

MAREK SZYDŁO

KONCEPCJA OBOWIĄZKU OCHRONY PODSTAWOWYCH SWOBÓD. POŚREDNI HORYZONTALNY SKUTEK PRZEPISÓW TWE O PODSTAWOWYCH SWOBODACH

I. NEGACJA BEZPOŚREDNIEGO HORYZONTALNEGO SKUTKU PRZEPISÓW TWE O PODSTAWOWYCH SWOBODACH

Podmiotami zobowiązanymi z przepisów TWE o podstawowych swobodach¹, a więc adresatami tychże przepisów, są przede wszystkim państwa członkowskie². Możliwość zaś powoływania się na wspomniane przepisy przez podmioty z nich uprawnione³ wobec państw członkowskich jest nazywana bezpośrednim skutkiem, czy też bezpośrednią skutecznością przepisów o podstawowych swobodach⁴. Problematyczna i sporna jest natomiast kwestia tego, czy adresatami

¹ Chodzi o art. 28, 29, 39, 43, 49 i 56 TWE.

² Pojęcie „państwa członkowskiego” obejmuje przy tym w tym kontekście nie tylko tradycyjnie pojmowane organy państwa, wchodzące w skład władzy ustawodawczej, wykonawczej oraz sądowej, ale również rozmaite osoby fizyczne czy też jednostki organizacyjne, które są z danym państwem powiązane określonymi zależnościami natury organizacyjnej, personalnej lub też finansowej, tak iż państwo ma możliwość determinowania działalności wspomnianych osób i jednostek; zob. szerzej W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, Band 1: *Europäische Grundfreiheiten*, Berlin-Heidelberg 2004, s. 116 i n.; K. Hailbronner, G. Jochum, *Europarecht II. Binnenmarkt und Grundfreiheiten*, Stuttgart 2006, s. 89–90; D. Ehlers, *Die Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaften*, Allgemeine Lehren, w: D. Ehlers (red.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, Berlin 2005, s. 198–199; H.D. Jarass, *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten*, „Europarecht” 1995, nr 3, s. 209–210; M. Szydło, *Krajowe prawo spółek a swoboda przedsiębiorczości*, Warszawa 2007, s. 146 i n.

³ To, jakie osoby lub podmioty mieszczą się w pojęciu „podmiotu uprawnionego” z podstawowych swobód, zależy od rodzaju wchodzącej w grę swobody. W przypadku swobody przepływu towarów oraz kapitału podmiotami uprawnionymi są tak naprawdę wszelkie możliwe podmioty prawa, a więc wszelkie osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, bez względu na ich obywatelstwo, siedzibę lub też miejsce inkorporacji. Wymienione dwie swobody mają bowiem charakter *stricto* przedmiotowy (a nie osobowy) i kwestia tego, kto się na daną swobodę powołuje, nie ma w istocie większego znaczenia. Z kolei w przypadku swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług podmiotami uprawnionymi z tychże swobód są: 1) osoby fizyczne będące obywatelami któregoś z państw członkowskich oraz 2) „spółki” w rozumieniu art. 48 TWE.

⁴ Na temat cechy bezpośredniej skuteczności norm wspólnotowego porządku prawnego zob. szerzej A.G. Toth, *The Oxford Encyclopaedia of European Community Law*, vol. 1, *Institutional Law*, Oxford 1990, s. 166 i n.; T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford 2003, s. 197 i n.; R. Craig, G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford 2003, s. 178 i n.; R. Pescatore, *The Doctrine of „Direct Effect”: An Infant Disease of Community Law*, „European Law Review” 1983, vol. 8, s. 155 i n.; S. Prechal, *Does direct effect still matter?*, „Common Market Law Review” 2000, vol. 37, s. 1047 i n.; B. de Witte, *Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order*, w: P. Craig, G. de Búrca (red.), *The Evolution of EU Law*, Oxford 1999, s. 177 i n.; J.A. Winter, *Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concepts in Community*

przepisów TWE o podstawowych swobodach są także (obok państw członkowskich) podmioty prywatne, a więc takie podmioty, które nie pozostają z danym państwem członkowskim w żadnych szczególnych relacjach zależności, umożliwiającą temu państwu determinowanie działalności wspomnianych podmiotów⁵. Ewentualne uznanie podmiotów prywatnych za adresatów przepisów TWE o podstawowych swobodach sprawiłoby przy tym, że przepisom tym przysługiwałby dzięki temu przymiot bezpośredniej skuteczności horyzontalnej⁶.

Chociaż Trybunał Sprawiedliwości w swoim słynnym orzeczeniu w sprawie *Angonese* stwierdził, że zawarty w art. 39 TWE zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową musi być stosowany również w odniesieniu do podmiotów prywatnych⁷ (uznając tym samym podmioty prywatne za adresatów powołanego przepisu TWE), to jednak kwalifikowanie podmiotów prywatnych do kategorii adresatów przepisów Traktatu o podstawowych swobodach nie wydaje się zasadne⁸. Przeciwno takiemu pogładowi przemawia bowiem zbyt wiele doniosłych argumentów, jak chociażby ten, że w razie akceptacji wspomnianego poglądu doszłoby do daleko idącego ograniczenia przestrzeni swobody (wolności) zobowiązanych w ten sposób podmiotów prywatnych⁹, w tym zwłaszcza do ograniczenia przysługujących tym ostatnim podmiotom praw podstawowych, gwarantowanych we wspólnotowym porządku prawnym (chodzi tu np. o takie

Law, „Common Market Law Review” 1972, vol. 9, s. 425 i n.; C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, 1.1, Warszawa 2000, s. 558 i n.

⁵ Rzecz jasna, państwo ma zawsze możliwość określonego wpływania na działalność podmiotów pozostających w obrębie jego suwerennej władzy (poprzez wydawanie ustaw, aktów administracyjnych itp.). Niemniej jednak w pojęciu „państwa członkowskiego” (na potrzeby przepisów TWE o podstawowych swobodach) mieszczą się tylko takie podmioty, na które państwo może wpływać w sposób szczególny, tj. przy wykorzystaniu instrumentów wykraczających poza stosowane powszechnie wobec wszystkich innych podmiotów. Podmioty niebędące pod takim szczególnym (specjalnym) wpływem państwa będą tu określane mianem „podmiotów prywatnych”.

⁶ Jeżeli zaś uznamy, że podmioty prywatne nie są adresatami przepisów o podstawowych swobodach, to wówczas przepisom tym trzeba też będzie odmówić cechy bezpośredniej skuteczności horyzontalnej; inaczej J. Baquero Cruz, którego zdaniem dany przepis TWE może być bezpośrednio horyzontalnie skuteczny nawet wówczas, gdy podmioty prywatne nie są jego adresatami; zob. J. Baquero Cruz, *Free movement and private autonomy*, „European Law Review” 1999, vol. 24, s. 605–606; na temat argumentów polemicznych w stosunku do tej tezy zob. M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006, s. 394 i n.

⁷ Orzeczenie ETS w sprawie C-281/98 *Roman Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, Zb. Orz. 2000, s. I-4139, pkt 34–36.

⁸ Słuszne jest natomiast inne twierdzenie ETS, że mianowicie adresatami omawianych przepisów są takie podmioty prywatne, które „w zbiorowy (kolektywny) sposób” regulują zarobkowe zatrudnienie czy też świadczenie usług; orzeczenia ETS w sprawach: 36/74 *B.N.O. Walrave i L.J.N. Koch v. Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie et Federación Española Ciclismo*, Zb. Orz. 1974, s. 1405, pkt 17–18; 13/76 *Gaetano Dona v. Mario Mantero*, Zb. Orz. 1976, s. 1333, pkt 17; C-415/93 *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v. Jean-Marc Bosman; Royal club liegeois SA v. Jean-Marc Bosman i inni oraz Union des associations européennes de football (UEFA) v. Jean-Marc Bosman*, Zb. Orz. 1995, s. I-4921, pkt 82–84; C-51/96 i C-191/97 *Christelle Deliege v. Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union européenne de judo oraz Christelle Deliege v. Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL i François Pacqué*, Zb. Orz. 2000, s. I-2549, pkt 47; C-176/96 *Jyri Lehtonen i Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL v. Federation royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB)*, Zb. Orz. 2000, s. I-2681, pkt 35.

⁹ H.D. Jarass, *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten*, op. cit., s. 210.

prawa podstawowe, jak swoboda umów, prawo zrzeszania się, czy też ogólna wolność działania)¹⁰. Podmioty prywatne, będąc związane przepisami o podstawowych swobodach, musiałyby wszelkie swoje zachowania naruszające te swobody w dostateczny sposób usprawiedliwiać, zamiast korzystać z możliwie pełnej swobody postępowania¹¹. Ponadto trzeba pamiętać, że zachowania podmiotów prywatnych na rynku wewnętrznym są już w dostateczny sposób ograniczane i poddawane sankcjom na podstawie wspólnotowego prawa konkurencji i nie ma potrzeby zachowań tych w dodatkowy sposób ograniczać¹², tym bardziej że równoczesne związanie podmiotów prywatnych podstawowymi swobodami i regułami konkurencji mogłoby doprowadzić do wielu niepożądanych kolizji i sprzecznych rozstrzygnięć¹³. Bezpośredni horyzontalny skutek przepisów TWE o podstawowych swobodach stałby przy tym w opozycji do (przyjętej przez TWE) koncepcji opartego na konkurencji rynku wewnętrznego, który powinien się – poprzez rynek oraz konkurencję – sam regulować¹⁴.

II. ZAGADNIENIE ZWIĄZANIA PODMIOTÓW PRYWATNYCH PRAWAMI PODSTAWOWYMI. OBOWIĄZEK OCHRONY ORAZ BEZPOŚREDNI HORYZONTALNY SKUTEK PRAW PODSTAWOWYCH

Zagadnieniem podobnym do omawianego w niniejszym opracowaniu jest kwestia związania podmiotów prywatnych prawami podstawowymi (prawami człowieka), gwarantowanymi zarówno w porządkach konstytucyjnych poszczególnych państw, jak też w rozmaitych międzynarodowych traktatach dotyczących praw człowieka (zawartych także przez państwa członkowskie) oraz w samym wspólnotowym (unijnym) porządku prawnym. Jeżeli chodzi o prawa podstawowe gwarantowane w konstytucjach państw członkowskich, to zdecydowana większość krajowych porządków prawnych, razem z ukształtowaną na ich podstawie judykaturą, odrzuca koncepcję bezpośredniego związania podmiotów prywatnych wspomnianymi prawami podstawowymi. Najistotniejszy przy tym

¹⁰ Zob. szeroko K. Preedy, *Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten. Zur sogenannten Drittwirkung im Europarecht*, Berlin 2005, s. 161 i n.

¹¹ Nastąpiłoby więc odwrócenie obowiązującego w państwie prawnym paradygmatu: reguła (którą jest możliwie pełna swoboda postępowania jednostek) – wyjątek (którym jest ograniczenie tejże swobody), W. Kluth, *Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages. Eine Analyse am Beispiel des Bosman-Urteils des EuGH*, „Archiv des öffentlichen Rechts” 1997, nr 4, s. 570–571.

¹² Por. W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, Band 1, op. cit., s. 133; D. Ehlers, *Die Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaften*, op. cit., s. 200; K. Hailbronner, G. Jochum, *Europarecht II*, op. cit., s. 94; J. Gebauer, *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte*, Berlin 2004, s. 136; M. Quinn, N. MacGowan, *Could Article 30 Impose Obligations on Individuals?*, „European Law Review” 1987, vol. 12, s. 167–168; C. Stachel, *Schutzpflichten der Mitgliedstaaten für die Grundfreiheiten des EG-Vertrags unter besonderer Berücksichtigung des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaft*, Berlin 2006, s. 46 i n.

¹³ W. Kluth, *Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, op. cit., s. 573; W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, Band 1, op. cit., s. 133; M. Quinn, N. MacGowan, *Could Article 30 Impose Obligations on Individuals?*, op. cit., s. 168–169; M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji*, op. cit., s. 418.

¹⁴ C. Stachel, *Schutzpflichten der Mitgliedstaaten für die Grundfreiheiten...*, op. cit., s. 59.

argument podnoszony przeciwko tej koncepcji odwołuje się do względów historycznych: mianowicie, prawa podstawowe zostały wprowadzone i zakorzenione w krajowych porządkach prawnych po to, by bronić poszczególne jednostki przed naruszeniami (wkroczeniami) powodowanymi przez państwo. W rezultacie to właśnie poszczególne państwa, nie zaś indywidualne jednostki, były od początku postrzegane jako podmioty odpowiedzialne za naruszenia praw i wolności jednostek. Ponadto ewentualne bezpośrednie związanie podmiotów prywatnych prawami podstawowymi było zawsze odbierane jako olbrzymie zagrożenie dla indywidualnej wolności, jako że podmioty uprawnione do czynienia użytku z praw podstawowych (uprawnione do powoływania ich przeciwko państwu) zostałyby nagle przez te prawa zobligowane oraz zmuszone do ich respektowania w relacjach z innymi podmiotami prywatnymi. Z drugiej wszakże strony we współczesnym społeczeństwie oraz w nowoczesnej gospodarce, w ramach których powstaje tak mnóstwo (i to wciąż wzrastających) zagrożeń ze strony poszczególnych podmiotów prywatnych dla innych jednostek, związanie tych podmiotów prawami podstawowymi staje się dla wielu coraz bardziej zasadne. Można by bowiem powiedzieć, że chociaż obowiązek respektowania praw podstawowych ogranicza w pewien sposób indywidualną wolność (podmiotów zobowiązanych), to jednak przyczynia się równocześnie do ochrony wolności innych jednostek i czyni tę ochronę bardziej efektywną¹⁵.

Od razu wszakże należałoby stwierdzić, że ochrona praw podstawowych poszczególnych jednostek przeciwko wkroczeniom (naruszeniom) powodowanym przez inne podmioty prywatne (która staje się tak istotna we współczesnym świecie) bynajmniej niekoniecznie musi być realizowana poprzez bezpośrednie związanie podmiotów prywatnych prawami podstawowymi, tj. poprzez nakładanie na te podmioty obowiązku przestrzegania praw podstawowych. W tym bowiem kontekście dostępne są także i inne prawne środki wspomnianej ochrony (przeciwko naruszeniom powodowanym przez podmioty prywatne). Jednym zaś z takich podstawowych środków, wypracowanym w ramach dogmatyki praw podstawowych, jest koncepcja tzw. obowiązku ochrony (*Schutzpflicht*). Ów wspomniany obowiązek ochrony jest pewnym rodzajem prawnego obowiązku, który zostaje nałożony na poszczególne państwa. Będąc zwiazanymi przez taki obowiązek, poszczególne państwa są zobligowane do podejmowania odpowiednich działań chroniących podmioty prywatne przeciwko innym jednostkom, które (w sposób bezprawny) wkraczają w prawa podstawowe przysługujące tym pierwszym podmiotom. Wkraczając w te prawa podstawowe, poszczególne jednostki (intruzi) mogą naruszać wiele istotnych dóbr i wartości, które są tradycyjnie chronione przez prawa podstawowe. W tym kontekście można wymienić chociażby: życie,

¹⁵ Zdaniem R. Alexy'ego, jednym z istotnych nieomogów debaty dotyczącej związania podmiotów prywatnych prawami podstawowymi jest to, że na pierwszym planie stawiana jest zazwyczaj kwestia ograniczenia indywidualnej wolności (zobowiązanych) podmiotów prywatnych, kwestia zaś ochrony wolności innych podmiotów prywatnych spychana jest na dalszy plan. Tymczasem ograniczenie wolności podmiotów prywatnych oraz ochrona tej wolności w odniesieniu do innych podmiotów są wartościami równoważnymi, które powinny być zawsze wzajemnie wyważane; R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1994, s. 491.

zdrowie, godność osobową, indywidualną wolność, rodzinę czy też własność. W rezultacie państwo jest zobligowane do zapobiegania oraz do zwalczania wspomnianych (bezpprawnych) naruszeń dóbr i wartości chronionych przez prawa podstawowe, tak aby zagwarantować poszczególnym jednostkom (uprawnionym do czynienia użytku z praw podstawowych), że ich prawa są w pełni i efektywnie chronione oraz że nie będą unicestwione wskutek nadużywania prywatnej autonomii przez inne podmioty prywatne. Możliwe i dostępne środki wspomnianej ochrony (tj. zapobiegania i zwalczania naruszeń) są różnorodne, przykładowo obejmują: prawo karne (które może kwalifikować poszczególne rodzaje naruszeń praw podstawowych jako przestępstwa, zagrożone sankcjami karnymi), prawo deliktowe (które może traktować wspomniane naruszenia jako cywilnoprawne delikty, przyznając osobom poszkodowanym konkretne prywatnoprawne roszczenia), stosowne rozwiązania proceduralnoprawne, akty administracyjne wydawane przez władze publiczne czy też pewne działania faktyczne. Korelatem omawianego tutaj i spoczywającego na państwie obowiązku ochrony są prawa poszczególnych jednostek (prawa do ochrony), które na podstawie tych praw mogą się domagać od państwa konsekwentnego realizowania wspomnianych pozytywnych prawnych i faktycznych działań ochronnych, ukierunkowanych w ostatecznym rozrachunku na rozgraniczenie sfer wolności poszczególnych równych jednostek, a przy tym mogących być skutecznym narzędziem wdrażania (uskuieczniania) tego rozgraniczenia. W ten sposób, zaspokajając wzmiankowane prawo podmiotów prywatnych, państwo wypełnia jedno ze swoich głównych zadań¹⁶.

