wyznaczają one granicę ważności umów, upoważniają do sądowej kontroli ich treści oraz odnoszą się do typowych okoliczności, które nieuchronnie prowadzą do negocjacyjnej niższości jednego z kontrahentów.

Jak już wspomniano, proces konstytucjonalizacji prawa umów, który został zapoczątkowany w rozstrzygnięciu w sprawie *Handelsvertreter* i *Bürgschaftsverträge*, był następnie kontynuowany w ramach orzecznictwa dotyczącego obowiązków ochronnych, aczkolwiek to właśnie w tych dwóch rozstrzygnięciach zostały sformułowane kluczowe zasady ochrony słabszej strony umowy. Przybrały one postać ogólnej formuły, zgodnie z którą czynnik braku tzw. strukturalnej równości między stronami umowy uzasadnia możliwość nadania normie prawno podstawowej pośredniego skutku horyzontalnego, przy czym intensywność tego skutku, mierzona zakresem ingerencji sądu w treść umowy, była by tym większa, im większa jest potrzeba ochrony praw strony słabszej. W tym kontekście w niemieckiej nauce prawa mówi się o wykreowaniu przez FSK nowej klauzuli generalnej, która mogłaby brzmieć: „Umowa, która jest wyjątkowo niekorzystna dla jednej ze stron, będąca wynikiem nierównowagi siły pomiędzy owymi stronami, jest nieważna”²⁵³.

4.4. Renesans pośredniego *Drittwirkung* w latach 90. XX w.

Omówione w niniejszym fragmencie orzeczenia są ilustracją nawiązań do dogmatyki pośredniego *Drittwirkung* w jego „klasycznej” wersji, zapoczątkowanej wyrokiem w sprawie *Lüth*. Dotyczyły one prywatnoprawnych sporów, w ramach których FSK miał rozstrzygnąć, jaki jest zakres obowiązywania pozostających w konflikcie praw podstawowych. Tak jak we wcześniejszym orzecznictwie, tak i tu przedmiotem kontroli była kwestia uwzględnienia w wyrokach sądów cywilnych wpływu praw podstawowych na prawo prywatne. Nowym elementem

²⁵³ K. Adolmeit, *Die gestörte Vertragsparität*, „Neue Juristische Wochenschrift” 38/1994, s. 2467, za: M. Łolik, *Konstytucyjne aspekty prawa kontraktów na przykładzie wybranych europejskich systemów prawnych (cz. 1)*, „Palestra” 7–8/2013, s. 198.

rozwijającym koncepcję pośredniego *Drittwirkung* było założenie, zgodnie z którym koniecznym warunkiem prawidłowego wyważenia przez sąd cywilny pozostających w konflikcie interesów jest właściwe rozpoznanie znaczenia praw podstawowych w danej sprawie. Ukształtowany w omawianym okresie schemat badania, czy sąd cywilny wywiązał się z tak ujętego obowiązku, składał się z dwóch etapów: kontroli wykładni i stosowania prawa. W pierwszym FSK sprawdzał, czy sąd miał świadomość „promieniującego efektu” danego prawa podstawowego, a w drugim – czy aplikując przepisy prawa cywilnego, należycie rozpoznał jego doniosłość²⁵⁴.

Przykładem orzeczenia, w którym FSK dokonał głębokiej ingerencji w sposób rozstrzygnięcia sprawy przez sąd powszechny w związku z całkowitym pominięciem przez ten drugi znaczenia praw podstawowych dla rozwiązania prywatnoprawnego konfliktu, jest postanowienie z 1996 r. w sprawie *Werkszeitung*²⁵⁵. Zapadło ono w wyniku skargi konstytucyjnej wniesionej przez przedsiębiorstwo, które twierdziło, że zakaz zamieszczania w gazecie zakładowej wypowiedzi pracowników oceniających pracę rady zakładowej narusza gwarantowaną mu w art. 5 ust. 1 zd. 2 GG wolność prasy. Po tym, jak w gazecie ukazał się krytyczny, anonimowy list na temat rady, jej członkowie, powołując się na § 87 ustawy o organizacji zakładów pracy (*Betriebsverfassungsgesetzes*), zażądali od redakcji gazety współdecydowania o publikowaniu podobnych wypowiedzi oraz podawania nazwiska autora. Przedsiębiorstwo odmówiło, twierdząc, że ograniczenie to stanowiłoby rodzaj cenzury, jednak okręgowy sąd pracy zgodził się z radą i zakazał skarżącemu publikowania oświadczeń pracowników bez podania nazwiska autora, jeśli odnoszą się one w sposób wartościujący do pracy rady zakładowej. FSK, uwzględniając skargę konstytucyjną, oparł się zasadniczo na dwóch argumentach. Po pierwsze, stwierdził, że wydawanie gazety zakładowej podlega ochronie z tytułu wolności prasy. Po drugie,

²⁵⁴ R. Brinktrine, op. cit., s. 429.

²⁵⁵ Postanowienie z 8 listopada 1996 r., 1 BvR 1183/90, BVerfGE 95, 28 – *Werkszeitung*.

uznał, że sąd pracy w swoim rozstrzygnięciu całkowicie pominął promieniujący wpływ praw podstawowych na prawo prywatne. Podkreślił, że fakt, iż sąd pracy musiał rozstrzygnąć spór na gruncie prawa prywatnego, nie zwalniał go z obowiązku uwzględnienia prawa podstawowego. Interpretacja prawa pracy należy do sądów pracy, jednak jeśli jego stosowanie ma skutek ograniczający działalność chronioną prawami podstawowymi, sądy muszą przy stosowaniu prawa brać pod uwagę znaczenie i zakres relewantnego dla sprawy prawa podstawowego. Jak to już zostało wyjaśnione w wyroku w sprawie *Lüth*, spór prywatny podlega prawu prywatnemu niezależnie od wpływu praw podstawowych, a FSK sprawdza jedynie, czy wartości chronione danym prawem podstawowym zostały wystarczająco uwzględnione przy wykładni i stosowaniu prawa prywatnego. Tymczasem w zaskarżonym wyroku, mimo że prawo podstawowe do wolności prasy było w sposób oczywisty relewantne w sprawie, brakuje nawet wzmianki na temat art. 5 ust. 1 zd. 2 GG. W konsekwencji sąd pracy nie przeprowadził wymaganego przez Ustawę Zasadniczą sprawiedliwego wyważenia pozostających w konflikcie dóbr prawnych.

Problem niewystarczającego uwzględnienia przez sąd cywilny promieniującego wpływu praw podstawowych na prawo cywilne i nieprawidłowego wyważenia pozostających w konflikcie interesów pojawił się w orzeczeniu FSK w sprawie *Parabolantenne I* z 1994 r.²⁵⁶ Sprawa dotyczyła sporu między najemcą lokalu, którym był mieszkający w RFN obywatel turecki, a właścicielem budynku, w którym znajdował się lokal. Ten drugi nie zgodził się ze względów estetycznych na montaż na budynku anteny satelitarnej, umożliwiającej najemcy odbiór tureckich programów. Najemca skierował sprawę do sądu okręgowego, który jednak stwierdził, że w świetle §§ 535, 536 i 242 BGB, określających prawa i obowiązki stron umowy najmu, roszczenie obywatela tureckiego nie jest uzasadnione. W związku z powyższym najemca w drodze skargi konstytucyjnej wniósł o stwierdzenie, że orzeczenie sądu

²⁵⁶ Postanowienie z 9 lutego 1994 r., 1 BvR 1687/92, BVerfGE 90, 27.

okręgowego narusza jego prawo do wolności informacji z art. 5 ust. 1 zd. 1 Ustawy Zasadniczej. FSK skargę uwzględnił i nakazał ponowne rozpatrzenie sprawy. Zauważył, że wolność informacji zgodnie z art. 5 ust. 2 Ustawy Zasadniczej podlega wprowadzić ograniczeniom wynikającym z przepisów ustawowych, do których zaliczają się wskazane wyżej przepisy kodeksu cywilnego, jednocześnie jednak przypominał, odwołując się do wyroku w sprawie *Lüth*, że konstytucja wymaga, żeby przy interpretacji, a dokładnie przy konkretyzowaniu klauzul generalnych brać pod uwagę prawa podstawowe, tak, aby zawarte w nich wartości przenikały do systemu prawa również na poziomie jego stosowania. Zdaniem FSK w sprawie *Parabolantenne I* sąd cywilny niewystarczająco uwzględnił znaczenie prawa do wolności informacji i w związku z tym nieprawidłowo wyważył konflikt interesów. W konkretnych okolicznościach sprawy kluczowe było stwierdzenie, że zasada dobrej wiary ma zastosowanie do umowy najmu, a w jej świetle nie jest usprawiedliwiona odmowa instalacji sprzętu, który może znacząco poprawić komfort życia najemcy, a dla wynajmującego nie stanowi nadmiernego obciążenia jego prawa własności z art. 14 ust. zd. 1 GG. Żadne z praw podstawowych nie ma generalnego pierwszeństwa przed innymi, dlatego decyzja o jego przyznaniu w danych okolicznościach zależy od oceny skali naruszenia każdego z nich.

W wyroku w sprawie *Caroline von Monaco II* z 15 grudnia 1999 r.²⁵⁷ FSK rozstrzygał konflikt między ogólnym prawem osobowości (art. 2 ust. 1 w związku z art. 1 ust. 1 GG) w powiązaniu z prawem do ochrony małżeństwa, rodziny i rodzicielstwa (art. 6 ust. 1 i 2 GG) a wolnością prasy (art. 5 ust. 1 zd. 2 GG). Skarżąca, księżna Monako Karolina, wystąpiła do niemieckich sądów o zakazanie dalszej publikacji fotografii ukazujących ją i jej rodzinę w sytuacjach z życia prywatne-

²⁵⁷ 1 BvR 653/96, BVerfGE 101, 361 – *Caroline von Monaco II*. Wyrok ten był ostatnim na poziomie krajowym etapem procedury sądowej w związku z procesami, jakie księżna Hanoweru wytoczyła niemieckiej prasie. Następnie sprawa toczyła się przez Europejskim Trybunałem Praw Człowieka, zob. wyroki ETPC z 24 czerwca 2004 r. (skarga nr 59320/00) oraz z 7 lutego 2012 r. (skargi nr 40660/08 i 60641/08).

go, opublikowanych w niemieckich czasopismach, twierdząc, że dzieje się to bez jej zgody i naruszają one jej wizerunek i prawo do poszanowania prywatności. Sądy cywilne, a następnie Trybunał Federalny, powołując się na § 22 i § 23 ustawy o prawie autorskim w sztuce, uznały, że księżna Monako, jako tzw. osoba historii współczesnej, musi tolerować publikację swojego wizerunku, nawet bez uprzedniego wyrażenia zgody, jeśli fotografie przedstawiają ją w miejscach publicznych, a tak właśnie było w przypadkach, których dotyczyły jej pozwy. Wniesioną przez księżną skargę konstytucyjną FSK uwzględnił jedynie częściowo, stwierdzając, że tylko w przypadku trzech zdjęć (ukazujących ją z dziećmi i przyjacielem) doszło do naruszenia dóbr osobistych skarżącej i jej rodziny, i w konsekwencji zakazał ich dalszej publikacji. Według sądu konstytucyjnego w badanych orzeczeniach sądy cywilne oraz Trybunał Federalny należycie uwzględniły zakres i znaczenie praw podstawowych, czyniąc zadość wymogowi ich promieniującego działania na prawo prywatne. Zasadniczo poprawnie określiły również zakres ochrony pozostających w konflikcie praw podstawowych. Z jednej bowiem strony osoby publiczne w ramach ogólnego prawa do osobowości również korzystają z prawa do prywatności, które nie ogranicza się do sfery domowej, z drugiej zaś gwarancja wolności prasy obejmuje też publikację obrazów przedstawiających osoby publiczne w kontekście codziennym lub prywatnym, ponieważ opinia publiczna ma usprawiedliwiony interes w tym, aby wiedzieć, gdzie takie osoby przebywają oraz jak zachowują się w miejscach publicznych. Decydującym kryterium dla wyważenia pozostających w kolizji praw podstawowych, życia prywatnego z jednej strony i wolności wypowiedzi z drugiej, jest stopień, w jakim opublikowane zdjęcia przyczyniają się do debaty, w której można powołać się na interes ogólnospołeczny, a w jakim służą jedynie zaspokojeniu ciekawości w czysto prywatnych kwestiach²⁵⁸.

²⁵⁸ Innego zdania był ETPC, który po rozpatrzeniu skargi księżniczki Karoliny w wyroku z 24 czerwca 2004 r. uznał, że niemieckie sądy nie zachowały sprawiedliwej równowagi pomiędzy interesami stron i naruszyły prawo do poszanowania życia prywatnego z art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

W orzeczeniu z 26 maja 1993 r.²⁵⁹ FSK uznał, że art. 13 ust. 1 Ustawy Zasadniczej, gwarantujący nienaruszalność mieszkania, podobnie jak inne prawa podstawowe, musi być przestrzegany przy wykładni i stosowaniu przepisów prawa cywilnego. Sprawa dotyczyła rozwiązania umowy najmu mieszkania znajdującego się na drugim piętrze domu o zabudowie bliźniaczej przez jego właścicielkę, mieszkającą na pierwszym piętrze, która jako osoba schorowana i w zaawansowanym wieku chciała dotychczas wynajmowane lokum przekazać synowi w celu ułatwienia mu sprawowania nad nią opieki. Wynajmujący nie zgodził się opuścić mieszkania, powołując się na to, że syn skarżący z racji zamieszkiwania w drugiej części domu miał możliwość opiekowania się matką. W związku z tym kobieta wystąpiła z powództwem eksmisyjnym, uwzględnionym przez sądy cywilne, które stwierdziły, że wystarczająco umotywowana ona konieczność przekazania mieszkania synowi. W następstwie wyroków sądów cywilnych skarżący skierował do FSK skargę konstytucyjną, zarzucając w niej naruszenie szeregu jego praw podstawowych, m.in. prawa do nienaruszalności mieszkania (art. 13 ust. 1 GG) i prawa własności (art. 14 GG). FSK odrzucił wprawdzie skargę, nie dostrzegając naruszenia żadnego ze wskazanych praw, jednak w swoim wyroku powtórzył – zgodnie z obowiązującą ówczesnie linią orzecniczą dotyczącą horyzontalnego aspektu oddziaływania konstytucji – że wymienione prawa podstawowe, podobnie zresztą jak pozostałe uwzględnione w Ustawie Zasadniczej, muszą być przestrzegane przy wykładni i stosowaniu prawa cywilnego (w szczególności w przypadku umowy najmu).

W literaturze odnotowano, że FSK w omawianym orzeczeniu bardzo szeroko zinterpretował prawo do posiadania wynajmowanego mieszkania, stwierdzając, że prawo to jest własnością w rozumieniu art. 14 ust. 1 zd. 1 GG²⁶⁰, aczkolwiek ma charakter „pochodnej

²⁵⁹ 1 BvR 208/93, BVerfGE 89, 1 – *Besitzrecht des Mieters*.

²⁶⁰ Th. Ackermann, BVerfGE 89, 1 – *Besitzrecht des Mieters Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Mietrecht: Das Besitzrecht des Mieters als Eigentum im Sinne von Art. 14 I 1 GG*, [w:] J. Menzel, R. Müller-Terpitz (Hrsg.), op. cit., s. 523 i n. oraz 529.

pozycji prawnej”. Sąd uznał, że artykuł ten nakłada na ustawodawcę obowiązek odpowiedniego ukształtowania treści i rozgraniczenia konkurujących pozycji w taki sposób, aby związane z nimi uprawnienia były odpowiednio chronione. Uzasadniając konieczność horyzontalnego zastosowania norm konstytucyjnych, wyjaśnił, że o ile w przypadku standardowych wypowiedzeń umowy najmu ustawodawca dokonał niezbędnego wyważenia interesów w drodze regulacji § 564b i § 556a BGB, o tyle nie ustanowił przepisów, które mogłyby mieć zastosowanie do okoliczności rozpatrywanej sprawy. Różnicując zakres ochrony przysługującej właścicielowi i wynajmującemu, zauważył, że zgodnie z art. 13 ust. 1 Ustawy Zasadniczej mieszkanie jest nienaruszalne, jednak ta gwarancja chroni posiadacza jedynie przed pewnymi ograniczeniami w korzystaniu z nieruchomości. Pośrednie *Drittwirkung* zawartej w tym artykule normy oznacza, zdaniem FSK, że chronione jest nie tyle prawo do posiadania mieszkania, ile jego prywatność. Zaznaczył, że pośredni skutek horyzontalny tego przepisu można również uwzględnić podczas sprawdzania treści istniejących umów najmu, przyznających właścicielowi prawo dostępu do mieszkania w dowolnym momencie, i uznać je – na podstawie § 138 BGB – za sprzeczne z dobrymi obyczajami i tym samym nieważne.

Wypowiedzenie umowy najmu nie może negatywnie wpływać na gwarantowaną w art. 13 GG prywatność mieszkania, z której najemca korzysta do czasu wypowiedzenia. Artykuł 13 GG zapewnia jednostce elementarną przestrzeń życiową, w której interwencja może być dokonana tylko na warunkach określonych w ust. 2 i 3 tego artykułu. Oznacza to w szczególności zakaz wchodzenia do mieszkania lub przebywania w nim wbrew woli posiadacza. Ewentualne akty naruszenia mogą również obejmować interwencje, w których właściciel w całości lub w części wycofa względem posiadacza mieszkania prawo korzystania i rozporządzania nim. Jednak takie działania dotyczą obszaru ochrony art. 13 ust. 1 GG tylko wtedy, gdy całkowicie lub częściowo znoszą prywatność mieszkania. Zdaniem FSK obszar ochrony z art. 13 GG nie obejmuje postępowania eksmisyjnego prowadzonego przez komornika.

Problematyka pośredniej horyzontalnej skuteczności praw podstawowych została w orzecznictwie konstytucyjnym podjęta również w odniesieniu do wolności przekonań religijnych gwarantowanej w art. 4 ust. 1 GG. Od początku 2000 r. FSK wydał szereg orzeczeń, w których rozwiązywał problem kolizji powstałych na tle realizacji negatywnego i pozytywnego aspektu tego prawa. Dotyczyły one zbliżonego stanu faktycznego związanego z kwestią noszenia w przestrzeni publicznej chust muzułmańskich. W przypadku dwóch omówionych poniżej rozstrzygnięć, w sprawie *Kopftuch* z 2003 r.²⁶¹ oraz *Kopftuchverbot Nordrhein-Westfalen* z 2015 r.²⁶², FSK wypowiedział się na temat konstytucyjności zakazu noszenia takich chust w szkołach publicznych²⁶³. W obydwu przypadkach skargi konstytucyjne zostały złożone przez nauczycielki i pedagogożki wyznania muzułmańskiego przeciwko rozstrzygnięciom sądów niższych instancji, które podtrzymały decyzje szkół publicznych w zakresie wspomnianego zakazu. Przedmiotem skargi w sprawie z 2015 r. uczyniono ponadto niektóre przepisy ustawy o szkołach dla Nadrenii Północnej-Westfalii, które po nowelizacji z 2006 r. wprowadzały dla całego landu prawny zakaz manifestowania przekonań religijnych poprzez wygląd zewnętrzny, jednocześnie ustanawiając uprzywilejowanie dla przedstawiania w ramach przysługującego landowi mandatu edukacyjnego zachodnich chrześcijańskich wartości lub tradycji edukacyjnych i kulturowych. Skarżące powołały się na prawo podstawowe z art. 4 ust. 1 GG, które w aspekcie pozytywnym przyznaje swobodę w zakresie prezentowania swoich przekonań religijnych. Z kolei przedstawiciele szkół twierdzili, że tak rozumiana swoboda powinna ustąpić przed negatywnym aspektem prawa z art. 4 ust. 1 GG, gwarantującym uczniom wolność od niepodzielanych przekonań religijnych. Noszeniu przez nauczycieli chust w szkole miałyby się ponadto przeciwstawić art. 6 ust. 2 zd. 1 GG, ponieważ wyrażone w nim

²⁶¹ Wyrok z 24 września 2003 r., 2 BvR 1436/02, BVerfGE 108, 282 – *Kopftuch*.

²⁶² Postanowienie z 27 stycznia 2015 r., 1 BvR 471, 1181/10, BVerfGE 138, 296 – *Kopftuchverbot Nordrhein-Westfalen*.

²⁶³ Zob. też postanowienie z 14 stycznia 2020 r., 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 – *Kopftuch III*.

prawo rodziców do wychowywania dzieci obejmuje również możliwość decydowania, jakie przekonania światopoglądowe i religijne chcą im zaszcześcić, a przed jakimi chronić. Dodatkowo – z uwagi na to, że skargi konstytucyjne dotyczyły naruszenia prawa podstawowego w szkole publicznej – rozstrzygnięcie konfliktu w drodze praktycznej konkordancji wymagało uwzględnienia zasady neutralności światopoglądowej państwa. W obydwu przypadkach FSK przyznał rację skarżącym, stwierdzając, że zakwestionowane rozstrzygnięcia naruszają ich prawo podstawowe z art. 4 GG w zakresie wolności religii (ust. 1) oraz swobody wykonywania praktyk religijnych (ust. 2). Jak przypomniał, rozwiązanie normatywnego napięcia między konstytucyjnymi dobrami jest obowiązkiem ustawodawcy, który musi dążyć do rozsądnego kompromisu w procesie podejmowania decyzji publicznych. Również ograniczenia swobody manifestowania swojej religii muszą wynikać z wystarczająco konkretnych przepisów ustawowych. Powinny one uwzględniać prawa osób trzecich oraz inne wartości konstytucyjne. W przypadku rozstrzygnięcia z 2003 r. takiej regulacji brakowało, dlatego FSK uznał, że nie ma podstaw prawnych do uzależniania zatrudnienia nauczyciela od jego uprzedniego zobowiązania się do nienoszenia chusty. Natomiast w przypadku drugiej sprawy regulacja, na której sądy oparły zaskarżone wyroki, została przez FSK uznana za niezgodną z zakazem dyskryminacji ze względu na poglądy religijne (art. 3 ust. 3 zd. 1 GG). W swoich rozstrzygnięciach FSK stwierdził, że ochrona podstawowego prawa do wolności religii gwarantuje nauczycielom w publicznych szkołach bezwyznaniowych swobodę spełnienia wymogu zakrywania się, rozumianego jako obowiązek religijny. Wynikające z niego zagrożenia dla praw uczniów i neutralności światopoglądowej szkoły zostały ujęte w zaskarżonych rozstrzygnięciach zbyt abstrakcyjnie, bez uzasadnienia konkretnego ryzyka dla wymienionych dóbr. Przyjęta przez sądy interpretacja ustawy o szkołach w duchu całkowitego zakazu noszenia chust była w świetle wartości konstytucyjnych nieproporcjonalna, a zatem niezasadzona. Przeciwdziałanie w sposób prewencyjny ewentualnym konfliktom między nauczycielami a uczniami i ich rodzicami nie może tłumaczyć naruszenia prawa skarżącej wynikającego z art. 33

ust. 2 GG (prawo równego dostępu do urzędów publicznych), równoważnego z prawem podstawowym, i związanego z tym ograniczenia jej wolności wiary.

W komentarzu do powyższych rozstrzygnięć można zauważyć, że jeśli chodzi o sposób i zakres oddziaływania praw podstawowych w relacji między nauczycielem a uczniem w szkole publicznej, to można go ująć na kilka sposobów. Artykuł 4 GG rozwija w obszarze prawa pracy pośrednie *Drittwirkung*. Interpretując obowiązki pracownicze oraz sposób realizacji praw pracodawcy przez dyrekcję szkoły, należy uwzględniać wartości konstytucyjne za pośrednictwem klauzul generalnych prawa cywilnego (m.in. klauzuli dobrej wiary)²⁶⁴. Uchylając zaskarżone orzeczenia, FSK uznał, że sądy nienależycie uwzględniły oddziaływanie praw podstawowych na relacje pracownicze. Nawiązanie do koncepcji obowiązków ochronnych w wyroku z 2015 r. polegało na podkreśleniu, że zadaniem państwa – spoczywającym na wszystkich jego organach – jest zapewnienie ochrony prawa podstawowego do wolności religii w relacjach prawnych w obszarze szkolnictwa. W związku z tym, że wprowadzony przez krajowego ustawodawcę zakaz noszenia chust muzułmańskich został oparty wyłącznie na abstrakcyjnym ryzyku naruszenia praw podstawowych uczniów i neutralności światopoglądowej państwa, obowiązek właściwego wyważenia pozostających w kolizji interesów prawnych spoczywał na sądach. Korekta regulacji ustawowej powinna nastąpić w drodze restrykcyjnej, zawężającej wykładni tego zakazu. W omawianym rozstrzygnięciu obecne jest również nawiązanie do przedstawionej w wyroku w sprawie *Fraport*²⁶⁵ problematyki korzystania z praw podstawowych przez podmioty prywatne wykonujące zadania publiczne. Inaczej niż w przypadku prywatnej, aczkolwiek zdominowanej przez udziały państwowe, spółki zarządzającej lotniskiem, tym razem FSK pokreślił, że nauczycielom – nawet jeśli są włączeni

²⁶⁴ S. R. Laskowski, *Der Streit um das Kopftuch geht weiter – Warum das Diskriminierungsverbot wegen der Religion nach nationalem und europäischem Recht immer bedeutsamer wird*, „Kritische Justiz” 4/2003, s. 427.

²⁶⁵ Zob. rozdział 4.5 niniejszej książki.

w obszar wykonywania funkcji państwowych w sektorze publicznym – przysługuje status podmiotów praw podstawowych. Państwo pozostaje bowiem związane prawami podstawowymi także wtedy, gdy do realizacji swoich zadań korzysta z instrumentów cywilnoprawnych, np. w przypadku zawierania umów o pracę na gruncie prawa prywatnego z wychowawcami, których zatrudnia w celu realizacji swojego zadania edukacyjnego.

4.5. Oddziaływanie praw podstawowych w relacjach z udziałem podmiotu sprywatyzowanego, wykonującego funkcje publiczne

W dotychczas omówionym orzecznictwie możliwość zastosowania norm praw podstawowych była rozważana w odniesieniu do relacji stworzonych przez podmioty, których prywatnoprawny status nie budził wątpliwości. W ramach rozstrzygnięć przedstawionych w tej części książki FSK wypowiedział się odnośnie do zakresu i sposobu oddziaływania praw podstawowych w obszarze skomplikowanych przypadków dotyczących relacji prywatnych z podmiotami sprywatyzowanymi realizującymi zadania o charakterze publicznym czy w inny sposób funkcjonującymi w sferze publicznej. W pierwszym z przedstawionych orzeczeń pojawił się problem klasyfikacji podmiotu sprywatyzowanego pod względem jego przynależności do sektora prywatnego lub publicznego i w związku z tym odpowiedzi na pytanie, jak kształtuje się jego odpowiedzialność z tytułu praw podstawowych. W drugim FSK musiał zdecydować, czy podmiot prywatny wykonujący funkcje tradycyjnie należące do państwa jest w świetle norm prawno podstawowych zobowiązany do udostępniania należącej do niego sprywatyzowanej przestrzeni innym podmiotom prywatnym w celu realizacji ich praw konstytucyjnych. W obydwu sprawach należało rozstrzygnąć konflikt między prawem własności z art. 14 GG a wolnością zgromadzeń z art. 8 GG. FSK formalnie nie odstąpił w nich od utrwalonego orzecznictwa, zgodnie z którym prawa podstawowe nie działają w relacjach prywatnych bezpośrednio, ale po raz pierwszy przyznał, że w niektórych

okolicznościach podział na pośrednie i bezpośrednie *Drittwirkung* może być iluzoryczny. W konsekwencji tych rozstrzygnięć w nauce prawa RFN można było odnotować nowy etap zainteresowania koncepcją bezpośredniego *Drittwirkung* praw podstawowych²⁶⁶.

Wydany w 2011 r. wyrok w sprawie *Fraport*²⁶⁷ dotyczył skargi konstytucyjnej wniesionej przez aktywistkę, zaangażowaną w obronę praw człowieka, która w marcu 2003 r. wraz z innymi działaczami „Inicjatywy przeciwko deportacji” organizowała na terenie hali odlotów lotniska we Frankfurcie demonstracje i rozdawała pasażerom ulotki informujące o zbliżającej się deportacji. Właściciel i zarządca lotniska, którym była spółka akcyjna Fraport, sprzeciwił się tym działaniom i nałożył na skarżącą bezterminowy zakaz wstępu na jego teren. Możliwość dalszego agitowania, zgodnie z obowiązującym ówczesnie regulaminem użytkowania lotniska, została uzależniona od otrzymania zgody od zarządcy lotniska. W konsekwencji odmowy jej udzielenia skarżąca w drodze postępowania cywilnego domagała się zniesienia zakazu wstępu na lotnisko, jednak sądy wszystkich instancji odrzuciły jej skargę. Podobnie uczynił Trybunał Federalny, który – oddalając rewizję skarżącej – stwierdził, że spółka Fraport, korzystając z przysługującego jej prawa własności, może swobodnie decydować o sposobie użytkowania należącego do niej obiektu, w tym o tym, kto i w jakim celu na nim przebywa. Za nieistotną dla sprawy uznał kwestię rozstrzygnięcia, czy spółka Fraport jest związana prawami podstawowymi w sposób pośredni czy bezpośredni, koncentrując się raczej na tym, że w świetle podstawowych funkcji portu lotniczego działalność skarżącej nie zasługuje na ochronę. Innego zdania był Federalny Sąd Konstytucyjny, który uznał, że wyroki sądów cywilnych i TF naruszają prawa podstawowe skarżącej w zakresie swobody wypowiedzi z art. 5 GG oraz wolności zgromadzeń z art. 8 GG.

²⁶⁶ Por. M. Ludwigs, P. Zentgraf, M. Axmann, *Entscheidungssammlung Staatsrecht – Grundrechte*, Würzburg 2020, s. 53.

²⁶⁷ Wyrok z 22 lutego 2011 r., 1 BvR 699/06, BVerfGE 128, 226 – *Fraport*. Na temat tego orzeczenia zob. również I. Wróblewska, *Glosa do wyroku Federalnego Sądu Konstytucyjnego z dnia 22 lutego 2011 r., 1 BvR 699/06 – Fraport*, „Przeгляд Prawa Konstytucyjnego”, 5/2017, s. 258.

Omawiamy wyrok stanowi ważną wypowiedź w zakresie problematyki podmiotowego zakresu obowiązywania praw podstawowych. FSK wyjaśnił w nim, w jaki sposób sprywatyzowane podmioty wykonujące funkcje państwowe są związane prawami podstawowymi. Punktem wyjścia do rozstrzygnięcia sprawy było ustalenie, jaki jest charakter spółki Fraport, a co za tym idzie, czy rozpatrywany spór dotyczył relacji między podmiotami prywatnymi, czy między podmiotem publicznym a prywatnym. Po analizie struktury własnościowej spółki Fraport, a także rodzaju prowadzonej przez nią działalności, sąd uznał, że działała ona jako podmiot publiczny, a zatem jest bezpośrednio zobowiązana do przestrzegania praw skarżącej z art. 5 i 8 GG. Odwołał się przy tym do kryterium dominacji, według którego spółka może być sklasyfikowana jako podmiot publiczny, jeśli państwo ma w niej udział większościowy. Spółka Fraport spełniała ten warunek, ponieważ w momencie rozpatrywania przez FSK sprawy 52% udziałów znajdowało się w rękach landu Hessen i miasta Frankfurt nad Menem. Kryterium dominacji nie ogranicza się przy tym do samego faktu posiadania większości udziałów, ale oznacza możliwość faktycznego kontrolowania spółki, tj. decydowania o kierunku i rodzaju wykonywanej działalności. W przypadku Fraport S.A. należało przyjąć, że działała ona jako osoba prawna, której zostały przekazane funkcje administracji państwowej w obszarze komunikacji lotniczej, a teren lotniska z licznymi sklepami i punktami usługowymi jest elementem infrastruktury świadczącej usługi użyteczności publicznej. Wystąpienie powyższych czynników uzasadnia, zdaniem FSK, zrównanie rodzaju i zakresu odpowiedzialności Fraport S.A. z tytułu praw podstawowych z odpowiedzialnością ponoszoną przez władze publiczne.

Orzeczenie w sprawie *Fraport* zostało odebrane jako wzmocnienie efektywności ochrony konstytucyjnej zwłaszcza w zakresie szeroko rozumianej wolności zgromadzeń²⁶⁸. FSK podkreślił, że prywatyzacja nie może uzasadniać obniżania standardu tej ochrony ani tym bardziej wyzbycia się przez państwo odpowiedzialności z tytułu gwarancji

²⁶⁸ M. Ludwigs, P. Zentgraf, M. Axmann, op. cit., s. 53.

konstytucyjnych. Wynika to wprost z art. 1 ust. 3 GG, zgodnie z którym prawa podstawowe wiążą wszystkie trzy władze w sposób bezpośredni. Uzasadniając stwierdzenie naruszenia w wyrokach sądów cywilnych prawa podstawowego skarżącej z art. 8 ust. 1 GG, FSK zauważył, że obejmuje ono również prawo wyboru miejsca zgromadzenia, którym oprócz ulic, publicznych dróg i placów mogą być także inne miejsca komunikacji publicznej. Definiując to ostatnie pojęcie, FSK odwołał się do koncepcji forum publicznego jako miejsca ogólnie dostępnego, które nie jest w wyraźny sposób oznaczone jako przeznaczone do określonego użytkowania. Nie jest przy tym istotne, czy jego funkcjonowanie podlega prawu publicznemu, czy cywilnemu. Kto otwiera swoją przestrzeń do publicznego użytku, musi tolerować korzystanie przez jej użytkowników z prawa z art. 8 GG. Według sądu poza sektorami bezpieczeństwa i innymi miejscami przeznaczonymi do określonego użytku pozostała powierzchnia lotniska we Frankfurcie spełnia kryterium ogólnej dostępności, ponieważ zajmują ją otwarte dla wszystkich punkty handlowe i usługowe, a także miejsca rozrywki. Argument zarządcy, odwołujący się do konieczności zapewnienia użytkownikom lotniska „atmosfery dobrego samopoczucia” wolnej od polityki i sporów społecznych, nie usprawiedliwia naruszania praw podstawowych. Jedynie względy bezpieczeństwa mogą uzasadniać ograniczenie wolności zgromadzeń. Interpretując zakres działania art. 5 ust. 1 zd. 1 GG, FSK zauważył, że jego ochrona obejmuje zarówno treść, jak i formę wypowiedzi, a także, że w odróżnieniu od swobody zgromadzeń realizacja wolności słowa nie jest ograniczona do przestrzeni komunikacji publicznej. Rozdawanie na lotnisku ulotek prezentujących określone poglądy mieści się w obszarze ochrony art. 5 ust. 1 zd. 1 GG, dlatego uzależnienie prawa wstępu na jego teren od powstrzymywania się od tego rodzaju działalności narusza swobodę wypowiedzi.

Omawiane orzeczenie jest istotne dla problematyki *Drittwirkung* z kilku powodów. Można powiedzieć, że położyło ono podwaliny pod intensyfikację w przyszłych orzeczeniach horyzontalnej skuteczności praw podstawowych, a także zaktualizowało problem związany z rozróżnianiem *Drittwirkung* pośredniego i bezpośredniego. W świetle

argumentacji FSK w sprawie *Fraport* mieliśmy do czynienia z relacją między podmiotem prywatnym a podmiotem sklasyfikowanym jako publiczny, dlatego na mocy art. 1 ust. 3 GG prawa podstawowe mogły znaleźć w tej relacji zastosowanie bezpośrednie. Odwołując się do wcześniejszego orzecznictwa, FSK przypomniał o konieczności rozróżnienia między bezpośrednim związaniem prawami podstawowymi, wyrażonym zwrotem *unmittelbare Grundrechtsbindung*, a pośrednim *Drittwirkung*, i podkreślił, że wyłącznie to pierwsze może znaleźć zastosowanie do państwa i jego organów. Skoro więc spór między skarżącą a *Fraport S.A.* nie ma charakteru horyzontalnego, to nie ma też uzasadnienia dla odwoływania się do którejś z postaci *Drittwirkung* w celu jego rozwiązania. Należy jednak zauważyć, że kwestia prawnego charakteru *Fraport S.A.* jako podmiotu publicznego nie była od początku oczywista i wymagała sięgnięcia do materialnej koncepcji podmiotu publicznego. Jeśli bowiem chodzi o organizacyjno-prawną formę przedsiębiorstwa *Fraport*, którą była spółka prawa handlowego, to należałoby je sklasyfikować jako podmiot prawa prywatnego. Jednak, zdaniem FSK, w procesie kwalifikacji danego podmiotu pod kątem odpowiedzi na pytanie, czy jest on adresatem konstytucyjnych norm prawno podstawowych, decydujące znaczenie ma nie jego forma prawna, ale to, kto jest rzeczywistym uczestnikiem stosunków prawnych. W kwestii odpowiedzialności z tytułu praw podstawowych nie można zrównywać ze sobą podmiotu prywatnego i sprywatyzowanego w sytuacji, w której ten drugi jest zdominowany przez kapitał państwowy, a dodatkowo prowadzi działalność w obszarze tradycyjnych funkcji państwa. W takim przypadku zobowiązani są zarówno publiczni udziałowcy, jak i przedsiębiorstwo jako całość. Według FSK przedsiębiorstwo *Fraport* jest „prywatne” jedynie w znaczeniu formalnym, a jego relacje z użytkownikami lotniska mają co najwyżej pozornie prywatnoprawny charakter.

Głównym argumentem za włączeniem gospodarczo mieszanych przedsiębiorstw do katalogu podmiotów bezpośrednio zobowiązanych do przestrzegania praw podstawowych była potrzeba zapewnienia efektywnej ochrony konstytucyjnych praw i wolności. I niewątpliwie taki efekt został w wyroku osiągnięty w odniesieniu do podmiotów

prywatnych, korzystających z usług Fraport S.A. Jednocześnie jednak argumentacja FSK doznaje uszczerbku w sferze ochrony praw przedsiębiorstwa i jego prywatnych udziałowców. Jeśli bowiem odwołać się do formalnej interpretacji statusu prawnego spółki Fraport, to w istocie można postawić pytanie, czy w analizowanym rozstrzygnięciu – wbrew deklaracjom samego FSK – nie mamy w rzeczywistości do czynienia z bezpośrednim *Drittwirkung* praw podstawowych²⁶⁹. Jednocześnie w konsekwencji wyroku formalnie prywatne przedsiębiorstwo zostało pozbawione możliwości powoływania się względem innych podmiotów prywatnych na swoje prawo podstawowe do własności²⁷⁰. Zdaniem krytyków wyroku FSK pominął również interes prawny prywatnych udziałowców takiego przedsiębiorstwa²⁷¹, stwierdzając jedynie, że zaangażowanie w spółkę jest sprawą ich swobodnego wyboru, a wystarczającą gwarancją ochrony ich praw zapewnia możliwość wystąpienia z niej. Wśród licznych komentarzy zgłoszonych do tego fragmentu rozstrzygnięcia pojawia się i taki, zgodnie z którym dla zabezpieczenia interesów prywatnych udziałowców i sprawiedliwego wyważenia kolizji między wolnością zgromadzeń a prawem własności FSK powinien w większym zakresie sięgnąć do aksjologii konstytucyjnych praw i wolności i zastosować koncepcję pośredniego *Drittwirkung*²⁷². Z krytyką spotkała się także szeroka interpretacji pojęcia forum publicznego jako przestrzeni ogólnie dostępnej. Zdaniem sędziego, który złożył zdanie odrębne do wyroku, taka interpretacja może w przyszłości prowadzić do uszczuplenia ochrony z art. 14 GG²⁷³. Z wypowiedzi FSK wynika bo-

²⁶⁹ Taki pogląd w polskiej literaturze prezentuje B. Skwara, *Publicyzacja...*, s. 349.

²⁷⁰ Tym samym FSK potwierdził swoje stanowisko, zaprezentowane w jednym z wcześniejszych rozstrzygnięć (postanowienie z 16 maja 1989 r. w sprawie *HEW*, 1 BvR 705/88, NJW 29/1990, s. 1783), odrzucające funkcjonujący w niemieckiej literaturze pogląd, że gospodarczo mieszane przedsiębiorstwa mogą, przynajmniej w pewnym zakresie, powoływać się na prawa podstawowe.

²⁷¹ Zob. M. Goldhammer, *Grundrechtsberechtigung und – verpflichtung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen*, „Juristische Schulung” 10/2014, s. 891 i 895.

²⁷² S. Lange, *BVerfGE v. 22.02.2011 – 1 BvR 699/06 (Grundrechtsbindung der Fraport AG)*, „Rechtsprechungs-Report der Ruhr-Universität Bochum” 1/2011, s. 54.

²⁷³ Zob. zdanie odrębne sędziego W. Schluckebiera.

wiem, że im bardziej dana przestrzeń czy obiekt odpowiada definicji takiego miejsca, tym słabsze jest związane z nimi prawo własności.

Taki kierunek interpretacji potwierdziło wydane w 2015 r. postanowienie w sprawie *Bierdosen–Flashmob*²⁷⁴. O ile w sprawie Fraport bezpośrednio obowiązywanie wolności zgromadzeń zostało potwierdzone w odniesieniu do przestrzeni kontrolowanej przez podmiot publiczny, o tyle w drugim rozstrzygnięciu FSK włączył w ramy tego pojęcia przestrzeń czysto prywatną. Wyrok ten został w literaturze odebrany jako przejaw intensyfikacji horyzontalnej skuteczności praw podstawowych w kierunku bezpośredniego *Drittwirkung*, aczkolwiek w argumentacji FSK formalnie mowa tylko o jego pośredniej wersji. Sprawa dotyczyła wniosku o wydanie przez FSK zarządzenia tymczasowego zezwalającego na zorganizowanie demonstracji na należącym do prywatnej spółki placu Nibelungów w Passau. Plac ten był otoczony licznymi punktami usługowymi, sklepami oraz kinem i funkcjonował jako miejsce publiczne. Zgromadzenie miało mieć charakter krótkiego spotkania (*Flashmob*), polegającego na jednoczesnym otwarciu puszek z piwem i jak najszybszym wypiciu ich zawartości przez jego uczestników. Celem demonstracji miało być zwrócenie uwagi na postępującą utratę monopolu państwa na użycie siły z powodu coraz częstszego korzystania z prywatnych służb ochroniarskich, a także coraz większego ograniczania swobód obywatelskich. Wcześniej sądy lokalne i okręgowe podtrzymały nałożony przez właściciela placu zakaz wstępu na jego teren na czas trwania spotkania oraz zgodziły się na monitoring wideo terenu w tym czasie. Uznały, że ze względu na ryzyko dużej liczby nietrzeźwych uczestników spotkania podstawowe prawo własności właściciela nieruchomości przeważa nad podstawowym prawem do wolności zgromadzeń. Z tego samego powodu zakazały skarżącemu, na wniosek właściciela nieruchomości, reklamowania planowanego wydarzenia na Facebooku. FSK uchylił rozstrzygnięcia sądów i potwierdził prawo wnioskodawcy do zorganizowania na wskazanym placu demonstracji,

²⁷⁴ Zarządzenie tymczasowe FSK z 18 lipca 2015 r., 1BvQ 25/15.

obejmującej wypicie jednej puszki piwa przez uczestnika i z ograniczeniem czasu jego trwania do 15 minut.

Decyzja podjęta w sprawie *Bierdosen-Flashmob* została zasadniczo oparta na modelu rozstrzygnięcia zastosowanym w wyroku w sprawie *Fraport*. Jak wspomniano, centralnym elementem argumentacji FSK uczynił rozwiniętą w tym postanowieniu konstrukcję forum publicznego. Jego zdaniem okoliczność, że plac, na którym miała odbyć się demonstracja, odgrywa rolę takiego forum, przesądza o obowiązywaniu w jego przestrzeni praw podstawowych. Jednak w związku z tym, że plac znajduje się w rękach prywatnego właściciela, jedyną formą, w jakiej mogą one w tym przypadku obowiązywać, jest pośrednie *Drittwirkung*. Nawiązując do wyroku w sprawie *Fraport*, przypomniał, że prawa podstawowe mogą bezpośrednio zobowiązywać jedynie podmiot sklasyfikowany jako publiczny. Tymczasem plac Nibelungów, odmiennie niż w przypadku lotniska we Frankfurcie, stanowi własność czysto prywatnej spółki. Jako osoba prawa prywatnego posiada ona, w świetle art. 19 ust. 3 GG, prawa podstawowe, w szczególności może powoływać się na swoje prawo własności i zakazywać wstępu na teren swojej nieruchomości. Podobnie skarżący może powoływać się na gwarantowaną mu konstytucyjnie wolność zgromadzeń. Tym razem więc FSK stwierdził istnienie konfliktu między dwoma konstytucyjnymi prawami podstawowym, tym samym uzasadniając rozstrzygnięcie sprawy w odwołaniu do pośredniego *Drittwirkung*. Nawiązując do stałego orzecznictwa, przypomniał o skuteczności praw podstawowych, jako zasad obiektywnych oddziałujących na cały system prawa. Ustalenie zakresu obowiązywania wolności zgromadzeń i wyważenie kolidujących ze sobą praw podstawowych musi nastąpić w odniesieniu do tych zasad z uwzględnieniem reguł praktycznej konkordancji. Zdaniem FSK interpretacja zakresu wolności zgromadzeń w okolicznościach badanej sprawy wymagała sięgnięcia do figury forum publicznego, ponieważ plac, na którym miała odbyć się demonstracja, odpowiadał charakterystyce takiego miejsca: był otwarty dla publiczności, stwarzając przestrzeń do spacerów, przechadzek, spotkań, konsumpcji i spędzania wolnego czasu. Możliwość demonstrowania w takich miejscach jest tym bardziej

uzasadniona, że kreując przestrzeń komunikacji publicznej, przejmują one funkcje, które wcześniej znajdowały się w wyłącznej gestii państwa. Ta okoliczność uzasadnia, zdaniem sądu, wyższy niż w innych przypadkach pośredniego *Drittwirkung* stopień związania prawami podstawowymi. Otóż, jak stwierdza w swoim rozstrzygnięciu: jeśli podmiot prywatny wykonuje funkcje tradycyjnie należące do państwa, to pośrednie związanie takiego podmiotu prawami podstawowymi może zbliżyć się lub zrównać z państwowym obowiązkiem przestrzegania praw podstawowych. Ten fragment rozważań FSK można potraktować jako swoisty przełom w dotychczasowym ujmowaniu problematyki horyzontalnego obowiązywania praw podstawowych. FSK odchodzi w nim od zasadniczego elementu rozwijanej przez dziesięciolecia dogmatyki *Drittwirkung*, polegającego na kategorycznym rozdzielaniu sposobu, w jaki wiążą one podmioty prywatne i publiczne. W doktrynie prawa zauważono, że jakkolwiek w przedmiotowym postanowieniu FSK *explicite* posługuje się terminologią nawiązującą do pośredniej wersji tej koncepcji, to w istocie od niej odchodzi. Zamiast tego – nawiązując do tezy zaprezentowanej w wyroku w sprawie *Fraport* – rozwija nowy wariant obowiązywania praw podstawowych, który został przez Ch. Smetsa określony jako „zbliżone do państwowego związanie prawami podstawowymi wynikające z pełnionych przez podmiot prywatny funkcji” (*staatsgleiche Grundrechtsbindung Privater aus Funktionsnachfolge*)²⁷⁵. Jednak, jego zdaniem, o ile kryterium to jest uzasadnione w odniesieniu do portu lotniczego, realizującego zadania, które zasadnie można włączyć do katalogu tradycyjnych funkcji państwowych, o tyle nie powinno ono znaleźć zastosowania do przestrzeni prywatnego placu. Konsekwencją dokonanej przez FSK klasyfikacji było *de facto* objęcie w pełni prywatnego podmiotu bezpośrednim zobowiązaniem konstytucyjnym. W efekcie zamiast wyważenia kolidujących interesów uwzględniającego intere-

²⁷⁵ Ch. Smets, *Staatsgleiche Grundrechtsbindung Privater aus Funktionsnachfolge? Zur Aufhebung eines Hausverbots für eine Versammlung auf privatem Grund*, „Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht” 1–2/2016, s. 35.

sy obu zaangażowanych w spór podmiotów prywatnych, FSK w sposób bezprecedensowy ograniczył prawo własności²⁷⁶.

4.6. Szczególna konstelacja i selektywne pośrednie *Drittwirkung* prawa podstawowego do równego traktowania

Problematyka ograniczeń w korzystaniu z prawa własności, tym razem w związku z koniecznością ochrony prawa do równego traktowania, została ponownie podjęta przez FSK w dwóch wydanych w ostatnim okresie rozstrzygnięciach. Pierwszoplanowe znaczenie ma głośne postanowienie z 2018 r. w sprawie *Stadionverbot*²⁷⁷, w którym FSK po raz pierwszy obszernie wypowiedział się na temat zakresu horyzontalnego obowiązywania prawa podstawowego z art. 3 ust. 1 GG. Potwierdził, że – tak jak w przypadku innych norm prawnych – skuteczność tego artykułu może zostać w drodze pośredniego *Drittwirkung* rozciągnięta na relacje między podmiotami prywatnymi. O ile jednak w dotychczasowym orzecznictwie można mówić o pewnym automatyzmie w obejmowaniu pośrednią horyzontalną skutecznością praw podstawowych *in genere*, a więc o wykreowaniu w tym zakresie zasady ogólnej, o tyle w przypadku art. 3 ust. 1 GG FSK zastrzegł, że nie tylko nie można z niego wyprowadzić „obiektywnej zasady konstytucyjnej”, zgodnie z którą stosunki między podmiotami prywatnymi powinny być kształtowane według wymogu równego traktowania (na wzór relacji wertykalnych), ale też że wymóg taki w wersji pośredniej nie wynika (w sposób bezwarunkowy) z *Drittwirkung* tego przepisu. FSK wyraźnie zastrzegł, iż możliwość stwierdzenia pośredniej horyzon-

²⁷⁶ Ibidem, s. 37. Por. także A. Kadler, *Rechtliche Auswirkungen der Zugänglichkeit von Privatgrundstücken für die Allgemeinheit*, „Neue Juristische Wochenschrift” 1–2/2021, s. 24.

²⁷⁷ Postanowienie FSK z 11 kwietnia 2018 r., 1 BvR 3080/09. Szeroko na temat tego postanowienia zob. I. Wróblewska, *Gloss on the Decision of the Federal Constitutional Court of Germany of 11 April 2018, 1 BvR 3080/09, Stadionverbot*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 6/2019, s. 475–485.

talnej skuteczności prawa do równego traktowania jest uzależniona od zaistnienia w ramach tej relacji określonych okoliczności, które opisał w odwołaniu do figury „szczególnej konstelacji” (niem. *spezifische Konstellation*). Figura ta stanowi *novum* w orzecznictwie niemieckiego sądu konstytucyjnego, jednak bazuje na znanych z wcześniejszych rozstrzygnięć założeniach, takich jak strukturalna nierówność między stronami relacji czy koncepcja forum komunikacyjnego²⁷⁸. Zawężenie zakresu stosowania pośredniego *Drittwirkung* do „szczególnych konstelacji” można odczytać jako próbę jego dogmatyzacji, polegającej na dookreśleniu warunków promieniującego oddziaływania praw podstawowych. Można powiedzieć, że w odniesieniu do art. 3 ust. 1 GG generalna zasada pośredniej horyzontalnej skuteczności doznaje istotnego ograniczenia. Rozwiązanie polegające na ujęciu, wkomponowanego w prawa podstawowe, porządku wartości w pewne ramy dogmatyczne nieco osłabia – przynajmniej w zakresie prawa do równego traktowania – jego obiektywny charakter, a zatem i możliwość rozciągania jego promieniującego wpływu na cały system prawa. W tym więc zakresie może być ono odczytane – choćby w obszarze uzasadniania rozstrzygnięć – jako przejaw orzeczniczego samoograniczenia się FSK na przyszłość.

