

RAFAŁ SZCZEPANIAK



PROJEKT USTAWY
„PRZEPISY OGÓLNE PRAWA ADMINISTRACYJNEGO”¹
WIDZIANY OKIEM CYWILISTY

I. Wprowadzenie

Może budzić zdziwienie, że cywilista porusza temat prac nad ustawą Przepisy ogólne prawa administracyjnego. Zwłaszcza, iż od pewnego czasu rzadziej słyszymy o tym projekcie². Stawiam jednak tezę, iż ustawa ta, jeżeli wejdzie w życie, będzie miała niewiele mniejsze znaczenie dla cywilistyki, niż dla samego prawa administracyjnego. Dowodzi tego chociażby fakt, że w projekcie składającym się z 51 artykułów, kilkakrotnie można natrafić na odesłanie do przepisów prawa cywilnego³.

Jest jednak co najmniej kilka fundamentalnej wagi powodów, dla których prace ustawodawcze nad tym projektem nie powinny być dla cywilistów obojętne. Należy mieć na uwadze, że aczkolwiek twórcy projektu mając świadomość ogromu materii administratywistycznej odzegnują się od nazwania swego dzieła kodyfikacją, tym niemniej mieli ambicję stworzenia regulacji mającej przynajmniej niektóre cechy typowe dla kodeksów. W szczególności chodziło o napisanie ustawy pełniącej funkcje porządkujące, o uniwersalnym znaczeniu dla całego prawa administracyjnego⁴. W jakimś sensie, podobnie jak kodeks, ustawa ta ma być najwyższą formą doskonalenia prawa. Dlatego też ustawa taka bez wątplenia wpływałaby m.in. na

¹ Projekt tej ustawy został opracowany przez sejmową Komisję Sprawiedliwości i Praw Człowieka, Druk nr 3942 z 29 grudnia 2010 r.

² Jest to już trzeci z kolei projekt Przepisów ogólnych prawa administracyjnego. Pierwszy projekt pochodził jeszcze z 1988 r. a drugi z 1996 r. Dwa kolejne nigdy nie stały się prawem obowiązującym. Podobny los grozi również najnowszemu projektowi, zwłaszcza że został on poddany dość mocnej krytyce zarówno przez Radę Ministrów jak i znawców prawa administracyjnego. Patrz J. Zimmermann, *Opinia o projekcie ustawy – Przepisy ogólne prawa administracyjnego*, Biuro Analiz Sejmowych (Opinia zlecona) 7 kwietnia 2010 r. Nie jest jednak obecnie z reguły krytykowana sama idea takiej ustawy. Patrz na ten temat J. Zimmermann, *Przepisy ogólne prawa administracyjnego i definiowanie pojęć*, RPEiS 2009, z. 2, s. 161–162.

³ Projekt liczy 51 artykułów, a odwołanie w niej do przepisów prawa cywilnego występuje cztery razy.

⁴ Patrz uzasadnienie projektu ustawy „Przepisy ogólne prawa administracyjnego”.

sposób funkcjonowania w administracji publicznej instytucji kojarzonych zazwyczaj z prawem cywilnym, takich jak umowa, prawa podmiotowe, a także ich nadużywanie, potrącenie, czy różnego rodzaju oświadczenia woli.

W ostatnich latach zauważa się także w polskiej nauce prawa coraz większe zainteresowanie cywilistów problematyką posługiwania się przez administrację publiczną tzw. cywilnoprawnymi formami działania, z umową na czele⁵. Należy jednak podkreślić, że trend ten jest ciągle jeszcze relatywnie słaby. Jest on znacznie opóźniony w stosunku chociażby do odnotowanego już kilka dekad wcześniej zjawiska określanego mianem prywatyzacji zadań publicznych, cechującego się wzmocnionym korzystaniem przez administrację publiczną z tzw. cywilnoprawnych form aktywności. W konsekwencji niekiedy mówi się w związku z tym w europejskiej nauce prawa o zjawisku „ucieczki administracji od prawa administracyjnego w dziedzinę prawa prywatnego”⁶.