Można inaczej powiedzieć, że spoczywający na państwie obowiązek ochrony jest konstytucyjnym obowiązkiem, który obliguje państwo do tworzenia porządku prawnego regulującego relacje (stosunki) pomiędzy poszczególnymi równymi jednostkami, tak aby rozgraniczyć sfery wolności poszczególnych jednostek i chronić te sfery przed bezprawnym naruszaniem powodowanym przez podmioty prywatne we wzajemnych stosunkach między sobą.

Należy podkreślić, że omawiany tutaj obowiązek ochrony nie spoczywa na poszczególnych jednostkach (intruzach), których działalność stanowi zagrożenie dla dóbr i wartości chronionych prawami podstawowymi, lecz jest nałożony na państwo. Wypełniając ów obowiązek ochrony, państwo jest zobligowane do kreowania odpowiednich środków prawnych, które powinny być do dyspozycji podmiotów prywatnych i które mogłyby być wykorzystywane przeciwko intruzom. Istotne jest przy tym spostrzeżenie, że jeżeli spoglądamy na prawa podstawowe w ich tradycyjnym wymiarze, tj. jeżeli postrzegamy je jako prawa obronne przeciwko państwu, wówczas przedmiot tych praw, obejmujący swoim zakresem określone działania i zaniechania podmiotów uprawnionych, powinien być definiowany jako obszar, który jest w pewien sposób wyodrębniony (odgraniczony) i który jest (co do zasady) niedostępny dla władz publicznych. Jeżeli natomiast spoglądamy na prawa podstawowe z punktu widzenia omawianego obowiązku

¹⁶ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., s. 410.

ochrony, to wówczas przedmiot ochrony tychże praw musi być definiowany i ujmowany jako pozytywne dobro prawne (jako pozytywne dobro chronione), którego integralność oraz nienaruszalność przed bezprawnymi działaniami innych podmiotów prywatnych (intruzów) państwo ma obowiązek zagwarantować¹⁷.

W tradycyjnej koncepcji praw podstawowych, w ramach której nacisk jest położony na obronny wymiar (obronną funkcję) tychże praw, państwo jawi się jako potencjalny przeciwnik czy też oponent wspomnianych praw. W kontekście natomiast opisywanego obowiązku ochrony państwo staje w pozycji „przyjaciela” praw jednostek. Ta różna pozycja państwa (przyjaciel oraz oponent) nie stoi bynajmniej w opozycji do roli państwa odzwierciedlanej we współczesnych konstytucjach. Z jednej bowiem strony państwo jest w stanie wkraczać w prawa podstawowe jednostek (i dlatego jest zobligowane przez konstytucję do powstrzymywania się od – przynajmniej tych nadmiernych i nieuzasadnionych – wkroczeń), z drugiej natomiast strony jedynie państwo ma tak naprawdę możliwość zapobiegania oraz zwalczania zagrożeń dla praw podstawowych, za które odpowiedzialne są inne podmioty prywatne. W rezultacie obciążający państwo obowiązek ochrony dóbr prawnych mieszczących się w przedmiocie poszczególnych praw podstawowych nie jest bynajmniej żadnym „obcym ciałem” w ramach konstytucyjnoprawnego rozumienia praw podstawowych. Nawet jeżeli konstytucja danego państwa nie wyraża takiego obowiązku wprost (*explicit*) i trzeba go dopiero wyprowadzać (wyinterpretowywać) z poszczególnych jej norm, nie oznacza to wówczas w żadnym wypadku kreowania (tworzenia) czegoś zupełnie nowego. Ujmując rzecz obrazowo, można by powiedzieć, iż jest to wówczas jedynie swego rodzaju otwieranie zapomnianej strony konstytucji (konstytucji państwa prawnego), potwierdzenie zaś, że tego rodzaju obowiązek ochrony rzeczywiście na państwie spoczywa, jest legitymowane chociażby tym, iż państwo obciąża ogólny obowiązek utrzymywania w swoich ramach pokoju i porządku¹⁸.

Realizacja przez państwo obciążającego je obowiązku ochrony jest w nieuchronny sposób związana z wkraczaniem w prawa podstawowe intruzów. Jest oczywiste, że działalność tychże intruzów, skierowana przeciwko prawom podstawowym innych podmiotów prywatnych, mieści się jednocześnie w przedmiocie ochrony im z kolei przysługujących określonych praw podstawowych (np. wolność wyrażania poglądów, wolność stowarzyszania się, wolność zgromadzeń, wolność działalności gospodarczej). W rezultacie, realizując obciążający je obowiązek ochrony, państwo ma do czynienia z dwoma (lub więcej) podmiotami praw podstawowych o wzajemnie kolidujących (sprzecznych) ze sobą interesach. Mianowicie, z jednej strony występuje ofiara, a więc podmiot prawa podstawowego, którego przedmiot (tj. chronione dobro prawne) został naruszony lub też

¹⁷ J. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, w: J. Isensee, P. Kirchhof (red.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band V: *Allgemeine Grundrechtslehren*, Heidelberg 1992, s. 146.

¹⁸ K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band III/1: *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, München 1988, s. 946.

co najmniej narażony na niebezpieczeństwo przez inną osobę prywatną (tj. przez intruza). Z drugiej natomiast strony występuje intruz, a więc podmiot, którego działania naruszyły lub zagroziły chronionemu dobru prawnemu ofiary (tj. dobru w postaci przedmiotu pewnego prawa podstawowego) i który to intruz uczynił to, opierając się – przynajmniej *prima facie* – na przysługującym mu określonym prawie podstawowym. Wypełniając swój obowiązek ochrony (na korzyść ofiary), państwo narusza prawa podstawowe intruzów, a mówiąc dokładniej – narusza mieszczące się w strukturze tych praw prawo (roszczenie) do obrony przed ingerencjami państwa w działania i zaniechania objęte przedmiotem danego prawa. Owo naruszenie powinno przy tym rzecz jasna w pełni czynić zadość tym wszystkim wymogom i przesłankom, jakie przewiduje konstytucja na wypadek wszelkich ograniczeń (i naruszeń) praw podstawowych (oraz mieszczącego się w nich prawa do obrony). W efekcie ochrona przez państwo przysługujących poszczególnym jednostkom praw podstawowych – realizowania w ramach obciążającego państwo obowiązku ochrony – okazuje się czymś ambiwalentnym: podczas gdy dla jednych (a konkretnie dla ofiar) stanowi ona niezaprzeczalną korzyść, dla drugih (a konkretnie dla intruzów) jest ona równoznaczna z określonym obciążeniem (ograniczeniem). W omawianym tutaj kontekście powstaje przy tym swoisty prawny trójkąt o następujących wierzchołkach: państwo – ofiara – intruz. Z punktu widzenia gwarantowanych konstytucyjnie praw podstawowych ofierze przypada w tym przypadku status pozytywny, tzn. przysługuje jej prawo do ochrony, intruzowi zaś przypada wówczas w udziale status negatywny, tzn. przysługuje mu prawo do obrony¹⁹.

Stojąc wobec – opisanych wyżej – kolidujących interesów podmiotów prywatnych (ofiar i intruzów), państwo jest zobowiązane do dokładnego wyważenia wspomnianych interesów oraz do znalezienia rozwiązania kompromisowego. Tego rodzaju wyważenia oraz pogłębionej oceny dokonuje z reguły ustawodawca zwykły, projektujący odpowiednie środki legislacyjne mające na celu realizację ciążącego na państwie obowiązku ochrony, przy czym powinien on w takich przypadkach respektować ogólną zasadę: *volenti non fit iniuria* (chcącemu nie dzieje się krzywda). Zgodnie z tą zasadą, jeżeli w prywatnoprawnych (tj. w poziomych) relacjach pomiędzy ofiarą a intruzem (jako podmiotami praw podstawowych) dominuje element dobrowolności i samostanowienia, ofiara zaś (jako podmiot danego prawa podstawowego) ma możliwość wyrażania dobrowolnej i niewymuszonej zgody na pewne ingerencje w przedmiot jej chronionego prawa ze strony innych podmiotów prywatnych, to wówczas intensywność ochronnych działań państwa (realizowanych w wykonaniu ciążącego na państwie obowiązku ochrony) powinna być mniejsza. W przeciwnym bowiem wypadku mogłoby dojść do niepożądanego i niepotrzebnego ograniczenia wolności i autonomii jednostek. Jeżeli natomiast w prywatnoprawnych relacjach pomiędzy ofiarą a intruzem element dobrowolności i samostanowienia występuje w mniejszym stopniu, ofiara zaś ma zdecydowanie mniejsze możliwości, aby przeciwstawić się bezprawnym

¹⁹ J. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, op. cit., s. 147.

działaniom innych podmiotów prywatnych godzących w przedmiot danego prawa, wówczas siła i intensywność działań ochronnych państwa (związanych rzecz jasna z koniecznym wkroczeniem w prawa podstawowe intruzów) powinna być relatywnie większa²⁰.

Drugą ważną koncepcją wypracowaną w ramach dogmatyki praw podstawowych, dzięki której możliwe jest zapobieganie oraz zwalczanie (bezprawnych) naruszeń praw podstawowych powodowanych przez podmioty prywatne i która może być przy tym wykorzystywana w miejsce bezpośredniego związania podmiotów prywatnych prawami podstawowymi, jest koncepcja tzw. pośredniego horyzontalnego skutku praw podstawowych. Koncepcja ta została zbudowana na założeniu, że poszczególne prawa podstawowe są nie tylko prawami podmiotowymi o charakterze obronnym wobec państwa, a więc prawami, które mogą być wykorzystywane przez podmioty uprawnione w celu domagania się od państwa zaniechania wkraczania w sferę działań i zaniechań objętych przedmiotem danego prawa. Oprócz tego obronnego wymiaru poszczególne prawa podstawowe ucieleśniają też w sobie określony obiektywny porządek wartości, który jest konstytucyjnym rozstrzygnięciem o zasadniczym charakterze i który obowiązuje w przypadku (na gruncie) wszystkich działów prawa. Ten obiektywny porządek wartości daje impulsy dla działalności ustawodawczej, wykonawczej (administracyjnej) oraz sądowniczej państwa²¹. W rezultacie prawa podstawowe są wartościami o charakterze obiektywnym, które wiążą wszystkie (trzy) rodzaje władz w danym państwie.

Okoliczność, że prawa podstawowe są „wartościami”, oznacza, że mają one – z prawnego punktu widzenia – status zasad, a więc są normami, które obligują państwo do realizacji pewnego stanu rzeczy w takim stopniu (tak dalece), jak jest to tylko prawnie oraz faktycznie możliwe. Innymi słowy, zasady, włączając w to prawa podstawowe, są nakazami optymalizacji²².

Z kolei fakt, że prawa podstawowe są wartościami „obiektywnymi”, oznacza, że w ich przypadku istnieje konieczność abstrahowania od subiektywnej czy też podmiotowej strony tychże zasad. Wartości te muszą być po prostu realizowane (urzeczywistniane), bez względu na to, kto zagraża tym wartościom i w jakiej formie to czyni. Państwo ma po prostu obowiązek zagwarantowania realizacji tych zasad²³.

Prawa podstawowe, będąc „obiektywnymi wartościami” w powyższym rozumieniu, są uznawane za „konstytucyjne rozstrzygnięcie o charakterze fundamentalnym”²⁴, „fundamentalne normy decydujące o wartościach”²⁵, „rozstrzygnięcia,

²⁰ E. Klein, *Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates*, „Neue Juristische Wochenschrift” 1989, nr 27, s. 1636.

²¹ BVerfGE (Niemiecki Federalny Sąd Konstytucyjny) 39, 1 (41).

²² R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., s. 75–76, 130 i n.

²³ Ibidem, s. 478–479.

²⁴ BVerfGE 7, 198 (205).

²⁵ BVerfGE 30, 173 (188).

które przesadzają o wartościach”²⁶, lub „idee, które dominują w ramach konstytucji”²⁷. Te obiektywne wartości promieniują na wszystkie działy (gałęzie) prawa.

Opierając się na założeniu, że prawa podstawowe są obiektywnymi wartościami promieniującymi na wszystkie działy prawa, koncepcja pośredniego horyzontalnego skutku stanowi, że prawa podstawowe wpływają na interpretację oraz na stosowanie prawa prywatnego (a więc tego działu prawa, który reguluje prawne relacje pomiędzy podmiotami prywatnymi), przede wszystkim przez sędziów. Zgodnie z omawianą koncepcją prawa podstawowe powinny być uwzględniane i urzeczywistniane w przypadku interpretacji i stosowania każdej normy prywatnoprawnej, aczkolwiek tego rodzaju proprawnopodstawowe podejście uzyskuje szczególne znaczenie w przypadku tzw. klauzul generalnych, a więc norm, które mają charakter otwarty (zostały sformułowane w sposób otwarty) i które pozwalają na przyjmowanie bardzo różnych interpretacji. Odwołując się do koncepcji pośredniego horyzontalnego skutku i interpretując w związku z tym dany przepis prawa prywatnego w świetle praw podstawowych (tak, aby urzeczywistniać te prawa), sędzia może interpretować tenże przepis nawet w taki sposób, który pozostaje w sprzeczności z jego literalnym brzmieniem²⁸. Chociaż przy tym prawa podstawowe wpływają na interpretację prawa prywatnego, to jednak normy tego prawa nadal zachowują swój prywatny charakter, prawa i obowiązki kreowane zaś przez te normy nadal są prawami i obowiązkami o charakterze prywatnoprawnym. Równocześnie wszakże każdy sędzia przy interpretacji oraz przy stosowaniu takich norm ma obowiązek uwzględniać wpływ, jaki wywierają na nie prawa podstawowe²⁹.

