

**Część I. Metodologiczne
i aksjologiczne problemy graniczne
prawa cywilnego i jego nauki**

Rozdział 1. O urokach eklektyzmu metodologicznego. Od wspólnoty zasad i aksjologii do wspólnoty konstrukcji i wykładni prawa

Marek Safjan¹

§ 1. Wprowadzenie

W swoich rozważaniach o eklektyzmie metodologicznym będę także nieco eklektyczny, ponieważ poprowadzę swoje wywody przez różne dziedziny, które stanowiły w moim życiu prawniczym przedmiot eksploracji, także z punktu widzenia krzyżowania się różnych metodologii. Rozpocznę od bioetyki, a następnie przedstawię moje spojrzenie na konstytucjonalizację prawa cywilnego, by wreszcie przejść do dziedziny, którą uprawiam obecnie, tj. do prawa europejskiego.

§ 2. O bioetyce i metodologii i moich osobistych doświadczeniach

Po raz pierwszy w Kanadzie, na Uniwersytecie Montrealskim współuczestnicząc w wykładach mojego znakomitego kolegi, wybitnego cywilisty – *J.-L. Bau-douin* – nt. prawa medycznego, zrozumiałem, na czym polega urok pogranicza dyscyplin i interdyscyplinarności. To była znakomita przygoda intelektualna, wprowadzenie w inny świat naukowych eksploracji, w których przerzuca nie się od prawa, do wiedzy i pojęć medycznych, teologii i filozofii, etyki stawia-

¹ Prof. dr hab. dr h.c.; sędzia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w Luksemburgu; ORCID: 0000-0002-5712-451X.

ło się tyleż koniecznością, co stałą praktyką. W ten sposób tworzyła się nowa dziedzina, nazwana już wkrótce bioetyką, która łączyła w sobie podejścia metodologiczne, pojęcia i sposób opisu rzeczywistości właściwe co najmniej dla kilku dziedzin. *J.-L. Baudouin*, potem mój wieloletni przyjaciel, usiłował rozwinąć refleksję co do styku różnych dyscyplin poprzez określenie roli, którą powinny odgrywać w analizie bioetycznej poszczególne nauki². Prawo ma do spełnienia swoją własną autonomiczną rolę, jest piechurem nauk humanistycznych i nie może być (i nie jest) kurtyzaną nauk przyrodniczych; medycyna i nauki przyrodnicze nie mogą z kolei pretendować do zastąpienia etyki i prawa, nie do nich należy formułowanie powszechnie obowiązujących reguł³. Mówiąc inaczej, prawo musi operować koniecznym pragmatyzmem, dążyć do równowagi i unikać skrajności, zgodnie z postulatem Arystowskim, a do nauk przyrodniczych nie należy formułowanie sądów normatywnych. *J.-L. Baudouin*, przewodniczący francuskiego Komitetu Etyki, mawiał o eksperymentach medycznych, że są w sposób nieunikniony nieetyczne, a jednocześnie muszą być podporządkowane rygorystycznym regułom etycznym. Jak rozwiązać ten dylemat? Tylko przez sięgnięcie jednocześnie do metodologii prawa, filozofii, teologii. Bioetyka była prawdziwym polem doświadczalnym dla badania styku różnych dziedzin i dyscyplin naukowych. Każdy temat w dziedzinie bioetyki zahaczał o konieczność poszukiwania odpowiedzi jednocześnie w wielu płaszczyznach i to w taki sposób, by uzyskać w miarę możliwości rezultat możliwy do zaakceptowania na gruncie każdej z krzyżujących się dyscyplin, ale zarazem przy poszanowaniu ich odmienności metodologicznej i funkcji poznawczej. Ale podkreślmy – „w miarę możliwości”; narzędzia metodologiczne, funkcje poznawcze poszczególnych dziedzin nie dają się bowiem wtłoczyć w jeden uniwersalny schemat. Kilka lat temu uczestniczyłem w seminarium organizowanym w ramach stowarzyszenia *Droit, éthique et science* przez *C. Byka* nt. sposobu definiowania prawdy w poszczególnych dziedzinach nauki. Przedstawiłem swoje refleksje nt. pojęcia prawdy w naukach prawnych i moja teza sprowadzała się m.in. do stwierdzenia, że prawna koncepcja prawdy, w odróżnieniu od pojęcia „prawdy w naukach przyrodniczych”, opiera się na definicji normatywnej i jest funkcją tyleż zastosowania kryteriów obiektywnych, co kryteriów wynikających z samej istoty konstrukcji prawa i jego aksjologii. Ale to też nie znaczy, że prawda praw-

² Zob. *M. Saffjan*, *Le savant, le maitre, le créateur de la vie universitaire*, w: *The Past, Present and Future of Comparative Law – Le passé, le présent et le futur du droit comparé, Éloge du Professeur Jean-Louis Baudouin* (red. *K. Boele-Woelki, D.P. Fernandez Arroyo*), Springer 2017.

³ Zob. *J.-L. Baudouin, C. Labrusse-Riou*, *Produire l'homme de quel droit? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, PUF, Paris 1987, s. 254 i n.

nicza i prawda naukowa nie mogą, czy wręcz nie powinny się w pewnych sytuacjach zbiegać (krzyżować). Relatywizm prawdy prawniczej i swoiste dążenie do absolutyzmu prawdy naukowej skłaniają do refleksji ze względu na ich istotową odmienność⁴.