Dlatego też takie naukowe zaangażowanie środowiska cywilistów byłoby jak najbardziej wskazane. Dowodzą tego zwłaszcza trudności, na jakie napotykają polscy teoretycy prawa administracyjnego, usiłujący stworzyć spójną koncepcję umów w administracji publicznej. Jak dotychczas, prace te nie zakończyły się powodzeniem, co przyznają sami administratywiści⁷. Bez wątplenia należałoby wzbogacić te badania o elementy interdyscyplinarne, a zwłaszcza wykorzystać wielowiekowy dorobek cywilistów poświęcony umowom. Przy czym nie chodzi tu tylko o swoiście pojętą pomoc cywilistów dla administratywistów, lecz również o potrzeby i wyzwania współczesnej cywilistyki. Należy bowiem zauważyć, iż już od wielu lat nie tylko w Polsce, ale w całym euroatlantyckim świecie dostrzegana jest tendencja do stałego poszerzania się sektora publicznego, a w konsekwencji sektor ten już dawno temu urósł do rangi jednego z czterech głównych płaszczyzn stosowania prawa cywilnego, obok tzw. obrotu powszechnego, obrotu konsumenckiego oraz obrotu gospodarczego, który to fakt cywiliści zbyt rzadko dostrzegają⁸.

Chodzi wreszcie o niekończące się dylematy związane z tradycyjnym podziałem systemu prawnego na prawo publiczne i prywatne. Przy czym, jak wiadomo, to właśnie prawo administracyjne postrzegane jest jako zasadnicza część tzw. prawa publicznego. Podział ten to zagadnienie fundamentalnej wagi, a uniwer-

⁵ Patrz zwłaszcza P. Stec, *Umowy w administracji. Studium cywilnoprawne*, Warszawa 2013.

⁶ Patrz B. Binder, L. Fröhler, *Die Haftung der Gemeinden für ausgegliederte Unternehmungen*, Linz 1982, s. 13; Ch. Pestalozza, „Formenmißbrauch” des Staates. Zu Figur Und Folgen des „Rechtsmißbrauchs” und ihrer Anwendung auf staatliches Verhalten, München 1973, s. 170 i n., H. de Wall, *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1999, s. 21–22.

⁷ Patrz np. W. Taras, A. Wróbel, *W sprawie jednolitej koncepcji umów publicznych*, [w] *Prawo administracyjne w okresie transformacji ustrojowej*, E. Knosala, A. Matan, G. Łaszczycza (red.), Kraków 1999, s. 124.

⁸ Dla przykładu z badań waszyngtońskiego think tanku Heritage Foundation wynika, że tzw. *The Index of Dependence on Government* w USA permanentnie wzrasta i jest obecnie 15-krotnie wyższy niż na początku lat 60. XX w. Patrz D.B. Muhlhausen, P.D. Tyrell, *The 2013 Index of Dependence on Government. A report of The Heritage Foundation*, 21 november 2013.

salny charakter projektowanej ustawy sprawia, że w jakimś stopniu musi ona tak fundamentalne zagadnienia, przynajmniej implicite, poruszać. Wymaga tego chociażby potrzeba maksymalnie precyzyjnego określenia zakresu zastosowania i normowania projektowanej ustawy.

II. Podział na prawo publiczne i prywatne w świetle projektu ustawy „Przepisy ogólne prawa administracyjnego”

1.