Postanowienie FSK w sprawie *Stadionverbot* kończy niemal 10-letnią batalię sądową, jaka toczyła się przed niemieckimi sądami cywilnymi oraz Trybunałem Federalnym. Zostało wydane w odpowiedzi na skargę konstytucyjną, w której zarzucono naruszenie w rozstrzygnięciach tych sądów „ogólnego prawa osobowości”, wyrażonego w art. 2 ust. 1 w powiązaniu z art. 1 ust. 1 Ustawy Zasadniczej RFN. Skarżącym był kibic piłkarski, który w związku z uczestnictwem w zbiorowej bójce z fanami klubu w Duisburgu (MSV), skutkującej szkodami na ludziach i w rzeczach, został objęty przez ten klub 2-letnim ogólnokrajowym zakazem stadionowym. Zakaz został nałożony, mimo że prowadzone wobec skarżącego postępowanie karne zakończyło się umorzeniem ze względu na znikomą społeczną szkodliwość czynu. Skarżący odwołał

²⁷⁸ Na ten temat zob. orzecznictwo omówione w rozdziale 4.3 i 4.5 niniejszej książki.

się do sądów cywilnych, twierdząc, że został tym samym pozbawiony możliwości uczestnictwa w ważnym społecznie obszarze życia w oparciu jedynie o podejrzenie, iż może on w przyszłości zakłócać spokojny przebieg imprez sportowych, a także bez uprzedniego wysłuchania. Jego zdaniem niezgodne z treścią „ogólnego prawa osobowości” jest związane z tą sankcją oznaczenie go jako piłkarskiego chuligana i pozbawienie przez to szacunku społecznego. Zarówno sądy cywilne, jak i Trybunał Federalny zakaz stadionowy utrzymały, powołując się na przysługujące klubom sportowym, jako operatorom stadionów, prawo podstawowe własności z art. 14 ust. 1 GG i wynikającą z niego swobodę zarządzania własnością w ramach prawa gospodarza domu. Federalny Sąd Konstytucyjny rozszerzył zakres badania konstytucyjności zaskarżonych orzeczeń poza podniesioną w skardze kwestię niewystarczającego uwzględnienia przez sądy cywilne promieniującego wpływu art. 2 ust. 1 w zw. z art. 1 ust. 1 GG na sporną relację, za konieczne uznając przeprowadzenie takiej kontroli również w odniesieniu do art. 3 ust. 1 GG. Ostatecznie skargę odrzucił, stwierdzając, że zakwestionowane rozstrzygnięcia czynią zadość wymogom wynikającym z pośredniego *Drittwirkung* powyższych przepisów. Dla naszych rozważań szczególnie istotna jest ta część postanowienia w sprawie *Stadionverbot*, w której FSK po raz pierwszy bardzo obszernie odnosi się do problemu horyzontalnej skuteczności prawa do równego traktowania.

Uzasadniając swoje rozstrzygnięcie, FSK zauważył, że rozwiązanie konfliktu między prawem własności a wymogiem równego traktowania przy ocenie zakazu stadionowego leży przede wszystkim w gestii sądów cywilnych. Ponieważ zaskarżone orzeczenia dotyczyły sporu między podmiotami prawa prywatnego, normy wyrażające prawa podstawowe mogły znaleźć jedynie pośrednie zastosowanie, polegające na odpowiedniej wykładni cywilnoprawnych klauzul generalnych i zwrotów niedookreślonych. FSK przypomniał, że jego interwencja w treść wyroków sądów cywilnych ogranicza się do sytuacji, w której ujawnią się błędy interpretacyjne, polegające na nienależytym uwzględnieniu znaczenia praw podstawowych, a przez to niewłaściwym wyważeniu kolidujących interesów. W odniesieniu do okoliczności omawianej

sprawy uznał, że sądy należycie wyważyły kolizję między uprawnieniami właściciela stadionu a ogólnym prawem osobowości i prawem do równego traktowania skarżącego. Operator stadionu, jako osoba prywatna, ma swobodę wyboru w zakresie kontrahenta i warunków, na jakich chce zawierać umowy. Prawo podstawowe własności z art. 14 ust. 1 GG pozwala mu bez ograniczeń decydować, komu zezwala na dostęp do stadionu, a komu go odmawia. Podmioty prywatne mają bowiem zasadniczo prawo do tego, aby inne podmioty prywatne traktować nierówno, o ile nie stoi temu na przeszkodzie jakaś regulacja ustawowa. FSK podkreślił, że z art. 3 ust. 1 GG nie wynika żadna obiektywna zasada konstytucyjna, zgodnie z którą relacje prywatnoprawne musiałyby podlegać nakazowi równego traktowania, bo stałoby to w sprzeczności z autonomią prywatną. Pośrednia skuteczność tego artykułu w relacjach prywatnoprawnych powinna jednak zostać uwzględniona w sytuacjach, które FSK określił jako „szczególne konstelacje”. Zachodzą one wówczas, gdy jedna ze stron takiej relacji dysponuje władzą w zakresie decydowania o dostępie do ważnego społecznie wydarzenia. Wykluczenie określonych osób z uczestnictwa w wydarzeniach, które podmioty prywatne otwierają dla szerokiej publiczności, nie może mieć charakteru arbitralnego. Sądy cywilne mają obowiązek zbadać, czy takie korzystanie z prawa własności nie narusza zasady równego traktowania. Szczególna konstelacja w ramach rozpatrywanej sprawy wynikała z faktu, że w formalnie prywatnej relacji między kibicem a operatorem stadionu ten drugi dysponował tak dużą władzą, że czyniło to iluzoryczną równorzędność stron, charakterystyczną dla takich relacji i wynikającą z modelu prawa prywatnego. Taka okoliczność sprawia, że relacja prywatna w sensie materialnym zbliża się do stosunku wertykalnego, łączącego państwo z jednostką. Na marginesie tego fragmentu uzasadnienia można zauważyć, że argumentacja literalnie odwołująca się do znacznej dysproporcji sił w relacji prywatnej czy też przewagi tzw. socjalnej siły po jednej ze stron jako okoliczności uzasadniającej *Drittwirkung* praw podstawowych była typowa dla poglądów H.C. Nipperdeya i innych zwolenników bezpośredniej wersji tej koncepcji i w latach 50. XX w. znalazła szerokie

poparcie w orzecznictwie niemieckiego Federalnego Sądu Pracy²⁷⁹. Jeśli chodzi o orzecznictwo FSK, to czynnik braku równowagi sił między stronami relacji prywatnoprawnej, przybierający postać tzw. strukturalnej podległości strony słabszej, został wcześniej sformułowany na tle spraw dotyczących prawa kontraktów. Już wtedy FSK uznał, że w takich okolicznościach sądy cywilne są zobowiązane uwzględnić pośrednią horyzontalną skuteczność praw podstawowych i dokonać korekty umowy, która tylko formalnie jest przejawem swobody kontraktowania, będąc w istocie konstytucyjnie niedopuszczalnym kształtowaniem osobowości przez czynniki zewnętrzne²⁸⁰. O wystąpieniu w sprawie *Stadionverbot* „specyficznej konstelacji” zadecydowały przede wszystkim elementy charakteryzujące operatora stadionu, które przełożyły się na istotną redukcję formalnie równorzędnej pozycji skarżącego. FSK podkreślił, że kluby Bundesligii, jako organizatorzy rozgrywek sportowych, z własnej woli otwierają swoją własność dla szerokiej publiczności, a ponadto mają monopol w obszarze profesjonalnych rozgrywek. FSK uwzględnił również społeczne znaczenie piłki nożnej jako najpopularniejszego sportu w RFN, ponieważ zaznaczył, że wykluczenie skarżącego z możliwości uczestnictwa w meczu w znacznym stopniu ogranicza szanse jego udziału w życiu społecznym. Sąd zgodził się ze skarżącym, że ogólne prawo do osobowości chroni również sferę socjalną, czyli pozycję człowieka w społeczeństwie i jego odbiór przez innych. W tym sensie nałożenie zakazu stadionowego stygmatyzuje skarżącego jako potencjalnego przestępcę.

Konsekwencją omawianego rozstrzygnięcia jest sformułowanie przez FSK warunków zgodnego z zasadą równego traktowania ograniczania dostępu jednostek do udziału w otwartych dla publiczności, ważnych społecznie wydarzeniach organizowanych przez potężne podmioty prywatne. Pośrednie *Drittwirkung* z art. 3 ust. 1 GG oznacza przede wszystkim, że musi istnieć rzeczowy (obiektywny) powód

²⁷⁹ Więcej na ten temat zob. rozdział 2.3 niniejszej książki.

²⁸⁰ Zob. zwłaszcza w orzeczeniu w sprawie *Bürgschaftsverträge* omówionym w rozdziale 4.3 niniejszej książki.

dla wprowadzania takich ograniczeń, tak aby nie miały one charakteru arbitralnego i dyskrejonalnego. Ponadto konieczne jest uprzednie zapewnienie osobie zainteresowanej możliwości wypowiedzenia się²⁸¹. W świetle wywołu FSK podmioty prywatne nie zostały wprawdzie literalnie zrównane z organami państwa pod względem odpowiedzialności z tytułu norm prawno podstawowych, jednak sąd podkreślił, że podejmując się organizacji ważnych społecznie wydarzeń, przejmują one szczególną odpowiedzialność prawną wynikającą z prawa konstytucyjnego. W ramach ich prawa własności należy uwzględnić nie tylko jednostronną kompetencję właściciela do określania przeznaczenia rzeczy, ale też społeczny aspekt własności wyrażony w art. 14 ust. 2 GG, zgodnie z którym własność zobowiązuje, a korzystanie z niej powinno zarazem służyć dobru ogółu.

Linie orzeczniczą sformułowaną w sprawie *Stadionverbot* kontynuowano w wydanym rok później postanowieniu dotyczącym sporu osoby fizycznej z serwisem społecznościowym Facebook²⁸². Tym razem FSK rozważał pośrednie *Drittwirkung* prawa do równego traktowania w odniesieniu do dopuszczalności usuwania komentarzy i blokowania kont na stronach tego serwisu. Wprawdzie przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie nie było podjęcie ostatecznej decyzji co do tego, czy operator sieci Facebook, jako podmiot dysponujący znaczącą pozycją rynkową, jest związany wymogami wynikającymi z art. 3 ust. 1 GG, jednak FSK wymienił czynniki, które o tym przesądzą. Postanowienie zostało wydane w efekcie wniesienia przez neonazistowską partię Trzecia Droga wniosku o tymczasowe zabezpieczenie jej praw w sporze z portalem Facebook. Stan faktyczny dotyczył opublikowania przez partię w styczniu 2019 r. na Facebooku artykułu o tematyce antyimigracyjnej. Wzywała w nim do usunięcia imigrantów z jednej z dzielnic Zwickau, twierdząc, że podczas gdy wielu obywateli niemieckich znajduje

²⁸¹ W przypadku sporu w sprawie *Stadionverbot* za wystarczającą do spełnienia powyższej przesłanki FSK uznał okoliczność, że skarżący miał możliwość, wprawdzie z mocą wsteczną, w ramach postępowania przed sądami cywilnymi zostać wysłuchanym i odnieść się do przyczyn wygasłego już zakazu stadionowego.

²⁸² Postanowienie z 22 maja 2019 r., 1 BvQ 42/19.

się w trudnej sytuacji społecznej i finansowej, imigranci zajmują mieszkania, odwiedzając się przemocą i przestępczością. Tym samym stanowią zagrożenie dla dobrostanu i bezpieczeństwa obywateli. Administrator Facebooka poinformował wnioskodawcę, że wpis jako mowa nienawiści narusza standardy społeczności portalu. W związku z tym widoczność wpisu została ograniczona, a publikacja kolejnych – zablokowana na 30 dni. W konsekwencji wniesionego następnie przez wnioskodawcę sprzeciwu, w którym powoływał się na przysługującą mu wolność wypowiedzi, jego konto zostało trwale usunięte. Wnioski o pilną ochronę prawną przed zablokowaniem wpisu i konta złożone przez partię w sądach powszechnych zostały odrzucone. FSK w swoim rozstrzygnięciu zobowiązał portal Facebook do odblokowania do czasu ustalenia oficjalnych i ostatecznych wyników wyborów europejskich internetowej strony Trzeciej Drogi i umożliwienia jej ponownego korzystania w tym okresie z witryny www.facebook.com. Na poparcie swojej decyzji FSK podniósł konieczność zabezpieczenia skutku i wagi rozstrzygnięcia, jakie prawdopodobnie zapadłoby w sprawie głównej zainicjowanej skargą konstytucyjną. Zauważył, że w okolicznościach sprawy można założyć, że kolizja interesów zostałaby rozstrzygnięta na korzyść skarżącej. Zdaniem sądu prawo i obowiązek spółki Facebook do sprawdzania poszczególnych treści pod kątem ich zgodności z regulaminem, prawami osób trzecich lub prawem karnym oraz – w razie potrzeby – do ich usunięcia pozostają nienaruszone przez obowiązek ich odblokowania.

Głównym motywem omawianego rozstrzygnięcia była kwestia oceny spornej relacji przez pryzmat prawa podstawowego do równego traktowania z art. 3 ust. 1 GG. W tym zakresie FSK oparł się na dotychczasowym orzecznictwie ze szczególnym uwzględnieniem tez wypracowanych w sprawie *Stadionverbot*. Tym samym potwierdził aktualność „stałego orzecznictwa” dotyczącego *Drittwirkung* w nowym kontekście, aczkolwiek przyznał, że z punktu widzenia prawa konstytucyjnego relacje między osobami odpowiedzialnymi za portale społecznościowe a ich użytkownikami są nadal niejasne. Przypomniął, że w relacjach prywatnoprawnych, a taki charakter ma spór między partią

polityczną a spółką, prawa podstawowe mogą znaleźć pośrednie zastosowanie. Dotyczy to również art. 3 ust. 1 GG, którego horyzontalna skuteczność może, przynajmniej w niektórych konstelacjach, prowadzić do powstania wymogu równego traktowania w stosunkach między osobami prywatnymi. Z wypowiedzi FSK wynika, że w omawianej sprawie zaszedł podobny rodzaj „szczególnej konstelacji”, który wystąpił w przypadku rozstrzygnięcia dotyczącego zakazu stadionowego. Również tym razem FSK musiał rozstrzygnąć w kwestii zakresu uprawnień podmiotu o znaczącej pozycji rynkowej i społecznej. Zauważył, że poprzez uniemożliwienie korzystania z oferty pozwanej spółki, z której zgodnie informacjami reklamowymi korzysta w Niemczech co miesiąc ponad 30 milionów osób, wnioskodawcy odmawia się szansy na poszerzenie jego politycznych przesłań i aktywnego prowadzenia dyskusji z użytkownikami portalu. Oznacza to znaczne pogorszenie widoczności partii politycznej w przestrzeni publicznej, a co za idzie ograniczenie możliwości realizacji jej kluczowych funkcji. Istotnym czynnikiem mającym wpływ na specyfikę konstelacji w ramach rozstrzyganego sporu był zbliżający się termin wyborów do PE, w których wnioskodawca brał udział z formalnie zatwierdzoną propozycją wyborczą. Wykluczenie z obecności w społeczności wirtualnej w takim okresie dodatkowo intensyfikowało negatywne konsekwencje działań pozwanej spółki. W komentarzu do omawianego postanowienia można zauważyć, że jakkolwiek formalnie nie zawiera ono rozstrzygnięcia co do tego, czy pozwana spółka naruszyła prawa podstawowe do wolności wypowiedzi, jednak wynika z niego, że w szczególnych okolicznościach sprawy FSK był skłonny uwzględnić promieniujące działanie art. 3 ust. 1 GG na korzyść wnioskodawcy. Do portali społecznościowych można zastosować figurę forum publicznego, natomiast uprawnienia ich właścicieli przyrównać do praw gospodarza nieruchomości. Co więcej, z uwagi na to, że prywatne portale społecznościowe stanowią współcześnie podstawową przestrzeń komunikacji, odebranie możliwości korzystania z wolności słowa w świecie wirtualnym w nieporównywalnie większym stopniu niż w przypadku zakazu wstępu na dany teren, jak to było w sprawach

Bierdosen–Flashmob czy *Stadionverbot*, ogranicza możliwość udziału w życiu społecznym²⁸³.

Kolejnym orzeczeniem, w którym FSK wypowiedział się na temat problemu skuteczności prawa do równego traktowania w relacjach prywatnoprawnych, było wydane również w 2019 r. postanowienie rozstrzygające skargę konstytucyjną dotyczącą odmowy wykonania usługi hotelowej ze względu na poglądy polityczne niedosłego klienta²⁸⁴. Skarżącym w sprawie był przewodniczący Narodowodemokratycznej Partii Niemiec, który po dokonaniu rezerwacji pobytu dla siebie i swojej małżonki w hotelu oferującym usługi *wellness*, został poinformowany, że pobyt nie będzie możliwy; jednocześnie przedstawiono mu alternatywne miejsca zakwaterowania i zaproponowano bezpłatne anulowanie kosztów rezerwacji. Jak wyjaśnił kierownik hotelu, podstawą nałożenia zakazu wstępu był brak zgodności przekonań politycznych skarżącego z celem hotelu, jakim jest oferowanie każdemu gościowi tak doskonałego komfortu, jaki tylko jest możliwy. Skarżący uznał, że działanie hotelu stanowiło przejaw dyskryminacji i w postępowaniu przed sądami cywilnymi, a następnie przed Trybunałem Federalnym, bezskutecznie domagał się zniesienia zakazu wstępu. Następnie zwrócił się ze skargą konstytucyjną do FSK, w której zarzucił rozstrzygnięciom wymienionych sądów naruszenie jego prawa podstawowego z art. 3 ust. 1 GG, jednak FSK uznał, że skarga jest nieuzasadniona.

Zdaniem FSK w sprawie nie doszło do naruszenia prawa do równego traktowania, ponieważ okoliczności rozpatrywanego sporu nie spełniają warunków „szczególnej konstelacji”. Sąd potwierdził dotychczasowe ustalenia co do możliwości stosowania art. 3 ust. 1 GG do oceny relacji między podmiotami prywatnymi. Przepis ten nie zawiera obiektywnej zasady konstytucyjnej nakazującej kształtować takie relacje na zasadach równości; podmioty prywatne mogą czynić to w sposób autonomiczny, decydując według własnych preferencji, z kim i na jakich warunkach chcą zawierać umowy dotyczące ich majątku. Jeśli

²⁸³ Por. A. Kadler, op. cit., s. 25.

²⁸⁴ Postanowienie z 27 sierpnia 2019 r., 1 BvR 879/12.

natomiast chodzi o pośrednią skuteczność art. 3 ust. 1 GG, jest ona ograniczona do szczególnych sytuacji. Chodzi przede wszystkim o przypadki oparte na prawie dysponowania własnością jednostronnego ograniczenia dostępu do ważnych społecznie wydarzeń, które – na podstawie decyzji organizatora – są otwarte dla szerokiego grona odbiorców, a także o inne sytuacje, w których monopol decyzyjny i wyższość strukturalna podmiotu prywatnego są wykorzystywane w celu wykluczenia określonych osób bez obiektywnej przyczyny z udziału w określonych wydarzeniach. Odnosząc te ustalenia do okoliczności sprawy, sędziowie FSK stwierdzili, że wizyta w hotelu *wellness* nie jest wydarzeniem, które ma istotny wpływ na uczestnictwo w życiu społecznym, a właściciel hotelu nie ma pozycji monopolistycznej ani przewagi strukturalnej, ponieważ prowadzi tylko jeden z kilku hoteli w mieście. Zakaz pobytu w hotelu dotyczy jedynie spędzania wolnego czasu, a informacja o jego nałożeniu została skarżącemu przekazana z uprzedzeniem i na piśmie, nie wiązała się zatem z upublicznieniem i ryzykiem stygmatyzacji. Zdaniem FSK jedyny dyskomfort, jaki dla skarżącego wynika z decyzji hotelu, to akceptacja faktu, że nie będzie w tym miejscu mile widziany. Zdaniem sędziów właściciel, wskazując alternatywne zakwaterowanie w okolicy, dołożył wystarczających starań, aby zminimalizować dyskomfort skarżącego. FSK odniósł się również do możliwości naruszenia szczególnego prawa równościowego z art. 3 ust. 3 zd. 1 GG, zgodnie z którym nikt nie może być dyskryminowany lub uprzywilejowany ze względu na swoje poglądy polityczne. Wykluczył bezpośrednią skuteczność tego przepisu w relacjach między podmiotami prywatnymi, nie wyjaśnił jednak szerzej, jaki jest zakres jego pośredniej horyzontalnej skuteczności. Zaznaczył jedynie, że nawet jeśli z art. 3 ust. 3 zd. 1 GG dałoby się w drodze pośredniego *Drittwirkung* wyprowadzić dalej idące i surowsze obowiązki niż z art. 3 ust. 1 GG, to nie może to w żadnym wypadku oznaczać bezwzględnego zakazu różnicowania ze względu na poglądy polityczne, ponieważ wymagałby on zrównoważenia z innymi prawami i wolnościami. FSK podzielił przy tym opinię Trybunału Federalnego, zgodnie z którą w okolicznościach omawianej sprawy prawa i wolności właściciela hotelu wynikające z art. 14

ust. 1 GG (gwarancja własności) i art. 12 ust. 1 GG (swoboda prowadzenia działalności gospodarczej) miałyby pierwszeństwo przed prawem skarżącego z art. 3 ust. 3 zd. 1 GG.

4.7. Uwagi podsumowujące

W podsumowaniu powyższych uwag należy przede wszystkim zauważyć, że wydawane na przestrzeni ponad 70 lat rozstrzygnięcia, w których sąd konstytucyjny decydował o horyzontalnej skuteczności określonych praw podstawowych – nie tylko oczywiście w oparciu o *Drittwirkung*, ale również w odniesieniu do koncepcji *Schutzpflichten* czy innych formuł – stanowią ważną część niemieckiego *acquis constitutionnel*. Ewolucja orzecznictwa, która nastąpiła dzięki aplikacji tez sformułowanych w wyroku w sprawie *Lüth* do różnego rodzaju stosunków prywatnoprawnych, istotnie wpłynęła na sposób interpretacji przepisów rozdziału I Ustawy Zasadniczej, przyczyniając się do zwiększenia standardu ochrony jednostki w systemie prawnym RFN. Skuteczność pośredniego *Drittwirkung* została przez FSK potwierdzona w stosunku do większości praw podstawowych, wyrażonych w tekście niemieckiej konstytucji, ale była często rozpatrywana także w odniesieniu do niewymienionego w niej wprost, lecz wywodzonego z jej art. 2 ust. 1 w powiązaniu z art. 1 ust. 1, ogólnego prawa osobowości. W nawiązaniu do tej ostatniej kategorii można zauważyć, że zajmowała ona ważne miejsce również w przedstawionym wyżej orzecznictwie Trybunału Federalnego, rozwijającego bezpośrednio *Drittwirkung*²⁸⁵. Okoliczność ta prowadzi do wniosku, że potrzeba zabezpieczenia ogólnego prawa osobowości aktualizuje się szczególnie właśnie w relacjach horyzontalnych.

Rozwój pośredniego *Drittwirkung*, który można zauważyć w przedstawionych w niniejszym rozdziale orzeczeniach, polegał na konkretyzowaniu warunków promieniującego oddziaływania norm praw podstawowych na prawo prywatne i stopniowym rozbudowywaniu kryteriów, które rozstrzygnięcia sądów powszechnych muszą spełniać,

²⁸⁵ Więcej na ten temat zob. w rozdziale 2.3 niniejszej książki.

aby można uznać, że ten wpływ należycie uwzględnili. W efekcie tej działalności kategoria *Drittwirkung*, pierwotnie uzasadniana w odwołaniu do ogólnej idei obiektywnego porządku wartości, uległa stopniowej dogmatyzacji. Wśród elementów konstruuujących *Drittwirkung* na obecnym etapie jego rozwoju w orzecznictwie FSK należy wskazać przede wszystkim zasadę różnicowania jego intensywności w zależności od poziomu nierówności między stronami stosunku prawnego, ocenianego przez pryzmat występowania określonych czynników, czy konieczność wyważenia kolidujących praw podstawowych pod względem wymogów praktycznej konkordancji. Proces dookreślenia warunków promieniującego działania praw podstawowych zwiększa poziom przewidywalności przyszłych wyroków, a biorąc pod uwagę treść omówionych powyżej wypowiedzi FSK, dotyczących horyzontalnego stosowania art. 3 ust. 1 GG, może również wyrażać zamiar zawężania zakresu stosowania pośredniego *Drittwirkung*. O ile bowiem we wcześniejszym orzecznictwie Federalny Sąd Konstytucyjny akcentował obiektywny charakter norm praw podstawowych, uzasadniający ich generalną skuteczność w relacjach prywatnoprawnych, o tyle ostatnio zastrzegł, że „trzecie działanie” prawa do równego traktowania, nawet w wersji pośredniej, nie ma charakteru „obiektywnej zasady ogólnej”.

Rozdział 5

Wnioski częściowe. **Zasadność podziału na pośrednie i bezpośrednie** *Drittwirkung*

Dyskusja na temat *Drittwirkung* praw podstawowych, niezależnie od prób nowych ujęć tej problematyki, zarówno formułowanych na poziomie teoretycznym, jak i dostrzegalnych w ramach ewolucji samego orzecznictwa konstytucyjnego, w dalszym ciągu odbywa się przy odwołaniu do podziału na *Drittwirkung* pośrednie i bezpośrednie. Jeśli chodzi o orzecznictwo, to dystynkcja, o której mowa, jest jego utrwalonym i stałym elementem, funkcjonującym każdorazowo jako punkt wyjścia argumentacji, w ramach której FSK bada możliwość nadania danej normie prawno podstawowej skuteczności horyzontalnej. Odbywa się to najczęściej w powiązaniu z art. 1 ust. 3 GG, stanowiącym, że prawa podstawowe w sposób bezpośredni wiążą jedynie władze państwowe, w związku z czym jednostki mogą tym prawom podlegać co do zasady jedynie pośrednio. Odwołanie do wskazanego rozróżnienia zasadniczo zachowało aktualność, jednak – o czym będzie jeszcze mowa – na tle najnowszych rozstrzygnięć można zaobserwować pewną ewolucję w wyznaczaniu przez FSK linii podziału między bezpośrednim a pośrednim związaniem prawami podstawowymi.

Jeśli chodzi o naukę prawa, to stosowane przez FSK rozróżnienie jest od początku przedmiotem licznych kontrowersji. Kwestionuje się przede wszystkim jego celowość. Podnosi się, że – mimo jego powszechnego używania w literaturze – jest ono mało pomocne,

niefortunne, kłopotliwe, przyjęte doraźnie wobec braku lepszych rozwiązań²⁸⁶, a także, że nie opisuje dokładnie różnic między poszczególnymi rodzajami efektu horyzontalnego²⁸⁷. Punktem wyjścia tej krytyki jest bardzo często szerszy problem związany z zasadnością odwoływania się do kategorii pośredniego *Drittwirkung*. Nie chodzi przy tym jedynie o opinie zwolenników bezpośredniej wersji tej koncepcji, ale przede wszystkim o takie wypowiedzi, w których odwołanie do niej ma służyć wykazaniu niedostatków tej pierwszej. W tym miejscu interesować nas będą kontrowersje związane z pytaniem o to, na ile – w świetle wypowiedzi samego FSK – uzasadnione jest kategoriyczne przeciwstawianie sobie dwóch odmian *Drittwirkung* i czy dokonywana w orzecznictwie aplikacja praw podstawowych do relacji prywatnych ma w istocie charakter pośredni.

Jak już wspomniano, utrwalenie podziału na bezpośrednio i pośrednio *Drittwirkung* nastąpiło przede wszystkim za sprawą orzecznictwa sądowego, przy czym w pierwszym okresie obowiązywania Ustawy Zasadniczej w proces kształtowania tego podziału włączone były: Federalny Sąd Konstytucyjny, Trybunał Federalny i Federalny Sąd Pracy. Punktem wyjścia do nauki o horyzontalnym oddziaływaniu praw podstawowych była bezprzymiotnikowa wersja *Drittwirkung* autorstwa H.C. Nipperdeya. W polskiej literaturze można spotkać opinię, że daje to asumpt do twierdzenia, iż w jej ramach chodziło o absolutną horyzontalną skuteczność tych praw, mieszczącą w sobie zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio *Drittwirkung*, zatem późniejszy podział jest deprecjacją myśli tego autora²⁸⁸. W świetle ustaleń niemieckiej nauki prawa pogląd taki nie znajduje potwierdzenia, z pewnością natomiast można za Ch. Starckiem podkreślić, że teoria H.C. Nipperdeya nie daje podstaw do kategoriycznego oddzielania od siebie obu koncepcji²⁸⁹. Linię podziału łągodził z pewnością fakt, że – w myśl jego poglądów

²⁸⁶ W. Rübner, op. cit., s. 825 oraz autorzy tam przywołani, a także Ch. Starck, *Human...*, [w:] D. Friedmann, D. Barack-Erez (eds.), *Human...*, s. 97.

²⁸⁷ Ch. Starck, *Human...*, s. 97.

²⁸⁸ B. Skwara, *W obronie...*, s. 83.

²⁸⁹ Ch. Starck, *Die Grundrechte...*, s. 243.

– bezpośrednia skuteczność nie miała mieć charakteru zasady generalnej, ale wymagała potwierdzenia w przypadku poszczególnych praw podstawowych²⁹⁰, a także jej subsydiarny charakter, wyrażający się w tym, że orzekanie bezpośrednio na podstawie Ustawy Zasadniczej dotyczyło relacji między jednostkami tylko wtedy, gdy normy prawa prywatnego nie zapewniały wystarczającej ochrony prawom podstawowym. W związku z tym stwierdza się, że obie teorie nie są od siebie tak bardzo oddalone, jak mogłoby się wydawać na pierwszy rzut oka i jak zdaje się to wynikać z orzeczeń FSK²⁹¹.

Problematyczność pośredniego *Drittwirkung* w kontekście omawianego rozróżnienia jest widoczna już w warstwie terminologicznej. Podczas gdy termin „bezpośrednie *Drittwirkung*” relatywnie jasno wyraża, że prawo podstawowe obowiązuje w relacji między podmiotami prywatnymi w sposób bezpośredni, pojęcie pośredniego *Drittwirkung* jest mgliste i nieskonkretyzowane. Również inne terminy stosowane przez FSK do opisu tego rodzaju obowiązywania praw podstawowych, takie jak „zmediatyzowane” czy „za pośrednictwem”, są mało pomocne²⁹². Jak zauważa J. Neuner, jeśli FSK stwierdza, że zaistnienie w sprawie „specyficznej konstelacji” (tym zwrotem FSK określa brak równorzędności stron stosunku prywatnoprawnego)²⁹³ może prowadzić do „daleko idącego związania prawami podstawowymi”, to w sposób oczywisty wychodzi z założenia, że prawa podstawowe czasem wiążą, a czasem nie, co – zgodnie z regułą *tertium non datur* – wyklucza możliwość powoływania się na jakieś trzecie rozwiązanie²⁹⁴.

Pozorność podziału na pośrednie i bezpośrednie *Drittwirkung* ma również potwierdzać odwołanie do struktury prawa podstawowego, która w świetle ustaleń niemieckiej nauki prawa, sięgających prac

²⁹⁰ Ibidem; M. Ruffert, op. cit., s. 12.

²⁹¹ H. Sandler, *Unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte durch die Hintertür*, NJW 11/1994, s. 709; Ch. Starck, *Die Grundrechte...*, s. 242.

²⁹² J. Neuner, op. cit., s. 1853.

²⁹³ Por. np. orzeczenie w sprawie *Stadionverbot* omówione w rozdziale 4.6 niniejszej książki.

²⁹⁴ J. Neuner, op. cit., s. 1853.

R. von Iheringa, składa się z nienaruszalnego jądra (niem. *der Kern*) i ochronnej otoczki (niem. *die schützende Schale*), mogącej podlegać ograniczeniom²⁹⁵. Elementy te wyrażają kolejno indywidualny interes podmiotu prawa oraz prawne zabezpieczenie tego interesu. W literaturze można spotkać twierdzenie, że gwarancja nienaruszalności jądra prawa człowieka w powiązaniu z zasadą ochrony godności miałyby przekładać się na bezpośrednie *Drittwirkung* praw podstawowych, aczkolwiek pogląd ten jest uzasadniany w sposób odwołujący się raczej do koncepcji obowiązków ochronnych²⁹⁶.

Podstawowym czynnikiem teoretycznie rozróżniającym obie wersje *Drittwirkung* jest inny zakres i stopień ingerencji w sytuację prawną podmiotu prywatnego, który w danej relacji jest traktowany jako podmiot zobowiązany z tytułu praw podstawowych przysługujących innemu podmiotowi prywatnemu. Bezpośrednie *Drittwirkung* zakłada dalej idącą ingerencję, natomiast w przypadku wariantu przeciwnego jej zakres i intensywność są łagodzone przez pośredniczące działania przepisów prawa prywatnego, przede wszystkim klauzul generalnych. Można przy tym zauważyć, że niezależnie od tego, o której wersji omawianej koncepcji mówimy, jej wyegzekwowanie zakłada aktywny udział organu stosującego prawo. Nawet jeśli więc przyjąć, że podmiot prywatny może bezpośrednio powoływać się przeciwko innemu podmiotowi prywatnemu na swoje prawa konstytucyjne, to rozwiązanie ewentualnego sporu wynikającego z kolizji ich interesów wymagać będzie rozstrzygnięcia sądu. Konstrukcja *Drittwirkung*, jak wynika z przedstawionych w książce orzeczeń, ma bowiem zastosowanie do sytuacji kolizyjnych, wymagających wyważenia sprzecznych interesów i ustalenia, czy i w jakim zakresie każda ze stron relacji prywatnoprawnej jest zobowiązana

²⁹⁵ Autorem koncepcji jest R. von Ihering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Teil 3, Band 1, Leipzig 1865, s. 317.

²⁹⁶ Zob. R. Herzog, *Komentarzu do art. 5 ust. 1 i 2 GG*, [w:] T. Maunz, G.T. Maunz, G. Dürig (Hrsg.), *Grundgesetz...*, s. 12a. Stwierdza się bowiem, że jednostka nie może wprawdzie w relacjach horyzontalnych powoływać się co do zasady w sposób bezpośredni na swoje prawo podstawowe jako takie, ale przysługuje jej bezpośrednie roszczenie do organów państwa o ochronę tego prawa.

do przestrzegania praw podstawowych drugiego podmiotu. W procesie horyzontalnej aplikacji praw podstawowych w relację między jej podmiotami wkracza zatem podmiot trzeci, który – na podstawie art. 1 ust. 3 GG – jest związany prawami podstawowymi w sposób bezpośredni, co oznacza, że nie może ich nie uwzględnić przy wydawaniu wyroku. Okoliczność ta daje podstawy do twierdzenia, że w opisanej sytuacji siłą rzeczy zawsze mamy do czynienia z bezpośrednim horyzontalnym stosowaniem praw podstawowych, co pozornym czyni zarówno problem *Drittwirkung*, jak i tym bardziej kwestię rozróżniania między jego dwiema wersjami²⁹⁷. Jak jednak słusznie zwraca uwagę I. von Münch, faktu podlegania sędziego normom prawnopodstawowym nie należy mylić z zagadnieniem związanym z pytaniem, czy w rozstrzygnięciu sporu powstałego między osobami prywatnymi mogą w ogóle znaleźć zastosowanie prawa podstawowe. Zarówno bowiem kwestia ich obowiązywania, jak i kwestia ich stosowania nie mogą być uzależnione od tego, czy strona sporu zdecyduje o rozstrzygnięciu sporu przed sądem, czy też nie. Gdyby przyjąć taki pogląd, oznaczałoby to, że prawa podstawowe obowiązują tylko w pierwszej sytuacji²⁹⁸. Ten słuszny wniosek nie zmienia faktu, że z perspektywy konkretnego rozstrzygnięcia sprawa podziału na *Drittwirkung* pośrednie i bezpośrednie ma drugorzędne znaczenie: zawsze to bowiem sędzia dokonuje horyzontalnej aplikacji norm prawnopodstawowych i to on decyduje, w jaki sposób prawa podstawowe obowiązują między jednostkami. Jak stwierdza K.M. Lewan, jeśli sędziowie w celu ustalenia treści prawa podstawowego odwołują się do metody wagi interesów, to nie ma praktycznej różnicy, czy wartości konstytucyjne znajdują zastosowanie bezpośrednio czy pośrednio²⁹⁹. W procesie wagi praw podstawowych są one traktowane tak, jakby miały zastosowanie bezpośrednio. W tym aspekcie uzasadnione jest przywołanie przez R. Alexy'ego zdanie W. Leisnera, że „*Drittwirkung* koniec końców zawsze będzie bezpośrednie”³⁰⁰.

²⁹⁷ Zob. przede wszystkim J. Schwabe, op. cit., s. 157.

²⁹⁸ I. von Münch, *Zasadnicze...*, s. 19.

²⁹⁹ K. M. Lewan, op. cit., s. 581.

³⁰⁰ R. Alexy, *Teoria...*, s. 404.

Przedstawione powyżej teoretyczne ustalenia ukazujące istotne trudności ze ścisłym odgraniczeniem od siebie dwóch odmian *Drittwirkung* zostały w dużej mierze sformułowane w odniesieniu do procesu praktycznej aplikacji tej koncepcji w orzecznictwie FSK. Począwszy od wydania wyroku w sprawie *Lüth*, zwracano uwagę, że zasadność podziału, do którego FSK tak chętnie się odwołuje, jest wątpliwa i nie znajduje potwierdzenia w jego własnych wypowiedziach. Odwołanie do sformułowanej wtedy teorii obiektywnego porządku wartości w powiązaniu z możliwością każdorazowego ustalenia przez sędziów, które okoliczności sprawy są dla rozstrzygnięcia relewantne, pozwala uzasadnić nie tylko dowolny porządek preferencji w ramach pozostających w konflikcie praw, ale również określony stopień intensywności horyzontalnej skuteczności praw podstawowych³⁰¹. W komentarzach do rozstrzygnięć FSK zauważa się, że w wielu przypadkach, pomimo formalnego odwoływania się do pośredniego *Drittwirkung*, decyzja sądu została w istocie wydana w konsekwencji bezpośredniej aplikacji praw podstawowych do obrotu prywatnoprawnego. Podstawowy problem, jaki wyłania się na tle orzecznictwa FSK w związku z omawianym podziałem, nie polega jednak na tym, że sędziowie nie są w stanie precyzyjnie wyznaczyć linii podziału między pośrednim i bezpośrednim *Drittwirkung*, ponieważ – w świetle przedstawionych wyżej argumentów – w bardzo wielu przypadkach będzie to po prostu niemożliwe. Bardziej problematyczne jest to, że FSK stosowany przez siebie model horyzontalnej aplikacji praw podstawowych niezmiennie określa – niezależnie od tego, jak wysoki jest wynikający z rozstrzygnięcia stopień ingerencji w sytuację prawną jednostki zobowiązanej z tytułu praw podstawowych – jako pośrednie *Drittwirkung*, a tym samym zdaje się wskazywać na wątpliwości nie dostrzegać. Zdaniem niektórych autorów każdorazowe odwoływanie się do retoryki pośredniego *Drittwirkung* służy unikaniu zarzutów o przekraczanie swoich kompetencji wynikających z art. 1 ust. 3 GG i jednocześnie umożliwia wprowadzanie bezpośredniego *Drittwirkung* „tylnymi

³⁰¹ Szerzej na temat koncepcji obiektywnego porządku wartości i jego krytyki zob. rozdział 3.4 niniejszej książki.

drzwiami”³⁰². Sformułowanie to pojawiło się w literaturze w kontekście orzecznictwa konstytucyjnego w początkach lat 90. XX w., kiedy to FSK wydał szereg rozstrzygnięć rozszerzających zakres oddziaływania praw podstawowych poza obszar sporów wynikających z prawa deliktowego i objął nim stosunki umowne, co przełożyło się na zwiększenie intensywności wpływu praw podstawowych na prawo prywatne i zakresu kontroli konstytucyjności orzecznictwa sądów powszechnych³⁰³. Punktem odniesienia dla twierdzenia o wprowadzaniu przez FSK bezpośredniego *Drittwirkung* do orzecznictwa tylnymi drzwiami było postanowienie w sprawie *Besitzrecht des Mieters*³⁰⁴, w którym sąd dokonał bardzo szerokiej interpretacji prawa do posiadania wynajmowanego mieszkania z art. 13 GG, stwierdzając, że należy je postrzegać jako własność w rozumieniu art. 14 ust. 1 zd. 1 GG. Jak zauważa H. Sendler, przed wydaniem tego wyroku obowiązywał w orzecznictwie pogląd, zgodnie z którym normy prawno podstawowe rozwijają swoją skuteczność za sprawą przepisów bezpośrednio obowiązujących w danej dziedzinie prawa, a więc można było w tym kontekście zasadnie mówić o pośrednim *Drittwirkung*. Jeśli jednak przyjąć, że FSK – odwołując się do swojej własnej oceny – ma prawo uznać, że odpowiednich przepisów brak, to nie musi ograniczać się w ramach kontroli konstytucyjności do zbadania, czy sądy należycie uwzględniły promieniujący wpływ praw podstawowych na prawo zwykłe. W takiej sytuacji FSK czuje się upoważniony do bezpośredniego sięgnięcia do przepisów konstytucji i ich zastosowania³⁰⁵. Zdaniem cytowanego autora jest prawdopodobne, że w ślad za FSK również sądy powszechne będą praktykowały tak rozumiane bezpośrednie *Drittwirkung*, zamiast poszukiwać stosownych rozwiązań w przepisach prawa zwykłego. Tymczasem, także w ramach szczególnych okoliczności, których dotyczyło postanowienie z 1993 r.,

³⁰² H. Sendler, op. cit., s. 709; B. Rüthers, *Ein Grundrecht auf Wohnung durch die Hintertür?*, NJW 40/1993, s. 2587 i n.; Ch. Smets, op. cit., s. 38.

³⁰³ Więcej na temat tzw. konstytucjonalizacji „prawa umów” w orzecznictwie FSK zob. w rozdziale 4.3 niniejszej książki.

³⁰⁴ Postanowienie BVerfGE 89, 1 omówione w rozdziale 4.4 niniejszej książki.

³⁰⁵ H. Sendler, op. cit., s. 710.

FSK równie dobrze mógł ograniczyć się do odpowiedniej interpretacji standardowo stosowanych w sprawach najmu i jego wypowiedzenia przepisów kodeksu cywilnego, nie zaś formułować wymóg osobnej regulacji w tym zakresie, aby – wobec stwierdzenia jej braku – uzasadnić konieczność bezpośredniego sięgnięcia do regulacji art. 14 GG³⁰⁶.

Problem związany z możliwością jednoznacznego rozróżnienia między dwoma odmianami *Drittwirkung* w procesie stosowania Ustawy Zasadniczej RFN został w ostatnim okresie podjęty również w orzecznictwie konstytucyjnym. Wypowiedzi FSK na ten temat, sformułowane w 2011 r. w wyroku w sprawie *Fraport*, a następnie rozwinięte w postanowieniu w sprawie *Bierdosen-Flashmob*³⁰⁷, pokazują pewną zmianę w podejściu do tego kluczowego punktu kształtowanej przez dziesięciolecia dogmatyki *Drittwirkung*. W tych wypowiedziach FSK po raz pierwszy od wyroku w sprawie *Lüth*, kiedy to w sposób jednoznaczny zaakceptował jedynie pośrednią skuteczność praw podstawowych w relacjach prywatnych, *de facto* przyznał, że w niektórych okolicznościach podział na pośrednie i bezpośrednie *Drittwirkung* może być iluzoryczny. Jak wskazał: „w zależności od treści gwarancji konstytucyjnej i charakteru sprawy, pośrednie zobowiązanie osób prywatnych do przestrzegania praw podstawowych może zbliżyć się do państwowego zobowiązania do przestrzegania praw podstawowych lub nawet się z nim zrównać”. O ile w pierwszym z wymienionych rozstrzygnięć teza ta została sformułowana w odniesieniu do podmiotu, który mimo prywatnoprawnej formy organizacyjnej był w istocie włączony w strukturę państwa przez fakt wykonywania określonych funkcji, o tyle w drugim posłużyła ona jako uzasadnienie dla nałożenia konstytucyjnych zobowiązań na podmiot „czysto” prywatny. Trzeba jednak mocno podkreślić, że pomimo *de facto* zrównania poziomu odpowiedzialności tego podmiotu i państwa, argumentacja FSK w dalszym ciągu osadzona była w terminologii *Drittwirkung* pośredniego. Podobny zabieg został zastosowany w wydanych kilka lat później orzeczeniach

³⁰⁶ Ibidem.

³⁰⁷ Zostały one omówione w rozdziale 4.5 niniejszej książki.

dotyczących horyzontalnego oddziaływania prawa do równego traktowania³⁰⁸. Również w nich FSK formalnie odwołał się jedynie do pośredniego *Drittwirkung*, co więcej, uzależnił jego zastosowanie od wystąpienia szczególnych okoliczności, jednocześnie jednak ponownie wskazał na konieczność różnicowania jego zakresu w zależności od okoliczności indywidualnego przypadku. Można w tym miejscu zauważyć, że jeśli intensywność *Drittwirkung* jest stopniowalna, to w pewnych sytuacjach, kiedy potrzeba ochrony praw podstawowych jednego z podmiotów relacji prywatnoprawnej okaże się wyjątkowo wysoka, stosunkowo łatwo da się uzasadnić równie wysoki (zrównany z państwowym) stopień związania prawami podstawowymi drugiego podmiotu. Jak wyjaśnił FSK w orzeczeniu w sprawie *Stadionverbot*, gdy podsumowywał swoje wcześniejsze wypowiedzi, decydujące znaczenie mają tu następujące okoliczności: nieuchronność sytuacji, brak równowagi między stronami sporu, ogólnospołeczne znaczenie niektórych usług lub społeczna siła jednej ze stron. W odwołaniu do tych okoliczności należy doprowadzić do takiego zrównoważenia sfer wolności obywateli, by w wystarczającym stopniu uwydatnić ucieleśnione w prawach podstawowych rozstrzygnięcia o wartościach. Jak pokazuje choćby wyrok w sprawie *Bierdosen-Flashmob*, w którym podmiot prywatny został zobowiązany do udostępnienia swojej własności innemu podmiotowi w celu realizacji jego prawa do zgromadzania się, proces ważenia pozostających w konflikcie interesów może ukazać potrzebę zapewnienia ochrony tylko jednemu podmiotowi i doprowadzić do takiej sytuacji, w której realizacja jego praw będzie wymagała nałożenia tak daleko idących zobowiązań konstytucyjnych na drugi podmiot, że *de facto* zostanie on pozbawiony możliwości korzystania ze swoich praw. W praktyce zostaje on więc zrównany z państwem, które nie jest podmiotem praw podstawowych i bezpośrednio na mocy konstytucji jest zobowiązane do realizacji praw podstawowych jednostek. W kontekście powyższych uwag zasadność bezwzględnego odwoływania się w sferze stosowania prawa do podziału na bezpośrednie i pośrednie *Drittwirkung* wydaje się

³⁰⁸ Zostały omówione w rozdziale 4.6 niniejszej książki.

w istocie dyskusyjna. Niewątpliwie podział ten ma znaczenie przede wszystkim w obszarze uzasadniania wyroków sądowych³⁰⁹. Wydaje się, że FSK w dalszym ciągu każdorazowo usiłuje przedstawiać swoje rozstrzygnięcia – niezależnie od tego, jak duże byłoby nałożone na podmiot prywatny zobowiązanie do przestrzegania praw podstawowych – co najwyżej jako pośrednie *Drittwirkung*, aby w ten sposób uniknąć zarzutów o przekraczanie normy art. 1 ust. 3 GG. W warstwie terminologicznej nadal wyraźnie akcentuje rozróżnienie między zarezerwowanym dla państwa bezpośrednim związaniem prawami podstawowymi (niem. *unmittelbare Grundrechtsbindung*) a pośrednim *Drittwirkung* w przypadku relacji prywatnych. W tym sensie nie odchodzi od najważniejszych tez sformułowanych w orzeczeniu w sprawie *Lüth*. Nie może więc dziwić, że przedstawiona wyżej krytyka, dotycząca nieprzystawania rzeczywistych intencji FSK do sposobu uzasadnienia określonego rozstrzygnięcia, zachowuje aktualność również na tle najnowszych rozstrzygnięć. W jednym z opracowań stwierdza się wprost, że argumentacja, na której oparta jest decyzja w sprawie *Stadionverbot*, „ukrywa” nadanie bezpośredniego skutku horyzontalnego prawu podstawowemu do równego traktowania³¹⁰.

³⁰⁹ Tak B. Skwara, *W obronie...*, s. 81.

³¹⁰ J. Neuner, op. cit., s. 1854. Podobnie w odniesieniu do wyroku *Fraport i Bierdosen-Flashmob* zob. A. Kadler, op. cit., s. 23–24 oraz Ch. Smets, op. cit., s. 36 i n.

Rozdział 6

Drittwirkung – od wykładni prokonstytucyjnej do wykładni w zgodzie z konstytucją?

6.1. Uwagi wprowadzające

Podstawowe założenie pośredniego *Drittwirkung*, polegające na uwzględnianiu w procesie stosowania prawa prywatnego obiektywnego systemu wartości, ucieleśnionego w normach praw podstawowych, w sposób naturalny wiąże tę problematykę z zagadnieniem wykładni prawa zorientowanej na konstytucję. Efektywna „transmisja” norm konstytucyjnych do relacji horyzontalnych wymaga sięgnięcia do takiej techniki interpretacji, która umożliwi nadanie normie prawa prywatnego brzmienia najpełniej realizującego treść danego prawa podstawowego. O ile kwestia związku między pośrednim *Drittwirkung*, wyrażającym ideę oddziaływania promieniującego, a tego rodzaju wykładnią nie budzi wątpliwości, o tyle konieczne jest jej uściślenie w kontekście metodologii i terminologii prawniczej. Dla opisu stosowania praw podstawowych w relacjach prywatnych używa się bowiem zarówno pojęcia wykładni w zgodzie z konstytucją, jak i wykładni prokonstytucyjnej. Określenia te, aczkolwiek nie zawsze konsekwentnie rozdzielane, są w niemieckiej metodologii prawa tradycyjnie odnoszone do odmiennych sposobów realizacji norm konstytucyjnych w procesie stosowania

prawa³¹¹: w ramach pierwszego normy te są kryterium kontroli, w ramach drugiego – służą do ustalenia interpretacji normy niższego rzędu. Jeśli chodzi o relację między nimi, to dominuje podejście, zgodnie z którym wykładnia w zgodzie z konstytucją stanowi szczególny wariant czy też podtyp wykładni prokonstytucyjnej³¹². Przedmiotem rozważań zawartych w niniejszym fragmencie jest przede wszystkim kwalifikacja pośredniego *Drittwirkung* na tle przedstawionego wyżej rozróżnienia. W dalszej kolejności podjęta zostanie próba odpowiedzi na pytanie, czy widoczny w niektórych nowszych rozstrzygnięciach FSK sposób orzekania, polegający na szerszym sięganiu do wykładni ustaw w zgodzie z konstytucją, daje podstawy do sformułowania wniosku, że mamy do czynienia z zapowiedzią odejścia przez ten sąd od pośredniego *Drittwirkung*.

6.2. *Drittwirkung* jako wykładnia prokonstytucyjna

Pojęcie wykładni ustaw w zgodzie z konstytucją (niem. *verfassungskonforme Auslegung*) w szerokim znaczeniu w niemieckiej nauce prawa jest odnoszone do dwóch kontekstów stosowania prawa: zapewniania treściowej zgodności ustaw z konstytucją oraz kontrolowania tej zgodności i ewentualnego eliminowania norm niekonstytucyjnych. W pierwszym znaczeniu wykładnia w zgodzie z konstytucją jest rozumiana jako odpowiednie kształtowanie treści normy, w drugim również jako kontrola tej treści. Obydwa konteksty znajdują zastosowanie w orzeczniczej działalności Federalnego Sądu Konstytucyjnego³¹³,

³¹¹ Por. np. R. Wank, *Die Auslegung von Gesetzen*, Köln–Berlin–Bonn–München 2001, s. 65 i n. Zdecydowanie nowszej daty jest zainteresowanie problematyką tego podziału w polskiej nauce prawa, zob. P. Czarny, *Trybunał Konstytucyjny a wykładnia ustaw w zgodzie z Konstytucją*, [w:] *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, red. S. Wronkowska, Kraków 2005, s. 82.