Czym więc jest eklektyzm metodologiczny w dziedzinie bioetyki, jak można go scharakteryzować? To na pewno koncepcja operująca jednocześnie różnymi podejściami metodologicznymi: prawnik poszukuje odpowiedzi na pytanie dotyczące rekonstrukcji i treści normy obowiązującej, etyk będzie poszukiwał odpowiedzi o kryteria dobra i zła, a filozof będzie starał się odpowiedzieć na pytanie, co jest prawdziwą istotą (substancją) problemu i jak go scharakteryzować w płaszczyźnie ontologicznej. Dyskusja o terminacji ciąży jest doskonałym tego przykładem: prawnik poszukuje odpowiedzi na pytanie o granice ochrony normatywnej, ale nie może jednocześnie uciec od pytania ontologicznego (jak zdefiniować byt człowieka), a także od pytania o skutki rozwiązania w kategoriach dobra i zła, i w konsekwencji musi wypracować odpowiedź, kierując się autonomiczną funkcją prawa w oparciu o „rachunek równowagi” i unikania skrajności. Skrzyżowanie metodologii następuje w pewnym sensie na dwóch piętach: wypracowania normy ogólnej oraz ustalenia postępowania *in casu* (temu służą np. komisje bioetyczne w szpitalach).

Znakomitą ilustracją takich dylematów zarówno metodologicznych, jak i aksjologicznych i filozoficznych były dyskusje toczące się wokół roszczeń „*wrongful life*” oraz „*wrongful birth*” w Stanach Zjednoczonych w latach 70. oraz 80. XX w.⁵. Jeden z amerykańskich sędziów, stając wobec nierozwiązywalnego problemu, czy życie jest warte życia, stwierdził, że o tym, czy cierpienie wynikające z samej egzystencji może być przeważone przez wartość życia jako takiego, stwierdził otwarcie, że prawo nie ma narzędzi do odpowiedzi na takie pytanie, bo odpowiedź należy do filozofów, teologów i etyków. Inaczej mówiąc, dotarliśmy do granic prawa i nie możemy dalej posługiwać się jego metodologią (w tym wypadku oznaczało to odmowę przyznania odszkodowania za urodzenie się dziecka z nieusuwalnymi wadami genetycznymi, bo nie jest rolą prawa hierarchizowanie wartości ludzkiego życia). Uznanie granic dziedziny, jaką jest prawo, wymaga już *per se* zaprzęgnięcia do naszej refleksji rozumowania odwołującego się do innych pozaprawnych dziedzin, a zarazem pewnej skromności i wstrzeźliwości co do posługiwania się prawnymi instrumentami. Jed-

⁴ Zob. M. Saffjan, Prawda i sprawiedliwość. Prawda obiektywna versus sędziowski relatywizm, w: Księga pamiątkowa ku czci Profesora Michała Kuleszy, Warszawa 2014.

⁵ Pisałem o tym m.in. w swej pierwszej polskiej publikacji na ten temat – Odpowiedzialność za wadliwą diagnozę prenatalną w świetle orzecznictwa common law, PiP 1985, Nr 10.

nocześnie, co jednak dotyczy nie tylko bioetyki, prawo nie może się obyć bez nieustannego sięgania w swych rozumowaniach i konstrukcjach do pojęć i metodologii ukształtowanych w innych dziedzinach. Jeżeli prawo poszukuje równowagi i odwołuje się do jednej z najważniejszych zasad prawniczego rozumowania, którą jest zasada proporcjonalności, to kalkulacja argumentów „za i przeciw”, a także tego, co jest konieczne i jeszcze dopuszczalne, ze względu na istotę chronionego prawa odbywa się w znaczącym stopniu w sferze rozumowań pozaprawnych, chociaż dokonujących się w ramach figury prawnej o ściśle określonych ramach (zasady proporcjonalności). Stąd też zresztą nie może dziwić, że przy zastosowaniu tej samej konstrukcji prawnej, wyznaczonej przez przesłanki proporcjonalności, otrzymywane są w różnych systemach prawnych niejednakowe odpowiedzi na te same pytania (np. gdy chodzi o dopuszczalność przerwania terapii nadzwyczajnej albo o granice eutanazji pasywnej, albo też o autonomię decydowania o samym sobie w odniesieniu do zabiegów transplantacyjnych itd.). Dobrą ilustracją takich dylematów jest sprawa *Brüstle*⁶, rozstrzygana przez TSUE, gdzie pojawiły się dodatkowo problemy wynikające z odmienności podejścia poszczególnych systemów prawnych UE do kwestii definicji embrionu, odgrywającej w tej sprawie kluczową rolę dla określenia legalności procedury badawczej służącej skutecznej terapii choroby Parkinsona. Nie wchodząc bliżej w analizę tej sprawy, warto zauważyć, że TSUE za podstawę rozumowania przyjął wyniki badań biomedycznych dotyczących tzw. paratogenezy co do kwestii potencjalnego rozwoju życia wykreowanego przy pomocy tej procedury. Pierwsze orz. TSUE (*Brüstle*) zostało następnie zweryfikowane przez wyrok w sprawie *International Stem Cells Corporation*⁷ pod wpływem najnowszych badań biomedycznych w dziedzinie partenogenezy i klonowania, wskazujących na to, że życie wykreowane przez te procedury może się rozwijać tylko do pewnej granicy. Rozumowanie prawnicze o zasadniczym znaczeniu dla interpretacji regulacji europejskiej w dziedzinie wynalazków zostało ściśle uzależnione od wyników rozwoju wiedzy medycznej, co nie znaczy, że wyzbyte całkowicie swej autonomii. Eksploracje bioetyczne mocno uzasadniają tezę, że operowanie zróżnicowanym instrumentarium metodologicznym jest koniecznością, bez której nie mogą być rozstrzygane dylematy prawnicze w tej dziedzinie. Twierdzenie wobec tego, że jakaś kwestia jest niewątpliwie i bezdyskusyjnie rozstrzygana w obrębie samego prawa, zamazuje naturę problemów i uniemożliwia prawdziwą debatę. Przy poszanowaniu odmienności ról poszczególnych,