Co prawda można by postawić pod znakiem zapytania sensowność kultywowania tego podziału. W przeszłości teoretycy wielokrotnie pod adresem tego rozróżnienia wypowiadali wielorakie zarzuty⁹. Wydaje się jednak, że na obecnym etapie rozwoju nauki o prawie i państwie nie sposób od tego podziału uciec. Nawet w państwach anglosaskich, takich jak Wielka Brytania czy Australia, które tradycyjnie nie eksponowały tego podziału, w ostatnich dziesięcioleciach zyskał on dość powszechną akceptację¹⁰. Również w byłych państwach socjalistycznych, w tym w Polsce, w których w przeszłości dominowała radziecka nauka prawa kontestująca ten podział jako burżuazyjny przeżytek, odrodził się on i nie jest kwestionowany przynajmniej przez większość teoretyków jak i organy stosujące prawo¹¹. Zdaniem niektórych teoretyków wpływa on niejako z samej natury prawa¹². Sądzę, że siła i żywotność tego podziału bierze się stąd, iż dość dobrze wyraża on nie zawsze wyartykułowane lecz gruntownie zakorzenione przekonanie, iż specyfika państwa i będących jego emanacją innych podmiotów prawa publicznego wymaga szczególnych unormowań ich funkcjonowania, odbiegających od reguł tzw. prawa powszechnego, za które od kilkuset już lat wielu prawników uważa prawo cywilne (prywatne). Znaczenie tego podziału przejawia się jeszcze w innym aspekcie. Aczkolwiek w literaturze podkreśla się, że „podział ten nie jest sprawą poznania, lecz sprawą aprobaty, uznania określonej wartości, określonej ideologii politycznej”¹³, to jednak nie oznacza to, iż pozbawiony on jest pewnej doniosłości w praktyce stosowania prawa. Kilkadziesiąt lat temu zauważono, iż jego rola ujawnia się na płaszczyźnie kolizyjnoprawnej. Przypisanie bowiem danej instytucji czy stosunkowi prawnemu charakteru publiczno, czy też prywatnoprawnego wywołuje ten skutek, iż do tej instytucji czy stosunku

⁹ Patrz na ten temat J. Nowacki, *Prawo publiczne – prawo prywatne*, Katowice 1992, s. 6.

¹⁰ Patrz G. Jurgens i F. van Ommeren, *The Public-Private Divide in English and Dutch Law: A Multifunctional and Context – Dependant Divide*, Cambridge Law Journal, 71 (1), 2012, March, s. 172 i n.

¹¹ Choć W. Taras, A. Wróbel, *W sprawie jednolitej koncepcji...*, s. 115, zwracają uwagę, że w nauce polskiej podział ten nie jest tak silnie eksponowany jak w nauce francuskiej czy niemieckiej.

¹² Patrz O. Gierke, *Deutsches Privatrecht. Bd. 1, Allgemeine Teil und Personenrecht*, Leipzig 1895, s. 29; A. Ross, *On Law and Justice*, London 1958, s. 203. Patrz także J. Nowacki, *Prawo publiczne...*, op. cit., s. 6.

¹³ Patrz J. Nowacki, *Prawo publiczne...*, op. cit., s. 107, P. Stec, *Umowy...*, op. cit., s. 26.

prawnego będziemy stosowali przepisy zaliczane do prawa prywatnego bądź też przepisy zaliczane do prawa publicznego¹⁴. Jak doskonale wiadomo, między przepisami tych dwóch wielkich działów systemu prawnego mogą zachodzić istotne różnice, mogą występować również kolizje między nimi. Oczywiście przypisanie danej instytucji czy też stosunkowi charakteru publiczno czy też prywatnoprawnego wielokrotnie może się okazać zadaniem niełatwym. W literaturze doliczono się co najmniej kilkunastu teorii próbujących wskazać kryteria przeprowadzenia tego podziału. Ustawodawca zazwyczaj nie wypowiada się jednoznacznie w kwestii publiczno czy też prywatnoprawnego charakteru danej instytucji czy stosunku¹⁵. W związku z powyższym rodzi się ważne pytanie, czy projektowana ustawa wprowadza pewien ład w tej dziedzinie, a zwłaszcza czy wskazuje pewne kryteria ułatwiające przeprowadzenie tego podziału. Jak zostało wyżej wskazane, bez wątpienia twórcy projektu w ograniczonym chociażby zakresie musieli się z tym problemem zmierzyć, nawet jeżeli *expressis verbis* do podziału na prawo publiczne i prywatne się nie odwoływali.

