

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

CHRISTINE STIX-HACKL

przedstawiona w dniu 18 marca 2004 r. ¹

Spis treści

I — Wprowadzenie	I - 9612
II — Ramy prawne	I - 9613
A — Uregulowania wspólnotowe	I - 9613
B — Uregulowania krajowe	I - 9613
III — Stan faktyczny i postępowanie	I - 9613
IV — W przedmiocie pytania prejudycjalnego	I - 9617
A — Dopuszczalność	I - 9617
1. Główne argumenty organu porządkowego	I - 9617
2. Ocena	I - 9617
B — Ocena	I - 9618
1. W przedmiocie naruszenia podstawowej swobody	I - 9618
a) Główne argumenty stron	I - 9618
b) Ocena	I - 9619
2. W przedmiocie uzasadnienia ograniczenia	I - 9621
a) Główne argumenty stron	I - 9621
b) Ocena	I - 9622
i) Uwagi wprowadzające	I - 9622
ii) Ochrona praw podstawowych w prawie wspólnotowym	I - 9623
— W przedmiocie miejsca praw podstawowych jako ogólnych zasad prawa wspólnotowego	I - 9623

1 — Język oryginału: niemiecki.

— W przedmiocie funkcji praw podstawowych we wspólnotowym porządku prawnym	I - 9625
— Wnioski końcowe dotyczące stosunku krajowej i wspólnotowej ochrony praw podstawowych	I - 9629
iii) Godność ludzka w prawie wspólnotowym	I - 9630
— Granice godności ludzkiej jako pojęcia prawnego	I - 9630
— Godność ludzka jako norma prawna i jej ochrona w prawie wspólnotowym	I - 9632
— Wnioski końcowe dotyczące niniejszej sprawy	I - 9635
iv) Wykładnia pojęcia porządku publicznego uwzględniająca znaczenie i zakres godności ludzkiej	I - 9636
— Pojęcie porządku publicznego	I - 9636
— W przedmiocie występowania dostatecznie poważnego zagrożenia [porządku publicznego] w konkretnym przypadku	I - 9637
V — Wnioski	I - 9640

I — Wprowadzenie

1. W niniejszej sprawie Trybunał ma za zadanie wyjaśnić, w jakim zakresie sądy krajowe, przyjmując środki, które co prawda przyczyniają się do ochrony porządku publicznego danego Państwa Członkowskiego, ale jednocześnie ograniczają podstawowe wolności, mogą opierać się na systemie wartości przyjętym przez krajowe prawo konstytucyjne.

2. Postępowanie zostało wszczęte w związku z zarządzeniem krajowego organu porządkowego zakazującym gry opartej na symulacji zabijania. Zakaz ten został uzasadniony zagrożeniem porządku publicznego, który oznacza między innymi ochronę dobra w postaci godności ludzkiej.

3. Przyjmując za punkt odniesienia odmienne poziomy ochrony praw podstawowych w Państwach Członkowskich należy postawić pytanie, czy i jak tego rodzaju różnice powinny wpływać na dopuszczalność tego rodzaju środków krajowych w świetle prawa wspólnotowego, biorąc pod uwagę zobowiązanie Wspólnoty do ochrony praw podstawowych.

II — Ramy prawne

A — *Uregulowania wspólnotowe*

4. Zgodnie z art. 6 ust. 1 UE Unia opiera się na zasadach wolności, demokracji, poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności oraz państwa prawnego, które są wspólne dla Państw Członkowskich. W myśl art. 6 ust. 2 Unia szanuje prawa podstawowe zagwarantowane w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie 4 listopada 1950 r. oraz wynikające z tradycji konstytucyjnych wspólnych dla Państw Członkowskich, jako zasady ogólne prawa wspólnotowego.

5. Na mocy art. 30 WE ograniczenia swobodnego przepływu towarów są dopuszczalne, o ile są usprawiedliwione m.in. względami porządku publicznego.

6. W odniesieniu do swobody świadczenia usług należy przypomnieć, że w przypadku niedyskryminujących przepisów krajowych w utrwalonym orzecznictwie Try-

bunał dopuszcza zasadniczo możliwość powołania się na usprawiedliwienie ograniczenia względami dobra ogólnego, tzn. względami, które nie zostały wyraźnie wskazane w pierwotnym prawie wspólnotowym.

B — *Uregulowania krajowe*

7. Paragraf 14 ust. 1 Ordnungsbehördengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (ustawy dotyczącej organów porządkowych w Północnej Nadrenii-Westfalii, zwanej dalej „OBG NW”) brzmi następująco: „Organy porządkowe mogą w razie konieczności podjąć kroki konieczne w celu przeciwdziałania zagrożeniom bezpieczeństwa publicznego i porządku publicznego”.

III — Stan faktyczny i postępowanie

8. Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH (zwana dalej „Omegą”) jest spółką prawa niemieckiego. Omega użytkowała w Bonn instalację o nazwie „laserdrome”. Instalacja ta służy zwykle grze określanej jako „Lasersport”, zainspirowanej przez film „Gwiezdne wojny” i prowadzonej z wykorzystaniem nowoczesnej techniki laserowej.

9. Z akt sprawy wynika, że urządzenia wykorzystywane przez Omegę w „laserdromie” zostały początkowo opracowane na podstawie dostępnej w handlu, m.in. w sklepach w Bonn, zabawki dla dzieci o nazwie „Laser hit”. Ponieważ urządzenia te okazały się technicznie niewystarczające, Omega nabyła, w bliżej nieokreślonym terminie, ale po dniu 2 grudnia 1994 r., urządzenia dostarczone przez spółkę brytyjską Pulsar International Ltd (obecnie Pulsar Advanced Games Systems Ltd, zwaną dalej „Pulsarem”). Umowa franchisingu została jednak zawarta z Pulsarem dopiero dnia 29 maja 1997 r.

10. W dniu 7 września 1993 r. Omega uzyskała pozwolenie na rozbudowę obiektu. Jeszcze przed otwarciem „laserdromu” dla publiczności część społeczności lokalnej podnosiła sprzeciw wobec tego projektu. Pismem z dnia 22 lutego 1994 r. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn (burmistrz miasta Bonn, zwana dalej „organem porządkowym”) nakazała Omedze dostarczenie dokładnego opisu obiektu i ostrzegła o swoim zamiarze wydania zakazu, gdyby miało w nim mieć miejsce uprawianie „zabawy w zabijanie” ludzi. W dniu 18 marca 1994 r. Omega odpowiedziała, że będzie tam chodziło o trafianie nieruchomych obiektów zainstalowanych w korytarzach strzelniczych. W dniu 1 sierpnia 1994 r. „Laserdrome” został otwarty.

11. Według informacji organu porządkowego chodziło o zbudowany za pomocą ścian działowych rozległy labirynt, w którym oprócz trafiania 10 sensorów

zainstalowanych w obiekcie strzelano również do ludzi. Jako wyposażenie graczy używano celowników laserowych przypominających karabiny maszynowe oraz kamizelki materiałowych, na których, na klatce piersiowej i plecach zainstalowane były dwa sensory. Jednocześnie dla optycznego zobrażenia „strzału” wyświetlany był promień laserowy za pomocą promieni podczerwieni. Trafienie celu było sygnalizowane sygnałem dźwiękowym i wizualnym. Celem gry było uzyskanie możliwie największej liczby punktów w trakcie 15-minutowej gry. Za trafienie w każdy z trwale zainstalowanych sensorów gracz uzyskiwał punkty. Trafionym graczom odejmowane były punkty. Gracz, który trafił pięciokrotnie musiał doładować swoje urządzenie celownicze w stacji ładowania.

12. W dniu 14 września 1994 r. organ porządkowy wydał zarządzenie zakazujące Omedze „zezwalania na lub tolerowania w swoim [...] obiekcie gier polegających na strzelaniu do celów ludzkich za pomocą promienia laserowego lub innych urządzeń technicznych (na przykład podczerwieni), a więc urządzeń rejestrujących trafienie celu, czyli »zabawy w zabijanie« ludzi”. Zarządzenie zostało uzasadnione m.in. zagrożeniem porządku publicznego ze względu na niezgodność symulowanego zabijania i związanego z tym banalizowania przemocy z podstawowymi wartościami wyznawanymi przez przeważającą część opinii publicznej. Ustalona została grzywna w wysokości 10 000 DEM od każdej rozegranej partii gry.

13. Odwołanie złożone przez Omegę od tego zarządzenia zostało oddalone przez Bezirksregierung Köln (organ administracji

lokalnej w Kolonii) w dniu 6 listopada 1995 r. Wyrokiem z dnia 3 września 1998 r. Verwaltungsgericht Köln (sąd administracyjny w Kolonii) oddalił skargę wniesioną do tego sądu. Również wniesiona przez Omegę apelacja, która została dopuszczona ze względu na wyjątkową doniosłość sprawy, została oddalona dnia 27 września 2000 r. przez Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (sąd administracyjny drugiej instancji dla kraju związkowego Północnej Nadrenii i Westfalii) (Niemcy). Następnie Omega wniosła rewizję.

14. W uzasadnieniu rewizji Omega przywołuje liczne zarzuty. Omega podnosi, że zarządzenie zakazujące organizowania ww. gier narusza jej prawa podstawowe, w szczególności prawo do prowadzenia dotychczasowej działalności w wybudowanym obiekcie i prawo swobodnego wyboru jej rodzaju. Omega powołuje się na naruszenie zasady równego traktowania w związku z traktowaniem jej w gorszy sposób aniżeli innych organizatorów „laserdromów” w Niemczech, jak również organizatorów gier takich jak „Paintball” czy „Gotcha”. Ponadto zarządzenie było, zdaniem Omegi, zbyt nieprecyzyjne i nie zostało wydane na podstawie ważnej podstawy prawnej, ponieważ pojęcie porządku publicznego w § 14 OBG NW jest zbyt nieokreślone. W przekonaniu Omegi zarządzenie narusza również prawo wspólnotowe, w szczególności swobodę świadczenia usług ustanowioną w art. 49 WE, gdyż w „laserdromie” miały być używane urządzenia i technologie dostarczone przez brytyjską spółkę Pulsar.

15. Omega wnosi o uchylenie wyroków sądów niższych instancji i wydanej w stosunku do niej decyzji administracyjnej oraz ewentualnie o przedłożenie w niniejszej sprawie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich. Pozwany organ porządkowy wnosi o oddalenie rewizji.

16. Zdaniem sądu odsyłającego, zgodnie z prawem krajowym rewizja wniesiona przez Omegę powinna zostać oddalona. Sąd ten ma jednak wątpliwość, czy takie rozstrzygnięcie jest zgodne z prawem wspólnotowym, w szczególności z art. 49–55 WE, dotyczącymi swobodnego świadczenia usług, i art. 29–30 WE, dotyczącymi swobodnego przepływu towarów.

17. Sąd odsyłający wyjaśnia, że Oberverwaltungsgericht zastosował przepisy prawa federalnego, w szczególności przepisy ustawy zasadniczej, celem dokonania wykładni udzielonego przez prawo kraju związkowego ogólnego upoważnienia przewidzianego w § 14 ust. 1 OBG NW. Zdaniem sądu odsyłającego, Oberverwaltungsgericht słusznie uznał, że wykorzystywanie do celów handlowych „zabawy w zabijanie” w „laserdromie” Omegi stanowiło naruszenie godności ludzkiej, chronionej przez art. 1 ust. 1 zdanie pierwsze niemieckiej ustawy zasadniczej.