⁶ Zob. wyr. TSUE z 18.10.2018 r., C-34/10, *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV*, Legalis.

⁷ Zob. wyr. TSUE z 18.12.2014 r., C-364/13, *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, Legalis.

krzyżujących się dyscyplin nie można zapominać, że nie mogą się one wzajemnie zastępować, są bowiem w stosunku do siebie komplementarne. Prawo określając powinność, normę postępowania, musi opierać się na tym, co jest, a opis tej rzeczywistości nie należy już do legislatora, ale do nauki. Respektowanie wielości metod przy analizie tego samego problemu prowadzi, jak sądzę, do stopniowego kształtowania się w pewnym sensie nowej, eklektycznej metodologii, która poszerza znakomicie pole analizy i może prowadzić do autentycznej wymiany i debaty przedstawicieli różnych profesji, co z lepszym lub gorszym skutkiem praktykuje się w wielu krajach w ramach tzw. krajowych komitetów etycznych. Ich ustalenia i rezultaty debat poprzedzają interwencję ustawodawczą, pojawia się w konsekwencji nowa koncepcja tworzenia normy.

§ 3. O upowszechnianiu się metodologii konstytucyjnej

Przechodząc obecnie do drugiego pola moich zainteresowań, chciałbym na początek przypomnieć, że jeszcze w latach 70. lub 80. XX w. sięganie do argumentu hierarchicznej struktury prawa dla uzasadnienia stosowania normy konstytucyjnej było uznawane w środowisku cywilistycznym nie tylko za bezużyteczne, ale wręcz skłaniało do podejrzeń o próby ideologizacji prawa prywatnego, dziedziny pilnie strzeżonej, jak swego bastionu, przed niebezpieczną infiltracją obcych dla niej czynników. Jako cywilista ulegałem także silnie temu przekonaniu i wychodziłem z założenia, że prawo cywilne w obrębie systemu prawnego komunistycznego państwa mogło skutecznie bronić swojej autonomii, uciekając w dogmatykę i zachowując jako cnotę konieczny formalizm rozumowań i wykładni. W okresie PRL-u było to istotnie uzasadnione – formalizm prawa, ściśle trzymanie się litery i wykładni semantycznej, swoista kontynuacja zamkniętego świata pojęć i konstrukcji przenikalnych tylko dla dogmatyków wydawały się (i chyba tak było rzeczywiście) dość (choć tylko „dość”!) skutecznymi narzędziami ochrony prawa przed polityzacją czy kompletną arbitralnością niedemokratycznej władzy. Słynne twierdzenie XIX-wiecznych pozytywistów „ja nie uczę prawa, ale uczę kodeksu” nie odbiegało więc zbyt daleko od rzeczywistości w PRL-u. Normy wyższego rzędu, normy konstytucyjne były zwykłym „decorum”, a wysiłek wielu cywilistów paradoksalnie był zwrócony nie na poszukiwanie właściwej interpretacji w konstytucji, ale na tym, by od tej interpretacji maksymalnie się zdystansować. Wspomnijmy choćby skomplikowane konstrukcje odnoszące się do własności państwowej i próby ucieczki od zasady jedności własności państwowej poprzez teorie specyficznych praw

rzeczowych państwowych osób prawnych na gruncie cywilistycznym, tworzone przez wybitnych cywilistów – od *J. Wasilkowskiego*, przez *T. Dybowskiego*, do *A. Stelmachowskiego*. Nauczający prawa prywatnego uczyli najczęściej fachu, rzemiosła, tworzyli niekiedy z wyobraźnią świetne konstrukcje dogmatyczne, ale z powodów uwarunkowań ustrojowych nie byli w stanie przekazywać umiejętności wykładni, czyniącej punktem odniesienia całość systemu, jego aksjologię i funkcję. Pewną rolę w rozumowaniach cywilistycznych odgrywały analizy prawno-porównawcze, otwierające niekiedy nową perspektywę wykładni konstrukcji cywilistycznych (np. widoczne w kształtowaniu się odpowiedzialności za produkt, instrumentów ochrony konsumenta czy odpowiedzialności kontraktowej itd.). Nie zmieniało to jednak w sposób zasadniczy dominującej koncepcji wykładni prawa, niewykraczającej poza ściśle ograniczone pole analiz dogmatycznych. Nawyki utrwalone przez pokolenia prawników pozostawały, a ich zmiana nie mogła być ani łatwa, ani natychmiastowa. Stopniowo jednak następowała – po 1989 r. rozpoczął się proces konstytucjonalizacji prawa⁸.