Ujmując powyższe wskazania w nieco bardziej konkretny sposób, można by powiedzieć, że jeżeli pomiędzy podmiotami prywatnymi istnieje spór w kwestii, która jest regulowana przez prawo prywatne (np. spór dotyczący naruszenia prawa własności danego podmiotu przez inny podmiot prywatny lub spór dotyczący szkody wyrządzonej określonej podmiotowi przez inną jednostkę), sędzia rozstrzygający ten spór na podstawie przepisów prawa prywatnego jest zobligowany – właśnie ze względu na koncepcję pośredniego horyzontalnego skutku praw podstawowych – do interpretacji oraz stosowania powyższych przepisów (rządzących wzajemnymi relacjami pomiędzy stronami danego sporu) w taki sposób, aby wziąć pod uwagę te prawa podstawowe (te konstytucyjne zasady i wartości zawarte w prawach podstawowych), które przemawiają na korzyść pozycji strony sporu dochodzącej swojego roszczenia (pozycji) na podstawie przepisów prawa prywatnego. Innymi słowy, opierając się na porządku konstytucyjnym, sędzia jest zobligowany do zbadania, czy materialne przepisy prawa prywatnego stosowane przez niego w określonej sprawie są w jakikolwiek sposób powiązane

²⁶ BVerfGE 42, 64 (73).

²⁷ BVerfGE 42, 64 (74).

²⁸ BVerfGE 34, 269 (279 i n.); taka interpretacja, która pozostaje w sprzeczności z literalnym brzmieniem danego przepisu, nosi nazwę „teleologicznej redukcji”; H. Brandenburg, *Die teleologische Reduktion*, Göttingen 1983, *passim*.

²⁹ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., s. 481.

z prawami podstawowymi. Jeżeli sędzia stwierdzi istnienie takich powiązań, to wówczas interpretując oraz stosując wspomniane przepisy, ma on obowiązek zaakceptowania pewnych ich modyfikacji, które wynikają z faktu powiązania ich z konkretnymi prawami podstawowymi³⁰.

Jest przy tym rzeczą oczywistą, że gdy istnieje spór pomiędzy podmiotami prywatnymi (rządzony i rozstrzygany na podstawie przepisów prawa prywatnego), prawa podstawowe (tzn. wartości i zasady ucieleśnione w tych prawach) bardzo często przemawiają na korzyść pozycji nie tylko jednej strony sporu. Zazwyczaj bowiem każda ze stron takiego sporu znajduje się w pozycji podmiotu uprawnionego z jakiegoś prawa podstawowego i każda z nich jest uprawniona do uczynienia użytku z takiego prawa. Sprawia to, że zadanie sędziego staje się znacznie trudniejsze, jako że musi on wówczas wyważyć – w danej konkretnej sytuacji – prawa podstawowe każdego z zaangażowanych w spór podmiotów prywatnych i musi w związku z tym zbadać wpływ, jaki te prawa wywierają na pozycję każdej ze stron sporu.

Należy zauważyć, że w ramach omawianej koncepcji pośredniego horyzontalnego skutku praw podstawowych to nie podmioty prywatne pozostają związane prawami podstawowymi i to nie one są zobligowane do respektowania wartości i zasad ucieleśnionych w tychże prawach w ramach prawnych relacji łączących wspomniane podmioty z innymi podmiotami prywatnymi. To bowiem państwo, a ujmując rzecz jeszcze dokładniej, sędzia (działający jako emanacja państwa) ma obowiązek interpretacji oraz stosowania prawa prywatnego w taki sposób, aby urzeczywistniać prawa podstawowe we wzajemnych relacjach pomiędzy podmiotami prywatnymi.

Zastanawiając się przy tym nad stosunkiem, w jakim pozostają względem siebie koncepcje obowiązku ochrony oraz pośredniego horyzontalnego skutku, należałoby stwierdzić, że ta ostatnia koncepcja stanowi w istocie część pierwszej. Inaczej mówiąc, koncepcja pośredniego horyzontalnego skutku jest pewną formą konkretyzacji (szczególnym przypadkiem zastosowania) koncepcji obowiązku ochrony³¹.

³⁰ BVerfGE 7, 198 (206).

³¹ Aczkolwiek należy w tym miejscu odnotować również próby innego, niż to uczyniono wyżej, wyjaśnienia wzajemnych relacji pomiędzy koncepcją obowiązku ochrony oraz pośredniego horyzontalnego skutku praw podstawowych. I tak, zdaniem R. Alexy'ego, koncepcja pośredniego horyzontalnego skutku nie jest bynajmniej częścią (czy też konkretyzacją) obowiązku ochrony. Ta pierwsza koncepcja jest bowiem zbudowana z trzech podstawowych elementów, które są w pełni równorzędne i które mają względem siebie charakter komplementarny. Pierwszym elementem jest prawo do obrony (prawo o charakterze negatywnym), jeżeli państwo (sędzia) nie bierze pod uwagę, w ramach prawnych relacji pomiędzy podmiotami prywatnymi, przysługujących tym podmiotom praw podstawowych, to wówczas narusza (wkracza w) prawo do obrony podmiotów prywatnych. Drugim elementem omawianej koncepcji jest prawo do ochrony, razem z będącym jego korelatem (i spoczywającym na państwie) obowiązkiem ochrony. Trzecim wreszcie elementem jest bezpośrednie związanie podmiotów prywatnych prawami podstawowymi. To bezpośrednie związanie jest oparte na założeniu, że konieczną i nieuchronną konsekwencją pośredniego horyzontalnego skutku jest zawsze bezpośredni horyzontalny skutek; R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., s. 484 i n.

Podsumowując tę część rozważań, można by powiedzieć, że nie istnieje bynajmniej potrzeba przyjmowania, iż prawa podstawowe gwarantowane w konstytucjach poszczególnych państw członkowskich bezpośrednio wiążą podmioty prywatne w ich relacjach z innymi podmiotami prywatnymi. Powodem zaś tego jest fakt, że wartości i zasady ucieleśnione w tych prawach równie dobrze mogą być we wspomnianych relacjach urzeczywistniane poprzez mediację (pośrednictwo) państwa, tj. poprzez odwołanie się do koncepcji obowiązku ochrony oraz pośredniego horyzontalnego skutku tychże praw.

Jeżeli chodzi natomiast o prawa podstawowe gwarantowane w międzynarodowych traktatach dotyczących praw człowieka (zawartych przez państwa członkowskie), to w tym kontekście na szczególną uwagę zasługuje z pewnością Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPCz)³², jako że prawa podstawowe gwarantowane w tej Konwencji muszą być przestrzegane przez Unię Europejską jako ogólne zasady prawa wspólnotowego (art. 6 ust. 2 TUE). Ponadto trzeba pamiętać, że po wejściu w życie Traktatu Lizbońskiego Unia będzie zobowiązana do przystąpienia do EKPCz (nowy art. 6 ust. 2 TUE).

Prawa podstawowe gwarantowane przez EKPCz nie wiążą bezpośrednio podmiotów prywatnych³³. Konkluzja ta wynika *implicite* z art. 1 EKPCz i znajduje potwierdzenie w treści art. 33 i 34 EKPCz, skoro te ostatnie przepisy przewidują jedynie skargi przeciwko państwom-stronom EKPCz, a nie przeciwko poszczególnym jednostkom. Co więcej, Europejski Trybunał Praw Człowieka wyprowadził z gwarantowanych przez EKPCz praw obowiązek ochrony, a więc obowiązek obligujący państwa konwencyjne do przedsięwzięcia takich działań, które są ukierunkowane na ochronę podmiotów uprawnionych przeciwko bezprawnym wkroczeniom w gwarantowane przez EKPCz prawa, powodowanym przez inne podmioty prywatne³⁴. Według Trybunału poszczególne państwa mają obowiązek wydawać akty legislacyjne zakazujące podmiotom prywatnym działalności, która pozostaje w sprzeczności z gwarantowanymi przez EKPCz prawami podstawowymi³⁵. Wspomniane państwa są zobligowane nie tylko do powstrzymania się od wszelkich wkroczeń w życie człowieka (co gwarantuje art. 2 EKPCz), ale spoczywa na nich równocześnie obowiązek wydawania stosownych regulacji prawnokamych, które by mogły odstraszać podmioty prywatne od godzenia w życie innych osób. Państwa muszą też przeprowadzać drobiazgowo postępowania karne (śledztwa) w przypadku morderstwa oraz powinny karać osoby winne, tak

³² Podpisana w Rzymie w 1950 r.

³³ P. Szczekalla, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, Berlin 2002, s. 900 i n.; D. Ehlers, *Die Europäische Menschenrechtskonvention*, Allgemeine Lehren, w: idem (red.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, op. cit., s. 43; H.D. Jarass, *EU-Grundrechte*, München 2005, s. 41.

³⁴ D. Ehlers, *Die Europäische Menschenrechtskonvention*, Allgemeine Lehren, op. cit., s. 34 i 43; P. Szczekalla, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten...*, op. cit., s. 712 i n.; W. Streuer, *Die positiven Verpflichtungen des Staates*, Baden-Baden 2003, s. 191 i n.

³⁵ Europejski Trybunał Praw Człowieka, Serie A, Yol. 44, par. 49 – Young.

aby zapobiegać przyszłym naruszeniom regulacji prawnokamych³⁶. Podobnie jest z zawartym w art. 3 EKPCz zakazem tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania: państwo konwencyjne nie tylko samo musi powstrzymać się od podejmowania tych zabronionych działań, ale musi też w sposób aktywny gwarantować, że wszystkie podmioty prywatne znajdujące się w obrębie jego jurysdykcji nie będą torturowane oraz niehumanitarnie lub poniżająco traktowane przez inne podmioty prywatne³⁷. Jak z powyższego wynika, w miejsce bezpośredniego związania podmiotów prywatnych prawami podstawowymi Europejski Trybunał Praw Człowieka rozwinął koncepcję obowiązku ochrony, który gwarantuje efektywną ochronę uprawnionym podmiotom prywatnym przeciwko innym podmiotom, poprzez państwową mediację (pośrednictwo).

Jeżeli chodzi o prawa podstawowe gwarantowane przez unijny porządek prawny, to należy stwierdzić, że brak jest stosownego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości potwierdzającego tezę, iż podmioty prywatne pozostają związane (jako adresaci) prawami podstawowymi³⁸. Co prawda w orzeczeniu w sprawie *Defrenne v. Sabena* ETS uznał, że zawarty w art. 141 TWE (*ex art.* 119 Traktatu) zakaz dyskryminacji pomiędzy kobietami i mężczyznami w zakresie wynagrodzenia za pracę stosuje się nie tylko w odniesieniu do działań władz publicznych, ale rozciąga się również na umowy zawierane pomiędzy poszczególnymi podmiotami prywatnymi³⁹. Ponadto ważny wymiar dotyczący kwestii bezpośredniego horyzontalnego skutku wspólnotowych (unijnych) praw podstawowych został dodany przez Kartę Praw Podstawowych Unii Europejskiej, a jako że jest to tekst pisany, można się więc po nim spodziewać, że zawarte są tam pewne wskazówki co do jego potencjalnej horyzontalnej skuteczności⁴⁰. W tym kontekście niektórzy autorzy wskazują na liczne prawa podstawowe przysługujące pracownikom (zawarte w rozdziale 4 Karty) oraz na inne podobne socjalne prawa podstawowe, które – według nich – są zdadne do tego, by powoływać je w sporach pomiędzy poszczególnymi podmiotami prywatnymi⁴¹. Twierdzi się też, że bez bezpośredniej horyzontalnej skuteczności wspomnianych socjalnych praw podstawowych zostałyby one pozbawione jakiegokolwiek praktycznego znaczenia⁴². Według Hilsona, chęć zagwarantowania *effet utile* może doprowadzić ETS do uznania

³⁶ Europejski Trybunał Praw Człowieka, RJD 1998-YIII, 3159, par. 115 – Osman.

³⁷ Europejski Trybunał Praw Człowieka, RJD 2001-V, par. 73 – *Z i inni v. Zjednoczone Królestwo*.

³⁸ D. Ehlers, *Die Grundrechte der Europäischen Union*, Allgemeine Lehren, w: idem (red.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, op. cit., s. 400; H.D. Jarass, *EU-Grundrechte*, op. cit., s. 41–42.

³⁹ Orzeczenie ETS w sprawie 43/75 *Gabrielle Defrenne v. Societe anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Zb. Orz. 1976, s. 455, pkt 39.

⁴⁰ C. Hilson, *Whats in a right? The relationship between Community, fundamental and citizenship rights in EU law*, „European Law Review” 2004, vol. 29, s. 645.

⁴¹ D. Curtin, R. van Ooik, *The Sting is Always in the Tail. The Personal Scope of Application of the EU Charter of Fundamental Rights*, „Maastricht Journal of European and Comparative Law” 2001, vol. 8, s. 112.

⁴² M. Gijzen, *The Charter: A Milestone for Social Protection in Europe?*, „Maastricht Journal of European and Comparative Law” 2001, vol. 8, s. 45–46.

bezpośredniego horyzontalnego skutku przynajmniej tych (unijnych) praw podstawowych, które mają charakter socjalny. Powołany autor przypomina w tym kontekście orzeczenie w sprawie *Defrenne v. Sabena* oraz okoliczność, że prawo do równego wynagrodzenia – zawarte w art. 141 TWE, które w powołanym orzeczeniu zostało uznane przez ETS za bezpośrednio horyzontalnie skuteczne – jest także zapisane w Karcie, a konkretnie w jej art. 23. Zdaniem powołanego autora, byłby to duży krok wstecz, gdyby art. 23 Karty nie został uznany za bezpośrednio horyzontalnie skuteczny⁴³.

Niemniej jednak wszystkie te głosy opowiadające się za bezpośrednią horyzontalną skutecznością unijnych praw podstawowych nie wydają się przekonujące. Rzecz jasna nikt nie powinien kwestionować tego, że pewne istotne wartości oraz zasady ucieleśnione w unijnych prawach podstawowych (szczególnie w tych o charakterze socjalnym, jak to ma miejsce w przypadku prawa do równego wynagrodzenia dla kobiet i mężczyzn) powinny być także urzeczywistniane w horyzontalnych relacjach pomiędzy podmiotami prywatnymi (a więc nie tylko w ramach tradycyjnych relacji pomiędzy z jednej strony Unią i państwami członkowskimi a z drugiej obywatelami unijnymi). Aby wszakże osiągnąć taki efekt, nie ma bynajmniej potrzeby odwoływania się do koncepcji bezpośredniego horyzontalnego skutku. W pełni porównywalny rezultat można bowiem uzyskać, wyprowadzając z unijnych praw podstawowych obowiązek ochrony, który będzie spoczywał na Unii oraz na jej państwach członkowskich⁴⁴. A zatem, biorąc za przykład prawo do równego wynagrodzenia za pracę dla kobiet i mężczyzn, które było rozważane w orzeczeniu *Defrenne v. Sabena*, należałoby stwierdzić, że to nie podmiot prywatny (pracodawca) jest tym podmiotem, który powinien być bezpośrednio związany obowiązkiem zagwarantowania równej płacy (na podstawie art. 141 TWE oraz art. 23 Karty) i przeciwko któremu to podmiotowi inny podmiot prywatny (pracownik) powinien dochodzić tego prawa. To raczej sama Unia oraz jej państwa członkowskie są obciążone obowiązkiem zagwarantowania równej płacy. W rezultacie Unia oraz państwa członkowskie mają obowiązek wydawania stosownych aktów legislacyjnych, nakładających na wszystkich pracodawców obowiązek niedyskryminowania ani mężczyzn, ani też kobiet w zakresie wynagrodzenia za pracę. Wbrew obawom żywionym przez wielu autorów, ten brak bezpośredniej horyzontalnej skuteczności omawianych tutaj praw podstawowych (włączając w to prawa socjalne) nie pozbawi bynajmniej tychże praw ich praktycznego znaczenia. Należy bowiem pamiętać, że wyprowadzany z (unijnych) praw podstawowych obowiązek ochrony posiada swój symetryczny korelat w postaci konkretnego prawa (roszczenia) przysługującego podmiotom uprawnionym z poszczególnych praw. Te poszczególne uprawnione jednostki

⁴³ C. Hilson, *Whats in a right?*, op. cit., s. 645–646; co więcej, sugeruje się także, że istnieje w Karcie pewien literalny punkt zaczepienia dla uznania jej bezpośredniej horyzontalnej skuteczności. Mianowicie, w preambule do Karty stanowi się, że „[k]orzystanie z tych praw zawiera odpowiedzialności i obowiązki wobec innych osób, wobec społeczności ludzkiej oraz wobec przyszłych pokoleń”; C. Hilson, *Whats in a right?*, op. cit., s. 646.