³¹² A. Vosskuhle, *Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte*, „Archiv des öffentlichen Rechts” 2/2000, s. 180.

³¹³ Pojęcie wykładni ustaw w zgodzie z konstytucją, odniesione do szerszego kontekstu systemu prawa skonstruowanego z uporządkowanych według mocy prawnej norm, jest w niemieckiej nauce prawa ujmowane w ramach ogólniejszej problematyki tzw. wykładni w zgodzie z normą wyższej rangi (niem. *rangkonforme Auslegung*).

choć w omówionych we wcześniejszych rozdziałach rozstrzygnięciach jego sędziowie rzadko wprost przywołują ten termin, z reguły opierając się na charakterystycznej dla *Drittwirkung* kategorii oddziaływania promieniującego. W odniesieniu do wskazanego rozróżnienia w niemieckiej nauce utrwalił się podział na tzw. wykładnię prokonstytucyjną (niem. *verfassungsgesorientierte Auslegung*) oraz jej szczególny wariant, który można dla przejrzystości terminologicznej określić jako wykładnię w zgodzie konstytucją *sensu stricto*. Pomimo takiej zależności uważa się je za samodzielne, choć nie zawsze dające się od siebie odgraniczyć rodzaje wykładni³¹⁴.

Pojęcie wykładni prokonstytucyjnej odnosi się do procesu ustalania znaczenia przepisów prawa przez sądy i pozostałe organy stosujące prawo, a normy konstytucji odgrywają w jej ramach rolę wskazań interpretacyjnych. W związku z tym określa się ją również mianem wykładni w zgodzie z konstytucją, rozumianej jako ustalanie treści norm niższego rzędu (niem. *verfassungskonforme Auslegung als Inhaltsbestimmung*). Zobowiązuje do uwzględniania oddziaływania norm konstytucyjnych, a zwłaszcza norm praw podstawowych, na stosowanie i interpretację wszystkich przepisów prawa. Chodzi o to, aby ustalając ich znaczenie, w możliwie jak największym stopniu realizować cele i wartości wyrażone w konstytucji. Wpływ konstytucji polega tutaj na „nasycaeniu” wszystkich przepisów prawa konstytucyjną aksjologią³¹⁵. Następuje to zwłaszcza poprzez konkretyzację zwrotów niedookreślonych i klauzul generalnych prawa cywilnego. Nie jest przy tym

W tym ostatnim ujęciu możliwe jest wyróżnienie trzeciego kontekstu omawianej wykładni, który dotyczyłby wyprowadzania norm niższego rzędu z norm wyższego rzędu. Norma wyższego rzędu jest tu rozumiana jako podstawa upoważniająca (niem. *Ermächtigungsgrundlage*) do tworzenia prawa i jako taka może znaleźć zastosowanie jedynie w ramach działalności organów prawotwórczych. Zob. R. Wank, op. cit., s. 66.

³¹⁴ Dotyczy to także wypowiedzi FSK. A. Vosskuhle, op. cit., s. 180–181. Również w polskiej literaturze podejmowane są próby ustalenia relacji między wymienionymi odmianami wykładni nawiązujące do ustaleń nauki niemieckiej, por. np. P. Czarny, *Trybunał ...*, s. 82 i n.; M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, s. 283.

³¹⁵ M. Gutowski, P. Kardas, op. cit., s. 484.

konieczne uprzednie stwierdzenie niejasności przepisu, ponieważ obowiązek brania pod uwagę wskazań konstytucji aktywuje się już na etapie jego „bezpośredniego rozumienia”. Można powiedzieć, że ramach omawianej wykładni konstytucja do pewnego stopnia określa merytoryczną zawartość aktów prawnych o niższej randze, modyfikuje albo uzupełnia ich znaczenie³¹⁶, dodając treść, która nie była wyrażona wprost³¹⁷. To ostatnie wyraźnie odróżnia wykładnię prokonstytucyjną od wykładni w zgodzie z konstytucją *sensu stricto*, ponieważ granicą tej drugiej jest co do zasady językowe znaczenie przepisu.

Nietrudno dotrzeć, że wyłożona w wyroku w sprawie *Lüth* teoria promieniującego działania praw podstawowych na relacje prywatnoprawne odpowiada założeniom wykładni prokonstytucyjnej³¹⁸. Ucieleśniony w prawach podstawowych „obiektywny porządek wartości” przenika dzięki opisanej technice wykładni do wszystkich norm systemu prawa. W doktrynie prawa wprost wyrażany jest pogląd, że budowana na tym fundamencie zarówno figura pośredniego *Drittwirkung*, jak i państwowych obowiązków ochronnych to nic innego jak wykładnia w zgodzie z konstytucją rozumiana jako ustalanie treści norm³¹⁹. Istotę wykładni prokonstytucyjnej adekwatnie oddaje wielokrotnie wcześniej cytowany, znany z wyroku w sprawie *Lüth*, fragment orzecznictwa, zgodnie z którym zawarty w prawach podstawowych system wartości musi obowiązywać jako „podstawowa decyzja konstytucyjna” we wszystkich dziedzinach prawa, w tym w prawie cywilnym, a każdy jego przepis „musi być interpretowany w duchu tego systemu”. W niemieckiej literaturze stwierdza się, że odwołanie do figury *Drittwirkung*

³¹⁶ W.M. Góralski, *Wykładnia ustaw w działalności Związkowego Trybunału Konstytucyjnego RFN*, Wrocław 1976, s. 60.

³¹⁷ P. Czarny, *Trybunał...*, s. 83.

³¹⁸ Na temat niektórych aspektów *Drittwirkung* rozumianego jako wykładnia prokonstytucyjna por. I. Wróblewska, *Działanie horyzontalne praw podstawowych a wykładnia w zgodzie z konstytucją: kilka uwag na tle orzecznictwa Federalnego Sądu Konstytucyjnego RFN*, [w:] *Potentia non est nisi da bonum. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Zbigniewowi Witkowskiemu*, red. M. Serowaniec, A. Bień-Kacała, A. Kustrarogaska, Toruń 2018, s. 917–929.

³¹⁹ Por. np. R. Wank, op. cit., s. 69 oraz A. Vosskuhle, op. cit., s. 180.

i *Schutzpflichten* zaciemnia prosty w gruncie rzeczy obraz relacji między konstytucją a ustawami. Zastosowanie w rozstrzyganych przez FSK sprawach reguł wykładni w zgodzie z konstytucją miałyby umożliwić bardziej poprawne określanie wchodzących w grę dóbr prawnych i lepsze uzasadnienie kryteriów, według których następuje ich ważenie. R. Wank pokazuje, w jaki sposób mogłaby wyglądać argumentacja w sprawie *Lüth*, gdyby zamiast formułować konstrukcję *Drittwirkung* FSK oparł się na modelu wykładni w zgodzie z konstytucją. W okolicznościach sprawy należało przede wszystkim ustalić, czy będące konsekwencją wezwania do bojkotu, niewątpliwie umyślne, wyrządzenie szkody V. Harlanowi przez E. Lütha było jednocześnie sprzeczne w dobrym obyczajami, a więc czy spełnione były okoliczności zastosowania normy § 826 BGB, zobowiązującej do wypłaty odszkodowania. Przepis ten – jak każdy inny – podlega interpretacji uwzględniającej normy wyższego rzędu. Jeśli wezwanie do bojkotu rozumieć jako skorzystanie z wolności słowa w sensie art. 5 ust. 1 GG, to jest ono zasadniczo chronione konstytucyjnie. Jednak art. 5 ust. 2 GG dopuszcza możliwość ograniczania prawa chronionego w ust. 1 przez przepisy ustaw ogólnych, czyli takich, które nie są w sposób szczególny skierowane przeciwko wolności słowa. Tego rodzaju przepisem jest § 826 BGB. Jednak zdaniem FSK nie można go interpretować w taki sposób, że każde wezwanie do bojkotu jest sprzeczne z prawem, ponieważ zgodnie z teorią wzajemnego oddziaływania (niem. *Wechselwirkungstheorie*) przepisy kodeksu cywilnego powinny być interpretowane z uwzględnieniem znaczenia praw podstawowych³²⁰. Według R. Wanka przyjęty przez FSK sposób ważenia dóbr prawnych występujących w sprawie *Lüth*, bazujący na zestawieniu § 826 BGB i art. 5 ust. 1 GG, jest nieprawidłowy, ponieważ przepisy te nie dają się porównywać. FSK powinien dokonać ważenia dóbr najpierw na poziomie konstytucyjnym, a więc między wolnością słowa z art. 5 ust. 1 GG a wolnością wykonywania zawodu z art. 12 ust. 1 GG. Każde z wymienionych praw podstawowych podlega ograniczeniom wynikającym z drugiego prawa i określonym według

³²⁰ Na ten temat zob. też w rozdziale 3.3 niniejszej książki.

zasady proporcjonalności. Dopiero z tego punktu można przejść do oceny sposobu skorzystania przez skarżącego z wolności słowa w dwóch wskazanych przez FSK aspektach: jaki był jego motyw i cel oraz czy pod względem formy nie przekroczył dopuszczalnej miary. Tak ustalony wynik ważenia na poziomie konstytucyjnym powinien zostać przeniesiony na poziom ustawy. Paragraf 826 BGB odczytany w drodze wykładni w zgodzie z konstytucją powinien brzmieć następująco: wezwanie do bojkotu przez podmiot prywatny jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, jeśli skorzystanie z wolności wypowiedzi jest pod względem motywu i celu skierowane bezpośrednio przeciwko swobodzie wykonywania zawodu przez drugi podmiot prywatny, a także jeśli pod względem formy przekracza dopuszczalną miarę³²¹. Zastosowanie powyższego rozumowania w istocie zwiększa przejrzystość uzasadnienia w kontekście hierarchii źródeł praw, jednak nie zmienia sposobu rozstrzygnięcia w sprawie.

Zarówno wykładnia prokonstytucyjna, jak i pośrednie *Drittwirkung* zakładają możliwość ingerencji w treść przepisów podkonstytucyjnych w procesie ich stosowania. W przedstawionych wyżej orzeczeniach FSK wielokrotnie podkreślał, że praktyczna realizacja założeń *Drittwirkung* nakłada na sądy obowiązek skorygowania w drodze wykładni treści przepisów, które nienależycie uwzględniają promieniujące działanie praw podstawowych. Pośrednie *Drittwirkung*, tak jak wykładnia prokonstytucyjna, wzmacnia więc pozycję organów stosujących prawo, a zwłaszcza samego FSK, który w sposób ostateczny i wiążący przesądza o prawidłowości interpretacji dokonanej przez sądy powszechne. Szczególnie jaskrawy wyraz dało temu orzeczenie w sprawie *Soraya*, w którym FSK legitymował sądy do uzupełniania luk w przepisach prawa w zakresie nieuwzględnienia wpływu praw podstawowych wedle jedynie ogólnie określonych standardów nawiązujących do wartości uznawanych w społeczeństwie³²².

³²¹ R. Wank, op. cit., s. 70.

³²² Zob. postanowienie w sprawie *Soraya* omówione w rozdziale 4.2 niniejszej książki.

Jeśli chodzi o wykładnię w zgodzie z konstytucją w ścisłym znaczeniu, to jej modelowym założeniem jest wystąpienie sytuacji, w której norma może być w świetle reguł wykładni zinterpretowana na więcej niż jeden sposób, przy czym jedno ze znaczeń jest niezgodne z konstytucją. Nakazuje ona organowi stosującemu prawo wybrać ten wariant interpretacyjny, który nie jest sprzeczny z konstytucją³²³. W ten sposób dochodzi do realizacji zasadniczego celu szeroko rozumianej wykładni w zgodzie z konstytucją, którym jest uwzględnianie wyrażonych przez nią wartości na płaszczyźnie stosowania prawa. Normy konstytucji są tutaj jednak nie tylko wskazaniem interpretacyjnym, ale przede wszystkim kryterium kontroli. Istotą wykładni w zgodzie z konstytucją w omawianym tu, wąskim, znaczeniu jest bowiem odrzucenie interpretacji prowadzących do odczytania przepisu jako niekonstytucyjnego przy jednoczesnym „uratowaniu” go przed usunięciem z systemu prawa³²⁴. Na obowiązek stosowania ustaw w zgodzie z konstytucją FSK zwrócił uwagę już w 1953 r. w orzeczeniu w sprawie *Notaufnahme*. Jego zdaniem powinność ta obciąża wszystkie sądy, a jej źródłem jest zasada domniemania konstytucyjności ustaw: „istnieje nie tylko domniemanie, że ustawa jest zgodna z Ustawą Zasadniczą, ale zasada wyrażona w tym domniemaniu wymaga, aby ustawa była interpretowana w sposób zgodny z konstytucją, nawet w przypadku wątpliwości”³²⁵. Jeśli istotę wykładni w zgodzie z konstytucją sprowadzić przede wszystkim do zakazu eliminowania z systemu prawa przepisu, który daje się zinterpretować w sposób zgodny z konstytucją, to w istocie wykładnię tę można

³²³ FSK ujmuje to następująco: jeżeli brzmienie, historia, ogólny kontekst odpowiednich przepisów oraz ich znaczenie i cel pozwalają na kilka interpretacji, z których jedna prowadzi do skutku konstytucyjnego, wymagana jest wykładnia zgodna z Ustawą Zasadniczą. Zob. np. wyrok z 24 kwietnia 1985 r., 2 BvF 2, 3, 4/83 i 2/84 – *Kriegsdienstverweigerung II*.

³²⁴ P. Czarny, *Trybunał...*, s. 67 i 74.

³²⁵ Postanowienie FSK z 7 maja 1953 r., 1 BvL 104/52, BVerfGE 2, 266 – *Notaufnahme*. Jako normatywną podstawę tego obowiązku wskazuje się również art. 100 ust. 1 GG, który statuuje monopol FSK w zakresie uchylania niekonstytucyjnych przepisów. Legitymacja sądów powszechnych do dokonywania wykładni ustaw w zgodzie z konstytucją nie jest jednak w doktrynie prawa aprobowana bez zastrzeżeń. Por. Vosskuhle, op. cit., s. 184–185.

postrzegać jako przejaw sędziowskiej powściągliwości i poszanowania podziału kompetencji między władzami. Ten aspekt wykładni w zgodzie z konstytucją dotyczy przede wszystkim FSK, ponieważ sądy powszechne mogą co najwyżej nie zastosować normy w wariancie znaczeniowym uznanym za niekonstytucyjny. O powściągliwości można ponadto mówić tylko wtedy, gdy wynik interpretacji pozostaje w granicach językowego znaczenia normy. FSK posługuje się w tym zakresie formułą, wedle której zastosowanie wykładni w zgodzie z konstytucją nie może prowadzić do sprzeczności z jasno wyrażonym sensem i celem ustawy³²⁶. Z punktu widzenia zasadniczej problematyki niniejszego rozdziału istotne znaczenie ma okoliczność związana z tym, że wykładnia w zgodzie z konstytucją nie jest – odmiennie niż w przypadku *Drittwirkung* i wykładni prokonstytucyjnej – ograniczona przede wszystkim do klauzul generalnych i zwrotów niedookreślonych. Poszukiwanie zgodnego z konstytucją znaczenia normy polega na bezpośrednim zestawieniu przepisu ustawy z normą konstytucyjną. Zgodność przepisów ustawy z konstytucją jest oceniana bezpośrednio w świetle praw podstawowych, zatem – inaczej niż w przypadku *Drittwirkung* – nie tylko klauzule generalne i zwroty niedookreślone podlegają wykładni zorientowanej na prawa podstawowe, ale dotyczy to jednakowo wszystkich przepisów prawa prywatnego. Pod względem formalnym wykładnia w zgodzie z konstytucją jest jedną z postaci wykładni systemowej³²⁷, natomiast wykładnia prokonstytucyjna polega raczej na współstosowaniu konstytucji i ustawy.

6.3. „Wykładnia w zgodzie z konstytucją plus”^{*} zamiast pośredniego *Drittwirkung*

Wpływ norm konstytucyjnych na relacje między podmiotami prywatnymi w przedstawionych wcześniej orzeczeniach, w których FSK odwoływał się do *Drittwirkung*, podlegał ewolucji. W pierwszym

³²⁶ Zob. np. postanowienie FSK z 22 października 1985 r., 1 BvL 44/83, BVerfGE 71, 81 – *Arbeitnehmerkammern* i przywołane w nim orzeczenia.

³²⁷ A. Vosskuhle, op. cit., s. 181.

* Określenie to pochodzi z artykułu A. Kulicka, „*Drittwirkung*”..., s. 2240.

okresie, w ślad za teorią G. Düriga, zaadaptowaną do orzecznictwa w sprawie *Lüth*, FSK akcentował pierwszoplanową rolę cywilnoprawnych klauzul generalnych, określanych jako miejsca, poprzez które prawa podstawowe „włamują” się do porządku prawa prywatnego. Następnie uznał, że „transmisja” praw podstawowych do prawa prywatnego odbywa się również poprzez pozostałe pojęcia, które wymagają wykładni uwzględniającej zawartość norm praw podstawowych³²⁸. W latach 90. XX w. zaobserwowano w orzecznictwie konstytucyjnym dalsze rozszerzanie zakresu oddziaływania praw podstawowych na prawo prywatne³²⁹. Wedle sformułowanej wtedy linii orzeczniczej, jeśli postanowienie prawa prywatnego nakłada ograniczenie na prawo podstawowe, to sąd cywilny, stosując to postanowienie, powinien uwzględnić w swoim postanowieniu znaczenie tego prawa³³⁰. Obowiązek ten polegał na znalezieniu równowagi między interesami chronionym przez prawo podstawowe oraz tymi, które zabezpiecza ustawa. Dzieje się tak zazwyczaj podczas intepretowania znaczenia pojęć użytych w ustawie i uwzględniania okoliczności danej sprawy. To podejście zostało w doktrynie prawa określone jako „wykładnia zorientowana na prawa podstawowe” (niem. *grundrechtsorientierte Auslegung*), „wykładnia zgodna z prawami podstawowymi” (niem. *grundrechtskonforme Auslegung*) czy też „balansowanie zorientowane na prawa podstawowe” (niem. *grundrechtsorientierte Abwägung*)³³¹. Każde postanowienie prawa prywatnego powinno być interpretowane z uwzględnieniem promieniującego wpływu praw podstawowych, aczkolwiek regułą tą w dalszym ciągu obejmowano w szczególności klauzule generalne. Najnowsza odsłona ewolucji, o której mowa, miałaby polegać na stopniowym odchodzeniu od konstrukcji *Drittwirkung* i rozwiązywaniu problemu oddziaływania praw podstawowych na prawo prywatne wyłącznie w drodze wykładni

³²⁸ Zob. orzeczenie BVerfGE 73, 261 – *Sozialplan*, omówione w rozdziale 4.2 niniejszej książki.

³²⁹ R. Brinktrine, op. cit., s. 424.

³³⁰ Zob. np. omówione wcześniej postanowienie FSK w sprawie *Werkszeitung*. Więcej na ten temat zob. rozdział 4.4 niniejszej książki.

³³¹ Zob. R. Brinktrine, op. cit., s. 424 i przywołani przez niego autorzy.

w zgodzie z konstytucją. Kilka rozstrzygnięć podjętych przez FSK po 2000 r. zostało w doktrynie prawa odczytanych jako kształtowanie się nowej tendencji, zwiastującej tę istotną zmianę nie tylko w sposobie orzekania, ale też w zakresie argumentacji. A. Kulick zwraca w tym kontekście uwagę zwłaszcza na postanowienie w sprawie *Anwendungserweiterung* z 2011 r.³³² oraz wyrok w sprawie *Samplings* z 2016 r.³³³, w których FSK *explicite* potwierdził, że prawa podstawowe wywierają wpływ na stosunki horyzontalne dzięki zastosowaniu wykładni w zgodzie z konstytucją obejmującej nie tylko klauzule generalne, ale też wszystkie normy prawa prywatnego, a jednocześnie – w odróżnieniu od dotychczasowej praktyki w tego typu sprawach – odstąpił od przywołania stałego fragmentu orzecznictwa w zakresie oddziaływania promieniującego. Wspomniany autor określa taki model rozstrzygania „wykładnią w zgodzie z konstytucją plus”. Przebiega ona w dwóch etapach. W pierwszym FSK sprawdza, czy norma prawa cywilnego daje się zinterpretować w sposób zgodny z konstytucją, co wymaga określenia i wyważenia pozostających w konflikcie praw podstawowych podmiotów potencjalnie dotkniętych regulacją prawa prywatnego. Następnie sąd porównuje wykładnię zaproponowaną przez sąd cywilny ze swoją własną, ustaloną w pierwszym etapie, a przy tym uwzględnia prawno-podstawowe pozycje stron³³⁴. Zdaniem A. Kulicka zwrot FSK ku opisanej technice wykładni oznacza, że sąd „poważniej” traktuje normy prawa cywilnego: w przeciwieństwie do wcześniejszej praktyki, polegającej na sięganiu do przepisów prawa cywilnego sporadycznie i w zakresie ograniczonym do jego specyficznych zwrotów, obecnie wymienia odpowiednie przepisy cywilnoprawne i interpretuje je wedle uznanych reguł wykładni. Tym samym nazywa po imieniu to, co praktykuje już od jakiegoś czasu. Wspomniany autor uważa to podejście za nie tylko metodologicznie bardziej poprawne niż odwoływanie się do prawnie niesklasyfikowanej kategorii *Drittwirkung*³³⁵, ale również bardziej spójne

³³² Postanowienie z 19 lipca 2011 r., 1 BvR 1916/09.

³³³ Postanowienie z 31 maja 2016 r., 1 BvR 1585/13.

³³⁴ A. Kulick, „*Drittwirkung*”..., s. 2239.

³³⁵ Podobnie R. Wank, op. cit., s. 69.

z zasadą podziału władzy. A. Kulick twierdzi, że opisany model wykładni wzmacnia pozycję ustawodawcy i stopuje sędziowskie rozwijanie prawa, charakterystyczne dla wielu wcześniejszych orzeczeń. Zmianę tę postrzega w kontekście założeń teorii *Schutzpflichten*, ograniczających obowiązek interwencji sądów w treść norm prawa prywatnego do sytuacji przekroczenia przez ustawodawcę jego – co do zasady – szeroko zakreślonej swobody w tym zakresie³³⁶.

Reasumując, należy przede wszystkim zauważyć, że praktyczna aplikacja norm praw podstawowych do relacji prywatnych w orzecznictwie FSK wymyka się teoretycznym podziałom na wykładnię prokonstytucyjną i wykładnię w zgodzie z konstytucją, tym bardziej że autorzy posługujący się tymi określeniami nie zawsze precyzyjnie wyjaśniają, o który aspekt wykładni chodzi³³⁷. Niewątpliwie obydwie ujęcia, nawet jeśli wprost nienazwane, były i są obecne w procesie oceny konstytucyjności przepisów prawa prywatnego przez FSK, jak również w procesie stosowania tego prawa przez sądy powszechne. Nie jest oczywiście wykluczone, że zaobserwowana w ostatnim okresie tendencja, polegająca na częstszym *explicite* odwoływaniu się do wykładni w zgodzie z konstytucją, bez jednoczesnego sięgania do *Drittwirkung*, jest zapowiedzią trwałej i wykraczającej poza aspekt terminologiczny zmiany w zakresie rozstrzygnięcia kwestii wpływu praw podstawowych na relacje prywatne. Jednak analiza najnowszego orzecznictwa w dalszym ciągu dostarcza prominentnych przykładów rozstrzygnięć pokazujących aktualność też rozwiniętych w sprawie *Lüth*. Jednym z nich jest głośne orzeczenie w sprawie *Stadionverbot* z 2018 r., w którym FSK potwierdził istnienie pośredniego *Drittwirkung* praw podstawowych i uznał, że ich wpływ na stosunki prywatne jest realizowany poprzez wykładnię „w szczególności” klauzul generalnych i innych zwrotów niedookreślonych³³⁸.

³³⁶ A. Kulick, „*Drittwirkung*”..., s. 2239–2240.

³³⁷ Na ten temat zob. A. Vosskuhle, op. cit., s. 180–181.

³³⁸ Więcej na temat tego i innych orzeczeń powtarzających zawarte w nim tezy zob. rozdział 4.6 niniejszej książki.

Jeśli chodzi o podniesiony przez A. Kulicką argument wiążący stosowanie wykładni w zgodzie z konstytucją z pożądanym zwiększeniem powściągliwości sędziowskiej, to – jak już wspomniano – jest on zasadny tylko, gdy spełniony jest warunek utrzymania rezultatu wykładni w granicach znaczenia językowego. Powściągliwość sądu konstytucyjnego w zakresie derogacji przepisu prawa prywatnego nie musi wcale oznaczać powściągliwości w sensie postawy przeciwnej aktywności sędziowskiej, ponieważ jej skutki mogą być równie daleko idące, jak stwierdzenie niekonstytucyjności³³⁹. Chodzi tu o sytuacje dostosowywania znaczenia normy ustawy w odwołaniu do istoty i celu prawa podstawowego, ale w sposób wykraczający poza jej językowe znaczenie lub z nim sprzeczny. W tym kontekście mówi się o tzw. zgodnym z konstytucją rozwijaniu prawa zwykłego (niem. *verfassungskonforme Fortbildung des einfachen Rechts*)³⁴⁰ albo o zgodnej z konstytucją teleologiczną redukcją ustawy (niem. *verfassungskonforme teleologische Reduktion einfaches Rechts*)³⁴¹. Tego rodzaju działalność, chociaż służy utrzymaniu przepisu ustawy w systemie prawa, budzi wątpliwości z punktu widzenia zasady podziału władz. Za zgodne z tą zasadą można by uznać jedynie restrykcyjne rozumienie wykładniczych kompetencji sądu konstytucyjnego jako ograniczonych do stwierdzania niekonstytucyjności przepisu ustawy z wyłączeniem zarówno możliwości ich rozwijania czy zmieniania, jak i wskazywania sądom powszechnym określonego sposobu interpretacji³⁴². Wydaje się więc, że poza modelowymi przypadkami wykorzystania wykładni w zgodzie z konstytucją ocena, czy jej stosowanie stanowi przejaw sędziowskiej powściągliwości, czy przeciwnie – zbliżając się do wykładni prokonstytucyjnej – prowadzi do wzmocnienia pozycji sędziego wzglę-

³³⁹ L. Garlicki, *Sądownictwo konstytucyjne w Europie Zachodniej*, Warszawa 1987, s. 215 i 278.

³⁴⁰ Por. np. A. Vosskuhle, op. cit., s. 197 czy W. Rübner, op. cit., s. 826.

³⁴¹ Zob. J. Neuner, op. cit., s. 1853 oraz zdania odrębne do postanowienia z 23 października 1991 r., 1 BvR 850/88, BVerfGE 85, 69 – *Eilversammlungen*, a także na temat tego wyroku V. Epping, op. cit., s. 30.

³⁴² A. Vosskuhle, op. cit., s. 198.

dem ustawodawcy, musi być odniesiona do sposobu rozstrzygnięcia w konkretnej sprawie.

6.4. Uwagi podsumowujące

Zestawiając ze sobą koncepcję *Drittwirkung* i technikę wykładni w zgodzie z konstytucją, należy mieć świadomość różnic między nimi. Zakres zastosowania tej drugiej nie ogranicza się do sytuacji oddziaływania praw podstawowych na stosunki między podmiotami prywatnymi, ale wykracza poza dziedzinę prawa cywilnego i obejmuje wszystkie obszary prawa. Inne są również okoliczności ich zastosowania: wykładnia w zgodzie z konstytucją dotyczy wyłącznie przypadków, w których możliwa jest różna interpretacja danej normy, natomiast odwołanie do *Drittwirkung* następuje, gdy ustawodawca nie uczynił zadość prawom podstawowym i nie dokonał ich wyważenia w ustawie. Jeśli wypełnił tak ujęty obowiązek, to nie ma podstaw do stosowania *Drittwirkung*, natomiast w dalszym ciągu możliwe jest odwołanie do wykładni w zgodzie z konstytucją³⁴³. Odmienne są wreszcie założenia leżące u podstaw porównanych kategorii: wykładnia w zgodzie z konstytucją jest techniką interpretacji służącą utrzymaniu danego przepisu w systemie, natomiast *Drittwirkung* ma na celu rozszerzenie oddziaływania praw podstawowych na relacje prywatne. Pierwsza jest co do zasady niekwestionowanym mechanizmem zabezpieczenia hierarchicznej struktury prawa, za drugą stoi określona filozofia praw podstawowych, powiększająca zakres ich podmiotowego wpływu poza klasyczne, wertykalne ujęcie. Ten ostatni aspekt wydaje się zresztą argumentem za rezygnacją z prawnie problematycznej konstrukcji *Drittwirkung* na rzecz metodologicznie poprawnej techniki wykładni, umożliwiającej przy tym utrzymanie standardowej roli konstytucji³⁴⁴. Niezależnie od wskazanych

³⁴³ Na tę prawidłowość zwrócił uwagę R. Brinktrine podczas rozmowy, którą odbyłam z nim 22 września 2021 r. na Uniwersytecie Juliusza i Maksymiliana w Würzburgu.

³⁴⁴ Taki jest wydźwięk publikacji A. Kulicka, „*Drittwirkung*”..., passim. Tak też R. Wank, op. cit., s. 69.

różnic konsekwencją zastosowania omawianej techniki wykładni jest wzmocnienie oddziaływania praw podstawowych na prawo prywatne. Dodatkowo, z punktu widzenia tego aspektu wykładni w zgodzie z konstytucją, który – w odróżnieniu od pośredniego *Drittwirkung* – zakłada kontrolowanie konstytucyjności przepisów ustawy polegające na bezpośrednim, a nie zapośredniczonym w cywilnoprawnych klauzulach generalnych, zestawianiu ich treści z normami praw podstawowych, to w istocie można dojść do wniosku, że pozwala ona na efektywniejszą ochronę tych praw w relacjach horyzontalnych³⁴⁵.

³⁴⁵ Por. J. Neuner, op. cit., s. 1853.

Rozdział 7

Krytyczna rekonstrukcja *Drittwirkung* z perspektywy prawa prywatnego

7.1. Uwagi wprowadzające

Dotychczasowe rozważania były prowadzone zasadniczo z perspektywy prawa konstytucyjnego, a więc kontekście wpływu, jaki *Drittwirkung* wywiera na dogmatykę praw podstawowych. Akceptacja tezy o ich promieniującym oddziaływaniu na wszystkie obszary prawa niesie ze sobą szereg istotnych implikacji dla funkcjonowania całego systemu prawa. Szczególne znaczenie ma problem oddziaływania praw podstawowych w obszarze prawa prywatnego. Można wręcz powiedzieć, że to właśnie prawo prywatne jest głównym obszarem zastosowania *Drittwirkung*. Względnie harmonijna współpraca sądów cywilnych z FSK w zakresie realizacji założeń *Drittwirkung* w ramach rozstrzygania sporów cywilnych³⁴⁶ nie zmienia faktu, że najostrzejsza krytyka pod względem

³⁴⁶ Aplikacja przez sądy cywilne założeń zarówno konstrukcji *Drittwirkung*, jak i *Schutzpflichten* została jedynie fragmentarycznie pokazana przy okazji omawiania wyroków FSK (rozdział 4, 9.3 i 9.4). Odpowiadając na pytanie, czy w zaskarżonym rozstrzygnięciu sąd cywilny „należy uwzględnić” wpływ praw podstawowych na prawo prywatne, FSK każdorazowo rekonstruuje argumentację sądu cywilnego. Umożliwia to – przynajmniej częściowo, ponieważ nie wszystkie rozstrzygnięcia podlegają kontroli sądu konstytucyjnego – wgląd w to, w jakim zakresie sądy cywilne urzeczywistniają tezy sformułowane przez sędziów z Karlsruhe. Przeprowadzona na potrzeby niniejszej książki analiza wydaje się potwierdzać, że sądy cywilne co do zasady znają

tej konstrukcji jest formułowana właśnie w doktrynie prawa prywatnego. Jej przedmiotem jest przede wszystkim problem dopuszczalności i granic oddziaływania prawa publicznego na prawo prywatne z punktu widzenia niebezpieczeństw, jakie z powodu tego oddziaływania zagrażają autonomii prawa prywatnego. Celem niniejszego rozdziału jest przedstawienie najbardziej charakterystycznych punktów krytyki formułowanej pod adresem *Drittwirkung* z perspektywy prawa prywatnego. Będzie mowa o zarzutach natury systemowej dotyczących kwestii relacji między systemem prawa publicznego i prywatnego oraz instytucjonalnych, związanych z podziałem kompetencji między sądami cywilnymi a FSK.

7.2. Pośrednie *Drittwirkung* jako konstytucjonalizacja prawa prywatnego – „konstytucyjne prawo prywatne”

Można powiedzieć, że najważniejsze punkty krytyki, jaką przez lata kierowano zarówno przeciwko samej idei pośredniego *Drittwirkung*,

i rozwijają w praktyce orzeczniczej konstrukcje umożliwiające rozciągnięcie wpływu praw podstawowych na prawo prywatne, co wszakże nie oznacza, iż sposób wyważania przez nie kolidujących interesów zawsze spotyka się z aprobatą FSK. Sposób realizacji nakładanych przez FSK na sądy powszechne obowiązków w zakresie brania pod uwagę znaczenia praw podstawowych w obrocie prywatnoprawnym można pokazać na przykładzie orzecznictwa Trybunału Federalnego dotyczącego umów poręczenia. Linia orzecznicza TF, która obowiązywała przed wydaniem przez FSK postanowienia w sprawie *Bürgschaftsverträge* (BVerfGE 89, 214; zob. rozdział 4.3 niniejszej książki), polegała na odwoływaniu się do pierwszorzędного znaczenia swobody kontraktowania, co oznaczało, że nie można było kwestionować umowy, powołując się na okoliczność braku równej pozycji stron przy jej zawieraniu. Po tym, jak FSK w wymienionym orzeczeniu uzależnił ważność umowy od respektowania przez nią warunku autonomii prywatnej i zobowiązał sądy do ingerowania w jej treść w celu ochrony słabszej strony, linia orzecznicza TF uległa zmianie. Po krótkim okresie rozbieżności pomiędzy orzecznictwem IX i XI Senatu do spraw cywilnych ostatecznie przyjęto wspólną formułę, zgodnie z którą jeśli osoba poręczająca jest emocjonalnie związana z dłużnikiem i znajduje się w trudnej sytuacji finansowej, to zachodzi domniemanie, że czynność prawna poręczenia jest nieważna jako sprzeczna z dobrymi obyczajami. Więcej na ten temat zob. Th. Ackermann, *BVerfGE 89, 214...*, s. 544.

jak i względem praktyki jej stosowania przez FSK, dotyczyły podstawowego i koniecznego założenia leżącego u podstaw każdego modelu horyzontalnego działania praw konstytucyjnych. Założenie to sprowadza się, jak wiadomo, do odrzucenia tezy, że prawo prywatne i publiczne są oddzielnymi porządkami prawnymi, oraz do wzmocnienia roli prawa publicznego na gruncie prawa prywatnego poprzez dopuszczenie oddziaływania norm konstytucyjnych na relacje prywatnoprawne. W tym sensie problematyka horyzontalnego działania praw podstawowych wpisuje się w szersze zjawisko określane mianem konstytucjonalizacji prawa prywatnego, które od kilku dziesięcioleci obejmuje systemy prawne różnych państw i jest uważane za jedno z kluczowych wyzwań dla współczesnej nauki prawa³⁴⁷. Dlatego też dyskusja, która towarzyszy temu zjawisku w niemieckiej nauce prawa, jest siłą rzeczy odbiciem argumentów, które – z uwagi na globalny charakter problemu – występują w innych państwach. Jednak bez wątpienia cechą charakterystyczną niemieckiej debaty poświęconej problemowi dopuszczalności i granic oddziaływania prawa publicznego na prawo prywatne jest jej ściśle powiązanie z zagadnieniem *Drittwirkung* praw podstawowych. Pomimo upływu kolejnych lat od wydania orzeczenia w sprawie *Lüth* podstawowym i stałym punktem odniesienia dla większości opracowań podejmujących wątek konstytucjonalizacji prawa prywatnego w kontekście niemieckiego prawa jest sformułowana w tym wyroku teza, mówiąca o tym, że prawo cywilne jest podporządkowane konstytucyjnemu systemowi wartości. Teza ta dała początek procesowi konstytucjonalizacji niemieckiego prawa prywatnego, który przy wykorzystaniu konstrukcji *Drittwirkung* od kilkudziesięciu lat dokonuje się w orzecznictwie FSK.

Podstawowe wątpliwości, które w niemieckiej doktrynie prawa formułuje się względem przedmiotowego orzecznictwa, dotyczą dwóch powiązanych ze sobą kwestii. Pierwsza z nich odnosi się do założeń systemu prawa i mówi o tym, że konsekwencją rozciągania działania

³⁴⁷ Por. np. F. Maultzsch, *Die Konstitutionalisierung des Privatrechts als Entwicklungsprozess – Vergleichende Betrachtungen zum deutschen und amerikanischen Recht*, „Juristen Zeitung” 21/2012, s. 1040 i n.

praw podstawowych na stosunki prywatne jest zaburzenie niezależności prawa prywatnego. W ramach drugiej podnosi się problem porządku kompetencji związany z wykorzystywaniem koncepcji *Drittwirkung* do osłabiania niezależności sądów cywilnych względem sądu konstytucyjnego. Jak zauważa U. Diederichsen, kwestię wpływu omawianej koncepcji na porządek prawa prywatnego postrzega się w literaturze przede wszystkim jako formalny problem dotyczący rangi i ważności konstytucyjnych norm prawnopodstawowych, pomijając jego oddziaływanie na materialne prawo prywatne, jego dogmatykę i sposób funkcjonowania pod rządami praw podstawowych³⁴⁸.

W pierwszych dziesięcioleciach stosowania koncepcji pośredniego *Drittwirkung* nauka prawa prywatnego wychodziła z założenia, że pierwszeństwo praw podstawowych pozostaje bez wpływu na dogmatykę tego prawa, a więc nie była ona traktowana jako zagrożenie dla jego niezależności³⁴⁹. Wczesne orzecznictwo FSK, nawiązujące do tez sformułowanych w wyroku w sprawie *Lüth*, ograniczało obszar zastosowania koncepcji pośredniego *Drittwirkung* do sytuacji, w których działanie podmiotu prywatnego o charakterze deliktowym stanowiło ingerencję *sensu stricto* w prawa podstawowe innego podmiotu. Zjawisko konstytucjonalizacji prawa cywilnego stało się bardziej dostrzegalne od początku lat 90. XX w., kiedy to FSK wydał szereg rozstrzygnięć w takich sprawach, jak *Handelsverteter*, *Bürgerschaftsverträge* czy *Unterhaltsverzichtsvertrag*, w których omawiana koncepcja została odniesiona do nowego typu relacji, mianowicie relacji z obszaru prawa kontraktowego³⁵⁰. Zakres i intensywność oddziaływania prawa publicznego na prawo prywatne, a tym samym głębokość interwencji FSK w wyroki sądów cywilnych, były tutaj szczególnie duże, ponieważ konieczność uwzględnienia wartości konstytucyjnych w prawie cywilnym została potraktowana jako uzasadnienie modyfikacji treści umowy uprzednio uzgodnionej przez jej

³⁴⁸ U. Diederichsen, *Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre*, „Archiv für die civilistische Praxis” 198/1998, s. 172.

³⁴⁹ Ibidem, s. 175.

³⁵⁰ Ch. Burkiczak, op. cit., s. 121.

strony. Konstytucjonalizacja prawa kontraktowego jest wyjątkowo trudna do uzasadnienia z perspektywy podstawowej cechy charakteryzującej relacje prywatnoprawne, jaką jest zasada swobody umów.

Zajmujący się prawem publicznym J. Ipsen i K.-H. Ladeur do debaty na temat wpływu *Drittwirkung* na prawo prywatne wprowadzają pojęcie konstytucyjnego prawa prywatnego (niem. *Verfassungspri- vatrecht*)³⁵¹. Zdaniem tych autorów w ramach jego stosowania FSK nie tylko rozciąga działanie praw podstawowych na relacje prywatne, ale też za pomocą narzędzi konstytucyjnych usiłuje rozwiązywać problemy należące do prawa prywatnego i tym samym nadaje temu prawu status konstytucyjny. J. Ipsen stwierdza, że w wyroku w sprawie *Lüth* FSK odrzucił oczywiste twierdzenie nauki prawa, mówiące o tym, że prawo konstytucyjne i prawo cywilne są osobnymi porządkami. W krytyce *Drittwirkung* praw podstawowych autor ten wychodzi od przypomnienia, że w RFN funkcjonuje dwojakiego rodzaju podział: na prawo publiczne i prawo prywatne oraz na prawo konstytucyjne i prawo zwykłe. Wniosek taki można wyprowadzić z Ustawy Zasadniczej, która w art. 1 ust. 3 jako adresatów praw podstawowych wskazuje organy państwa, a jako ich podmioty – obywateli. Z samej Ustawy Zasadniczej, jak również z orzecznictwa FSK wynika również, że prawo konstytucyjne ma wyższość nad prawem zwykłym. Zdaniem J. Ipsena przyjęcie w ramach dyskusji na temat horyzontalnego działania praw podstawowych, że art. 9 ust. 3 zd. 2 GG jest normą, która wyjątkowo dopuszcza bezpośrednio *Drittwirkung*³⁵² wyrażonego w nim prawa, jest nieporozumieniem, które dało sygnał do debaty o pośrednim *Drittwirkung* pozostałych praw podstawowych. Tymczasem art. 9 ust. 3 zd. 2 GG w żadnym razie nie rozciąga działania praw podstawowych na podmioty prywatne, ale jest przepisem cywilnoprawnym, który został świadomie podniesiony przez twórców Ustawy Zasadniczej do rangi prawa

³⁵¹ J. Ipsen, *Verfassungspri- vatrecht?...*, s. 157 i n.; K.-H. Ladeur, *Die Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht – „Verfassungspri- vatrecht” als Kollisionrecht*, [w:] *Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, G.-P. Callies, A. Fischer-Lescano, D. Wielsch, P. Zumbansen (Hrsg.), Berlin 2009, s. 543 i n.

³⁵² Więcej na ten temat zob. rozdział 2.4 niniejszej książki.

konstytucyjnego. Zdaniem J. Ipsena FSK, wykraczając poza swoje ustawowe umocowanie i wbrew postanowieniom konstytucji, wykorzystuje konstrukcję pośredniego *Drittwirkung* do osiągnięcia podobnego rezultatu w odniesieniu do innych praw podstawowych³⁵³.

Drugi z wymienionych wyżej autorów – omawiając różne przejawy procesu kreowania przez FSK konstytucyjnego prawa prywatnego – zwraca przede wszystkim uwagę na zagrożenia, jakie stosowanie *Drittwirkung* niesie dla wewnętrznej racjonalności prawa prywatnego, rozumianego jako autonomiczny system. Uważa, że FSK w sposób nieuzasadniony przenosi czysto prywatne spory na poziom konstytucyjny, mimo, iż sam podkreśla, że „spór między jednostkami o prawa i obowiązki wynikający z norm postępowania cywilnego, na które mają wpływ prawa podstawowe, pozostaje pod względem materialnym i proceduralnym sporem cywilnoprawnym”³⁵⁴. K.-H. Ladeura nie przekonuje również teza o uprzywilejowanej roli klauzul generalnych w ramach *Drittwirkung* ani twierdzenie o możliwości zrównywania norm prywatnoprawnych z normami publicznoprawnymi. FSK opiera się w tym względzie na twierdzeniu, że wpływ praw podstawowych będzie odczuwalny przede wszystkim w tych przepisach prawa prywatnego, które – tak jak klauzule generalne – zawierają prawo bezwzględnie obowiązujące i tym samym wpisują się w szeroko rozumiany porządek publiczny. FSK uważa, że ze względu na dobro wspólne obowiązują one także przy tworzeniu stosunków prawnych między jednostkami i – co więcej – są wyłączone spod woli stron. Problematyczność tej tezy polega, zdaniem K.-H. Ladeura, na tym, że dotyczy ona tylko prawa umów, ale już nie działań o charakterze deliktowym. W przypadku wynikających z nich sporów trudno mówić o prawie bezwzględnie obowiązującym, ponieważ od woli podmiotu poszkodowanego zależy, czy wystąpi z roszczeniem, a od sprawcy – czy roszczenie uzna. Przede wszystkim

³⁵³ Swoją krytykę J. Ipsen przeprowadza w oparciu o trzy orzeczenia FSK: *Burgschaftverträge* i *Caroline von Monaco* (omówione w rozdziale 4.3 i 4.4 niniejszej książki) oraz *Ebenbürtigkeitsklausel und Eheschließungsfreiheit* (postanowienie FSK z 22 marca 2004 r., 1 BvR 2248/01).

³⁵⁴ BVerfGE 7, 198.

jednak, według cytowanego autora, w ramach konstrukcji *Drittwirkung* FSK dokonuje ogólnej kontroli prawa prywatnego, a nie, jak deklaruje, kontroli ograniczonej do odpowiedniej interpretacji klauzul generalnych. W efekcie *Drittwirkung* – ignorując wewnętrzną racjonalność prawa prywatnego – staje się narzędziem sterowania przez państwo relacjami prywatnymi.

7.3. Odwołanie do klauzul generalnych jako świadectwo samoograniczenia Federalnego Sądu Konstytucyjnego?

Przez wiele dziesięcioleci od momentu wydania wyroku w sprawie *Lüth* FSK odwoływał się do tezy, że wpływ praw podstawowych na relacje prywatnoprawne ogranicza się do interpretacji klauzul generalnych i innych zwrotów niedookreślonych, wymagających wypełnienia treścią. W uzasadnieniu tej tezy stwierdzał, że ze względu na swój otwarty charakter kwalifikują się one jako narzędzia „transmitujące” wartości zakodowane w konstytucji do całego systemu prawa, w tym prawa prywatnego. W późniejszym orzecznictwie teza ta znalazła rozwinięcie przede wszystkim w odniesieniu do wybranych klauzul generalnych niemieckiego kodeksu cywilnego. Najszerze zastosowanie miały trzy – wyróżnione już przez prekursora nauki o pośrednim *Drittwirkung*, G. Düriga – klauzule niemieckiego kodeksu cywilnego: dobrych obyczajów z § 138 BGB i § 826 BGB oraz dobrej wiary z § 242 BGB. Oprócz nich FSK odwoływał się również do klauzuli słusznego uznania z § 315 BGB, odpowiedzialności odszkodowawczej za naruszenie dóbr osobistych z § 823 BGB czy roszczenia o zaprzestanie naruszania własności z § 1004 BGB. Na tle przedstawionych wyżej rozstrzygnięć można stwierdzić, że klauzule generalne odgrywały rolę koniecznego składnika stworzonego przez FSK w wyroku w sprawie *Lüth* mechanizmu koordynacji prawa cywilnego z prawami podstawowymi. W ramach tego mechanizmu odwołanie do klauzul służyło jako uzasadnienie przypisania danej normie prawno podstawowej pośredniej skuteczności między podmiotami prywatnymi.

Idea ograniczenia wpływu praw podstawowych na prawo prywatne do pośredniczącego działania określonego rodzaju zwrotów była w świetle poglądów niemieckiej nauki prawa, obowiązujących w momencie jej sformułowania przez FSK, rozwiązaniem kompromisowym. Jak zauważono w wyroku w sprawie *Lüth*: „Najbardziej skrajne stanowiska w sporze o to, czy normy prawnopodstawowe wpływają na prawo cywilne i w jaki sposób należy ten wpływ ujmować, zakładają z jednej strony, że prawa podstawowe są skierowane wyłącznie przeciwko państwu, z drugiej zaś że przynajmniej niektóre mają zastosowanie również w prywatnym obrocie prawnym”.

Twierdzenie, zgodnie z którym oddziaływanie praw podstawowych na prawo jest ograniczone do odpowiedniej interpretacji klauzul generalnych, jest adekwatne do opisu pierwszego okresu stosowania koncepcji *Drittwirkung* w orzecznictwie konstytucyjnym i zasadniczo nie traci na aktualności również w świetle najnowszych rozstrzygnięć FSK. W doktrynie prawa zauważa się, że od około dwóch dekad można jednak dostrzec równoległe kształtowanie się w wypowiedziach sądu nowej tendencji w zakresie środków oddziaływania praw podstawowych na prawo prywatne. Przejawia się ona w tym, że FSK nie ogranicza ich wpływu do klauzul generalnych, ale – sięgając do metody wykładni w zgodzie z konstytucją – rozszerza go na wszystkie normy prywatnoprawne³⁵⁵. W świetle wypowiedzi samego FSK trudno przesądzić, na ile ta ewolucja ma związek z krytycznymi opiniami, jakie w doktrynie prawa formułowano względem wspomnianego ograniczenia³⁵⁶. Nowy kierunek orzeczniczy zdaje się współbrzmieć z twierdzeniami tych autorów, którzy podkreślają, że także inne normy prawa prywatnego poddają się wykładni „napelniającej wartościami konstytucyjnymi”. I tak np. W. Rüfner zauważa, że jej ograniczenie do klauzul generalnych i zwrotów otwartych nie znajduje uzasadnienia również z metodycznego punktu widzenia, ponieważ wymóg konstytu-

³⁵⁵ Więcej na ten temat zob. rozdział 6.3 niniejszej publikacji.

³⁵⁶ K.-H. Ladeur, op. cit., s. 545; W. Rüfner, *Grundrechtsadressaten*, [w:] J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), op. cit., s. 826–827.

cyjności dotyczy wszystkich przepisów prawa³⁵⁷. Inny jest punkt wyjścia zastrzeżeń formułowanych przez K.-H. Ladeura, który twierdzi, że idea powiązania *Drittwirkung* praw podstawowych z klauzulami generalnymi była do pewnego stopnia wynikiem braku lepszych rozwiązań. Według tego autora FSK miał świadomość, że w świetle systemowego podziału na prawo publiczne i prywatne zasięg wpływu praw podstawowych na prawo prywatne nie może być nieograniczony, jednak „najwidoczniej nie zdawał sobie sprawy”, w jaki sposób to ograniczenie powinno być ujęte³⁵⁸. Zdaniem tego autora decyzja o włączeniu klauzul generalnych prawa cywilnego do mechanizmu koordynacji obu podsystemów prawa mogła wydawać się rozwiązaniem o tyle rozsądnym, że koordynacja ta miała szansę dokonywać się formalnie wewnątrz prawa cywilnego, przy poszanowaniu jego autonomii³⁵⁹. K.-H. Ladeur twierdzi jednak, że w świetle późniejszego orzecznictwa konstytucyjnego deklaracje FSK okazały się być jedynie pozorem samoograniczenia w kwestii zakresu jego interwencji w obszar prawa prywatnego. Przeciwnie, jego zdaniem, odwoływanie się do *Drittwirkung* i obiektywnego systemu wartości posłużyło FSK do uzasadnienia nieograniczonego wpływu praw podstawowych na prawo cywilne.

7.4. Zakres kontroli konstytucyjności prawa prywatnego – Federalny Sąd Konstytucyjny jako „najwyższy sąd cywilny”

Kolejna kontrowersja towarzysząca stosowaniu *Drittwirkung* przez FSK dotyczy problemu zakresu kontroli sądownictwa powszechnego przez sąd konstytucyjny i związanego z tym podziału kompetencji między nim a innymi sądami. Jest to więc problem instytucjonalnych konsekwencji działania praw podstawowych w prawie prywatnym³⁶⁰.

³⁵⁷ W. Rüfner, op. cit., s. 826.

³⁵⁸ K.-H. Ladeur, op. cit., s. 546.

³⁵⁹ Ibidem.

³⁶⁰ Występowanie stosunku konkurencji między sądem konstytucyjnym a sądami powszechnymi dotyczy przede wszystkim państw, w których ten pierwszy ma

K.-H. Ladeur zauważył, że elastycznie i rozszerzająco interpretowana koncepcja pośredniego *Drittwirkung* praw podstawowych była w orzecznictwie od początku traktowana jako wystarczająca legitymacja dla kontroli konstytucyjności³⁶¹. W pierwszym okresie rozwoju tej koncepcji obowiązek uwzględnienia przez sądy powszechne wpływu praw podstawowych na stosunki prywatne był w orzecznictwie Federalnego Sądu Konstytucyjnego podniesiony do roli kryterium oceny konstytucyjności stosowania prawa przez sądy powszechne. Od lat 70. XX w., kiedy została sformułowana koncepcja *Schutzpflichten*, obowiązek ten objął również ustawodawstwo.

