Iwona Wróblewska¹

**Glosa do wyroku Federalnego Sądu Konstytucyjnego z 22 lutego
2011 r., 1 BvR 699/06, BVerfGE 128,226 – *Fraport*²**

Przedsiębiorstwo gospodarczo mieszane – zorganizowane w formie prawa prywatnego, ale kontrolowane przez podmiot publiczny – podlega konstytucyjnym przepisom dotyczącym praw i wolności tak samo jak przedsiębiorstwo w całości należące do państwa, a więc bezpośrednio.

Zastosowanie formy prawa prywatnego nie zwalnia władzy państwowej z obowiązku wyrażonego w art. 1 ust. 3 Ustawy Zasadniczej (UZ), zgodnie z którym „prawa podstawowe jako prawo bezpośrednio obowiązujące wiążą ustawodawstwo, władzę wykonawczą i wymiar sprawiedliwości.” Prawa podstawowe obowiązują pomimo prywatyzacji.

W związku z powyższym, na lotnisku we Frankfurcie nad Menem, które zorganizowane jest w formie spółki akcyjnej z większościowym udziałem podmiotów publicznych, obowiązują art. 5 ust. 1 zd. 1 oraz art. 8 ust. 1 Ustawy Zasadniczej, a więc wolność słowa i wolność zgromadzeń³.

Głosowany wyrok jest jednym z ciekawszych i ważniejszych rozstrzygnięć, jakie zapadły przed FSK w ostatnich latach. Spotkał się z szerokim

¹ Autorka jest adiunktem w Katedrze Prawa Konstytucyjnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu. E-mail: iwona_wroblewska@wp.pl.

² Artykuł powstał w ramach projektu badawczego pt. „Drittwirkung der Grundrechte” jako konstrukcja prawna. Doświadczenia niemieckie i rekomendacje dla Polski” finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki (2014/15/B/HSS/03190).

³ W niniejszym artykule korzystam z tekstu wyroku opublikowanego na stronie FSK: http://www.bverfg.de/e/rs20110222_1bvr069906.html (15.08.2017).

i zasadniczo afirmatywnym przyjęciem z niemieckiej literaturze prawniczej⁴, aczkolwiek – co zostanie niżej w wybranych aspektach uwidocznione – nie brakuje w niej krytycznych komentarzy w odniesieniu do poszczególnych elementów uzasadnienia. Znaczenie wyroku wyraża się przede wszystkim w tym, że zawiera on nowe istotne elementy doprecyzowujące status mieszanych gospodarczo podmiotów w świetle art. 1 ust. 3 Ustawy Zasadniczej. Wysiłki Sądu Konstytucyjnego koncentrują się na próbie stworzenia dogmatycznej formuły, dzięki której państwo wybierając prywatnoprawną formę działania nie będzie mogło wyzbyć się odpowiedzialności za prawa i wolności gwarantowane konstytucyjnie. Istotnym następstwem rozstrzygnięcia jest więc wzmocnienie efektywności ochrony konstytucyjnej, głównie jednak w zakresie bardzo szeroko zinterpretowanej przez sędziów wolności zgromadzeń. W ramach analizy wyroku 1 BvR 699/06 uzasadnione jest również zbadanie, jakie znaczenie ma rozszerzenie zakresu obowiązywania praw podstawowych poza tradycyjnie rozumianą relację wertykalną (jaka zachodzi między podmiotem prywatnym, a państwem przybierającym postać organu władzy publicznej) w świetle funkcjonującej w orzecznictwie FSK koncepcji horyzontalnego skutku praw i wolności.

Dyskusje na temat konstytucyjnego statusu państwowych przedsiębiorstw zorganizowanych w formach prawa prywatnego toczono już w niemieckiej nauce prawa już od początku XX wieku. Przez dziesięciolecia akcentowano w niej przede wszystkim pogląd o posiadaniu przez takie przedsiębiorstwa praw podstawowych, a przynajmniej o konieczności ochrony interesów ich prywatnych

⁴ Por. M. Goldhammer, *Grundrechtsberechtigung und – verpflichtung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen*, „JuS” 2014, nr 10, s. 891; E. Gurlit, *Grundrechtsbindung von Unternehmen*, „NZG” 2012, nr 7, s. 249; P.-L. Krüger, *Versammlungsfreiheit in privatisierten öffentlichen Räumen*, „DÖV” 2012, nr 21, s. 837; T. Pfeiffer, *BverfG: Grundrechtsbindung gemischt öffentlich-privater Unternehmen*, „LMK” 2011, nr 9, 322526; M. Sachs, *Grundrechte: Versammlungs – und Meinungsäußerungsfreiheit. Unmittelbare Grundrechtsbindung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen; Grundrechtsschutz von Demonstrationen auf Flughafengelände*, „JuS” 2011, nr 7, s. 665; J.Ph. Schaefer, *Neues vom Strukturwandel der Öffentlichkeit. Gewährleistungsverwaltung nach dem Fraport-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, „Der Staat” 2012, nr 51, s. 251. Na łamach polskiej literatury do wyroku odwołuje się B. Skwara, *Publicyzacja prawa prywatnego na tle niemieckiego orzecznictwa konstytucyjnego poświęconego mocy obowiązującej praw człowieka*, [w:] *Ewolucja demokracji przedstawicielskiej w krajach Europy Środkowej i Wschodniej*, red. M. Paździor, B. Szmulik, Lublin 2013, s. 349–350 oraz id., *W obronie bezpośredniego horyzontalnego obowiązywania praw człowieka*, „Przegląd Sejmowy” 2017, nr 1, s. 82.