18. Sąd odsyłający wskazuje, że godność ludzka jest zasadą konstytucyjną, która może zostać naruszona poprzez poniżające traktowanie przeciwnika, co nie ma miejsca w niniejszej sprawie, lub przez wzbudzanie albo podsycanie u gracza postawy odmawiającej każdej osobie fundamentalnego prawa do poważania i szacunku, tak jak to się dzieje przy odgrywaniu dla zabawy udawanych aktów przemocy, co ma miejsce w obecnym przypadku. Wartość najwyższa chroniona przez ustawę zasadniczą, jaką jest godność ludzka, nie może być wyłączona w ramach gry rozrywkowej. Prawa podstawowe przywoływane przez Omegę nie mogą, na gruncie prawa krajowego, zmienić tej oceny.

19. Jeżeli chodzi o zastosowanie prawa wspólnotowego, sąd odsyłający uważa, że przedmiotowe zarządzenie narusza zasadę swobodnego świadczenia usług ustanowioną w art. 49 WE. Zdaniem sądu odsyłającego, zgodność zaskarżonego zarządzenia organu porządkowego z prawem wspólnotowym zależy przede wszystkim od tego, czy i w jakim zakresie wspomniane ograniczenie może zostać usprawiedliwione względami porządku publicznego.

20. Sednem pytania, które sąd odsyłający uważa za niewyjaśnione, jest przy tym kwestia, czy istnienie wspólnej koncepcji prawnej we wszystkich Państwach Członkowskich jest warunkiem koniecznym, aby państwa te miały prawo dokonać ograniczenia podstawowych swobód ustanowionych

w Traktacie WE — w tym wypadku swobodnego świadczenia usług i przepływu towarów — w oparciu o bezwzględne względy dobra ogólnego. Sąd odsyłający interpretuje możliwość istnienia takiego warunku z uzasadnienia Trybunału w sprawie C-275/92 Schindler oraz niektórych opinii wyrażonych w niemieckiej literaturze przedmiotu. Jeżeli warunek ten istnieje, to przedmiotowa rewizja musiałaby zostać uwzględniona, ponieważ użytkowanie „laserdromów” jest zgodne z prawem przynajmniej w Zjednoczonym Królestwie. Jeżeli warunek ten natomiast nie istnieje, sąd odsyłający uważa, że rewizję należy oddalić, utrzymując w mocy rozstrzygnięcia poprzednich instancji, a bardziej szczegółowa analiza proporcjonalności, w szczególności dotycząca stosowności środka, staje się zbędna ze względu na fundamentalne znaczenie naruszonego dobra prawnego godności ludzkiej.

21. W tej sytuacji sąd odsyłający postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem:

„Czy prawo krajowe wymagające wydania zakazu prowadzenia określonego rodzaju działalności gospodarczej — w tym wypadku użytkowania »laserdromu«, gdzie symuluje się zabijanie ludzi — ze względu na złamanie podstawowych wartości chronionych w konstytucji, jest zgodne z postanowieniami Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską dotyczącymi swobody świadczenia usług i swobodnego przepływu towarów?”.

IV — W przedmiocie pytania prejudycjalnego

2. Ocena

A — *Dopuszczalność*

1. Główne argumenty organu porządkowego

22. *Organ porządkowy uważa pytanie prejudycjalne za niedopuszczalne ze względu na brak wpływu na działalność o charakterze transgranicznym.* Organ ten argumentuje w szczególności, że kontakty handlowe Omegi z Pulsarem miały miejsce dopiero po wydaniu spornego zarządzenia z dnia 28 września 1994 r., tak że do tego momentu wpływ zarządzenia na działalność o charakterze transgranicznym nie miał w ogóle miejsca. Jak wywodzi organ porządkowy, nawet po nawiązaniu tych kontaktów handlowych wpływ taki jest wątpliwy, ponieważ przedmiotowe zarządzenie nie zakazywało ani zamontowania, ani użytkowania instalacji dostarczonych względnie konserwowanych przez Pulsara, lecz zakazywało jedynie pewnego wariantu gry. Co prawda umowa franchisingowa pomiędzy Omegą a Pulsarem została zawarta w odniesieniu do zakazanego wariantu gry, jednakże zawarcie jej nastąpiło dopiero w dniu 29 maja 1997 r., a w związku z tym długo po wydaniu spornego zarządzenia.

23. Podczas rozprawy rząd niemiecki poparł co do zasady powyższe argumenty.

24. Wyrażone przez organ porządkowy wątpliwości dotyczące dopuszczalności pytania prejudycjalnego nie są przekonujące. W myśl utrwalonego orzecznictwa Trybunału „wyłącznie do sądów krajowych, przed którymi zawisła sprawa i które ponoszą odpowiedzialność za wydane w tej sprawie orzeczenie, należy dokonanie oceny, czy po uwzględnieniu specyfiki sprawy orzeczenie prejudycjalne jest niezbędne dla wydania wyroku oraz czy pytanie prejudycjalne spełnia wymogi dopuszczalności przed Trybunałem”².

25. Trybunał wywodzi z tego zasadę, zgodnie z którą „jeżeli pytania przedłożone przez sądy krajowe dotyczą wykładni przepisu prawa wspólnotowego [...], Trybunał jest w zasadzie zobowiązany do ich rozpatrzenia”³. Trybunał może w związku z tym odmówić wydania „orzeczenia w sprawie odpowiedzi na pytanie prejudycjalne posta-

2 — Wyrok z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-134/94 *Esso Española*, Rec. str. I-4223, pkt 9. Zobacz również wcześniejsze wyroki z dnia 28 czerwca 1984 r. w sprawie 180/83 *Moser*, Rec. str. 2539, pkt 6, z dnia 5 października 1988 r. w sprawie 247/86 *Alsatel*, Rec. str. 5987, pkt 8, z dnia 27 października 1993 r. w sprawie C-127/92 *Enderby*, Rec. str. I-5535, pkt 10, z dnia 2 czerwca 1994 r. w sprawie C-30/93 *AC-ATEL Electronics*, Rec. str. I-2305, pkt 19 i z dnia 15 grudnia 1995 r. w sprawie C-415/93 *Bosman*, Rec. str. I-4921, pkt 59. Zobacz również wyroki z dnia 26 listopada 1998 r. w sprawie C-7/97 *Bronner*, Rec. str. I-7791, pkt 16 i z dnia 1 grudnia 1998 r. w sprawie C-200/97 *Ecotrade*, Rec. str. I-7907, pkt 25.

3 — Zobacz m.in. wyroki z dnia 18 października 1990 r. w sprawach połączonych C-297/88 i C-197/89 *Dzodzi*, Rec. str. I-3763, pkt 34 i 35, z dnia 8 listopada 1990 r. w sprawie C-231/89 *Gmurzynska-Bscher*, Rec. str. I-4003, pkt 19 i 20 i ww. w przypisie 2 wyrok w sprawie *Bonner*, pkt 16.

wione przez sąd krajowy jedynie wtedy, gdy w sposób oczywisty brak jest związku pomiędzy żadaną wykładnią lub oceną ważności przepisu prawa wspólnotowego a treścią lub przedmiotem postępowania przed sądem krajowym”⁴.

B — Ocena

1. W przedmiocie naruszenia podstawowej swobody

26. W związku z tym Trybunał podkreśla, że „ustalenie okoliczności leżących u podstawy sporu oraz dokonanie oceny ich wpływu na rozstrzygnięcie nie należy do Trybunału, lecz do sądu krajowego”⁵.

a) Główne argumenty stron

27. W odniesieniu do argumentów przedstawionych przez organ porządkowy należy w związku z tym zauważyć, że Trybunał nie może być zobowiązany do ustalania treści umów pomiędzy Omegą a Pulsarem ani porównywania momentu powstania tych zobowiązań umownych z datą wydania zarządzenia. Poza tym należy wskazać, że zagrożenie grzywną zwykle wiąże się z długim okresem obowiązywania, tak że nawet w przypadku rzeczywistego powstania więzi umownych dopiero po wydaniu zarządzenia nie można wykluczyć wpływu zarządzenia na działalność transgraniczną.

28. W związku z tym niezbędne jest podanie pytania prejudycjalnego badaniu merytorycznemu.

29. Zarówno *organ porządkowy*, jak i *Komisja* podkreślają, że stanowiący przedmiot postępowania środek krajowy, jeżeli narusza swobodę świadczenia usług i swobodny przepływ towarów, czyni to w odmienny sposób.

30. Na rozprawie *organ porządkowy* oraz *federalny rząd niemiecki* w argumentacji dotyczącej dopuszczalności zastosowanego środka krajowego podają w wątpliwość naruszenie swobody świadczenia usług i swobodnego przepływu towarów i podkreślają w związku z tym, że nawet jeśli należałoby przyjąć naruszenie wspomnianych swobód podstawowych, wymagałoby to osobnej oceny w odniesieniu do każdej spośród tych dwóch swobód. W odniesieniu do swobodnego przepływu towarów należy bowiem, ich zdaniem, stwierdzić, że sporne zarządzenie zabrania przywozu towarów

4 — Wyrok z dnia 18 stycznia 1996 r. w sprawie C-446/93 SEIM, Rec. str. I-73, pkt 28 i ww. w przypisie 2 wyrok w sprawie Bonner, pkt 17.

5 — Wyrok z dnia 29 kwietnia 1982 r. w sprawie 17/81 Pabst & Richarz, Rec. str. I-331, pkt 12, ww. w przypisie 2 wyrok w sprawie AC-ATEL Electronics, pkt 17, z dnia 1 grudnia 1998 r. w sprawie C-326/96 Levez, Rec. str. I-7835, pkt 26 i z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-435/97 WWF i in., Rec. str. I-5613, pkt 32.

jedynie w takim zakresie, w jakim zakazuje ich użytkowania w ramach „laserdromu”. W świetle wyroku w sprawie Schindler⁶ można by, ich zdaniem, uznać, że również w tym wypadku „przywóz i dystrybucja towarów nie stanowią samodzielnego celu”, lecz miałyby jedynie umożliwić udział w grze, tak że spowodowane przez sporne zarządzenie ograniczenie należy — o ile w ogóle — poddać ocenie przede wszystkim w świetle swobody świadczenia usług.

31. Również, zdaniem *Komisji*, najistotniejszą rolę w niniejszej sprawie odgrywają świadczenia z tytułu umowy franchisingu, ponieważ przywóz towarów ze Zjednoczonego Królestwa służy ostatecznie jedynie zapewnieniu możliwości przeprowadzenia gry.

b) Ocena

32. W myśl utrwalonego orzecznictwa Trybunału, zgodnie z którym ocena w świetle podstawowej swobody może zostać uznana za zbędną, o ile naruszenie tej swobody jest bezpośrednim skutkiem sytuacji prawnej

związanej z inną, odgrywającą pierwszoplanową rolę podstawową swobodą⁷, w niniejszym przypadku osobnego badania art. 28 WE i nast. można poniechać. Komisja oraz organ porządkowy słusznie bowiem podnoszą, że sporne zarządzenie ogranicza przywóz towarów jedynie w takim zakresie, w jakim służyłby on umożliwieniu udziału w przedmiotowej grze, tak że swobodny przepływ towarów ma w niniejszej sprawie jedynie drugorzędne znaczenie.

33. Stwierdzenie naruszenia swobody świadczenia usług w niniejszej sprawie nie następcza trudności. Sporne zarządzenie zabrania wariantu gry, który stanowi główny przedmiot uzgodnień umownych pomiędzy mającym siedzibę w Niemczech organizatorem gry Omegą a mającym siedzibę w Zjednoczonym Królestwie pomysłodawcą gry, firmą Pulsar. Jednakże organ porządkowy słusznie podnosi w tym kontekście, że sporne zarządzenie nie zabrania zasadniczo rozpowszechniania konceptu „laserdromu”; naruszenie przysługującej firmie Pulsar swobody świadczenia usług należy zatem dostrzec w tym, że koncept ten może być rozpowszechniany w Republice Federalnej Niemiec jedynie w utrudnionych warunkach — to znaczy pod warunkiem zrezygnowania z jego znaczących elementów, co z kolei stanowi naruszenie prawa odbiorcy świadczenia do korzystania z usługi zagranicznego usługodawcy.