Kryterium interwencji, w świetle wypowiedzi samego FSK, podlegało ewolucji, którą można przedstawić na przykładzie trzech formuł, mających jednocześnie stanowić świadectwo jego samoograniczenia się. W wyroku w sprawie *Lüth*, opisując zakres kontroli konstytucyjności orzecznictwa sądów powszechnych, FSK ujął je w ramy badania, czy „sąd cywilny odpowiednio ocenił siłę oddziaływania praw podstawowych w obszarze prawa cywilnego”. Następnie w orzeczeniu w sprawie *Spezifisches Verfassungsrecht*³⁶² z 1964 r. formuła ta przybrała postać zasady, zgodnie z którą jego kontrola polega na sprawdzaniu, czy zostało naruszone „swoiste prawo konstytucyjne”. W wyroku w sprawie *Handelsvertreter* nastąpiło jej uzupełnienie, przez przyjęcie, że również ustawodawstwo w zakresie prawa prywatnego musi być oceniane w świetle treści i znaczenia praw podstawowych. Jednak i w tym przypadku kwestia uwzględniania praw podstawowych aktualizuje się w procesie stosowania prawa, ponieważ to ostatecznie sędzia dokonuje wykładni przepisów, nadając im określone brzmienie. Zdaniem FSK, nawet jeśli dane prawo podstawowe, w świetle postanowień samej ustawy zasadniczej,

kompetencje do rozpatrywania skarg konstytucyjnych. Więcej na temat instytucjonalnych problemów działania praw podstawowych w prawie prywatnym Ch. Starck, *Wie kommen die Grundrechte ins Privatrecht und wie wirken dort?*, [w:] Ch. Starck, *Woher kommt das Recht*, Tübingen 2015, s.165 i n. i cytowana tam literatura.

³⁶¹ K.-H. Ladeur, op. cit., s. 543.

³⁶² Postanowienie z 10 czerwca 1964 r., 1 BvR 37/63, BVerfGE 18, 85 – *Spezifisches Verfassungsrecht*.

podlega ograniczeniom wynikającym z przepisów ustawowych, to sędzia jest zobowiązany do takiej interpretacji tych przepisów, która pozwoli uwzględnić wartości zawarte w prawach podstawowych³⁶³.

Wskazana wyżej zasada, zgodnie z którą Federalny Sąd Konstytucyjny może interweniować w odpowiedzi na skargę konstytucyjną wyłącznie w przypadku naruszenia przez sądy „swoistego prawa konstytucyjnego”, funkcjonuje w niemieckim piśmiennictwie jako formuła Hecka³⁶⁴. Podobnie jak inne zasady wyznaczające podział kompetencji między sądem konstytucyjnym a sądami powszechnymi w zakresie kontroli przestrzegania praw podstawowych, została ona wypracowana w orzecznictwie odnoszącym się do problematyki *Drittwirkung* praw podstawowych. W ramach formuły Hecka podkreśla się, że Federalny Sąd Konstytucyjny nie jest instancją „superrewizyjną”, zatem poza zakresem jego kontroli pozostają – jako kwestie leżące w gestii wyłącznie sądów powszechnych – sposób ukształtowania procedury, ustalenie i ocena faktów, interpretacja zwykłego prawa i jego zastosowanie do indywidualnej sprawy; sąd konstytucyjny nie może im narzucać sposobu rozwiązania zawisłych przed nimi sporów³⁶⁵. Formuła Hecka opiera się na dokonanej przez FSK podziale na „zwykłe prawo” (niem. *einfaches Recht*) oraz „swoiste prawo konstytucyjne” (niem. *spezifisches Verfassungsrecht*). Nawet jeśli rozstrzygnięcie sądu oceniane w świetle zwykłego prawa jest obiektywnie błędne, to kontrola FSK obejmuje wyłącznie zbadanie, czy sąd powszechny naruszył „swoiste prawo konstytucyjne”. Termin ten odnosi się w istocie do „swoistości” czy też „specyficzności” naruszenia, które polega na nieuwzględnieniu wpływu praw podstawowych na prawo zwykłe³⁶⁶. Przedstawiona formuła ma swoje źródło i jest ściśle powiązana z wyłożoną w wyroku w sprawie *Lüth* ideą

³⁶³ K.-H. Ladeur, op. cit., s. 545–546.

³⁶⁴ Od nazwiska sędziego sprawozdawcy w sprawie *Spezifisches Verfassungsrecht* z 1964 r., która zapoczątkowała jej obowiązywanie. A. Hänlein, *Richter des BVerfG a.D. DR. Karl Heck. Skizze aus Anlass seiner 100. Geburtstags*, „Neue Juristische Wochenschrift” 47/1996, s. 3134.

³⁶⁵ Postanowienie z 13 lutego 1996 r., BVerfGE 94, 1 – *DGHS*.

³⁶⁶ J. Ipsen, *Verfassungsprivatrecht?...*, s. 160.

praw podstawowych jako ucieleśniających obiektywny porządek wartości i połączonym z nią obowiązkiem takiej interpretacji ustaw przez sędziów sądów powszechnych, aby owe wartości przenikały do systemu prawa również na poziomie jego stosowania. W ramach zaprezentowanego wyżej na konkretnych przykładach tzw. orzecznictwa dotyczącego wartości (niem. *Werterechtssprechung*), w którym ta idea była rozwijana, FSK sprecyzował, kiedy mamy do czynienia z naruszeniem praw podstawowych. Zachodzi ono tylko wtedy, gdy decyzja sądu została oparta na jednym z dwóch następujących błędów: przy wykładni i stosowaniu zgodnych z konstytucją przepisów prawnych przeoczono konieczność przestrzegania praw podstawowych albo zakres ochrony praw podstawowych, relewantnych dla sprawy, został ustalony nieprawidłowo lub niekompletnie.

Odwoływanie się przez FSK do przedstawionych wyżej formuł samoograniczających zakres jego kontroli nie zmieniło krytycznego nastawienia części przedstawicieli doktryny prawa do *Drittwirkung* jako kategorii, której stosowanie prowadzi do pozakonstytucyjnego rozszerzania władzy sądu konstytucyjnego. Podnoszą oni, że w wyroku w sprawie *Lüth* FSK stworzył dogmatyczne podwaliny pod kontrolowanie przez siebie rozstrzygnięć sądów cywilnych w sposób zagrażający ich orzeczniczej niezależności. Zasadniczym punktem odniesienia tej krytyki jest oczywiście koncepcja ucieleśnionego w prawach podstawowych „obiektywnego porządku wartości”, zobowiązująca sądy cywilne do uwzględniania ich w swoich orzeczeniach dotyczących sporów prywatnych³⁶⁷. Przypisanie sobie przez sąd konstytucyjny prawa kontrolowania, czy sądy cywilne w swoich rozstrzygnięciach należycie – a więc zgodnie z jego własną oceną co do tego, jaka jest zawartość konstytucyjnych norm wyrażających prawa podstawowe – uwzględniły znaczenie tych praw, skutkuje zbyt głęboką i dyskrecjonalną ingerencją w treść kontrolowanych orzeczeń. W świetle licznych opinii krytycznych odwoływanie się do *Drittwirkung*, wbrew twierdzeniom samego FSK,

³⁶⁷ Więcej na temat krytyki koncepcji obiektywnego porządku wartości zob. rozdział 3.4 niniejszej książki.

prowadzi do objęcia przez niego roli określanej jako „instancja superrewizyjna”³⁶⁸, „najwyższy sąd sprawiedliwości”³⁶⁹ czy też „najwyższy sąd cywilny”³⁷⁰. Jako nieskuteczne są oceniane próby odwoływania się do formuły odróżniającej „specyficzne prawo konstytucyjne” od „zwykłego prawa” jako kryterium rozgraniczającego zakres kompetencji sądów cywilnych i sądu konstytucyjnego. J. Ipsen stwierdza, że jest ona bezużyteczna, ponieważ jeśli FSK przewidziane w prawie cywilnym rozwiązania problemów podnosi do rangi prawa konstytucyjnego, to tracą one swoją właściwość jako prawo zwykłe i stają się owym „specyficznym prawem konstytucyjnym”. Zauważa również, że towarzyszący horyzontalnemu stosowaniu praw podstawowych problem przekraczania przez FSK kompetencji, tym razem w odniesieniu do władzy ustawodawczej, jest aktualny również w przypadku odwoływania się do koncepcji obowiązków ochronnych. W tej sytuacji FSK stwierdza, że jeśli – w świetle jego ustaleń na temat znaczenia praw podstawowych – ustawodawca nie wywiązuje się ze swoich obowiązków ochronnych lub czyni to w stopniu niewystarczającym, to zachodzi stan niezgodności z konstytucją³⁷¹.

K.-H. Ladeur uważa, że jeśli podążyć za logiką wpisaną w konstrukcję *Drittwirkung*, można by twierdzić, że obywatel zostaje wyposażony w konstytucyjne roszczenie przeciwko sądziemu cywilnemu

³⁶⁸ J. Ipsen, *Verfassungsprivatrecht?...*, s. 161.

³⁶⁹ Ch. Burkiczak, op. cit., s. 122.

³⁷⁰ U. Diederichsen, op. cit., s. 171 i n.

³⁷¹ Z drugiej strony można za C.W. Canarisem powtórzyć, że problem związany z ryzykiem wchodzenia przez FSK w rolę instancji superrewizyjnej nie dotyczy wyłącznie orzeczeń zainicjowanych skargami konstytucyjnymi skierowanymi przeciwko orzeczeniom sądów cywilnych, a więc nie jest specyficzną cechą relacji między prawami podstawowymi a prawem prywatnym, ale charakteryzuje ich stosunki również z innymi dziedzinami prawa. Wniesienie skargi na orzeczenie sądu w sprawie karnej czy administracyjnej angażuje dodatkową instancję, co zobowiązuje FSK do podjęcia środków ostrożności, aby nie znaleźć się w roli sądu „superapelacyjnego”. W przypadku tych obszarów prawa nie ma jednak wątpliwości, że prawa podstawowe obowiązują w nich bezpośrednio. Autor ten stanowczo oddziela problem ryzyka, o którym mowa, od kwestii *Drittwirkung*, uznając, że ma on czysto proceduralny wymiar. Zob. C.W. Canaris, op. cit., s. 27 i n.

o przestrzeganie jego praw podstawowych. Nie może być ono jednak zrównane z przysługującym obywatelom w ramach sporów prywatnoprawnych roszczeniem o „gwarancję sprawiedliwości”, o którym stanowi art. 20 GG (*Justizgewährleistungsanspruch*). To ostatnie ma charakter materialnoprawny, ponieważ gwarantuje prawo dostępu do wymiaru sprawiedliwości w celu wszechstronnego, faktycznego i prawnego rozpoznania przedmiotu sporu oraz uzyskania prawomocnego orzeczenia. Tymczasem konstrukcja ewentualnego roszczenia wynikającego z *Drittwirkung* nawiązuje, zdaniem K.-H. Ladeura, raczej do regulacji z art. 19 ust. 4 GG, który stanowi o prawie do sądu w przypadku sporów publicznoprawnych, polegających na naruszeniu przez władzę publiczną praw podstawowych, lecz nie wspomina – odmiennie niż art. 20 GG – o materialnoprawnych gwarancjach uzyskania orzeczenia, spełniającego określone warunki. Poza tym, z uwagi na przedmiot sporu, sąd nie może być adresatem roszczenia, ponieważ to on będzie owym podmiotem „trzecim” (niem. *der Dritte*), który rozstrzyga w przedmiocie stosunku prawnego między stronami³⁷².

7.5. Uwagi podsumowujące

Odnosząc się do przedstawionych powyżej uwag krytycznych, należy zauważyć, że są one formułowane z pozycji bardzo mocno podkreślających niezależność prawa prywatnego względem prawa publicznego. Jeśli przyjąć perspektywę, w której porządek prywatno- i publicznoprawny stanowią w pełni odrębne systemy normatywne, to w istocie trudno tę krytykę odeprzeć. Jednak systemy prawa od dawna podlegają przeobrażeniom, w świetle których kategoryczne oddzielenie sfery prywatnej od publicznej nie jest ani możliwe, ani uzasadnione. Na długo jeszcze, zanim FSK sformułował obowiązek dokonania kontroli i ewentualnego skorygowania przez sąd cywilny umowy poręczenia, która została zawarta w warunkach „strukturalnej nierówności” stron, niemiecka doktryna prawa podnosiła, że państwo powinno

³⁷² K.-H. Ladeur, op. cit., s. 549.

ingerować w stosunki prywatnoprawne dla ochrony ich słabszej strony³⁷³. Jeśli rozszerzenie skuteczności praw podstawowych na relacje prywatne uda się w konkretnym przypadku uzasadnić potrzebą realnego zabezpieczenia określonych praw podstawowych, to zarzuty formułowane z perspektywy autonomiczności prawa prywatnego można stosunkowo łatwo odeprzeć. Niemniej, jak to zazwyczaj bywa w przypadku konstrukcji sformułowanych na potrzeby orzekania, w dużej mierze od rozwagi organów stosujących prawo zależy, czy nie będą one wykorzystywane do nadmiernej ingerencji w prawo prywatne i dyskrecyjnego rozszerzania władzy sądu.

³⁷³ J. Limbach, op. cit., s. 407.

Rozdział 8

Teoretyczne ujęcia *Drittwirkung*

8.1. Uwagi wprowadzające

Punktem wyjścia do rozwoju problematyki horyzontalnego oddziaływania praw podstawowych w RFN były stworzone w latach 50. ubiegłego wieku modele teoretyczne bezpośredniego i pośredniego *Drittwirkung* autorstwa H.C. Nipperdeya oraz G. Düriga. Niemal od razu zostały one zaadaptowane do orzecznictwa najważniejszych niemieckich sądów i właśnie w sferze stosowania prawa następowała ich dalsza ewolucja. Pomimo że FSK, a w ślad za nim również inne sądy oraz większość doktryny prawa, dość szybko opowiedział się za modelem G. Düriga, to tezy konstruujące bezpośrednie *Drittwirkung*, nakreślone w pracach H.C. Nipperdeya, w dalszym ciągu funkcjonują jako baza dla rekonstrukcji jednego z dwóch podstawowych modeli horyzontalnego oddziaływania norm praw podstawowych. Kwestia skuteczności tych norm w stosunkach prywatnoprawnych była na przestrzeni minionych dziesięcioleci częstym przedmiotem refleksji teoretycznej. W przeciwieństwie do dwóch klasycznych modeli, żadna z późniejszych teorii nie wywarła wyraźnego wpływu na ukształtowany przez FSK paradygmat rozstrzygania sporów horyzontalnych, niemniej wiele z nich, stając się przedmiotem dalszych debat i analiz, odcisnęło swoje piętno na rozwoju nauki o *Drittwirkung*. Dotyczy to w szczególności czterech

koncepcji, które przedstawiono w niniejszym rozdziale. Uwzględniono w nim zarówno te poglądy niemieckiej doktryny prawa, które już w jakiś stopniu zrelacjonowano w polskiej literaturze, a więc przede wszystkim trzypłaszczyznowy model *Drittwirkung* R. Alexy'ego, koncepcję przypisania państwu działań podmiotów prywatnych stworzoną przez J. Schwabego oraz negację *Drittwirkung* autorstwa C.W. Canarisa³⁷⁴, jak i nowszą, zasadniczo nieznaną w naszym kraju teorię *Drittwirkung* za pośredniczonego w prawach skierowanych przeciwko państwu, pochodzącą od M. Borowskiego.

8.2. Koncepcja przypisania państwu działań podmiotów prywatnych J. Schwabego

Punktem wyjścia koncepcji J. Schwabego, zaprezentowanej w wydanej w 1971 r. rozprawie *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte. Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*³⁷⁵, jest teza, wedle której *Drittwirkung* jest problemem pozornym, a odpowiedzialność za naruszenia praw podstawowych przez podmioty prywatne da się przypisać państwu. Według tego autora prawa podstawowe zasadniczo działają przeciwko każdemu przejawowi władzy, który może wyrazić się zarówno w prawie publicznym, jak i prywatnym, a zatem każda ingerencja w te prawa dokonana przez podmiot prywatny jest w istocie ingerencją władzy publicznej. Możliwość takiego przypisania opiera się na państwowym zezwoleniu (jeśli państwo nie zakazuje osobom prywatnym ingerencji w dobra chronione prawami podstawowymi, to na nie zezwala) i związanych z nim obowiązkach tolerowania takich zabiegów (są one przeforsowywane poprzez ustawodawcze, orzecznicze

³⁷⁴ Por. M. Florczak-Wątor, która prezentuje modele R. Alexy'ego i J. Schwabego (M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, s. 203–208) a także przywołuje niektóre wypowiedzi C.W. Canarisa (*ibidem...*, *passim*). Do R. Alexy'ego nawiązuje również B. Skwara, zob. B. Skwara, *W obronie...*, *passim*.

³⁷⁵ Miejsce wydania: München. W polskiej literaturze koncepcję J. Schwabego przedstawia M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, s. 130.

i administracyjne działania państwa osłaniające ingerencje prywatne). Problem ochrony wobec osób prywatnych staje się więc problemem obrony przed państwowymi ingerencjami, choć spowodowanymi prywatnie³⁷⁶. Obywatelowi przeciwko państwu przysługują prawa podstawowe w ich pierwotnej funkcji obronnej, co zbędnym czyni odwoływanie się do *Drittwirkung*³⁷⁷.

Autor omawianej teorii twierdził, że w przypadku każdej wersji *Drittwirkung* można mówić o horyzontalnym działaniu jedynie w odniesieniu do praw podstawowych statusu negatywnego, czyli o prawach wolnościowych, ponieważ cechą praw statusu aktywnego, pozytywnego czy gwarancji instytucjonalnych jest ich wyłącznie wertykalna orientacja. Definiując pojęcie władzy i ingerencji w sferę wolności jednostek, stwierdził, że nigdy nie mają one charakteru czysto prywatnego, niezależnego od państwa. Przeciwnie, w państwie prawa ograniczenia i naruszenia praw podstawowych pochodzące od podmiotów prywatnych mają swoje źródło w państwowej legitymacji albo przynajmniej przyzwoleniu³⁷⁸. Prawa podstawowe mogą być skonfrontowane wyłącznie z państwową władzą prawną i nie mogą być ograniczone przez nikogo innego niż państwo, nie występują żadne podmioty trzecie (niem. *Dritten*), przeciwko którym mogłyby one działać, i już z tego powodu koncepcja *Drittwirkung* jest chybiona. Państwo, oferując i realizując system praw prywatnych, bierze udział w możliwych w tym systemie naruszeniach dóbr prawnopodstawowych jednego obywatela przez innego. Osłaniając prywatne działania przez regulacje prawne, orzeczenia sądowe i działania egzekutywy, ma udział w procesie naruszenia, dlatego musi je sobie przypisać jako działania państwowe³⁷⁹. Co więcej, zdaniem J. Schwabego, w takim samym stopniu dotyczy to prywatnoprawnych naruszeń wynikających z prawa umów i tych powstałych

³⁷⁶ J. Schwabe, op. cit., s. 149.

³⁷⁷ Konsekwentnie J. Schwabe przeciwstawia się również możliwości wyodrębnienia praw podstawowych jako praw ochronnych, za wystarczające uznając odwołanie się do negatywnej funkcji praw podstawowych. Zob. rozdział 9.5 niniejszej książki.

³⁷⁸ J. Schwabe, op. cit., s. 14–17.

³⁷⁹ R. Alexy, *Teoria...*, s. 344 i 397.

w sferze stosunków pozaumownych. Z tym związane jest jedno z ważniejszych założeń koncepcji J. Schwabego, mówiące o braku możliwości precyzyjnego rozgraniczenia między sferą prawa publicznego i prawa prywatnego. Rozpowszechniony w nauce prawa odwołujący się do tego dualizmu model teoretyczny, zgodnie z którym „władza prywatna” rozwija się w prawie prywatnym, a państwowa w publicznym, zatem prawa podstawowe działają bezpośrednio jedynie w sferze publicznej, a w sferze prywatnej co najwyżej na podstawie *Drittwirkung*, nie daje się – jego zdaniem – obronić³⁸⁰. Ustawodawca ma zazwyczaj możliwość wyboru między publiczno- a prywatnoprawną formą ukształtowania norm wprowadzających rozwiązania ograniczające sferę wolności; ten wybór nie może jednak determinować obowiązywania praw podstawowych. Nie ma więc dwojakiego obowiązywania praw podstawowych, w zależności od dziedziny prawa. Związanie prawami podstawowymi jest identyczne w prawie publicznym i prywatnym. Nie ma przy tym znaczenia, czy prawo wprost upoważnia podmiot prywatny do działań skutkujących naruszeniem praw podstawowych, czy też czyni to organ stosujący i interpretujący prawo. Istotne są jedynie skutki takiego działania i ich konsekwencje w postaci nieważności norm prawnych czy uchylenia wyroku sądowego. Zdaniem cytowanego autora również z art. 1 ust. 3 Ustawy Zasadniczej wynika, że prawa podstawowe działają zasadniczo względem wszelkich postaci władzy, niezależnie od tego, czy wyrażają się one w prawie publicznym, czy prywatnym³⁸¹.

Koncepcja J. Schwabego jest uważana za odzwierciedlenie tendencji panujących w naukach społecznych na początku lat 70. XX w., kiedy to nastąpił powrót do charakterystycznego dla XIX-wiecznego pozytywizmu prawniczego myślenia etatystycznego, uznającego wszechobecność, wszechwładzę i w szczególności wszechodpowiedzialność państwa. W centrum zainteresowania ówczesnej nauki znajdowała się nie tyle kwestia zobowiązania jednostek z tytułu praw

³⁸⁰ J. Schwabe, op. cit., s. 28–33.

³⁸¹ Ibidem, s. 154–155.

podstawowych, co raczej ustalenia, jaki w świetle art. 1 ust. 3 GG jest zakres związania tymi prawami organów państwa³⁸². Koncepcja J. Schwabego była przedmiotem naukowych dyskusji³⁸³, wywierając pewien wpływ na obszar badań dotyczących problemu relacji między prawem konstytucyjnym a prawem prywatnym³⁸⁴, jednak ostatecznie została uznana za ekstremalną i w związku z tym odrzucona³⁸⁵. Możliwość odwołania się do praw podstawowych, jako skierowanych przeciwko państwu praw negatywnego statusu i przypisanie państwu spowodowanych przez podmioty prywatne naruszeń praw podstawowych, nie czyni *Drittwirkung* problemem pozornym. Norma zawarta w art. 1 ust. 3 GG nie rozciąga zakresu związania organów państwa prawami podstawowymi, a jedynie wiązuje nimi tak dalece, jak one obowiązują. Ma tu zastosowanie formuła, zgodnie z którą sąd musi przestrzegać praw podstawowych, o ile mają zastosowanie, natomiast nie jest tak, że mają one zastosowanie, ponieważ sąd tak orzeka. W tym sensie art. 1 ust. 3 GG stanowi błędny punkt wyjścia³⁸⁶. Oparte na nim tezy J. Schwabego nie wyjaśniają więc podstawowego pytania związanego z zagadnieniem *Drittwirkung*, mianowicie tego, czy podmiot prywatny może powoływać się wobec innego podmiotu prywatnego na prawa podstawowe³⁸⁷. Poza tym nie da się przypisać państwu wszystkich działań podmiotów prywatnych. Wprawdzie ustawy wpływają na podmioty prywatne w zakresie dokonywanych przez nie czynności prawnych, ale co do zasady działania tych podmiotów w sferze prywatnej są podejmowane na gruncie autonomicznych decyzji, które ustawodawca w ramach przepisów jedynie w sposób ogólny legitymuje i zabezpiecza³⁸⁸.

³⁸² M. Ruffert, op. cit., s. 17–18.

³⁸³ Np. R. Alexy włączył koncepcję J. Schwabego do swojego modelu trzech płaszczyzn *Drittwirkung*. Zob. s. 8.4 niniejszej książki.

³⁸⁴ M. Ruffert, op. cit., s. 18.

³⁸⁵ Zob. krytyka R. Alexy'ego, *Teoria...*, s. 345 i n.

³⁸⁶ M. Ruffert, op. cit., s. 18.

³⁸⁷ K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band III/1, München 1988, s. 1541; M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, s. 208.

³⁸⁸ K. Stern, *Das Staatsrecht...*, s. 1551.

8.3. Negacja *Drittwirkung* C.-W. Canarisa

Niemiecki prawnik C.-W. Canaris odrzuca argumentację zwolenników zarówno pośredniego, jak i bezpośredniego *Drittwirkung*, a kwestię dotyczącą funkcjonowania praw podstawowych w relacjach prywatnoprawnych ujmuje w ramach problematyki bezpośredniego związania ustawodawcy prawami podstawowymi w zakresie prawa prywatnego i odnosi ją do standardowych funkcji państwa. Założenia swojej teorii zawarł w wydanej w 1984 r. pracy pt. *Grundrechte und Privatrecht*³⁸⁹. Zdaniem tego autora adresatem norm prawno podstawowych jest państwo i jego organy, a nie podmioty prawa prywatnego. W związku z tym co do zasady nie może być mowy o bezpośrednim *Drittwirkung* praw podstawowych. Dopuszczenie takiej formy oddziaływania norm konstytucji na podmioty prywatne skutkowałoby przeniesieniem prawa prywatnego na poziom prawa konstytucyjnego i pozbawieniem tego pierwszego jego samodzielności. C.-W. Canaris wskazuje na terminologiczny zamęt, który towarzyszy koncepcji *Drittwirkung*. Według niego należy odróżniać bezpośrednie działanie praw podstawowych pomiędzy podmiotami prywatnymi (niem. *unmittelbare Drittwirkung*) od bezpośredniego obowiązywania praw podstawowych (niem. *unmittelbare Geltung*). Zgodnie ze słowami C.-W. Canarisa o bezpośrednim *Drittwirkung* można zasadnie mówić wyłącznie wtedy, gdy sama Ustawa Zasadnicza – tak jak w przypadku art. 9 ust. 3 zd. 2 – bezpośrednio podporządkowuje podmioty prywatne prawom podstawowym. Z faktu, że adresatem praw podstawowych jest wyłącznie państwo i jego organy w sposób logiczny wynika, że bezpośrednim przedmiotem badania w zakresie zgodności z konstytucją mogą być zasadniczo tylko przejawy aktywności państwowej, czyli przede wszystkim ustawy i orzeczenia sądowe, a nie działania podmiotów prywatnych, takie jak

³⁸⁹ Praca została pierwotnie opublikowana w: „Archiv für die civilistische Praxis” 184/1984 s. 202 i n. W niniejszej książce korzystam z rozszerzonej wersji tej pracy, która ukazała się w 1999 r. Zob. C.-W. Canaris, op. cit., Berlin–New York 1999.

czynności prawne i delikty³⁹⁰. Jeśli natomiast chodzi o inne niż bezpośrednia formy oddziaływania praw podstawowych na relacje prywatne, to zdaniem C.-W. Canarisa da się je dogmatycznie uzasadnić nie w odwołaniu do koncepcji pośredniego *Drittwirkung*, ale wyłącznie za pomocą odpowiednich, „normalnych” funkcji praw podstawowych, czyli funkcji zakazu ingerencji (niem. *Eingriffsverbotsfunktion*) oraz – uzupełniająco – funkcji nakazu ochrony (niem. *Schutzgebotsfunktion*). Punktem wyjścia jego rozumowania jest twierdzenie, że prawa podstawowe mają bezpośrednie zastosowanie zarówno w obszarze tworzenia, jak i stosowania prawa. W pierwszej kolejności autor ten krytykuje przyjętą w orzecznictwie konstytucyjnym tezę G. Düriga o jedynie „pośrednim oddziaływaniu” i „pośrednim stosowaniu” praw podstawowych w obszarze prawa prywatnego. Jest ona sprzeczna z brzmieniem art. 1 ust. 3 GG, stanowiącym o bezpośrednim stosowaniu praw podstawowych w ustawodawstwie. Intensywność ich oddziaływania na prawo prywatne jest taka sama jak w przypadku prawa publicznego. Związanie ustawodawcy prawami podstawowymi wynika w sposób logiczny z hierarchicznej struktury norm i zasady *lex superior*³⁹¹. Bezpośrednie obowiązywanie norm prawno podstawowych obejmuje również stosowanie i rozwijanie prawa przez sędziów, przy czym nie wynika to jedynie z art. 1 ust. 3 GG. Decydujące znaczenie ma okoliczność, że ustawy są wypełniane określoną treścią dopiero w procesie ich aplikacji do konkretnych stanów faktycznych i gdyby proces ten pozbawić wpływu praw podstawowych, to zasada efektywności ochrony konstytucyjnej nie miałaby praktycznego znaczenia³⁹². Cytowany autor poddaje zdecydowanej krytyce dwa filary, na których opiera się dogmatyka pośredniego *Drittwirkung* w wersji zapoczątkowanej w wyroku w sprawie *Lüth*: koncepcję obiektywnego porządku wartości oraz oddziaływania promieniującego praw podstawowych. Podkreśla, że wprawdzie w relacjach prywatnych prawa podstawowe nie mają tej samej

³⁹⁰ C.-W. Canaris, op. cit., s. 34–36.

³⁹¹ Ibidem, s. 12–15.

³⁹² Ibidem.

zawartości i tego samego zasięgu jak w relacjach publicznoprawnych, jednak z pewnością nie wpływają one na prawo prywatne wyłącznie jako obiektywny system wartości. Zdaniem C.-W. Canarisa sprawy, w których FSK odwołał się do koncepcji pośredniego *Drittwirkung*, równie dobrze dało się rozstrzygnąć na podstawie „normalnych” funkcji praw podstawowych – obronnej i ochronnej³⁹³. Pozwoliłoby to uniknąć sięgania po prawnie niesklasyfikowane, niejasne i – w świetle aktualnego stanu dogmatyki prawa konstytucyjnego – zbędne pojęcie *Ausstrahlungswirkung*. W ramach krytycznej rekonstrukcji wyroku w sprawie *Lüth* C.-W. Canaris prezentuje, w jaki sposób należało rozstrzygnąć przedmiotowy spór w oparciu o funkcję zakazu ingerencji i związaną z nią zasadę proporcjonalności. Zauważa, że przedmiotem kontroli konstytucyjności nie jest rozstrzygnięcie jako takie, ale leżące u jego podstaw twierdzenie, które można ująć jako normę. *Ratio decidendi*, na którym opierało się zaskarżone do FSK rozstrzygnięcie sądu cywilnego, powinno zostać sformułowane jako norma prawna o następującym brzmieniu: „Wezwanie do bojkotu filmu zobowiązuje do zapłaty odszkodowania właścicielom kin oraz uprawnia ich do żądania jego zaprzestania, jeśli istnieje ryzyko jego powtórzenia również wtedy, gdy bojkotu dokonuje osoba prywatna i nie służy on jako środek gospodarczego nacisku w ramach uprawiania konkurencji”³⁹⁴. Tak zrekonstruowana norma, poddana bezpośredniej konfrontacji z art. 5 ust. 1 GG i zbadana pod kątem proporcjonalności ingerencji w swobodę wypowiedzi, mogłaby bez większych trudności argumentacyjnych zostać uznana za niekonstytucyjną. Odnosząc swoją teorię do innych rozstrzygnięć opartych na koncepcji pośredniego *Drittwirkung*, C.-W. Canaris zauważa, że w przypadkach, w których możliwość zastosowania praw podstawowych w ramach funkcji zakazu ingerencji doznaje ograniczeń, należy odwołać się do ich funkcji ochronnej i zakazu niedomiaru

³⁹³ Podobny pogląd wyraża R. Singer, *Grundrechte im Privatrecht: Eingriffsverbote, Schutzgebote und Teilhaberechte*, [w:] *Festschrift für Christine Windbichler zum 70. Geburtstag am 8. Dezember 2020*, G. Bachmann, S. Grundmann, A. Mengel, K. Krolop (Hrsg.), Berlin–Boston 2020, s. 148.

³⁹⁴ C.-W. Canaris, op. cit., s. 31.

(niem. *Untermaßverbot*)³⁹⁵. Na przykładzie wybranych orzeczeń pokazuje, że okoliczności, których one dotyczą, można sklasyfikować jako sprzeczne z konstytucją zaniechania udzielenia przez sądy cywilne ochrony prawom podstawowym³⁹⁶. Odwołanie do funkcji ochronnej pozwala w sposób adekwatny wyjaśnić oddziaływanie praw podstawowych na prawo prywatne. Państwowy obowiązek zapewnienia jednostkom ochrony przed naruszeniami ich praw przez inne jednostki jest bowiem, siłą rzeczy, realizowany właśnie na poziomie prawa prywatnego³⁹⁷.

8.4. Trzyplaszczynowy model *Drittwirkung* R. Alexy'ego

Założenia tego modelu zostały przedstawione przez R. Alexy'ego w wydanej w 1985 r. *Teorii praw podstawowych*³⁹⁸. Powstał on w odniesieniu do różnych stanowisk przez dziesięciolecia prezentowanych w teoretycznoprawnej debacie dotyczącej *Drittwirkung* i miał – w za-

³⁹⁵ Więcej na temat rozumienia funkcji ochronnej przez C.-W. Canarisa zob. rozdział 9.5 niniejszej książki.

³⁹⁶ C.-W. Canaris odwołuje się m.in. do orzeczeń w sprawie *Bürgerschaftsverträge i Parabolantenne*, C.-W. Canaris, op. cit., s. 37–38 i 60. Jego zdaniem pierwszym rozstrzygnięciem, w którym FSK w istocie uznał funkcję ochronną prawa podstawowego i przy jej pomocy „rozwiązał problem *Drittwirkung*”, było postanowienie w sprawie *Blinkfuer* z 1976 r. Ponieważ jednak w tym czasie funkcja ta nie była jeszcze „odkryta”, w uzasadnieniu brakuje do niej wyraźnych nawiązań. Więcej na ten temat zob. ibidem, s. 56 i n. Z kolei według R. Singera w przypadku wyroku w sprawie *Lüth* można było odwołać się do funkcji ochronnej praw podstawowych. Jeśli bowiem E. Lüthowi wolno było wzywać do bojkotu, to pojawia się pytanie, czy na ustawodawcy nie ciążył obowiązek chronienia V. Harlana i operatorów kin w zakresie ich swobody artystycznej i zawodowej. Formą ochrony mogłoby tu być prawo do obrony przed ingerencją (był nim bojkot) w ich prawa i prawo do roszczenia odszkodowawczego. R. Singer, op. cit., s. 148.

³⁹⁷ C.-W. Canaris, op. cit., s. 38.

³⁹⁸ Teorię R. Alexy'ego rekonstruuje na podstawie polskiego tłumaczenia, uzupełnionego o odwołania do wersji oryginalnej. W polskiej literaturze model *Drittwirkung* tego autora omawia M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, s. 203–206. Odwołuje się do niego również B. Skwara, *W obronie...*, passim.

myśle autora – stanowić próbę rozwiązania problemów, które zostały w tej dyskusji podniesione.

Zdaniem R. Alexy’ego kwestia sposobu, w jaki normy praw podstawowych oddziałują na relacje obywatel–obywatel, jest problemem konstrukcji. Stworzony przez tego uczonego model *Drittwirkung* nawiązuje do trzech teorii konstrukcji, które odpowiadają trzem znanym koncepcjom *Drittwirkung*, ukazującym odmienny sposób oddziaływania praw podstawowych w relacjach horyzontalnych: teorii pośredniego *Drittwirkung*, teorii bezpośredniego *Drittwirkung* oraz teorii związania państwa prawami podstawowymi jako publicznymi prawami podstawowymi³⁹⁹. Zasięg wymienionych konstrukcji jest różny, jednak ich zastosowanie w konkretnym przypadku prowadzi do jednakowych wyników (równoważność rezultatów konstrukcji). Wszystkie trzy konstrukcje uwzględniają bowiem odmienną relacji obywatel–obywatel w stosunku do relacji obywatel–państwo, dopuszczają gradację siły wpływu praw podstawowych na relacje horyzontalne oraz odwołują się do mechanizmu ważenia w sytuacji kolizji między nimi. Z punktu widzenia rezultatu decydujące znaczenie ma więc nie konstrukcja, ale wartościowanie, do którego się odwołano w ramach jej zastosowania. Fakt, że rezultaty konstrukcji są równoważne, nie oznacza, iż pytanie o ich słuszność jest bezpodstawne. Jednak – jak zaznacza R. Alexy – błędne jest rozpowszechnione w nauce założenie, że tylko jedna z nich musi być prawidłowa. Każda z nich dotyka innych aspektów relacji prawnych charakterystycznych dla *Drittwirkung*, dlatego jedynie model ujmujący wszystkie wymiary może dać adekwatne rozwiązanie. Trzy płaszczyzny uwzględnione w tym schemacie nie pozostają ze sobą w relacji nadrzędności jednej względem innych, ale wzajemnego wynikania⁴⁰⁰. Są to płaszczyzny: obowiązków państwa, praw względem państwa oraz prawnych relacji między podmiotami prywatnymi.

³⁹⁹ R. Alexy, *Teoria...*, s. 396–397. W wersji oryginalnej dzieła: „*Drittwirkung* za pośredniczone w prawach skierowanych przeciwko państwu” (*durch Rechte gegenüber dem Staat vermittelte Drittwirkung*), zob. idem, *Theorie...*, s. 481.

⁴⁰⁰ Idem, *Theorie...*, s. 485.

Na płaszczyźnie obowiązków państwa osadzona jest teoria pośredniego *Drittwirkung*. Z faktu, że normy praw podstawowych jako obiektywny porządek wartości obowiązują we wszystkich obszarach prawa, wynika dla państwa obowiązek ich przestrzegania zarówno w ramach cywilnoprawnego ustawodawstwa, jak i cywilnoprawnego orzecznictwa. Zostało to ujęte w wyroku w sprawie *Lüth*: zgodnie z wymogiem konstytucyjnym sędzia musi zbadać, czy stosowane przez niego przepisy materialnego prawa cywilnego pozostają pod wpływem praw podstawowych; jeżeli tak, to podczas interpretacji i stosowania tych przepisów musi przestrzegać wynikającej z tego wpływu modyfikacji prawa prywatnego.

Druga płaszczyzna obejmuje istotne z punktu widzenia relacji horyzontalnej prawa obywateli wobec państwa. W jej ramach R. Alexy rozpatruje – w nawiązaniu do koncepcji J. Schwabego – prawa obronne, jednocześnie włączając w jej obszar również prawa ochronne. To, że sędzia przy interpretowaniu i stosowaniu norm prawa cywilnego ma obowiązek przestrzegania podstawowego porządku wartości, nie mówi jeszcze, że naruszy on prawa podstawowe w formie praw podmiotowych, jeśli tego obowiązku nie dopełni. Prawo może być naruszone tylko przez tego, przeciwko komu ono przysługuje. Skoro sądy cywilne poprzez treść swoich wyroków mogą naruszać prawa obywateli, to musi tu chodzić o prawa obywateli przeciwko orzecznictwu, a zatem przeciwko państwu. Można by więc uznać, że prawa te nie są niczym innym jak prawami obronnymi przeciwko państwu, a więc prawami o statusie negatywnym. Tego aspektu dotyczy wyrok w sprawie *Lüth*, w którym FSK uznał, że sąd cywilny, zakazawszy skarżącemu wypowiadać się w określony sposób, naruszył jego wolność wypowiedzi. Jednak zdaniem R. Alexy’ego ograniczenie zawartości praw podstawowych do ich aspektu obronnego ma istotne wady i wymaga uzupełnienia przez odwołanie się do ich funkcji ochronnej. Konstrukcja praw obronnych daje się bowiem zastosować jedynie wówczas, gdy mamy do czynienia z nakazami i zakazami, a już nie wtedy, gdy jakiś podmiot praw podstawowych zwraca się przeciwko wyraźnym lub dorozumianym zezwoleniom przyznanym innym podmiotom praw podstawowych. Zatem

nie jest ona wystarczająca do pełnego ujęcia oddziaływań praw podstawowych na prawo prywatne, w których pośredniczy państwo. Ten problem ukazuje sprawa *Blinkfüer*, w której Trybunał Federalny oddalił powództwo wydawcy pisma o odszkodowanie w związku z wezwaniem do jego bojkotu wystosowanym przez inne wydawnictwo. Oddalenie powództwa oznaczało, że nawoływanie do bojkotu zostało uznane za dozwolone. Stwierdzone następnie w wyroku FSK naruszenie przez TF prawa podstawowego z art. 5 GG polegało nie na ingerencji organu państwa w prawo podstawowe do wolności prasy, ale na niezagwarantowaniu jednemu podmiotowi prywatnemu ochrony państwa w obliczu krzywdzącego go działania drugiego podmiotu prywatnego. Uzupełnienie konstrukcji prawa obronnego poprzez połączenie z konstrukcją prawa do ochrony wymaga jeszcze bezpośredniego odniesienia do orzecznictwa, ponieważ dopiero wtedy połączenie, o którym mowa, zyskuje walor konstrukcji jednorodnej. Daje ona obywatelowi prawo domagania się od reprezentującego państwo sądu cywilnego, aby w nakazanym wymiarze uwzględnił on zasadę prawnopodstawową przemawiającą za dochodzoną przez obywatela pozycją. Jeśli sąd tego nie uczyni, to – w zależności od przypadku – naruszy prawo obronne albo prawo do ochrony⁴⁰¹.

Na trzeciej płaszczyźnie R. Alexy rozpatruje wpływ praw podstawowych na relacje prawne między podmiotami prywatnymi. Tu jest osadzona teoria bezpośredniego *Drittwirkung*. R. Alexy podkreśla, że z samej definicji praw podstawowych wynika, iż w przypadku bezpośredniego *Drittwirkung* nie może chodzić o to, że prawa obywatela wobec państwa są równocześnie prawami tego obywatela względem innych obywateli. Aby zaistniał ten rodzaj horyzontalnego oddziaływania praw podstawowych nie wystarczy również zwykła zmiana ich adresata z państwa na obywatela. Jest to niemożliwe z powodów pojęciowych, ponieważ obywatel nie może mieć wobec innego obywatela prawa do tego, aby ten np. wydał określone ustawy. Częściowo wyklucza to również okoliczność, że normy praw podstawowych w relacji

⁴⁰¹ Idem, *Teoria...*, s. 400–403.

obywatel–obywatel z powodu obustronnej podmiotowości prawnopodstawowej mają inną siłę oddziaływania niż w relacji obywatel–państwo⁴⁰². Zdaniem R. Alexy’ego w bezpośrednim *Drittwirkung* chodzi o to, że wpływ praw podstawowych na relację obywatel–obywatel przekłada się na istnienie takich pozycji prawnopodstawowych, które inaczej by nie istniały. Są to określone prawa i nie-prawa, wolności i nie-wolności, kompetencje i nie-kompetencje⁴⁰³. W takim rozumieniu bezpośredniego *Drittwirkung* zarówno z teorii pośredniego *Drittwirkung*, jak i *Drittwirkung*, w których pośredniczy państwo, wynika bezpośrednio horyzontalne działanie praw podstawowych, co R. Alexy pokazuje na przykładzie orzeczenia w sprawie *Blinkfuer*. FSK stwierdził wtedy, że obiektywny porządek wartości, leżący u podstaw praw podstawowych, wpływa na sposób rozumienia § 823 BGB w zakresie pojęcia bezprawności. Odpowiada to teorii pośredniego *Drittwirkung*. W ocenie Trybunału Federalnego wezwanie do bojkotu ze strony wydawnictwa Springer nie jest sprzeczne z prawem. Zatem wydawca pisma „Blinkfuer” nie ma wobec wydawnictwa Springer prawa do tego, aby zaniechało ono nawoływania do bojkotu. To nie-prawo wydawcy „Blinkfuer” do zaniechania jest równoważne z zezwoleniem dla wydawnictwa Springer do kontynuowania nawoływania do bojkotu. Według FSK zasady prawnopodstawowe prowadzą do dokładnie przeciwnego wniosku. Na ich podstawie istnieje prawo wydawcy „Blinkfuer” wobec wydawnictwa Springer, aby zaniechało ono nawoływania do bojkotu. Jest ono równoważne ze zobowiązaniem wydawnictwa wobec wydawcy do zaniechania nawoływania do bojkotu. Zatem zasady prawnopodstawowe prowadzą w relacji prywatnoprawnej do powstania praw i obowiązków koniecznych z powodu obowiązywania owych zasad, a te prawa i obowiązki nie byłyby konieczne, gdyby te zasady nie obowiązywały. W tym wyraża się bezpośrednio *Drittwirkung*. Tym samym teoria pośredniego *Drittwirkung* nieuchronnie prowadzi do *Drittwirkung* bezpośredniego. Podobnie wygląda sytuacja w przypadku teorii horyzontalnego

⁴⁰² Ibidem, s. 403.

⁴⁰³ R. Alexy, *Theorie...*, s. 490.

działania praw podstawowych, w którym pośredniczy państwo. Trybunał Federalny naruszył prawo wydawcy „Blinkfuer” do ochrony w relacji równorzędnej, ponieważ nie uwzględnił w nakazanym wymiarze zasady prawnopodstawowej przemawiającej za pozycją dochodzoną przez wydawcę. Taki wniosek musiało poprzedzać założenie, że wymagane przez zasadę prawnopodstawową definitywne prawo wydawcy wobec wydawnictwa do zaniechania bojkotu istniało. W związku z powyższym R. Alexy konkluduje, że – tak jak twierdził W. Leisner – *Drittwirkung* ostatecznie zawsze będzie bezpośrednie. Nie wolno tego jednak rozumieć w ten sposób, że istnieje jedynie płaszczyzna bezpośredniego *Drittwirkung*. Istnieją trzy jednakowo ważne płaszczyzny; żadna nie może sobie rościć pierwszeństwa względem pozostałych. Każda z nich dotyka innego aspektu tej samej sprawy. O tym, która znajdzie zastosowanie w uzasadnieniu danej sprawy, decydują względy celowości⁴⁰⁴.

Autor *Teorii praw podstawowych* konfrontuje swoją koncepcję z ewentualnym zastrzeżeniem, że bezpośrednio *Drittwirkung* prowadzi do niedopuszczalnego wyeliminowania lub ograniczenia autonomii prywatnej. Zarzut ten odpiesza, odwołując się do argumentu, że sama autonomia prywatna, a nie tylko jej ograniczenie, jest przedmiotem gwarancji praw podstawowych, tym samym więc ich horyzontalnego działania. Wadą dyskusji na ten temat było częste stawianie na pierwszym planie kwestii ograniczenia prywatnej autonomii i nietraktowanie jej ochrony jako kwestii równorzędnej. To, jak wytyczane są granice prywatnoprawnych kompetencji, jest kwestią treści, a ostatecznie kwestią wyważenia. Poprzez stwierdzenie bezpośredniego *Drittwirkung* we wspomnianym znaczeniu nic w przypadku tej treści nie zostaje z góry przesądzone, za to obraz praw podstawowych ulega wyostrzeniu⁴⁰⁵.

Za poważniejszy R. Alexy uważa zarzut, zgodnie z którym bezpośrednio *Drittwirkung* jest nie do pogodzenia z rolą prawa cywilnego, a nawet czyni to drugie zbędnym. Miałoby to wynikać z tego, że sędzia mógłby rozstrzygać spory cywilnoprawne bezpośrednio w oparciu

⁴⁰⁴ Idem, *Teoria...*, s. 403–404.

⁴⁰⁵ Idem, *Theorie...*, s. 491.

o normy praw podstawowych, z pominięciem norm prawa cywilnego. Zarzut ten nie uwzględnia faktu, że zasady prawnopodstawowe nie dają dokładnego rozwiązania w każdym przypadku. Istnieje nieskończona liczba sytuacji, w których w świetle norm praw podstawowych możliwe jest więcej niż jedno rozwiązanie. Wtedy normy cywilnoprawne mają znaczenie przesądzające. Ponadto często nie jest pewne, czego zasady prawnopodstawowe wymagają w danym przypadku. W takich sytuacjach jest niezbędne, aby – w interesie jednolitej praktyki orzeczniczej oraz w celu realizacji zasady bezpieczeństwa prawnego i równego traktowania – sędzia mógł wesprzeć się na autorytatywnym materiale orzeczniczym, takim jak normy ustawowe, precedensowe i uznane twierdzenia dogmatyczne. Sędzia jest więc *prima facie* związany prawem cywilnym występującym w tych formach i jeśli kierując się zasadami prawnopodstawowymi, chce od niego odstąpić, to ponosi ciężar argumentacji⁴⁰⁶.

Przywoływany badacz odnosi się również do pytania, czy wraz z koniecznością stosowania norm cywilnoprawnych w ich funkcji pośredniczącej wyeliminowana zostaje bezpośredniość *Drittwirkung*. Byłoby tak, gdyby owa bezpośredniość oznaczała zbędność norm prawa cywilnego. Taka definicja bezpośredniego *Drittwirkung* prowadziła by do absurdu. Uczony powtarza, że najistotniejsze w omawianej teorii jest to, że zasady prawnopodstawowe, oddziałując na system prawa prywatnego, wymagają lub wykluczają istnienie w relacji obywatel–obywatel określonych praw i nie-praw, wolności i nie-wolności oraz kompetencji i nie-kompetencji, które bez obowiązywania zasad prawnopodstawowych, a zatem wyłącznie na bazie systemu prawa cywilnego niepoddanego wpływowi praw podstawowych, nie byłyby konstytucyjnie niezbędne lub niemożliwe. W tym sensie można mówić o istnieniu bezpośredniego *Drittwirkung*⁴⁰⁷.

Cechą wyróżniającą trzypłaszczyznowy model *Drittwirkung* jest to, że nie stanowi ona nowej koncepcji horyzontalnego działania praw

⁴⁰⁶ Idem, *Teoria...*, s. 405.

⁴⁰⁷ Ibidem, s. 405–406.

podstawowych, ale jest oryginalną syntezą dotychczasowych ujęć tego zagadnienia. Nie znalazła wprawdzie odzwierciedlenia w orzecznictwie sądowym, jest jednak uważana za jedną z najbardziej znaczących prób teoretycznoprawnej racjonalizacji problematyki wpływu praw podstawowych na prawo prywatne⁴⁰⁸. Słabością propozycji R. Alexy'ego jest to, że jako połączenie dotychczasowych teorii nie jest ona w stanie przewyżżyć ich ograniczeń. Pokazuje jednak potrzebę kompleksowego spojrzenia na wielowymiarowy problem *Drittwirkung*. Dowodząc, że jego istota leży nie w danej konstrukcji, ale w wartościowaniu, które ją wypełnia, R. Alexy zwrócił uwagę na potrzebę reorientacji nauki o *Drittwirkung*⁴⁰⁹.

8.5. Teoria *Drittwirkung* zapośredniczonego w prawach skierowanych przeciwko państwu M. Borowskiego. Moralne uzasadnienie *Drittwirkung*

Najnowsza próba modyfikacji założeń koncepcji *Drittwirkung* pochodzi od M. Borowskiego, który zaprezentował ją w publikacjach wydanych w ostatnim dwudziestoleciu⁴¹⁰. W zakresie konstrukcji M. Borowski jest kontynuatorem myśli R. Alexy'ego. Podobnie jak on sceptycznie odnosi się do rozróżnienia dwóch klasycznych wariantów *Drittwirkung*, bezpośredniego i pośredniego, uznając, że rezultat ich zastosowania jest równoważny. M. Borowski stawia pytanie, czy bazujący na orzecznictwie konstytucyjnym spór o to, czy prawa podstawowe obowiązują między podmiotami prywatnymi bezpośrednio czy jedynie wpływają na prawa ujęte w prawie prywatnym, modyfikując ich treść, nie jest w istocie jedynie sporem o słowa. Punktem wyjścia jego teorii

⁴⁰⁸ M. Ruffert, op. cit., s. 19–20.

⁴⁰⁹ Ibidem, s. 20.