Problemy związane z precyzyjnym oddzieleniem praw publicznego i prywatnego pomimo uniwersalności i abstrakcyjności tego podziału można traktować jako przejaw jeszcze szerszego zagadnienia, a mianowicie ustalania kryteriów, które uzasadniają wprowadzanie szczególnych zasad funkcjonowania państwa, jednostek samorządu terytorialnego i innych podmiotów sektora publicznego różniących się od powszechnego unormowania funkcjonowania innych podmiotów. Jest to problem występujący nawet w obrębie samego prawa cywilnego. Czasem bowiem specyfika funkcjonowania państwa i innych podmiotów stanowiących jego emanację rodzi potrzebę wyodrębnienia dwóch wielkich działów systemu prawnego, czyli prawa publicznego i prywatnego, czasem różnych gałęzi jak prawo cywilne i administracyjne, a niekiedy jedynie grupy przepisów w ramach jednej gałęzi. Przykładem ostatniego zjawiska jest tzw. stratyfikacja odpowiedzialności odszkodowawczej podmiotów prawa publicznego¹⁶. Problematyka tej odpowiedzialności zaliczana jest w Polsce do prawa cywilnego, aczkolwiek pewne pretensje do tej tematyki wysuwają również współcześni administratywiści¹⁷.

¹⁴ Patrz Ch. Pestalozza, *„Formenmißbrauch” des...*, *op. cit.*, s. 170 i n.

¹⁵ W literaturze podaje się wyjątkowy przypadek, gdy twórcy prawa starali się ustawowo zdefiniować pojęcie „prawo publiczne”. Chodziło o odrzucony projekt wirtemberskiego prawa o postępowaniu administracyjnym z 1931 r. (art. 1). Brzmienie tego przepisu było następujące: „Das öffentliche Recht umfasst alle Verhältnisse, in denen der Staat, Körperschaften oder Anstalten als Träger der Staatshoheit einzelnen gegenüberstehen, und es umfasst ausserdem die Verhältnisse, in denen der Staat, Körperschaften, Anstalten oder einzelne einander gleichgeordnet gegenüberstehen, soweit diese Verhältnisse überwiegend im öffentlichen Interesse geordnet sind”. Patrz na ten temat J. Nowacki, *Prawo publiczne...*, s. 30 uw. 93.

¹⁶ Pojęcie stratyfikacji odpowiedzialności państwa i innych podmiotów prawa publicznego wprowadziła do polskiej nauki prawa E. Łętowska. Patrz E. Łętowska, *Stratyfikacja odpowiedzialności deliktowej*, PiP 1971, z. 6, s. 940 i n.

¹⁷ Jest znamienne, iż J. Zimmermann postulował włącznie do projektowanej ustawy przepisów o odpowiedzialności państwa za szkody. Patrz J. Zimmermann, *Przepisy ogólne...*, s. 164.

Jeszcze w okresie międzywojennym niemal połowa przedstawicieli nauki prawa opowiadała się za uznaniem publicznoprawnego charakteru tej problematyki¹⁸.

Już pobieżna lektura przepisów projektu prowadzi jednak do wniosku, że jej autorom nie udało się wskazać jakichś znacząco precyzyjniejszych kryteriów pozwalających oddzielić materię publiczno-prawną od prywatno-prawnej, w stosunku do tych, które obecnie występują, a które bez wątplenia nie są zadowalające. Bo czyż za takie wystarczająco precyzyjne kryterium można uznać sformułowanie zawarte w art. 1 ust. 1 projektu, iż: „Przepisy ustawy stosuje się w sprawach z zakresu administracji publicznej”? Jak słusznie zauważył J. Nowacki, rozumienie niekiedy pojawiającego się w tekście aktu prawnego orzecznika „publiczny” (np. „interes publiczny”, „dobro publiczne”) jest także całkowicie uzależnione od tego, co dany podmiot w danym kontekście ocenia jako publiczne¹⁹.