Zanim skupię się na pewnych istotnych elementach tego procesu, chciałbym w kilku słowach określić, jak go rozumiem i jakie są elementy istotne także dla obecnej debaty o przenikaniu się metodologii wykładni, o zjawisku, które określam jako swoisty eklektyzm metodologiczny. Eklektyzm to łączenie różnych elementów pochodzących z różnych, nietożsamych dziedzin. W dziedzinie wykładni prawa to poszukiwanie odniesień dla ustalenia rodzaju i treści dyrektyw wykładni oraz rekonstrukcji normy poza daną dziedziną, w tym wypadku poza daną gałęzią prawa czy dyscypliną. Tak pojmowana koncepcja wykładni jest próbą spojrzenia na system prawny jako całość, którego wierzchołek tworzą wspólne zasady ogólne, wyrażające wspólny katalog wartości. Jest to równoznaczne z poszerzeniem pola, w którym dokonuje się rekonstrukcja normy⁹. Istota takiego zabiegu nie polega na tym, że zmieniają się dyrektywy wykładni jako takie (reguły inferencyjne jako takie właśnie pozostają bowiem te same), ale zmienia się sama metoda i zakres ich stosowania. O ile w klasycznej wykładni

⁸ Zob. m.in. *E. Łętowska*, Wpływ Konstytucji na prawo cywilne, w: *Konstytucyjne podstawy systemu prawa* (red. *M. Wyrzykowski*), Warszawa 2001, s. 125 i n.; *M. Safjan*, Konstytucja a prawo cywilne, w: *Ecclesia et Status. Studia in Honorem prof. Joseph Krukowskiego* (red. *A. Dębiński, K. Orzeszyna, M. Sitarz*), Lublin 2004, s. 2 i n.; *tenże*, Źródła prawa prywatnego, w: *Prawo cywilne – część ogólna. System prawa prywatnego*, t. 1 (red. *M. Safjan*), Warszawa 2012, s. 167 i n.

⁹ Zob. np. *T. Stawecki*, Koncepcje wykładni konstytucji we współczesnych polskich naukach prawnych, w: *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty* (red. *T. Stawecki, P. Winczorek*), Warszawa 2014, s. 159 i n.; *M. Gutowski, P. Kardas*, Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji, Warszawa 2017.

ograniczonej gałęziowo odniesienia nawet na poziomie wykładni funkcjonalnej i systemowej nie wykraczają poza ramy wyznaczone daną gałęzią, o tyle w ramach wykładni uwzględniającej perspektywę poza-gałęziową pojawiają się już na poziomie wykładni semantycznej, wtedy, kiedy chcemy rekonstruować znaczenie danego pojęcia, odwołując się do języka prawnego, uwzględniając jego semantykę w obrębie całego systemu, na różnych jego piętrach. Rekonstrukcja zasad ogólnych, będących swoistą sublimacją aksjologii systemowej, które nadają kierunek wykładni, nie może być dokonywana wyłącznie w relacji do aksjologii gałęzi, ale musi obejmować aksjologię pojawiającą się na wyższych piętrach systemu i uwzględniać granice, a niekiedy opozycyjność wzajemną niektórych wartości i zasad; w sposób nieunikniony pojawia się także proces poszukiwania punktu równowagi. Jest niezwykle interesujące przenikanie się pojęć – można by rzec o naturze – między-gałęziowej czy wertykalnej. Na poziomie poszczególnych dogmatyk należy w konsekwencji uwzględniać znaczenie i treść pojęć autonomicznych konstruowanych na wyższym poziomie systemu, bo tędy prowadzi droga do respektowania aksjologii systemu jako całości¹⁰.

Prosty przykład: konstruując normę w relacji do konkretnego prawa rzeczowego, nie można tracić z pola widzenia szerokiego pojęcia własności konstruowanego na gruncie konstytucji, a nie tylko prawa prywatnego (i dodajmy Protokołu Nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹¹) po to, aby określić legalność ingerowania w zakres treści tego prawa, tylko wtedy można bowiem „wyjść” z paradoksu zawartego w tezie, że prawo własności to prawo absolutne i bezwzględne, ale jednak o treści określonej przez ustawę, który prowadzi do wniosku, że prawo wyrażone z treści też może mieć status prawa własności, co było widoczne w okresie PRL-u w stosunku do właścicieli kamienic w miastach. Inny przykład: ustalając swobodę kształtowania treści umowy przez strony, nie można abstrahować od nakazu respektowania uniwersalności praw podstawowych, a przede wszystkim od zakazu dyskryminacji, co oczywiście mocno ingeruje w zakres autonomii woli przyznawanej przez prawo prywatne. Jeszcze inny przykład: ustalenie treści wielu dóbr osobi-

¹⁰ Zob. co do pojęć autonomicznych m.in. *T. Stawicki*, *Koncepcja autonomicznej wykładni pojęć: od praktyki do teorii*, w: *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty* (red. *T. Stawicki*, *P. Winczorek*), Warszawa 2014, s. 242 i n. Zob. też co do początków okresu transformacji *T. Zieliński*, *Klauzule generale w nowym porządku konstytucyjnym*, PiP 1997, Nr 11–12, s. 134 i n.; *L. Leszczyński*, *Tworzenie klauzul generalnych odsyłających*, Lublin 2000; *C. Żuławska*, *Zasady prawa gospodarczego prywatnego*, Warszawa 2007; *M. Saffjan*, *Klauzule generalne w prawie cywilnym*, PiP 1990, Nr 11.