udziałowców⁵. Stanowisko to w odniesieniu do mieszanych osób prawnych wykonujących zadania publiczne w zakresie zabezpieczenia warunków bytowych FSK zakwestionował już w krytycznie⁶ przyjętym orzeczeniu z 16 maja 1989 r.⁷ w sprawie HEW. Kontynuacją i istotnym uzupełnieniem nakreślonej wówczas linii orzeczniczej jest właśnie wyrok z 2011 r. W jego przypadku centralnym problemem wymagającym rozstrzygnięcia było zagadnienie odpowiedzialności przedsiębiorstw mieszanych w świetle praw podstawowych. Najważniejsze pytanie brzmiało: czy władająca lotniskiem we Frankfurcie nad Menem spółka akcyjna *Fraport* musi respektować demonstracje organizowane na jego terenie, czy też może ich zabronić powołując się na prawo własności? Wyrok 1 BvR 699/06 zapadł w składzie całego Pierwszego Senatu FSK, większością głosów 7:1; jeden z sędziów złożył zdanie odrębne⁸, nie kwestionując wszakże podstawowej tezy wyroku. Zgodnie z nią gwarancyjne oddziaływanie praw podstawowych zostało rozciągnięte na obszar stosunków między jednostkami a podmiotami sprywatyzowanymi, co oznacza, że FSK zrównał pod względem zakresu odpowiedzialności z tytułu praw podstawowych przedsiębiorstwa mieszane z przedsiębiorstwami w całości należącymi do państwa⁹.

Stan faktyczny sprawy dotyczył protestów mających miejsce na międzynarodowym lotnisku we Frankfurcie nad Menem. Lotnisko zorganizowane jest w formie przedsiębiorstwa mieszanego, zarządzanego przez spółkę akcyjną *Fraport*, w której w chwili rozstrzygania sprawy przez FSK 52% udziałów znajdowało się w rękach podmiotów prawa publicznego – landu *Hessen* i miasta Frankfurt nad Menem. *Fraport* S.A. obok obsługi ruchu lotniczego wynajmuje przestrzeń lotniska – zarówno część zamkniętą dla posiadających kartę pokładową jak i publicznie dostępną – prowadzącym liczne sklepy, punkty usługowe czy restauracje.

⁵ Zob. więcej na ten temat J.Ph. Schaefer, op.cit., s. 254. S. Lange, *BverfGE v. 22.02.2011–1 BvR 699/06 (Grundrechtsbindung der Fraport AG)*, „Rechtsprechungs-Report der Ruhr-Universität Bochum” 2011, nr 1, s. 46, https://zrsweb.zrs.rub.de/rubrr2/?wpfb_dl=93 (15.08.2017).

⁶ Por. autorzy przywołani przez S. Lange, op.cit., 46 i J.Ph. Schaefera, op.cit., s. 255.

⁷ 1 BvR 705/88, NJW 1990, nr 29, s. 1783.

⁸ *Abweichende Meinung des Richters Schluckebier zum Urteil des Ersten Senats vom 22. Februar 2011, 1 BvR 699/06.*

⁹ J.Ph. Schaefer, op.cit., s. 255–256.

Skarżąca, będąca aktywistką zaangażowaną w obronę praw człowieka, organizowała wraz z 5 innymi osobami w marcu 2003 r. na terenie hali odlotów demonstracje przeciwko odbywającym się na nim deportacjom oraz rozdawała ulotki pasażerom. W konsekwencji otrzymała od zarządcy lotniska pisemny i bezterminowy zakaz wstępu na jego teren. Możliwość dalszego agitowania uzależniono od otrzymania zgody. Na wystosowany przez skarżącą wniosek o jej wyrażenie *Fraport* S.A. zareagował odmową. Głosowany wyrok został wydany w efekcie wniesienia skargi konstytucyjnej na wyrok Federalnego Trybunału Sprawiedliwości z 20 stycznia 2006 r., V ZR 134/05, który oddalił rewizję skarżącej na wyroki sądów cywilnych I i II instancji¹⁰, stwierdzających, iż spółka *Fraport* korzystając z przysługującego jej prawa własności może swobodnie decydować o sposobie użytkowania należącego do niej obiektu, w tym o tym kto i w jakim celu na nim przebywa.

Najbardziej rozbudowana i najważniejsza część uzasadnienia wyroku FSK z 22 lutego 2011 r. dotyczy problemu zobowiązania przedsiębiorstw gospodarczo mieszanych z tytułu przepisów Ustawy Zasadniczej dotyczących praw podstawowych. Kluczowy wniosek sądu w tym przedmiocie jest taki, że prywatyzacja podmiotów państwowych nie może uzasadniać obniżania standardu ochrony konstytucyjnej. Ochrona musi być zapewniona niezależnie od sposobu organizacji i formy prawnej, w jakiej państwo występuje, przy czym konieczne jest zaistnienie pewnych warunków w odniesieniu do stosunków własnościowych przedsiębiorstwa, o czym będzie szczegółowo mowa niżej. Swoją argumentację FSK opiera przede wszystkim na interpretacji art. 1 ust. 3 Ustawy Zasadniczej, zgodnie z którym prawa podstawowe jako prawo bezpośrednio obowiązujące wiążą ustawodawstwo, władzę wykonawczą i wymiar sprawiedliwości. Z tego przepisu, zdaniem sędziów, wynika elementarna różnica między obywatelem a państwem. Podczas gdy ten pierwszy jest co do zasady wolny i nie ma obowiązku tłumaczenia się ze swoich poczynań, to drugie jest co do zasady zobowiązane i musi uzasadniać swoje działania również wtedy, gdy dla wykonywania zadań korzysta z form prawa cywilnego. FSK przywołuje w tym kontekście zasadę zakazu „ucieczki w prawo prywatne” („*keine Flucht ins Privatrecht*”), która funk-