Warto w tym miejscu przypomnieć, że niemal identyczne sformułowanie a mianowicie „indywidualna sprawa z zakresu administracji państwowej” było sporne już ponad pół wieku temu w trakcie prac nad kodeksem postępowania administracyjnego i poddawano je krytyce jako zbyt szerokie. Jak stwierdził M. Zimmermann: „W literaturze naszej podnosi się, że określenie to samo przez się nie wyłącza spraw z zakresu cywilnoprawnej działalności organów administracji państwowej”²⁰. Dopiero dodanie przez ustawodawcę w art. 1 pkt 1 k.p.a., że chodzi o indywidualne sprawy należące do właściwości organów administracji państwowej (publicznej) rozstrzygane w drodze decyzji administracyjnych w sposób wystarczający wyjaśniło tę kwestię. Tak więc odwołanie się przez ustawodawcę do decyzji administracyjnej jako typowego narzędzia działania administracji publicznej co do zasady ma rozstrzygać, iż działania podejmowane przez administrację mają charakter publicznoprawny²¹.

W analizowanym projekcie odmiennie niż w przypadku kodeksu postępowania administracyjnego wskazane sformułowanie nie wzbogacono odwołaniem do decyzji administracyjnych. W konsekwencji już teraz można stwierdzić, że sformułowanie to nie stanowi żadnego wystarczająco precyzyjnego kryterium. Dlatego też, gdyby projektowana ustawa w tej wersji weszła w życie, bynajmniej nie rozwiązałyby szeregu problemów związanych z dokonaniem kwalifikacji prawnej szeregu instytucji występujących w szeroko pojętej administracji publicznej,

¹⁸ Patrz W. Zylber, *Wynagrodzenie szkód spowodowanych przez działalność władz publicznych według prawa polskiego*, Warszawa 1934, s. 99 i n.; S. Rosmarin, *O roszczeniach odszkodowawczych z powodu bezprawia urzędnika administracyjnego*, Lwów 1933, s. 6 i n.

¹⁹ Patrz J. Nowacki, *Prawo publiczne...*, *op. cit.*, s. 107.

²⁰ Patrz M. Zimmermann, *Z rozważań nad postępowaniem jurysdykcyjnym i pojęciem strony w kpa*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci K. Stefki*, Warszawa–Wrocław, 1967, s. 433 i n.; patrz także na ten temat Z. Janowicz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa–Poznań 1992, s. 33. W doktrynie innych państw podkreśla się również, że posługiwanie się instrumentarium prawa cywilnego może służyć realizacji celów publicznych, np. ubezpieczenia.

²¹ Pisze o tym K. Ziemiński, *Indywidualny akt administracyjny jako forma prawna działania administracji*, Poznań 2005, s. 226–227.

takich jak umowy, porozumienia czy inne dwustronne formy działania, różnego rodzaju opłaty czy też składane oświadczenia woli.

Oczywiście, powie ktoś, i zasadniczo będzie miał rację, że kwestia precyzyjnego rozgraniczenia materii publicznoprawnej i cywilnoprawnej jest również problemem cywilistów. Wypowiadając się nieco metaforycznie, można tę myśl wyrazić słowami, że o trwałe i precyzyjne rozgraniczenie sąsiednich działek powinni dbać wszyscy sąsiedzi (ich właściciele) a nie tylko jeden z nich. Tym niemniej, brak owego precyzyjnego kryterium rozgraniczającego prawo publiczne i prywatne był jak dotąd szczególnie dotkliwy w przypadku administratywistów. Taki stan rzeczy ma swe przyczyny w dość odległej już historii. Gdy ponad dwa wieki temu cywiliści przystępowali do tworzenia monumentalnych kodeksów prawa cywilnego kwestia owego rozgraniczenia nie stanowiła dla nich zasadniczego problemu. Prawo cywilne w ugruntowanej świadomości tamtych prawników traktowane było jako tzw. prawo powszechnie, względnie jako część ogólna całego systemu prawnego. Prawo administracyjne w dzisiejszym tego słowa znaczeniu zaczęło się kształtować kilkadziesiąt lat później i budowało swoją tożsamość w opozycji do prawa cywilnego. Dlatego też dla administratywistów podkreślanie rozróżnienia na prawo publiczne i prywatne było sprawą niemal egzystencjalnej wagi. Z tej przyczyny XIX-wieczni luminarze prawa administracyjnego niejednokrotnie wręcz absolutyzowali ten podział. Przejawiało się to u niektórych z nich w programowym odrzucaniu możliwości stosowania chociażby w drodze analogii przepisów prawa cywilnego do instytucji, które traktowali jako administracyjnoprawne²². Na przejawy tego rodzaju postawy nawet jeszcze dziś można natrafić w środowisku administratywistów²³.