34. Zdaniem organu porządkowego, nie zachodzi jednak naruszenie swobody świadczenia usług. Organ porządkowy uważa

7 — Oprócz ww. w przypisie 6 wyroku w sprawie Schindler Komisja przywołuje w tym kontekście wyrok z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie C-108/96 Mac Quen i in., Rec. str. I-837, pkt 21.

6 — Wyrok z dnia 24 marca 1994 r. w sprawie C-275/92 Schindler, Rec. str. I-1039, pkt 22.

mianowicie, że wyrok w sprawach Keck i Mithouard⁸ może zostać odpowiednio zastosowany do niniejszego przypadku, ponieważ zakazane jest nie prowadzenie „laserdromu” jako takiego, ani korzystanie z usług Pulsara w całości, lecz jedynie jedna forma korzystania z nich w postaci jednego wariantu gry. Organ porządkowy jest zdania, że należy wyjść z założenia, że odnośny środek stanowi uregulowanie wykonywania usługi, które nie należy do zakresu stosowania art. 49 WE.

35. W związku z tym należy stwierdzić, że Trybunał ustosunkował się już do podobnego argumentu w wyroku w sprawie Alpine Investments⁹: wskazał w nim, że uregulowanie warunków oferty w Państwie Członkowskim, gdzie wykonujący świadczenie ma swoją siedzibę, wpływa bezpośrednio na dostęp do rynku usług, ponieważ dotyczy nie tylko ofert usługi w tym Państwie Członkowskim, ale również w innych Państwach Członkowskich, podczas gdy powód wyłączenia warunków sprzedaży z zakresu zastosowania art. 28 WE jest taki, że stosowanie tego rodzaju uregulowań warunków sprzedaży nie może ograniczyć ani utrudnić dostępu do rynku tych produktów w Państwie Członkowskim, gdzie świadczenie jest wykonywane, w stopniu wyższym aniżeli w przypadku produktów pochodzących z tego państwa.

36. W tym kontekście organ porządkowy wnosi o rozważenie, iż w wyroku w sprawie Alpine Investments Trybunał zajmował się uregulowaniem Państwa Członkowskiego usługodawcy, podczas gdy w niniejszym przypadku chodzi o uregulowanie Państwa Członkowskiego usługobiorcy, tak że argumentacja Trybunału nie może zostać zastosowana. Zastrzeżenie to, choć zasadniczo trafne, nie uwzględnia jednakże, że zastosowanie rozróżnienia przyjętego w wyroku w sprawie Keck w odniesieniu do swobodnego świadczenia usług nie jest przekonywujące już z tego względu, że w przypadku dostatecznego wpływu na działalność o charakterze transgranicznym uregulowanie warunków wykonania każdej usługi — niezależnie od miejsca — właśnie z powodu braku materialnego aspektu usług musi stanowić ograniczenie istotne z punktu widzenia prawa wspólnotowego, niezależnie od tego, czy rozróżnienie pomiędzy uregulowaniami dotyczącymi warunków wykonania usługi i takimi, które dotyczą usługi bezpośrednio, byłoby w ogóle możliwe.

37. Analogiczne zastosowanie wyroku w sprawie Keck do uregulowań państwa, w którym następuje wykonanie usługi, nie przekonuje również ze względu na wyrażoną w art. 49 WE zasadę miarodajności prawa państwa pochodzenia tej usługi. Wyjaśnia to również, dlaczego Trybunał przyjmuje w utrwalonym orzecznictwie, że (zakres zastosowania) art. 49 WE obejmuje również tego rodzaju uregulowania, nie dokonując

8 — Wyrok z dnia 24 listopada 1993 r. w sprawach połączonych C-267/91 i C-268/91, Rec. str. I-6097.

9 — Wyrok z dnia 10 maja 1995 r. w sprawie C-384/93, Rec. str. I-1141, pkt 36 i nast. Zobacz wyrok z dnia 28 października 1999 r. w sprawie C-6/98 ARD, Rec. str. I-7599, w którym Trybunał uznał ograniczenie reklamy za warunki sprzedaży w rozumieniu wyroku w sprawie Keck dotyczącego art. 36 WE oraz za ograniczenie w rozumieniu art. 49 WE.

rozróżnienia zastosowanego w wyroku w sprawie Keck¹⁰. Zgodnie z tym orzecznictwem „przestrzeganie zasady wyrażonej w art. 49 WE [wymaga] [...] nie tylko zniesienia wszelkiej dyskryminacji ze względu na obywatelstwo, ale również zniesienia *wszelkich* ograniczeń, które mogą uniemożliwiać lub w inny sposób utrudniać czynności usługodawców, mających siedzibę w innym Państwie Członkowskim i świadczących tam usługi zgodne z prawem”¹¹ (wyróżnienie rzeczownika generalnego).

stanowiącego przedmiot postępowania ograniczenia swobodnego świadczenia usług polegającego na wydaniu spornego w postępowaniu przed sądem krajowym zarządzenia jest możliwe. Przywoływane są zarówno uzasadnienia przewidziane w art. 46 WE w związku z art. 55 WE, jak i uznane przez Trybunał względy interesu ogólnego.

38. W związku z tym należy skonstatować, że stanowiące przedmiot postępowania zarządzenie powoduje ograniczenie gwarantowanej przez art. 49 WE swobody świadczenia usług.

2. W przedmiocie uzasadnienia ograniczenia

a) Główne argumenty stron

39. Zarówno organ porządkowy, jak Komisja i rząd niemiecki uważają, że uzasadnienie

40. Natomiast *Omega* uważa środek krajowy stanowiący przedmiot postępowania, jak podniosła poprzednio w postępowaniu przed sądem krajowym, za budzący wątpliwości z dwóch powodów. Jej zdaniem, po pierwsze środek ten nie ma w prawie krajowym dostatecznie konkretnej i wyraźnej podstawy prawnej, co sprzeciwia się gwarantowanej przez prawo wspólnotowe ochronie zaufania; po drugie, związane ze spornym zarządzeniem ograniczenie wspólnotowych podstawowych swobód nie może zostać uzasadnione względami porządku, bezpieczeństwa lub ochrony zdrowia publicznego. *Omega* podkreśla, że symulacja zabijania i przemocy w filmach, jak również w sztuce i sportach walki oraz w grach dla dzieci jest rozpowszechniona i społecznie akceptowana; gra laserowa nie różni się od tego rodzaju działań. Następnie *Omega* podnosi, że w grze laserowej nie chodzi w każdym razie o symulację zabijania.

10 — Wyrok z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-58/98 Corsten, Rec. str. I-7919. Zobacz również rozważania rzecznika generalnego Cosmasa w opinii z dnia 30 listopada 1999 r. (przytł. 22). Zobacz w końcu dotyczący tej samej tematyki wyrok z dnia 11 grudnia 2003 r. w sprawie C-215/01 Schuitzer, Rec. str. I-14847.

11 — Wyrok z dnia 6 marca 2003 r. w sprawie C-478/01 Komisja przeciwko Luksemburgowi, Rec. str. I-2351, pkt 19. Zobacz również wyroki z dnia 25 lipca 1991 r. w sprawie C-76/90 Säger, Rec. str. I-4221, pkt 12, z dnia 9 sierpnia 1994 r. w sprawie C-43/93 Vander Elst, Rec. str. I-3803, pkt 14, z dnia 28 marca 1996 r. w sprawie C-272/94 Guiot, Rec. str. I-1905, pkt 10, ww. w przypisie 10 wyrok w sprawie Corsten, pkt 33, z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie C-294/00 Deutsche Paracelsus Schulen, Rec. str. I-6515, pkt 38 i z dnia 13 lutego 2003 r. w sprawie C-131/01 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. I-1659, pkt 26.

b) Ocena

i) Uwagi wprowadzające

41. Przedkładając pytanie prejudycjalne, sąd odsyłający dochodzi przede wszystkim, czy upoważnienie Państw Członkowskich do ograniczenia gwarantowanych przez Traktat WE swobód podstawowych ze względów interesu ogólnego — w tym przypadku w szczególności ze względów ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego, jest podporządkowane warunkowi, by ograniczenie to opierało się na wspólnej dla wszystkich Państw Członkowskich koncepcji prawnej.

42. Sąd odsyłający wywodzi w tym przedmiocie, że stwierdzenie zagrożenia porządku publicznego w sporze przed sądem krajowym zostało wywiedzione z nakazu ochrony godności ludzkiej zawartego w krajowym prawie konstytucyjnym. W ten sposób stanowiące przedmiot postępowania zarządzenie zostaje umieszczone w kontekście krajowej ochrony praw podstawowych przez prawo konstytucyjne. Biorąc jednak pod uwagę, że ochrona praw podstawowych jest zagwarantowana na poziomie prawa wspólnotowego w drodze uznania wspólnych dla wszystkich Państw Członkowskich ogólnych zasad prawa, które zostały sformułowane w szczególności w oparciu o tradycje konstytucyjne wspólne dla Państw Członkowskich¹², w odniesieniu do pytania prejudycjalnego należy wnioskować, że stwierdzenie

konieczności oparcia ograniczenia na wspólnej koncepcji prawnej wszystkich Państw Członkowskich dotyczącej w konkretnym przypadku budzącej wątpliwości oceny wartościującej praw podstawowych wskazuje na istnienie na poziomie prawa wspólnotowego bezpośredniej kolizji pomiędzy podstawowymi swobodami, jak na przykład w niniejszym przypadku między swobodnym świadczeniem usług a uznanymi przez prawo wspólnotowe prawami podstawowymi. Występowanie tego rodzaju kolizji prowadzi do podniesienia zasadniczych kwestii związanych z systematyką podstawowych swobód.

43. Ze względu na te rozważania wydaje się celowe poprzedzenie udzielenia odpowiedzi na pytanie prejudycjalne uwagami dotyczącymi stosunku podstawowych swobód gwarantowanych przez prawo wspólnotowe¹³ i ochrony praw podstawowych we Wspólnocie.

44. Na wstępie należy również zauważyć, że Trybunał coraz częściej zajmuje się przypadkami, które dotyczą kwestii kolizji pomiędzy podstawowymi swobodami a uznanymi przez prawo wspólnotowe prawami podstawowymi¹⁴. Niniejszą sprawę można pod tym względem porównać ze sprawą Schmidberger¹⁵; również w tamtej sprawie, uzasadniając ograniczenie jednej z podstawowych swobód zagwarantowanych w Traktacie Państwo Członkowskie powołało się na koniecz-

13 — W tym miejscu mowa jest jedynie o podstawowych swobodach gwarantowanych przez Traktat; nie powinny być one mylone z podstawowymi wolnościami w rozumieniu Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

14 — Zobacz podobną opinię rzecznika generalnego Jacoba z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie C-112/00 Schmidberger (wyrok z dnia 12 czerwca 2003 r., Rec. str. I-5659), pkt 89.

15 — Wyżej wymieniony w przypisie 14.

12 — Zobacz art. 6 UE.

ność ochrony praw podstawowych. Przyjmując za punkt odniesienia, że również Wspólnota jest zobowiązana do ochrony praw podstawowych oraz że wskazane prawa podstawowe podlegają również ochronie przez prawo wspólnotowe, Trybunał badał w tej sprawie, „w jaki sposób może zostać osiągnięta harmonia pomiędzy wymogami związanymi z ochroną we Wspólnocie praw podstawowych a wymogami wynikającymi z gwarantowanych przez Traktat podstawowych swobód”¹⁶.

one bowiem do ogólnych zasad prawa, których poszanowanie zapewnia Trybunał. Trybunał kieruje się przy tym tradycjami konstytucyjnymi wspólnymi dla Państw Członkowskich oraz wskazówkami znajdującymi się w umowach międzynarodowych dotyczących ochrony praw człowieka, przy których tworzeniu Państwa Członkowskie współpracowały lub do których przystąpiły. Szczególne znaczenie ma w tym kontekście Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹⁷.