¹⁰ Sądu Rejonowego z 20 grudnia 2004 r., 31 C 2799/04–23 oraz Sądu Krajowego we Frankfurcie nad Menem z 20 maja 2005 r., 2/1 S 9/05.

cjonuje w niemieckiej doktrynie prawa już od czasów Republiki Weimarskiej i określa granicę swobody administracji w zakresie wyboru formy działania¹¹. Prywatna forma zorganizowania podmiotu publicznego nie może usprawiedliwiać wyzbycia się przezeń odpowiedzialności konstytucyjnej¹².

Jak to ujął na łamach swojego artykułu jeden z sędziów podpisanych pod wyrokiem podstawowe pytanie, na które FSK musiał udzielić odpowiedzi brzmiało: czy spółka akcyjna *Fraport* jest „państwem” i w związku z tym bezpośrednio podlega zagwarantowanym w UZ prawom podstawowym, czy też jest „prywatna” i w relacji z innymi podmiotami praw konstytucyjnych może się powołać na swoje podstawowe prawo własności i w związku z tym swobodnie decydować kto i kiedy może demonstrować czy rozdawać ulotki¹³.

Wyżej już podkreślono, że kontynuując swoją wcześniejszą linię orzecniczą FSK zakwestionował funkcjonujące w niemieckiej literaturze stanowisko, wedle którego gospodarczo mieszane przedsiębiorstwa mogą, przynajmniej w pewnym zakresie, powoływać się na prawa podstawowe. Zgodnie z tym stanowiskiem rozróżniano między osobą prawną jako całością a publicznym udziałowcem, przy czym związanie prawami podstawowymi miało być ograniczone tylko do tego drugiego¹⁴.

Zdaniem FSK podejście to nie jest przekonujące, ponieważ jego akceptacja oznaczałaby fragmentaryzację pomyślanego jako jedność przedsiębiorstwa, co jest szczególnie problematyczne z punktu widzenia jego odpowiedzialności z tytułu praw podstawowych. Nie może ona być bowiem realizowana kwotowo. Konieczność pełnej i efektywnej ochrony konstytu-

¹¹ F. Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen 1928, s. 326.

¹² Niemiecka administracja korzysta z rozmaitych postaci prywatyzacji. W przepisach prawa jest bardzo niewiele regulacji na ten temat, więc ma ona dużą swobodę wyboru form, i zasadniczo od jej samodzielnej decyzji zależy czy chce działać na zasadach prawa publicznego czy prywatnego. W Niemczech funkcjonuje pojęcie prywatnego prawa administracyjnego (*Verwaltungsprivatrecht*), które odnosi się do sytuacji, gdy podmiot władzy realizuje określone zadania i cele publiczne w formach prywatnoprawnych (np. dostarcza prąd, usuwa ścieki, organizuje ruch drogowy). Por. D. Ehlers, *Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Berlin 2010.

¹³ J. Masing, *Grundrechtsschutz trotz Privatisierung*, [w:] *Demokratie-Perspektiven. Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag*, red. M. Bäuerle, Ph. Dann, A. Wallrabenstein, Mohr Siebeck 2013, s. 409–428. W niniejszym artykule korzystam z rękopisu tego tekstu, udośćnionego przez autora, ibidem, s. 7 rękopisu.

¹⁴ J. Masing, op.cit., s. 9.

cyjnej jest tym czynnikiem, który w argumentacji FSK wysuwa się na plan pierwszy i przesądza o bezpośrednim podleganiu gospodarczo mieszanym przedsiębiorstw przepisom UZ w zakresie praw podstawowych. Zobowiązani są więc zarówno publiczni udziałowcy, jak i przedsiębiorstwo jako całość.

Aby tak się stało, konieczne jest jednak zaistnienie w stosunkach własnościowych przedsiębiorstwa okoliczności określonej jako kryterium dominacji czy też kontroli (*Kriterium der Beherrschung*). Zakłada ono, że podmiot publiczny dysponuje udziałem większościowym, a więc posiada ponad 50% udziałów w spółce. W tym względzie FSK oparł się na cywilnoprawnej kwalifikacji zawartej w odpowiednich przepisach ustawy o akcjach¹⁵ oraz dyrektywy 2004/109/WE PE i Rady z 15 grudnia 2004 r.¹⁶. Jak wiadomo, w momencie rozstrzygania sprawy przez sąd *Fraport S.A.* spełniała powyższy warunek.