⁴⁴ H.D. Jarass, *EU-Grundrechte*, op. cit., s. 42.

mają prawną możliwość domagania się od Unii oraz od jej państw członkowskich efektywnej ochrony swoich praw przeciwko innym podmiotom prywatnym, które naruszają ich prawa (ta prawna możliwość może być określana mianem prawa do gwarancji ochrony)⁴⁵. Nie zapewniając takiej efektywnej ochrony przeciwko innym podmiotom prywatnym (tj. nie zapobiegając i nie zwalczając naruszeń praw podstawowych powodowanych przez podmioty prywatne), Unia oraz państwa członkowskie naruszają w istocie prawa podstawowe, które zobowiązane są przecież respektować. W każdym bądź razie to właśnie Unia oraz państwa członkowskie są wymienione w art. 51 Karty jako jej adresaci, a więc podmioty zobowiązane do przestrzegania jej postanowień (i zapisanych tam praw podstawowych). Jest rzeczą symptomatyczną, że we wspomnianym artykule Karty nie ma nawet najmniejszej wzmianki o podmiotach prywatnych. Rzecz jasna omawiany tutaj obowiązek ochrony praw podstawowych pozostaje aktualny jedynie w ramach kompetencji Unii i wyłącznie w tych przypadkach, gdy państwa członkowskie implementują prawo unijne⁴⁶ (zob. art. 51 ust. 1 Karty).

III. TELEOLOGICZNE ORAZ STRUKTURALNE RELACJE POMIĘDZY PRAWAMI PODSTAWOWYMI A SWOBODAMI PODSTAWOWYMI

W niniejszym opracowaniu przyjęta została teza, że analogiczna koncepcja obowiązku ochrony oraz pośredniego horyzontalnego skutku – podobna do tej przyjmowanej w odniesieniu do praw podstawowych – powinna być również wypracowana w przypadku podstawowych swobód rynku wewnętrznego. Przed szerszym przedstawieniem takiej koncepcji (zob. pkt IV opracowania) należałoby wszakże uczciwie przyznać, że pomiędzy wspomnianymi wyżej dwoma rodzajami praw podmiotowych (prawa podstawowe z jednej strony oraz podstawowe swobody z drugiej) występują istotne różnice, widoczne chociażby na płaszczyźnie teleologicznej. Mianowicie, głównym celem praw podstawowych (bez względu zresztą na to, czy będziemy rozpatrywali prawa podstawowe gwarantowane w konstytucjach poszczególnych państw członkowskich, w międzynarodowych traktatach praw człowieka czy też w unijnym porządku prawnym) jest gwarantowanie podmiotom uprawnionym pewnej indywidualnej sfery wolności (indywidualnej sfery możliwości postępowania), umożliwiającej tym podmiotom „indywidualne” (autonomiczne) samokształtowanie. Ta sfera indywidualnej wolności nie jest przy tym tworzona ani przez poszczególne państwa, ani też przez żadną ponadnarodową władzę, gdyż prawdziwym źródłem tej sfery jest naturalna, niepodzielna i niezbywalna godność człowieka. W rezultacie władze publiczne (każdego rodzaju) mogą jedynie gwarantować i zabezpieczać tę sferę (mogą też ją, w razie konieczności, ograniczać).

Wspomniana sfera indywidualnego i autonomicznego samokształtowania (w języku jurydycznym określana mianem prawa podstawowego) jest gwarantowa-

⁴⁵ J. Kuhling, *Grundrechte*, w: A. von Bogdandy (red.), *Europaisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlin-Heidelberg 2003, s. 602.

⁴⁶ Ibidem, s. 604.

na i zabezpieczana przez władze publiczne ze względu na godność człowieka lub – innymi słowy – ze względu na fakt, że każdy człowiek (każda istota ludzka) jest wartością jako taką (wartością samą w sobie). W rezultacie można powiedzieć, że zabezpieczanie przez państwo omawianej tutaj sfery jest motywowane względami czysto idealistycznymi, a mianowicie poszanowaniem przez państwo ludzkiej godności. Państwo respektuje godność człowieka i zabezpieczając prawa podstawowe, chce wysunąć poszczególne jednostki na pierwszy plan. W tym kontekście można powiedzieć, że prawa podstawowe są ze swojej natury zorientowane „indywidualistycznie”: w centrum każdego prawa podstawowego (jakiegokolwiek rodzaju) stoi zawsze konkretna i indywidualna ludzka istota, łącznie z jej szczególnymi potrzebami i pragnieniami. Wszelkie roszczenia (oraz działania i zaniechania) zawarte w ramach jurydycznej struktury każdego prawa podstawowego są przepełnione jedną główną ideą, którą jest indywidualne samokształtowanie oraz indywidualny rozwój poszczególnych (uprawnionych) osób. To indywidualistyczne podejście przy kształtowaniu jurydycznej struktury praw podstawowych jest w pełni usprawiedliwione: zabezpieczanie przez państwo indywidualnej sfery ludzkiej wolności jest bowiem trafnie uznawane za źródło legitymacji państwa. Jest to jeden z głównych powodów usprawiedliwiających istnienie państwa.

Podczas gdy indywidualne samokształtowanie jest słusznie uznawane za ostateczny cel praw podstawowych, tego samego nie da się powiedzieć o podstawowych swobodach rynku wewnętrznego. Podstawowe swobody nie są w takim stopniu „indywidualistycznie” zorientowane: zabezpieczanie indywidualnej wolności poszczególnych osób (inaczej mówiąc: zabezpieczanie indywidualnej sfery umożliwiającej uprawnionym osobom autonomiczne samokształtowanie) nie jest bynajmniej głównym celem wspomnianych swobód. W tym kontekście należałoby przypomnieć, że – zawarte w traktacie – reguły dotyczące swobodnego transgranicznego przepływu towarów, osób, usług i kapitału tworzą nie tyle prawa, ile raczej głównie i przede wszystkim – przynajmniej biorąc pod uwagę ich literalne brzmienie oraz genezę – obowiązki, spoczywające na państwach członkowskich w stosunku do Wspólnoty (Unii). Jest oczywiście prawdą, że z obowiązków tych Trybunał Sprawiedliwości wywodził także konkretne prawa, które przysługują poszczególnym jednostkom i które mogą być wykorzystywane przez te jednostki przeciwko państwom członkowskim (oraz przeciwko samej Wspólnocie)⁴⁷. Niemniej jednak należy podkreślić, że te (podmiotowe) prawa jednostek (przeciwko państwom członkowskim i Wspólnocie), wyprowadzone z reguł o swobodnym przepływie, są jedynie refleksem wspomnianych wcześniej, a spoczywających na państwach członkowskich, obowiązków i są usytuowane wyraźnie na drugim planie. Reguły o swobodnym przepływie są głównie i przede wszystkim obowiązkami (obowiązkami państw członkowskich względem Wspólnoty)⁴⁸.

⁴⁷ Zob. orzeczenie ETS w sprawie 26/62 NV *Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration*, Zb. Orz. 1963, s. 1.

⁴⁸ H.D. Jarass, *EU-Grundrechte*, op. cit., s. 16.

Jeżeli chodzi o wyprowadzane z reguł o swobodnym przepływie i przysługujące poszczególnym jednostkom prawa, to należy przypomnieć, że prawa te mogą być dochodzone przez podmioty uprawnione przeciwko państwom członkowskim, co jest rezultatem wypracowanej przez ETS koncepcji bezpośredniego skutku. Wyprowadzając konkretne prawa z reguł o swobodnym przepływie (które to reguły pierwotnie zawierały jedynie obowiązki spoczywające na państwach członkowskich) i pozwalając uprawnionym podmiotom na powoływanie i dochodzenie tych praw przeciwko państwom członkowskim (jako rezultat koncepcji bezpośredniego skutku), Trybunał Sprawiedliwości chciał zmobilizować poszczególne jednostki do przejścia przez nie funkcji „strażnika” traktatowych reguł o swobodnym przepływie, która to funkcja była dotąd wykonywana jedynie przez Komisję. Innymi słowy, ETS chciał osiągnąć sytuację, w której poszczególne jednostki mogłyby kontrolować przestrzeganie i wypełnianie traktatowych reguł o swobodnym przepływie. Wypracowując koncepcję bezpośredniego skutku omawianych reguł oraz pozwalając uprawnionym podmiotom na dochodzenie (przeciwko państwom członkowskim) podmiotowych praw wywodzonych ze wspomnianych reguł, ETS chciał nie tyle wzmocnić indywidualne i wolnościowe prawa jednostek (ich indywidualną sferę wolności) – choć nie jest wykluczone, że również i to było pośrednim czy też częściowym celem Trybunału – ile raczej chciał poprawić stan przestrzegania traktatowych reguł o swobodnym przepływie oraz wzmocnić ich efektywność (osiągnąć *effet utile*). Można powiedzieć, że bezpośredni skutek podstawowych swobód (możliwość dochodzenia praw wywodzonych z nich) miał – przynajmniej w zamierzeniu Trybunału Sprawiedliwości – przyczynić się do dalszej integracji Wspólnoty, gdyż większa efektywność traktatowych reguł o swobodnym przepływie (osiągana dzięki koncepcji bezpośredniego skutku) jest bez żadnej wątpliwości użytecznym środkiem dalszego wzmacniania dzieła europejskiej integracji⁴⁹.

W rezultacie prawa wyprowadzane z podstawowych swobód są jedynie (*nota bene* bardzo skutecznym) środkiem realizacji idei rynku wewnętrznego i w tym kontekście odgrywają rolę instrumentalną. W przypadku podstawowych swobód ich funkcja przyczyniania się do ekonomicznej integracji w Europie stoi wyraźnie na pierwszym planie. Skoro ta integracyjna funkcja podstawowych swobód wybija się na plan pierwszy, wydaje się, że swobody te są mniej związane z poszczególnymi (uprawnionymi) podmiotami: osoby te pozostają wyraźnie na dalszym planie. Prawa wyprowadzane z podstawowych swobód mają charakter funkcjonalny: są one immanentnie powiązane z konkretnym celem, który polega na dalszej integracji w ramach rynku wewnętrznego. To właśnie ten integracyjny cel spowodował przyznanie poszczególnym jednostkom konkretnych praw, wyprowadzonych z podstawowych swobód⁵⁰.

⁴⁹ K. Preedy, *Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten*, op. cit., s. 132; T. Kingreen, R. Stórmer, *Die subjektiv-öffentlichen Rechte des primären Gemeinschaftsrechts*, „Europarecht” 1998, nr 3, s. 264.

⁵⁰ K. Preedy, *Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten*, op. cit., s. 150–151.

Biorąc pod uwagę okoliczność, że podstawowe swobody (razem z wyprowadzonymi z nich prawami) są bezpośrednio ukierunkowane na realizację idei rynku wewnętrznego (odgrywają funkcję sterowania w kierunku rynku wewnętrznego), indywidualistyczne i obronne komponenty tychże swobód (o ile w ogóle takie istnieją) są relatywizowane i odsuwane na dalszy plan. W przypadku podstawowych swobód nie można zatem przyjąć, że gwarantują one taką obronę, jak to się dzieje w przypadku praw podstawowych⁵¹.

Podczas gdy prawa podstawowe – broniąc indywidualnej wolności poszczególnych jednostek oraz czyniąc tę wolność wartością jako taką (wartością samą w sobie) – mogą być określone mianem gwarancji „indywidualnych”, podstawowe swobody rynku wewnętrznego – będąc instrumentem przyczyniania się do utworzenia oraz utrzymania rynku wewnętrznego oraz odgrywając instrumentalną rolę w procesie integracji – powinny być określane jako gwarancje „instytucjonalne”, które służą efektywnej realizacji instytucjonalnej koncepcji rynku wewnętrznego⁵². Skoro podstawowe swobody są – ze swojej istoty – tak wewnętrznie ukształtowane, by efektywnie realizować obiektywno-instytucjonalny porządek rynku wewnętrznego, można powiedzieć, że w ich przypadku mamy do czynienia z materialno-logicznym pierwszeństwem „instytucjonalnych” gwarancji nad „indywidualnymi” gwarancjami, tak przecież istotnymi w wypadku praw podstawowych⁵³.

Podczas gdy podmiotowo i indywidualistycznie zorientowane prawa podstawowe mogą być określone mianem „praw obywatelskich” (*Bürgerrechte*), zorientowane instytucjonalnie i w kierunku integracji podstawowe swobody należałoby raczej określać jako prawa rynkowe (*Marktrechte*)⁵⁴.

Biorąc pod uwagę przedstawione wyżej, a występujące na płaszczyźnie teleologicznej, różnice między prawami podstawowymi a podstawowymi swobodami, pojawia się pytanie, czy koncepcje obowiązku ochrony oraz pośredniej horyzontalnej skuteczności, immanentnie związane przecież z prawami podstawowymi, mogą być przeniesione i zastosowane w odniesieniu do podstawowych swobód, realizujących cele całkiem odmienne. W przekonaniu autora niniejszego opracowania zabieg taki jest w pełni uzasadniony, przemawia zaś za tym – mimo różnic w zakresie celów – bardzo podobna jurydyczna struktura praw podstawowych oraz podstawowych swobód. Mianowicie, oba rodzaje praw ucieleśniają w sobie określone wartości i przyznają uprawnionym z nich jednostkom konkretne materialne roszczenia, które mogą być następnie powoływane i dochodzone przeciwko państwu członkowskiemu w celu urzeczywistnienia wspomnianych

⁵¹ J. Gebauer, *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte*, op. cit., s. 346.

⁵² D. Schindler, *Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten. Entwurf eines Kollisionsmodells unter Zusammenführung der Schutzpflichten- und der Drittwirkungslehre*, Berlin 2001, s. 148–150, 177–178.

⁵³ W. Kluth, *Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, op. cit., s. 574.

⁵⁴ K. Preedy, *Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten*, op. cit., s. 151.

wartości⁵⁵. Ta możliwość urzeczywistniania określonych (nawet jeżeli w obu wypadkach różnych) wartości poprzez wykorzystywanie konkretnych roszczeń przeciwko władzom publicznym tworzy wspólną płaszczyznę dla obu rodzajów praw. Przyjmując, że w obu wypadkach chodzi tak naprawdę o dochodzenie przez uprawnione osoby określonych wartości inkorporowanych w tych instytucjach, koncepcje obowiązku ochrony oraz pośredniego horyzontalnego skutku, wypracowane w celu lepszej materializacji wartości zawartych w prawach podstawowych, mogą być również przyjęte w odniesieniu do podstawowych swobód. W ramach prawnej struktury podstawowych swobód obie wspomniane koncepcje będą się również przyczyniały – jak to się dzieje w przypadku praw podstawowych – do pełniejszej realizacji wartości immanentnie związanych z podstawowymi swobodami i będą czyniły tę realizację bardziej efektywną (wartości te będą urzeczywistniane nie tylko w relacjach wertykalnych, ale także w relacjach horyzontalnych, choć nie bezpośrednio, lecz poprzez państwową mediację). Różny od podstawowych praw cel podstawowych swobód nie stanowi w tym względzie istotniejszej przeszkody.