¹¹ Protokół Nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzony w Paryżu 20.3.1952 r. (Dz.U. z 1995 r. Nr 36, poz. 175).

stych będzie zależało od rekonstrukcji wolności i praw zawartych w normach wyższego rzędu (np. sposobu rozumienia tzw. autonomii informacyjnej istotnego składnika prawa do życia prywatnego). Zderzenie się odmiennych metodologii (uprawianych na gruncie wykładni konstytucyjnej i tej klasycznej „gałęzowej”) ujawnia potrzebę budowania tzw. pojęć autonomicznych na wyższych piętrach systemu. Potrzeba wspólności aksjologii i konstrukcji wymusza zasadniczą zmianę metodologiczną w sferze wykładni.

Pojęcia te w konsekwencji tworzą łącznik pomiędzy różnymi dziedzinami prawa, określając wspólny kierunek wykładni, spójny dla całego systemu, są prawdziwym zwornikiem metodologii konstytucyjnej czy – mówiąc ściśle – konstytucjonalizacji różnych gałęzi prawa. Nie są one bowiem prostym odbiciem czy refleksem pojęć ustalonych w dogmatykach prawa, ale wyrażają własny cel określony w oparciu o istotę gwarancji udzielanych przez konstytucję: stanowią swoistą syntezą istotnych cech, charakteryzujących poszczególne instytucje i konstrukcje, tak właśnie, jak to czyniło orzecznictwo konstytucyjne w sprawach własności i dziedziczenia¹².

Moim doświadczeniem ze stosowaniem takiej metodologii, a więc przy użyciu pojęć autonomicznych i aksjologii konstytucyjnej, był niewątpliwie wyrok TK w sprawie odpowiedzialności władzy publicznej¹³ za niezgodne z prawem działania władzy publicznej. Przypomnijmy, że chodziło o to, aby odpowiedzieć na pytanie, czy przesłanka winy funkcjonariusza może być uznana za konieczną w świetle regulacji konstytucyjnej zawartej w art. 77 ust. 1 Konstytucji RP. Ograniczenie odpowiedzialności ze względu na wymaganie winy funkcjonariusza było od kilkudziesięciu lat przyjęte w doktrynie oraz w orzecznictwie cywilistycznym, w tym przez uchwałę (wytyczne) pełnego składu Izby Cywilnej SN z 15.2.1971 r.¹⁴. Rozumowanie mogło być prowadzone w dwóch kierunkach – po pierwsze, poprzez odwołanie się do czysto cywilistycznej metodologii interpretacyjnej, dedukującej znaczenie przesłanki odpowiedzialności Skarbu Państwa, jaką jest „niezgodność z prawem”, z całości konstrukcji i zasad odpowiedzialności *ex delicto*, która nacisk kładła na zasadę winy jako zasadę podstawową; po drugie, poprzez ukształtowanie konstytucyjnego pojęcia autonomicznego „niezgodność z prawem” odwołującego się do swoistej funkcji gwarancyjnej tego typu odpowiedzialności z punktu widzenia relacji jednostka

¹² Autonomiczne, konstytucyjne pojęcie własności ilustruje dobrze orzecznictwo TK. Ograniczając się tu do znanych przykładów, wspomnijmy np. o wyr. TK: w sprawie mienia zabużańskiego z 19.12.2002 r., K 33/02, Legalis; o prawie własnościowym do lokalu, o prawach spółdzielczych z 30.3.2004 r., K 32/03, Legalis; oraz o dziedziczeniu z 31.1.2001 r., P 4/99, Legalis.

¹³ Wyr. TK z 4.12.2001 r., SK 18/00, Legalis.

¹⁴ III CZP 33/70, OSN 1971, Nr 4, poz. 59.