Wydawać by się mogło, że prawnicy są w sytuacji beznadziejnej. Z jednej strony potrzeba przeprowadzenia tego podziału jest dość mocno ugruntowana z wielu powodów – zarówno tych, które zostały wyżej wskazane, a ponadto chociażby z przyczyn dydaktycznych. Podział ten dotyczy bowiem nie tylko samego systemu prawnego, ale i nauki prawa. Z drugiej strony natomiast, próby wskazania niezawodnych kryteriów jego precyzyjnego przeprowadzenia kończą się fiaskiem.

Jest bardzo prawdopodobne, iż brak sukcesu w tej dziedzinie jest spowodowany przez zasadniczy błąd polegający na tym, iż tradycyjnie podział ten postrzegany jest jako dychotomiczny, czyli rozłączny, a więc logiczny.

Wydaje się, że powinniśmy wreszcie wyzwolić się z tradycyjnego spojrzenia na ten podział, zgodnie z którym ma on charakter dychotomiczny. Jak wiadomo, dychotomiczność jest jedną z głównych cech tzw. podziału logicznego. Tymcza-

²² Patrz na ten temat H. de Wall, *op. cit.*, s. 13, uw. 36.

²³ Można np. usłyszeć z ust administratywistów zdania o „ekspansji doktryny prawa cywilnego na obszar stosunków między administracją publiczną a jednostkami gospodarczymi”, o „arbitralnym ‘przywłaszczaniu’ przez prawo cywilne i jego naukę form umownych, których jedną ze stron był organ administracji państwowej”. Patrz W. Taras, A. Wróbel, *op. cit.*, s. 122.

sem takie ujęcie jest sprzeczne z samą naturą prawa. Jak się swego czasu wyraził wybitny sędzia amerykańskiego Sądu Najwyższego Oliver Wendell Holmes, „The life of the law has not been logic, it has been experience”²⁴.

2.

Kilka lat temu w nauce prawa w sposób dość przekonujący wykazano, iż podział ten nie ma natury rozłącznej, a ponadto charakteryzuje się on pewną multifunkcjonalnością, jak i zależnością od najróżniejszych kontekstów prawnych²⁵.

Obok stosunków i instytucji, które mają jednoznacznie prywatnoprawny charakter oraz takich, które mają jednoznacznie publicznoprawny charakter, istnieje też wielki zbiór instytucji i stosunków, których natura jest mieszana, a w konsekwencji powinny do nich znaleźć zastosowanie obok przepisów prawa cywilnego również przepisy (zasady i standardy) prawa publicznego.

W moim przekonaniu każda instytucja w rękach państwa czy innych podmiotów prawa publicznego zmienia przynajmniej częściowo swój charakter prawny. Dotyczy to np. umów jako form działania administracji, mienia będącego w dyspozycji administracji określanego z tej przyczyny jako mienie publiczne czy też reguł odpowiedzialności odszkodowawczej podmiotów publicznoprawnych, które niejednokrotnie odbiegają od reguł odpowiedzialności podmiotów prywatnych. Można tę myśl wyrazić szerzej, iż funkcjonowanie takich podmiotów jak państwo czy innych instytucji stanowiących jego emanację cechuje się zazwyczaj określoną specyfiką, która wymusza ustanowienie regulacji odbiegających od unormowań tzw. obrotu powszechnego. Dlatego też, aczkolwiek żadna z wielu teorii próbujących rozgraniczyć prawo publiczne i prywatne nie jest doskonała²⁶, najbardziej skłaniam się w stronę tej, w świetle której prawo publiczne to przepisy odnoszące się do państwa i stanowiących jego emanację pozostałych podmiotów, niezależnie od tego w jakich formach podejmują one swą aktywność²⁷. Państwo bowiem zasadniczo cechuje się na tyle dużą specyfiką niezależnie od form jego aktywności, że nigdy nie powinno być traktowane jak zwyczajny uczestnik obrotu prawnego. Takie przekonanie znajduje swoje potwierdzenie w wielu doniosłych orzeczeniach sądowych dotyczących różnych aspektów funkcjonowania państwa i innych podmiotów stanowiących jego emanację²⁸. Dzięki takiemu założeniu