IV. RECEPCJA OBOWIĄZKU OCHRONY ORAZ POŚREDNIEGO HORYZONTALNEGO SKUTKU NA GRUNCIE PODSTAWOWYCH SWOBÓD RYNKU WEWNĘTRZNEGO

Dzięki Trybunałowi Sprawiedliwości koncepcja obowiązku ochrony jest już na gruncie podstawowych swobód w miarę utrwalona. Według ETS (orzeczenia *Komisja v. Francja* oraz *Schmidberger*) art. 28 TWE, zakazujący wszelkich ograniczeń ilościowych oraz środków o skutku równoważnym, nie zakazuje jedynie środków pochodzących od państwa, które, same w sobie, tworzą ograniczenia w handlu pomiędzy państwami członkowskimi. Przepis ten stosuje się również wtedy, gdy państwo członkowskie powstrzymuje się od przyjęcia środków wymaganych w celu zajęcia się przeszkodami w swobodnym przepływie towarów niespowodowanymi przez państwo. Fakt, że państwo członkowskie powstrzymuje się od podjęcia działań lub nie podejmuje adekwatnych środków w celu zapobiegania przeszkodom w swobodnym przepływie towarów, które są kreowane w szczególności przez działania podmiotów prywatnych na jego terytorium i są ukierunkowane na towary pochodzące z innych państw członkowskich, jest w stanie przeszkodzić w handlu wewnątrzwspólnotowym na równi z pozytywnym działaniem ze strony państwa członkowskiego. Dlatego też art. 28 TWE wymaga od państw członkowskich nie tylko powstrzymywania się przez nie same

⁵⁵ Niekiedy oba te rodzaje praw są określane mianem „praw podmiotowych”; zob. T. Kingreen, R. Störmer, *Die subjektiv-öffentlichen Rechte des primären Gemeinschaftsrechts*, op. cit., s. 263 i n.; J. Gebauer, *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte*, op. cit., s. 32 i n.; niemniej jednak dla celów niniejszego opracowania odwoływanie się do koncepcji „praw podmiotowych” nie wydaje się konieczne, zwłaszcza że w porządkach prawnych państw członkowskich nie występuje jednolita koncepcja praw podmiotowych. Przeciwnie – można tam raczej mówić o istnieniu w tym zakresie niezwykle zróżnicowanych teorii: M. Nettesheim, *Subjektive Rechte im Unionsrecht*, „Archiv des öffentlichen Rechts” 2007, nr 3, s. 340–341.

od podejmowania środków lub od angażowania się w postępowanie stanowiące przeszkodę w handlu, ale również, odczytywany łącznie z art. 10 traktatu, zobowiązuje te państwa do podejmowania wszelkich koniecznych i odpowiednich środków zapewniających, że ta podstawowa swoboda jest na jego terytorium przestrzegana⁵⁶.

W powołanych wyżej orzeczeniach ETS uznał, że państwa członkowskie są w pełni odpowiedzialne za zwalczanie, szkodliwego dla swobodnego przepływu towarów, postępowania osób, które działają w pełni autonomicznie i które nie mogą być traktowane jako emanacja danego państwa członkowskiego. Państwo członkowskie jest zobowiązane chronić swobodny przepływ przed działaniami takich osób. W przypadku powstrzymywania się przez państwo członkowskie od zwalczania wspomnianych aktów pochodzących od podmiotów prywatnych, państwo to jest – ze wspólnotowego punktu widzenia – odpowiedzialne za mające wówczas miejsce naruszenia traktatowych reguł o swobodnym przepływie, przy czym narusza ono wówczas, przez zaniechanie, spoczywający na nim obowiązek działania. Jeżeli nawet szkodliwe dla swobodnego przepływu towarów działania podmiotów prywatnych nie mogą być przypisane samemu państwu członkowskiemu, na tymże państwie członkowskim spoczywa jego własny i autonomiczny obowiązek zwalczania takich szkodliwych działań. Realizacji tego obowiązku nie można zaniedbać⁵⁷.

Nie ulega wątpliwości, że omawiany tutaj obowiązek ochrony w pełni dotyczy nie tylko swobody przepływu towarów (tak jak to zidentyfikował ETS), ale także pozostałych podstawowych swobód. Co więcej, trudno byłoby podzielić pogląd, że wspomniany obowiązek ochrony powinien być zawsze wyprowadzany z odnośnego przepisu traktatu dotyczącego danej swobody, czytanego łącznie z art. 10 traktatu (tak jak to uczynił ETS)⁵⁸. Należałoby raczej przyjąć, że obowiązek ochrony wynika bezpośrednio z odnośnego przepisu TWE o podstawowych swobodach i dodatkowe powoływanie się w tym kontekście na art. 10 TWE nie jest konieczne. Za tym ostatnim poglądem przemawia fakt, że poszczególne podstawowe swobody ucieleśniają w sobie określone wartości (najistotniejsza wartość ma w tym kontekście charakter instrumentalny i jest ona związana z realizacją idei rynku wewnętrznego; kolejna, będąca wszakże zdecydowanie na dalszym planie, polega na tworzeniu podmiotom uprawnionym pewnej sfery

⁵⁶ Orzeczenia ETS w sprawach: C-265/95 *Komisja v. Francja*, Zb. Orz. 1997, s. I-6959, pkt 30–32; C-112/00 *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Austria*, Zb. Orz. 2003, s. I-5659, pkt 57–59.

⁵⁷ K. Preedy, *Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten*, op. cit., s. 32–33; D. Schindler, *Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten*, op. cit., s. 41.

⁵⁸ Art. 10 TWE stanowi, że „Państwa Członkowskie podejmują wszelkie właściwe środki ogólne lub szczególne w celu zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z niniejszego Traktatu lub z działań instytucji Wspólnoty. Ułatwiają one Wspólnocie wypełnianie jej zadań oraz powstrzymują się one od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrozić urzeczywistnieniu celów niniejszego Traktatu”; na temat tego przepisu zob. szerzej J. Tempie Lang, *The duties of cooperation of national authorities and Courts under Article 10 E.C.: two more reflections*, „European Law Review” 2001, vol. 26, s. 84 i n.; idem, *Community constitutional law: Article 5 EEC Treaty*, „Common Market Law Review” 1990, vol. 27, s. 645 i n.

wolności). Wartości tych nie dałoby się w pełni i efektywnie urzeczywistniać, gdyby państwa członkowskie powstrzymywały się od zwalczania działań podmiotów prywatnych szkodliwych dla podstawowych swobód. Podstawowe swobody, razem z inkorporowanymi w nich wartościami, mogą być w pełni realizowane jedynie wtedy, gdy nie grożą im szkodliwe działania podejmowane przez podmioty prywatne. Dlatego też państwowy obowiązek ochrony jest nieodzowną przesłanką normalnego wykonywania podstawowych swobód. Dla podmiotów uprawnionych z podstawowych swobód nie stanowi przecież większej różnicy to, czy przeszkody w swobodnym przepływie są rezultatem aktywności państwa (gdy państwo samo tworzy określone przeszkody), czy też wynikają one z zaniechań państwa polegających na niezwalczaniu (i dopuszczaniu do) szkodliwych działań ze strony podmiotów prywatnych (*nota bene*, te ostatnie działania mogą być niekiedy równie uciążliwe dla poszczególnych jednostek jak działania państwa). W rezultacie obowiązek ochrony może być wywodzony wprost z odpowiednich przepisów traktatu dotyczących podstawowych swobód i może być stawiany na tej samej płaszczyźnie co inne obowiązki wynikające z tych przepisów⁵⁹.

Jest rzeczą interesującą, że w obydwu wspomnianych wyżej orzeczeniach, chociaż Trybunał przyjął koncepcję obowiązku ochrony, nie wspomniał nic na temat „prawa do ochrony”, które – jak można by się spodziewać – jest korelatem obowiązku ochrony i przysługuje poszczególnym jednostkom. W omawianym kontekście ETS odwołał się jedynie do idei rynku wewnętrznego, stwierdzając, że art. 28 traktatu (który to przepis „stosuje się wtedy, gdy państwo członkowskie powstrzymuje się od przyjęcia środków wymaganych w celu zajęcia się przeszkodami w swobodnym przepływie towarów niespowodowanymi przez państwo”) jest – używając jego słów – „niezbędnym instrumentem dla realizacji rynku bez wewnętrznych granic”⁶⁰. Stwierdzenie to sugeruje, że w rozumieniu Trybunału zwalczanie działalności podmiotów prywatnych szkodliwej dla swobodnego przepływu towarów jest jedynie „obowiązkiem” państwa członkowskiego wobec Wspólnoty, który to obowiązek polega na tworzeniu rynku wewnętrznego⁶¹. Powyższe byłoby zresztą zgodne ze spostrzeżeniem poczynionym w pkt III niniejszego opracowania, a mianowicie, że traktatowe reguły o swobodnym przepływie są głównie i przede wszystkim obowiązkami, a konkretnie – obowiązkami państw członkowskich wobec Wspólnoty.

Z drugiej jednak strony trzeba pamiętać, że będąc przede wszystkim obowiązkami, reguły o swobodnym przepływie przyznają też poszczególnym jednostkom konkretne prawa (roszczenia), które mogą być dochodzone przeciwko państwom członkowskim. Już w swoim słynnym orzeczeniu *van Gend & Loos* Trybunał

⁵⁹ W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, Band 1, op. cit., s. 79–81; na temat rozmaitych dogmatycznych zagadnień związanych z wywodzeniem obowiązku ochrony wprost z przepisów TWE o podstawowych swobodach, zob. też C. Stachel, *Schutzpflichten der Mitgliedstaaten für die Grundfreiheiten...*, op. cit., s. 77 i n.

⁶⁰ *Komisja v. Francja*, pkt 30; *Schmidberger*, pkt 57 orzeczenia.

⁶¹ Takie ujęcie jest również widoczne w innych fragmentach omawianych orzeczeń, gdzie ETS mówi jedynie o „obowiązkach” państw członkowskich, które mają zapewnić „właściwe funkcjonowanie rynku wewnętrznego” (zob. np. pkt 60 orzeczenia w sprawie *Schmidberger*).

przyznał, że prawa jednostek powstają nie tylko wówczas, gdy są one wprost (*iexplicite*) przyznane im przez traktat, ale także z uwagi na obowiązki, które traktat nakłada na państwa członkowskie w jasno zdefiniowany sposób. Skoro zaś jednym z takich właśnie obowiązków nałożonych na państwa członkowskie przez traktatowe reguły o swobodnym przepływie jest obowiązek ochrony, to tym samym z obowiązku tego może być również wyprowadzone określone prawo, które przysługuje jednostkom, a mianowicie prawo do ochrony. Poszczególne jednostki są zatem uprawnione do dochodzenia prawa do ochrony od państw członkowskich i mają prawną możliwość domagania się od państw członkowskich podejmowania działalności skierowanej przeciwko podmiotom prywatnym przeszkadzającym w swobodnym przepływie. Równocześnie jednak te prawa poszczególnych jednostek nie umożliwiają im urzeczywistniania ich indywidualnej wolności i nie tworzą prawnych warunków umożliwiających im autonomiczne samokształtowanie. Skoro bowiem indywidualna wolność oraz autonomiczne samokształtowanie nie są celami podstawowych swobód (a przynajmniej nie są w tym kontekście celami pierwszoplanowymi), to tym samym prawo do ochrony wyprowadzane z podstawowych swobód nie może być skierowane na realizację tych ostatnich wartości. Prawo do ochrony jest raczej efektywnym instrumentem realizacji rynku wewnętrznego. W rezultacie prawo do ochrony zawarte w podstawowych swobodach przyczynia się do lepszego funkcjonowania rynku wewnętrznego i stanowi skuteczne narzędzie urzeczywistniania wartości tego rynku.

Dzięki koncepcji obowiązku ochrony podstawowe swobody rynku wewnętrznego są efektywnie chronione nie tylko przed działaniami samych państw członkowskich, ale także przed szkodliwymi działaniami podmiotów prywatnych. Chociaż te ostatnie podmioty nie są bezpośrednio związane traktatowymi regułami o swobodnym przepływie (a więc ich działania nie mogą być uznawane za naruszenie przepisów traktatu), dla poszczególnych podmiotów uprawnionych z podstawowych swobód praktyczny skutek jest całkiem podobny: w celu wypełnienia swojego obowiązku wobec Wspólnoty państwo członkowskie musi zakazać pewnych działań podmiotom prywatnym, a mianowicie działań naruszających przepisy TWE o swobodnym przepływie (tj. znacząco utrudniających dostęp do rynku w przyjmującym państwie członkowskim lub znacząco przeszkadzających w wykonywaniu poszczególnych swobód w państwie przyjmującym). Oznacza to, że zachowanie podmiotów prywatnych (tj. indywidualne zachowanie podmiotu naruszającego przepisy o podstawowych swobodach) zostaje pośrednio poddane przepisom o swobodnym przepływie⁶². Ale to poddanie może być określone jedynie jako „pośrednie”, gdyż następuje poprzez państwową mediację, nie zaś przez bezpośrednie związanie wspomnianymi regułami (jest to więc inny rodzaj związania podmiotów prywatnych regułami o swobodnym przepływie niż ten, który został przyjęty przez ETS w orzeczeniu *Angonese*).

⁶² A. Lohse, *Fundamental Freedoms and Private Actors – towards an ‘Indirect Horizontal Effect’*, „European Public Law” 2007, vol. 13, s. 181.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że realizując swój obowiązek ochrony oraz zakazując, bądź też przynajmniej ograniczając w pewnym stopniu określone zachowania podmiotów prywatnych (tak aby przyspieszyć swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału), państwo członkowskie narusza autonomię podmiotów prywatnych (intruzów) i wkracza w wiele podstawowych praw tychże osób. Jasne jest przecież, że utrudniając swobodny transgraniczny przepływ, podmiot prywatny (intruz) czyni zazwyczaj użytek z określonych przysługujących mu podstawowych praw (np. z prawa do swobodnego wyrażania poglądów, ze swobody zgromadzeń lub stowarzyszania się, ze swobody prowadzenia działalności gospodarczej, ze swobody umów), zagwarantowanych w konstytucjach poszczególnych państw członkowskich oraz w unijnym porządku prawnym. Stąd też w omawianych tutaj sytuacjach państwo staje w istocie wobec dwóch kolidujących ze sobą fundamentalnych wartości. Z jednej strony występuje wartość w postaci podstawowej swobody podmiotu uprawnionego z przepisów TWE o swobodnym przepływie, który to podmiot chce być wolny od wszelkich przeszkód w transgranicznym przepływie, tak aby idea rynku wewnętrznego mogła być w pełni realizowana. Z drugiej strony występuje wartość w postaci prawa podstawowego przysługującego intruzowi, który wykonując to prawo przeszkadza do pewnego stopnia w transgranicznym przepływie. W danej konkretnej sytuacji obie te fundamentalne wartości muszą być przez państwo odpowiednio wyważone, tak aby osiągnąć pomiędzy nimi stan tzw. praktycznej zgodności.