– państwo, inspirowanej koncepcją zasady zaufania do państwa i stanowionego przezeń prawa. Dwie możliwości interpretacyjne – i zarazem dwie odmienne perspektywy spojrzenia na relację pomiędzy normą konstytucyjną i normą cywilistyczną. Podejście węższe, tradycyjne, ustalone w dotychczasowej wykładni odrzucało samodzielność treści normatywnej zasady wyrażonej w art. 77 Konstytucji RP, uznając ją za czystą proklamację ustawodawcy konstytucyjnego¹⁵ bez wskazania kryteriów ustalenia pojęcia „niezgodności z prawem”; te ostatnie miałyby być wskazane przez normy konkretyzujące na poziomie ustawodawstwa zwykłego. Podejście szersze maksymalizowało normatywizację pojęcia konstytucyjnego, wzmagając jego funkcje ochronne wobec jednostki, pojęcie węższe *de facto* kwestionowało bezpośredniość stosowania Konstytucji. „Nie-zgodność z prawem” jako przesłanka odpowiedzialności i pojęcie autonomiczne całego systemu prawa, o zastosowaniu wykraczającym poza granice prawa cywilnego wywarło wpływ na inne dyscypliny i dziedziny prawa, wymuszając zmiany w regulacjach proceduralnych (niezgodność z prawem orzeczeń i decyzji administracyjnych) i otworzyło szeroko drogę do odpowiedzialności za tzw. bezprawie normatywne, w tym po raz pierwszy w historii naszego prawa za zaniechania regulacyjne. Doszło w ten sposób do odwrócenia paradygmatu, zakładającego co do zasady nieodpowiedzialność władzy publicznej za szkody wyrządzone bezprawnymi aktami normatywnymi. Wyrok TK z 4.12.2001 r. (SK 18/00) jest jednocześnie przykładem dobrze ilustrującym proces ewolucji ukształtowanych pojęć w danej dziedzinie prawa pod wpływem prokonstytucyjnej interpretacji.

Inną, ciekawą i inspirującą na przyszłość egzemplifikację interpretowania i stosowania prawa w sposób łączący odmienne perspektywy spojrzenia na prawo, do niedawna dość mocno odgródzone, co wynikało z odmiennych metodologii regulacyjnych prawa publicznego (perspektywa wertykalna) i prawa prywatnego (perspektywa horyzontalna), stanowi coraz szerzej dyskutowane zagadnienie horyzontalnego stosowania praw podstawowych w prawie prywatnym¹⁶. W doktrynie polskiej kwestia ta ma relatywnie krótką historię, a w niektórych systemach prawnych, takich jak niemiecki, problem jest dyskutowany

¹⁵ Co do dyskusji w tej kwestii o kierunkach interpretacji w tamtym okresie zob. *M. Saffjan*, Spór o nową formułę odpowiedzialności odszkodowawczej Państwa, w: *Konstytucja – ustrój – system finansowy państwa. Księga pamiątkowa ku czci Natalii Gajl* (red. *T. Dębowska-Romanowska*, *A. Jankiewicz*), Warszawa 1999; *M. Saffjan*, Jeszcze o odpowiedzialności Skarbu Państwa na podstawie art. 77 Konstytucji. (W odpowiedzi prof. Adamowi Szpunarowi), *PiP* 1999, Nr 9.

¹⁶ Zob. np. *M. Florczak-Wątor*, Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych, Kraków 2014; *M. Saffjan*, Efekt horyzontalny praw podstawowych w prawie prywatnym: autonomia woli a zasada równego traktowania, *KPP* 2009, Nr 2.

od kilkudziesięciu lat. Nie jest to miejsce na prezentację teorii horyzontalności praw podstawowych, a więc musimy się ograniczyć do kilku obserwacji.

Istotne jest stwierdzenie, że konstytucyjne prawa podstawowe w swojej genezie stanowiły gwarancje udzielane jednostkom wobec władzy publicznej, nie były więc tworzone jako narzędzie ochrony jednostek wobec siebie w relacjach horyzontalnych, a więc w relacjach prawa prywatnego. Stąd właśnie zderzenie metodologii i perspektyw. Współczesne podejście do prawa wymaga jednak nieustannego przekraczania granic pomiędzy gałęziami i dyscyplinami prawnymi, ma charakter holistyczny, dąży do oglądu całościowego prawnych konstrukcji uwzględniającego różne metodologie, bo – jak słusznie zauważają twórcy holizmu – całości nie da się sprowadzić do jej składników. Prawa podstawowe wyrażają aksjologię systemu, stanowią jej esencję. Nie można dzisiaj akceptować w systemie prawnym swoistych enklaw, w których odwołanie się do praw podstawowych będzie napotykało nieusuwalną barierę. Przełożenie metodologii publiczno-prawnej (relacja wertykalna) na stosunek horyzontalny będzie wyrażać się w uprawnionym oczekiwaniu jednostki, że władza publiczna udzieli jej ochrony także w odniesieniu do tej relacji, odmawiając jej walidacji i skuteczności, w wypadku naruszenia jej praw podstawowych. Problemem pozostaje natomiast nie tyle pytanie o to, czy jest możliwość horyzontalnego stosowania praw podstawowych, ile o jego intensywność. Podstawowa metoda regulacyjna prawa prywatnego zakłada równorzędność podmiotów i wolność kształtowania ich stosunków prawnych (zasada autonomii woli). Prawdziwy dylemat metodologiczny sprowadza się więc do tego, w jaki sposób zapewnić skuteczność ochrony praw podstawowych, nie unicestwiając jednocześnie wpisanej w naturę prawa prywatnego (w jego podstawową metodologię) swobody kształtowania stosunków prawnych. Rozstrzygnięcie tego dylematu wymaga moim zdaniem włączenia do koncepcji interpretacyjnej pochodzącej z prawa publicznego, ściślej – z prawa konstytucyjnego, zasady proporcjonalności. To przy jej pomocy można rozstrzygnąć rysujący się np. konflikt wartości pomiędzy zasadą równego traktowania i niedyskryminacji, zasadą swobody umów i autonomią woli, prawem do ochrony dóbr osobistych a swobodą wypowiedzi i dostępem do informacji. Mechanizm proporcjonalności umożliwia ocenę z punktu widzenia istoty chronionej wartości, przy uwzględnieniu granic wyznaczonych przez konieczność jej ograniczenia, a także charakteru używanego środka, tj. jego skuteczności, niezbędności i adekwatności. Proporcjonalność jako metoda użyta do oceny relacji prywatnoprawnej pozwala uniknąć skrajności, wprowadza element poszukiwania równowagi, o którą jest najtrudniej. Można więc postawić hipotezę, że w konsekwencji horyzontalnego stosowania praw podstawowych „ewakuacji” z relacji prywatnoprawnej będą podlegały takie elementy, które naruszają