⁴¹⁰ Przede wszystkim M. Borowski, *Die Drittwirkung vor dem Hintergrund der Transformation moralischer Menschenrechte in der Grundrechte*, [w:] *Menschenrechte in die Zukunft Denken. 60 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte*, H.J. Sandkühler (Hrsg.), Baden-Baden 2009, s. 109–126 oraz rozszerzona wersja jego najbardziej znanej książki: *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden 2018, passim.

jest teza, że kwestie podejmowane w ramach dwóch klasycznych teorii bezsprzecznie oddają ważną część problemu horyzontalnego skutku praw podstawowych, ale z pewnością nie rozstrzygają wszystkich wątpliwości, dlatego konieczne jest znalezienie bardziej wyczerpującego rozwiązania⁴¹¹. W tym celu proponuje rozszerzenie perspektywy związanej z podziałem na bezpośrednie i pośrednie *Drittwirkung* przez odwołanie się do konstrukcji *Drittwirkung* zapośredniczonego w prawach skierowanych przeciwko państwu (niem. *durch Rechte gegen den Staat bewirkte Drittwirkung*). Słuszność tej konstrukcji uczoney opiera na idei praw człowieka, ujętych jako prawa moralne przetransformowane w prawa podstawowe.

W swojej teorii wychodzi od przedstawienia uwag krytycznych wobec utrwalonych w nauce i orzecznictwie sposobów ujęcia oddziaływania praw podstawowych w ramach konstrukcji *Drittwirkung*. Zauważa, że drugi podmiot prywatny jest w relacji horyzontalnej określany jako „trzeci” tylko dlatego, że dołącza do relacji między państwem i pierwszym podmiotem prywatnym, w której prawa podstawowe działają wertykalnie. Taka relacja istnieje oczywiście również między państwem a drugim podmiotem. W związku z powyższym pojęcie *Drittwirkung* daje się opisać poprzez odwołanie do wyobrażenia trójkąta (niem. *Dreieck*), na którego wierzchołku znajduje się państwo, a u podstaw podmioty prywatne⁴¹². M. Borowski uważa, że obydwie wersje *Drittwirkung* za bardzo koncentrują się na relacji horyzontalnej: określenie wersji bezpośredniej jako absolutnego obowiązywania praw podstawowych „ukrywa” znaczenie państwa; podobnie pośrednie *Drittwirkung* koncentruje się na relacji między podmiotami prywatnymi i obowiązującym ich prawie prywatnym, nawet jeśli oczywiście państwo jest w tej konstrukcji obecne w postaci sędziego związanego prawami podstawowymi. Rozwiązanie M. Borowskiego polega na tym, aby horyzontalne działanie praw podstawowych ująć w odniesieniu do praw, którymi w danym przypadku jeden z podmiotów prywatnych dysponuje

⁴¹¹ M. Borowski, *Die Drittwirkung...*, s. 117.

⁴¹² Na ten temat zob. również rozdział 1.2 niniejszej książki.

przeciwko państwu (*Drittwirkung* zapośredniczone w prawach skierowanych przeciwko państwu). W tym wariacie konstrukcyjnym – w przeciwieństwie do dwóch klasycznych – działanie horyzontalne jest zakorzenione w działaniu wertykalnym; na pierwszym planie jest orientacja na państwo⁴¹³. Podstawowym założeniem tego rozwiązania jest to, że obowiązywanie praw i obowiązków między jednostkami jest konsekwencją jednej z dwóch sytuacji: przysługiwania podmiotowi prywatnemu albo praw obronnych przeciwko działaniom państwa, albo praw do ochrony ze strony państwa dóbr prawnych gwarantowanych prawami podstawowymi. W tym sensie pośredni efekt horyzontalny jest ukształtowany zawartością praw w relacjach wertykalnych. Jeśli prawa podstawowe jako prawa obronne lub ochronne przysługują wobec państwa, to jako *legi superiori* mają w relacjach prywatnoprawnych pierwszeństwo przed prawem ustawowym. Tak dalece, jak jest to możliwe, prawo to musi być interpretowane w zgodzie z konstytucją. Podczas gdy w ramach przeciwstawiania sobie bezpośredniego i pośredniego *Drittwirkung* koncentrujemy się na relacji między podmiotami prywatnymi i naturze obowiązujących między nimi praw jako konstytucyjno- lub też cywilnoprawnych, przy proponowanym przez M. Borowskiego wariacie konstrukcyjnym to rola państwa jest w centrum. Prawa i obowiązki obowiązujące między podmiotami prywatnymi stają się treścią roszczeń przeciwko państwu, co zostało ukazane za pomocą trójkąta. W przypadku sprawy *Lüth* V. Harlan nie miał roszczenia o odszkodowanie przeciwko E. Lüthowi (w stosunku horyzontalnym), ponieważ to wyrok sądu cywilnego, który przyznał to odszkodowanie, naruszył prawo do wolności wypowiedzi jako prawo obronne (w relacji wertykalnej pomiędzy państwem a E. Lüthem)⁴¹⁴.

Odnosząc się do wyodrębnienia podstawowych praw obronnych i ochronnych, M. Borowski stwierdza, że każde z tych ujęć przedstawia tylko jedną stronę medalu i błędne są podejmowane w nauce próby skonstruowania *Drittwirkung* tylko w odniesieniu do praw obronnych.

⁴¹³ M. Borowski, *Die Drittwirkung...*, s. 117.

⁴¹⁴ *Ibidem*, s. 117–118.

Na przykładzie rozstrzygnięcia w sprawie *Blinkfuer* pokazuje, że obronoprawne ujęcie sporu, którego ta sprawa dotyczyła, byłoby możliwe tylko wtedy, gdyby naruszenie praw podstawowych przez wydawnictwo Springer dało się przypisać państwu. Tymczasem, zdaniem M. Borowskiego, wadliwość orzeczenia sądu cywilnego w tej sprawie polegała nie na tym, że naruszyło ono prawa obronne, lecz na tym, że nie zapewniono w nim nakazanej konstytucyjnie ochrony. Wydawnictwo Springer dysponuje dużą siłą gospodarczą, dlatego mały wydawca musi być przez państwo chroniony przed nieuczciwymi środkami wpływania na opinię publiczną. Podobnie nie należy rekonstruować *Drittwirkung*, bazując wyłącznie na ochronnoprawnym wymiarze praw podstawowych. Takie podejście wynika z zupełnego pominięcia istotności ich funkcji obronnej albo z nadzwyczajnego rozszerzenia wymiaru ochronnego praw podstawowych. Jedynie więc kompleksowe ujęcie – uwzględniające zarówno obronne, jak i ochronne oddziaływanie praw podstawowych poprzez strukturę trójkąta – pozwala odpowiednio uwzględnić wszystkie przypadki. Prawo, które miałyby obowiązywać pomiędzy podmiotami prywatnymi, staje się treścią odpowiednio prawa do obrony lub ochrony przeciwko państwu⁴¹⁵.

Argumentacja M. Borowskiego uwidacznia niewielką w istocie różnicę między tradycyjnym, pośrednim *Drittwirkung* ukształtowanym przez FSK a *Drittwirkung* zapośredniczonym w prawach przeciwko państwu. Zdaniem tego autora tradycyjna rekonstrukcja może być rozumiana jako część bardziej kompleksowej interpretacji. W obydwu przywołanych sprawach, *Lüth* i *Blinkfuer*, wykładnia ustaw w zgodzie z konstytucją może być traktowana jako nieodłączna część oceny roszczenia wynikającego z praw obronnych i ochronnych. Konstrukcja pośredniego *Drittwirkung* napotyka jednak problem, jeśli brakuje odpowiednich przepisów ustawowych albo gdy nie poddają się one konstytucyjnie pożądanej wykładni. W zaproponowanej przez M. Borowskiego konstrukcji rozwiązanie tego problemu następuje dzięki uznaniu tzw. prawa do legislacji, co autor ilustruje odwołaniem

⁴¹⁵ Ibidem, s. 120–121.

do orzeczenia wydanego w 1990 r. przez Wyższy Sąd Administracyjny w Kassel⁴¹⁶. Sprawa dotyczyła uzyskania w latach 80. XX w. przez prywatne przedsiębiorstwo licencji na prowadzenie zakładu, w którym miała być produkowana insulina ludzka przy użyciu genetycznie zmodyfikowanych mikroorganizmów. Udzieleniu licencji sprzeciwili się mieszkańcy terenów sąsiadujących z zakładem. W ówczesnym systemie prawa RFN nie było przepisów ustawowych, które regulowałyby przemysłowe wykorzystanie inżynierii genetycznej. Nie było więc możliwości udzielenia im ochrony w drodze pośredniego horyzontalnego zastosowania prawa podstawowego do życia i nietykalności cielesnej z art. 2 ust. 2 zd. 1 GG. Z kolei przedsiębiorstwo miało możliwość powołania się wobec państwa na zakaz ingerencji w jego prawo podstawowe do swobody w zakresie badań naukowych z art. 5 ust. 3 zd. 1 GG oraz wolność zawodu z art. 12 ust. 1 GG. Sąd uznał, że z uwagi na małą przejrzystość działań w obszarze inżynierii genetycznej i wynikające z tego szczególne zagrożenia dla człowieka istnieją ważne powody, aby protestującym mieszkańcom udzielić skutecznej ochrony. W tym celu odwrócił regułę tradycyjnie kształtującą relacje obywatela z państwem, polegającą na tym, że wolność jest standardem, a dopiero jej ograniczanie wymaga uzasadnienia, i przyjął, że skorzystanie z wolności w zakresie przemysłowego wykorzystania inżynierii genetycznej może być dopuszczone tylko wtedy, gdy ustawodawca w sposób wyraźny takie uprawnienie przyzna w drodze ustawy. Jak podkreśla M. Borowski, w okolicznościach przedstawionej sprawy jedynie konstrukcja *Drittwirkung* zapośredniczonego w prawach względem państwa, a dokładniej wynikające z niej prawo do legislacji, jest w stanie zapewnić właściwą ochronę prawu podstawowemu do życia i nietykalności cielesnej w relacjach horyzontalnych⁴¹⁷.

W drugiej części swojej teorii M. Borowski ujmuje koncepcję *Drittwirkung* na tle idei transformacji praw moralnych w prawa podstawowe. Twierdzi, że moralne ugruntowanie praw podstawowych jest

⁴¹⁶ Wyrok z 6 listopada 1989 r., VGH Kassel, NJW 1990, s. 336 i n.

⁴¹⁷ M. Borowski, *Die Drittwirkung...*, s. 119–120.

argumentem uzasadniającym *Drittwirkung* jako konstrukcję, dzięki której możliwe jest utrzymanie charakteru *erga omnes* praw człowieka już po tym, jak zostaną przekształcone w prawa podstawowe. Odniesienie do transformacji, o której mowa, ma ponadto pozwolić udzielić odpowiedzi na istotne pytania, jakie pojawiają się w związku z konstrukcją *Drittwirkung* zapośredniczonego w prawach skierowanych wobec państwa. Jak wyżej pokazano, w ramach tej konstrukcji efekt horyzontalny jest ustalany poprzez zawartość praw działających w wymiarze wertykalnym. M. Borowski zauważa jednak, że to, iż *Drittwirkung* pojęciowo implikuje orientację praw podstawowych na państwo, nic jeszcze nie mówi o tym, czy ta implikacja dotyczy istoty rzeczy, a zatem czy stosunek między podmiotami prywatnymi jest w sposób decydujący kształtowany przez prawa podstawowe i prawa człowieka, czy dzieje się tak tylko w ograniczonym stopniu. Jest to kwestia siły efektu horyzontalnego. Na pytanie, czy i jak dalece prawa podstawowe są wewnętrznie zorientowane na państwo, należy odpowiedzieć w odniesieniu do idei ujmującej prawa podstawowe jako przetransformowane prawa moralne⁴¹⁸. Jednocześnie moralne ugruntowanie praw konstytucyjnych i międzynarodowych praw człowieka jest argumentem za tym, aby uznać, że zagadnienie ich horyzontalnego efektu jest prawnie istotne.

Istotą transformacji, o której mowa, jest „doposażenie” normy gwarantującej dane prawo człowieka w podstawę obowiązywania: do podstawy moralnej jest dołączana podstawa prawna, przez co uprzednio norma wyłącznie moralna zostaje przekształcona w normę prawną i tym samym włączona do danego systemu prawa. W zależności od tego, czy norma zostaje włączona do konstytucji danego państwa, czy międzynarodowej konwencji, staje się odpowiednio normą narodowego prawa konstytucyjnego albo normą prawa międzynarodowego⁴¹⁹. W kontekście problematyki *Drittwirkung* kluczowe jest to, że instytucjonalizacja, o której mowa, nie pozbawia przekształcanej normy jej moralnego ugruntowania poprzez zastąpienie go uzasadnieniem prawnym.

⁴¹⁸ Ibidem, s. 121.

⁴¹⁹ Idem, *Grundrechte...*, s. 49.

Norma taka jest w dalszym ciągu ugruntowana moralnie i w tym sensie można ją określać jako normę podstawową i prawnoczuwczą, a chronione przez nią prawo – jako „prawo podstawowe i prawo człowieka”. W zakresie uzasadnienia instytucjonalizacji praw człowieka M. Borowski odwołuje się do teorii, zgodnie z którą z praw tych wynika „moralny nakaz ich transformacji w prawa podstawowe”⁴²⁰. Bez tego przekształcenia nie byłoby możliwe zapewnienie efektywnej ochrony dobrom gwarantowanym przez prawa człowieka⁴²¹.

Powiązanie między transformacją praw człowieka z zagadnieniem *Drittwirkung* jest prawnie doniosłe w związku z charakterem praw człowieka jako praw moralnych obowiązujących *erga omnes*. Oznacza

⁴²⁰ Jako zwolennika tej teorii M. Borowski wskazuje m.in. R. Alexy’ego i jego pracę *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, [w:] *Philosophie der Menschenrechte*, St. Gosepath, G. Lohmann (Hrsg.), Frankfurt 1998, s. 244–264. Zob. M. Borowski, *Die Drittwirkung...*, s. 123 i idem, *Grundrechte...*, s. 50.

⁴²¹ W szczególności trzy argumenty przemawiają za tym, że wskazana transformacja zwiększa efektywność ochrony. Pierwszy argument (*Argument der Durchsetzung*) nawiązuje do okoliczności związanej z tym, że prawa człowieka nie dysponują aparatem służącym do ich skutecznego wyegzekwowania. Ich naruszenie może być ocenione jedynie w aspekcie moralnym. Z kolei prawa podstawowe, jako część prawa instytucjonalnego, obowiązują na mocy autorytatywnego ustanowienia, co z kolei pociąga za sobą groźbę sankcji w przypadku ich nieprzestrzegania. Ponadto istnienie różnych koncepcji moralności niemożliwym czyni sformułowanie jednego katalogu praw człowieka, który mógłby znaleźć zastosowanie w konkretnych przypadkach. Wraz z transformacją powstaje ich prawnie wiążący katalog, a określone organy państwa zostają wyposażone w kompetencję do ich stosowania według ustalonych procedur. W tym kontekście M. Borowski mówi o zwiększeniu pewności w zakresie rozpoznania treści praw człowieka (*Argument der Erkenntnis*). Potrzeba transformacji praw człowieka do prawa państwowego jest szczególnie duża w przypadku praw do świadczeń. Na przykładzie prawa do minimum egzystencji M. Borowski pokazuje trudności, jakie towarzyszą próbie ustalenia podmiotowego zakresu obowiązywania tego prawa, jeśli rozpatrywać je na płaszczyźnie prawa moralnego. Z uwagi na *erga omnes* charakter praw człowieka należałoby przyjąć, iż obowiązek zapewnienia minimum egzystencji obciąża każdego, kto z uwagi na swoje zasoby materialne i organizacyjne jest zdolny do jego realizacji, co z kolei mogłoby prowadzić do tak znacznego obciążenia zobowiązanego, że on sam znalazłby się w pozycji osoby potrzebującej pomocy. W związku z powyższym konieczna jest instytucjonalizacja sposobu realizacji praw do świadczeń przez państwo jako organizację prawną (*Argument der Organization*). Zob. idem, *Grundrechte...*, s. 50–51.

to, że są one adresowane również do osób fizycznych i prawnych oraz oczywiście do państwa. Jednakże dla obowiązywania praw moralnych nie jest konieczne uprzednie powstanie organizacji państwowej, ponieważ fakt ten w żaden sposób nie warunkuje ich powszechnej skuteczności. Transformacja niesie wszakże ze sobą zmiany w strukturze praw. Prawa, które wyjściowo mają charakter skutecznych *erga omnes*, stają się prawami skierowanymi w pierwszej kolejności przeciwko państwu. Państwo jako konstrukt jurydyczny niejako przejmuje moralne zobowiązania jednostek i stając się „punktem przypisania” ich zobowiązań z tytułu praw podstawowych pośredniczy w relacjach horyzontalnych. W ten sposób pierwotnie bezpośrednio *Drittwirkung* praw człowieka przechodzi – w ramach figury trójkąta kształtującego relacje horyzontalne – w pośrednie *Drittwirkung* praw podstawowych⁴²². Transformacja stawia w centrum rozważań państwo. Wprowadzeniu praw człowieka do prawa państwowego nie towarzyszy utrzymanie struktury *erga omnes* praw człowieka. Prawa podstawowe powstają od początku jako co do zasady skierowane przeciwko państwu. Nie jest więc przypadkiem, że centralne postanowienia w katalogach praw podstawowych z reguły jako ich adresata wskazują państwo, a nie podmioty prywatne. Naturalnie istnieją prawa i obowiązki między osobami prywatnymi w relacjach horyzontalnych. Jednak z perspektywy prawnopodstawowej miarodajne jest to, że państwo do pewnego stopnia uczestniczy w naruszeniach praw podmiotu prywatnego przez drugi podmiot prywatny albo – gdy jednostka jest zagrożona naruszeniem jej dóbr ujętych w prawach podstawowych lub prawach człowieka, a sama nie jest w stanie sobie efektywnie pomóc – chroni ją za pomocą odpowiednich środków.

Teoria *Drittwirkung* zapośredniczonego w prawach skierowanych przeciwko państwu opiera się na ujęciu praw podstawowych

⁴²² Ibidem, s. 49–50. W innym miejscu cytowany autor zwraca jednak uwagę, że tak naprawdę pojęcie zorientowanego na państwo *Drittwirkung* jest całkowicie nieodpowiednie do opisu obowiązywania praw człowieka, ponieważ jako prawa moralne o strukturze *erga omnes* i tak wiążą na równi wszystkie podmioty. Zob. M. Borowski, *Die Drittwirkung...*, s. 125.

w ich tradycyjnym wymiarze, czyli jako praw, których adresatem jest co do zasady państwo. W tym sensie M. Borowskiego można uznać za zwolennika pośredniego *Drittwirkung*, a zaproponowane przez niego rozwiązanie za modyfikację i rozwinięcie tej koncepcji. Komplementarność teorii M. Borowskiego polega na połączeniu pośredniego *Drittwirkung* z konstrukcją obowiązków ochronnych państwa i w tym sensie jest ujęciem węższym niż postulowane przez R. Alexy'ego łączne uwzględnienie trzech płaszczyzn, w tym bezpośredniego horyzontalnego oddziaływania praw podstawowych. Ujęcie *Drittwirkung* na tle idei instytucjonalizacji praw człowieka ukazuje jego walor jako koncepcji, która pozwala zwiększyć efektywność praw podstawowych. Kieruje uwagę na moralne argumenty przemawiające za działaniem praw podstawowych w relacjach horyzontalnych.

8.6. Uwagi podsumowujące

Zaprezentowane wyżej teoretyczne ujęcia *Drittwirkung* zostały zasadniczo skonstruowane na podstawie rozwiązań Ustawy Zasadniczej RFN z 1949 r. i orzecznictwa FSK, jednak mogą stanowić ważny punkt odniesienia dla badaczy przedmiotowej problematyki w innych państwach, w tym w Polsce. Przemawia za tym podobieństwo rozwiązań w zakresie katalogu praw i wolności sformułowanych w Konstytucji z 1997 r. do treści jej niemieckiego odpowiednika oraz fakt szerokiego korzystania przez twórców polskiej ustawy zasadniczej z dorobku teorii i praktyki powojennego niemieckiego konstytucjonalizmu⁴²³. Ponadto niemiecka debata wokół *Drittwirkung* dotyczy uniwersalnych i fundamentalnych dla współczesnego konstytucjonalizmu kwestii z obszaru stosowania reguł konstytucyjnych w prawie prywatnym, związanych z pytaniem o sposób równoważenia praw i wolności konstytucyjnych w relacjach horyzontalnych.

⁴²³ Na ten temat zob. np. J. Zajadło, *Prawa podstawowe w filozofii prawa Roberta Alexy'ego – wprowadzenie*, [w:] R. Alexy, *Teoria...*, s. 19.

W ramach teoretycznych ujęć *Drittwirkung* zwraca uwagę bardzo zróżnicowane podejście do tej kwestii. Wspólną cechą omówionych modeli jest to, że jakkolwiek powstały w odwołaniu do orzecznictwa konstytucyjnego, to jednak ich znaczenie wykracza poza wymiar empiryczny, sprowadzający się do opisu funkcjonowania *Drittwirkung* w rozstrzygnięciach FSK. W debacie na temat tytułowej koncepcji obecne są propozycje zarówno nacechowane krytycznie względem idei *Drittwirkung*, połączone z próbami sformułowania alternatywy dla forsowanego przez FSK modelu rozwiązywania problemu horyzontalnego działania norm praw podstawowych, co prezentują prace J. Schwabego oraz C.W. Canarisa, jak i chronologicznie późniejsze – pochodzące od R. Alexy’ego⁴²⁴ i M. Borowskiego – koncepcje zmierzające do wskazania argumentów mogących uzasadnić takie działanie owych norm. Okoliczność istotnych różnic między przedstawionymi modelami oraz fakt regularnego pojawiania się kolejnych propozycji z jednej strony pokazują potencjał rozwojowy *Drittwirkung* jako koncepcji teoretycznej, z drugiej mogą być świadectwem, że na obecnym etapie badań nie ma jednoznaczności co do istnienia satysfakcjonującego naukowego uzasadnienia dla stosowania norm praw podstawowych w wymiarze horyzontalnym.

Spośród wymienionych koncepcji szczególnym uznaniem nauki prawa, zarówno w Niemczech, jak i w innych państwach, cieszy się model R. Alexy’ego. Wynika to po części z faktu, że stanowi on element najbardziej bodaj znanej i cenionej w światowej jurysprudencji kompleksowej teorii praw podstawowych. Jak zaznaczono, podstawowy walor tego modelu polega na integracyjnym podejściu do różnych wersji horyzontalnego stosowania norm praw podstawowych, umożliwiającym ich połączenie w ramach jednej, spójnej teorii. Na uwagę zasługuje z pewnością najnowsza modyfikacja założeń *Drittwirkung* autorstwa M. Borowskiego, będąca w pewnym zakresie kontynuacją myśli

⁴²⁴ Wprawdzie wydanie cytowanych dzieł C.W. Canarisa i R. Alexy’ego dzieli tylko rok, jednak model drugiego z wymienionych autorów zaliczam do nowszego okresu rozwoju debaty na temat *Drittwirkung* ze względu na to, że jest on po dziś dzień najlepiej znanym teoretycznym opracowaniem tego tematu.

R. Alexy'ego. Ujęcie *Drittwirkung* na tle idei praw podstawowych jako zinstytucjonalizowanych praw moralnych umożliwia zachowanie konwencjonalnej funkcji praw podstawowych jako instrumentów działających zasadniczo w relacjach wertykalnych z jednoczesnym uznaniem ich efektywności w relacjach między podmiotami prywatnymi. M. Borowski zwraca uwagę, że względy moralne mogą i powinny być brane pod uwagę przy ocenie roszczeń wynikających z praw konstytucyjnych.

Rozdział 9

Obowiązki ochronne państwa (*Schutzpflichten*)

9.1. Uwagi wprowadzające

Pojęcie obowiązków ochronnych jest w niemieckiej nauce prawa odnoszone do koncepcji, zgodnie z którą państwo ma obowiązek zabezpieczać prawa jednostki również w jej relacjach z innymi jednostkami. Koncepcja *Schutzpflichten* – podobnie jak *Drittwirkung* – odgrywa w rozstrzygnięciach Federalnego Sądu Konstytucyjnego rolę instrumentu umożliwiającego „trzecie działanie” praw podstawowych. W niemieckiej nauce prawa nie ma zgodności co do wzajemnego stosunku *Drittwirkung* i *Schutzpflichten*, co skutkuje – zaprezentowaną w ramach podsumowania do tego rozdziału – wielością możliwych ujęć tej problematyki. W niniejszym fragmencie przyjęto perspektywę *Schutzpflichten* jako konstrukcji orzecniczej, dzięki której następuje kontynuacja sposobu rozstrzygania zapoczątkowanego w sprawie *Lüth*. Jak pokaże wgląd w orzecznictwo zaprezentowane w dalszych uwagach, odwołanie do funkcji ochronnej zasadza się na sposobie argumentowania zorientowanym na ucieleśniony w prawach podstawowych obiektywny porządek wartości. Za sprawą dookreślenia przez FSK w kolejnych rozstrzygnięciach sposobu i zakresu koniecznych działań organów państwa, jakie mają podejmować dla ochrony praw podmiotu prywatnego przed zagrożeniami ze strony innych podmiotów prywatnych, udało się

doprecyzować wiele ważnych elementów określających zakres wpływu praw podstawowych na relacje prywatne.

9.2. Koncepcja obowiązków ochronnych i jej geneza w RFN

Podstawy koncepcji obowiązków ochronnych państwa (niem. *Schutzpflichten*)⁴²⁵ zostały sformułowane w wydanym przez niemiecki sąd konstytucyjny w 1975 r. wyroku dotyczącym warunków przerywania ciąży⁴²⁶. FSK uznał w nim, że z norm regulujących prawa podstawowe można wyprowadzić obowiązek aktywnego działania państwa w celu zabezpieczenia dóbr prawnych chronionych przez te normy, również w sytuacji ich zagrożenia ze strony podmiotów niepaństwowych. W kolejnych, wydanych na przestrzeni kilku dziesięcioleci, orzeczeniach FSK rozwijał założenia tej koncepcji, stosując ją do różnych stanów faktycznych. Jak to zostanie dalej pokazane, rozszerzenie funkcji praw podstawowych poza tradycyjną funkcję obronną było możliwe dzięki odwołaniu do obiektywnej zawartości norm prawnopodstawowych. W ramach koncepcji *Schutzpflichten* przyjęto, że zobowiązanie państwa nie wyczerpuje się w obiektywnym nakazie ochrony, ale że może ono rodzić po stronie podmiotów praw podstawowych możliwość formułowania przeciwko państwu roszczeń o urzeczywistnienie owej ochrony. Jej przedmiotem jest odgraniczenie sfer równorzędnych podmiotów prawa⁴²⁷. Jeśli przyjąć, że jednostka ma względem państwa podstawowe prawo do ochrony przed osobami trzecimi, to oznacza, że obiektywne zawartości

⁴²⁵ Pojęcie *Schutzpflichten* tłumaczę jako „obowiązki ochronne” (zob. też M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, passim). W polskiej literaturze występuje też translacja „obowiązki ochrony”, zob. R. Alexy, *Teoria...*, s. 340 i n. W niemieckiej literaturze w odniesieniu do obowiązków ochronnych funkcjonuje dookreślenie „prawno państwowe” (niem. *rechtsstaatliche*) albo „prawno podstawowe” (niem. *grundrechtliche*), zob. J. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, [w:] J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), op. cit., s. 415. Pierwszy termin kładzie nacisk na adresata obowiązku, drugi na przedmiot i podstawę prawną ochrony.

⁴²⁶ 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74, BVerfGE 39, 1 – *Schwangerschaftsabbruch I*.

⁴²⁷ R. Alexy, *Teoria...*, s. 340.

praw podstawowych w zakresie obowiązku ochronnego przekładają się na prawa podmiotowe, pośrednio skuteczne względem podmiotów prywatnych. Inaczej jednak niż przy prawach obronnych, za to podobnie jak w przypadku praw socjalnych, funkcja ochronna nie prowadzi do możliwości żądania przez jednostkę konkretnie określonej ochrony, lecz jedynie takiej, która nie jest „całkowicie niewłaściwa albo nieodpowiednia”⁴²⁸ dla osiągnięcia nakazanego celu ochronnego⁴²⁹. Tylko wtedy – w drodze rozstrzygnięcia sądowego – możliwe jest stwierdzenie naruszenia prawa podstawowego w postaci zaniechania przez państwo ochrony. Dobór środków służących realizacji obowiązków ochronnych leży bowiem zasadniczo w gestii organów państwa, przede wszystkim ustawodawcy.

O ile sama idea przypisania państwu obowiązków ochronnych spotkała się w piśmiennictwie prawniczym z zasadniczo przychylną reakcją⁴³⁰, o tyle sposób jej uzasadnienia przez sąd konstytucyjny był przedmiotem rozmaitych, często krytycznych analiz, które zazwyczaj wykraczają poza interesującą nas problematykę oddziaływania praw podstawowych na podmioty prywatne⁴³¹. Niezależnie od możliwych sposobów ujęcia jej stosunku do koncepcji *Drittwirkung* praw podstawowych obydwie te koncepcje mają wspólny korzeń. Jest nim zapoczątkowana w wyroku w sprawie *Lüth* zmiana paradygmatu praw podstawowych, polegająca na przyjęciu, że oprócz funkcji obronnej pełnią one również funkcję systemu wartości, który wpływa na cały porządek prawny. Uznając państwową odpowiedzialność za realne, nieograniczone do obowiązków obronnych, wdrożenie praw podstawowych, wyrok ten stanowił kamień węgielny nauki o obowiązkach ochronnych⁴³².

⁴²⁸ Postanowienie FSK z 29 października 1987 r., BVerfGE 77, 170 – *Lagerung chemischer Waffen*.

⁴²⁹ H.D. Jarass, B. Piertoh, op. cit., s. 20 i 37.

⁴³⁰ Zob. np. C. Callies i wymienieni przez niego autorzy, C. Callies, *Schutzpflichten*, [w:] D. Merten, H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band II, Heidelberg 2006, s. 966.

⁴³¹ Ocena koncepcji *Schutzpflichten* w doktrynie prawa została przedstawiona w rozdziale 9.5 niniejszej książki.

⁴³² J. Detlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin 1992, s. 62.

Jeśli chodzi o genezę koncepcji obowiązków ochronnych, to można wyodrębnić przynajmniej trzy czynniki, które umożliwiły jej ukształtowanie w nauce i praktyce prawa RFN. Pierwszy z nich ma charakter ideologiczny i może być punktem odniesienia w wymiarze uniwersalnym. Podstaw dla przyjęcia, że po stronie państwa leżą obowiązki aktywnego działania w celu ochrony ważnych dla jednostki dóbr prawnych, poszukuje się bowiem już w nowożytnych teoriach traktujących o warunkach powstania państw, zwłaszcza w Hobbesowskiej wizji umowy społecznej jako uzasadnienia dla monopolu władzy państwowej⁴³³. Na mocy takiej umowy obywatele w zamian za gwarancję bezpieczeństwa⁴³⁴ oddali większość władzy państwowemu suwerenowi. Obowiązek ochrony praw podstawowych jest w tym kontekście postrzegany jako rodzaj kompensacji za to, że obywatele, akceptując wyłączność władzy państwowej, zrzekają się swojego prawa do używania przemocy i zobowiązują się do zachowania pokoju⁴³⁵. Kontekst historyczny nabrał nowego wymiaru w okresie kształtowania się nowoczesnych społeczeństw, kiedy to realia wolnego rynku i zjawiska związane z przekazywaniem części zadań państwa podmiotom niepaństwowym spowodowały, że poważne zagrożenia dla konstytucyjnych praw i wolności zaczęły płynąć ze strony potężnych podmiotów prywatnych, takich jak duże przedsiębiorstwa czy banki. Okoliczności te uzasadniają zmianę roli państwa: z potencjalnego naruszcziela praw podstawowych przeobraziło się ono w ich gwaranta, z „wroga praw podstawowych” w ich przyjaciela⁴³⁶. Gwarancja ochrony obywateli przez państwo jest nie tylko fundamentem państwa prawnego, ale również podstawą państwa konstytucyjnego⁴³⁷. Zarówno w świetle niemiec-

⁴³³ C. Callies, *Schutzpflichten...*, s. 964.

⁴³⁴ Tak rozumiane obowiązki ochronne państwa znalazły odzwierciedlenie w pruskim prawie krajowym z 1794 r., które stanowiło, że „Naczelnym obowiązkiem głowy państwa jest spokój zarówno zewnętrzny, jak i wewnętrzny i ochrona każdego z osobna przed przemocą i niepokojami” (tytuł 13, część druga, § 2 Landrechtu pruskiego).

⁴³⁵ Por. R. Alexy, *Teoria...*, s. 343.

⁴³⁶ K. Stern, *Die Schutzpflichtenfunktion...*, s. 244.

⁴³⁷ C. Callies, *Schutzpflichten...*, s. 965.

kiej, jak i europejskiej nauki prawa, która normatywny wyraz znalazła choćby w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁴³⁸, zasada państwa prawnego wyznacza państwu podwójną rolę: z jednej strony ma ono zabezpieczyć wolność obywateli przez prawne wytyczenie granic swojego działania, z drugiej aktywnie zapewniać ochronę obywatelom, zwłaszcza w ich wzajemnych stosunkach⁴³⁹.

W przypadku niemieckiej odmiany koncepcji *Schutzpflichten*, wywodzącej się z orzecznictwa Federalnego Sądu Konstytucyjnego, decydujące znaczenie dla możliwości przypisania państwu obowiązków ochronnych, mają dwa czynniki, na których sąd oparł swoją argumentację w wyroku w sprawie *Schwangerschaftsabbruch I*, a następnie w kolejnych rozstrzygnięciach utrwalających zapoczątkowaną w nim linię orzeczniczą. Pierwszy z nich wprost nawiązuje do treści przepisów Ustawy Zasadniczej, drugi bazuje na dogmatyce praw podstawowych. Normatywnym uzasadnieniem dla stosowania omawianej koncepcji jest art. 1 ust. 1 zd. 2 GG w związku z art. 1 ust. 3 GG. Pierwszy stanowi, że poszanowanie i ochrona godności człowieka jest obowiązkiem wszystkich władz publicznych. W świetle literalnej interpretacji drugiego z wymienionych przepisów jako adresatów obowiązków ochronnych należy rozumieć wszystkie trzy władze: ustawodawczą, wykonawczą i sądownictwo⁴⁴⁰. Obowiązek ochronny ma więc charakter wszechstronny

⁴³⁸ M. Florczak-Wątor wskazuje, że rozstrzygnięciem ETPC, które zapoczątkowało postrzeganie obowiązków państwa w obszarze praw konwencyjnych jako obowiązków pozytywnych, był wyrok z 23 lipca 1968 r. w sprawie *Belgian Linguistic* (skargi nr 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64). Zob. M. Florczak-Wątor, *Obowiązki ochronne państwa w świetle Konstytucji RP i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Kraków 2018, s. 143.

⁴³⁹ C. Callies, *Schutzpflichten...*, s. 965. K. Stern zauważa, że również Karta Praw Podstawowych UE daje wyraz omawianej koncepcji, stwierdzając w art. 51, że unijne organy, instytucje i jednostki organizacyjne nie tylko przestrzegają praw podstawowych, ale również popierają ich stosowanie. K. Stern, *Die Schutzpflichtenfunktion...*, s. 243.

⁴⁴⁰ Por. w orzecznictwie np. wyrok FSK 15 października 1977 r., 1 BvQ 5/77, BVerfGE 46, 160 – *Schleyer* (omówiony niżej) oraz w piśmiennictwie, np. J. Isensee, *Das Grundrecht...*, s. 459.

(niem. *umfassend*). Jak to zostanie dalej pokazane, obowiązki ochronne w szczególny sposób obciążają władzę ustawodawczą, zwłaszcza w zakresie obowiązku wydania odpowiednich regulacji prawnych. Tak ujęta podstawa normatywna obowiązków ochronnych znalazła zasadniczą aprobatę w niemieckiej nauce prawa⁴⁴¹. Interpretacja FSK jest uważana za uprawnioną już choćby z punktu widzenia językowego brzmienia art. 1 ust. 1 zd. 2 UZ, który w sposób wyraźny zobowiązuje państwo do dbałości o gwarantowane w ramach praw podstawowych wolności. W artykule tym jest wprowadzanie mowa jedynie o godności ludzkiej, jednak interpretacja zawężająca obowiązki ochronne państwa tylko do tej kategorii byłaby sprzeczna z intencjami ustrojodawcy i założeniami regulacji praw podstawowych⁴⁴². Konsekwencją ujęcia godności jako zasady konstytucyjnej dla całego porządku konstytucyjnego, a w szczególności praw podstawowych, jest to, że sformułowany w odniesieniu do niej w art. 1 ust. 1 GG obowiązek państwowego działania obejmuje wszystkie prawa podstawowe⁴⁴³. Przedmiot i zakres tego obowiązku jest doprecyzowywany przez przepisy Ustawy Zasadniczej regulujące poszczególne prawa⁴⁴⁴. W praktyce orzeczniczej FSK koncepcja *Schutzpflichten* najszerze zastosowanie znalazła w odniesieniu do prawa do życia i nietykalności cielesnej z art. 2 ust. 2 zd. 1 GG. W miarę rozwoju orzecznictwa potrzeba aktywnej ochrony państwowej przed

⁴⁴¹ Jedynie tytułem przykładu zob. Ph. Kunig, [w:] I. von Münch, Ph. Kunig, Grundgesetz – Kommentar, Band I, s. 83. Warto również zauważyć, że na tle regulacji art. 1 ust. 1 zd. 2 GG G. Dürig już w 1956 r. pisał o „ochronnych zobowiązaniach wszystkich władz państwowych” również w pozapaństwowej sferze. G. Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, „Archiv des Öffentlichen Rechts” 81/1956, s. 118.

⁴⁴² J. Detlein, op. cit., s. 66.

⁴⁴³ K. Stern, *Die Schutzpflichtenfunktion...*, s. 244.

⁴⁴⁴ R. Alexy oddziela od siebie podejście, według którego nakaz ochrony godności może być przenoszony na inne prawa podstawowe, od stanowiska ujmującego argument o godności jako jedynie wsparcie dla wywodzenia obowiązku ochrony bezpośrednio z poszczególnych praw podstawowych. Uważa, że ta pierwsza opcja niesie niebezpieczeństwo utraty istoty pojęcia godności poprzez nadmierne jego rozszerzenie, obejmujące wszystko, co godne ochrony. Według R. Alexy’ego FSK preferuje drugie rozwiązanie. Zob. R. Alexy, *Teoria...*, s. 342.

zagrożeniami ze strony podmiotów prywatnych była przez FSK rozważana również w przypadku takich praw podstawowych, jak: prawo do swobodnego rozwoju osobowości (art. 2 ust. 1 GG), wolność religii (art. 4 GG), wolność sztuki i nauki (art. 5 ust. 3 GG), ochrona małżeństwa i rodziny (art. 6 ust. 1 GG), nienaruszalność tajemnicy korespondencji pocztowej i telekomunikacyjnej (art. 10 GG), ochrona mieszkania (art. 13 GG) i prawo własności (art. 14 GG)⁴⁴⁵. W nauce prawa wykształcił się pogląd, że obowiązek ochronny jest immanentnie wpisany w istotę wszystkich praw podstawowych⁴⁴⁶.

W świetle zaprezentowanego poniżej orzecznictwa konstytucyjnego szczególne znaczenie dla rozwoju koncepcji *Schutzpflichten* wydaje się mieć czynnik nawiązujący do dogmatyki praw podstawowych, w wersji zapoczątkowanej w wyroku w sprawie *Lüth*. Jednocześnie to ten aspekt przedmiotowego orzecznictwa budzi najwięcej kontrowersji w nauce prawa⁴⁴⁷. Zdaniem FSK wyodrębnienie, obok tradycyjnej roli praw podstawowych jako praw obronnych przeciwko działaniom państwa, funkcji polegającej na ochronie jednostki przed zagrożeniami dla jej praw płynącymi ze strony innych jednostek daje się wyprowadzić z zawartych w prawach podstawowych rozstrzygnięć o wartościach (niem. *Wertentscheidungen*), które jako element obiektywnego porządku wartości oddziałują na cały system prawa. Orzecznictwo dotyczące problematyki obowiązków ochronnych państwa zasadza się więc – tak samo jak w przypadku *Drittwirkung* – na sposobie argumentowania zorientowanym na wartości. W tym aspekcie praktyka orzecznicza odwołująca się do kategorii obowiązków ochronnych jest – tak jak przedstawia to sam FSK – kontynuacją linii wyrokowania bazującego na pośrednim *Drittwirkung*⁴⁴⁸. Jednak w przypadku koncepcji *Schutzpflichten* FSK jest skłonny ujmować kategorię porządku wartości jedynie jako punkt wyjścia, usiłując nadać swoim rozważaniom bardziej

⁴⁴⁵ Zob. orzeczenia omawiane w rozdziale 9.4 niniejszej książki.

⁴⁴⁶ K. Stern, *Die Schutzpflichtenfunktion...*, s. 246.

⁴⁴⁷ Zob. głosy krytyczne przywołane w rozdziale 3.4 niniejszej książki.

⁴⁴⁸ M. Ruffert, op. cit., s. 24.

neutralny charakter. Rozszerzanie funkcji państwa o obowiązki ochronne następowało bowiem w odniesieniu do takich pojęć, jak: „obiektywne rozstrzygnięcia dotyczące wartości”, „zasady”, „obiektywne normy”, „obiektywne zawartości norm”. Przede wszystkim jednak ustalanie treści obowiązku ochronnego, który każdorazowo obciąża organy państwa, następuje w ramach danego rozstrzygnięcia za sprawą odwołania do konkretnego postanowienia Ustawy Zasadniczej⁴⁴⁹. Niezależnie od wspólnego rodowodu niemiecka nauka prawa zasadniczo rozdziela dogmatykę *Schutzpflichten* i *Drittwirkung*⁴⁵⁰.

9.3. Wyroki w sprawach *Schwangerschaftsabbruch I* oraz *Schwangerschaftsabbruch II* i podstawowe założenia koncepcji państwowych obowiązków ochronnych w orzecznictwie Federalnego Sądu Konstytucyjnego

9.3.1. Obiektywnoprawny i normatywny wymiar obowiązków ochronnych

Przyjmuje się, że aktywacja obowiązków ochronnych państwa w orzecznictwie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego nastąpiła w głośnym orzeczeniu dotyczącym problemu przerywania ciąży z 25 lutego 1975 r.⁴⁵¹ Pośredni skutek horyzontalny został w nim nadany art. 2 ust. 2 zd. 1 GG w powiązaniu z art. 1 ust. 1 zd. 2 GG w odniesieniu do relacji między matką a nienarodzonym dzieckiem. Przedstawione w nim podstawy dogmatyczne i najważniejsze założenia koncepcji *Schutzpflichten* zostały następnie doprecyzowane w kolejnym wyroku aborcyjnym z 28 maja 1993 r.⁴⁵². W międzyczasie FSK wydał

⁴⁴⁹ Można jednak powiedzieć, że to samo dotyczy ustalania zakresu oddziaływana promieniującego w ramach *Drittwirkung*.

⁴⁵⁰ Więcej na ten temat zob. w rozdziale 9.6 niniejszej książki.

⁴⁵¹ BVerfGE 39, 1 – *Schwangerschaftsabbruch I*.

⁴⁵² 2 BvF 2/90 und 4, 5/92, BVerfGE 88, 203 – *Schwangerschaftsabbruch II*.

szereg rozstrzygnięć, w których kontynuował i rozwijał zapoczątkowaną w latach 70. linię orzeczniczą. Sama idea obowiązków ochronnych pojawiała się incydentalnie już wcześniej, choćby w sprawach: *Hinterbliebenenrente I* z 1951 r.⁴⁵³, *Blinkfüer* z 1969 r.⁴⁵⁴ czy z *Hochschul-Urteil* z 1973 r.⁴⁵⁵ W polskiej literaturze wskazuje się na orzeczenie z 1957 r. w sprawie *Steuersplitting*⁴⁵⁶.

W pierwszym wyroku aborcyjnym FSK wypowiedział się w kwestii konstytucyjności ustawy nowelizującej § 218–220 kodeksu karnego, która wprowadzała dopuszczalność aborcji w ciągu 12 pierwszych tygodni ciąży. Nowelizacja przewidywała, że przerywanie ciąży dokonane przez lekarza jest legalne, jeśli ciąża zagraża zdrowiu lub życiu kobiety albo jeśli stwierdzono ciężką wadę płodu oraz pod warunkiem odbycia przez kobietę konsultacji z lekarzem lub odpowiednią poradnią. Z wnioskiem o kontrolę konstytucyjności nowelizacji wystąpiła grupa parlamentarzystów i kilka rządów krajowych. FSK stwierdził, że dziecko rozwijające się w łonie matki podlega ochronie z tytułu konstytucyjnego prawa do życia i orzekł niezgodność zakwestionowanych przepisów

⁴⁵³ Zob. postanowienie z 19 grudnia 1951 r., 1 BvR 220/51, BVerfGE 1, 97. FSK stwierdził w nim, że „art. 1 ust. 1 zd. 2 GG zobowiązuje państwo do pozytywnego działania polegającego na ochronie, ale nie chodzi tu o ochronę przed materialnym niedostatkiem, ale przed takimi atakami na godność ludzką ze strony innych podmiotów, jak upokorzenie, piętnowanie, prześladowanie, ostracyzm itp.”.

⁴⁵⁴ W tym omówionym wyżej w rozdziale 4.2. postanowieniu pojawiła się charakterystyczna dla koncepcji obowiązków ochronnych formuła „strukturalnej nierówności” jako uzasadnienie dla interpretacji konstytucyjnego systemu wartości na rzecz słabszej strony relacji prywatnoprawnej.

⁴⁵⁵ Zob. wyrok z 29 maja 1973 r., 1 BvR 424/71 i 325/72, BVerfGE 35, 79. W tym wyroku FSK uznał, iż art. 5 ust. 3 zd. 1 GG w zakresie wolności nauczania zawiera rozstrzygnięcie o wartościach wyznaczające państwu nie tylko negatywne obowiązki zakazujące ingerencji w tę sferę wolności, ale też obowiązki pozytywne, polegające na stworzeniu instrumentów prawnych umożliwiających odwołanie się od naruszających tę wolność decyzji organów kolegialnych szkół wyższych.

⁴⁵⁶ Zob. postanowienie z 17 stycznia 1957 r., 1 BvL 4/54, BVerfGE 6, 55. M. Florczak-Wątor zwraca uwagę na fragment postanowienia, w którym mowa o tym, że pozytywnym aspektem obowiązków ochronnych państwa względem małżeństwa i rodziny jest powinność chronienia ich przed „pokrzywdzeniem przez inne siły”. Zob. M. Florczak-Wątor. *Horyzontalny...*, s. 132.

z art. 2 ust. 2 zd. 1 i art. 1 ust. 1 GG. Po zjednoczeniu Niemiec, na mocy kolejnej reformy prawa karnego, ponownie uchwalono przepisy legalizujące aborcję na wymienionych wyżej zasadach, uzupełniając katalog przesłanek o względy społeczne i modyfikując model konsultacji. Tym razem w wyroku z 1993 r., który zapadł w konsekwencji wniosku rządu krajowego Bawarii i grupy parlamentarzystów, FSK – odwołując się do tez z pierwszego wyroku aborcyjnego – stwierdził, że jakkolwiek przerywanie ciąży jest bezprawiem przez cały okres jej trwania i powinno być prawnie zabronione, to jednak nie może podlegać karze. Wraz z tym wyrokiem został zaakceptowany model przerywania ciąży, w którym ostateczna odpowiedzialność spoczywa na matce, a na potrzeby ochrony nienarodzonego życia wystarczająca jest obowiązkowa konsultacja, nakierowana na zachęcanie kobiety do kontynuowania ciąży i umożliwiająca jej podjęcie świadomej decyzji, uwzględniającej prawo do życia *nasciturusa*.

W ramach powyższych wyroków sędziowie z Karlsruhe stwierdzili, po pierwsze, że życie nienarodzonego dziecka jest samodzielnym dobrem prawnym i jako takie podlega ochronie wynikającej z art. 2 ust. 2 zd. 1 oraz z art. 1 ust. 1 GG. W pierwszym z artykułów uregulowano prawo każdego do życia i nienaruszalności cielesnej, w drugim zaś – gwarancję poszanowania i ochrony godności ludzkiej przez władze państwowe. Wyprowadzony z tych dwóch norm obowiązek ochronny nie tylko zakazuje bezpośredniej ingerencji państwa w rozwijające się życie, ale także nakazuje mu to życie promować i chronić przed bezprawnymi naruszeniami ze strony innych podmiotów, w tym matki. W prawie do życia zawiera się więc zarówno subiektywne prawo obronne przeciwko naruszeniom ze strony państwa, jak i państwowy obowiązek ochronny obejmujący również *nasciturusa*⁴⁵⁷. Ochrona ta wynika z bezwarunkowo przysługującej nienarodzonemu życiu godności ludzkiej i trwa niezależnie od fazy jego rozwoju. Porównując obydwie wyroki aborcyjne, można dostrzec zmianę w sposobie uza-

⁴⁵⁷ Taki pogląd obowiązuje również w doktrynie prawa. Zob. np. P. Schade, op. cit., s. 26 czy D. Hesselberger, op. cit., s. 75.

sadnienia przez FSK obowiązku ochronnego państwa w zakresie życia ludzkiego. W 1975 r. sędziowie z Karlsruhe odwołali się do dogmatycznej formuły znanej z orzeczenia w sprawie *Lüth*: art. 2 ust. 2 zd. 1 i art. 1 ust. 1 GG formułują obowiązek ochronny, ale jego podłożem jest obiektywny porządek wartości ucieleśniany przez prawa podstawowe. Jak stwierdzono: „to, czy i w jakim zakresie państwo konstytucyjnie jest w danym przypadku zobowiązane do ochrony przyszłego życia, można już zatem wywnioskować z obiektywnoprawnej treści norm konstytucyjnych”. Jednocześnie sąd uznał, że na potrzeby rozstrzygnięcia w sprawie nie jest wymagane przesądzenie, czy sam *nasciturus* jest posiadaczem praw podstawowych, czy w związku z brakiem ustawowej i konstytucyjnej regulacji na ten temat jego prawo do życia jest chronione „tylko” przez obiektywne normy. W uzasadnieniu do wyroku z 1993 r. na plan pierwszy wysuwa się argumentacja o charakterze normatywnym. FSK skonkretyzował w nim relację przepisów Ustawy Zasadniczej stanowiących podstawę jego rozstrzygnięcia, wskazując, że składają się one na dwa komponenty obowiązku ochrony w zakresie prawa do życia: podstawą tego obowiązku jest art. 1 ust. 1 GG, natomiast jego przedmiot i zakres jest bliżej określony w art. 2 ust. 2 GG.

9.3.2. Zakres obowiązków ochronnych. *Untermaßverbot*

Jeśli chodzi o zakres obowiązku ochronnego, to już w pierwszym wyroku aborcyjnym został on określony jako „kompleksowy” oraz że winien być „tym poważniej traktowany, im wyższa jest ranga wchodzącego w grę dobra w ramach porządku wartości ustanowionego przez ustawę zasadniczą”. Życie człowieka zaś reprezentuje najwyższą wartość w porządku konstytucyjnym; jest to podstawa godności ludzkiej i warunek wstępny wszystkich innych praw podstawowych. Adresatem obowiązku są wszystkie władze państwowe, jednak w pierwszej kolejności jest on skierowany do ustawodawcy. To on odpowiada za ustanowienie i normatywne wdrożenie koncepcji ochrony. Realizacja obowiązku ochronnego przez egzekutywę i judykaturę ma charakter wtórny, ponieważ co do zasady polega na stosowaniu ustaw, stąd w przypadku tych władz mówi się o ochronie za pośrednictwem ustaw

(niem. *gesetzesmediatisierter Schutz*)⁴⁵⁸. Realizacja obowiązku ochronnego względem jednego podmiotu może nieść ze sobą uszczuplenie praw podstawowych innych podmiotów. Sposób, w jaki zostaną wyważone znajdujące się w kolizji interesy, zależy od decyzji ustawodawcy, jednak powinno to nastąpić przy poszanowaniu konstytucyjnego porządku wartości i w zgodzie z zasadą proporcjonalności. Jeśli chodzi o przysługującą organom państwa swobodę w zakresie realizacji obowiązków ochronnych, to w kolejnych rozstrzygnięciach została ona odniesiona do sfery „szacowania, oceniania i projektowania” rozwiązań⁴⁵⁹. W późniejszym orzecznictwie utrwaliła się też reguła, zgodnie z którą obowiązek ochronny musi uwzględniać gwarancje prawnopodstawowe zarówno podmiotu, którego dobro jest zagrożone, jak i podmiotu, od którego pochodzi zagrożenie, i wyrównywać ich sprzeczne interesy prawne za pomocą metody „praktycznej konkordancji”. Jednak w przypadku wyroku w sprawie *Schwangerschaftsabbruch I* nie mogła ona znaleźć zastosowania, ponieważ życie ludzkie jest wartością niestopniowalną, a jej ochrona może być realizowana na zasadzie albo-albo. Z tego wynikała konieczność przyznania w sprawie pierwszeństwa nienarodzonemu życiu⁴⁶⁰. W odniesieniu do okoliczności sprawy FSK zauważył, że w najtrudniejszych sytuacjach, kiedy środki o charakterze socjalno-cywilnoprawnym okażą się niewystarczające, realizacja obowiązku ochronnego może wymagać sięgnięcia przez ustawodawcę po instrumenty prawa karnego, tak jak to było w przypadku kodeksu karnego sprzed nowelizacji.