45. Badanie stosunku podstawowych swobód i ochrony praw podstawowych przez prawo wspólnotowe w kontekście niniejszej sprawy wymaga, po pierwsze, ogólnego przedstawienia ochrony praw podstawowych przez prawo wspólnotowe (ii), a w szczególności ochrony godności ludzkiej (iii). Dopiero w następnej kolejności należy dokonać oceny, czy w niniejszym przypadku należy przyjąć bezpośrednią kolizję pomiędzy swobodą świadczenia usług a ochroną godności ludzkiej, czy też należy przywołać ochronę godności ludzkiej w związku z uzasadnieniem stwierdzonego ograniczenia swobody świadczenia usług (iv).

47. Zasady wypracowane w orzecznictwie zostały ponownie potwierdzone w preambule Jednolitego Aktu Europejskiego i następnie w art. F ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej (obecnie art. 6 ust. 2 UE)¹⁸.

— W przedmiocie miejsca praw podstawowych jako ogólnych zasad prawa wspólnotowego

ii) Ochrona praw podstawowych w prawie wspólnotowym

48. Wyjaśnienia wymaga, jakie miejsce zajmują prawa podstawowe jako ogólne zasady prawa wspólnotowego. Niejasne jest

46. Związanie Wspólnoty prawami podstawowymi należy niewątpliwie do filarów wspólnotowego porządku prawnego. W myśl utrwalonego orzecznictwa należą

17 — Zobacz w szczególności wyroki z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie C-260/89 IRT, Rec. str. I-2925, pkt 41, z dnia 6 marca 2001 r. w sprawie C-274/99 P Connolly przeciwko Komisji, Rec. str. I-1611, pkt 37 i z dnia 22 października 2002 r. w sprawie C-94/00 Roquette Frères, Rec. str. I-9011, pkt 25.

18 — Zgodnie z art. 6 ust. 2 UE „[Unia] szanuje prawa podstawowe zagwarantowane w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie 4 listopada 1950 roku, oraz wynikające z tradycji konstytucyjnych wspólnych dla Państw Członkowskich, jako zasady ogólne prawa wspólnotowego”.

16 — Ibidem, pkt 77.

w szczególności, czy pomiędzy prawami podstawowymi uznawanymi za zasady prawa a gwarantowanymi przez Traktat podstawowymi swobodami istnieje stosunek hierarchiczny.

49. W tym kontekście istotne jest, że Trybunał zapewnia poszanowanie praw podstawowych jako ogólnych zasad prawa Wspólnoty na podstawie art. 220 WE oraz art. 6 ust. 2 UE. Stanowią one część prawa pierwotnego i w związku z tym w hierarchii norm znajdują się na tym samym poziomie co pozostałe normy prawa pierwotnego, w szczególności podstawowe swobody¹⁹.

50. Jednakże warte poddania pod dyskusję byłoby pytanie, czy w obliczu podstawowych dóbr prawnych chronionych ogólnie jako prawa człowieka i prawa podstawowe, wobec tego, że Wspólnota została utworzona w celu ich przestrzegania i przede wszystkim w związku z panującym obecnie przekonaniem o konieczności związania wszelkiej organizacji państwowej ochroną praw człowieka jako przesłanki legitymacji, prawom podstawowym i prawom człowieka może być przyznane pewnego rodzaju nadrzędne znaczenie w stosunku do „ogólnego” prawa pierwotnego. Jednakże właśnie podstawowe swobody mogą również — przynajmniej

w pewnym zakresie — zostać zaklasyfikowane materialno-prawnie jako prawa podstawowe: na przykład w zakresie, w jakim formułują zakazy dyskryminacji, należy traktować je jako szczególną emanację ogólnej zasady równości²⁰. W związku z tym kolizja norm pomiędzy gwarantowanymi przez Traktat podstawowymi swobodami a prawami podstawowymi i prawami człowieka może w niektórych przypadkach oznaczać kolizję praw podstawowych.

51. W praktyce kolizja takiego rodzaju rzadko występuje z tą ostrością, ponieważ zarówno podstawowe swobody jak i większość praw podstawowych mogą zostać poddane ograniczeniom.

52. W sprawie Schmidberger sąd odsyłający postawił pytanie, czy gwarantowana w Traktacie WE zasada swobodnego przepływu towarów jest nadrzędna względem niektórych instrumentów ochrony praw podstawowych przez prawo krajowe²¹. Badając „w jaki sposób może zostać osiągnięta harmonia pomiędzy wymogami związanymi z ochroną we Wspólnocie praw podstawowych a wymogami wynikającymi z gwarantowanych przez Traktat podstawowe

19 — Założenie to przyjmuje w oczywisty sposób również wyrok w sprawie Schmidberger (cytowany w przypisie 14), mówiąc w pkt 77 o konieczności „zharmonizowania wymogów związanych z ochroną we Wspólnocie praw podstawowych z wymogami wynikającymi z gwarantowanych przez Traktat podstawowych swobód”. Jeżeli istniałby stosunek hierarchiczny pomiędzy ochroną praw podstawowych przez prawo wspólnotowe a podstawowymi swobodami, ich „zharmonizowanie” byłoby mianowicie wykluczone.

20 — Podstawowe swobody wykluczają w szczególności wszelką dyskryminację ze względu na przynależność państwową. Zobacz Schwarze, „EU-Kommentar”, wydanie 1 — 2000, art. 12 Traktatu WE, pkt 9.

21 — Wyrok cytowany w przypisie 14, pkt 70.

wych swobód”²², Trybunał przeciwstawił sobie uzasadnienia wymienione w art. 36 WE i uznane za bezwzględne względy interesu ogólnego uzasadniające ograniczenie swobodnego przepływu towarów dopuszczalnym ograniczeniom wolności wyrażania opinii i wolności zgromadzeń na podstawie odpowiednio art. 10 ust. 2 i art. 11 ust. 2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności²³. Nie zostało dokładnie wyjaśnione, w jakim stopniu naruszenie zakresu ochrony prawa podstawowego chronionego przez prawo krajowe implikuje naruszenie zakresu ochrony odpowiedniej gwarancji prawa wspólnotowego.

53. Jakkolwiek Trybunał interpretuje zakres wskazanych ograniczeń praw podstawowych w pewien określony sposób dostosowany do potrzeb Wspólnoty²⁴, wydaje mi się istotne, że ostatecznie w przypadkach jak niniejszy przeciwstawienie interesów następuje w odniesieniu do przesłanek ograniczeń danego prawa podstawowego. Wymóg „zharmonizowania” ochrony praw podstawowych nie może bowiem oznaczać przeciwstawiania podstawowych swobód prawom podstawowym jako takim, co implikowałoby, że ochrona praw podstawowych jest uznaniowa. Dużo bardziej należy zbadać, w jakim zakresie odnośnie prawa podstawowe dopuszczają ograniczenia. Przepisy dotyczące naruszonej podstawowej swobody, w szczególności przesłanki ograniczeń, należy w związku z tym interpretować możliwie w ten sposób, że nie dopuszczają one żadnych środków, które wykraczają poza dopuszczalne ograniczenie

naruszonych praw podstawowych i w związku z tym nie dopuszczają żadnych środków, które naruszają prawa podstawowe.

— W przedmiocie funkcji praw podstawowych we wspólnotowym porządku prawnym

54. Z ochrony praw podstawowych zagrożonej we wspólnotowym porządku prawnym wynika, z jednej strony, że ochrona praw podstawowych stanowi przesłankę zgodności z prawem działań Wspólnoty²⁵, z drugiej strony jednak również, że Państwa Członkowskie, wykonując w szerokim rozumieniu uregulowania wspólnotowe muszą uwzględniać wymogi ochrony praw podstawowych we wspólnotowym porządku prawnym²⁶.

55. O ile zatem Wspólnota, jako Wspólnota prawa, uważa się za Wspólnotę opartą na

22 — Ibidem, pkt 77.

23 — Ibidem, pkt 78 i 79.

24 — Ibidem, pkt 80.

25 — Zobacz m.in. opinię 2/94 z dnia 28 marca 1996 r., Rec. str. I-1759, pkt 34 oraz wyroki z dnia 17 lutego 1998 r. w sprawie C-249/96 Grant, Rec. str. I-621, pkt 45 i z dnia 9 września 2003 r. w sprawie C-25/02 Rinke, Rec. str. I-8349, pkt 26.

26 — Wyroki z dnia 24 marca 1994 r. w sprawie C-2/92 Bostock, Rec. str. I-955, pkt 16, z dnia 13 kwietnia 2000 r. w sprawie C-292/97 Karlsson i in., Rec. str. I-2737, pkt 37, z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-442/00 Caballero, Rec. str. I-11915, pkt 30 i w sprawie C-260/89 cytowanej w przypisie 17, pkt 41 i nast.

poszanowaniu praw podstawowych i praw człowieka²⁷, stosownie do tego w zakresie stosowania prawa wspólnotowego środki instytucji Wspólnoty ani środki Państw Członkowskich nie mogą zostać „uznane za zgodne z prawem [...], jeżeli godzą w ochronę uznanych w ten sposób i zagwarantowanych praw człowieka”²⁸. Potwierdza to art. 51 ust. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej²⁹.

56. Z punktu widzenia metody implementacji obowiązków działania zgodnego z prawami podstawowymi, któremu podlegają Wspólnoty Europejskie, względnie Unia Europejska, jest urzeczywistniany w orzecznictwie Trybunału w różnoraki sposób.

57. Jako najważniejsze podstawowe założenie należy wskazać wykładnię dokonywaną w świetle praw podstawowych, która może być jednocześnie rozumiana jako forma wykładni w świetle prawa pierwotnego³⁰ względnie w świetle konstytucji. Zgodnie z tą wykładnią przepisy prawa wspólnoto-

wego należy interpretować możliwie w ten sposób, aby nie naruszały odpowiednich praw podstawowych.

58. I tak na przykład w wyroku w sprawie Johnston Trybunał uznał, że przewidziane w art. 6 dyrektywy 76/207/EWG prawo do dochodzenia swych praw przed sądem stanowi „wyraz” opartej na tradycjach konstytucyjnych wspólnych dla Państw Członkowskich oraz na art. 6 i 13 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności zasady prawa do rzetelnego procesu sądowego i prawa do skutecznego środka odwoławczego i w związku z tym dokonał stosownej wykładni przepisu dyrektywy w „świecie” tej zasady³¹. I tak art. 11 dyrektywy 89/552/EWG, regulujący częstotliwość przerw na reklamy, należy interpretować w świetle art. 10 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, do którego wyraźnie odsyła motyw ósmy tej dyrektywy³². W myśl orzecznictwa również interpretacji na przykład postanowień Traktatu oraz dyrektyw w dziedzinie swobody przepływu pracowników i osób prowadzących samodzielną działalność gospodarczą, wśród nich rozporządzenia (EWG) nr 1612/68, należy dokonywać w świetle prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego zgodnie z art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności³³.

27 — Zobacz np. art. 6 ust. 1 UE.

28 — Wyroki w sprawie Schmidberger, cytowany w przypisie 14, pkt 73, z dnia 29 maja 1997 r. w sprawie C-299/95 Kremzow, Rec. str. I-2629, pkt 14 i ww. w przypisie 17 wyrok w sprawie ERT, pkt 41.

29 — „Postanowienia niniejszej Karty mają zastosowanie do instytucji i organów Unii z właściwym uwzględnieniem zasady pomocniczości oraz do Państw Członkowskich wyłącznie w zakresie, w jakim stosują one prawo Unii. Państwa te zatem szanują prawa, przestrzegają zasad i popierają ich stosowanie zgodnie ze swymi kompetencjami”. Z objaśnień do tego artykułu wynika, że zakres stosowania ochrony praw podstawowych w prawie wspólnotowym jest określony stosownie do przywołanego orzecznictwa Trybunału.