Trzeba zaznaczyć, że FSK w ramach kryterium dominacji chce widzieć nie tyle konkretne uprawnienia w ramach pakietu kontrolnego, ale ogólną odpowiedzialność za kierunek działania przedsiębiorstwa. Kryterium dominacji, ograniczone jedynie do dysponowania znacznym pakietem akcji, jest zawodne, ponieważ ze względu na szczegółowe uregulowania prawa akcyjnego nie zawsze musi automatycznie przekładać się na możliwość faktycznego kontrolowania spółki akcyjnej. Dlatego też, w opinii FSK, decydujące znaczenie ma całościowa ocena przedsiębiorstwa pod kątem jego aktywności i odpowiedź na pytanie, czy wykonuje ono działalność państwową, czy też odwrotnie – bazuje na aktywności prywatnej z udziałem państwa¹⁷. W pierwszym przypadku aktualizuje się bezpośrednia odpowiedzialność przedsiębiorstwa z tytułu przepisów UZ dotyczących praw podstawowych, co w świetle katerycznego postawienia sprawy przez FSK oznacza, że w sporach z obywatelem nie może się powoływać na swoje prawa podstawowe, w drugim – przedsiębiorstwo jest ich podmiotem i może czynić z nich użytek.

¹⁵ § 16 i § 17 ustawy z 6 września 1965 r. o akcjach.

¹⁶ Art. 2 ust. 1 lit. f dyrektywy 2004/109/WE PE i Rady z 15 grudnia 2004 r. w sprawie harmonizacji wymogów dotyczących przejrzystości informacji o emitentach, których papiery wartościowe dopuszczane są do obrotu na rynku regulowanym oraz zmieniająca dyrektywę 2001/34/WE.

¹⁷ FSK przeciwstawia „prywatną aktywność z udziałem państwa” „państwowej aktywności z udziałem podmiotów prywatnych”.

Konkluzja ta, aczkolwiek ujęta przez sędziów FSK dosyć lakonicznie, ma w kontekście przyjętego rozstrzygnięcia znaczenie absolutnie kluczowe. W wyroku nie wyjaśniono wprawdzie szerzej (poza wskazaniem na usługi pocztowe i telekomunikacyjne), jakie rodzaje aktywności należą do „państwowych”, ale można w uproszczeniu przyjąć, iż chodzi o te z nich, które mają na celu zabezpieczenie szeroko rozumianych potrzeb ludności. W interesującym nas przypadku sędziowie zgodzili się z twierdzeniem skarżącej, iż *Fraport S.A.* działa jako osoba prawna, której zostały przekazane funkcje administracji państwowej w obszarze komunikacji lotniczej, a teren lotniska jest elementem infrastruktury świadczącej usługi użyteczności publicznej.

Odwołanie się w wyroku 1 BvR 699/06 do kryterium aktywności państwowej zasługuje na komentarz z kilku powodów. Po pierwsze, wpisuje się w obecny we współczesnym orzecznictwie sądowym trend charakterystyczny dla rozstrzygania skomplikowanych przypadków dotyczących relacji podmiotów prywatnych z podmiotami sprywatyzowanymi realizującymi zadania o charakterze publicznym. Wskazana wyżej konkluzja niemieckiego FSK nie jest bowiem rozwiązaniem oryginalnym, choć akurat w tym zakresie sąd nie określa jakichkolwiek źródeł inspiracji. Ujmując rzecz w uproszczeniu, podejście, zgodnie z którym do rozstrzygnięcia czy pomiot prywatny będzie poddany restrykcjom wynikającym z konstytucji konieczne jest ustalenie jego udziału w wykonywaniu zadań państwa odpowiada formule działania państwowego (*state action*) rozwijanej od wielu dziesięcioleci w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA. Sąd ten bardzo często jest konfrontowany z problemem prywatyzacji, co ma przełożenie na bogate orzecznictwo w tej materii. Jeśli działanie prywatne zostanie sklasyfikowane jako działanie państwowe, to wykorzystuje się do jego oceny te same narzędzia, co do oceny działania państwowego, i w efekcie, podmiot prywatny jest zobowiązany z tytułu konstytucyjnych praw tak samo jak organ państwa¹⁸. Trzeba podkreślić, że w tym duchu wypowiedział się kilkakrotnie również polski Trybunał Konstytucyjny, wskazując na istnienie podmiotów prywatnych, które z ra-

¹⁸ Dzieje się tak, mimo iż formalnie w USA nie uznaje się horyzontalnego obowiązywania praw i wolności konstytucyjnych. Zob. więcej na ten temat I. Wróblewska, *Rozwój doktryny state action w orzecznictwie sądowym Stanów Zjednoczonych*, [w:] *Sądy i trybunały wobec problemu horyzontalnego działania praw jednostki*, red. M. Florczak-Wątor, Kraków 2015, s. 43–58.

cji realizacji zadań publicznych są adresatami obowiązków konstytucyjnych wynikających z uregulowań dotyczących praw i wolności jednostek¹⁹. Warto tu przywołać fragment postanowienia TK z 6 lutego 2001 r., w którym w odniesieniu do publicznych zakładów opieki zdrowotnej stwierdził, że podmioty realizujące funkcje władzy nie są „adresatami uprawnień wynikających z poszczególnych praw konstytucyjnych, lecz adresatami obowiązków związanych z realizacją praw innych podmiotów. Trzeba też podkreślić, iż rozszerzenie zakresu podmiotowego praw konstytucyjnych na wskazane wyżej osoby prowadziłoby do utożsamienia podmiotów ingerujących w te prawa z ich nosicielami. Wykonywanie obowiązków konstytucyjnych związanych z realizacją praw i wolności jednostek zostało jednakże nałożone nie tylko na organy władzy publicznej, lecz również na inne podmioty, których działania mieszczą się w szeroko rozumianym zakresie władztwa publicznego”²⁰.