Zakres obowiązku ochronnego został przez FSK doprecyzowany w uzasadnieniu do drugiego wyroku aborcyjnego, w którym odwołał

⁴⁵⁸ P. Szczekalla, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Inhalt und Reichweite einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion”*, Berlin 2002, s. 151.

⁴⁵⁹ Zob. np. postanowienie FSK z 29 października 1987 r., BVerfGE 77, 170 – *Lagerung chemischer Waffen*.

⁴⁶⁰ H.-G. Dederer, *Warum der Gesetzgeber von einer grundsätzlichen Rechtspflicht der Schwangeren zum Austragen des Kindes ausgehen muss*, [w:] J. Menzel, R. Müller-Terpitz (Hrsg.), op. cit., s. 266.

się do pojęcia *Untermaßverbot*, dającego się przetłumaczyć jako zakaz stosowania środków niewystarczających (zakaz „niedomiaru”). Pojęcie to nawiązuje na zasadzie przeciwieństwa do charakterystycznego dla obronnej funkcji praw podstawowych zakazu stosowania środków nadmiernych (nadwymiarowych; *Übermaßverbot*), rozumianego jako konieczność wybierania instrumentów adekwatnych, a jednocześnie w możliwie najmniejszym stopniu wpływających na sprzeczne interesy⁴⁶¹. *Übermaßverbot* jest jednym z kryteriów oceny proporcjonalności wprowadzanych przez ustawodawcę ograniczeń praw i wolności. W przypadku zakazu „niedomiaru” chodzi o wyznaczenie granic dla swobody organów państwowych w zakresie realizacji przez nie obowiązku ochronnego. Według FSK *Untermaßverbot* oznacza, że aby wypełnić taki obowiązek, „państwo musi podjąć wystarczające środki normatywne i faktyczne, które prowadzą do odpowiedniej i skutecznej ochrony, z uwzględnieniem sprzecznych interesów prawnych. Jest to koncepcja, która łączy elementy ochrony prewencyjnej i represyjnej”⁴⁶². O niedopuszczalnym naruszeniu przez władze państwowe obowiązku ochronnego można mówić zatem nie tylko wtedy, gdy władza publiczna w ogóle nie podjęła środków ochronnych, ale również wówczas, gdy zastosowane regulacje i środki są całkowicie nieodpowiednie lub zupełnie niewystarczające do osiągnięcia celu ochronnego albo nawet nie zbliżają się do jego osiągnięcia⁴⁶³. Państwo jest zatem zobowiązane do zapewnienia minimalnego poziomu ochrony, który jednak zarazem musi być odpowiedni i skuteczny. Ingerencja FSK może nastąpić tylko w sytuacji, gdy naruszenie obowiązku ochrony zostanie ocenione jako ewidentne. W późniejszym orzecznictwie FSK wypracował bardziej szczegółowe kryteria, które należy wziąć pod uwagę przy ocenianiu, czy *Untermaßverbot* został dotrzymany⁴⁶⁴. W literaturze zauważa się,

⁴⁶¹ Por. R. Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, München 2021, s. 85.

⁴⁶² BVerfGE 88, 203.

⁴⁶³ BVerfGE 77, 170; wyrok z 10 stycznia 1995 r., 1 BvF 1/90, 1 BvR 342, 348/90, BVerfGE 92, 26 – *Zweitregister*.

⁴⁶⁴ Na tle różnych stanów faktycznych zaliczył do nich: rodzaj i wagę naruszenia prawa podstawowego z jednoczesnym uwzględnieniem rangi dotkniętego prawa;

że po okresie systematycznego sięgania po omawianą figurę w najnowszym orzecznictwie FSK tę praktykę zarzucił⁴⁶⁵. Jeśli chodzi o odniesienie przedstawionych wyżej ustaleń w zakresie zakazu niedomiaru do podjętej w wyrokach aborcyjnych kwestii regulacji warunków przerywania ciąży, to ustawodawca, dopuszczając aborcję, musi wyważyć prawa podstawowe z jednej strony potencjalnej matki, z drugiej – nienarodzonego dziecka. O ile w pierwszym wyroku aborcyjnym FSK przyznał pierwszeństwo potrzebie zapewnienia przez ustawodawcę ochrony nienarodzonemu życiu, o tyle w drugim – aczkolwiek aborcję ponownie uznał za bezprawie – zaakcentował obowiązek poszanowania i ochrony przez władze publiczne godności oraz prawa do życia i nietykalności cielesnej matki. Uzasadniając w 1993 r. konstytucyjność regulacji eliminującej sankcje karne za dokonanie aborcji, sąd stwierdził, że nie można zmuszać do urodzenia dziecka, jeśli oznaczałoby to poniesienie przez matkę ofiary przekraczającej jej możliwości. Warunek odbycia odpowiedniej – nakierowanej na ochronę życia *nasciturusa* – konsultacji czyni, zdaniem FSK, zadość wymogowi wyważenia praw jednej i drugiej strony omawianego stosunku. Wydaje się, że znalazła tu zastosowanie formuła polegająca na obowiązku skorygowania przez sąd nierówności stron stosunku prawnego w drodze wykładni, ale już rozwiązanie zaproponowane przez FSK jest pozorne. W praktyce bowiem wpływ obowiązkowej konsultacji na podjętą uprzednio przez matkę decyzję o aborcji będzie znikomy.

9.3.3. Podmiotowe prawo do ochrony

W początkowym okresie rozwijania przez FSK koncepcji *Schutzpflichten* nie było jasne jego stanowisko co do możliwości powiązania obowiązku ochronnego państwa z przysługującym jednostce prawem podmiotowym do ochrony. Kwestia ta nie została szerzej podjęta

prawdopodobieństwo wystąpienia szkody; treść i działanie już istniejących przepisów; występowanie kolidujących dóbr prawnych, w szczególności praw podstawowych podmiotów trzecich oraz pozostałe obowiązki państwowe. V. Epping, op. cit., s. 62–63.

⁴⁶⁵ K. Stern zauważa, że ostatnie wzmianki na jej temat znalazły się w zdaniu odrębnym od jednego z wyroków z 2004 r. K. Stern, *Idee und Elemente...*, s. 92.

w pierwszym wyroku aborcyjnym. W zdaniu odrębnym do wyroku zauważono, że FSK nie wykazał należycie, w jaki sposób z obiektywnoprawnej zawartości praw podstawowych mogą wynikać podmiotowo zorientowane obowiązki ochronne⁴⁶⁶. Tymczasem, aby móc uznać, że doszło do naruszenia prawa podstawowego, konieczne jest uprzednie stwierdzenie, iż z norm konstytucyjnych wypływa roszczenie o przyznanie ochrony temu prawu. Kwestia ta pozostaje w doktrynie prawa sporna⁴⁶⁷, jednak sam FSK, w miarę rozwoju orzecznictwa, ostatecznie potwierdził, że konsekwencją naruszenia obowiązku ochrony powiązane z danym prawem podstawowym jest możliwość wystąpienia ze skargą konstytucyjną przez podmiot dotknięty naruszeniem. Jak stwierdził: naruszenie obowiązków ochrony stanowi również naruszenie prawa podstawowego, przed którym osoba zainteresowana może się bronić za pomocą skargi konstytucyjnej⁴⁶⁸. Jednak kwestia potwierdzenia, że w danym przypadku powstaje roszczenie o konkretne działanie ze strony państwa, wymaga zbadania przez sąd konstytucyjny, ponieważ obiektywnoprawny wymiar danego prawa podstawowego nie musi konieczności przelożyć się na ochronę w wymiarze podmiotowym⁴⁶⁹. Ponadto podmiotowe prawo do ochrony nie rozciąga się w sposób bezwarunkowy na wszystkie środki ochronne. FSK zakwestionował je np. w odniesieniu do żądania przeprowadzenia postępowania karnego czy wprowadzenia przepisów regulaminowych⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ Zdanie odrębne sędziów W. Rupp-v. Brünnecka i H. Simona.

⁴⁶⁷ Zob. rozdział 9.5 niniejszej książki.

⁴⁶⁸ Zob. postanowienie BVerfGE 77, 170 – *Lagerung chemischer Waffen*.

⁴⁶⁹ P. Szczekalla, op. cit., s. 219. Autor zauważa, że w przedmiotowym orzecznictwie nie przedstawiono spójnego modelu w zakresie okoliczności i warunków, jakie muszą być spełnione, aby w kontekście danej normy prawno podstawowej można było mówić o gwarancji ochrony w sensie prawa podmiotowego.

⁴⁷⁰ FSK stwierdził, że konstytucyjny obowiązek sprawowania skutecznego wymiaru sprawiedliwości nie uzasadnia prowadzenia postępowania karnego w każdym przypadku istnienia dostatecznego podejrzenia przestępstwa. Zob. postanowienie z 19 czerwca 1979 r., 2 BvR 1060/78, BVerfGE 51, 324 – *Verhandlungsfähigkeit eines Angeklagten*.

9.4. Problem obowiązków ochronnych w orzecznictwie Federalnego Sądu Konstytucyjnego w zakresie wybranych praw podstawowych

9.4.1. Ochrona życia i zdrowia

Linia orzecznicza w zakresie problematyki obowiązków ochronnych zapoczątkowana w wyroku aborcyjnym z 1975 r. była następnie kontynuowana i rozwijana w kolejnych rozstrzygnięciach Federalnego Sądu Konstytucyjnego. Chronologicznie pierwszy był wyrok z 1977 r. w sprawie *Schleyer*⁴⁷¹, w którym FSK ponownie wypowiedział się na temat zakresu ochrony prawa do życia z art. 2 ust. 2 GG. Sprawa dotyczyła porwania przez terrorystów z Frakcji Czerwonej Armii prezydenta Niemieckiego Związku Pracodawców, H.M. Schleyera. Terrorysty w zamian za uwolnienie porwanego zażądali wypuszczenia z więzień członków swej organizacji i umożliwienia im opuszczenia RFN. Syn porwanego wystąpił do FSK z wnioskiem o wydanie nakazu zwolnienia terrorystów przez rząd federalny i rządy państw członkowskich, na terenie których byli uwięzieni. FSK oddalił wniosek, uznając za niedopuszczalne wskazywanie właściwym organom państwowym, jakie środki powinny podjąć w przypadku porwania. Przypomniął, że art. 2 ust. 2 zd. 1 w związku z art. 1 ust. 1 zd. 2 Ustawy Zasadniczej zobowiązuje państwo do ochrony każdego ludzkiego życia. Nakazuje państwu chronić życie ludzkie przede wszystkim przed bezprawną ingerencją ze strony osób trzecich. Ten obowiązek ochrony ma charakter kompleksowy. Obciąża wszystkie organy państwowe, które powinny reagować odpowiednio do uwarunkowań danego przypadku. Warto podkreślić, że omawiana sprawa jest jednostkowym przypadkiem orzeczenia, w którym – ze względu na okoliczności – realizacja obowiązku ochronnego w największej mierze spoczywała nie na ustawodawcy, ale na organach władzy wykonawczej, czyli rządzie federalnym i rządach krajowych.

⁴⁷¹ Wyrok z 15 października 1977 r., 1 BvQ 5/77, BVerfGE 46, 160 – *Schleyer*.

Zawsze jednak to w gestii organów państwa leży określenie, jakie środki ochronne są właściwe i konieczne do zapewnienia skutecznej ochrony życia. Sąd zauważył przy tym, że Ustawa Zasadnicza nakłada obowiązek ochrony nie tylko względem jednostki, ale także wobec wszystkich obywateli jako całości. Uwolnienie bardzo niebezpiecznych terrorystów może prowadzić do kontynuowania ich działalności i dalszego zagrożenia życia ludzkiego.

Konstrukcja obowiązków ochronnych państwa w zakresie prawa do życia i nietykalności cielesnej z art. 2 ust. 2 GG znalazła obszerne zastosowanie w związku z niebezpieczeństwem, jakie dla środowiska naturalnego niesie postępujący rozwój gospodarczy i technologiczny. Zagrożenia w tym obszarze mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie jednostki i możliwość korzystania przez nią z konstytucyjnie przyznanych jej praw. W wydanych na przestrzeni kilku dziesięcioleci orzeczeniach FSK wielokrotnie wypowiedział się w kwestii zakresu i sposobu realizacji przez państwo obowiązków ochronnych w przypadku naruszeń praw podstawowych spowodowanych m.in. przez wykorzystanie energii atomowej, zanieczyszczenie powietrza i wody, hałas lotniczy i uliczny, szkody leśne, urządzenia telefonii komórkowej⁴⁷². Z orzecznictwa wynika, że potrzeba ochrony jednostek przed negatywnymi konsekwencjami opisanych zjawisk miała w szczególności związek z ryzykiem bezprawnych naruszeń dwóch praw podstawowych: prawa do życia i nietykalności cielesnej z art. 2 ust. 2 GG oraz prawa własności z art. 14 ust. 1 GG. Rozwój linii orzeczniczej w tym zakresie przypieczętowało wydanie w 2021 r. szeroko komentowanego, zarówno w RFN, jak i za granicą, postanowienia w sprawie Klimaschutz⁴⁷³. Obok rozstrzygnięcia w zakresie odpowiedzialności państwa za zmiany klimatyczne FSK dokonał w nim podsumowania dotychczasowego

⁴⁷² K. Stern, *Die Schutzpflichtenfunktion...*, s. 245.

⁴⁷³ Por. jedynie tytułem przykładu: Ch. Callies, *Das „Klimaurteil“ des Bundesverfassungsgerichts: „Versubjektivierung“ des Art. 20a GG*, *„Zeitschrift für Umweltrecht“* 1/2022, s. 355; H. Aust, *Case Note: Climate Protection Act Case, Federal Constitutional Court, Order of the First Senate, March 24, 2021*, *„American Journal of International Law“* 116 (2022), s. 150.

orzecznictwa dotyczącego obowiązków ochronnych państwa wynikających z ingerencji w środowisko naturalne. Przypomniał, że w tym obszarze państwowa ochrona praw podstawowych przed zagrożeniami przysługuje jednostce „niezależnie od tego, od kogo te zagrożenia pochodzą oraz przez jakie okoliczności są spowodowane”. Teza ta została w sposób wyraźny odniesiona do prawa do życia i nietykalności cielesnej z art. 2 ust. 2 GG, a więc wartości szczególnie zagrożonych wskutek rozmaitych ingerencji w środowisko naturalne. Dopiero w drugiej kolejności FSK wskazał na konieczność ochrony również przed ryzykiem uszczerbku majątkowego spowodowanego przez zmiany klimatyczne, nie precyzując przy tym, jaki jest zakres tej ochrony. Przedstawione w tej części książki orzeczenia odnoszą się do sytuacji, w których źródłem zagrożenia dla praw podstawowych jednostki były działania drugiej jednostki, a więc koncepcja *Schutzpflichten* została przez FSK odniesiona do relacji prywatnoprawnych. Trzeba jednak podkreślić, że w przypadku problemu odpowiedzialności za naruszenie praw podstawowych w związku z ingerencją w środowisko naturalne pochodzącą z różnych źródeł (państwowych, międzynarodowych i prywatnych), a więc kwestii, której dotyczyło rozstrzygnięcie z 2021 r.⁴⁷⁴, utrudnione jest precyzyjne powiązanie naruszeń z działaniami konkretnych podmiotów.

⁴⁷⁴ Postanowienie FSK z 24 marca 2021 r., 1 BvR 2656/18, BVerfG – *Klimaschutz*. W decyzji, wydanej w związku ze skargami konstytucyjnymi wniesionymi przez grupę młodych ludzi, FSK orzekł o niekonstytucyjności przepisów ustawy o ochronie klimatu w zakresie, w jakim opóźniają redukcję emisji gazów cieplarnianych w okresie po 2030 r., oraz nie wyjaśniają wystarczająco, w jaki sposób mają być one po tej dacie zredukowane, równocześnie zobowiązując ustawodawcę do bardziej szczegółowego uregulowania tej kwestii. Uznał, że w świetle przysługującej ustawodawcy swobody w realizacji obowiązków ochronnych nie można stwierdzić naruszenia przez te przepisy wskazanych w skardze praw podstawowych z art. 2 ust. 1 zd. 1 i 14 ust. 1 GG. Jednocześnie jednak stwierdził, że nieodwracalne przesunięcie wysokich obciążeń związanych z redukcją emisji na okres po 2030 r. powoduje naruszenie „praktycznie wszystkich konstytucyjnych wolności” przyszłych pokoleń, ponieważ niemal każdy obszar ludzkiego życia jest nadal związany z emisją gazów cieplarnianych. Obiektywnoprawny wymiar praw podstawowych zobowiązuje państwo do działań ochronnych w zakresie życia i zdrowia również w odniesieniu do przyszłych pokoleń.

Problematyka obowiązku ochrony życia i zdrowia ludzkiego została podjęta w orzecznictwie konstytucyjnym w związku z zagrożeniami, jakie dla tych dóbr mogą wynikać z posługiwania się ryzykownymi technologiami przez podmioty prywatne, już pod koniec lat 70. XX w. Wydane wtedy postanowienie w sprawie *Kalkar I*⁴⁷⁵ wciąż jest uważane za wiodące rozstrzygnięcie w przedmiocie prawa atomowego⁴⁷⁶. Obok omówionej poniżej problematyki obowiązków ochronnych, została w nim podjęta inna istotna kwestia z obszaru prawa konstytucyjnego, dotycząca zakresu i intensywności zasady wyłączności ustawy (wywodzonej z art. 20 ust. 3 GG) w sferze ochrony praw podstawowych. FSK stwierdził, że obowiązki parlamentu są w tym zakresie tym większe, im wyższe jest ryzyko naruszenia tych praw. Postanowienie w sprawie *Kalkar I* zapadło w związku z wnioskiem krajowego Wyższego Sądu Administracyjnego o wydanie przez FSK rozstrzygnięcia w przedmiocie zgodności § 7 ustawy o pokojowym wykorzystaniu energii jądrowej i ochronie przed jej zagrożeniami z zasadą podziału władzy (art. 20 ust. 2 zd. 2 GG), zasadą demokracji parlamentarnej (art. 20 ust. 1 i 2 GG) oraz rządów prawa (art. 20 ust. 3 GG). Przepis ten był podstawą udzielenia koncesji na budowę przez prywatne przedsiębiorstwo elektrowni atomowej, usytuowanej w odległości kilometra od gospodarstwa rolnego. Właściciel tego gospodarstwa w drodze postępowania sądoadministracyjnego domagał się cofnięcia koncesji. W swoim rozstrzygnięciu FSK uznał, że zakwestionowany przepis nie narusza przywołanych postanowień Ustawy Zasadniczej. W ramach uzasadnienia wyjaśnił ponadto, jakie są granice państwowego obowiązku ochrony życia wobec zagrożeń wynikających z nowoczesnych technologii. Ich zastosowanie w celach pokojowych jest w świetle regulacji konstytucyjnych zasadniczo dozwolone. Jednak w związku z zagrożeniami, jakie mogą one stwarzać dla życia i zdrowia ludzkiego, organy państwa są

⁴⁷⁵ Zapadło 8 sierpnia 1978 r., 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 – *Kalkar I*.

⁴⁷⁶ M. Cornils, BVerfGE 49, 89 – *Kalkar. Der Schnelle Brüter im Spannungsfeld zwischen Gesetzesvorbehalt und dynamischem Grundrechtsschutz*, [w:] J. Menzel, R. Müller-Terpitz (Hrsg.), op. cit., s. 321.

zobowiązane do szczególnej troski o wypełnianie swoich obowiązków ochronnych wynikających z art. 2 ust. 2 GG. Jeśli chodzi o obowiązki ochronne, spoczywające na ustawodawcy, to nie można żądać wprowadzania uregulowań z całkowitą pewnością wykluczających jakiegokolwiek zagrożenia dla praw podstawowych, jakie mogłyby ewentualnie wynikać z akceptacji systemów technicznych i ich funkcjonowania. Granice obowiązku ochronnego są wyznaczane przez zasady praktycznego rozumowania, oparte na aktualnym stanie wiedzy. Ustawa o energii atomowej czyni zadość temu obowiązkowi. Jej przepisy zezwalają na wykorzystanie tego rodzaju energii tylko wtedy, gdy zgodnie ze stanem nauki i techniki wydaje się praktycznie niemożliwe, aby wystąpiły zdarzenia powodujące szkodę na życiu, zdrowiu i mieniu. Niepewności przekraczające możliwości poznania naukowego są nieuniknione i muszą być ponoszone przez wszystkich obywateli jako społecznie adekwatne obciążenia. Ryzyko wystąpienia na tle danego przepisu potencjalnej szkody w przyszłości nie może być uznane za sprzeczne z Ustawą Zasadniczą⁴⁷⁷.

Kwestia konstytucyjnoprawnych ram wykorzystywania energii jądrowej przez podmioty prywatne znalazła rozwinięcie w wydanym półtora roku później postanowieniu w sprawie *Mülheim-Kärlich*⁴⁷⁸. Centralna teza tego postanowienia podkreślała znaczenie norm prawnoprocesowych dla wypełniania obowiązków ochronnych przez państwo⁴⁷⁹. Sprawa dotyczyła rozbudowy systemów bezpieczeństwa elektrowni atomowej położonej kilka kilometrów od skupiska ludności znajdującego się w powiecie Neuwid. Skarga konstytucyjna wniesiona przez jedną z mieszkańek tej strefy odnosiła się do fragmentu procedury licencyjnej, którego przedmiotem była natychmiastowa wykonalność postanowienia o rozbudowie, zatwierdzonego następnie decyzją Wyższego Sądu Administracyjnego. Jego zdaniem skarżąca mogła jedynie sprzeciwić

⁴⁷⁷ Tezę tę FSK powtórzył następnie m.in. w postanowieniu z 28 lutego 2002 r., 1 BvR 1676/01 w sprawie *Mobilfunkanlagen*: państwo nie ma obowiązku podejmowania środków ostrożności przeciwko czysto hipotetycznym zagrożeniom.

⁴⁷⁸ Postanowienie z 20 grudnia 1979 r., 1 BvR 385/77, BVerfGE 53, 30 – *Mülheim-Kärlich*.

⁴⁷⁹ M. Cornils, op. cit., s. 325.

się naruszeniu materialnoprawnych przepisów, ponieważ tylko one pełnią funkcję ochronną względem osób trzecich. Według skarżącej postanowienie o takiej treści naruszyło jej prawo podstawowe do życia i netykalności cielesnej z art. 2 ust. 2 GG, a także gwarancję drogi prawnej dla dochodzenia jej praw z art. 19 ust. 4 GG. FSK skargę odrzucił, ale jednocześnie zakwestionował ograniczone ujęcie w zaskarżonym postanowieniu form realizacji państwowych obowiązków ochronnych. FSK, po pierwsze, przypomniał, że prawa podstawowe nie tylko chronią przed interwencją państwa jako subiektywne prawa obronne. Ich obiektywnoprawna zawartość pociąga za sobą również obowiązek organów państwowych do ochrony gwarantowanych w nich interesów prawnych przed bezprawną ingerencją ze strony osób trzecich. Nawet odległe prawdopodobieństwo wystąpienia możliwych zagrożeń w pokojowym wykorzystaniu energii jądrowej musi być wystarczające do uruchomienia ustawodawczego obowiązku ochrony. Ponadto wydawszy zgodę na wykorzystanie energii atomowej, państwo bierze na siebie współodpowiedzialność za ewentualne zagrożenia. Ponieważ prawa podstawowe oddziałują na cały system prawa, państwowy obowiązek ochronny powinien być realizowany przez uchwalanie odpowiednich przepisów zarówno materialnych, jak i formalnych. FSK stwierdził, że w analizowanym przypadku państwo dopełniło swojego obowiązku ochronnego wynikającego z art. 2 ust. 2 GG, uzależniło bowiem wykorzystanie energii atomowej od uprzedniej zgody odpowiednich organów, a jej udzielenie od spełnienia ściśle uregulowanych wymogów prawnych i proceduralnych. Ochronny charakter przepisów proceduralnych względem podmiotów trzecich został zrealizowany poprzez przyznanie im prawa udziału w postępowaniu koncesyjnym i tym samym możliwość udowodnienia ewentualnych naruszeń ich praw. Jeśli chodzi o relewantną w kontekście przedmiotu skargi kwestię realizacji obowiązku ochronnego przez sąd administracyjny, a tym samym inne organy stosujące prawo, to FSK przypomniał, że prawa podstawowe wpływają też na wykładnię wszystkich przepisów prawa. Zatem naruszenie praw podstawowych może wystąpić również wtedy, jeżeli organ wydający koncesje nie przestrzega przepisów proceduralnych prawa atomowego,

które ustawodawca wydał w ramach obowiązku ochrony wynikającego z art. 2 ust. 2 Ustawy Zasadniczej.

Zagadnienie realizacji przez państwo obowiązków ochronnych było wielokrotnie podejmowane w orzecznictwie w związku z zagrożeniami, jakie dla prawa podstawowego do zdrowia i nietykalności cielesnej powodują różnego rodzaju hałasy⁴⁸⁰. Postanowienie FSK z 1981 r. w sprawie *Fluglärm* dotyczyło ochrony przed hałasem lotniczym pochodzącym z lotniska w Düsseldorfie⁴⁸¹. Dwóch mieszkańców okolicznych terenów zarzuciło w skardze konstytucyjnej, że ustawodawca federalny oraz właściwe organy federalne i krajowe zaniechały wprowadzenia skutecznych środków ochrony przed hałasem lotniczym. Ich zdaniem z konstytucyjnej zasady ochrony zdrowia i nietykalności cielesnej z art. 2 ust. 2 GG w związku z zasadą nienaruszalności godności człowieka z art. 1 ust. 1 GG wynika państwowy obowiązek ochrony przed szkodliwym i zwiększającym się na przestrzeni lat hałasem powodowanym przez ruch lotniczy obsługiwany przez osoby trzecie.

Interpretując zakres ochrony wynikający z art. 2 ust. 2 zd. 1 GG, FSK wprost nawiązał do swoich wcześniejszych orzeczeń (zwłaszcza

⁴⁸⁰ Por. np. postanowienie z 30 listopada 1988 r., 1 BvR 1301/84, BVerfGE BVerfGE 79, 174 – *Straßenverkehrslärm*, dotyczące ochrony mieszkańców przed hałasem komunikacyjnym. Skarżący wnosili o stwierdzenie przez FSK, że przyjęty przez organy gminy miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego, wytyczając przebieg drogi publicznej w pobliżu nieruchomości, które zamieszkiwali, naraża ich na szkodliwe oddziaływanie hałasu komunikacyjnego. Pierwotnym źródłem zagrożenia dla praw podstawowych w tym przypadku nie było więc działanie osób prywatnych, ale akty władzy publicznej na szczeblu samorządowym. Skargi zostały formalnie oparte na naruszeniu obowiązku ochronnego z art. 14 ust. 1 zd. 1 GG, ale FSK rozpatrzył sprawę również pod kątem uchybienia art. 2 ust. 2 zd. 1 GG, ponieważ z oświadczeń skarżących można było wywnioskować, że czują się pokrzywdzeni także w ramach prawa podstawowego do ochrony życia i zdrowia. FSK ostatecznie nie stwierdził naruszenia wymienionych przepisów Ustawy Zasadniczej, a w swoim uzasadnieniu przywołał stałe fragmenty orzecznictwa dotyczącego zasad realizacji obowiązków ochronnych.

⁴⁸¹ Postanowienie FSK z 14 stycznia 1981 r., 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54 – *Fluglärm*. Obowiązku ochrony wynikającego z art. 2 ust. 2 zd. 1 GG w zakresie przeciwdziałania szkodliwym dla zdrowia skutkom hałasu emitowanego przez samoloty dotyczyły również następujące postanowienia FSK: z 20 lutego 2008 r., 1 BvR 2722/06; z 29 lipca 2009 r., 1 BvR 1606/08; z 15 października 2009 r., 1 BvR 3522/08.

w omówionych wyżej sprawach *Kalkar I* i *Mülheim-Kärlich*) i przypomniawszy, że znaczenie praw podstawowych nie wyczerpuje się w ich obronnym charakterze przeciwko państwowym interwencjom w nietykalność cielesną człowieka. Z obiektywnoprawnej treści tego artykułu wynika, że organy państwowe mają obowiązek ochrony i wspierania zabezpieczonych w nich dóbr również przed naruszeniami pochodzącymi ze strony innych niż państwo podmiotów. Skargi zostały jednak przez FSK odrzucone ze względów procesowych, ponieważ ich wniesienie powinno być poprzedzone wyczerpaniem środków prawnych, polegających na złożeniu pozwów sądowych o ograniczenie lub cofnięcie zezwoleń na rozbudowę lotniska czy też uruchomienie ruchu lotniczego. Dopiero szczegółowe wyjaśnienie przez sądy powszechne faktycznych i prawnych okoliczności w zakresie wpływu hałasu lotniczego na zdrowie człowieka mogłoby stanowić podstawę do dokonania przez FSK oceny, czy podjęte przez władze państwowe środki należyście realizują obowiązek ochronny. W pierwszej kolejności o tym, jakie środki są odpowiednie i niezbędne do zapewnienia skutecznej ochrony z art. 2 ust. 2 zd. 1 GG, decyduje bowiem ustawodawca, a kontrola konstytucyjności ogranicza się do stwierdzenia ewidentnego naruszenia przez niego praw podstawowych. Elementem uzupełniającym dotychczasową konstrukcję *Schutzpflichten* było włączenie w jego ramy wymogu ulepszania przez ustawodawcę dotychczasowych rozwiązań prawnych. W analizowanej sprawie wymóg ten został odniesiony do zagrożeń dla zdrowia i nienaruszalności cielesnej wynikających z nasilającego się od końca lat 50. XX w. hałasu lotniczego. FSK podkreślił, że niepodjęcie przez ustawodawcę w świetle zmieniających się okoliczności żadnych działań naprawczych w celu ochrony tych dóbr przed niekorzystnym wpływem zmian w środowisku lub podjęcie działań w sposób oczywisty wadliwych może być oceniane pod kątem naruszenia państwowego obowiązku ochronnego. Uznał jednak, że w świetle licznych zmian w prawie, zwłaszcza uchwalenia przez parlament federalny ustawy w całości poświęconej ochronie przed hałasem lotniczym⁴⁸², zarzut

⁴⁸² Ustawa z dnia 30 marca 1971 r. o ochronie przed hałasem lotniczym.

ewidentnego naruszenia przez ustawodawcę obowiązku działań ulepszących jest bezzasadny.

9.4.2. Ochrona prawa własności

W wydanym w 1998 r. postanowieniu w sprawie *Waldschäden*⁴⁸³ FSK wypowiedział się na temat zakresu obowiązków ochronnych państwa w przypadku naruszeń prawa własności spowodowanych przez zanieczyszczenia powietrza pochodzące m.in. z emisji prywatnych. Skargę konstytucyjną w niniejszej sprawie wniósł właściciel przedsiębiorstwa leśnego i rolnego, dla którego gospodarcze wykorzystanie lasu stanowiło główne źródło utrzymania. W postępowaniu przed sądami cywilnymi skarżący bezskutecznie domagał się od rządu federalnego i rządu Badenii-Wirtembergii przyznania mu odszkodowania za straty w substancji leśnej w związku z masowym dopuszczeniem przez państwo elektrowni, zakładów przemysłowych, domowych systemów grzewczych i pojazdów mechanicznych. Twierdził, że brak możliwości przypisania strat majątkowych spowodowanych ogólnym zanieczyszczeniem powietrza poszczególnym emitentom czyni państwo odpowiedzialnym za ten stan. Trybunał Federalny odrzucił apelację, twierdząc, że państwo nie ponosi odpowiedzialności za nowy rodzaj szkód w prywatnych lasach, ponieważ nie mają tu zastosowania zasady obowiązujące przy interwencji „wywłaszczeniowej”⁴⁸⁴. Zdaniem skarżącego wyroki sądów cywilnych i TF odmawiające mu odszkodowania naruszyły jego prawo własności z art. 14 ust. 1 GG. Ponadto wniósł on o ustalenie, czy brak stanowionych przepisów odszkodowawczych nie jest ustawodawczym uchybieniem w zakresie państwowego obowiązku ochronnego wynikającego z art. 14 ust. 1 GG. FSK odrzucił skargę, stwierdza-

⁴⁸³ Postanowienie z 26 maja 1998 r., 1 BvR 180/88.

⁴⁸⁴ Jest to instytucja niemieckiego prawa zwyczajowego opartego na uregulowaniach Landrechtu pruskiego. Dotyczy uszczerbku w mieniu powstałego na skutek legalnych działań administracyjnych. Odszkodowania z tytułu interwencji wywłaszczeniowej mają charakter pomocniczy względem szczegółowych regulacji dotyczących odszkodowań. Więcej na ten temat zob. np. A. von Anault, *Enteignender und enteignungsgleicher Eingriff heute*, „Verwaltungsarchiv” 93/2002, s. 394.

jąc, że w sprawie brak możliwości wyegzekwowania odpowiedzialności państwa za zanieczyszczenia powietrza wynikające z działań podmiotów prywatnych. Zauważył, że uszczerbek w majątku skarżącego jest spowodowany korzystaniem przez innych obywateli z ich wolności konstytucyjnych. Artykuł 14 ust. 1 zd. 1 GG nie gwarantuje absolutnej ochrony własności prywatnej przed takiego rodzaju oddziaływaniami. Obiektywnoprawne znaczenie prawa podstawowego do własności wyraża się w nałożonym na władzę publiczną obowiązku wyważenia sprzecznych interesów prywatnych z jednoczesnym uwzględnieniem interesów ogólnych. Wydawane przez państwo zezwolenia ograniczają swobodę działania emitentów, nie można więc twierdzić, że jednocześnie rozszerzają zakres ich oddziaływania na szkodę właścicieli nieruchomości. Prewencyjna kontrola wykorzystania technologii nie może być traktowana jako podstawa państwowej współodpowiedzialności za skutki ogólnego zanieczyszczenia powietrza. W rozpatrywanej sprawie nie może być również mowy o ewidentnym naruszeniu przez ustawodawcę obowiązku ochronnego przez zaniechanie wydania oczekiwanych przez skarżącego przepisów odszkodowawczych, z art. 14 ust. 1 zd. 1 GG nie wynika bowiem, że muszą one przybrać akurat taką postać. W nawiązaniu do utrwalonego orzecznictwa FSK przypomniał, że decyzja o wyborze środków ochronnych należy do zakresu swobody ustawodawcy. W sferze walki z negatywnym wpływem powszechnego zanieczyszczenia powietrza na wykonywanie praw podstawowych ciężar realizacji obowiązku ochronnego został przesunięty na poziom rządu federalnego i rządów krajowych.

9.4.3. Ochrona praw słabszej strony umowy

Problem zapewnienia ochrony słabszej stronie umowy zawartej przez podmioty prywatne został podjęty w orzeczeniach w sprawie *Handelsvertreter* i *Bürgschaftsverträge*, przedstawionych wyżej jako przykłady zastosowania *Drittwirkung*⁴⁸⁵. Zawarte w tych orzeczeniach tezy zostały następnie rozwinięte w orzeczeniu FSK z 2001 r. w sprawie

⁴⁸⁵ Zob. rozdział 4.3 niniejszej książki.

*Unterhaltsverzichtungsvertrag*⁴⁸⁶. Obowiązek ochrony wynikający z prawa do autonomii prywatnej z art. 2 ust. 1 GG został tu powiązany z zasadą ochrony małżeństwa i rodziny, w szczególności ochrony i opieki nad matką i dziećmi gwarantowanej w art. 6 ust. 2 i 4 GG. Orzeczenie dotyczyło problemu kontroli przez sądy cywilne treści umów małżeńskich w zakresie, w jakim przewidywały one zrzeczenie się przez małżonków ustawowych roszczeń alimentacyjnych w przypadku rozwodu oraz zwalniały jednego z nich z alimentów na wspólne dzieci. Skarżącą w sprawie była rozwódka, która przed laty będąc postawiona przed możliwością urodzenia nieślubnego dziecka, zgodziła się na podpisanie tego rodzaju niekorzystnej dla niej umowy przed zawarciem związku małżeńskiego z ojcem dziecka. Kilka lat później, po rozwiązaniu małżeństwa, piecza nad dzieckiem została przekazana skarżącej. Po tym, jak nastoletni syn pozwał ojca o alimenty, Wyższy Sąd Okręgowy w Stuttgarcie stwierdził, że w świetle ważnie zawartej przez jego rodziców umowy przedślubnej żądanie tego świadczenia zostało na wypadek rozwodu wyłączone. Zdaniem skarżącej sąd powinien być uwzględnić, że szczególne okoliczności towarzyszące zawarciu przez nią kontraktu (obciążenie psychiczne spowodowane stresem wynikającym z nieplanowanej ciąży; obawa przed brakiem zabezpieczenia finansowego dla siebie i dziecka w przypadku urodzenia nieślubnego potomka) pozbawiły ją możliwości swobodnego i rozważnego rozporządzania prawami swoimi i swojego nienarodzonego dziecka. W świetle tych okoliczności umowa powinna być przez sąd uznana za sprzeczną z dobrymi obyczajami (§ 138 BGB) i nieważną. FSK zgodził się ze skarżącą i orzekł, że rozstrzygnięcie sądu okręgowego narusza jej prawa podstawowe z art. 2 ust. 1 GG w związku z art. 6 ust. 4 GG, a także prawa podstawowe dziecka z art. 6 ust. 2 GG. Zgodnie z główną tezą orzeczenia z wymienionych artykułów wynika dla sądów cywilnych obowiązek merytorycznej kontroli treści umów przedmałżeńskich, dotyczących sytuacji opiekuńczej i alimentacyjnej wspólnego dziecka po rozwodzie. W razie

⁴⁸⁶ Wyrok z 6 lutego 2001 r., 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89 – *Unterhaltsverzichtungsvertrag*.

stwierdzenia zakłóceń w parytecie umownym, prowadzących do przekształcenia umowy w środek zewnętrznej kontroli (niem. *Fremdbestimmung*), są zobowiązane skorygować treść umowy tak, aby zapewnić ochronę w zakresie praw podstawowych małżonkowi, który jest jej stroną słabszą. Korekta ta powinna nastąpić za pomocą odpowiedniej, nakierowanej na realizację wartości konstytucyjnych wykładni cywilnoprawnych klauzul generalnych. W analizowanej sprawie obowiązek ten obciążał przede wszystkim sądy, ponieważ ustawodawca zrezygnował – odmiennie niż w przypadku porozumień dotyczących wyrównania po rozwiązaniu małżeństwa przyrostu majątku i emerytury – z wprowadzenia formalnych i proceduralnych zabezpieczeń przed rozwiązaniami krzywdzącymi jedną ze stron. FSK przypomniał, że powoływanie się na autonomię prywatną, jako argument za uznaniem ważności umowy, jest możliwe tylko wtedy, jeśli warunki do samostanowienia jednostki są rzeczywiście spełnione, co w sposób oczywisty nie zaszło w przypadku spornej umowy. Skarżąca znajdowała się w drastycznie niższej pozycji negocjacyjnej niż jej przyszły małżonek, co doprowadziło do wyraźnego jednostronnego rozłożenia ciężarów umownych na jej niekorzyść: nie tylko zrzekła się ona własnych świadczeń alimentacyjnych w przypadku rozwodu, ale również bez żadnego wynagrodzenia przejęła dożywotni obowiązek alimentacyjny ojca wobec jeszcze nienarodzonego dziecka. W ramach umowy ojciec w rzeczywistości wyrzekł się swojej naturalnej więzi i związku z dzieckiem ze szkodą dla matki. Brak uwzględnienia w zaskarżonym orzeczeniu powyższych okoliczności spowodował naruszenie przez sąd okręgowy prawa podstawowego skarżącej do autonomii prywatnej (art. 2 ust. 1 GG) oraz przysługującego jej jako matce prawa do ochrony i opieki ze strony państwa (art. 6 ust. 4 GG). Ponadto sąd okręgowy, odrzucając wniosek o alimenty, uchybił swoim obowiązkom z art. 6 ust. 2 GG w zakresie ochrony interesów dziecka w sytuacji, gdy są one zagrożone na skutek działań rodziców. Przepis ustanawia dla rodziców zarówno prawo, jak i obowiązek opieki oraz wychowania dzieci. Ich prawo do swobodnego organizowania opieki nad dzieckiem nie zasługuje na ochronę, gdy uchylają się oni od odpowiedzialności wobec dziecka i istnieje ryzyko jego zaniedbywania.

Rozwiązanie umowne przewidujące, że w przypadku rozwodu wyłączną opiekę nad dzieckiem przejmie matka z jednoczesnym całkowitym i trwałym zwolnieniem z alimentów ojca, oznacza *de facto* zrzeczenie się przez tego drugiego więzi rodzicielskiej i może zagrażać bezpieczeństwu finansowemu dziecka, jeśli – tak jak w omawianej sprawie – dochody matki uniemożliwiają pokrycie kosztów utrzymania rodziny. W takiej sytuacji w świetle art. 6 ust. 2 zd. 2 GG państwo jest zobowiązane do zapewnienia ochrony praw podstawowych dziecka przed nieodpowiedzialnym wykonywaniem praw rodzicielskich. Dobór środków ochronnych powinien być określony z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy.

9.5. Doktryna prawa wobec *Schutzpflichten* (C.-W. Canaris, R. Alexy, J. Schwabe)*

Niemiecka doktryna prawa odnosi się do możliwości wyodrębnienia funkcji ochronnej praw podstawowych zasadniczo w aprobatywny sposób⁴⁸⁷. Jak się zauważa, aczkolwiek pojęcie obowiązków ochronnych zostało w orzecznictwie FSK przywołane po raz pierwszy w 1975 r., to „ich kariera opiera się zasadniczo na fakcie, że w literaturze konstytucyjnoprawnej powitano je życzliwie jako starych

* Problem obowiązków ochronnych jako jedno z istotnych zagadnień niemieckiego prawa konstytucyjnego jest stałym przedmiotem zainteresowania nauki prawa RFN, regularnie podejmowanym w bardzo wielu opracowaniach naukowych. Oprócz publikacji cytowanych w różnych miejscach niniejszej książki zob. również: H.-U. Erichsen, *Grundrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, „Jura” 19/1997, s. 85–90; M. Möstl, *Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten*, DÖV 1998, s. 1029–1039; A. Pietrzak, *Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontext – Überblick und neue Aspekte*, JuS 34/1994, s. 748–753. W niniejszym rozdziale skoncentrowano się przede wszystkim na najbardziej charakterystycznych wypowiedziach, które stając się przedmiotem dalszych analiz i dyskusji, przyczyniły się z jednej strony do ugruntowania, a z drugiej do rozwoju omawianej koncepcji.

⁴⁸⁷ Zob. np. C. Callies, *Schutzpflichten...*, s. 966 i cytowana tam literatura oraz P. Unruh, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin 1996, s. 18.

znajomych”⁴⁸⁸. J. Isensee stwierdził, że „FSK nie ujawnił w ramach obowiązków ochronnych żadnej nowej strony konstytucji, ale tylko zapomnianą. Zobowiązanie państwa z tytułu praw podstawowych zostało na nowo odkryte w jego dwojakim aspekcie: przestrzegania (aspekt negatywny) i ochrony (aspekt pozytywny)”⁴⁸⁹. W ramach ujęć kontrastujących koncepcję *Schutzpflichten* i *Drittwirkung* podkreśla się, że szersze wykorzystanie pierwszej z nich w orzecznictwie pozwoliłoby odejść od prawnie niesklasyfikowanej kategorii „oddziaływania promieniującego”⁴⁹⁰ i uniknąć szeregu innych wątpliwości związanych z dogmatyką *Drittwirkung*⁴⁹¹. C.W. Canaris, wychodząc od krytyki założeń koncepcji pośredniego i bezpośredniego *Drittwirkung*, proponuje, aby problem oddziaływania praw podstawowych w relacjach prywatnych ująć właśnie w ramach obowiązków ochronnych państwa. Funkcję ochronną praw podstawowych wymienia jako „normalną”, obok funkcji obronnej, a zatem niewymagającą szczególnego uzasadnienia⁴⁹². Autor ten generalnie odrzuca możliwość bezpośredniego związania jednostek prawami podstawowymi, za adresatów norm konstytucyjnych uznając jedynie państwo i jego organy. Przyznaje, że funkcja obronna praw podstawowych powiązana z zakazem ingerencji i wynikającym z niego zakazem stosowania środków nadmiernych (niem. *Übermaßverbot*) jest silniejsza niż funkcja ochronna powiązana z nakazem sięgania po środki efektywne i skuteczne (niem. *Untermaßverbot*)⁴⁹³. Wynika to, po pierwsze, z tego, że nakaz ochrony jest skierowany przeciwko zaniechaniu

⁴⁸⁸ U. Diederichsen, op. cit., s. 249.

⁴⁸⁹ Ibidem.

⁴⁹⁰ Th. Ackermann, *BVerfGE 89, 214 – Bürgschaft. Zur Einwirkung der Grundrechte auf das Vertragsrecht: Inhaltskontrolle zur Kompensation von Ungleichgewichtslagen*, [w:] J. Menzel, R. Müller-Terpitz (Hrsg.), op. cit., s. 542.

⁴⁹¹ J. Ipsen, *Verfassungsprivatrecht?...*, s. 161.

⁴⁹² C.-W. Canaris, op. cit., s. 21.

⁴⁹³ *Übermaßverbot* nie ogranicza ustawodawcy w wyborze celów jego działania. Podlegają one kontroli jedynie co do ich zgodności z konstytucją. Z kolei *Untermaßverbot* wymaga, aby prawo zwykle zapewniało skuteczną ochronę, pozostawiając ustawodawcy możliwość wyboru środków służących do osiągnięcia tego celu w poszczególnych przypadkach. Ibidem, s. 84.

państwowemu, czego wykazanie – zarówno w przypadku prawa cywilnego, jak i karnego – wymaga sięgnięcia po specjalną argumentację. Istnieje bowiem strukturalna różnica między prawami obronnymi a prawami do świadczeń⁴⁹⁴. Po drugie, przy wypełnianiu funkcji ochronnej ustawodawca korzysta z szerokiej swobody działania, jeśli chodzi o dobór środków ochrony. Są to wyłącznie środki prawa zwykłego, które – tak długo, jak służą celowi ochronnemu – nie muszą być zdeterminowane konstytucyjnie. Nie można przenosić reguł związanych z zakazem środków nadmiernych na sferę realizacji obowiązków ochronnych, bo prowadziłoby to do niedopuszczalnej redukcji swobody ustawodawcy w tej sferze. Wymogi wynikające z obydwu zakazów – środków nadmiernych i środków niewystarczających – nie pokrywają się, nawet jeśli względy proporcjonalności w sposób oczywisty odgrywają istotną rolę w przypadku wszystkich rozwiązań ochronnych, służących do wyważenia sprzecznych interesów⁴⁹⁵. Na powyższą prawidłowość nie wpływa, zdaniem C.W. Canarisa, okoliczność, że istnieją przypadki graniczne, w których trudno odróżnić funkcję ochronną od obronnej; w razie wątpliwości należy przyjąć istnienie tej drugiej⁴⁹⁶. Odrzuca on również zarzut, że słabsze działanie funkcji ochronnej może prowadzić do asymetrii na korzyść tego podmiotu, który w danej relacji jest naruszcicielem praw podstawowych, twierdząc, iż jest to jedynie adekwatnym odzwierciedleniem zasady pierwszeństwa obywateli wobec państwa, zgodnie z którą relacje między obywatelami są zasadniczo wolne od ingerencji państwowych, każdorazowo wymagających specjalnej legitymizacji⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ Ibidem, s. 43; R. Alexy, *Teoria...*, s. 327 i n.

⁴⁹⁵ C.-W. Canaris, op. cit., s. 44–45.

⁴⁹⁶ Więcej zob. ibidem, s. 46.

⁴⁹⁷ Odwołując się do okoliczności sprawy *Lüth*, C.-W. Canaris wyjaśnia, że jeśli państwo chciałoby zabronić E. Lüthowi wyrażania opinii, aby uchronić właścicieli kin przed bojkotem, musiałyby legitymizować to działanie i odpowiednio uwzględnić wymogi *Übermassverbot*; podobnie jeśli V. Harlan żądałby od państwa ochrony, musiałyby ono uzasadnić swoją ewentualną ingerencję, wykazując potrzebę ochrony i dotrzymanie wymogów związanych z *Untermaßverbot*. Zob. ibidem, s. 47.

Wątpliwości w doktrynie prawa nie budzi możliwość normatywnego uzasadnienia obowiązków ochronnych państwa. Orzecznicza teza, zgodnie z którą ich podstawą jest regulacja art. 1 ust. 1 GG, wydaje się w zasadzie spójna z poglądami doktryny prawa. Z literalnego brzmienia tego artykułu ma jasno wynikać, że państwo ponosi odpowiedzialność za to, aby wolności zagwarantowane we wszystkich prawach podstawowych – a przynajmniej w treści normy mówiącej o godności ludzkiej – zostały w rzeczywistości konstytucyjnoprawnej zrealizowane sposób całościowy⁴⁹⁸. Co więcej, uzasadnienie normatywne bywa przedstawiane jako wystarczające. Dla przykładu, Ch. Stark w komentarzu do wyroków aborcyjnych podsumowuje, że „obowiązek państwa w zakresie strzeżenia godności człowieka jest w sposób wyraźny ujęty w art. 1 ust. 1 GG. Zatem nie potrzebuje on żadnego specjalnego prawnodogmatycznego uzasadnienia”⁴⁹⁹. Autor podkreśla, że ten artykuł był od początku pomyślany w taki sposób, że nie tylko – jak klasyczne prawa podstawowe – nakazuje państwu powstrzymanie się od działania, określając granicę aktywności państwowej, w czym wyraża się obowiązek poszanowania godności, ale również wyznacza mu pozytywne zadanie, polegające na jej ochronie, również przed podmiotami trzecimi. Do stwierdzenia istnienia takiego obowiązku nie jest wymagane rozpatrywanie prawnopodstawowego charakteru gwarancji godności, ponieważ wystarczające jest odwołanie do obiektywnoprawnej treści normy z art. 1 ust. 1 GG⁵⁰⁰. Trzeba zauważyć, że powyższy komentarz odnosi się do rozstrzygnięcia, w którym nastąpiła abstrakcyjna kontrola konstytucyjności. W przypadku kontroli inicjowanej skargą konstytucyjną, a taka ma z reguły zastosowanie w przypadku spraw, których dotyczy problem horyzontalnego stosowania praw podstawowych, sięganie do dogmatyki praw podstawowych wydaje się uzasadnione.

⁴⁹⁸ C. Callies, *Schutzpflichten...*, s. 971.

⁴⁹⁹ Ch. Starck, *Die verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens: Zum Zweiten Abtreibungsurteil Des BVerfG*, „Juristen Zeitung” 17/1993, s. 817.

⁵⁰⁰ Ibidem.