konieczne minimum ochrony udzielanej w ramach prawa podstawowego, pozostawiając jednocześnie wystarczająco szeroki zakres autonomii stronom, które muszą w założeniu korzystać ze swobody w kształtowaniu swoich relacji.

§ 4. Prawo europejskie

Nowym, fascynującym polem eksploracji dla badania zjawiska krzyżowania się konstrukcji i metod interpretacji prawa pochodzących z prawa publicznego oraz prawa prywatnego jest prawo europejskie. Jest to zarazem dziedzina, w której krzyżują się istotnie odrębne tradycje prawne: *common law* i prawa cywilnego. Pierwsza kładzie główny akcent na ciągłość linii orzeczniczych wyznaczanych przez system precedensów i *star (leading) decisis*, druga – na prawo pisane wyrażające wolę ustawodawcy. Duch twórców kodeksu *Napoleona* (i silne przywiązanie do tekstualnej interpretacji), ciągle obecny w refleksji prawa kontynentalnego, zderza się z wielkimi ideami tworzącymi historię *common law*, poczynając od *Martina of Pattishall* (XIII w., od którego rozpoczęło się stosowanie metody precedensów). Owo zderzenie jest szczególnie interesujące w prawie europejskim – a ściślej w sferze jego stosowania przez TSUE. Z jednej strony silne wpływy prawa francuskiego, jego metod interpretacji i nawet formy ujęcia i redakcji orzeczeń TSUE, które odgrywały decydującą rolę od początku historii Trybunału, z drugiej strony praktyka orzecznicza coraz silniej kładąca nacisk na ciągłość tworzonego „*case-law*” i zachowanie dzięki temu spójności oraz pewności (przewidywalności) prawa w zakresie jego wykładni oraz stosowania. Jeżeli uznać, że kluczową rolę we współtworzeniu przestrzeni prawnej odgrywają sędziowie, to bez wątpienia można uznać, że metodologia wykładni i stosowania prawa przez TSUE jest dzisiaj usytuowana bliżej systemu *common law* niż systemu kontynentalnego. Przypomnijmy wielkie przełomowe decyzje Trybunału, które zaważyły decydująco o rozwoju i statusie prawa europejskiego i które zmieniały w jakimś sensie bieg historii, tworząc silny „impuls integracyjny”, wprowadzające zasadę pierwszeństwa prawa unijnego nad prawem krajowym (łącznie z regulacjami konstytucyjnymi), bezpośredniego skutku, *leffet direct*¹⁷,

¹⁷ Zob. przede wszystkim sławny wyr. TSUE z 15.7.1964 r., C-6/64, *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, Legalis.

Zob. co do tego dobrze znane orzecznictwo TSUE w takich m.in. sprawach jak wyr.: z 9.3.1978 r., C-106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SA*, Legalis, § 22; z 20.12.2017 r., C-664/15, *Protect Natur*, Legalis, § 56; z 5.4.2016 r., C-689/13, *Puligienica Facility Esco SpA (PFE) v. Airgest SpA*, Legalis, § 40.

roli praw podstawowych w porządku prawnym Unii¹⁸, bezpośredniego stosowania praw podstawowych takich m.in. jak prawo do sądu¹⁹, czy ostatnio określających istotę rządów prawa i niezawisłości sędziowskiej²⁰. Lektura orzeczeń TSUE potwierdza wyraźnie, jak wielkie znaczenie Trybunał przypisuje do ciągłości orzecznictwa, w motywach wyroków można odnaleźć nieustanne odwoływanie się do wcześniejszych orzeczeń dla podkreślenia tej kontynuacji, stanowiącej w przestrzeni europejskiej istotną gwarancję bezpieczeństwa prawnego. W wypadku odchodzenia od ustalonego *case-law* stosowana jest w ramach uzasadnienia metoda bliska *distinguishing* akcentująca różnicę i powody faktyczne i prawne, dla których nowe podejście jest przeprowadzane. Dodajmy, że nowe rozstrzygnięcie, przybierające postać przełomu w orzecznictwie, jest wprowadzane z reguły przez wyrok Wielkiej Izby, co stanowi pewne echo hierarchicznej struktury precedensów w systemie *common law*. Prawotwórczy, w pewnym sensie, charakter orzeczeń TSUE jest dodatkowo wzmacniany przez mechanizm, stosowany wyjątkowo, odłożenia w czasie skutków wejścia orzeczenia w życie w sposób umożliwiający jego zastosowanie wyłącznie do sytuacji *pro futuro*, a więc wyłączający efekt retroaktywny (jest to możliwe w szczególności przy zaistnieniu dobrej wiary w systemie krajowym i ryzyku daleko idących, dolegliwych skutków ekonomicznych). Dochodzi w ten sposób do przejmowania przez organ sądowy nowych *quasi* prawotwórczych funkcji, które wpisują się w logikę wykładni funkcjonalnej i aktywizm sądowy po stronie TSUE²¹.