Powyższa kolizja obu wspomnianych fundamentalnych wartości została w pełni dostrzeżona i rozważona przez ETS w orzeczeniu w sprawie *Schmidberger*, w którym musiał on odpowiedzieć m.in. na pytanie, czy zasada swobodnego przepływu towarów gwarantowana w traktacie przeważa (uzyskuje pierwszeństwo) nad zasadą ochrony praw podstawowych. W stanie faktycznym powołanej sprawy jedna z głównych autostrad na terenie Austrii (A13) była zamknięta ponad dobę z uwagi na demonstrację, która została zorganizowana oraz przeprowadzona przez *Transitforum Austria Tirol*, organizację założoną w celu ochrony biosfery w rejonie alpejskim. Organizacja ta, przeprowadzając demonstrację na autostradzie, czyniła użytek z przysługującego jej prawa podstawowego, a konkretnie z wolności wyrażania poglądów i z wolności zgromadzeń, które są gwarantowane przez EKPCz oraz przez austriacką konstytucję. Równocześnie podjęte przez tę organizację działania (demonstracja na autostradzie) stanowiły przeszkodę w transporcie towarów przez Austrię (także dla przedsiębiorstw pochodzących z innych państw), co wywołało pytanie, czy państwo austriackie, nie zakazując wspomnianej wyżej demonstracji, naruszyło traktatowe reguły o swobodnym przepływie.

Według Trybunału Sprawiedliwości fakt, że właściwe władze państwa członkowskiego nie zakazały demonstracji, która spowodowała kompletne zamknięcie głównej trasy tranzytowej (takiej jak autostrada A13) na przeciąg 30 godzin, może stanowić przeszkodę w handlu wewnątrzwspólnotowym i dlatego musi on być uznany za środek o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych, który jest, co do zasady, niezgodny z zobowiązaniami wspólnotowymi wypływającymi

z art. 28 i 29 traktatu⁶³. Równocześnie Trybunał przyznał, że władze austriackie były inspirowane względami związanymi z ochroną praw podstawowych demonstrantów do wolnego wyrażania poglądów i do wolnego zgromadzania się, które są odzwierciedlone i gwarantowane przez EKPCz i przez austriacką konstytucję⁶⁴. W opinii ETS, skoro zarówno Wspólnota, jak też państwa członkowskie zobowiązane są do respektowania praw podstawowych, ochrona tych praw stanowi legitymowany interes, który, co do zasady, usprawiedliwia naruszenia zobowiązań nałożonych przez prawo wspólnotowe, nawet jeżeli chodzi o zobowiązania wypływające z podstawowej swobody gwarantowanej przez traktat, takiej jak swoboda przepływu towarów⁶⁵. Trybunał trafnie zauważył, że rozpatrywana przez niego sprawa „rodzi kwestię potrzeby pogodzenia wymagań ochrony praw podstawowych we Wspólnocie z tymi wypływającymi z podstawowej swobody zawartej w traktacie i, w sposób szczególny, kwestię właściwego zakresu wolności wyrażania poglądów i wolności zgromadzania się, gwarantowanych przez art. 10 i 11 EKPCz, oraz swobody przepływu towarów, gdy te pierwsze stanowią podstawę usprawiedliwienia tej ostatniej”⁶⁶. Według ETS obydwa zaangażowane tutaj interesy (tj. prawa podstawowe i podstawowa swoboda) „muszą być wyważone stosownie do wszystkich okoliczności sprawy w celu określenia, czy pomiędzy tymi interesami została zachowana uczciwa równowaga”⁶⁷. ETS dodał, że wyważając wspomniane wyżej interesy, właściwe władze korzystają w tym względzie z szerokiego marginesu dyskrecjonalnej swobody⁶⁸.

Trafnie podkreślona przez Trybunał konieczność wyważenia i pogodzenia w konkretnej sprawie dwóch kolidujących ze sobą interesów (wartości), łącznie z potrzebą uwzględnienia wszystkich okoliczności danej sprawy, wypływa z faktu, że zarówno podstawowe swobody, jak też prawa podstawowe posiadają – z jurydycznego punktu widzenia – status „zasad”. Jak to zostało już powiedziane w pkt II opracowania, zasady są normami, które obligują państwo do realizacji (materializacji) pewnego stanu rzeczy w takim stopniu, jak jest to tylko prawnie i faktycznie możliwe. Innymi słowy, zasady są nakazami optymalizacji. Przeciwnieństwem tak rozumianych zasad są „reguły”. Inaczej niż zasady, reguły są normami, które mogą być zawsze albo spełnione, albo też niespełnione (naruszone)⁶⁹. Odmienne niż te pierwsze, reguły są stosowane poprzez mechanizm subsumpcji⁷⁰.

W razie wystąpienia konfliktu pomiędzy dwoma kolidującymi ze sobą regułami może on być rozwiązany poprzez wprowadzenie pewnej klauzuli wyjątkowej, która wyeliminuje ów konflikt, bądź też przez uznanie jednej z kolidujących za-

⁶³ Pkt 64 orzeczenia.

⁶⁴ Pkt 69 orzeczenia.

⁶⁵ Pkt 74 orzeczenia.

⁶⁶ Pkt 77 orzeczenia.

⁶⁷ Pkt 81 orzeczenia.

⁶⁸ Pkt 82 orzeczenia.

⁶⁹ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., s. 76.

⁷⁰ M. Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden 1998, s. 121.

sad za nieobowiązującą⁷¹. W ten sposób jedna z kolidujących reguł, kiedy pozostaje w konflikcie z inną regułą, uzyskuje zawsze absolutne pierwszeństwo (w rezultacie można tu mówić o ustalonym abstrakcyjnie porządku pierwszeństwa reguł). Sytuacja wygląda wszakże zupełnie inaczej w przypadku konfliktu zasad (takich jak prawa podstawowe czy też podstawowe swobody). Konflikt zasad nie może być rozwiązany poprzez uznanie, że jedna z kolidujących zasad będzie zawsze uzyskiwała absolutne pierwszeństwo przed drugą z zasad (poprzez wprowadzenie pewnej klauzuli wyjątkowej lub też poprzez uznanie jednej z kolidujących zasad za nieobowiązującą – jak to jest możliwe w przypadku kolizji reguł). Konflikt zasad może być rozstrzygnięty jedynie poprzez staranne wyważenie ze sobą (pogodzenie) tych dwóch kolidujących zasad, tak aby ustalić w danej konkretnej sytuacji warunkowe pierwszeństwo jednej z nich. To pierwszeństwo danej zasady, ponieważ ustalone w konkretnej sytuacji, powinno być uznawane za „warunkowe”, gdyż jest ono aktualne i obowiązujące jedynie w tej konkretnej sytuacji, która była oceniana, natomiast w innej sytuacji wspomniane pierwszeństwo mogłoby wyglądać odwrotnie. W pewnych okolicznościach jedna z kolidujących zasad wyprzedza drugą, lecz w innych okolicznościach konflikt tych samych zasad mógłby już być rozwiązany zupełnie inaczej. Można przy tym powiedzieć, że w danej konkretnej sytuacji kolidujące ze sobą zasady mają różną wagę⁷², a zasada mająca (w danej sytuacji) większą (wyższą) wagę uzyskuje pierwszeństwo. Podczas gdy konflikt reguł rozgrywa się w wymiarze obowiązywania (bycia w mocy), tzn. jedna z kolidujących reguł jest zawsze uznawana za nieobowiązującą, konflikt zasad nie rozgrywa się w takim wymiarze (ponieważ wszystkie kolidujące ze sobą zasady pozostają w pełni w mocy), lecz rozgrywa się w wymiarze wagi⁷³. W rezultacie w przypadku kolizji zasad należałoby zawsze odpowiedzieć sobie na pytanie, która z kolidujących zasad ma większą wagę, z zastrzeżeniem, że owa waga jest zawsze oceniana w kontekście okoliczności danej konkretnej sprawy i nie jest bynajmniej ustalana w sposób absolutny (i abstrakcyjny).

Podstawowe swobody oraz prawa podstawowe są zasadami wspólnotowego (unijnego) porządku prawnego i korzystając z takiego statusu mają one równą wartość oraz rangę. Nie ma żadnej ustalonej abstrakcyjnie hierarchii pomiędzy tymi dwiema zasadami i żadna z nich nie uzyskuje absolutnego pierwszeństwa. W razie zaistnienia pomiędzy nimi kolizji w konkretnej sprawie (jak to było w stanie faktycznym w sprawie *Schmidberger*) powinno być przeprowadzone dokładne badanie w celu ustalenia, która z tych zasad ma wówczas większą wagę. To warunkowe i relatywne pierwszeństwo (większa waga) musi być ustalone w odniesieniu do specyficznych prawnych i faktycznych okoliczności występujących w danej konkretnej sytuacji. Te specyficzne prawne i faktyczne okoliczności danej sytuacji tworzą warunki, w jakich jedna z kolidujących zasad (np.

⁷¹ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., s. 77.

⁷² Na temat pojęcia „wagi” w kontekście zasad zob. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London 1978, s. 26 i n.

⁷³ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., s. 79.

podstawowa swoboda) uzyskuje pierwszeństwo nad drugą zasadą (np. prawem podstawowym). W danej sytuacji jedna z kolidujących zasad uzyskuje relatywne pierwszeństwo przed drugą, po dokładnym rzecz jasna wyważeniu i ocenie wszystkich argumentów przemawiających za obydwoma zasadami. Za każdą z kolidujących zasad przemawiają bowiem – w danej konkretnej sytuacji – pewne argumenty i ich argumentacyjna waga musi być dokładnie oceniona. Ocena ta (wyważanie) powinna być przy tym zdominowana przez zasadę proporcjonalności. Prawidłowo przeprowadzony proces wyważania legitymuje i usprawiedliwia uzyskaną konkluzję (ujawnioną preferencję), zgodnie z którą w danych warunkach jedna z zasad uzyskuje pierwszeństwo przed drugą⁷⁴.

Biorąc pod uwagę fakt, że działalność państwa, która polega na ochronie osób korzystających z podstawowych swobód przeciwko zachowaniom innych podmiotów prywatnych (w ramach omawianej koncepcji obowiązku ochrony) i która pośrednio poddaje te podmioty prywatne obowiązkowi przestrzegania podstawowych swobód, prowadzi do wkroczenia w prawa podstawowe podmiotów prywatnych – co z kolei prowadzi do konieczności wyważania podstawowej swobody i prawa podstawowego, które ze sobą kolidują – niektórzy autorzy bronią poglądu, że omawiany tutaj obowiązek ochrony aktualizuje się jedynie w tych przypadkach, gdy działania podmiotów prywatnych (naruszających podstawowe swobody) przekraczają określony próg *de minimis*, który powinien być przy tym ustalany relatywnie wysoko. Innymi słowy, jedynie gdy działania podmiotów prywatnych są – ze względu na szkodliwe skutki – dostatecznie poważne i długotrwałe, państwo jest zobligowane do podejmowania odpowiednich kroków mających na celu ochronę osób korzystających z podstawowych swobód⁷⁵. W tym kontekście można by się także odwołać do faktów występujących w sprawie *Komisja v. Francja*, gdzie szkodliwe działania podmiotów prywatnych miały miejsce regularnie przez ponad 10 lat i zostały ocenione jako „poważne wypadki”, które „silnie wystawiły na szwank handel produktami rolniczymi we Francji”⁷⁶. Według niektórych autorów wprowadzenie wspomnianego wyżej progu *de minimis*, ustalonego przy tym na relatywnie wysokim poziomie, nie tylko przyczyniłoby się do lepszej ochrony praw podstawowych podmiotów prywatnych (intruzów), ale byłoby także korzystne dla administracyjnej autonomii poszczególnych państw członkowskich, która mogłaby być wówczas respektowana w szerszym zakresie⁷⁷.

Jednakże powyższy pogląd nie wydaje się w pełni przekonujący, jako że taki czysto kwantytatywny próg *de minimis* jest wyjątkowo niedookreślony i niedokładny (nieposiadający dostatecznej precyzji) i mógłby być w związku z tym bar-

⁷⁴ D. Schindler, *Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten*, op. cit., s. 166.

⁷⁵ J. Gebauer, *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte*, op. cit., s. 147 i n.

⁷⁶ Pkt 40 i 44 orzeczenia.

⁷⁷ J. Schwarze, *Zum Anspruch der Gemeinschaft auf polizeiliches Einschreiten der Mitgliedstaaten bei Störungen des grenzüberschreitenden Warenverkehrs durch Private*, „Europarecht” 1998, nr 1, s. 58; J. Gebauer, *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte*, op. cit., s. 149.

dzo niepraktyczny w codziennym stosowaniu. Z drugiej wszakże strony odrzucenie takiego (kwantytatywnego) progu nie oznacza bynajmniej, że każde działanie podmiotu prywatnego szkodliwe dla wykonywania (przez uprawnione osoby) podstawowych swobód powinno być automatycznie traktowane jako aktualizujące (i wywołujące) spoczywający na państwie obowiązek ochrony (i powinno być ostatecznie eliminowane). Wbrew temu należałoby raczej przyjąć, że w ramach obowiązku ochrony państwo członkowskie obowiązane jest zwalczać jedynie takie działania podmiotów prywatnych, które byłyby uznane za „przeszkodę” w swobodnym transgranicznym przepływie, gdyby zostały podjęte przez samo państwo. Powyższa konkluzja jest o tyle usprawiedliwiona, że zakres obowiązków, które spoczywają na państwach członkowskich w ramach (koncepcji) obowiązku ochrony, nie powinien się różnić od zakresu obowiązków tradycyjnie wyinterpretowywanych z przepisów TWE o swobodnym przepływie w odniesieniu do pozytywnej (i szkodliwej dla swobodnego przepływu) działalności państwa⁷⁸. W rezultacie można by wyróżnić trzy rodzaje działań, które powinny być traktowane jako aktywujące (wywołujące) spoczywający na państwach członkowskich obowiązek ochrony (i które są przez przepisy TWE o swobodnym przepływie zakazane również samym państwom członkowskim). Po pierwsze, dotyczy to działań, które mają charakter bezpośrednio dyskryminujący (z uwagi na przynależność państwową, usytuowanie statutowej lub rzeczywistej siedziby w przypadku spółek oraz pochodzenie w przypadku towarów). Po drugie, dotyczy to działań, które są określane mianem ukrycie dyskryminujących, a więc które odwołują się do innych kryteriów różnicujących niż przynależność państwowa, usytuowanie statutowej lub rzeczywistej siedziby w przypadku spółek oraz pochodzenie w przypadku towarów, lecz gdy te kryteria – pozornie wydając się obiektywne – prowadzą do takich samych rezultatów, jak gdyby posłużono się tymi pierwszymi kryteriami⁷⁹. Po trzecie, dotyczy to działań, które – nie będąc bezpośrednio lub

⁷⁸ W tym miejscu trzeba też wszakże wspomnieć o poglądzie, zgodnie z którym zakres obowiązków spoczywających na państwach członkowskich z mocy przepisów TWE o swobodnym przepływie powinien być różny, gdy obowiązki te odnosi się do ograniczeń powodowanych aktywną działalnością państwa, a więc gdy rozpatruje się podstawowe swobody w ich tradycyjnym wymiarze (z jednej strony), oraz gdy odnosi się te obowiązki państw członkowskich do ograniczeń powodowanych działaniami podmiotów prywatnych, w ramach omawianego tutaj obowiązku ochrony (z drugiej strony). W tym drugim przypadku, jak się twierdzi, zakres obowiązków spoczywających na państwach członkowskich powinien być znacznie mniejszy. W związku z tym proponuje się różne kryteria mające na celu ograniczenie zakresu tych obowiązków w porównaniu z pierwszą sytuacją; C. Stachel, *Schutzpflichten der Mitgliedstaaten für die Grundfreiheiten...*, op. cit., s. 104 i n.