Niejednolite stanowisko zajmuje niemiecka doktryna prawa wobec możliwości wyprowadzania państwowych obowiązków ochronnych z zasady państwa socjalnego z art. 20 i 28 UZ. FSK kilkakrotnie przywołał tę zasadę jako wzmocnienie argumentacji uzasadniającej zastosowanie norm prawno podstawowych w relacji prywatnej⁵⁰¹. Według niektórych opinii jest to podejście właściwe, ponieważ zasada ta stanowi komponent normatywnego uzasadnienia koncepcji obowiązków ochronnych⁵⁰². Interpretacja danego prawa podstawowego w powiązaniu z tą zasadą miałyby umożliwiać formułowanie roszczeń o ochronę. Jeśli bowiem przyjąć, że jednostka wymaga ochrony ze strony państwa, to może ona też słusznie oczekiwać określonych świadczeń. Mówi się w tym kontekście o obowiązku „świadczeń ochronnych”⁵⁰³. Ich wykonywanie następuje na podobnej zasadzie, jak realizacja praw socjalnych, tyle że w przypadku *Schutzpflichten* ochronne działanie państwa – w zależności od sytuacji – może przybrać postać środków o charakterze socjalno-, cywilno- czy karnoprawnym. Odmienny pogląd zakłada, że jakkolwiek nie da się zakwestionować, iż obowiązki ochronne i zasada państwa socjalnego mają historycznie wspólny punkt wyjścia, związany z zadaniem zapewnienia obywatelom bezpieczeństwa przez podejmowanie działań o charakterze socjalnym, to jednak zasada wyrażona w art. 20 i 28 UZ jest nieprzydatna jako uzasadnienie obowiązków ochronnych. Mają one bowiem zasadniczo inny kierunek docelowy: socjalny charakter państwa zobowiązuje do aktywnej dystrybucji i redystrybucji dóbr, natomiast ochrona praw podstawowych zakłada zachowanie ich *status quo*. Nieprecyzyjne pod względem konstytucyjnoprawnym zobowiązanie do ukształtowania sprawiedliwego porządku społecznego jest nieadekwatne do opisu obowiązków ochronnych, w przypadku których właściwy

⁵⁰¹ Tak było w wyrokach w sprawie *Handelsvertreter* i *Bürgerschaftsverträge*. Od tej linii orzeczniczej odstąpił w postanowieniu z 27 stycznia 1998 r., 1 BvL 15/87, BVerfGE 97, 169 – *Kleinbetriebsklausel I*.

⁵⁰² Por. C. Callies, *Schutzpflichten...*, s. 971.

⁵⁰³ *Ibidem*.

punkt odniesienia stanowią normy konstytucji regulujące poszczególne prawa podstawowe⁵⁰⁴.

Doktrynalne zastrzeżenia są zgłaszane w odniesieniu do sposobu, w jaki Federalny Sąd Konstytucyjny uzasadnia możliwość wyprowadzenia obowiązków ochronnych z norm prawno podstawowych, przy czym krytyka obejmuje przede wszystkim dogmatyczny aspekt tego uzasadnienia, nawiązujący, jak już była o tym mowa, do teorii obiektywnego porządku wartości ucieleśnianego przez prawa podstawowe⁵⁰⁵. W tym aspekcie zarzuty pod adresem koncepcji *Schutzpflichten* w dużej mierze pokrywają się z zastrzeżeniami, jakie były zgłaszane względem *Drittwirkung* praw podstawowych⁵⁰⁶. W przypadku *Schutzpflichten* wątpliwości dotyczą możliwości wyprowadzenia bezpośrednich (ochronnych) zobowiązań państwowych z samego faktu istnienia takiego porządku⁵⁰⁷. W literaturze zauważa się, że FSK tak naprawdę nie wyjaśnił, w jaki sposób z obiektywnoprawnych zawartości praw podstawowych mogą wynikać subiektywnie zorientowane obowiązki ochronne⁵⁰⁸.

Odwołanie do obowiązków ochronnych państwa nie eliminuje wątpliwości związanych z ryzykiem nadmiernej ingerencji sądu konstytucyjnego w orzecznictwo sądów powszechnych. Intensywność zgłaszanych w literaturze zarzutów jest w przypadku koncepcji *Schutzpflichten* mniejsza, jednak i tu mamy do czynienia z wpływem prawa konstytucyjnego na prawo prywatne. Obowiązek uwzględnienia oddziaływania promieniującego praw podstawowych na wszystkie dziedziny prawa został zastąpiony obowiązkiem ochrony praw podstawowych we wszystkich obszarach porządku prawnego.

R. Alexy zwraca uwagę na tzw. strukturalny aspekt problemu *Schutzpflichten*, wyrażający się w dwóch pytaniach. Pierwsze z nich dotyczy tego, czy istnieją podmiotowe prawa do ochrony, czy tylko normy

⁵⁰⁴ M. Ruffert, op. cit., s. 164–165.

⁵⁰⁵ C. Callies, *Schutzpflichten...*, s. 971.

⁵⁰⁶ Najważniejsze punkty krytyki obejmującej samą koncepcję obiektywnego porządku wartości zostały przedstawione w rozdziale 3.3.

⁵⁰⁷ J. Detlein, op. cit., s. 62.

⁵⁰⁸ Ibidem.

nakazujące państwu chronić jednostki bez gwarantowania im prawa podmiotowego. Próba odpowiedzi na to pytanie w oparciu o orzecznictwo konstytucyjne z początkowego okresu rozwoju omawianej koncepcji nie prowadziła do jasnego rezultatu. R. Alexy wskazywał, że można było w tym orzecznictwie znaleźć zarówno rozstrzygnięcia bazujące na „wywodzonych z systemu praw podstawowych obiektywnoprawnych obowiązkach ochrony”, jak i takie, w których zastosowano interpretację podmiotową⁵⁰⁹. Nawet jeśli FSK opowiedział się za tym drugim rozwiązaniem, to jednak nie eliminuje to podstawowej wątpliwości związanej z pytaniem o logikę, za pomocą której z obiektywnoprawnych obowiązków ochronnych daje się wyprowadzić prawa podmiotowe⁵¹⁰. Ma ona również związek z utrwalonym w dogmatyce praw podstawowych przeciwstawianiem „praw” do obrony i „obowiązków” ochronnych, które już w warstwie terminologicznej uwydatnia różnice między dwoma aspektami praw podstawowych⁵¹¹. Poszukując argumentów mogących uzasadnić istnienie podmiotowego prawa do ochrony, R. Alexy odnosi się do argumentacji nawiązującej do regulacji art. 1 ust. 1 zd. 2 GG, a więc do tego, co wyżej określiliśmy jako normatywny aspekt obowiązków ochronnych. Według niego ta interpretacja nadmiernie rozszerza pojęcie godności ludzkiej, niesłusznie obejmując nim wszystko, co jest godne ochrony. Zdaniem uczonego upodmiotowienie obowiązków ochronnych daje się lepiej uzasadnić w odwołaniu do koncepcji praw podstawowych jako opartych na zasadach. Jest to nawiązanie do orzeczniczej koncepcji obiektywnego porządku wartości ucieleśnianego przez prawa podstawowe, którą R. Alexy zmodyfikował, zastępując teorię wartości teorią zasad⁵¹².

Druga problematyczna kwestia wymagająca rozstrzygnięcia w ramach struktury obowiązków ochronnych jest związana z pytaniem, na

⁵⁰⁹ R. Alexy, *Teoria...*, s. 340–342.

⁵¹⁰ Zob. np. P. Szczekalla, op. cit., s. 218; C. Callies, *Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis*, „Juristen Zeitung” 7/2006, s. 324.

⁵¹¹ R. Alexy, *Teoria...*, s. 340–342.

⁵¹² Więcej na ten temat zob. rozdział 3.4 niniejszej książki.

ile zasadne jest rozgraniczenie praw obronnych i praw ochronnych⁵¹³. Co do zasady idea oddziaływania praw podstawowych jako obowiązków ochronnych opiera się na wyodrębnieniu funkcji ochronnej praw podstawowych, ujmowanej osobno względem tzw. klasycznej funkcji obronnej. W przypadku obowiązków ochronnych można mówić o aktywnej stronie praw podstawowych, podczas gdy funkcja obronna bazuje na ich statycznym aspekcie. Celem i istotą praw obronnych jest bowiem określone zachowanie państwa w postaci powstrzymania się od pewnych działań, natomiast obowiązek ochronny pozostaje zasadniczo nieokreślony i wymaga pozytywnego działania⁵¹⁴. W porównaniu z prawami obronnymi obowiązki ochronne oferują bardziej elastyczne uzasadnienie oddziaływania praw podstawowych w relacjach prywatnych, ponieważ w przeciwieństwie do tych pierwszych nie zakładają obowiązku żadnego konkretnego sposobu działania państwowego⁵¹⁵. Szerokie pole działania państwa w zakresie realizacji obowiązków ochronnych utrudnia precyzyjne określenie treści roszczenia. Funkcja ochronna praw podstawowych niesie więc ze sobą wymóg większej ostrożności, niż wymaga tego ich realizacja w aspekcie statycznym⁵¹⁶. W literaturze prawniczej obecne są próby alternatywnego – względem zaproponowanego przez FSK i zarazem dominującego w doktrynie – ujęcia dogmatyki *Schutzpflichten*. Polegają one na podaniu w wątpliwość zasadności rozróżniania między prawami obronnymi a prawami ochronnymi, co w konsekwencji miałoby uzasadniać możliwość wyprowadzenia obowiązków ochronnych z klasycznego rozumienia praw podstawowych, jako praw obronnych przeciwko państwu⁵¹⁷. Zauważa się, że rozróżnienie, o którym mowa, nie ma w orzecznictwie konstytucyjnym charakteru ścisłego. Wprawdzie co do zasady w oparciu o dualistyczną naturę praw podstawowych FSK standardowo przeciwstawia sobie subiektywne prawo obronne, służące

⁵¹³ R. Alexy, *Teoria...*, s. 344–347.

⁵¹⁴ P. Szczekalla, op. cit., s. 147.

⁵¹⁵ Zob. M. Ruffert, op. cit., s. 21.

⁵¹⁶ H.E. Brandner, op. cit., s. 689–696.

⁵¹⁷ C. Callies, *Schutzpflichten...*, s. 973.

jako tarcza przeciwko państwowym aktywnościom naruszającym sferę wolności jednostki, oraz obiektywnoprawny obowiązek ochronny, do którego powstania uprzednie aktywne działanie państwa nie jest konieczne, jednak w ramach konkretnych rozstrzygnięć bywa ono rozpatrywane jako podstawa obowiązku ochronnego, nawet jeśli „tylko” wpływa na stworzenie zagrożenia lub ryzyka dla dóbr prawnie chronionych⁵¹⁸. Brak jednoznaczności w omawianej kwestii jest widoczny zwłaszcza wtedy, gdy występuje jakaś forma zaangażowania państwa w naruszające prawo podstawowe działanie podmiotu prywatnego w postaci np. wyrażenia zgody na określoną działalność. Często przywoływaną w literaturze ilustracją takiej sytuacji są okoliczności postanowienia FSK w sprawie *Mülheim-Kärlich*, w odniesieniu do którego zauważono, że argumentacja sądu w zakresie przypisania państwu prywatnych ingerencji nie jest jednoznaczna, ponieważ odwołał się w niej zarówno do obowiązku ochrony, jak i „własnej współodpowiedzialności” państwa⁵¹⁹. W. Rübner zwraca uwagę, że ingerencje państwowe w sferze stosowania *Drittwirkung* są tak samo do pomyślenia, jak naruszenie państwowych obowiązków ochronnych, a ochrona prawa wolnościowego i unikanie ingerencji w to prawo są często dwoma aspektami tej samej sytuacji⁵²⁰. Dlatego sądowe usankcjonowanie obowiązku znoszenia przez jednostkę naruszania jej prawa przez inną jednostkę może być ocenione jako państwowa ingerencja w to prawo, podobnie jak unieważnienie z powodów konstytucyjnych prywatnej umowy stanowić będzie ingerencję w prawo kontraktów. Autor ten twierdzi, że większość rozstrzygnięć FSK dotyczących oddziaływania praw podstawowych na prawo prywatne, włączając w to te, w których

⁵¹⁸ P. Szczekalla, op. cit., s. 94.

⁵¹⁹ Zob. np. R. Alexy, *Teoria...*, s. 345 oraz C. Callies, *Schutzpflichten...*, s. 973. R. Alexy uważa, że w takiej sytuacji należy wyjść od konstrukcji praw do ochrony. R. Alexy, op. cit., s. 345. Z kolei P. Szczekalla twierdzi, że stwierdzenie naruszenia obowiązku ochronnego powinno odwoływać się do kryteriów służących do badania naruszeń praw podstawowych w ich aspekcie obronnym. P. Szczekalla, op. cit., s. 95.

⁵²⁰ W. Rübner, *Grundrechtsadressaten...*, s. 828.

mowa o *Schutzpflichten*, dałoby się zinterpretować w kategoriach funkcji obronnej. Jednym z przykładów ma być wyrok w sprawie *Handelsverteter*, w którym FSK nie powołuje się *expressis verbis* na obowiązek ochronny państwa, lecz na konieczność zadośćuczynienia „pozycjom chronionym przez prawa podstawowe”. Państwo ma chronić swobodę wykonywania zawodu poprzez niedopuszczanie do zakazu konkurencji bez odszkodowania za okres karencji. Według W. Rüfnera równie dobrze można by przyjąć, że w tym przypadku chodzi o bezprawne naruszenie wymienionej swobody⁵²¹. Według tego podejścia funkcja obowiązków ochronnych nie jest więc samodzielna, lecz raczej jest jedynie aspektem tradycyjnej wykładni praw podstawowych. W tym kontekście można za R. Alexym przywołać wypowiedź G. Düriga, według którego „także pozytywne dokonywanie «chronienia» jest obronną czynnością państwa, a nie pozytywnym kształtowaniem”⁵²². Najbardziej rygorystyczny pogląd w tym zakresie prezentował J. Schwabe, który uznał, że wyodrębnianie osobnej funkcji ochronnej jest nie tylko mylące, ale i zbędne, ponieważ zakładany przez nią rezultat można osiągnąć przez odwołanie się do negatywnej funkcji praw podstawowych⁵²³. Jego zdaniem już z regulacji art. 1 ust. 3 GG wynika, że prawa podstawowe zasadniczo działają przeciwko każdemu przejawowi władzy, który może przejawiać się zarówno w prawie publicznym, jak i cywilnym⁵²⁴, a każda ingerencja w prawa podstawowe dokonana przez podmiot prywatny jest w istocie ingerencją władzy publicznej⁵²⁵. Przyznanie tych działań państwu, powoduje, że jest ono za nie odpowiedzialne tak samo, jak za własne. Zgodnie bowiem z zasadą, że co nie jest zabronione, jest dozwolone, należałoby przyjąć, że jeśli państwo nie wprowadza ustawowej regulacji zabraniającej lub sankcjonującej niepaństwowe działanie zagrażające prawom podstawowym, oznacza

⁵²¹ Ibidem, s. 829.

⁵²² R. Alexy, *Teoria...*, s. 344.

⁵²³ Ibidem.

⁵²⁴ J. Schwabe, *op. cit.*, s. 154.

⁵²⁵ C. Callies, *Schutzpflichten...*, s. 973.

to, że legitymuje je, a przynajmniej toleruje⁵²⁶. Wynikająca z tego konieczność znoszenia przez podmioty prywatne naruszeń ich praw ze strony innych podmiotów prywatnych odbywa się niejako przy zgodzie państwa⁵²⁷. Udział w procesie naruszania praw podstawowych przez działania prywatne wyraża się nie tylko przez zaniechania ustawodawcze, ale też przez osłaniające te działania orzeczenia sądowe i decyzje egzekutywy⁵²⁸. Koncepcja J. Schwabego spotkała się z aprobatą części środowiska prawniczego⁵²⁹, jednak jego większość odrzuca możliwość wyprowadzenia obowiązków ochronnych z funkcji obronnej praw podstawowych, opowiadając się za istnieniem odrębnej funkcji ochronnej⁵³⁰.

Kolejna grupa zastrzeżeń zgłaszanych w doktrynie prawa wobec koncepcji *Schutzpflichten* ma związek z ryzykiem, jakie może ona powodować dla autonomii i wolności jednostki. Obowiązki ochronne kreują zobowiązanie państwa do interwencji przeciwko prywatnemu „naruszycielowi” prawa podmiotowego. Interwenujące państwo w sposób konieczny staje się jednocześnie państwem ograniczającym wolność „naruszyciela”. Jak wyjaśnia J. Detlein, przywołując schemat trójkąta, który tworzy relację państwo–ofiara–naruszyciel⁵³¹, zabezpieczenie sfery wolności jednej jednostki może być zapewnione tylko przez państwowe działanie przeciwko drugiej jednostce. W taki sposób prawa podstawowe kreują tytuły prawne do naruszeń ich samych (niem. *Eingriffstitel*),

⁵²⁶ J. Schwabe, op. cit., s. 17. Tak też D. Murswieg, *Zur Bedeutung der grundrechtlichen Schutzpflichten für den Umweltschutz*, [w:] *Wirtschaft und Verwaltung: Themenheft zum Gewerbearchiv*, München 1986, s. 182.

⁵²⁷ J. Schwabe, op. cit., s. 149.

⁵²⁸ R. Alexy, *Teoria...*, s. 344.

⁵²⁹ M. Ruffert, op. cit., s. 17.

⁵³⁰ Punktem wyjścia obszernej krytyki, którą względem koncepcji J. Schwabego przeprowadził R. Alexy, jest zakwestionowanie faktu, że jeśli jakieś działanie nie jest zabronione, to automatycznie uzasadnione jest przypisanie państwu jego dokonania. Zob. R. Alexy, *Teoria...*, s. 345–347. Na temat argumentów zgłaszanych przez innych autorów przeciwko absolutyzacji funkcji obronnej zob. M. Ruffert, op. cit., s. 18.

⁵³¹ Do opisu trójkąta używa się też terminologii: chroniony – naruszciciel – chroniący (niem. *Grundrechtsgeschützter – Grundrechtsbeeinträchtiger – Grundrechtsschützer*). Zob. K. Stern, *Die Schutzpflichtenfunktion...*, s. 246.

stając się przynajmniej częściowo swoim przeciwieństwem⁵³². W związku z powyższym w niemieckiej doktrynie prawa funkcjonuje pojęcie ochrony przez naruszenie (niem. *Schutz durch Eingriff*)⁵³³. Na ten problem zwrócili zresztą uwagę sami sędziowie konstytucyjni już w początkach stosowania przez FSK koncepcji *Schutzpflichten*. Część z nich w zdaniu odrębnym do pierwszego wyroku aborcyjnego wyraziła sprzeciw wobec możliwości przyjęcia, że

obiektywny porządek wartości ma służyć do tego, aby nakładać na ustawodawcę obowiązek wydawania norm karnoprawnych, a więc do najpotężniejszej, jaką można sobie wyobrazić, ingerencji w obszar wolności obywateli. To zmienia funkcję praw podstawowych w ich przeciwieństwo. [...] W ten sposób bowiem prawa podstawowe mogą niepostrzeżenie przeobrazić się z ostoji zabezpieczającej wolność w podstawę bezmiaru jej ograniczeń⁵³⁴.

Co więcej, w świetle omawianej koncepcji źródłem bezpośredniej legitymacji państwowych interwencji staje się konstytucja. Kwestia ingerencji w autonomię jednostki jest szczególnie widoczna w przypadkach, w których odwołanie do obowiązków ochronnych staje się podstawą zakwestionowania umów prawa prywatnego. Ilustracją takiej sytuacji mogą być rozstrzygnięcia FSK w sprawie *Handelsverteter*, a zwłaszcza *Bürgschaftsvertäge*. Na ich tle pojawiło się pytanie, na ile i czy w ogóle struktura *Schutzpflichten* pozwala na objęcie nimi działalności jednostek opartej na prawie umów⁵³⁵. Jak zauważono w literaturze w odniesieniu do drugiej z wymienionych spraw, w świetle faktu konkurencji kredytodawców na rynku i dobrowolnego zawarcia umowy nie występowała

⁵³² J. Detlein, op. cit., s. 67.

⁵³³ Por. np. R. Wahl, J. Masing, *Schutz durch Eingriff*, „Juristen Zeitung” 12/1990, s. 533–563. W polskiej literaturze wspomina o niej M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, s. 140.

⁵³⁴ Zdanie odrębne sędziów H. Rupp-v. Brünnecka i H. Simona. Podobnie J. Isensee, *Das Grundrecht...*, s. 490 i n.

⁵³⁵ W niemieckiej nauce prawa kwestia ta jest sporna. Zob. Th. Ackermann, *BVerfGE 89, 214...*, s. 543.

typowa sytuacja zagrożenia praw podstawowych: banku nie można było uznać za naruszcyciela praw podstawowych, a poręczycielki za ofiarę naruszenia⁵³⁶. W odpowiedzi na powyższe zarzuty zauważa się, że realizacja praw podstawowych co do zasady następuje w drodze ustawowej. Przełożony na normy ustawowe (niem. *gesetzmediatisierte*) obowiązek ochronny musi uwzględniać gwarancje prawnopodstawowe zarówno podmiotu, którego dobro jest zagrożone, jak i tego, od którego pochodzi zagrożenie, i wyrównywać ich sprzeczne interesy prawne przy użyciu metody „praktycznej konkordancji” (niem. *praktische Konkordanz*). Dopiero więc ustawodawca kreśli granice ochrony wolności, a to oznacza, że obowiązki ochronne same z siebie nie zmniejszają sfery wolności podmiotu będącego naruszcycielem praw podstawowych jednostki⁵³⁷. Mając na uwadze fakt, że w świetle orzecznictwa konstytucyjnego do realizacji obowiązku ochronnego przez ustawodawcę wystarczające okazuje się być wprowadzenie do przepisów prawa prywatnego odpowiednich klauzul generalnych, można powiedzieć, że ostateczne określenie granic tej ochrony staje się zadaniem sędziego stosującego te klauzule.

Osobna grupa zastrzeżeń kierowanych wobec koncepcji *Schutzpflichten* dotyczy jej negatywnego wpływu na autonomię prawa prywatnego i niezależność sądów powszechnych. Jest to krytyka o zdecydowanie mniejszym natężeniu niż w przypadku koncepcji *Drittwirkung*, niemniej ma ona to samo źródło, sięgające wyroku w sprawie *Lüth*. Chodzi oczywiście o sformułowany przez FSK w odniesieniu do wszystkich sądów i podlegający jego kontroli wymóg uwzględniania wpływu praw podstawowych na cały system prawa. Ich promieniujące oddziaływanie rozciąga państwowe obowiązki ochronne na wszystkie obszary porządku prawnego⁵³⁸. Przedmiotem krytyki w przypadku stosowania zarówno koncepcji *Drittwirkung*, jak i *Schutzpflichten* jest nie tyle sama merytoryczna treść rozstrzygnięcia przyjętego przez FSK w danym

⁵³⁶ Ibidem.

⁵³⁷ J. Detlein, op. cit., s. 67.

⁵³⁸ K. Stern, *Idee und...*, s. 94.

przypadku, ile poprzedzająca je, często głęboka, ingerencja w sposób interpretacji prawa prywatnego dokonany przez sądy powszechne⁵³⁹.

W przypadku koncepcji obowiązków ochronnych intensywność kontroli konstytucyjności jest szczególnie wysoka, gdy FSK sięga do omówionego wyżej kryterium „zakazu niedomiaru” (niem. *Untermaßverbot*)⁵⁴⁰. Generalnie sąd ten podkreśla, że ustawodawca ma swobodę, jeśli chodzi o dobór środków ochrony i sposób wyważenia kolidujących w danej sprawie dóbr. W związku z tym badanie, które przeprowadza FSK, ogranicza się, tak jak w przypadku funkcji obronnej, do skontrolowania, czy nie doszło do ewidentnego naruszenia prawa podstawowego (niem. *Evidenzkontrolle*), a zatem czy organy państwa (z reguły ustawodawcze) nie pozostały całkowicie bierne albo czy zastosowane przez nie środki w sposób oczywisty nie nadają się do osiągnięcia celu ochronnego. Jeśli jednak kontrola opiera się na kryterium *Untermaßverbot*, to wykracza poza ten standard, ponieważ FSK ocenia, czy podjęte przez ustawodawcę środki zaradcze są skuteczne i odpowiednie, a także czy opierają się na starannym ustaleniu okoliczności i rozsądnych szacunkach⁵⁴¹.

9.6. Podsumowanie: komplementarność *Drittwirkung* i *Schutzpflichten*

W zakresie problematyki wzajemnego stosunku koncepcji pośredniego *Drittwirkung* i *Schutzpflichten* istnieje w niemieckiej doktrynie prawa bardzo duża rozbieżność poglądów. Trudno przy tym wyłonić całościowo opracowane stanowiska, ponieważ problematyka ta nie jest przedmiotem osobnych analiz, ale pojawia się niejako przy okazji omawiania którejś z dwóch koncepcji, zazwyczaj wtedy, kiedy dany autor daje wyraz swojej preferencji dla jednej z nich. Szerokie

⁵³⁹ Ibidem.

⁵⁴⁰ C. Callies, *Schutzpflichten...*, s. 968.

⁵⁴¹ C. Callies w odniesieniu do wyroku w sprawie *Schwangerschaftsabbruch II*. Zob. ibidem.

spektrum wypowiedzi na wskazany temat rozciąga się od opinii skrajnych, uznających identyczność obu koncepcji albo relację wykluczania między nimi, po inne warianty – uznające ich wzajemną zależność czy komplementarność⁵⁴². Naturalnie w tle dyskusji na ten temat znajduje się orzecznictwo Federalnego Sądu Konstytucyjnego, który w kolejnych rozstrzygnięciach wyznacza kierunek postrzegania roli praw podstawowych w relacjach między podmiotami prywatnymi. Jeśli chodzi o wspomniane orzecznictwo, to włączenie w jego ramy koncepcji obowiązków ochronnych, w żadnym razie nie oznaczało rezygnacji z odwołań do *Drittwirkung*, ale zapoczątkowało równoległy rozwój od lat 70. XX w. obydwu wersji horyzontalnego oddziaływania praw podstawowych⁵⁴³. Niemniej, wprowadzenie do orzecznictwa Federalnego Sądu Konstytucyjnego kategorii obowiązków ochronnych zostało przez niektórych opisane jako „dogmatyczna reorientacja”⁵⁴⁴. Niemiecka nauka prawa co do zasady uznała adekwatność jej zastosowania w ramach rozpatrywania problemu skuteczności praw podstawowych w relacjach prywatnych. Część autorów postulowała całkowite odejście od konstrukcji pośredniego *Drittwirkung*⁵⁴⁵, uznając, że wraz z pojawieniem się koncepcji *Schutzpflichten* nastąpiło przekonujące rozwiązanie problemów dyskutowanych od wejścia w życie UZ⁵⁴⁶, podczas gdy inni zwracali raczej uwagę na konieczność wielopłaszczyznowego ujęcia prywatnoprawnego oddziaływania praw podstawowych, uwzględniającego dotychczas funkcjonujące konstrukcje opisujące ten wpływ⁵⁴⁷. Niektórzy uznali, że – w przeciwieństwie do prawnie niesklasyfikowanej kategorii pośredniego *Drittwirkung* – to właśnie państwowe obowiązki ochronne są w stanie lepiej opisać oddziaływanie praw podstawowych

⁵⁴² Najszerszy przegląd stanowisk prezentuje P. Szczekalla, op. cit., s. 250–253. Por. dalsza część niniejszego podrozdziału.

⁵⁴³ Por. np. M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, s. 149.

⁵⁴⁴ M. Ruffert, op. cit., s. 20.

⁵⁴⁵ Zob. C.-W. Canaris, rozdział 8.2 oraz 9.5 niniejszej książki.

⁵⁴⁶ Więcej M. Ruffert, op. cit., s. 22.

⁵⁴⁷ Por. przede wszystkim koncepcje R. Alexy’ego oraz M. Borowskiego przedstawione w rozdziałach 8.4 i 8.5 niniejszej książki.

w wymiarze horyzontalnym⁵⁴⁸. W samym orzecznictwie jednak, reorientacja, o której mowa, dotyczy raczej tylko zmiany w zakresie konstrukcji uzasadnienia. Zauważa się, że recepcja koncepcji obowiązków ochronnych nie spowodowała żadnej istotnej modyfikacji dotychczasowego sposobu stosowania norm praw podstawowych do rozstrzygnięcia sporów prywatnoprawnych⁵⁴⁹. FSK w dalszym ciągu eksponuje rolę czynnika obiektywnego, który w przypadku obowiązków ochronnych ma postać leżących u ich podstaw rozstrzygnięć o wartościach. Sędzia w wykonywaniu swojego obowiązku ochrony wprowadza obiektywnoprawną zawartość praw podstawowych do prawa prywatnego. Samo wyodrębnienie funkcji ochronnej państwa nie przełożyło się na przewyciężenie dotychczasowych wątpliwości związanych z uzasadnieniem stosowania praw podstawowych w relacjach prywatnych. Z uwagi na częściową tożsamość założeń będących fundamentem obydwu koncepcji, wyrażaną istnieniem obiektywnego porządku wartości – również w przypadku *Schutzpflichten* wiele pytań zadawanych od czasu wyroku w sprawie *Liith* w dalszym ciągu wymaga odpowiedzi. Jak stwierdza M. Ruffert, opisana reorientacja nie oznacza zmiany paradygmatu w zakresie określenia relacji między prawami podstawowymi a konstytucją. Może to nastąpić dopiero, gdy *Schutzpflichten* będzie w stanie rozwiązać kontrowersje związane z tzw. resubiektywizacją obiektywnych wymiarów praw podstawowych: po tym, jak klasyczna debata na temat *Drittwirkung* przypisała prawom podstawowym jako podmiotowym prawom subiektywnym nowe obiektywne wymiary, potrzebne jest ponowne przyporządkowanie tym wymiarom praw podmiotowych⁵⁵⁰. Wydaje się, że w obecnym stanie nauki o skuteczności praw podstawowych w relacjach prywatnych, jak i w świetle zastosowań obydwu koncepcji w orzecznictwie FSK nie jest zasadne ani ściśle rozdzielanie obydwu koncepcji, ani szukanie argumentów przesądzających o słuszności wyłącznie jednej nich. Potrzeba zapewnienia efektywnej ochrony

⁵⁴⁸ Przede wszystkim C.-W. Canaris, *Grundrechte...*, passim.

⁵⁴⁹ A. Kulick, „*Drittwirkung*” ..., s. 2236.

⁵⁵⁰ M. Ruffert, op. cit., s. 23.

praw podstawowych w relacjach prywatnych – czemu ma służyć zarówno konstrukcja *Drittwirkung*, jak i *Schutzpflichten* – daje raczej podstawy do sformułowania tezy uznającej ich komplementarność, o czym będzie w mowa w dalszej części niniejszych rozważań.

Wśród bardzo wielu stanowisk na temat wzajemnej relacji między omawianymi koncepcjami można przede wszystkim wyróżnić ujęcia zakładające istnienie między nimi jakiegoś rodzaju związku oraz takie, które akcentują ściśle ich oddzielenie⁵⁵¹. Tym, co w sposób oczywisty łączy omawiane koncepcje, jest przede wszystkim ich geneza i funkcja. Obydwie bowiem są teoretycznymi konstruktami, wywodzącymi się z orzecznictwa Federalnego Sądu Konstytucyjnego, które powstały jako odpowiedź na zapotrzebowanie na ochronę praw podstawowych w relacjach między jednostkami. W odróżnieniu od koncepcji bezpośrednio *Drittwirkung* dopuszczają możliwość jedynie pośredniego oddziaływania praw podstawowych na prawo prywatne. U podstaw konstrukcji *Schutzpflichten*, podobnie jak w przypadku pośredniego *Drittwirkung*, leży idea obiektywnoprawnego porządku wartości ucieleśnianego przez prawa podstawowe: obowiązek ochrony jednostki przed naruszeniem jej praw ze strony innych jednostek daje się wyprowadzić z praw podstawowych rozumianych jako rozstrzygnięcia o wartościach (niem. *Wertentscheidungen*). W tym sensie koncepcja *Schutzpflichten* – tak samo jako *Drittwirkung* – wywodzi się z wyroku w sprawie *Lüth* i zapoczątkowanej w nim linii orzeczniczej zorientowanej na wartości zakodowane w UZ. Jak już wspomniano, ten właśnie aspekt orzecznictwa budzi najwięcej kontrowersji w doktrynie prawa, ponieważ odwołanie

⁵⁵¹ P. Szczekalla wyróżnia łącznie aż dziewięć stanowisk, każde z nich przedstawiając jako wynikające z określonej tezy lub grupy tez. Zakładają one: absolutną lub względną identyczność połączoną z relacją zawierania się; ściśle oddzielenie; uzupełnianie *Drittwirkung* przez *Schutzpflichten*; uzasadnianie *Ausstrahlungswirkung* przez *Schutzpflichten*; częściowe wyjaśnianie *Drittwirkung* przez *Schutzpflichten*; warunkowanie istnienia *Schutzpflichten* istnieniem *Drittwirkung*; zachodzenie na siebie; *Drittwirkung* jako środek urzeczywistnienia ochrony z zakresie praw podstawowych; *Drittwirkung* praw podstawowych jako obowiązków ochronnych. Więcej na ten temat zob. P. Szczekalla, op. cit., s. 250–253.

do wartości nie jest w świetle wymogów dogmatyki prawniczej wystarczającym uzasadnieniem dla wyprowadzenia z norm praw podstawowych określonego sposobu ich oddziaływania czy konkretnej ich funkcji. Stosunek części niemieckiej doktryny prawa do tej kwestii można streścić, odwołując się do dosadnej wypowiedzi J. Ipsena, iż obydwie wykreowane przez FSK figury prawne mają sprawić wrażenie, że istnieje dogmatyczna podstawa danego rozstrzygnięcia⁵⁵². Można przy tym zauważyć, że FSK w wielu przypadkach horyzontalnego zastosowania norm praw podstawowych wcale nie stara się *explicite* umocować swojego rozstrzygnięcia przez odwołanie do którejś z omawianych konstrukcji, lecz ogranicza się po prostu do wskazania na działanie promieniujące praw podstawowych lub ich obiektywnoprawną zawartość⁵⁵³. Ta okoliczność jest przyczyną, dla której niejednokrotnie trudno dokonać jednoznacznej kwalifikacji danego rozstrzygnięcia jako reprezentatywnego dla jednej z dwóch omawianych koncepcji⁵⁵⁴. W każdym razie, jeśli przyjąć powyższą perspektywę, można sformułować wniosek, że *Schutzpflichten* powstało w orzecznictwie konstytucyjnym jako kontynuacja linii orzeczniczej w zakresie *Drittwirkung*⁵⁵⁵. Odwołanie do obowiązków ochronnych może prowadzić do tych samych rezultatów⁵⁵⁶. Obydwie konstrukcje służą bowiem rozstrzyganiu prywatnoprawnych sporów, co zawsze wymaga takiego uwzględnienia wzajemnej interakcji kolidujących interesów, aby prawa podstawowe przysługujące wszystkim zaangażowanym w spór były wobec nich jak najskuteczniejsze. Według niektórych opinii nie jest wykluczone, że w dalszym rozwoju nastąpi połączenie obydwu koncepcji albo że obowiązki ochronne zastąpią pośrednie *Drittwirkung*⁵⁵⁷. Niektórzy autorzy, krytycznie nastawieni do pośredniego *Drittwirkung*, twierdzą nawet, że większość spraw, w których FSK odwoływał się do tej koncepcji, dało się poprzez odpowiednią

⁵⁵² J. Ipsen, *Verfassungsprivatrecht?...*, s. 161.

⁵⁵³ Podobnie W. Rübner, *Grundrechtsadressaten...*, s. 829.

⁵⁵⁴ Zob. zwłaszcza orzeczenia omówione w rozdziale 4.3.

⁵⁵⁵ M. Ruffert, op. cit., s. 24 i n.

⁵⁵⁶ J. Neuner, op. cit., s. 1853.

⁵⁵⁷ R. Brinktrine, op. cit., s. 426.

zmianę sposobu argumentowania rozstrzygnąć w odwołaniu do funkcji ochronnej praw podstawowych⁵⁵⁸.

Podobieństwo, a nawet identyczność obu koncepcji jest widoczna, jeśli chodzi o sposób oddziaływania praw podstawowych na relacje prywatnoprawne. W obydwu przypadkach ma on charakter pośredni, przy czym tę pośredniość można rozpatrywać dwojako. Po pierwsze, polega ona na tym, że wpływ ten odbywa się poprzez medium prawa prywatnego. „Transmisja” norm konstytucyjnych do relacji prywatnych wymaga sięgnięcia do techniki wykładni ustaw w zgodzie z konstytucją. Ten rodzaj wykładni pozwala na praktyczną realizację tezy o „promieniującym działaniu” praw podstawowych⁵⁵⁹. Można przy tym zauważyć, że zarówno to promieniowanie, jak i wskazana technika wykładni nie charakteryzują oddziaływania praw podstawowych wyłącznie w relacjach horyzontalnych, ponieważ odnoszą się również do interpretacji tych praw w ich funkcji obronnej. Drugi aspekt pośredniości prywatnoprawnego oddziaływania praw podstawowych odnosi się do struktury podmiotowej relacji horyzontalnej i ukazuje rolę państwa jako koniecznego pośrednika w sporze jednostek o prawa podstawowe. Wzajemne interakcje w takiej relacji – niezależnie od tego, czy chodzi o *Drittwirkung*, czy *Schutzpflichten* – adekwatnie opisuje figura trójkąta (niem. *Dreieck*). Wierzchołek trójkąta jest państwem, dwa końce podstawy to dwie jednostki, natomiast łącząca je linia to działanie praw podstawowych między jednostkami. Prawa te poprzez trójkątną strukturę obowiązków ochronnych rozwijają formę pośredniego *Drittwirkung* między prywatnym naruszcycielem danego prawa a jego podmiotem⁵⁶⁰. Obowiązek ochrony spoczywający na sędzim polega na aktualizacji *Drittwirkung* praw podstawowych w konkretnym przypadku. Ta perspektywa prowadzi do wniosku, że koncepcja *Schutzpflichten* – w sferze stosowania prawa – bazuje na pośrednim *Drittwirkung*. To drugie może być przy tym potraktowane jako osobna kategoria

⁵⁵⁸ Przede wszystkim C.-W. Canaris, zob. rozdział 8.3 niniejszej książki.

⁵⁵⁹ Tak też P. Szczekalla, op. cit., s. 254.

⁵⁶⁰ J. Detlein, op. cit., s. 267.

bądź też „środek techniki prawnej”⁵⁶¹ służący realizacji państwowych obowiązków ochronnych. W obydwu wypadkach konieczność wypełniania funkcji ochronnej staje się uzasadnieniem dla sięgania po konstrukcję *Drittwirkung*⁵⁶².

Koncepcja obowiązków ochronnych umożliwia opisanie oddziaływania praw podstawowych na prawo prywatne w szerszym wymiarze niż *Drittwirkung*. Z jednej strony obejmuje zakotwiczone w art. 1 ust. 3 UZ zobowiązanie ustawodawcy do zgodnego z konstytucją ukształtowania prawa prywatnego, z drugiej zobowiązuje sędziego do zgodnej z konstytucją wykładni prawa prywatnego. Wykładnia ta nie tylko ma mieścić się w ramach wyznaczonych przez klauzule generale prawa prywatnego, co jest charakterystyczne dla *Drittwirkung*, ale też ma obejmować całość tego prawa. Przede wszystkim jednak koncepcja obowiązków ochronnych rozszerzyła zakres oddziaływania praw podstawowych na poziom tworzenia prawa. W tym sensie można zasadnie twierdzić, że *Schutzpflichten* tworzą rodzaj „proceduralnego zadania” zarówno dla materialnego związania ustawodawcy prawami podstawowymi, jak i dla pośredniego *Drittwirkung* jako konstrukcji stosowanej przez sędziów; żadne z nich bowiem nie wyczerpuje zakresu działania obowiązków ochronnych⁵⁶³. *Schutzpflichten* są kategorią szerszą także w tym sensie, że zakres ich zastosowania nie ogranicza się do relacji między podmiotami prywatnymi, lecz obejmuje wszystkie obszary prawa, i prywatnego, i publicznego.

Jak wspomniano, w dyskusji na temat horyzontalnej skuteczności praw podstawowych obecne są również stanowiska akcentujące konieczność zdecydowanego oddzielenia od siebie omawianych koncepcji⁵⁶⁴. W momencie powstania koncepcji *Drittwirkung* dominowała funkcja obronna praw podstawowych. W wyroku w sprawie *Lüth*, odmiennie niż w wyroku *Schwangerschaftsabbruch I*, nie wyodrębniono

⁵⁶¹ P. Szczekalla, op. cit., s. 257.

⁵⁶² Podobnie ujmują to autorzy przywołani przez P. Szczekallę, według których działanie promieniujące wynika z obowiązku ochrony. Zob. ibidem, s. 252.

⁵⁶³ H.-J. Papier, *Drittwirkung der...*, s. 1336.

⁵⁶⁴ Więcej na ten temat zob. P. Szczekalla, op. cit., s. 251.

nowej funkcji praw podstawowych, a jedynie wskazano na istnienie nowego wymiaru tych praw. Pod względem konstrukcji mamy więc do czynienia z zupełnie innymi zjawiskami. *Drittwirkung* określa kierunek działania praw podstawowych, natomiast *Schutzpflichten* odwołuje się do jednej z ich funkcji. I. von Münch stanowczo sprzeciwia się próbom utożsamiania *Drittwirkung* z funkcją praw podstawowych jako obowiązków ochronnych. „Wyzwalaczem” dla tej funkcji jest wprawdzie zachowanie (działanie lub powstrzymanie się od niego) podmiotu prywatnego, ale wymagana jest aktywność państwa. Jeśli ta ochronna aktywność nie dochodzi do skutku, to następuje naruszenie przez państwo prawa podstawowego. W ramach funkcji ochronnej nie pojawia się pytanie o analogiczne obowiązywanie praw podstawowych między obywatelami⁵⁶⁵.

Reasumując powyższe uwagi, można zauważyć, że kwestia oceny wzajemnej relacji między pośrednim *Drittwirkung* a *Schutzpflichten* w dużej mierze zależy od perspektywy badawczej i kryterium porównawczego. Niewątpliwie jako formy realizacji idei o potrzebie ochrony jednostki przed działaniami podmiotów prywatnych są kategoriami podobnymi. W ramach różnych argumentów zgłaszanych w dyskusji na ten temat wiele wskazuje na istnienie rozmaitych form ich komplementarności. Teza taka wydaje się również uzasadniona w świetle praktyki orzeczniczej FSK. Można uznać, że najbardziej podstawowy aspekt tej komplementarności wyraża się w zależności polegającej na tym, że realizacja obowiązku ochronnego przez sędziego w istocie wymaga zastosowania norm konstytucji do relacji między podmiotami prywatnymi, a więc bazuje na pośrednim *Drittwirkung*. *Schutzpflichten* opisuje funkcję praw podstawowych, natomiast *Drittwirkung* odnosi się do kierunku czy też wymiaru działania praw podstawowych, w którym następuje realizacja tej funkcji. Na możliwość ujęcia komplementarnego – w innym wszakże aspekcie – zwrócono uwagę już krótko po tym, jak FSK po raz pierwszy odwołał się do kategorii obowiązków ochronnych. Ch. Starck postulował wtedy, aby prywatnoprawne działanie niektórych

⁵⁶⁵ I. von Münch, *Staatsrecht*, Band 2, Stuttgart 2002, s. 109–110.

praw podstawowych (takich jak m.in. nienaruszalność godności, swoboda rozwoju osobowości, ochrona małżeństwa i rodziny, prawo własności i dziedziczenia, równouprawnienie kobiet i mężczyzn) zapewnić w oparciu o kategorię obowiązków ochronnych, natomiast w przypadku pozostałych odwołać się do pośredniego *Drittwirkung*⁵⁶⁶. Jeszcze inaczej ujmuje tę komplementarność R. Brinktrine, który zauważa, że omawiane koncepcje są do pewnego stopnia dwiema stronami jednego medalu⁵⁶⁷. Zaproponowane przez niego ujęcie można określić jako komplementarność (uzupełnianie) proceduralną⁵⁶⁸, ponieważ wskazuje on na model oceny konstytucyjności w sprawach wymagających rozstrzygnięcia w kwestii istnienia horyzontalnej skuteczności danej normy praw podstawowych. Komplementarność jest widoczna przede wszystkim, jeśli chodzi o wzajemną relację między adresatami obowiązku uwzględnienia praw podstawowych w relacjach horyzontalnych. Za FSK przyjmuje się, że zobowiązanie do realizacji praw podstawowych w pierwszej kolejności obciąża ustawodawcę, który powinien za pomocą ustawy wyważyć pozostające w konflikcie interesy prywatne, tak aby zapewnić ochronę praw podstawowych i tym samym zrealizować swój obowiązek ochronny. Dopiero jeśli ustawodawca nie uczyni zadość temu obowiązkowi lub zrobi to w sposób niewłaściwy, powinna nastąpić korekta tego stanu rzeczy w drodze sędziowskiego zastosowania pośredniego *Drittwirkung*⁵⁶⁹. Odwołanie do konstrukcji *Drittwirkung* ma w świetle tego modelu charakter warunkowy i zależy od istnienia przepisów regulujących stosunki prywatne w danej dziedzinie. Preferencje ustawodawcy co do sposobu ukształtowania wzajemnych relacji między jednostkami mają pierwszeństwo przed sędziowskim wyobrażeniem na ten temat. Im więcej obszarów prawa prywatnego podlega

⁵⁶⁶ Ch. Starck, *Die Grundrechte...*, s. 244.

⁵⁶⁷ R. Brinktrine, op. cit., s. 426.

⁵⁶⁸ Tezę tę odtwarzam, odwołując się do rozmowy z profesorem R. Brinktrine, którą odbyłam 22 września 2021 r. na Uniwersytecie Juliusza i Maksymiliana w Würzburgu.

⁵⁶⁹ M. Florczak-Wątor określa to odpowiednio jako prewencyjną i represyjną ochronę praw jednostki. M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny...*, s. 149.

regulacji ustawowej, tym mniejsza jest potrzeba sięgania do *Drittwirkung* w procesie stosowania prawa. Jednakże to właśnie orzecznictwo sądu konstytucyjnego, ukazując braki w regulacji stosunków prywatnych w wielu obszarach prawa prywatnego, doprowadziło do rozszerzenia na przestrzeni ostatnich dziesięcioleci zakresu regulacji BGB na wiele nowych typów stosunków prywatnoprawnych.

ZAKOŃCZENIE

Badania przeprowadzone na potrzeby niniejszej książki uprawniają do sformułowania następujących wniosków. Kategoria *Drittwirkung* bez wątplenia zdeterminowała kształt niemieckiej dyskusji na temat oddziaływania praw podstawowych na stosunki prywatnoprawne. Pojęciem tym obejmuje się współcześnie cały kompleks zagadnień dotyczących tytułowej kwestii, jednak *Drittwirkung* to przede wszystkim konstrukt orzeczniczy o istotnym wymiarze praktycznym. Okoliczność ta znajduje wyraźne odzwierciedlenie w sposobie prowadzenia i przebiegu naukowej debaty na temat *Drittwirkung*, której ton i dynamikę nadaje właśnie orzecznictwo Federalnego Sądu Konstytucyjnego. Podejmowane w piśmiennictwie rozważania na temat wpływu praw podstawowych na stosunki między podmiotami prywatnymi najczęściej bowiem pozostają w związku z treścią wydawanych przez FSK rozstrzygnięć.

Obecny stan rozwoju *Drittwirkung* można do pewnego stopnia postrzegać jako wynik swoistego dialogu, jaki na przestrzeni kilku dziesięcioleci toczy się w niemieckiej nauce pomiędzy Federalnym Sądem Konstytucyjnym a przedstawicielami doktryny prawa. Przeprowadzone badania umożliwiły pozytywną weryfikację przedstawionej we wstępie hipotezy, zgodnie z którą podstawowy zarzut, z jakim mierzy się idea rozszerzania skuteczności praw podstawowych na relacje prywatnoprawne, stworzona na podstawie tez sformułowanych w wyroku w sprawie *Lüth*, opiera się na dogmatycznych brakach omawianej

konstrukcji. Odwołanie do obiektywnego porządku wartości nie jest w świetle wymogów nauki prawa uważane za wystarczające uzasadnienie dla wyprowadzenia z norm praw podstawowych określonego sposobu ich oddziaływania czy konkretnej funkcji. Analiza obszernego materiału orzeczniczego, obrazującego wypowiedzi FSK pochodzące z okresu siedmiu dziesięcioleci, potwierdza również, że wysiłki sądu konstytucyjnego koncentrowały się na uzupełnieniu wskazanych wyżej braków, w istotny sposób wpływając na kierunki rozwoju *Drittwirkung*. Polegały one, po pierwsze, na dogmatyzacji tytułowej koncepcji, bo tak można określić doprecyzowywanie w kolejnych rozstrzygnięciach warunków promieniującego oddziaływania praw podstawowych i kryteriów dokonywanej przez FSK kontroli wyroków innych sądów w zakresie uwzględnienia przez nie tego wpływu. Po drugie, nakierowane były na poszukiwanie alternatywnych względem *Drittwirkung* konstrukcji, które mogłyby uzasadnić horyzontalne stosowanie norm praw podstawowych. Opisane działania sądu konstytucyjnego są w niemieckiej nauce prawa skrupulatnie odnotowywane i poddawane głębokim analizom. Jeśli chodzi o ocenę pierwszej z wymienionych tendencji, to nie brakuje opinii, iż polega ona w istocie na kreowaniu figur mających jedynie sprawiać wrażenie, że istnieje dogmatyczna podstawa danego rozstrzygnięcia. Nie stracił na aktualności przywołany w książce pogląd sformułowany przed laty przez C.-W. Canarisa, według którego kategoria *Drittwirkung* jest w gruncie rzeczy niepotrzebna, ponieważ sprawy, w których sąd konstytucyjny do niej się odwołuje, równie dobrze dałoby się rozstrzygnąć na podstawie „normalnej” funkcji praw podstawowych jako praw obronnych⁵⁷⁰.

Do najważniejszych elementów konstruujących *Drittwirkung* w orzecznictwie konstytucyjnym można zaliczyć następujące założenia:

- 1) wpływ wartości ucieleśnionych w prawach podstawowych na prawo prywatne odbywa się głównie za pośrednictwem klauzul generalnych i innych zwrotów niedookreślonych;

⁵⁷⁰ Por. rozdział 8.3 niniejszej książki.

- 2) wyważanie kolidujących ze sobą praw podstawowych powinno następować w odniesieniu do nich i z uwzględnieniem reguł praktycznej konkordancji;
- 3) intensywność *Drittwirkung* ma charakter stopniowalny i jest uzależniona od poziomu nierówności między stronami stosunku prawnego, a w szczególności od wystąpienia następujących czynników: nieuchronności sytuacji, szczególnie ważnego ogólnospołecznego znaczenia oferowanych przez jedną ze stron usług lub społecznej siły jednej ze stron;
- 4) w przypadku wykonywania przez podmiot prywatny funkcji tradycyjnie należących do państwa pośrednie związanie takiego podmiotu prawami podstawowymi może zbliżyć się lub zrównać z państwowym obowiązkiem przestrzegania praw podstawowych;
- 5) w przypadku stwierdzenia zakłóceń w parytecie umownym naruszających autonomię prywatną jednej ze stron umowy, sąd cywilny ma obowiązek skorygować jej treść w drodze nakierowanej na realizację wartości konstytucyjnych wykładni klauzul cywilnoprawnych;
- 6) w przypadku „najwyższej intensywności” naruszenia praw podstawowych w kontrolowanym orzeczeniu sądu cywilnego interwencja FSK może przybrać postać zastąpienia ocen sądu jego własnymi;
- 7) w przypadku braku w danej dziedzinie przepisów, poprzez które mogłaby nastąpić „transmisja” praw podstawowych do relacji prywatnoprawnej, możliwe jest bezpośrednie zastosowanie przepisów konstytucji.