²⁴ Podaję za R. Serick, *Rechtsform und Realität Juristischer Personen*, Berlin, Tübingen 1955, s. 103.

²⁵ Patrz G. Jurgens i F. van Ommeren, *op. cit.*, s. 172 i n.

²⁶ J. Holliger już na początku XX w. doliczył się przynajmniej 17 takich teorii. Patrz J. Holliger, *Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht dargestellt im Prinzipie und in einigen Anwendungen mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechtes*, Zürich 1904, s. 11.

²⁷ Z kilkunastu teorii próbujących wskazać kryteria rozgraniczenia prawa prywatnego i publicznego trzy wysuwają się na czoło. Są to: teoria interesu, teoria władztwa publicznego i teoria podmiotowa. Patrz D. Ehlers, *Verwaltung in Privatrechtsform*, Berlin 1984, s. 53 i n.

²⁸ Jak orzekł TK w wyroku z dnia 27 września 1994 r.: „Wszystkie zadania samorządu terytorialnego mają charakter zadań publicznych w tym znaczeniu, że służą zaspokajaniu zbiorowych potrzeb społeczności

przynajmniej w pewnej części można uniknąć nierokujących nadziei na jednoznaczna odpowiedź dylematów, czy dana aktywność państwa et consortes ma charakter publicznoprawny czy też prywatnoprawny. Jak zostało wyżej wskazane, twórcy projektowanej ustawy nie uniknęli wikłania się w te niezwykle złożone problemy, bez wskazania kryteriów pozwalających zakwalifikować daną instytucję prawną związaną z aktywnością administracji publicznej jako publicznoprawną czy też prywatnoprawną.

Oczywiście teoria ta będąca jedną z wielu nie może być przyjęta wprost i bez zastrzeżeń. W dodatku sam podział na prawo publiczne i prywatne niekoniecznie zawsze musi być traktowany w pełni dosłownie. Niejednokrotnie funkcjonuje on jako swoisty symbol. Jak zostało wyżej wskazane, nie zawsze bowiem specyfika funkcjonowania państwa wymusza wydzielenia grupy przepisów w odrębną gałąź czy też idąc jeszcze dalej – zaliczenia ich do osobnego działu systemu prawnego. Wszystko zależy od stopnia intensywności tej specyfiki w danym przypadku, a także od tradycji.

W jednym przypadku specyfika ta wymusza wykształcenie całej gałęzi prawa (prawo administracyjne), a w innym jedynie pewnego reżimu czy instytucji w ramach jednej gałęzi (np. wskazany wyżej reżim odpowiedzialności deliktowej władz publicznych w Polsce, jako fragment prawa cywilnego). Natura zjawiska pozostaje jednak w gruncie rzeczy bardzo podobna. Wyodrębnienie poszczególnych gałęzi czy działów systemu prawnego jest do pewnego stopnia wynikiem przyjęcia pewnej konwencji²⁹, nie zmienia to faktu że specyfika państwa i innych podmiotów prawa publicznego wymusza zazwyczaj mniej czy bardziej odmienne potraktowanie w świetle prawa. Tym należy tłumaczyć dlaczego problematyka odpowiedzialności odszkodowawczej władz publicznych pozostaje i zawsze pozostawała nie tylko zresztą w Polsce w kręgu zainteresowania nie tylko cywilistów ale i administratywistów. Dostrzega się bowiem tutaj zagadnienie o charakterze mieszanym. Niewątpliwie myśl tę wyrazili w sposób dorozumiany twórcy wielotomowego dzieła „System Prawa Administracyjnego”, którego jeden z tomów poświęcony jest odpowiedzialności odszkodowawczej w administracji³⁰.