Następnym istotnym elementem głosowanego rozstrzygnięcia jest uznanie, iż w wyrokach sądów niższych instancji doszło do naruszenia praw skarżącej z art. 5 ust. 1 zd. 1 i 8 ust. 1 Ustawy Zasadniczej RFN. W pierwszej kolejności FSK szeroko uzasadnił naruszenie wolności zgromadzeń z art. 8 ust. 1, który brzmi: „Wszyscy Niemcy mają prawo bez zgłoszenia lub zezwolenia gromadzić się pokojowo i bez broni”²¹. Przy interpretacji obu przepisów sąd zastosował utrwalone w dotychczasowym orzecznictwie ustalenia w zakresie ich znaczenia do jakościowo nowego problemu, jakim była ocena statusu gospodarczo mieszanych przedsiębiorstw. Zwraca uwagę fakt szerokiego korzystania w tym fragmencie uzasadnienia z wykładni prawnoporównawczej i odwoływania się do dorobku sądów amerykańskich i kanadyjskich, co w przypadku niemieckiego Sądu Konstytucyjnego nie jest zabiegiem częstym.

¹⁹ Zob. orzeczenia przywołane przez M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych*, Kraków 2014, s. 411–413. Autorka zauważa, że polski TK odmawia statusu beneficjenta konstytucyjnych praw i wolności również partiom politycznym i publicznym podmiotom gospodarczym, ale nie czyni ich automatycznie podmiotem zobowiązanym, ibidem, s. 413.

²⁰ TS 148/00.

²¹ Tłumaczenie przepisów Ustawy Zasadniczej RFN w niniejszym tekście pochodzi z książki *Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec z 23 maja 1949 r., Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949. Wersja niemiecka i polska z uwzględnieniem tekstów wszystkich kolejnych zmian*, wydanie II według stanu na 31 grudnia 1996 r., red. L. Janicki, Poznań 1997.

FSK przypomniał, iż chroniona art. 8 UZ wolność zgromadzeń oznacza swobodę zbierania się grupy osób w celu wspólnego manifestowania lub dyskusowania, nakierowanego na udział w kształtowaniu opinii publicznej. Podkreślił, co ma istotne znaczenie dla podjętego rozstrzygnięcia, że dotyczy ona również prawa wyboru miejsca zgromadzenia, którym mogą być nie tylko ulice, publiczne drogi i place, ale również inne miejsca publicznej komunikacji (*öffentlicher Kommunikationsraum*). Wolność zgromadzeń obowiązuje na nich niezależnie od tego, czy są częścią większej infrastruktury czy funkcjonują jako osobne pomieszczenie; czy przestrzeń o której mowa jest zadaszona czy nie; czy podlega prawu publicznemu czy cywilnemu. Ten kto otwiera centra handlowe, pasaże sklepowe i inne miejsca spotkań jest zobowiązany z tytułu art. 8 ust. 1 UZ.

Konkretyzując pojęcie przestrzeni publicznej komunikacji FSK odwołał się do wypracowanego w orzecnictwie sądów amerykańskich i kanadyjskich modelu forum publicznego²². Jeżeli takie miejsce jest „ogólnie dostępne” i nie jest w sposób wyraźny oznaczone jako przeznaczone do określonego sposobu użytkowania, to obywatele mają prawo zbierać się na nim i eksploatować je w celu dyskusowania. W ocenie FSK przeważająca powierzchnia lotniska we Frankfurcie odpowiada kryteriom forum publicznego, gdyż poza sektorami bezpieczeństwa, które nie są ogólnie dostępne i miejscami przeznaczonymi do oznaczonych celów (np. wydawania bagażu), jego obszar zajmują otwarte dla wszystkich liczne sklepy, punkty usługowe, restauracje, miejsca rozrywki.

W dalszej kolejności swojego wywodu FSK wyjaśnił warunki ograniczenia swobody z art. 8 ust. 1 UZ w odniesieniu do frankfurckiego lotniska. Odwołał się w tym celu do treści ust. 2 tego artykułu, wedle którego „w odniesieniu do zgromadzeń pod gołym niebem prawo to może zostać ograniczone ustawą lub na podstawie ustawy”. FSK dokonał szerokiej wykładni sformułowania „zgromadzenie pod gołym niebem”, włączając w jego ramy

²² Są to orzeczenia Sądu Najwyższego Kanady, *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada* (1991) 1 S.C. R. 139 i Sądu Najwyższego USA, *International Society for Krishna Consciousness <ISKCON> v. Lee*, 505 U.S. 672 (1992). Warto zwrócić uwagę na dużo wcześniejsze orzeczenie SN USA *Marsh v. Alabama* z 1946 r., 326 U.S. 501 (1946), dotyczące rozdawanie ulotek religijnych bez uzyskania zezwolenia w prywatnie administrowanym mieście.

znaczeniowe zgromadzenia w „miejscach publicznej komunikacji”, niezależnie od tego czy odbywają się one literalnie na świeżym powietrzu czy też na terenie budynku, ale w niewydzielonym miejscu, tak jak to miało miejsce na frankfurckim lotnisku. Zgodnie z taką definicją ograniczenie swobody zgromadzeń na tym lotnisku wymagałoby formy ustawy (*Gesetzesvorbehalt*) wyraźnie wskazującej, iż chodzi o ingerencję w art. 8 ust. 1 (ma tu zastosowanie tzw. „nakaz cytowania” z art. 19 ust. 1 zd. 2 UZ). Jednak w ocenie FSK specyficzna struktura własności tego obiektu skutkuje istotnymi modyfikacjami ogólnych reguł działania tzw. ustaw ingerencyjnych (*Eingriffsgesetze*). Jeżeli bowiem dopuszcza się działanie władzy publicznej w formach prawa prywatnego, to ta władza wprowadzając ograniczenia swobody zgromadzeń może wspierać się odpowiednimi, traktującymi o prawie własności przepisami Kodeksu cywilnego (§ 903²³ i § 1004²⁴), mimo, iż przepisy te nie odnoszą się do zgromadzeń i tym samym nie spełniają wymogów ustaw ingerencyjnych.