Jeśli chodzi o drugi z zaobserwowanych i przedstawionych w książce kierunków orzekania, polegający na poszukiwaniu alternatywnych względem *Drittwirkung* rozwiązań, uzasadniających horyzontalne stosowanie norm praw podstawowych, to został on zapoczątkowany względnie szybko, bo już w połowie lat 70. XX w. Wtedy to FSK odwołał się do koncepcji obowiązków ochronnych, która od tego czasu znajduje w orzecznictwie komplementarne wobec *Drittwirkung* zastosowanie. Nie jest wykluczone, że kolejne lata przyniosą

również rozwój zarysowanej w ostatnim okresie linii orzeczniczej, polegającej na rozwiązywaniu problemów związanych z „trzecim działaniem” praw podstawowych w odniesieniu do teorii wykładni w zgodzie z konstytucją, którą część doktryny prawa wskazuje jako dogmatycznie poprawną alternatywę wobec *Drittwirkung*. Poszukiwanie nowych formuł umożliwiających lepsze uzasadnienie obowiązywania praw podstawowych w prawie prywatnym – widoczne zarówno w doktrynie prawa, jak i w orzecznictwie FSK – nie zmienia wszakże jednego: Federalny Sąd Konstytucyjny w dalszym ciągu zachowuje łączność z dawnymi tezami, które znajdują wyraźne odzwierciedlenie w aktualnym orzecznictwie. Okoliczność ta jednocześnie przeczy twierdzeniu, jakoby dyskusję na temat *Drittwirkung* można uznać za wyczerpaną.

Przeprowadzone w książce badania umożliwiły pomyślną weryfikację przedstawionej we wstępie hipotezy, zgodnie z którą nie ma podstaw do ścisłego przeciwstawiania sobie dwóch odmian *Drittwirkung*, bezpośredniego i pośredniego. Podział, o którym mowa, ma istotne znaczenie dla uzasadniania decyzji sądowych, nie odzwierciedla natomiast faktycznego stopnia związania podmiotów prywatnych prawami podstawowymi, który – w określonych okolicznościach – może być tożsamy z odpowiedzialnością państwa. Główną przyczyną utrzymywania przez FSK argumentacji co do zasady wyłącznie w ramach pośredniego *Drittwirkung*, mimo że często nie przystaje ona do rzeczywistych skutków danego rozstrzygnięcia, wydaje się być chęć formalnego dochowania wymogów konstytucyjnych z art. 1 ust. 3 GG, za bezpośrednich adresatów praw podstawowych uznającego jedynie organy państwa.

Wydaje się, że w wyjściu poza ograniczenia wynikające z opisanego podziału i tym samym w rozwiązaniu części problemów, które towarzyszą stosowaniu *Drittwirkung*, a także utrudniają jego naukowy opis, mogłoby pomóc ujęcie jego problematyki w ramach modelu zbliżonego do tego, który zaproponował R. Alexy⁵⁷¹. Przeprowadzona na potrzeby niniejszej książki analiza orzecznictwa potwierdza bowiem słuszność również i tej ze sformułowanych we wstępie hipotez, zgodnie

⁵⁷¹ Por. rozdział 8.4 niniejszej książki.

z którą, jeśli spojrzeć na problem od strony rezultatu, do którego prowadzi horyzontalna aplikacja norm praw podstawowych, to w istocie może on być tożsamy, niezależnie od tego, w oparciu o którą konstrukcję ta aplikacja nastąpiła: *Drittwirkung* pośredniego, bezpośredniego czy też *Schutzpflichten*. Jak słusznie zauważył R. Alexy, decydujące znaczenie dla podjętego przez sąd rozstrzygnięcia w przedmiocie udzielenia w ramach relacji prywatnoprawnej ochrony danemu prawu podstawowemu ma bowiem kwestia nie konstrukcji, ale wartościowania, które ją wypełni. Wgląd w orzecznictwo wydaje się przynajmniej częściowo potwierdzać również ten aspekt jego teorii, który mówi o potrzebie komplementarnego ujęcia różnych konstrukcji horyzontalnego stosowania praw podstawowych. Jak wyżej pokazano, możliwość takiego ujęcia jest w doktrynie prawa dostrzegana w kontekście różnych aspektów relacji między pośrednim *Drittwirkung* a *Schutzpflichten*. Uzupełniający charakter konstrukcji bezpośredniego *Drittwirkung* mogłoby z kolei wyrażać się w tym, że znajduje ona zastosowanie wtedy, gdy normy prawa prywatnego – nawet przy odpowiedniej wykładni – nie są w stanie zapewnić prawom podstawowym pożądanego poziomu ochrony.

Horyzontalne stosowanie norm praw podstawowych, włączając w przestrzeń ich ochrony zagrożenia pochodzące od innych niż państwo podmiotów, skutkuje rozszerzeniem obszaru, w którym jednostki mogą oczekiwać skutecznego zabezpieczenia ich praw. Można śmiało stwierdzić, że zaprezentowane w książce rozstrzygnięcia wywarły istotny wpływ na formułowane z perspektywy kilkadziesiąt lat obowiązujące Ustawy Zasadniczej opinie, według których gdyby nie orzecznictwo Federalnego Sądu Konstytucyjnego, dzisiejszy standard zabezpieczenia praw podstawowych nie byłby możliwy do osiągnięcia. Horyzontalna skuteczność norm praw podstawowych została w orzecznictwie Federalnego Sądu Konstytucyjnego potwierdzona nie tylko w odniesieniu do większości *explicite* wymienionych w Ustawie Zasadniczej praw i wolności, ale również w przypadku nieujętego w niej wprost, lecz wyprowadzanego z jej art. 2 ust. 1 w powiązaniu z art. 1 ust. 1, ogólnego prawa osobowości. Jeśli uwzględnić okoliczność, iż zajmowało ono ważne miejsce również w procesie kształtowania konstrukcji bezpośredniego

Drittwirkung we wczesnym orzecznictwie Trybunału Federalnego, to można sformułować wniosek, iż ogólne prawo osobowości ma szczególne znaczenie w kontekście normatywnego uzasadnienia *Drittwirkung in genere*, niezależnie od tego, o którą jego wersję chodzi. Z przeprowadzonych badań wynika, iż podobną funkcję w ramach orzecznictwa opartego na koncepcji *Schutzpflichten*, pełni zasada poszanowania godności ludzkiej.

Siłą rzeczy *Drittwirkung* może znaleźć ograniczone zastosowanie. Aktualizuje się wyłącznie w sytuacjach kolizyjnych, w których zachodzi potrzeba wyważenia sprzecznych interesów i ustalenia, czy i w jakim zakresie każda ze stron relacji prywatnoprawnej jest zobowiązana do przestrzegania praw podstawowych drugiego podmiotu. Ponadto aby mogła znaleźć zastosowanie, konieczne jest uprzednie zainicjowanie postępowania sądowego przez podmiot zainteresowany udzieleniem mu przez państwo ochrony. Przy tym, ponieważ nie każdy spór prywatnoprawny trafia w drodze skargi konstytucyjnej do sądu konstytucyjnego, zapewnienie ochrony praw podstawowych w wymiarze horyzontalnym leży na co dzień w gestii sądów cywilnych. Ta okoliczność pokazuje, jak ważna dla rzeczywistej realizacji założeń *Drittwirkung* jest współpraca między sądami powszechnymi a sądem konstytucyjnym.

Kwestia kolizyjności sytuacji, których dotyczy *Drittwirkung*, ukazuje jeszcze inny aspekt problemu. Wraz za orzecznictwem Federalnego Sądu Konstytucyjnego przyjęło się uważać, że dzięki zorientowanej na wartości interpretacji Ustawy Zasadniczej znaczenie praw podstawowych ulega wzmocnieniu. Teza ta – jeśli przyjąć perspektywę praw podstawowych w ich całości – nie budzi wątpliwości. Nie może ona jednak przesłaniać faktu, że w przypadku orzeczeń, które zostały przedstawione w książce, w okolicznościach konkretnej sprawy rozstrzygnięcie niosło ze sobą wzmocnienie praw jednego podmiotu, z jednoczesnym osłabieniem praw drugiego. Okoliczności tej nie zmienia odwoływanie się przez Federalny Sąd Konstytucyjny do formuły, zgodnie z którą wszyscy uczestnicy obrotu cywilnoprawnego korzystają z konstytucyjnych gwarancji w równym stopniu oraz że granice między kolidującymi ze sobą prawami podstawowymi należy wytyczać w taki

sposób, aby zapewnić wszystkim stronom możliwie najpełniejszą realizację ich praw⁵⁷². Podejmowanie decyzji w oparciu o wartości zawsze zawiera ziarno absolutyzmu.

Ze względu na uniwersalny charakter elementów konstruujących *Drittwirkung*, mogą one z powodzeniem znaleźć zastosowanie w procesie stosowania konstytucyjnych wolności i praw w innych państwach, np. w Polsce. Współczesne ustawy zasadnicze, w tym Konstytucja RP z 1997 r., zawierają rozbudowane katalogi praw człowieka, których interpretacja każdorazowo wymaga odwołania do aksjologii, bazującej na porządku wartości. Trzeba przy tym zauważyć, że kontrolowanie przez trybunały konstytucyjne, czy sądy powszechne należycie uwzględniły wartości, do których odsyłają normy praw podstawowych, jest od wielu lat standardem orzecznictwem, zarówno w Polsce, jak i w innych krajach. Z pewnością jednak wiele z wypracowanych przez niemiecki sąd konstytucyjny szczegółowych tez konstruujących *Drittwirkung* może stanowić pomocną wskazówkę w rozstrzyganiu sporów między podmiotami prywatnymi dotyczących zakresu działania ich praw podstawowych.

⁵⁷² BVerGE 89, 214 – *Bürgschaftsverträge*.

WYKAZ ORZECZEŃ

Federalny Sąd Konstytucyjny RFN:

- Postanowienie z 19 grudnia 1951 r., 1 BvR 220/51, BVerfGE 1, 97 – *Hinterbliebenenrente I*
- Wyrok z 23 października 1952 r., BVerfGE 2, 1 – *SRP-Verbot*
- Postanowienie z 7 maja 1953 r., 1 BvL 104/52, BVerfGE 2, 266 – *Notaufnahme*
- Wyrok z 17 sierpnia 1956 r., 1 BvB 2/51, BVerfGE 5, 85 – *KPD-Verbot*
- Wyrok z 16 lutego 1957 r., 1 BvR 253/56, BVerfGE 6, 32 – *Elfes*
- Postanowienie z 17 stycznia 1957 r., 1 BvL 4/54, BVerfGE 6, 55 – *Steuersplitting*
- Wyrok z 16 lutego 1957 r., 1 BvR 253/56, BVerfGE 6, 32 – *Elfes*
- Wyrok z 15 stycznia 1958 r., 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 – *Lüth*
- Wyrok z 29 lipca 1959 r., 1 BvR 205, 332, 333, 367/58, 1 BvL 27, 100/58, BVerfGE 10, 59 – *Elterliche Gewalt*
- Postanowienie z 10 czerwca 1964 r., 1 BvR 37/63, BVerfGE 18, 85 – *Spezifisches Verfassungsrecht*
- Postanowienie z 26 lutego 1969 r., 1 BvR 619/63, BVerfGE 25, 256 – *Blinkfüer*
- Wyrok z 5 sierpnia 1966 r., 1 BvR 586/62, 610/63 i 512/64, BVerfGE 20, 162 – *Spiegel*.
- Postanowienie z 2 maja 1967 r., 1 BvR 578/63, BVerfGE 21, 362 – *Sozialversicherungsträger*
- Postanowienie z 24 lutego 1971 r., 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173 – *Mephisto*

- Postanowienie z 14 lutego 1973 r., 1 BvR 112/65 BVerfGE 34, 269 – *Soraya*
- Wyrok z 29 maja 1973 r., 1 BvR 424/71 i 325/72, BVerfGE 35,79 – *Hochschul-Urteil*
- Postanowienie z 11 maja 1976 r., BVerfGE 42, 143 – *Deutschland-Magazin*
- Wyrok z 15 października 1977 r., 1 BvQ 5/77, BVerfGE 46, 160 – *Schleyer*
- Postanowienie z 25 lipca 1978 r., 2 BvR 878/74, BVerfGE 52, 131 – *Arzthaftungsprozess*
- Postanowienie z 8 sierpnia 1978 r., 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 – *Kalkar I*
- Wyrok z 1 marca 1979 r., 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und BvL 21/78, BVerfGE 50, 290 – *Mitbestimmung*
- Postanowienie z 19 czerwca 1979 r., 2 BvR 1060/78, BVerfGE 51, 324 – *Verhandlungsfähigkeit eines Angeklagten*
- Postanowienie z 20 grudnia 1979 r., 1 BvR 385/77, BVerfGE 53, 30 – *Mülheim-Kärlich*
- Postanowienie z 14 stycznia 1981 r., 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54 – *Fluglärm*
- Wyrok z 24 marca 1981 r., 1 BvL 89/78, BVerfGE 57, 295 – *3. Rundfunkentscheidung*
- Postanowienie z 22 czerwca 1982 r., 1 BvR 1376/79, BVerfGE 61, 1, 11 – *Wahlkampf/”CSU: NPD Europas”*
- Wyrok z 24 kwietnia 1985 r., 2 BvF 2, 3, 4/83 i 2/84 – *Kriegsdienstverweigerung II*
- Postanowienie z 22 października 1985 r., 1 BvL 44/83, BVerfGE 71, 81 – *Arbeitnehmerkammern*
- Postanowienie z 23 kwietnia 1986 r., 2 BvR 487/80, BVerfGE 73, 261 – *Sozialplan*
- Postanowienie z 29 października 1987 r., BVerfGE 77, 170 – *Lagerung chemischer Waffen*
- Postanowienie 30 listopada 1988 r., 1 BvR 1301/84, BVerfGE BVerfGE 79, 174 – *Straßenverkehrslärm*
- Postanowienie z 7 lutego 1990 r., 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 – *Handelsvertreter*
- Postanowienie z 9 października 1991 r., 1 BvR 1555/88, BVerfGE 85,1 – *Bayer-Aktionäre*

- Postanowienie z 26 maja 1993 r., 1 BvR 208/93, BVerfGE 89, 1 – *Besitzrecht des Mieters*
- Postanowienie z 19 października 1993 r., 1 BvR 567, 1044/89, BVerfGE 89, 214 – *Bürgschaftsverträge*
- Postanowienie z 11 stycznia 1994 r., 1 BvR 434/87, BVerfGE 90, 1 – *Jugendgefährdende Schriften*
- Postanowienie z 9 lutego 1994 r., 1 BvR 1687/92, BVerfGE 90, 27 – *Parabolenantenne I*
- Wyrok z 10 stycznia 1995 r., 1 BvF 1/90, 1 BvR 342, 348/90, BVerfGE 92, 26 – *Zweitregister*
- Postanowienie z 13 lutego 1996 r., BVerfGE 94, 1 – *DGHS*
- Postanowienie z 24 kwietnia 1996 r., 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268 – *Wissenschaftliches Personal*
- Postanowienie z 8 listopada 1996 r., 1 BvR 1183/90, BVerfGE 95, 28 – *Werkszeitung*
- Postanowienie z 27 stycznia 1998 r., 1 BvL 15/87, BVerfGE 97, 169 – *Kleinbetriebsklausel I*
- Postanowienie z 26 maja 1998 r., 1 BvR 180/88 (*Waldschäden*)
- Wyrok z 15 grudnia 1999 r., 1 BvR 653/96, BVerfGE 101, 361 – *Caroline von Monaco II*
- Postanowienie z 16 lutego 2000 r., 1 BvR 242/91, 1 BvR 315/99, BVerfGE 102, 1 – *Altlasten*
- Wyrok z 6 lutego 2001 r., 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89 – *Unterhaltsverzichtsvertrag*
- Postanowienie z 28 lutego 2002 r., 1 BvR 1676/01 (*Mobilfunkanlagen*)
- Postanowienie z 4 grudnia 2002 r., 2 BvR 400/98, BVerfGE 107, 27 – *Doppelte Haushaltsführung*
- Wyrok z 24 września 2003 r., 2 BvR 1436/02, BVerfGE 108, 282 – *Kopftuch*
- Postanowienie z 22 marca 2004 r., 1 BvR 2248/01 (*Ebenbürtigkeitsklausel und Eheschließungsfreiheit*)
- Postanowienie z 6 grudnia 2005 r., 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25 – *Gesetzliche Krankenversicherung*
- Postanowienie z 20 lutego 2008 r., 1 BvR 2722/06
- Postanowienie z 29 lipca 2009 r., 1 BvR 1606/08
- Postanowienie z 15 października 2009 r., 1 BvR 3522/08
- Wyrok z 22 lutego 2011 r., 1 BvR 699/06, BVerfGE 128, 226 – *Fraport*

- Postanowienie z 19 lipca 2011 r., 1 BvR 1916/09 (*Anwendungserweiterung*)
- Postanowienie z 27 stycznia 2015 r., 1 BvR 471, 1181/10, BVerfGE 138, 296 – *Kopftuchverbot Nordrhein-Westfalen*
- Postanowienie z 18 lipca 2015 r., 1BvQ 25/15 (*Bierdosen-Flashmob*)
- Postanowienie z 31 maja 2016 r., 1 BvR 1585/13 (*Samplings*)
- Postanowienie z 11 kwietnia 2018 r., BvR 3080/09 (*Stadionverbot*)
- Postanowienie z 22 maja 2019 r., 1 BvQ 42/19
- Postanowienie z 27 sierpnia 2019 r., 1 BvR 879/12
- Postanowienie z 14 stycznia 2020 r., 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 – *Kopftuch III*
- Postanowienie z 24 marca 2021 r., 1 BvR 2656/18, BVerfG – *Klimaschutz*

Trybunał Federalny RFN:

- Wyrok z 25 maja 1954 r., I ZR 211/53, BGHZ 13, 334 – *Veröffentlichung von Briefen*
- Wyrok z 2 kwietnia 1957 r., VI ZR 9/56, BGHZ 24, 72 – *Persönlichkeitsrecht*
- Wyrok z 14 lutego 1958 r., I ZR 151/56, BGHZ 26, 349 – *Herrenreiter*

Federalny Sąd Pracy RFN:

- Wyrok FSP z 14 lipca 1954 r., 1 AZR 89/54, BAGE 1, 61 – *Zulässigkeit einer Feststellungsklage*
- Wyrok z 3 grudnia 1954 r., 1 AZR 150/54, BAGE 1, 185 – *Kündigung eines Betriebsratsmitglieds*
- Wyrok z 15 stycznia 1955 r., 1 AZR 305/54, BAGE 1, 258 (262) – *Gleichberechtigung von Mann und Frau beim Arbeitslohn*
- Wyrok z 21 października 1954 r., 2 AZR 25/53, BAGE 1, 128 – *Arbeitsverhältnis: Befristung*
- Wyrok z 10 maja 1957 r., 1 AZR 249/57, BAGE 4, 274 – *Zölibatsklausel*.
- Wyrok z 20 grudnia 1984 r., 2 AZR 436/83, BAGE 47, 363 – *Kündigung wegen Arbeitsverweigerung aus Gewissensgründen*

Orzeczenia innych sądów w RFN:

- Wyrok Sądu Krajowego w Hamburgu z 22 listopada 1951 r., Az. 15. O. 87/51
- Postanowienie Wyższego Sądu Administracyjnego w Kassel z 6 listopada 1989 r., 8 TH 685/89

Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego RP:

- Wyrok z 19 lutego 2002 r., U 3/01
- Wyrok z 27 maja 2002 r., K 20/01
- Wyrok z 8 lipca 2008 r., P 36/07

Orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka:

- Wyrok z 23 lipca 1968 r., *Belgian Linguistic v. Belgium*, 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64
- Wyrok z 24 czerwca 2004 r., *Caroline von Hannover v. Germany*, 59320/00
- Wyrok z 7 lutego 2012 r. w sprawie *Von Hannover v. Germany*, 40660/08, 60641/08

Orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej:

- Wyrok z 12 czerwca 2003 r., C-112/00 *Schmidberger v. Republic of Austria*
- Wyrok z 22 listopada 2005 r., C-144/04, *Mangold v. Helm*
- Wyrok z 19 stycznia 2010 r., C-555/07, *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*
- Wyrok z 17 kwietnia 2018 r., C-414/16, *Vera Egenberger v. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*

Orzeczenia innych sądów:

- Wyrok Sądu Najwyższego USA z 15 października 1883 r., *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883)
- Wyrok Sądu Najwyższego Izraela z 30 kwietnia 1992 r., *Jerusalem Community Burial Society v. Kestenbaum*, CA 294/91
- Wyrok Sądu Konstytucyjnego RPA z 15 maja 1996 r., CCT8/95, [1996] ZACC 10 – *Du Plessis and Another v. De Klerk*

BIBLIOGRAFIA

- Ackermann Th., *BVerfGE 89, 1 – Besitzrecht des Mieters Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Mietrecht: Das Besitzrecht des Mieters als Eigentum im Sinne von Art. 14 I 1 GG*, [w:] J. Menzel, R. Müller-Terpitz (Hrsg.), Verfassungsrechtssprechung, Tübingen 2011
- Ackermann Th., *BverfGE 89, 214 – Bürgschaft. Zur Einwirkung der Grundrechte auf das Vertragsrecht: Inhaltskontrolle zur Kompensation von Ungleichgewichtslagen*, [w:] J. Menzel, R. Müller-Terpitz (Hrsg.), Tübingen 2011
- Adolmeit K., *Die gestärkte Vertragsparität*, „Neue Juristische Wochenschrift“ 38/1994
- Alexy R., *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, [w:] *Philosophie der Menschenrechte*, St. Gosepath, G. Lohmann (Hrsg.), Frankfurt 1998
- Alexy R., *Teoria praw podstawowych*, tłum. B. Kwiatkowska, J. Zajadło, Warszawa 2010
- Alexy R., *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985
- Anault von A., *Enteignender und enteignungsgleicher Eingriff heute*, „Verwaltungsarchiv“ 93/2002
- Aust H., *Case Note: Climate Protection Act Case, Federal Constitutional Court, Order of the First Senate, March 24, 2021*, „American Journal of International Law“, 116/2022
- Avbelj M., *Is there Drittwirkung in EU law?*, [w:] *The Constitution in Private Relation: Expanding Constitutionalism*, eds. A. Sajó, R. Uitz, Utrecht 2005
- Banaszak B., *Koncepcje horyzontalnego działania (obowiązywania) podstawowych praw jednostki w orzecznictwie sądowym RFN*, [w:] *Sądy*

- i trybunały wobec problemu horyzontalnego działania praw jednostki*, pod red. M. Florczak-Wątor, Kraków 2015
- Banaszak B., *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, Kraków 2007
- Barak-Erez D., *Human Rights in Private Law*, Oxford 2001
- Bettermann K.A., *Die allgemeinen Gesetze als Schranken der Pressefreiheit*, „JuristenZeitung” 19/1964
- Bettermann K.A., Nipperdey H.C., Scheuner U., *Die Grundrechte*, Band 2, Berlin 1962
- Biedenkopf K.H., *Zum politischen Boykott*, „JuristenZeitung” 18/1965
- Borowski M., *Die Drittwirkung vor dem Hintergrund der Transformation moralischer Menschenrechte in der Grundrechte*, [in:] *Menschenrechte in die Zukunft Denken. 60 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte*, H. J. Sandkühler (Hg.), Baden-Baden 2009
- Borowski M., *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, 2018
- Böckenförde E.-W., *Staat, Verfassung, Demokratie – Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt 1991
- Brandner H.E., *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der Entwicklung durch die Rechtsprechung*, „JuristenZeitung”, 18/1983
- Brinktrine R., *The Horizontal Effect of Human Rights in German Constitutional Law: The British debate on horizontality and the possible role model of the German doctrine of „mittelbare Drittwirkung der Grundrechte”*, „European Human Rights Law Review” 2001
- Bühler O., *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, Stuttgart 1914
- Burkiczak Ch., *Grundrechtswirkungen zwischen Privaten. Zur Drittwirkungs- und Schutzpflichtenrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* [w:] Y. Becker, F. Lange (red.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern Band 3*, Berlin–Boston 2014
- Callies C., *Das „Klimaurteil“ des Bundesverfassungsgerichts: „Versubjektivierung“ des Art. 20a GG*, „Zeitschrift für Umweltrecht” 1/2022
- Callies C., *Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis*, „JuristenZeitung” 7/2006
- Callies C., *Schutzpflichten*, in: D. Merten, H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band II, Heidelberg 2006
- Canaris C.-W., *Grundrechte und Privatrecht*, Berlin–New York 1999

- Clapham A., *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford 1993
- Colombi Ciacchi A., *The Direct Horizontal Effect of EU Fundamental Rights*, „European Constitutional Law Review 15/2019
- Cornils M., *BVerfGE 49, 89 – Kalkar. Der Schnelle Brüter im Spannungsfeld zwischen Gesetzesvorbehalt und dynamischem Grundrechtsschutz*, [w:] J. Menzel, R. Müller-Terpitz (Hrsg.), *Verfassungsrechtssprechung*, Tübingen 2016
- Czarny P., *Konstytucyjne podstawy prawnej regulacji stosunków prywatnoprawnych w Polsce (na tle koncepcji horyzontalnego oddziaływania praw konstytucyjnych oraz obowiązku ochrony tych praw przez państwo)*, [w:] *Oddziaływanie współczesnych konstytucji na stosunki między podmiotami prywatnymi*, red. nauk. M. Florczak-Wątor, Kraków 2015
- Czarny P., *Trybunał Konstytucyjny a wykładnia ustaw w zgodzie z Konstytucją*, [w:] *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, red. S. Wronkowska, Kraków 2005
- Dąbrowski M., *Stosowanie czy przestrzeganie norm konstytucji w ujęciu horyzontalnym – zagadnienia terminologiczne*, „Przegląd Konstytucyjny” 4/2020
- Dedererer H.-G., *Warum der Gesetzgeber von einer grundsätzlichen Rechtspflicht der Schwangeren zum Austragen des Kindes ausgehen muss*, [w:] J. Menzel, R. Müller-Terpitz (Hrsg.), *Verfassungsrechtssprechung*, Tübingen 2011
- Derabeygi L., *Die Causa „Blinkfüer” und die Grundrechtsdogmatik zur Pressefreiheit in Weimar und Bonn*, Berlin 2016
- Detlein J., *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin 1992
- Di Fabio U., *Zur Theorie eines grundrechtlichen Wertesystem*, [w:] D. Merten, H.-J. Papier (Hg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg 2006
- Diederichsen U., *Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre*, „Archiv für die civilistische Praxis” 198/1998
- Dürig G., *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, „Archiv des öffentlichen Rechts” 81/1956
- Dürig G., *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, [w:] *Von Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Naviasky*, red. T. Maunz, München 1956
- Engle E., *Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)*, „Hanse Law Review” 5/2009

- Epping V., *Grundrechte*, Berlin Heidelberg 2015
- Erichsen H.-U., *Die Drittwirkung der Grundrechte*, „Jura” 18/1996
- Erichsen H.-U., *Grundrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, „Jura” 19/1997
- Fernández Segado F., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional*, „La Revista Española de Derecho Constitucional” 39/1993
- Florczak-Wątor M., *Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych*, Kraków 2014
- Florczak-Wątor M., *Obowiązki ochronne państwa w świetle Konstytucji RP i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Kraków 2018
- Florczak-Wątor M. (red. nauk.), *Oddziaływanie współczesnych konstytucji na stosunki między podmiotami prywatnymi*, Kraków 2015
- Futch D., *Du Plessis v. De Klerk: South Africa's Bill of Rights and the Issue of Horizontal Application*, „North Carolina Journal of International Law”, vol. 22 (3)/1997
- Gamillscheg F., *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, „Archiv für die civilistische Praxis”, 5–6/1964
- Gardbaum S., *The „horizontal effect” of constitutional Rights*, „Michigan Law Review”, Vol. 102/2003
- Garlicki L., *Relations between Private Actors and the European Convention on Human Rights*, [w:] *The Constitution in Private Relation: Expanding Constitutionalism*, eds. A. Sajo, R. Uitz, Utrecht 2005
- Giegerich Th., *Privatwirkung der Grundrechte in den USA*, *Beiträge zum ausländlichen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Band 104, Heidelberg 1992
- Glaser H., Makowicz B., Wyrzykowski M. (Hrsg.), *Baden Die Grundwerte- und Grundrechtsordnung in Polen und Deutschland. Zwischen Nationalstaat und Globalisierung – Realität und Herausforderungen. System podstawowych wartości i praw w Niemczech i w Polsce. Między państwem narodowym a globalizacją – rzeczywistość i wyzwania*, Baden-Baden 2019
- Goldhammer M., *Grundrechtsberechtigung und – verpflichtung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen*, „Juristische Schulung” 10/2014
- Gomes Canotilho J.J., Moreira V., *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, Coimbra 1993
- Guckelberger A., *Die Drittwirkung der Grundrechte*, „Juristische Schulung”, 12/2003
- Gutowski M., Kardas P., *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017

- Góralski W.M., *Wykładnia ustaw w działalności Związkowego Trybunału Konstytucyjnego RFN*, Wrocław 1976
- Hänlein A., *Richter des BverfG a.D. DR. Karl Heck. Skizze aus Anlass seiner 100. Geburtstags*, „Neue Juristische Wochenschrift” 47/1996
- Henne Th., „Smend oder Hennis” – Bedeutung, Rezeption und Problematik der „Lüth-Entscheidung” des Bundesverfassungsgerichts von 1958, [w:] R. Chr. Van Ooyen, M.H.W. Möllers (Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht in politischen System*, Wiesbaden 2006
- Hesselberger D., *Das Grundgesetz. Kommentar für die politische Bildung*, Luchterhand Verlag 1999
- Ihering von R., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Teil 3, Band 1., Leipzig 1865
- Ipsen H.P., *Gleichheit*, [w:] *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis*, F.L. Neumann H.-C., Nipperdey C.H., U. Scheuner (Hrg.), Band II, Berlin 1954
- Ipsen J., *Staatsrecht II. Grundrechte*, München 2012
- Ipsen J., *Verfassungsprivatrecht?*, „JuristenZeitung” 4/2014
- Isensee J., *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, [w:] J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrecht*, Band IX, Heidelberg 2011
- Janicka D., *Ustawa zasadnicza w praktyce Republiki Federalnej Niemiec (1949–1989)*, Toruń 2009
- Jarass H.D., Pieroth B., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, München 2004
- Jarosz-Żukowska S., *Problem horyzontalnego stosowania norm konstytucyjnych dotyczących wolności i praw jednostki w świetle Konstytucji RP* [w:] *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP*, red. M. Jabłoński, Warszawa 2010
- Jellinek G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg 1982
- Kadler A., *Rechtliche Auswirkungen der Zugänglichkeit von Privatgrundstücken für die Allgemeinheit*, „Neue Juristische Wochenschrift” 1–2/2021
- Kędzia Z., *Burżuazyjna koncepcja praw człowieka*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1980
- Kędzia Z., *Współczesna burżuazyjna koncepcja podstawowych praw, wolności i obowiązków obywatelskich*, [w:] *Prawa i obowiązki obywatelskie w Polsce i świecie*, red. M. Szczepaniak, Warszawa 1974

- Klein K, Ulshöfer J., *Das Herrenreiter-Urteil des BGH – Eine Leitentscheidung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht in der Fallbearbeitung*, „Juristische Ausbildung“ 10/2019
- Knieper R., *Soraya und die Schmerzensgeldrechtsprechung des BVerfG*, „Zeitschrift für Rechtspolitik“ 6/1974
- Kulick A., *„Drittwirkung“ als verfassungskonforme Auslegung – Zur neuen Rechtssprechung des BVerfG*, „Neue Juristische Wochenschrift“ 31/2016
- Kulick A., *Horizontalwirkung im Vergleich: Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten*, Tübingen 2020
- Ladeur K.-H., *Die Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht – „Verfassungsprivatrecht“ als Kollisionrecht*, [w:] *Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, G.-P. Callies, A. Fischer-Lescano, D. Wielsch, P. Zumbansen (Hrsg.), Berlin 2009
- Lange S., *BVerfGE v. 22.02.2011–1 BvR 699/06 (Grundrechtsbindung der Fraport AG)*, „Rechtsprechungs Report der Ruhr-Universität Bochum“ 1/2011
- Laskowski S. R., *Der Streit um das Kopftuch geht weiter — Warum das Diskriminierungsverbot wegen der Religion nach nationalem und europäischem Recht immer bedeutsamer wird*, „Kritische Justiz“ 4/2003
- Leisner W., *Grundrechte und Privatrecht*, München 1960
- Lengauer A.-M., *Drittwirkung von Grundfreiheiten. Ein Beitrag zu dem Konzept des Normadressaten im Gemeinschaftsrecht*, Wien 2010
- Lewan K.M., *The Significance of Constitutional Rights for Private Law: Theory and Practice in West Germany*, „International and Comparative Law Quarterly“ 17/1968
- Limbach J., *„Promieniowanie“ konstytucji na prawo prywatne*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego“ 3/1999
- Linders H., *Über die Frage der unmittelbaren Bedeutung der Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes für den privatrechtlichen Rechtsverkehr. Ein Beitrag zum Problem der „Drittwirkung“ der Grundrechtsbestimmungen*, Bielefeld 1961
- Michael L., Morlok M., *Grundrechte*, Baden-Baden 2008
- Ludwigs M, Weidermann S., *Drittwirkung der Europäischen Grundfreiheiten – Von der Divergenz zur Konvergenz*, „Juristische Ausbildung“ 2/2014
- Ludwigs M., Zentgraf P., Axmann M., *Entscheidungssammlung Staatsrecht – Grundrechte*, Würzburg 2020
- Lücke J., *Die Drittwirkung der Grundrechte an Hand des Art. 19 Abs. 3 GG: Zur horizontalen Geltung der Grundrechte in neuer Sicht*, „JuristenZeitung“ 8/1999

- Łabno-Jabłońska A., *Zasada bezpośredniego obowiązywania konstytucyjnych praw i wolności jednostki. Analiza prawnoporównawcza*, [w:] *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 1997
- Łolik M., *Konstytucyjne aspekty prawa kontraktów na przykładzie wybranych europejskich systemów prawnych* (cz. 1), „Palestra” 7–8/2013
- Manssen G., [w:] H. v. Mangoldt, F. Klein, Ch. Starck et al., *Kommentar zum Grundgesetz*, Band I, München 2010
- Markesinis B.S., *Privacy, Freedom of Expression, and the Horizontal Effect of the Human Rights Bill: Lessons from Germany*, „Law Quarterly Review” 115/1999
- Markesinis B.S., Enchelmaier S., *The Applicability of Human Rights as between Individuals under German Constitutional Law*, [w:] *Protecting Privacy*, ed. Basil Markesinis, Oxford 1999
- Maultzsch F., *Die Konstitutionalisierung des Privatrechts als Entwicklungsprozess – Vergleichende Betrachtungen zum deutschen und amerikanischen Recht*, „JuristenZeitung” 21/2012
- Maunz T., Dürig G. (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Loseblattsammlung seit 1958, München 2003
- Mijangos y González J., *La doctrina de la Drittwirkung der Grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, „Teoría y realidad constitucional” 20/2007
- Młynarska-Sobaczewska A., Radziejewicz P. (red. nauk.), *Horyzontalne oddziaływanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, Warszawa 2015
- Möstl M., *Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten*, „Die Öffentliche Verwaltung” 1998
- Munesue T., *Jinkenron no Shinkôsei*, Tokio 2008
- Murswieg D., *Zur Bedeutung der grundrechtlichen Schutzpflichten für den Umweltschutz*, [w:] *Wirtschaft und Verwaltung: Themenheft zum Gewerbe-archiv*, München 1986
- Münch von I., *Zasadnicze problemy współczesnego pojmowania praw obywatelskich*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 41/1979
- Münch von I., Kunig Ph., *Grundgesetz – Kommentar*, München 2010, Band I, II.
- Münch von I., *Staatsrecht*, Band 2, Stuttgart 2002
- Neumann F.L., Nipperdey H.C., Scheuner U. (Hrg.), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis* Band II, Berlin 1954

- Neuner J., *Das BVerfG im Labyrinth der Drittwirkung*, „Neue Juristische Wochenschrift” 26/2020
- Nipperdey H.C., *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung – ein Beitrag zur Auslegung der Grundrechte*, „Recht der Arbeit” 1950
- Nipperdey H.C., *Grundrechte und Privatrecht*, Krefeld 1961
- Papier H.-J., *Drittwirkung der Grundrechte*, [w:] D. Merten, H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band II, Heidelberg 2006
- Phillipson G., *The Human Rights Act, ‘Horizontal Effect’ and the Common Law: A Bang or a Whimper?*, „The Modern Law Review” 62(6)/1999
- Podkowik J., *Konstytucyjna zasada równości i zakaz dyskryminacji w prawie cywilnym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2/2016
- Polakiewicz J., *Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen in den Verfassungsordnungen Italiens, Portugals und Spaniens*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht” 54/1994
- Preedy K., *Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten. Zur sogenannten Drittwirkung in Europarecht*, Berlin 2005
- Pietrzak A., *Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontext – Überblick und neue Aspekte*, „Juristische Schulung” 34/1994
- Preuß U., *The German Drittwirkung Doctrine and Its Socio-Political Background*, [w:] *The Constitution in Private Relation: Expanding Constitutionalism*, eds. A. Sajó, R. Uitz, Utrecht 2005
- Ruffert M., *Vorrang der Verfassung, und Eigenständigkeit des Privatrechts: eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes*, Tübingen 2001
- Rüfner W., *Grundrechtsadressaten*, [w:] *Handbuch des Staatsrecht*, J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), Band IX, Heidelberg 2011
- Rüthers B., *Ein Grundrecht auf Wohnung durch die Hintertür?*, „Neue Juristische Wochenschrift” 40/1993
- Safjan M., *Efekt horyzontalny praw podstawowych w prawie prywatnym: autonomia woli a zasada równego traktowania*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2/2009
- Schade P., *Grundgesetz mit Kommentierung*, Berlin 2006
- Schenke W.-R., *Die Verfassungswidrigkeit des § 14 III LuftSiG*, „Neue Juristische Wochenschrift” 11/2006,
- Schmitt C., *Verfassungslehre*, Berlin 1928

- Schulte zu Sodin B., *BVerfGE 30, 173 – Mephisto. Die Freiheit der Kunst und der postmortale Ehrenschatz*, [w:] J. Menzel, R. Müller-Terpitz (Hrsg.), *Verfassungsrechtssprechung*, Tübingen 2011
- Schulze-Fielitz H., *Das Lüth-Urteil – nach 50 Jahren*, „Juristische Ausbildung” 30/2008
- Schwabe J., *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte. Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*, München 1971
- Sendler H., *Unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte durch die Hintertür*, „Neue Juristische Wochenschrift” 11/1994
- Singer R., *Grundrechte im Privatrecht: Eingriffsverbote, Schutzgebote und Teilhaberechte*, [w:] *Festschrift für Christine Windbichler zum 70. Geburtstag am 8. Dezember 2020*, G. Bachmann, S. Grundmann, A. Mengel, K. Krolop (Hrsg.), Berlin–Boston 2020
- Singer R., *Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst*, „JuristenZeitung” 23/1995
- Skwara B., *Horyzontalny skutek praw i wolności jednostki w systemie Konstytucji RP*, [w:] *Dylematy praw człowieka*, red. T. Gardocka i J. Sobczak, Toruń 2008
- Skwara B., *Publicyzacja prawa prywatnego na tle niemieckiego orzecznictwa konstytucyjnego poświęconego mocy obowiązującej praw człowieka*, [w:] *Ewolucja demokracji przedstawicielskiej w krajach Europy Środkowej i Wschodniej*, red. M. Paździor i B. Szmulik, Lublin 2013
- Skwara B., *W obronie bezpośredniego horyzontalnego obowiązywania praw człowieka*, „Przegląd Sejmowy” 1/2017
- Smend R., *Verfassung und Verfassungsrecht*, Berlin 1928
- Smets Ch., *Staatsgleiche Grundrechtsbindung Privater aus Funktionsnachfolge? Zur Aufhebung eines Hausverbots für eine Versammlung auf privatem Grund*, „Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht” 1–2/2016
- Starck Ch., [w:] *Kommentar zum Grundgesetz*, H. von Mangoldt, F. Klein, Ch. Starck et al., Band I, München 2018
- Starck Ch., *Die Grundrechte des Grundgesetzes. Zugleich ein Beitrag zu den Grenzen der Verfassungenauslegung*, „Juristische Schulung” 4/1981
- Starck Ch., *Die verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens: Zum Zweiten Abtreibungsurteil Des BVerfG*, „JuristenZeitung” 17/1993
- Starck Ch., *Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court* [w:] D. Friedmann, D. Barack-Erez (red.), *Human Rights in Private Law*, Oxford 2001

- Starck Ch., *Woher kommt das Recht*, Tübingen 2015
- Stein E., Frank G., *Staatsrecht*, Tübingen 2007
- Stern K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band III/1, München 1988
- Stern K., *Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte: Eine juristische Entdeckung*, „Die Öffentliche Verwaltung” 2010
- Stern K., Becker F., *Grundrechte – Kommentar*, Köln 2010
- Stern K., *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte*, [w:] *Handbuch des Staatsrecht* J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), Band IX, 2011
- Szczekalla P., *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Inhalt und Reichweite einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion”*, Berlin 2002
- Taguchi S., *Shijinsôgo no Kankei ni okeru Jinken no Hoshô*, „Kôhô Kenkyû” 26/1964
- Tuleja P., *Normatywna treść praw jednostki w ustawach konstytucyjnych*, Warszawa 1997
- Uitz R., *Yet another revival of horizontal effect of constitutional rights: Why? And why now? – An introduction*, [w:] *The Constitution in Private Relation: Expanding Constitutionalism*, A. Sajó, R. Uitz (eds.), Utrecht 2005
- Unruh P., *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin 1996
- Vosskuhle A., *Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte*, „Archiv des öffentlichen Rechts” 2/2000
- Wahl R., Masing J., *Schutz durch Eingriff*, „JuristenZeitung” 12/1990
- Wank R., *Die Auslegung von Gesetzen*, Köln–Berlin–Bonn–München 2001
- Wolff B., *Eine Frage zu dem Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, „JuristenZeitung” 7/1958
- Wróblewska I., *Działanie horyzontalne praw podstawowych a wykładnia w zgodzie z konstytucją: kilka uwag na tle orzecznictwa Federalnego Sądu Konstytucyjnego RFN*, [w:] *Potentia non est nisi da bonum*, księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Zbigniewowi Witkowskiemu, red. nauk. M. Serowaniec, A. Bień-Kacała, A. Kustra-Rogatka, Toruń 2018
- Wróblewska I., *Glosa do wyroku Federalnego Sądu Konstytucyjnego z dnia 22 lutego 2011 r., 1 BvR 699/06 – Fraport*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 5/2017.
- Wróblewska I., *Gloss on the Decision of the Federal Constitutional Court of Germany of April 11, 2018, 1 BvR 3080/09, Stadionverbot*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 6/2019

Bibliografia

- Wróblewska I., *Poziome działanie praw jednostki jako rozwiązanie ustrojowe*,
„Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 1/2014
- Wróblewska I., *Rozwój doktryny state action w orzecznictwie sądowym USA*,
[w:] *Sądy i trybunały wobec problemu horyzontalnego działania praw
jednostki*, pod red. M. Florczak-Wątor, Kraków 2015
- Zippelius R., *Juristische Methodenlehre*, München 2021

INDEKS RZECZOWY I WAŻNIEJSZYCH NAZWISK

- Alexy Robert 11, 86, 185–192, 201, 235–236, 256–257
Borowski Martin 192–200, 202
Bürgschaftsverträge; postanowienie w sprawie *Bürgschaftsverträge* 103–106,
162, 227
Canaris Claus-Wilhelm 11, 173, 182–185, 231–232, 254
Drittwirkung
— bezpośrednie 27, 31, 34, 35, 39, 40, 44, 45, 47–68, 121, 122, 138,
141, 143, 165, 255, 188, 189, 190, 191, 193, 231
— pojęcie 28–33
— pośrednie 34, 35, 39, 40, 45, 69–79, 89–136, 139, 148, 152, 165,
182, 183, 187, 189, 193, 195, 199, 200
— selektywne 125–134
— trzyplaszczynowy model R. Alexy’ego 185–192
— zapośredniczone w prawach skierowanych przeciwko państwu 193–
–200
— zasadność podziału na pośrednie i bezpośrednie *Drittwirkung* 14,
137–146, 192, 256
Dürig Günter 69–71, 75, 167, 177, 239
ewidentne naruszenie prawa podstawowego; kontrola ewidentnego narusze-
nia prawa podstawowego (*Evidenzkontrolle*) 215, 225, 243
Facebook; postanowienie w sprawie Facebook 130–132
forum publiczne; forum komunikacyjne 119, 121, 123, 126, 132
Fraport, wyrok w sprawie *Fraport* 117–121
godność człowieka 22, 23, 45, 59–60, 207, 208, 233, 258

- obowiązek ochronny w zakresie godności człowieka 233
- jako element obiektywnego porządku wartości 82, 94
- jako uzasadnienie bezpośredniego *Drittwirkung* 59–60, 140
- jako podstawa obowiązków ochronnych 208, 212, 233, 236
- Handelsvertreter*; postanowienie w sprawie *Handelsvertreter* 100–103, 170, 227
- Hecka formuła 171
- klauzule generalne prawa cywilnego 71, 105, 106, 154, 155, 156, 157, 166, 167–169, 242, 254
 - jako „punkty włamywania się” praw podstawowych do prawa prywatnego 74, 83, 155
- Klimaschutz*; postanowienie w sprawie *Klimaschutz* 219–220
- konstytucjonalizacja prawa prywatnego (prawa umów); „konstytucyjne prawo prywatne” (*Verfassungsprivatrecht*) 99–106, 163, 162–166
- „kształtowania osobowości przez czynniki zewnętrzne” (*Fremdbestimmung*) 102, 105, 229
- Lüth*, wyrok w sprawie *Lüth* 11, 13, 28, 41, 69, 72–79, 80, 89, 90, 91, 94, 98, 106, 107, 135, 142, 147, 150, 151, 163, 164, 165, 168, 172, 184, 187, 194, 205, 209, 246
- nasciturus* 212
- nienaruszalność mieszkania (jako prawo podstawowe) 111–112
- Nipperdey Hans Carl 48, 49, 50, 51, 52, 56, 58, 128, 138, 177
- obiektywny porządek wartości (*objektive Werteordnung*) 24, 45–46, 69, 73, 79–87, 91, 126, 172
 - jako podstawa pośredniego *Drittwirkung* 24, 73, 79–87, 183, 245, 246
 - jako podstawa obowiązków ochronnych 205, 209, 213, 235, 241, 245, 246
 - krytyka 84–87, 172, 254
- obowiązki ochronne (*Schutzpflichten*) 204–252
 - zob. też prawa podstawowe jako prawa ochronne
- adresat obowiązku ochronnego 207, 213, 251
 - normatywna podstawa obowiązków ochronnych 208, 213
 - zakres obowiązku ochronnego 213–216
- ochrona małżeństwa, rodziny i rodzicielstwa 109, 110, 209, 251
- ochrona przez naruszenie (*Schutz durch Eingriff*) 241
- ogólne prawo osobowości 56, 57, 60, 96, 97, 109, 110, 127, 128, 129, 135, 257–258

- „orzecznictwo o wartościach” (*Werterechtssprechung*) 82
- państwo socjalne; zasada państwa socjalnego
- jako uzasadnienie obowiązków ochronnych 234
 - jako uzasadnienie bezpośredniego *Drittwirkung* 55
- praktyczna konkordancja (*praktische Konkordanz*); ważenie kolidujących praw z uwzględnieniem reguł praktycznej konkordancji 136, 214, 242, 255
- prawo podmiotowe 25
- do ochrony 216–217, 235–236
 - struktura 25
- prawa podstawowe 21–28
- adresat 63, 120, 181, 182
 - bezpośrednio związane prawami podstawowymi (*unmittelbare Grundrechtsbindung*) 120, 146
 - jako obiektywny porządek wartości; obiektywnoprawny wymiar 73, 223, 225, 227
 - jako prawa ochronne; funkcja ochronna; wymiar ochronny praw podstawowych 43, 78, 87, 99, 115, 184–185, 187, 188, 194, 195, 203–252
 - jako prawa obronne; funkcja obronna; wymiar obronny praw podstawowych 22, 28, 29, 64, 73, 183, 187, 188, 194–195, 212, 232, 236, 237, 238, 239, 249
 - jako prawa podmiotowe 24–26, 27, 76, 81, 187
 - jako prawo przedmiotowe 24, 25–26, 27, 81
 - jako zasady porządkujące życie społeczne (*Ordnungsgrundsätze für das soziale Leben*) 55
 - kolizja praw podstawowych 67, 77, 123, 136, 140, 186, 214, 242, 247, 258
 - „multifunkcjonalność” praw podstawowych 78
 - prawa podobne do praw podstawowych 22, 61, 63
 - transformacja praw moralnych (praw człowieka) w prawa podstawowe 196–199
 - „transmisja” praw podstawowych do prawa prywatnego 98, 155, 248, 255
 - wyłączność ustawy w sferze ochrony praw podstawowych 221
 - zbliżone do państwowego związane prawami podstawowymi 124
- prokonstytucyjna wykładnia (*verfassungsorientierte Auslegung*) 148–154

- promieniujące oddziaływanie praw podstawowych (*Ausstrahlungswirkung*) 32–33, 76, 90–97, 107, 126
- roszczenie o „gwarancję sprawiedliwości” (*Justizgewährleistungsanspruch*) 174
- równe traktowanie (prawo podstawowe do równego traktowania) 125–134
- Schwabe Jürgen 178–181, 187, 239–240
- Schwangerschaftsabbruch I*; pierwszy wyrok w sprawie przerywania ciąży 204, 207, 210, 211, 212, 213
- Schwangerschaftsabbruch II*, drugi wyrok w sprawie przerywania ciąży 212, 213
- Schutzpflichten*
zob. obowiązki ochronne
- socjalne państwo prawa; zasada socjalnego państwa prawa 55, 234
- „specyficzna konstelacja” praw podstawowych 126, 128, 129, 132, 133, 139
- Stadionverbot*, postanowienie w sprawie *Stadionverbot* 125–130, 146
- strukturalna nierówność (podległość) 93, 104, 105, 106, 128–129, 134, 174–175
- „swoiste prawo konstytucyjne” (*spezifisches Verfassungsrecht*) 170–171
- ustawy ogólne 76, 151
- własność (jako prawo podstawowe) 111–112, 116, 118, 121, 123, 124, 125, 127, 128, 129, 130, 143, 145, 226, 227
- wolność informacji (jako prawo podstawowe) 108
- wolność przekonań religijnych (jako prawo podstawowe) 113–115
- wolność wypowiedzi (jako prawo podstawowe) 73, 76, 77, 78, 119
- wolność prasy (jako prawo podstawowe) 91, 92, 95, 107
- wolność zgromadzeń (jako prawo podstawowe) 116, 117, 118, 119, 121, 122, 123
- wykładnia w zgodzie z konstytucją (*verfassungskonforme Auslegung*) 46, 148–153, 158, 168, 195, 248
- „wykładnia w zgodzie z konstytucją plus” 154–156
- wzajemnego oddziaływania teoria (*Wechselwirkungstheorie*) 77, 151
- zakaz stosowania środków nadmiernych (*Übermaßverbot*) 215, 231, 232
- zakaz stosowania środków niewystarczających; zakaz „niedomiaru” (*Untermaßverbot*) 215, 231, 232

TOWARZYSTWO NAUKOWE ORGANIZACJI I KIEROWNICTWA

STOWARZYSZENIE WYŻSZEJ UŻYTECZNOŚCI

DOM ORGANIZATORA

ul. Czerwona Droga 8
87-100 Toruń
tel. (56) 622 38 07, (56) 622 28 98

www.tnoik.torun.pl
e-mail: sekretariat@tnoik.torun.pl

www.wydawnictwo.tnoik.torun.pl/sklep/
e-mail: wydawnictwo@tnoik.torun.pl



DZIAŁ WYDAWNICTW

Wydajemy drukiem
poradniki, podręczniki akademickie i komentarze
z zakresu prawa, ekonomii, organizacji i zarządzania

DZIAŁ EDUKACJI

Organizujemy szkolenia, seminaria,
konferencje naukowe krajowe i międzynarodowe

Chcesz wiedzieć więcej?

zapraszamy
do naszej księgarni internetowej



www.wydawnictwo.tnoik.torun.pl/sklep/