30 — W zakresie, w jakim prawa podstawowe mają udział w prawie pierwotnym, zob. pkt 49 powyżej.

31 — Wyrok z dnia 15 maja 1986 r. w sprawie 222/84 Johnston, Rec. str. 1651, pkt 18 i nast.; zob. również wyrok z dnia 28 października 1975 r. w sprawie 36/75 Rutili, Rec. str. 1219, pkt 32.

32 — Wyrok z dnia 23 października 2003 r. w sprawie C-245/01 RTL Television, Rec. str. I-12489, pkt 41.

33 — Między innymi wyroki z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie C-60/00 Carpenter, Rec. str. I-6279, pkt 38 oraz z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-413/99 Baumbast i R, Rec. str. I-7091, pkt 72.

59. Punkt wyjścia i odniesienia stanowi przy tym często wskazany już w podlegającym wykładni uregulowaniu wspólnotowym wewnętrzny związek z określonym prawem podstawowym, poza tym związek ten może powstać również w ramach ogólnego związku faktycznego danego przypadku³⁴.

60. Za jeszcze dalej idący wyraz tej funkcji praw podstawowych związanej z wykładnią prawa wspólnotowego można uznać wyrok w sprawie ERT³⁵, zgodnie z którym Państwa Członkowskie są związane wymogiem ochrony praw podstawowych przez Wspólnotę również wtedy, gdy, jak w niniejszym przypadku, powołują się na ograniczenia podstawowych swobód. W myśl tego wyroku, gdy Państwo Członkowskie, uzasadniając uregulowanie krajowe, powołuje się na bezwzględny wymóg interesu ogólnego lub na uzasadnienie przewidziane w Traktacie, które mogą stanowić ograniczenie korzystania z jednej z przewidzianych w Traktacie podstawowych swobód, uzasadnienie to podlega interpretacji „w świetle ogólnych zasad prawnych, a w szczególności praw podstawowych”³⁶.

61. Jednakże ogólnie rzecz ujmując, prawa podstawowe i prawa człowieka występują w ramach ochrony praw podstawowych we

Wspólnocie nie tylko jako kryterium wykładni, ale też dużo bardziej bezpośrednio, jako wzorzec dla oceny zgodności z prawem aktów wspólnotowych³⁷. Treść tego rodzaju oceny może stanowić również prawo do ochrony prawa podstawowego, która może być egzekwowana za pomocą środka zaskarżenia lub skargi o stwierdzenie nieważności^{38 39}.

62. Z punktu widzenia metody, należy wskazać, że przepis (wtórny) prawa wspólnotowego jest niezgodny z prawem podstawowym tylko wtedy i z tego powodu, gdy wykładnia w świetle tego prawa podstawowego nie jest możliwa. W związku z tym, jeżeli zostanie podniesiony zarzut niezgodności przepisu prawa wspólnotowego z prawem podstawowym chronionym przez prawo wspólnotowe, Trybunał bada, po pierwsze, czy możliwe jest dokonanie wykładni tego przepisu niesprzecznej z tym prawem podstawowym. Jeżeli nie jest to możliwe, należy usunąć ten przepis z systemu prawnego. Jeżeli jednak okaże

37 — Tak np. wyrok z dnia 5 października 1994 r. w sprawie C-404/92 P X przeciwko Komisji, Rec. str. I-4737, pkt 8 i nast. dotyczący prawa do poszanowania życia prywatnego i osobistego zgodnie z art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z związku z wzięciem pod uwagę wyników testu na HIV na potrzeby decyzji o zatrudnieniu, mimo iż potencjalny pracownik był zdania, że nie wyraził zgody na przeprowadzenie testu: Trybunał stwierdził nieważność decyzji Komisji i uchylił potwierdzający ją wyrok Sądu Pierwszej Instancji ze względu na naruszenie art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

38 — Wyrok z dnia 17 grudnia 1998 r. w sprawie C-185/95 P Baustahlgewebe przeciwko Komisji, Rec. str. I-8417. W tym wyroku Trybunał uznał zarzut naruszenia przewidzianego w art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności prawa do rozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie jako zarzut dotyczący postępowania przed Sądem Pierwszej Instancji i orzekł obniżenie wymiaru grzywny jako szczególny skutek prawny naruszenia tego prawa.

39 — Zobacz J. H. H. Weiler, Nicolas J. S. Lockhart „Taking Rights Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence — Part II”, CML Rev. 32/1995, str. 579(589).

34 — Na przykład zgodność uregulowania, względnie środków zwalczania epidemii ryb, z prawem podstawowym własności — zob. wyrok z dnia 10 lipca 2003 r. w sprawach połączonych C-20/00 i C-64/00 Booker Aquaculture i Hydro Seafood, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 64 i nast.

35 — Wyrok cytowany w przypisie 17.

36 — Ibidem, wyrok cytowany w przypisie 17, pkt 42 i nast. Zobacz również wyrok z dnia 26 czerwca 1997 r. w sprawie C-368/95 Familiapress, Rec. str. I-3689, pkt 24.

się, że uregulowanie to po dokonaniu jego wykładni jako takie nie narusza praw podstawowych chronionych przez wspólnotowy system prawny, jest ono ważne i zobowiązuje zarówno urzędy, jak i sądy krajowe do zapewnienia stosowania tego uregulowania w sposób zgodny z ochroną praw podstawowych⁴⁰.

uznania uwzględnić prawa podstawowe, tak jak zostały one ujęte w prawie wspólnotowym, tak aby odnośne uregulowanie krajowe było stosowane zgodnie z wymogami wspólnotowej ochrony praw podstawowych. Prawa podstawowe wiążą poza tym urzędy i organy Państwa Członkowskiego również w dziedzinie tzw. autonomii na płaszczyźnie formalno-prawnej Państw Członkowskich względnie stanowią ograniczające ją wytyczne⁴².

63. W odniesieniu do wspólnotowej ochrony praw podstawowych na poziomie krajowym należy skonstatować, że również krajowe przepisy lub środki służące wykonaniu prawa wspólnotowego należy poddać ocenie według wzorca praw podstawowych, tak jak zostały one ujęte w prawie wspólnotowym. W tym kontekście Trybunał ponownie uznał, że tego rodzaju przepisy i środki powinny być interpretowane przez sądy krajowe na tyle, na ile jest to możliwe zgodnie z tym uregulowaniem wspólnotowym, interpretowanym w świetle praw podstawowych⁴¹. W przeciwnym razie, ze względu na nadrzędność prawa wspólnotowego w hierarchii źródeł prawa, sądy krajowe są zobowiązane do niestosowania, względnie usunięcia tych przepisów lub środków z krajowego systemu prawnego.

65. Należy jednak stwierdzić, że we wszystkich wskazanych przypadkach treść podlegającego wykonaniu przepisu prawa wspólnotowego — czy to przepisu dyrektywy, czy też przesłanek uzasadnienia naruszenia podstawowej swobody, na które powołuje się Państwo Członkowskie — często nie jest właściwie konkretyzowana względnie konfrontowana z okolicznościami faktycznymi, znacznie częściej jest uzupełniana o kolejne elementy. Prawa podstawowe stanowią zatem takie elementy dodatkowe, które są jednak zgodne z odnośnymi przepisami prawa wspólnotowego.

64. Dodatkowo, gdy uregulowanie wspólnotowe pozostawia Państwom Członkowskim swobodę uznania względnie wyboru pomiędzy sposobami jego wykonania, Państwa Członkowskie muszą w ramach swobodnego

66. W końcu należy zaznaczyć, że funkcje praw podstawowych jako kryterium wykładni oraz jako bezpośredni wzorzec kontroli zgodności z prawem uregulowania

40 — Wyżej wymieniony w przypisie 25 wyrok w sprawie Rinke, pkt 28 i 42 oraz wyrok z dnia 26 listopada 2002 r. w sprawie C-100/01 Oteiza Olazabal, Rec. str. I-10981, pkt 90.

41 — Zobacz m.in. wyrok z dnia 20 maja 2003 r. w sprawach połączonych C-465/00, C-138/01 i C-139/01 Österreichischer Rundfunk i in., Rec. str. I-4989, pkt 93.

42 — Zobacz wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawie C-276/01 Steffensen, Rec. str. I-3735, pkt 60 oraz 96 i nast.

wspólnotowego⁴³ lub krajowego środka służącego wykonaniu tego uregulowania są ze sobą bezpośrednio związane.

— Wnioski końcowe dotyczące stosunku krajowej i wspólnotowej ochrony praw podstawowych

67. Na podstawie przedstawionych zasad należy zbadać, jakie znaczenie dla prawa wspólnotowego w kontekście rozstrzygnięcia niniejszego przypadku należy przypisać krajowemu systemowi wartości przyjętemu w odniesieniu do praw podstawowych.

68. W związku z tym na wstępie należy zauważyć, że Trybunał od samego początku odrzucał możliwość uwzględnienia zarzutów opartych na systemach praw podstawowych Państw Członkowskich zwróconych przeciwko ważności prawa wspólnotowego⁴⁴.

69. Trybunał przedstawił wciąż jeszcze przekonywające uzasadnienie swego stanowiska

w wytyczającym kierunek rozwoju orzecznictwa wyroku w sprawie *Internationale Handelsgesellschaft*: „jednolite obowiązywanie prawa wspólnotowego byłoby zagrożone, jeżeli ocena ważności działań instytucji Wspólnoty miałyby uwzględniać normy lub zasady prawa krajowego. Ważność tych działań może być oceniana tylko z perspektywy [zgodności z] prawem wspólnotowym, ponieważ nadrzędności prawa stworzonego przez Traktat, a w związku z tym pochodzącego z autonomicznego źródła prawa, nie mogą ze względu na jego samodzielność uchylić żadne jakkolwiek ukształtowane krajowe przepisy prawne, jeżeli nie ma ono zostać pozbawione swojego charakteru prawa wspólnotowego lub jeżeli podstawa prawna Wspólnoty nie ma zostać podana w wątpliwość. W związku z tym ważność działania Wspólnoty lub jej obowiązywanie w Państwie Członkowskim nie mogą zostać podważone, jeżeli podniesiony zostanie zarzut naruszenia praw podstawowych w formie nadanej im przez konstytucję tego państwa lub przez podstawowe zasady kształtujące tę konstytucję”⁴⁵.

70. Odmowę dostosowywania prawa wspólnotowego do wytycznych poszczególnych Państw Członkowskich dotyczących praw podstawowych należy jednakże od razu zrelatywizować o tyle, że, po pierwsze, uznane za ogólne zasady prawa wspólnotowego prawa podstawowe i prawa człowieka są, z drugiej strony — jak wynika z przytoczonego powyżej utrwalonego

43 — W wyroku w sprawie C-274/99 P (ww. w przypisie 17, pkt 37–64), w którym rozstrzygnięte zostało m.in. pytanie, czy decyzja Komisji stosująca art. 17 ust. 2 regulaminu naruszyła swobodę wyrażania opinii Connolly'ego, Trybunał, po pierwsze, wyjaśnił treść prawa podstawowego do swobodnego wyrażania opinii, tak jak jest ono uregulowane w art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, a następnie dokonał oceny, czy sporna decyzja jest zgodna z art. 17 ust. 2 regulaminu poddanego wykładni i stosowanemu w świetle tego prawa podstawowego.

44 — Zobacz m.in. wyroki z dnia 4 lutego 1959 r. w sprawie 1/58 *Stork* przeciwko *Höhe Behörde*, Rec. str. 45 i z dnia 1 kwietnia 1965 r. w sprawie 40/64 *Sgarlata* i in. przeciwko Komisji, Rec. str. 296.