⁷⁹ Por. S. O'Leary, *The Free Movement of Persons and Services*, w: P. Craig, G. de Burca (red.), *The Evolution of EU Law*, Oxford 1999, s. 399-100; H.D. Jarass, *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten*, op. cit., s. 213; W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, Band 1, op. cit., s. 169; E. Johnson, D. O'Keeffe, *From Discrimination to Obstacles to Free Movement: Recent Developments Concerning the Free Movement of Workers 1989-1994*, „Common Market Law Review” 1994, vol. 31, s. 1328; W.-H. Roth, *Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej i swoboda świadczenia usług. Zasady*, w: M. A. Dausies (red.), *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 1999, s. 432; orzeczenia ETS w sprawach: 152/73 *Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundespost*, Zb. Orz. 1974, s. 153, pkt 11; C-1/93 *Halliburton Services BV v. Staatssecretaris van Financien*, Zb. Orz. 1994, s. I-1137, pkt 15; C-330/91 *The Queen v. Inland Revenue Commissioners, ex parte Commerzbank AG*, Zb. Orz. 1993, s. I-4017, pkt 14-15.

ukrycie dyskryminujące – stanowią tzw. szczególne czy też specyficzne ograniczenie (w przeciwieństwie do tzw. ograniczeń ogólnych)⁸⁰. Kwestia, kiedy dane działanie stanowi takie właśnie szczególne ograniczenie, została w przypadku towarów (tj. w wypadku rynku towarów) rozstrzygnięta przez ETS w orzeczeniu w sprawie *Keck*, zgodnie z którym dotyczy to środków (działań) kreujących wymogi odnoszące się do towarów jako takich (a konkretnie odnoszące się do ich formy, rozmiaru, wagi, składu, wyglądu, oznaczenia, opakowania itp.), a także środków ograniczających lub zakazujących „pewnych sposobów sprzedaży” (*certain selling arrangements*), o ile wszakże te ostatnie środki wpływają w różny sposób, czy to prawnie, czy też choćby tylko faktycznie, na komercjalizację (marketing, sprzedaż) towarów krajowych oraz towarów pochodzących z innych państw członkowskich (a więc są środkami dyskryminującymi towary z innych państw co najmniej w sensie faktycznym)⁸¹. Stosując przywołaną formułę *Keck* do pozostałych podstawowych swobód, można by zidentyfikować następujące zakazane przez te swobody działania (środki): a) działania, które wykluczają lub też chociażby utrudniają dostęp do rynku (*market access*) zatrudnienia, usług lub kapitałowego, bądź też zakazują lub przeszkadzają w podejmowaniu samodzielnej działalności gospodarczej; b) działania, które odnoszą się do wykonywania podstawowych swobód (nie dotyczą zatem samego dostępu do rynku) i które równocześnie dyskryminują faktycznie (stawiają *de facto* w gorszym położeniu) osoby pochodzące z innych państw członkowskich⁸². O wszystkich tych trzech wspomnianych powyżej rodzajach działań (tj. bezpośrednio dyskryminujących, ukrycie dyskryminujących oraz stanowiących tzw. szczególne ograniczenie) można powiedzieć, że przekraczają one pewien próg *de minimis*, z zastrzeżeniem, iż ów próg nie jest tu rozumiany czysto kwantytatywnie, lecz kwalitatywnie. Działania nieprzekraczające tego kwalitatywnie pojmowanego progu *de minimis* (np. niedyskryminujące faktycznie środki dotyczące niektórych sposobów sprzedaży towaru, niedyskryminujące faktycznie środki dotyczące wykonywania samodzielnej działalności gospodarczej), nawet jeżeli ograniczają w pewien sposób dostęp do rynku czy też wykonywanie podstawowych swobód, nie są zakazane przez przepisy TWE o podstawowych swobodach (nie są wystarczająco istotne)⁸³. W rezultacie, jeżeli te wspomniane wyżej działania są podejmowane przez podmioty prywatne, państwo nie musi ich zwalczać (przeciwdziałać im) w ramach omawianego tutaj obowiązku ochrony. Działania takie nie są zatem pośrednio poddane przepisom TWE o podstawowych swobodach.

Jest natomiast kwestią otwartą, czy również ETS zechce w przyszłości ograniczać spoczywający na państwach członkowskich obowiązek ochrony jedynie do zwalczania takich działań podmiotów prywatnych, które byłyby zakazane rów-

⁸⁰ A. Brigola, *Das System der EG-Grundfreiheiten: Vom Diskriminierungsverbot zum spezifischen Beschränkungsverbot*, München 2004, s. 124 i 135.

⁸¹ Orzeczenie ETS w sprawie C-267/91 i C-268/91 *Postępowanie karne v. Bernard Keck i Daniel Mithouard*, Zb. Orz. 1993, s. I-6097, pkt 15–17.

⁸² C. Barnard, *The substantive law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford 2004, s. 147–148, 239–240; C. Stachel, *Schutzplichten der Mitgliedstaaten für die Grundfreiheiten...*, op. cit., s. 114.

⁸³ K.-H. Fezer, *Europaisierung des Wettbewerbsrechts*, „Juristenzeitung” 1994, nr 7, s. 324.

niez samym państwom członkowskim, gdyby to one podejmowały analogiczne działania (a więc czy ETS przyjmie, za czym opowiada się autor niniejszego opracowania, że zakres powinności państw członkowskich w ramach obowiązku ochrony pokrywa się zakresowo z obowiązkami spoczywającymi na państwach członkowskich w ramach tradycyjnego – negatywnego – wymiaru podstawowych swobód), czy też może – alternatywnie – omawiany tutaj zakres obowiązków różnicuje. Na podstawie dotychczas wydanych w omawianym zakresie orzeczeń (*Komisja v. Francja, Schmidberger*) nie sposób jest udzielić jednoznacznej odpowiedzi⁸⁴.

W pkt II niniejszego opracowania przywołana została – stosowana w niektórych krajowych porządkach prawnych w odniesieniu do praw podstawowych – koncepcja pośredniego horyzontalnego skutku, stanowiąca, jak wspomniano, pewną formę konkretyzacji (i szczególnie przypadek zastosowania) koncepcji obowiązku ochrony. Jak się przy tym wydaje, koncepcja pośredniego horyzontalnego skutku jest również w pełni przydatna w odniesieniu do podstawowych swobód rynku wewnętrznego i może być do nich z powodzeniem stosowana. Wynika to z tego, że podstawowe swobody – podobnie jak prawa podstawowe – są obiektywnymi zasadami (wartościami), które promieniują na wszystkie działy prawa i które muszą być urzeczywistniane przez każdy rodzaj władzy państwowej, włączając w to organy władzy sądowniczej. W rezultacie podstawowe swobody powinny także wpływać na interpretację i stosowanie przez sędziów (przez sądy) prawa prywatnego, regulującego stosunki prawne pomiędzy podmiotami prywatnymi. Podstawowe swobody powinny być urzeczywistniane w przypadku interpretacji i stosowania każdej normy o charakterze prywatnoprawnym, choć w szczególności ów wpływ podstawowych swobód powinien się w omawianym kontekście przejawiać w odniesieniu do tzw. klauzul generalnych. Sędzia powinien zatem interpretować i stosować postanowienia prawa prywatnego,

⁸⁴ Prawdą jest wszakże, iż w orzeczeniu w sprawie *Schmidberger*, określając zakres powinności spoczywających na państwach członkowskich w ramach obowiązku ochrony, ETS odwołał się (w pkt 56 orzeczenia) jedynie do formuły *Dassonville* (zgodnie z którą zakazany przez art. 28 TWE środkami o skutku równoważnym są wszelkie regulacje handlowe, które mogą, bezpośrednio lub pośrednio, rzeczywiście lub potencjalnie, przeszkodzić w handlu wewnątrzwspólnotowym: orzeczenie ETS w sprawie 8/74 *Procureur du Roi v. Benoit and Gustave Dassonville*, Zb. Orz. 1974, s. 837, pkt 5), nie powołał zaś w ogóle formuły *Keck*, ograniczającej (nadmiernie przecież szeroki) zakres zastosowania formuły *Dassonville*. Powołując przy tym formułę *Dassonville*, Trybunał skonstatował, iż w sprawie tej państwo członkowskie (Austria) naruszyło swoje zobowiązania traktatowe (naruszyło obowiązek ochrony). Tymczasem w doktrynie zwrócono uwagę na fakt, że gdyby Trybunał do opisanie powinności spoczywających na państwach członkowskich w ramach obowiązku ochrony użył dodatkowo formuły *Keck* (tak jak to czyni, stosując art. 28 TWE w jego tradycyjnym – negatywnym – wymiarze), to wówczas najprawdopodobniej musiałby stwierdzić, że Austria nie naruszyła obowiązku ochrony swobody przepływu towarów. Blokada głównej austriackiej autostrady (z czym mieliśmy do czynienia w omawianej sprawie) dotyczyła bowiem nie towarów jako takich (ich dostępu do rynku), lecz raczej sposobów postępowania z towarami, które już znajdują się na danym rynku (były to więc działania analogiczne do *certain selling arrangements* w rozumieniu formuły *Keck*), przy czym tego rodzaju działanie było równie szkodliwe i uciążliwe dla towarów krajowych, jak i dla towarów pochodzących z innych państw członkowskich. W tym sensie działanie to miało charakter całkowicie niedyskryminacyjny i nie mogło zaktualizować spoczywającego na państwie członkowskim obowiązku ochrony; C. Stachel, *Schutzpflichten der Mitgliedstaaten für die Grundfreiheiten...*, op. cit., s. 195.

w szczególności zaś zawarte w nich klauzule generalne, w świetle podstawowych swobód, tak aby je urzeczywistniać w praktyce. Chodzi przy tym głównie o uniknięcie sytuacji, w której podmioty prywatne mogłyby się na podstawie przepisów prawa prywatnego zachowywać w sposób pozostający w sprzeczności z traktatowymi regułami o swobodnym przepływie. Dokonując wykładni przepisów prawa prywatnego w zgodności z regułami o swobodnym przepływie, sędzia krajowy może to czynić nawet w sposób sprzeczny z literalnym brzmieniem wspomnianych prywatnoprawnych regulacji. Ta spreczna z regułami wykładni językowej interpretacja będzie w pełni usprawiedliwiona bezpośrednim skutkiem przepisów TWE o swobodnym przepływie oraz ich pierwszeństwem przed przepisami krajowego prawa prywatnego.

W razie sporu pomiędzy podmiotami prywatnymi dotyczącego kwestii uregulowanych prawem prywatnym (np. spór dotyczący szkody, która została wyrządzona przez inny podmiot prywatny, lub też spór dotyczący działalności podmiotu prywatnego, która w świetle przepisów prawa krajowego może być kwalifikowana jako „czyn nieuczciwej konkurencji”) krajowy sędzia, który rozstrzyga tenże spór na podstawie przepisów krajowego prawa cywilnego, zobligowany jest – zgodnie z omawianą koncepcją pośredniej horyzontalnej skuteczności podstawowych swobód – do interpretacji i stosowania wspomnianych przepisów w taki sposób, by uwzględniać przy tym podstawowe swobody rynku wewnętrznego (tzn. zasady oraz wartości ucieleśnione w tychże swobodach) przemawiające na korzyść pozycji strony sporu dochodzącej swojego roszczenia (pozycji) na podstawie przepisów prawa prywatnego. Innymi słowy, wspólnotowy porządek prawny obliuguje sędziego do badania, czy materialne przepisy krajowego prawa prywatnego, które są stosowane przez niego w konkretnej sprawie, są w jakikolwiek sposób powiązane z podstawowymi swobodami. Jeżeli są, to wówczas, dokonując wykładni oraz stosując te przepisy, sędzia musi zaakceptować pewne ich modyfikacje, które wynikają z faktu powiązania ich z podstawowymi swobodami. Co do zasady, sędziemu nie wolno rozstrzygnąć sporu pomiędzy podmiotami prywatnymi w taki sposób, aby umożliwić jednemu z zaangażowanych w ten spór podmiotów zachowanie sprzeczne z regułami o swobodnym przepływie (choć z drugiej strony zasada ta jest poddana pewnym wyjątkom przyjętym w ramach traktatowych reguł o swobodnym przepływie).

Te daleko idące obowiązki krajowych sędziów, wynikające z omawianej koncepcji pośredniego horyzontalnego skutku przepisów TWE o podstawowych swobodach, mogą być wywiedzione w szczególności z pkt 17 znanego orzeczenia w sprawie *Dansk Supermarked*⁸⁵. Według Trybunału, „w żadnych okoliczno-

⁸⁵ Orzeczenie ETS w sprawie 58/80 *Dansk Supermarked A/S v. A/S Imerco*, Zb. Orz. 1981, s. 181; u genezy tej sprawy leżała umowa, jaką *Imerco*, będące stowarzyszeniem (grupą) kupców duńskich, zawarło z pewnym brytyjskim przedsiębiorcą i na podstawie której ten ostatni zobowiązał się do wyprodukowania specjalnego serwisu chińskiego (dekorowanego widokami duńskich zamków królewskich), zobowiązując się równocześnie nie eksportować tego serwisu do Danii. Duńska spółka *Dansk Supermarked* nie zastosowała się do tego zakazu i przedsięwzięła dystrybucję wspomnianego chińskiego serwisu w swoich sklepach na terytorium Danii. Sąd duński zakazał *Dansk Supermarked* dalszej dystrybucji spornego towaru, uznając, że jest to sprzeczne z duńską ustawą o marketingu (na

ściach nie jest możliwe, aby umowa zawarta pomiędzy podmiotami prywatnymi odstępowała od obligatoryjnych postanowień Traktatu o swobodnym przepływie towarów. Wynika z tego, że umowa zawierająca zakaz importu do państwa członkowskiego towarów sprzedawanych zgodnie z prawem w innym państwie członkowskim nie może być wzięta pod uwagę i nie można się na niej oprzeć w celu zaklasyfikowania sprzedaży takich towarów jako niewłaściwej lub nieuczciwej praktyki rynkowej⁸⁶.

Odczytując przytoczony powyżej *passus* z orzeczenia Trybunału czysto literalnie, można by powiedzieć, że wszystkie umowy zawarte pomiędzy podmiotami prywatnymi powinny zawsze pozostawać w pełnej zgodności z traktatowymi regułami o swobodzie przepływu towarów. Podmiotom prywatnym nie wolno więc zawierać umów, które by naruszały reguły o swobodnym przepływie towarów. W rezultacie podmioty prywatne są adresatami wspomnianych reguł i są bezpośrednio przez nie związane⁸⁷.

Jednakże tego rodzaju interpretacja przywołanego fragmentu orzeczenia Trybunału nie jest trafna. To bowiem nie umowa zawarta przez podmioty prywatne powinna być zgodna z traktatowymi regułami o swobodnym przepływie towarów i to nie podmioty prywatne muszą respektować wspomniane reguły, nie mogąc od nich odstępować. To raczej sąd krajowy jest bezpośrednio związany regułami o swobodnym przepływie i to właśnie jemu nie wolno oprzeć się na umowie lub też wziąć jej pod uwagę, jeżeli umowa taka narusza traktatowe przepisy o swobodzie przepływu towarów. Sąd krajowy powinien zakwalifikować wspomnianą umowę jako przeszkodę w przepływie towarów i powinien (opierając się na omawianej koncepcji pośredniego horyzontalnego skutku) w ramach posiadanych przez siebie kompetencji uczynić wszystko, by nie mogła ona dłużej wywierać swoich szkodliwych dla swobodnego przepływu skutków. Rzecz jasna, sąd krajowy zobligowany jest do stosowania prawa krajowego i do oceniać wszelkich spornych umów (kwestionowanych przez określony podmiot lub podmioty prywatne) w świetle krajowego prawa prywatnego. Niemniej jednak z pkt 17 orzeczenia ETS w sprawie *Dansk Supermarked* jednoznacznie wynika, że interpretując postanowienia krajowego prawa (prywatnego) dotyczącego tego rodzaju umów, jak sporna umowa, i rozważając sposób, w jaki ta sporna umowa powinna być zakwalifikowana w świetle wspomnianych postanowień krajowego prawa prywatnego, sąd krajowy nie może udzielić ochrony umowie, która tworzy przeszkodę w swobodnym przepływie towarów. Jeżeli więc oceniana przez krajowy sąd umowa zawarta pomiędzy podmiotami prywatnymi jest sprzeczna z regułami o swobodnym przepływie towarów (lub z innymi podstawowymi swobodami), wówczas co do zasady sąd krajowy zobligowany jest interpretować

podstawie wspomnianej ustawy sprzedaż omawianego produktu została zakwalifikowana jako czyn nieuczciwej konkurencji). Przeciwnie temu orzeczeniu sądu krajowego *Dansk Supermarked* wniosło apelację, twierdząc, że art. 28 TWE wyklucza zastosowanie duńskiej ustawy o marketingu, na podstawie której duński sąd zakazał sprzedaży spornego produktu.