Jeśli chodzi o art. 5 ust. 1 zd. 1 UZ, stanowiący, iż każdy ma prawo do swobodnego wyrażania i rozpowszechniania swoich poglądów w słowie, piśmie i obrazie oraz do zasięgania bez przeszkód informacji z powszechnie dostępnych źródeł, to jak wskazał FSK chroni on wolność słowa zarówno pod względem treści jak i formy, a także miejsca i czasu wypowiedzi. W odróżnieniu od swobody zgromadzeń realizacja wolności słowa nie jest ograniczona do przestrzeni publicznej komunikacji. FSK stwierdził, że rozdawanie na frankfurckim lotnisku ulotek prezentujących określone poglądy zawiera się w obszarze ochrony. Uzależnienie prawa wstępu na teren lotniska od powstrzymywania się od tego rodzaju agitacji narusza prawo swobodnej wypowiedzi.

Również w przypadku wolności słowa możliwe jest, na podstawie ust. 2 art. 5 UZ, jej ograniczenie, przede wszystkim w drodze ustaw powszechnie-

²³ „Właściciel rzeczy może postąpić z rzeczą wedle swego upodobania i wykluczyć innych od wszelkiego na nią oddziaływania, o ile nie sprzeciwiają się temu ustawa lub prawa osób trzecich”.

²⁴ „Jeżeli uszczupla się własność w inny sposób, aniżeli przez odebranie lub zatrzymanie posiadania, właściciel może żądać od tego, kto własność zakłóca, aby uszczuplenie to usunął. Jeżeli istnieje obawa dalszych uszczupleń, właściciel może skarżyć o zaniechanie. Roszczenie jest wykluczone, gdy właściciel jest obowiązany do tolerowania”.

nych. Zasadniczo *Fraport* S.A. może w relacjach z innym podmiotem prywatnym powołać się na swoje prawo własności z Kodeksu cywilnego, jednak, co FSK wyraźnie podkreślił, wykładnia i stosowanie przepisów prawa cywilnego musi odbywać się z poszanowaniem praw podstawowych. Spółka *Fraport* jest podmiotem bezpośrednio zobowiązanym z tytułu praw podstawowych, więc jej korzystanie z prawa własności absolutnie nie może być dowolne, przeciwnie, podlega daleko idącym restrykcjom. Oznacza to m.in., że ograniczenie swobody zgromadzeń czy wolności słowa na terenie lotniska musi być usprawiedliwione prawnie legitymowanym, uzasadnionym celem odwołującym się do dobra wspólnego. Nie jest nim, powtórzmy za FSK, zamiar stworzenia przez administratora lotniska „atmosfery dobrego samopoczucia” (*Wohlfühlatmosfera*) wolnej od polityki i sporów społecznych. Przede wszystkim przy ocenie konstytucyjności powyższych ograniczeń należy uwzględniać wymogi zasady proporcjonalności. FSK uznał, iż w skardze konstytucyjnej zasadnie podniesiono zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 oraz art. 5 ust. 1 zd. 1 UZ ze względu na złamanie tej zasady. Generalny zakaz zgromadzeń ustanowiony na czas nieokreślony, w przeciwieństwie do względów bezpieczeństwa i funkcjonalności lotniska, nie może usprawiedliwiać naruszenia praw podstawowych. Podobnie w przypadku wolności słowa, ogólny zakaz rozdawania ulotek nie spełnia testu proporcjonalności.

Zasadnicza teza omawianego w niniejszej glosie wyroku odnosi się do podmiotowego zakresu obowiązywania praw podstawowych. Skuteczność praw podstawowych została w nim potwierdzona w odniesieniu do relacji, która *prima facie* nie ma charakteru wertykalnego, ponieważ po żadnej ze stron nie występuje państwo (organ władzy publicznej). Można w związku z tym postawić pytanie: czy wyrok z 22 lutego 2011 r. forsuje absolutne działanie praw podstawowych w sensie podmiotowym, a więc oznacza zwrot ku ich bezpośredniej horyzontalnej skuteczności? Przypomnijmy, iż w orzecznictwie FSK od wyroku w sprawie *Lüth* z 1958 r. obowiązuje tzw. *Drittwirkung* tych praw w wersji pośredniej²⁵, zakładające, iż normy UZ wyrażające prawa podstawowe²⁶ wyznaczają obiektywny porządek wartości, a zatem muszą być uwzględnione w wykładni prawa prywatnego (głów-

²⁵ Zob. wyrok z 15 stycznia 1958 r., 1 BvR 400/51, BverfGE 7, 198 – *Lüth*.