W pierwszym rzędzie w ramach wykładu o krzyżowaniu się metodologii należy zwrócić uwagę na zacieranie się w prawie europejskim granic pomiędzy różnymi, tradycyjnie wyodrębnianymi gałęziami prawa. Jednym z charaktery-

¹⁸ Zob. np. już na tle KPP wyr. TSUE z 26.2.2013 r., C-617/10, *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*, Legalis.

¹⁹ Zob. np. wyr. TSUE: z 17.4.2018 r., C-414/16, *Vera Egenberger v. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*, Legalis; oraz z 29.7.2019 r., C-556/17, *Alekszjij Torubarov v. Bevdorlasi és Menekültügyi Hivatal*, Legalis.

²⁰ Zob. np. wyr. TSUE z 27.2.2018 r., C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v. Tribunal de Contas*, Legalis.

²¹ Zob. np. w tej kwestii A. Wiedeman, *Non-retroactive or prospective ruling by the Court of Justice of the European Communities in preliminary rulings according to Article 234 EC*, *The European legal forum. Forum iuris communis europae* 2006, issue 5–6, s. 197–203; D. Du-esterhaus, *Eppur si muove! The past, present, and (possible) Future of Temporal Limitations in the Preliminary Ruling Procedure*, *Yearbook of European Law* 2017, vol. 36, s. 337–374. Zob. także tytułem przykładu wyr. TSUE z 8.4.1976 r., C-43/75, *Defrenne*, Legalis; wyr. TSUE z 17.12.2015 r., C-25/14, *Union des syndicats de l'immobilier (UNIS) v. Ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, Syndicat national des résidences de tourisme (SNRT) i in.*, Legalis.

stycznych przejawów takiego podejścia jest odwoływanie się przez ustawodawcę europejskiego przy ustalaniu sfery regulacyjnej do określonej dziedziny wspólnego rynku, w ramach której wskazywane są zadania i cele do osiągnięcia, bez powiązania z kryteriami związanymi z pojęciem gałęzi prawa. Sztywne podziały na prawo publiczne i prawo prywatne nie mają istotnego znaczenia, ponieważ dobór metody regulacyjnej jest przede wszystkim nakierowany na skuteczność stosowanych instrumentów (co pozostaje w zgodzie z zasadą efektywności prawa europejskiego), a te mogą być w odniesieniu do tej samej dziedziny mocno zróżnicowane. Cele takie więc jak: ochrona konsumenta, ochrona konkurencji, swoboda świadczenia usług i przepływu towarów, ochrona własności intelektualnej czy praw autorskich mogą być realizowane przy równoczesnym użyciu metod z zakresu prawa publicznego i prywatnego, a w konsekwencji pojawia się zjawisko, które można określić jako hybrydyzacja prawa europejskiego²². Przykładem tej tendencji są m.in. umowy o świadczenia tzw. szerokiego użytku publicznego, w zakresie dostaw energii i gazu²³, usług telekomunikacyjnych²⁴, usług informatycznych²⁵ czy zdrowotnych²⁶. Z jednej strony kontraktualizacja (częściowa) niektórych stosunków prawnych, kształtowanych pierwotnie na gruncie prawa publicznego zapewnia większą swobodę stron w ustalaniu swych

²² Zob. C. Tuori, On legal hybrids, w: Self-sufficient European private law – a viable concept? EUI working paper (eds. H.W. Micklitz, Y. Svetiev), Florence 2012.

²³ Zob. dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2003/55/WE z 26.6.2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 98/30/WE (Dz.Urz. UE L Nr 176, s. 57 ze zm. i sprost.); dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2003/54/WE z 26.6.2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 96/92/WE (Dz.Urz. UE L Nr 176, s. 37 ze zm.); oraz wyr. TSUE: z 21.3.2013 r., C-92/11, *RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, Legalis; z 23.10.2014 r., C-359/11 oraz z 28.11.2014 r., C-400/11, *Alexandra Schulz v. Technische Werke Schussental GmbH und Co. KG i Josef Egbrinchoff v. Stadtwerke Ahaus GmbH*, Legalis. Zob. też opinię rzecznika generalnego C. Villalóna z 9.7.2015 r., C-326/14, *Verein für Konsumenteninformation*, Legalis, pkt 33, w której zauważa, że w ramach ochrony interesów użytkowników końcowych umowa stanowi istotny element gwarantujący minimalny poziom pewności prawa i transparentności informacji.

²⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/21/WE z 7.3.2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) (Dz.Urz. UE L Nr 108, s. 33 ze zm.).

²⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2000/31/WE z 8.6.2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym) (Dz.Urz. UE L Nr 178, s. 1).

²⁶ Zob. dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/UE z 9.3.2011 r. w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej (Dz.Urz. UE L Nr 88, s. 45 ze zm.).