45 — Wyrok z dnia 17 grudnia 1970 r. w sprawie 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*, Rec. str. 1125, pkt 3. Zawarte w nim rozważania stanowiły impuls dla rozwoju autonomicznej wspólnotowej ochrony praw podstawowych względnie utworzenie stosownej własnej wspólnotowej ochrony praw podstawowych stworzyło warunek dla zaakceptowania bezwzględnej nadrzędności prawa wspólnotowego, co, biorąc pod uwagę obydwie wyroki w sprawie *Solange* niemieckiego *Bundesverfassungsgericht*, jest oczywiste.

orzecznictwa — zaczerpnięte w swojej treści ze źródła w postaci tradycji konstytucyjnych wspólnych dla Państw Członkowskich oraz w szczególności z Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności; po drugie, Traktat przewiduje uzasadnienia dla ograniczeń zagwarantowanych przez niego swobód podstawowych, tak że ostatecznie koncepcje pochodzące z krajowych systemów praw podstawowych mogą mieć swój wpływ [na kształt wspólnotowej ochrony praw podstawowych], co ma również wyrażnie miejsce w niniejszym przypadku.

71. Dla pytania prejudycjalnego wynika w związku z powyższym, że stwierdzone ograniczenie swobodnego świadczenia usług nie może być po prostu uzasadnione ochroną specyficznego, zagwarantowanego w konstytucji Państwa Członkowskiego prawa podstawowego. Dużo bardziej należy zbadać, w jakim zakresie ograniczenie to może zostać uzasadnione względami uznanymi przez prawo wspólnotowe, w szczególności ochroną porządku publicznego. W związku z tym wspólna dla Państw Członkowskich koncepcja prawna dotycząca ochrony porządku publicznego nie stanowi przesłanki tego uzasadnienia.

72. Jeżeli jednak w ramach badania okazałoby się, że stanowiący przedmiot postępowania krajowy środek skutkujący ograniczeniem [swobodnego świadczenia usług] oparty jest na systemie wartości przyjętym dla krajowej ochrony praw podstawowych, która jest zgodna ze wspólną koncepcją prawną Państw Członkowskich, stosowny obowiązek ochrony może wynikać (również) ze wspólnotowej ochrony praw podstawowych, co z metodycznego punktu widzenia miałoby ten skutek, że nie wymagałoby już oceny, czy środek krajowy należy uznać za

dopuszczalny, czy uzasadniony, wyjątek od zagwarantowanych w Traktacie swobód podstawowych, lecz — stosownie do treści wyroku w sprawie Schmidberger — „w jaki sposób może zostać osiągnięta harmonia pomiędzy wymogami związanymi z ochroną we Wspólnocie praw podstawowych a wymogami wynikającymi z gwarantowanych przez Traktat podstawowych swobód”.

73. W niniejszej sprawie należy zatem ustalić, czy chronioną przez niemiecką ustawę zasadniczą godność ludzką należy rozpatrywać w powiązaniu z uzasadnieniem stanowiącego przedmiot niniejszego postępowania zarządzenia, czy też istnienie stosownej gwarancji praw podstawowych w prawie wspólnotowym czyni koniecznym dokonanie oceny na poziomie prawa wspólnotowego. To z kolei wymaga analizy pojęcia godności ludzkiej.

iii) Godność ludzka w prawie wspólnotowym

— Granice godności ludzkiej jako pojęcia prawnego

74. Prawie żadne pojęcie prawne nie jest tak trudne do zdefiniowania jak godność ludzka. Poniżej dokonam próby zasygnalizowania przynajmniej niektórych konturów tej koncepcji⁴⁶.

⁴⁶ — Zobacz w tym przedmiocie m.in. Enders, „Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung”, 1997 r., str. 5 i nast.; Maurer, „Le principe de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l’homme”, 1999 r., str. 30–40; Brugger, „Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte”, 1997 r., str. 29 i nast.; Brieskorn, „Rechtsphilosophie”, 1990, str. 150 i nast.

75. „Godność ludzka” wyraża najwyższe prawo do poważania i szacunku, które przysługuje człowiekowi na podstawie samego faktu jego człowieczeństwa. Chodzi o ochronę i poszanowanie jestestwa względnie natury człowieka jako takiej, o „kwintesencję” człowieczeństwa. W godności ludzkiej znajduje wyraz człowiek sam w sobie, godność ludzka oznacza to, co człowieka nim czyni. Jednakże pytanie, co czyni człowieka człowiekiem, odsyła nieuchronnie do obszaru pozaprawnego, to znaczy treść godności ludzkiej jest ostatecznie zdeterminowana przez określony „obraz człowieka”⁴⁷.

76. Jako podstawowy wyraz tego, co przysługuje człowiekowi na podstawie samego faktu jego człowieczeństwa, godność ludzka stanowi substrat i punkt wyjściowy dla wszystkich praw człowieka, które czerpią z niej, przyjmując poszczególne formy. Jednocześnie godność ludzka stanowi perspektywny punkt odniesienia dla poszczególnych praw człowieka, w odniesieniu do którego należy je rozumieć i interpretować. Stosownie do tego w niemieckiej teorii praw podstawowych godność ludzka określana jest mianem „fundamentalnej zasady konstytucyjnej” praw człowieka⁴⁸.

77. Stanowiąca pierwotne źródło praw człowieka godność ludzka dzieli z prawami człowieka w ogólności genezę ideologiczną i uzasadnienie. W związku z tym żądanie poszanowania praw człowieka jest skierowane przeciwko koncepcji, jakoby wartość

człowieka należała do sfery dyspozycji państwa, narodu, większości, a w związku z tym przeciwko koncepcji definiowania jednostki poprzez wspólnotę i rozumienia jej jako jej funkcji⁴⁹. Godność ludzka stanowi odpowiednik koncepcji, zgodnie z którą każdy człowiek stanowi pierwotne źródło przyrodzonych i niezbywalnych praw.

78. Jako podstawę tego wartościowania można przywołać rozmaite religijne, filozoficzne, względnie światopoglądowe uzasadnienia⁵⁰. Podsumowując, godność ludzka jest głęboko zakorzeniona w sformułowaniu obrazu człowieka w europejskim kręgu kulturowym, który pojmuje człowieka jako istotę obdarzoną autonomią i zdolnością samostanowienia. Ze względu na zdolność człowieka do samodzielnego, wolnego kształtowania woli stanowi on podmiot i nie może zostać zredukowany do rzeczy, przedmiotu⁵¹.

79. Z podkreślonego w ramach tej koncepcji związku pojęcia godności ze zdolnością człowieka do samostanowienia i jego wolnością wynika wyraźnie, dlaczego koncepcja

47 — Zobacz Enders (przywołany w przypisie 46), str. 17 i nast.

48 — Jarass, Pieroth „Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar”, 2000, str. 41.

49 — Z perspektywy historycznej koncepcja godności ludzkiej została sformułowana w szczególności w opozycji do doświadczeń nieograniczonego władztwa państwowego w absolutyzmie, później w nacjonalizmie i totalitaryzmie.

50 — Z punktu widzenia religii godność ludzka wywodzi się z podobieństwa człowieka do Boga i uniwersalnej, dotyczącej wszystkich ludzi obietnicy zbawienia. W doktrynach politycznych XVIII w. przekonanie, że wszyscy ludzie mają wspólną naturę i rozum stworzyło punkt wyjścia dla żądania uznania godności ludzkiej i praw człowieka. Zobacz w szczególności Brieskorn (przywołany w przypisie 46), str. 139 i nast.

51 — W przedmiocie „formuły przedmiotu” przejętej przez niemiecką teorię praw podstawowych od Kanta zob. Enders (przywołany w przypisie 46), str. 20.

godności ludzkiej znajduje często wyraz również w innych pojęciach i chronionych dobrach jak osobowość czy tożsamość⁵².

— Godność ludzka jako norma prawna i jej ochrona w prawie wspólnotowym

80. Ponadto koncepcja równej godności wszystkich jest zgodna z koncepcją praw człowieka w ogólności oraz godności ludzkiej w szczególności, w związku z czym często używane jest pojęcie „égale dignité”, które obejmuje obydwie koncepcje⁵³.

81. Jako emanacja i szczególne przejawy godności ludzkiej ostatecznie wszystkie szczególne prawa człowieka służą urzeczywistnieniu i ochronie godności ludzkiej, co w moim przekonaniu czyni koniecznym rozstrzygnięcie pytania, w jakiej relacji pozostaje godność ludzka względem szczególnych praw człowieka, względnie, czy godność ludzka stanowi ogólną zasadę służącą dokonywaniu oceny czy też samodzielne prawo podstawowe mogące stanowić przedmiot oceny sądu.

82. Koncepcja ochrony godności ludzkiej znalazła wyraz w międzynarodowym oraz krajowym prawie pozytywnym w ramach ruchu praw człowieka w drugiej połowie XX wieku, przy czym przyjęła bardzo różne formy. I tak zarówno Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z dnia 19 grudnia 1948 r. jak również obydwie Pakty ONZ, Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, zawierają odpowiednio w preambułach uznanie przyrodzonej wszystkim ludziom godności jako stanowiącej podstawę praw człowieka, jednakże nie uznają godności ludzkiej za odrębne prawo człowieka. W Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności — która w preambule odsyła do Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka — godność ludzka nie została nigdzie wyraźnie przywołana. Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) poszanowanie godności ludzkiej i wolności stanowi „podstawę oraz esencję Konwencji”⁵⁴.

83. W odniesieniu do porządków konstytucyjnych Państw Członkowskich koncepcja godności ludzkiej znalazła wyraz w tej lub innej formie w szczególności, jeżeli wziąć

52 — Jako przykład koncepcji godności ludzkiej rozbudowanej w oparciu o pojęcie osoby zob. § 16 austriackiego Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB): „Każdy człowiek ma przyrodzone, oczywiste prawa, i z tego względu należy traktować go jako osobę. Niewolnictwo i poddaństwo oraz wykonywanie nad człowiekiem wynikającej z tych stosunków władzy jest w tych krajach zabronione”. Człowiek jako podmiot pierwotnych, przyrodzonych praw — i w związku z tym podmiot prawa — nie może zostać zredukowany do przedmiotu prawa.

53 — Zobacz Meyer, „Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union”, 2003, str. 55.

54 — Zobacz m.in. ETPC, wyrok z dnia 29 kwietnia 2002 r. w sprawie Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, *Recueil des arrêts et décisions*, § 65.

pod uwagę, jak przedstawiłam powyżej, że koncepcja ta może zostać wyrażona na różne sposoby⁵⁵.

84. Podobnie jak we wskazanych aktach prawa międzynarodowego godność ludzka występuje w krajowych porządkach prawnych Państw Członkowskich głównie w ramach ogólnego wyrazu jej uznania względnie w formie — często ukształtowanej przez orzecznictwo — zasady podstawowej, zasady służącej ocenie lub zasady konstytucyjnej, a nie jako samodzielna norma prawna, mogąca stanowić przedmiot oceny sądu⁵⁶. Uregulowanie, jak w niemieckiej ustawie zasadniczej, zgodnie z którym — przynajmniej według dominującego przekonania — poszanowanie i ochrona godności ludzkiej, przywołanej w art. 1 ustawy zasadniczej, stanowi nie tylko „fundamentalną zasadę konstytucyjną”, lecz również samodzielne prawo podstawowe, musi zatem zostać uznane za wyjątek.

85. Za główne uzasadnienie tego można uznać fakt, że godność ludzka uzyskuje konkretny kształt dopiero poprzez ukształtowanie i sformowanie poszczególnych praw podstawowych i funkcjonuje w odniesieniu do nich jako zasada służąca ocenie

i kryterium wykładni. Samo pojęcie godności ludzkiej jest mianowicie — tak samo jak pojęcie człowieka, do którego się bezpośrednio odwołuje — pojęciem ogólnym, które jako takie nie może zostać objęte żadną klasyczną definicją prawniczą ani wykładnią; jej treść może raczej zostać skonkretyzowana w ramach rozpoznania przeprowadzanego przez sąd w konkretnym przypadku.