²⁶ Poza art. 9 ust. 3 zd. 2.

nie za pośrednictwem klauzul generalnych i zasad ogólnych). Z kolei bezpośrednia horyzontalna skuteczność (*unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte*) zakłada możliwość powoływania się przez jednostkę na naruszenie swoich praw podstawowych zarówno przeciwko państwu jak i osobom prywatnym i formułowanie roszczeń bezpośrednio na podstawie przepisu UZ²⁷. Paradoksalnie, gdyby chcieć rozstrzygnąć ten dylemat właśnie w oparciu o fakt rozciągnięcia zobowiązania z tytułu konstytucyjnych praw i wolności na podmioty mieszane publiczno-prywatne, odpowiedź na postawione wyżej pytanie – na tle argumentacji sędziów FSK – musiałaby być negatywna²⁸. Przede wszystkim, w ocenie sądu nie można stawiać znaku równości między podmiotem prywatnym a sprywatyzowanym w sytuacji w której ten drugi jest zdominowany w sensie ilości udziałów przez państwo i prowadzi działalność w obszarze tradycyjnych funkcji państwa. Decydujące znaczenie ma więc nie forma prawna, w jakiej dany podmiot działa, ale to, kto jest rzeczywistym uczestnikiem stosunków prawnych. W tym sensie *Fraport S.A.* jest „prywatny” jedynie w znaczeniu formalnym, a nie materialnym. W omawianym przypadku mamy więc do czynienia z co najwyżej pozornie prywatnoprawnym stosunkiem, a tylko w sytuacji występowania materialnie prywatnoprawnej relacji można zasadnie mówić o bezpośredniej horyzontalnej skuteczności praw podstawowych (o pośredniej zresztą też). FSK w uzasadnieniu celowo i wyraźnie rozróżnia między bezpośrednim związaniem prawami podstawowymi (bezpośrednim obowiązywaniem) wyrażonym zwrotem „*unmittelbare Grundrechtsbindung*”, a pośrednim *Drittwirkung*²⁹, przy czym jedynie to pierwsze rezerwuje dla państwa, jego organów i – jak wynika z orzeczenia – podmiotów gospodarczych kontrolowanych przez państwo. Tym, co ewentualnie zbliża wyrok z 22 lutego 2011 r. do bez-

²⁷ Zob. szerzej na ten temat M. Florczak – Wątor, *Horyzontalny wymiar...*, s. 67–115 oraz I. Wróblewska, *Horyzontalne działanie praw podstawowych w Niemczech*, [w:] *Oddziaływanie współczesnych konstytucji na stosunki między podmiotami prywatnymi. The Influence of Contemporary Constitutions on Relations between Private Individuals*, red. nauk. M. Florczak-Wątor, Kraków 2015, s. 17–41.

²⁸ Przeciwną tezę można spotkać w polskim piśmiennictwie, zob. B. Skwara, *W obrocie...*, s. 82.

²⁹ Termin *Drittwirkung der Grundrechte* oznacza obowiązywanie praw podstawowych w relacji między podmiotami prywatnymi, a zatem zawiera się w zakresie znaczeniowym bardziej ogólnego pojęcia *Grundrechtsbindung*.

pośredniego *Drittwirkung* jest wykorzystana w uzasadnieniu konstrukcja „forum publicznego”, której szerokie ujęcie umożliwiło FSK w wydanym kilka lat później rozstrzygnięciu z 2015 r. w sprawie *Bierdosen – Flashmob*, również dotyczącym wolności zgromadzeń, włączyć w jego ramy znaczeniowe przestrzeń prywatną w sensie materialnym³⁰. I choć w tym drugim wyroku FSK *explicite* deklarował, iż mamy do czynienia z pośrednim *Drittwirkung*, to konsekwencje zastosowania tej konstrukcji w odniesieniu do prawa własności w pełni prywatnej spółki są identyczne jak w przypadku zdominowanej przez państwo *Fraport S.A* i bezpośredniego *Grundrechtsbindung*. I rzeczywiście, w obydwu orzeczeniach sam FSK przyznaje, że pośrednie obowiązywanie praw podstawowych może być tak samo intensywne, jak ma to miejsce w przypadku obowiązywania bezpośredniego, zwłaszcza jeśli podmiot prywatny wykonuje funkcje tradycyjnie należące do państwa. Tym samym łągodzi linię podziału na pośrednie i bezpośrednie *Drittwirkung*, w istocie rezerwując jej znaczenie głównie dla sfery uzasadniania wyroków sądowych³¹. Uzupełniając uwagi dotyczące powyższej problematyki w glosowanym wyroku, to przyjęcie przez FSK założenia, iż relacja między skarżącą a *Fraport S.A.* jako całością nie ma charakteru horyzontalnego uzasadnia brak odwołania do którejś z postaci *Drittwirkung*. Słusznie jednak podniesiono w literaturze, że gdyby w procesie interpretacji cywilnych praw majątkowych przysługujących prywatnym udziałowcom spółki wykorzystać w większym zakresie aksjologię konstytucyjnych praw i wolności, a więc sięgnąć do koncepcji pośredniego *Drittwirkung*, można by lepiej zabezpieczyć interesy tych podmiotów i sprawiedliwiej wyważyć kolizję między wolnością zgromadzeń a prawem własności³².

³⁰ Zob. zarządzenie tymczasowe z 18 lipca 2015 r., 1BvQ 25/15 w sprawie *Bierdosen-Flashmob*, w którym FSK uchylił wydany przez sądy niższych instancji zakaz demonstrowania na należącym do „czysto” prywatnej spółki Placu Nibelungów w mieście Passau. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/07/qk20150718_1bvq002515.html. (15.08.2017). Krytycznie: Ch. Smets, *Staatsgleiche Grundrechtsbindung Privater aus Funktionsnachfolge? Zur Aufhebung eines Hausverbots für eine Versammlung auf privatem Grund*, „NVwZ” 2016, nr 1–2, s. 35–38.