⁸⁶ Pkt 17 orzeczenia.

⁸⁷ E. Steindorff, *EG-Vertrag und Privatrecht*, Baden-Baden 1996, s. 282.

i stosować krajowe przepisy regulujące dany rodzaj umów w taki sposób, aby zdecydować, że sporna umowa nie zasługuje na ochronę w świetle wspomnianych postanowień krajowego prawa prywatnego. Jeżeli zatem przykładowo krajowe prawo prywatne stanowi, że naruszenie pewnego rodzaju umów stanowi zakazany czyn nieuczciwej konkurencji i równocześnie dana konkretna umowa należąca do powyższej kategorii stanowi przeszkodę w swobodnym przepływie towarów, wówczas sąd krajowy – będąc związany regułami o swobodnym przepływie, w tym też wynikającą z nich koncepcją pośredniego horyzontalnego skutku – musi interpretować i stosować wspomniane przepisy krajowego prawa prywatnego w taki sposób, aby rozstrzygnąć w końcowym orzeczeniu, że naruszenie tej konkretnej (spornej) umowy nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji i że w rezultacie ta sporna umowa nie należy do kategorii umów chronionych przez prawo krajowe. Klasyfikując zaś w świetle krajowego prawa prywatnego naruszenie wspomnianej umowy jako czyn nieuczciwej konkurencji i udzielając w ten sposób ochrony tej umowie, sąd krajowy naruszyłby traktatowe reguły o swobodnym przepływie oraz obowiązek (ochrony) nałożony przez te reguły na władze krajowe.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, należałoby w pełni podzielić pogląd, że orzeczenie w sprawie *Dansk Supermarked*, niemal zawsze cytowane jako przykład bezpośredniego horyzontalnego skutku przepisów TWE o swobodnym przepływie (towarów), w istocie dotyczyło spoczywającego na sądzie krajowym obowiązku wzięcia pod uwagę, w trakcie interpretacji prawa krajowego, podstawowej swobody przysługującej drugiej stronie sporu⁸⁸. W rezultacie sprawa ta dotyczyła tak naprawę pośredniego horyzontalnego skutku.

Teza, że podmioty prywatne nie są (bezpośrednio) związane przepisami TWE o swobodnym przepływie została w pełni potwierdzona przez ETS w kilku różnych orzeczeniach wydanych już po orzeczeniu w sprawie *Dansk Supermarked*. Przykładowo w orzeczeniu *van de Haar* ETS zauważył, że: „Artykuł 85 [obecnie 81 – przyp. M.Sz.] traktatu należy do reguł konkurencji, które są adresowane do przedsiębiorstw (...). Artykuł 30 [obecnie 28 – przyp. M.Sz.], z drugiej strony, należy do reguł, które starają się zapewnić swobodę przepływu towarów i, w tym celu, wyeliminować środki podejmowane przez państwa członkowskie, które mogą w jakikolwiek sposób przeszkadzać w takim swobodnym przepływie”⁸⁹. Jeszcze wyraźniejsze stwierdzenia zawarte są w orzeczeniu w sprawie *Ylaamse Reisbureaus*, gdzie ETS uznał, iż: „Artykuły 30 i 34 [obecnie 28 i 30 – przyp. M.Sz.] traktatu dotyczą jedynie środków publicznych, a nie postępowania przed-

⁸⁸ A. Lohse, *Fundamental Freedoms and Private Actors – towards an ‘Indirect Horizontal Effect’* \ op. cit., s. 185.

⁸⁹ Orzeczenie ETS w sprawie 177 i 178/82 *Postępowanie karne v. Jan van de Haar i Kaveka de Meern* BY, Zb. Orz. 1984, s. 1797, pkt 11–12; jak zauważył Peter Oliver, nawet jeżeli Trybunał nie zajął się tutaj bezpośrednio kwestią tego, czy podmioty prywatne są adresatami art. 28 TWE, to twierdzenie, że są one takimi adresatami, jest po wydaniu tego orzeczenia znacznie osłabione; P. Oliver, *Free movement of goods in the EEC*, London 1988, s. 55.

siębiorstw”⁹⁰. Postępowanie przedsiębiorstw (i innych podmiotów prywatnych) jest poddane traktatowym regułom o swobodnym przepływie jedynie pośrednio, a mianowicie poprzez koncepcję obowiązku ochrony oraz poprzez stanowiącą jej część koncepcję pośredniego horyzontalnego skutku (obligującą sądy krajowe do interpretacji i stosowania prawa krajowego w świetle podstawowych swobód).

Urzeczywistnianie przez sądy krajowe podstawowych swobód w relacjach pomiędzy podmiotami prywatnymi i związany z tym zakaz opierania się na umowach, które są sprzeczne z regułami o swobodnym przepływie, nie jest bynajmniej absolutny. W ramach prawnej struktury podstawowych swobód są przecież zawarte pewne dopuszczalne wyjątki (odstępstwa), które mogą być powoływane we wszelkich konstelacjach, w jakich podstawowe swobody są stosowane, także w konstelacjach związanych z omawianym trójkątem (tzn. państwo działające poprzez sąd krajowy oraz dwie strony prywatnoprawnego sporu). W tym kontekście do najistotniejszych wyjątków należą te związane z koniecznością urzeczywistniania praw podstawowych (przysługujących podmiotom prywatnym), a ta konieczność może być wzięta pod uwagę w ramach orzeczniczego wyjątku w postaci nadrzędnych względów interesu publicznego. W rezultacie, urzeczywistniając podstawowe swobody w odniesieniu do podmiotów prywatnych (w ramach koncepcji pośredniego horyzontalnego skutku) i biorąc pod uwagę podstawowe swobody (wartości i zasady zawarte w tych swobodach) przemawiające na korzyść pozycji strony sporu, która dochodzi tej pozycji (roszczenia) na podstawie postanowień prawa prywatnego, sąd krajowy musi także pamiętać o pozycji tej strony sporu (tej strony umowy), która chciałaby dochodzić realizacji tej umowy (odwołując się do przymusu państwowego) i która może się oprzeć w tym względzie na przysługujących jej podstawowych prawach, w tym zwłaszcza na swobodzie kontraktowania⁹¹ (swoboda kontraktowania zawiera w sobie m.in. swobodę kształtowania treści zawieranego kontraktu, nawet w sposób pozostający w sprzeczności z traktatowymi regułami o swobodnym przepływie). Skoro swoboda kontraktowania (jeśli ma być zapewniona, wymaga także wdrażania i przestrzegania wszystkich legalnie zawartych umów), jako prawo podstawowe, może usprawiedliwić naruszenie podstawowej swobody⁹², sąd krajowy jest zobligowany do wzięcia pod uwagę prawa podstawowego przysługującego przeciwnej stronie sporu i do wyważenia jej (uzgodnienia) z podstawową swobodą (która z kolei przemawia na korzyść innej strony danego sporu). W rezultacie uważne

⁹⁰ Orzeczenie ETS w sprawie 311/85 *ASBL Vereniging van Ylaamse Reisbureaus v. ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, Zb. Orz. 1987, s. 3801, pkt 30.

⁹¹ Swoboda kontraktowania jest trafnie uznawana za część (element) wolności prowadzenia działalności gospodarczej, która to wolność jest, jako prawo podstawowe, gwarantowana w art. 16 Karty Praw Podstawowych; zob. M. Ruffert, *Grundrecht der Berufsfreiheit*, w: D. Ehlers (red.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, op. cit., s. 450; H.D. Jarass, *EU-Grundrechte*, op. cit., s. 247; zob. też orzeczenie ETS w sprawie C-240/97 *Hiszpania v. Komisja*, Zb. Orz. 1999, s. I-6571, pkt 99.

⁹² „Skoro zarówno Wspólnota, jak też jej państwa członkowskie są zobowiązane do przestrzegania podstawowych praw, ochrona tychże praw stanowi legitymowany interes, który, co do zasady, usprawiedliwia naruszenie zobowiązań nałożonych przez prawo wspólnotowe, nawet na podstawie podstawowej swobody gwarantowanej przez Traktat, takiej jak swoboda przepływu towarów”: orzeczenie ETS w sprawie *Schmidberger*, pkt 74.

wyważanie podstawowej swobody i prawa podstawowego (przedstawione wyżej w ramach koncepcji obowiązku ochrony) musi mieć miejsce także w ramach koncepcji pośredniego horyzontalnego skutku. Ani podstawowe swobody, ani prawa podstawowe nie korzystają w tym kontekście z żadnego ustalonego abstrakcyjnie pierwszeństwa, jako że obie te wspólnotowe zasady mają równą rangę i w konkretnej sytuacji mogą co najwyżej uzyskać warunkowe pierwszeństwo.

V. UWAGI KOŃCOWE

Skoro pierwszoplanowymi adresatami przepisów TWE o swobodnym przepływie są państwa członkowskie, przepisom tym można przypisać bezpośredni weryfikalny skutek. Otwarta pozostaje kwestia, czy przepisom tym można także przypisać bezpośredni horyzontalny skutek, a więc czy do kategorii adresatów tych przepisów należą też podmioty prywatne. Odpowiedź na powyższe pytanie jest twierdząca jedynie w przypadku takich podmiotów prywatnych, które „w zbiorowy (kolektywny) sposób” regulują zarobkowe wykonywanie poszczególnych swobód. Chodzi zatem o podmioty, które tworzą pewne reguły w sposób przypominający wydawanie legislacyjnych aktów przez państwo, co przede wszystkim oznacza, że poszczególne jednostki nie mogą się w takich przypadkach dowolnie uchylić (odstąpić) od przestrzegania wzmiankowanych regulacji (jest to zatem swego rodzaju kolektywne stanowienie prawa przez podmioty prywatne). Jeżeli chodzi natomiast o pozostałe podmioty prywatne (niemające tego rodzaju regulacyjnej władzy), to argumenty przemawiające przeciwko ich bezpośredniemu wiązaniu przez reguły o swobodnym przepływie (szczególnie zaś niebezpieczeństwo nadmiernego wkroczenia w ten sposób w ich prywatną autonomię, która zarówno przez Unię, jak też przez państwa członkowskie jest respektowana pod auspicjami praw podstawowych) wydają się zdecydowanie przeważać nad argumentami przemawiającymi za takim bezpośrednim związaniem (do których należy w szczególności potrzeba efektywniejszej realizacji idei rynku wewnętrznego). Niemniej jednak odrzucenie koncepcji bezpośredniego horyzontalnego skutku (także w przypadku swobody przepływu pracowników, wbrew wyraźnym stwierdzeniom wypowiedzianym przez Trybunał w sprawie *Angonese*) nie oznacza bynajmniej, że podstawowe swobody rynku wewnętrznego (należące do najbardziej „prominentnych” zasad unijnego porządku prawnego) nie powinny być urzeczywistniane w ramach relacji pomiędzy podmiotami prywatnymi. Wartości i zasady zawarte w podstawowych swobodach powinny być urzeczywistniane także w relacjach horyzontalnych pomiędzy podmiotami prywatnymi, aczkolwiek powinno to następować dzięki odwołaniu się do koncepcji obowiązku ochrony oraz pośredniego horyzontalnego skutku (przy czym ta druga koncepcja jest elementem czy też częścią pierwszej koncepcji), które zostały wypracowane w krajowych porządkach prawnych niektórych państw członkowskich w odniesieniu do praw podstawowych. Istotne teleologiczne różnice pomiędzy podstawowymi swobodami rynku wewnętrznego oraz prawami podstawowymi nie są w tym względzie nieprzezwyciężalną przeszkodą, choć równocześnie powinny

one w pewien sposób wpływać na sposób stosowania obydwu koncepcji w odniesieniu do podstawowych swobód. Będąc związane obowiązkiem ochrony, państwa członkowskie są zobligowane do zwalczania zachowań i działań podmiotów prywatnych stanowiących przeszkodę w swobodnym przepływie. Koncepcja pośredniego horyzontalnego skutku obliguje z kolei sądy krajowe w państwach członkowskich do interpretacji i stosowania postanowień krajowego prawa prywatnego w świetle podstawowych swobód. Urzeczywistniając podstawowe swobody w relacjach pomiędzy podmiotami prywatnymi (dzięki odwołaniu się do obu koncepcji), państwa członkowskie muszą jednocześnie respektować zaangażowane tutaj i przysługujące podmiotom prywatnym prawa podstawowe i muszą w związku z tym dokładnie wyważać (uzgadniać) podstawowe swobody i prawa podstawowe we wszystkich sytuacjach, w których jest to konieczne.

**THE CONCEPT OF DUTY OF PROTECTION
OF FUNDAMENTAL FREEDOMS.
THE INDIRECT HORIZONTAL EFFECT
OF EC TREATY RULES OF FUNDAMENTAL FREEDOMS**

Since the primary addressees of the provisions of the Treaty concerning the free movement of goods, persons, services and Capital are the Member States (and the Community itself), to these provisions can be attributed vertical direct effect. The question remains whether these provisions have also horizontal direct effect, so whether to the category of the addressees of them belong also private parties (i. e. parties not connected functionally or structurally with the Member States). The answer to this question is affirmative only in case of private parties with regulatory power, i. e. in case of parties who regulate "in a collective manner" the economic operations covered by the objective scope of fundamental freedoms. As far as the others private parties (i. e. with no regulatory power) are concerned the arguments against their direct bond by rules on free movement (especially the danger of excessive transgression of their private autonomy, which is respected by the EU and by the Member States under the auspices of fundamental rights) are strongly prevailing over the arguments for such a direct bond (especially the need of much more effective realization of the internal market's idea). But the rejection of the concept of horizontal direct effect (also in case of free movement of workers, even if it is contrary to the *Angonese* judgment of the ECJ) does not mean that fundamental freedoms of the internal market (which are the prominent principles of EU legal order) should not be materialized within the relations between private parties. The values and principles included in fundamental freedoms of the internal market should also be in force in case of horizontal relations between private parties, but thanks to the concept of "duty of protection" and the concept of "indirect third party effect" (the latter being the part of the former concept) which were elaborated in some constitutional legal orders of the Member States in case of fundamental rights. The important teleological and structural differ-

ences between fundamental freedoms of the internal market and the fundamental rights are not an insurmountable obstacle in that respect, although they should influence to some extent on the way in which both concepts are applied in case of fundamental freedoms. Being bound by the “duty of protection” Member States are obliged to combat such conduct and acts of private persons which form an obstacle in the free movement. The concept of “indirect third party effect” obliges the courts of Member States to interpreting and applying of the provisions of the national private law in the light of the fundamental freedoms. Materializing the fundamental freedoms within the relations between private parties (through the recourse to the discussed concepts) the Member States are also obliged to respect the private persons’ fundamental rights which are involved here and must therefore thoroughly outweigh fundamental freedoms and fundamental rights in all situations in which this appears to be necessary.