86. Z punktu widzenia możliwości poddania ich ocenie sądu i sposobów postępowania przez sądy, to kodyfikacja i stosowanie konkretnych szczególnych gwarancji praw podstawowych, a nie bezpośrednie odwołanie do godności ludzkiej, wydają się w związku z tym słuszne.

87. Jeżeli chodzi o godność ludzką w prawie wspólnotowym, należy stwierdzić, że w obowiązującym prawie pierwotnym nie została ona nigdzie wprost wymieniona. Jednakże w niektórych aktach prawa wtórnego — tak na przykład w motywach rozporządzenia (EWG) nr 1612/68⁵⁷ i w art. 12 dyrektywy 89/552/EWG⁵⁸ — występują odniesienia do godności ludzkiej i w związku z tym godność ludzka znalazła również wyraz w orzecznictwie⁵⁹.

55 — W odniesieniu do badania roli godności ludzkiej w krajowych porządkach konstytucyjnych Państw Członkowskich zob. Meyer (przywołany w przypisie 53), str. 48 i nast.; co do odniesień w porządkach konstytucyjnych zob. również Rau, Schorkopf, „Der EuGH und die Menschenwürde”, NJW, 2002, str. 2448, 2449.

56 — Zobacz m.in. Brugger (przywołany w przypisie 46), str. 9 i nast.

57 — „[Aby] prawo swobodnego przepływu pracowników [mogło być] wykonywane w obiektywnych warunkach wolności i godności”.

58 — „Reklama telewizyjna nie może naruszać godności ludzkiej”.

59 — Zobacz m.in. wyroki z dnia 9 lipca 1997 r. w sprawach połączonych C-34/95, C-35/95 i C-36/95 De Agostini i in., Rec. str. I-3843, pkt 31 i ww. w przypisie 33 wyrok w sprawie Baumbast i R), pkt 59.

88. W niektórych przypadkach Trybunał względnie niezależnie jego rzecznicy generalni powoływali się również na godność ludzką i to każdorazowo w związku z zasadą równości, względnie niedyskryminacji, a więc w kontekście równość–godność, względnie „égale–dignité”⁶⁰.

mentu wyizolowanego z ciała ludzkiego oznacza instrumentalizację żywej materii ludzkiej, co narusza godność ludzką. Trybunał wywiódł przy tym: „Trybunał jest zobowiązany zabezpieczyć w ramach kontroli zgodności działań instytucji z ogólnymi zasadami prawnymi prawa wspólnotowego poszanowanie godności ludzkiej i prawa podstawowego nienaruszalności osoby”. W konsekwencji Trybunał nie stwierdził niezgodności z prawem wynikającej z naruszenia godności ludzkiej⁶³.

89. W wyroku z dnia 9 października 2001 r. w sprawie C-377/98⁶¹ Trybunał sprecyzował miejsce godności ludzkiej i jej ochrony w prawie wspólnotowym. Tło tej sprawy stanowi skarga o stwierdzenie nieważności dyrektywy 98/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 lipca 1998 r. w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych⁶². Strona skarżąca podniosła m.in. — w duchu przywołanej „formuły obiektu” godności ludzkiej — że wynikająca z art. 5 ust. 2 dyrektywy zdolność patentowa ele-

90. W ten sposób Trybunał uznał w każdym razie poszanowanie godności ludzkiej za integralną część ogólnych zasad prawa wspólnotowego oraz wzorzec i warunek zgodności z prawem aktów Wspólnoty. Niejasne jest jednakże, czy również w tym przypadku można argumentować, że [w przypadku godności ludzkiej] chodzi o formę wykładni przepisów prawa wspólnotowego w świetle praw podstawowych i że ochrona godności ludzkiej występuje w tym kontekście jedynie jako zasada wykładni. Przyjęcie, że Trybunał nie uznaje jednak godności ludzkiej — jako ogólnej zasady prawnej w rozumieniu zasady służącej dokonywaniu oceny — za samodzielne prawo podstawowe lub samodzielną podstawę prawną [żądania ochrony] wydaje się na pierwszy rzut oka wywodzić z rozróżnienia w niemieckim tłumaczeniu wyroku pomie-

60 — W wyroku z dnia 30 kwietnia 1996 r. w sprawie C-13/94 P przeciwko S, Rec. str. I-2143, pkt 22 Trybunał wywiódł w odniesieniu do dyskryminacji osoby transseksualnej (ze względu na płeć): „Tolerowanie tego rodzaju dyskryminacji oznaczałoby naruszenie w stosunku do tej osoby poszanowanie godności i wolności, do których ochrony ma ona prawo i którym Trybunał musi przyznać ochronę”. Zobacz również odniesienie do tego wyroku w wywodach rzecznika generalnego Ruiz-Jaraba Colomera w opinii z dnia 10 czerwca 2003 r. w sprawie C-117/01 K.B. (wyrok z dnia 7 stycznia 2004 r., Rec. str. I-541, pkt 77). W odniesieniu do prawa do równego wynagrodzenia kobiet i mężczyzn rzecznik generalny Cosmas stwierdza w opinii połączonej z dnia 8 października 1998 r. w sprawach C-50/96 i in. Lilli Schröder i in., (wyrok z dnia 10 lutego 2000 r. Rec. str. I-743), w pkt 80, że „we Wspólnocie prawa, która szanuje i chroni prawa człowieka, prawo do równego wynagrodzenia kobiet i mężczyzn opiera się głównie na zasadzie godności ludzkiej i równości kobiet i mężczyzn oraz na nakazie poprawy warunków pracy, a nie na wąsko rozumianym celu ekonomicznym [...]”.

61 — Niderlandy przeciwko Parlamentowi i Radzie, Rec. str. I-7079.

62 — Dz.U. L 213, str. 13.

63 — Ibidem, pkt 69 i nast.

dzy „poszanowaniem” (godności ludzkiej) a „prawem podstawowym” (do nienaruszalności osoby)⁶⁴. Jednakże pogląd ten nie znajduje oparcia w pozostałych wersjach językowych, łącznie z językiem postępowania (niderlandzkim), w których ewidentnie nie występuje wspomniane rozróżnienie i w których przywoływane jest „prawo podstawowe” do poszanowania godności ludzkiej.

91. W związku z tym wydaje się, że Trybunał rozumie godność ludzką porównywalnie szeroko⁶⁵, jak wyrażone to zostało w art. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej⁶⁶. Artykuł ten brzmi następująco: „Godność ludzka jest nienaruszalna. Musi być szanowana i chroniona”.

— Wnioski końcowe dotyczące niniejszej sprawy

92. Ze względu na wymagający sprecyzowania charakter pojęcia godności ludzkiej w niniejszej sprawie — inaczej niż w wyroku w sprawie Schmidberger — Trybunał praktycznie nie może zrównać

treści gwarancji godności ludzkiej w niemieckiej ustawie zasadniczej z treścią gwarancji godności ludzkiej uznaną w prawie wspólnotowym.

93. W związku z tym należy zarekomendować ocenę stanowiącego przedmiot postępowania środka krajowego w świetle prawa wspólnotowego. Ocena wymaga dokonania wykładni powołanego przez Państwo Członkowskie uzasadnienia w postaci porządku publicznego stosownie do znaczenia i doniosłości godności ludzkiej we wspólnotowym porządku prawnym. Istotne wydaje się w tym kontekście, że ochrona godności ludzkiej jest uznana za ogólną zasadę prawną — a zatem za część prawa pierwotnego. Trybunał nie może zatem, jak należy z tego wnioskować, dopuścić takiej wykładni podstawowych swobód, która zmuszałaby Państwo Członkowskie do zaakceptowania działań, względnie aktywności, które naruszają godność ludzką, względnie, innymi słowy, musi istnieć możliwość uwzględnienia w ramach stosowania usprawiedliwienia w postaci porządku publicznego rozważań, które dotyczą dobra prawnego chronionego i szanowanego przez prawo wspólnotowe.

94. Celem wyjaśnienia należy w końcu przywołać porównywalną sprawę, którą rozstrzygnął Komitet Praw Człowieka ONZ ustanowiony przez Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych. W tym postępowaniu należało rozstrzygnąć o zgodności z prawem wydanego przez francuskie władze i uzasadnionego ochroną godności ludzkiej zakazu prowadzenia działalności tzw. „rzucania karłami”, za pomocą której skarżący, będący osobą niskiego

64 — Tak Rau w Schorkopf (przywołany w przypisie 55), str. 2449 i Jones w „Common Constitutional Traditions: Can the Meaning of Human Dignity under German Law Guide the European Court of Justice?”, wyd. Public Law, wiosna 2004, str. 167 i nast.

65 — Zgodnie z niemieckim przykładem, a zatem zarówno jako zasada konstytucyjna Unii, jak i prawo podstawowe jako takie.

66 — Zobacz Bernsdorff w Borowsky, „Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union: Handreichungen und Sitzungsprotokolle”, 2002, str. 142 i nast., 169 i nast. oraz 260 i nast., Meyer (przywołany w przypisie 53), str. 55 i nast.

wzrostu, zarabiał na utrzymanie. W przedmiocie pytania, czy zakaz ten stanowi niedopuszczalną dyskryminację w rozumieniu art. 26 Paktu Komitet stwierdził, że wydany zakaz jest oparty na obiektywnych kryteriach, i to zarówno w odniesieniu do osób niskiego wzrostu, jak i pozostałych i nie ma na celu dyskryminacji. Komitet wywiódł w związku z tym w uzasadnieniu, że „Umawiające się Państwo wykazało w niniejszym przypadku, że zakaz »rzucania karlem«, żądany przez skarżącego nie stanowi środka będącego nadużyciem, lecz był konieczny ze względów porządku publicznego, co przyznaje rozważaniom dotyczącym godności ludzkiej status zgodny z celami Paktu”⁶⁷.

— Pojęcie porządku publicznego

96. Orzecznictwo Trybunału dotyczące pojęcia porządku publicznego — jako pojęcia prawa wspólnotowego — znamionuje próba stworzenia równowagi pomiędzy koniecznym ograniczeniem wyjątków od zagwarantowanych przez prawo pierwotne podstawowych swobód i wynikającymi z nich możliwościami uzasadnienia [tych ograniczeń], z jednej strony, a zakresem swobody dokonywania oceny przez Państwa Członkowskie, z drugiej strony.

iv) Wykładnia pojęcia porządku publicznego uwzględniająca znaczenie i zakres godności ludzkiej

95. Po dokonaniu uwag wprowadzających dotyczących pojęcia porządku publicznego należy, uwzględniając dotychczas przedstawione zasady, dokonać oceny, w jakim stopniu sporne zarządzenie realizuje uznany cel w interesie ogólnym i czy ewentualnie znajduje się we właściwej relacji do realizowanego celu.

97. Stosownie do tego Trybunał podkreśla, że „Państwa Członkowskie co do zasady nadal mogą określać stosownie do potrzeby państwa, czego wymaga porządek publiczny i bezpieczeństwo”⁶⁸. Ponadto Trybunał uznaje, że szczególne okoliczności, które ewentualnie mogłyby służyć uzasadnieniu powołania się na pojęcia bezpieczeństwa i porządku publicznego, „[mogą] różnić się w czasie i pomiędzy krajami, w związku z czym należy przyznać właściwym organom krajowym swobodę oceny w granicach wyznaczonych przez Traktat”⁶⁹.

98. Z drugiej strony, Trybunał zawsze podkreślał, że względy objęte pojęciem porządku publicznego należy w prawie wspólnotowym

⁶⁷ — Zobacz komunikat nr 854/1999: Francja, 26/07/2002. CCPR/C/75/D/854/1999, w szczególności § 7.4.