³¹ Zob. Ch. Starck, *Die Grundrechte des Grundgesetzes*, „JuS” 1981, s. 243, przywołany przez B. Skwara, *W obronie...*, s. 81.

³² Zob. S. Lange, *op.cit.*, s. 54.

W podsumowaniu niniejszych uwag trzeba zauważyć, że glosowany wyrok nie poddaje się jednoznacznej ocenie. Jak wyżej pokazano, główny nacisk został w nim położony na uargumentowanie niezwykle ważnej z punktu widzenia każdego człowieka i bez wątpienia zasługującej na aprobatę tezy, iż państwo, nawet jeśli wycofuje się z udziału w życiu gospodarczym i społecznym, nie może wyzbyć się odpowiedzialności z tytułu praw podstawowych poprzez działanie w formach prawa prywatnego³³. Dominująca w interpretacji norm prawa konstytucyjnego i zastosowana również w analizowanym przypadku przez FSK funkcjonalna wykładnia art. 5 i 8 UZ jest narzędziem umożliwiającym dostosowanie treści konstytucyjnych praw człowieka do zmieniającego się kontekstu społecznego. Wyrok rozciąga gwarancyjny charakter praw podstawowych na relacje między pomiotem prywatnym a podmiotem sprywatyzowanym realizującym funkcje państwa, choć już samo pozornie łączące się z tym wzmocnienie efektywności ochrony konstytucyjnej jest mocno dyskusyjne.

Wyrok niesie ze sobą bowiem pewne zagrożenia dla praw podstawowych. Problematyczne jest tu przede wszystkim szerokie ujęcie „forum publicznego”, scharakteryzowanego jako przestrzeń „ogólnie dostępna”. Sytuacja, w której jeden podmiot prywatny demonstruje np. na terenie restauracji należącej do innego podmiotu prywatnego, w sposób oczywisty prowadzić będzie do kolizji między prawami podstawowymi: wolnością zgromadzeń z art. 8 UZ a prawem własności z art. 14 UZ³⁴. Wyrok FSK oznacza, że sędziowie sądów cywilnych rozstrzygając w tego typu przypadkach w przyszłości nie będą mogli ograniczyć się do prostego rozróżnienia między strefą publiczną a prywatną, lecz ich ocena będzie musiała być odniesiona do koncepcji forum publicznego. Im bardziej dana przestrzeń czy obiekt odpowiadać będzie definicji takiego miejsca, tym słabsze będzie związane z nimi prawo własności. Stworzona w sprawie *Fraport* koncepcja forum publicznego wzmocniła na przyszłość wolność zgromadzeń kosztem prawa własności, co dobrze pokazuje przykład przywołanego wyżej rozstrzygnięcia z 2015 r., w którym pojęcie takiego forum odniesiono do przestrzeni „czysto” prywatnej. W świetle tego, iż pierwszorzędną funkcją lotnisk czy dworców jest nie-

³³ Por. E. Łętowska, *Prawo w „płynnej nowoczesności*, „Państwo i Prawo” 2014, z. 3, s. 22–26.

³⁴ Zwraca na to uwagę sędzia W. Schluckebier w zdaniu odrębnym.

zmiennie zabezpieczanie interesów podróżnych nie przekonuje sklasyfikowanie ich przez FSK jako miejsc równorzędnych pod względem możliwości demonstrowania z przestrzenią ulic, placów czy dróg publicznych³⁵. Ponadto, jak już wyżej zauważono właściwie poza obszarem zainteresowania FSK znalazł się problem ochrony praw prywatnych udziałowców w mieszanym przedsiębiorstwie. Stwierdzono jedynie lakonicznie, iż sprawą ich swobodnego wyboru jest zaangażowanie w spółkę akcyjną, a wystarczającą gwarancją ochrony – możliwość wystąpienia z niej.

Doprecyzowania, na co słusznie zwrócono uwagę w zdaniu odrębnym, wymagałoby też przyjęte przez FSK kryterium kontroli. Nie będzie ono właściwe w sytuacji, w której dopiero kilku państwowych udziałowców łącznie dysponuje większością, ale każdy z osobna jest właścicielem jedynie pakietu mniejszościowego. O dominacji państwa w udziałach spółki można wtedy zasadnie mówić tylko w takim stanie rzeczy, gdy między tymi udziałowcami występuje koordynacja dla działania we wspólnym celu. Kryterium kontroli ma również tę słabość, że nie nadąża za dynamiką stosunków własnościowych, które przecież często podlegają zmianom³⁶. Poza tym, nawet w przypadku spółek w znacznym stopniu zdominowanych przez państwowego udziałowca, liczba akcjonariuszy prywatnych – *de facto* pozbawionych rozstrzygnięciem FSK ochrony konstytucyjnej – wciąż może być bardzo duża³⁷.

³⁵ Tak też w zdaniu odrębnym sędziego W. Schluckebier.

³⁶ M. Goldhammer, op.cit., s. 891.

³⁷ W przedsiębiorstwie HEW, którego dotyczył wspomniany na wstępie wyrok z 1989 r., ich liczba przy 72% udziale państwa, wynosiła 28 tysięcy. Zob. M. Goldhammer, op.cit., s. 895.