⁶⁸ — Wyrok z dnia 14 marca 2000 r. w sprawie C-54/99 *Église de scientologie*, Rec. str. I-1335, pkt 17.

⁶⁹ — Wyrok z dnia 4 grudnia 1974 r. w sprawie 41/74 *Van Duyn*, Rec. str. 1337, pkt 18/19.

interpretować wąsko, tak aby ich zakres nie mógł być określany jednostronnie przez każde Państwo Członkowskie bez kontroli przez instytucje Wspólnoty⁷⁰. Z tego orzecznictwa wynika dla pytania prejudycjalnego, że odmienna ocena [względów porządku publicznego] przez poszczególne Państwa Członkowskie jest co prawda możliwa, jednak prawo wspólnotowe wyznacza wewnątrzpaństwowej ocenie wąskie granice.

stwa Członkowskiego „z powodu zachowania, które dla obywateli pierwszego państwa nie skutkowało by wydaniem represyjnego lub innego rzeczywistego i skutecznego środka w celu jego zwalczania”⁷³.

— W przedmiocie występowania dostatecznie poważnego zagrożenia [porządku publicznego] w konkretnym przypadku

99. Ta ocena dokonywana przez Trybunał prowadzi w szczególności do tego, że nie każde naruszenie przepisów krajowych może zostać uznane za naruszenie porządku publicznego. Trybunał ustanowił wymóg „rzeczywistego i dostatecznie poważnego zagrożenia, które narusza podstawowy interes społeczny”⁷¹. Występowanie tego rodzaju zagrożenia należy wykluczyć między innymi wtedy, gdy względy — oderwane od ich właściwej funkcji — są powoływane w rzeczywistości dla [ochrony] celów gospodarczych⁷². Podobnie Państwo Członkowskie nie może przyjmować środków wymierzonych przeciwko obywatelowi innego Państwa

100. W kontekście niniejszego przypadku przywołane powyżej orzecznictwo oznacza, że uzasadnienie stwierdzonego ograniczenia swobody świadczenia usług względami porządku publicznego jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy zakazany przez zarządzenie wariant gry stanowi realne i dostatecznie poważne zagrożenie podstawowego interesu społecznego.

101. Dokonując tej oceny organy krajowe korzystają ze swobody uznania. Trybunał daje temu wyraz również w ten sposób, że stwierdza, że „prawo wspólnotowe nie ustanawia dla Państw Członkowskich żadnej jednolitej skali wartości na potrzeby oceny zachowań, które mogą zostać uznane za sprzeczne z porządkiem publicznym”⁷⁴.

70 — Zobacz ww. w przypisie 31 wyrok w sprawie Rutli, pkt 26–28 oraz ww. w przypisie 69 wyrok w sprawie Van Duyn, pkt 18–19.

71 — Wyrok z dnia 27 października 1977 r. w sprawie 30/77 Bouchereau, Rec. str. 1999, pkt 33–35. Zobacz również wyrok z dnia 19 stycznia 1999 r. w sprawie C-348/96 Calfa, Rec. str. I-11, pkt 21.

72 — Wyżej wymieniony w przypisie 31 wyrok w sprawie Rutli, pkt 30 oraz ww. w przypisie 68 wyrok w sprawie Eglise de Scientologie, pkt 17.

73 — Wyżej wymieniony w przypisie 40 wyrok w sprawie Oteiza Olazabal, pkt 42. Zobacz również wyroki z dnia 18 maja 1982 r. w sprawach połączonych 115/81 i 116/81 Adoui i Cornuaille, Rec. str. 1665, pkt 9 i z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-243/01 Gambelli i in., Rec. str. I-13031, pkt 69. Zobacz również moją opinię z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawie C-42/02 Lindman, pkt 114 (wyrok z dnia 13 listopada 2003 r., Rec. str. I-13519, pkt 114).

74 — Wyrok w sprawach połączonych 115/81 i 116/81 (ww. w przypisie 73), pkt 8.

102. Z orzecznictwa wynika, że Trybunał przyznaje Państwowi Członkowskiemu swobodę uznania w szczególności w delikatnej dziedzinie związanej ze światopoglądem lub w dziedzinie związanej ze szczególnymi zagrożeniami dla społeczeństwa. I tak na przykład w odniesieniu do szczególnych konsekwencji gier losowych i powodowanych przez nie zagrożeń dla społeczeństwa Trybunał pozostawia Państwowi Członkowskiemu swobodę uznania w dokonaniu oceny, w jakim zakresie „[Państwo Członkowskie] pragnie na swoim terytorium udzielać ochrony w dziedzinie loterii i innych gier losowych”⁷⁵. Jak trafnie przedstawiła to Komisja, potwierdza to, że usprawiedliwienia [ograniczeń podstawowych swobód] pozostawiają margines dla oceny wartościującej względnie swobodnego uznania Państw Członkowskich.

103. Jednakże, jak wyjaśniło wcześniejsze orzecznictwo, również krajowe środki ograniczające [podstawowe swobody], jak na przykład w dziedzinie gier losowych, muszą spełniać m.in. wymogi stosowności i proporcjonalności⁷⁶.

75 — Zobacz wyroki z dnia 21 września 1999 r. w sprawie C-124/97 *Läära i in.*, Rec. str. I-6067, pkt 14 i z dnia 21 października 1999 r. w sprawie C-67/98 *Zenatti*, Rec. str. I-7289, pkt 33, odsyłające do ww. w przypisie 6 wyroku w sprawie *Schindler*.

76 — Między innymi ww. w przypisie 73 wyrok w sprawie *Lindman*, pkt 25. Notabene w konsekwencji poniższa ocena proporcjonalności (szczególnie pkt 111 i nast.) nie odnosi się do godności ludzkiej, gdyż ta nie może zostać poddana jakimkolwiek ograniczeniom; ocena dotyczy dużo bardziej pytania, czy sporny w postępowaniu przed sądem krajowym zakaz stanowi stosowne, konieczne i proporcjonalne ograniczenie swobodnego świadczenia usług ze względu na cel w postaci ochrony porządku publicznego, z uwzględnieniem przedstawionych odniesień do godności ludzkiej.

104. O ile uzasadniając szczególne zagrożenie [porządku publicznego], Państwo Członkowskie powołuje się na poszanowanie godności ludzkiej, należy stwierdzić, że należy ona niewątpliwie do podstawowych interesów każdego społeczeństwa zobowiązanego do ochrony i poszanowania praw podstawowych.

105. Z perspektywy metody należy zauważyć, że stwierdzenie naruszenia podstawowego interesu społecznego jest oparte na krajowych ocenach wartościujących. Nie ma znaczenia wspólne zapatrywanie / przekonanie Państw Członkowskich⁷⁷.

106. Nie przeczy temu również przywołany przez sąd krajowy wyrok w sprawie *Schindler*⁷⁸. W wyroku tym Trybunał wyjaśnił mianowicie, że „względy moralne, religijne lub kulturowe uznane we wszystkich Państwach Członkowskich nie mogą zostać nieuwzględnione”. Stwierdzenie to oznacza, że istnienie stosownego, wspólnego przekonania co do konieczności ograniczenia podstawowej swobody stanowi wskazówkę zgodności tego ograniczenia z prawem, nie stanowi natomiast wymogu uznania tego ograniczenia za zgodne z prawem⁷⁹.

77 — Zobacz powyżej pkt 71.

78 — Wyżej wymieniony w przypisie 6 wyrok w sprawie C-275/92, pkt 60.

79 — W tym kontekście Komisja słusznie podkreśla, że Trybunał wyraził te opinie w odniesieniu do przekonującego uzasadnienia powołanego przez Państwo Członkowskie.

107. W niniejszej sprawie nie należy doszukiwać się wspólnej koncepcji Państw Członkowskich w konkretnym — krajowym — ukształtowaniu ochrony godności ludzkiej, prowadzącej w tym przypadku do wydania spornego zarządzenia, lecz w zasadniczej zgodności uznanych wartości co do pozycji godności ludzkiej w danym prawie krajowym i w prawie wspólnotowym.

108. Okoliczności faktyczne przedstawione przez sąd odsyłający przemawiają przy uwzględnieniu zasadniczego znaczenia godności ludzkiej we wspólnotowym porządku prawnym za uznaniem podniesionego przez organ porządkowy poważnego zagrożenia podstawowych interesów społecznych. I tak do ustaleń stanu faktycznego przywołanych w postanowieniu o przedłożeniu pytania prejudycjalnego należy w szczególności to, że organizowanie gier przez Omegę spowodowało niezadowolenie opinii publicznej. Na płaszczyźnie prawa należy wskazać wynikające z ochrony i poszanowania godności ludzkiej odrzucenie zachowań, względnie usług, gloryfikujących lub promujących przemoc⁸⁰.

109. Bezsporne jest, że stanowiące przedmiot postępowania zarządzenie stanowi środek stosowany bez zróżnicowania do wszystkich podmiotów.

110. W przedmiocie wątpliwości wyrażonych w odniesieniu do krajowej podstawy prawnej tego zarządzenia wystarczy stwierdzić, że zastrzeżenie możliwości ograniczenia gwarantowanych przez Traktat podstawowych swobód wyłącznie przez ustawę nie jest znane prawu wspólnotowemu. W związku z tym dla rozstrzygnięcia, czy podstawa prawna zarządzenia jest dostatecznie określona, właściwe jest prawo krajowe.

111. Stosowność zarządzenia stanowiącego przedmiot postępowania dla zażegnania stwierdzonego zagrożenia ważnego interesu społecznego nie została podana w wątpliwość ani w procedurze pisemnej, ani podczas rozprawy.

112. Również konieczność wydania zarządzenia dla zażegnania zagrożenia porządku publicznego, w szczególności w odniesieniu do chronionego dobra w postaci godności ludzkiej, nie powinna budzić wątpliwości. Organ porządkowy podkreśla nie bez racji, że sporne zarządzenie zakazywało organizowania jedynie jednego wariantu gry, tak że możliwość zastosowania łagodniejszego środka nie jest oczywista.

80 — W ocenie, czy krajowe organy skorzystały ze swobodnego uznania w sposób akceptowany przez prawo wspólnotowe, nie mogą zostać pominięte szczególne okoliczności dotyczące tego Państwa Członkowskiego. W związku z tym wskazując na wrażliwość krajowej opinii publicznej po masakrze w gimnazjum w Erfurcie w dniu 26 kwietnia 2002 r.

113. Zarządzenie stanowiące przedmiot postępowania nie stanowi również nieproporcjonalnego naruszenia praw Omegi. Jeżeli ograniczenie podstawowej swobody spowodował środek indywidualny, dla oceny jego proporcjonalności w świetle prawa wspólnotowego nie może mieć znaczenia, w jakim zakresie w innych przypadkach przyjęte zostały środki, ponieważ ocena [proporcjonalności środka] w świetle prawa wspólnotowego zależy od całokształtu okoliczności danego przypadku ustalonych przez sąd odsyłający. W każdym razie z akt sprawy nie wynika, aby niemieckie organy ujawniły niekonsekwentne zachowanie w odniesieniu do sportowych gier laserowych.

V — Wnioski

114. Uwzględniając powyższe, proponuję, by Trybunał udzielił na pytanie prejudycjalne Bundesverwaltungsgericht następującej odpowiedzi:

„Postanowienia Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską dotyczące swobodnego świadczenia usług nie stoją na przeszkodzie wydaniu krajowego zarządzenia zakazującego działalności uznanej przez sąd krajowy za niezgodną z podstawowymi wartościami chronionymi przez prawo, jeżeli zarządzenie to jest rzeczywiście uzasadnione względami interesu ogólnego związanymi z ochroną porządku publicznego i zapewnione zostało, że cel ten nie może być zrealizowany za pomocą środków ograniczających swobodne świadczenie usług w mniejszym stopniu”.