Idąc tym tokiem rozumowania można dojść do wniosku, że sensowne byłoby tak z punktu widzenia normatywnego jak i dydaktycznego wyodrębnienie sub-

lokalnych.” W 10/93, OTK 1994 poz. 46. Patrz także wyrok W.S.A. w Krakowie z 15 października 2007 r. (II SAB/Kr 56/2007), wyrok WSA w Poznaniu z 29 listopada 2007 r., w sprawie IV SA/Po 656/2007 a także wyrok WSA w Warszawie z 17 października 2007 r. II SAB/Wa 78/2007. Z orzeczeniami tymi współgra wypowiedź SN w uzasadnieniu uchwały z dnia 4 lutego 1993 r.: „gmina jako wspólnota samorządowa mieszkańców gminy, utworzona z mocy prawa, nie ma żadnych ‘prywatnych’ interesów, nawet jeśli działa w formach przewidzianych dla podmiotów prawa cywilnego”. III AZP 35/92, Samorząd Terytorialny 1994, nr 4, s. 69 z aprobowaną glosą Z. Czarnika.

²⁹ Dla przykładu we Francji problematyka odpowiedzialności odszkodowawczej państwa i innych podmiotów prawa publicznego zaliczana jest tradycyjnie do fundamentalnych zagadnień prawa administracyjnego.

³⁰ Patrz E. Bagińska, J. Parchomiuk, *System Prawa Administracyjnego*, tom 12, R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), Warszawa 2010.

gałęzi w ramach prawa prywatnego poświęconej funkcjonowaniu administracji publicznej przy użyciu instytucji prawa cywilnego³¹.

Oczywiście twierdzenie o niedychotomicznym charakterze tego podziału nie jest w pełni odkrywcze. Na przestrzeni ostatniego wieku można natrafić na szereg wypowiedzi w nauce prawa wyrażających podobne przekonanie. W literaturze możemy spotkać wypowiedzi o pewnej stopniowości publicznego lub prywatnego charakteru danej instytucji czy stosunku czy też o różnych odcieniach publicznoprawnych czy też prywatnoprawnych cech³². Używa się niekiedy określenia, iż np. w danej umowie występują „elementy publicznoprawne” jak i „elementy prywatnoprawne”, z tym że niekiedy niektóre z nich mogą przeważać³³.

W języku prawniczym pojawiły się nawet specjalne pojęcia, które w jakimś sensie wyrażają to przekonanie, chociażby w sposób dorozumiany. Mam tu na myśli ukute w doktrynie niemieckiej pojęcia Sonderrecht albo Verwaltungsprivatrecht³⁴, czy też francuskie pojęcie „droit de l’administration”³⁵. Pod tym ostatnim pojęciem rozumiane są najczęściej pewne cywilnoprawne regulacje znajdujące zastosowanie w administracji publicznej, które jak się podkreśla, w wyniku tego ulegają istotnym modyfikacjom³⁶. Również w polskiej administratywistyce występuje pojęcie „prawa administracji” stanowiące wyraźne nawiązanie do francuskiej „droit de l’administration”³⁷. Osobiście proponuję jeszcze jedno pojęcie: „prawo cywilne w znaczeniu technicznym”. Rozumiem je jako pewne instytucje czy też konstrukcje prawne rozwinięte w cywilistyce i uregulowane w prawie cywilnym a wykorzystywane również w działalności administracji. Do zaproponowania takiego pojęcia zainspirowało mnie trafne spostrzeżenie E. Łętowskiej, która zauważyła, iż „materialne prawo cywilne ma bardzo mocno rozwinięty (co można uważać za paradoks) wątek proceduralny”³⁸. Chodzi tu np. o przepisy kodeksu cywilnego regulujące sposoby zawierania umów. Owe „przepisy proceduralne” materialnego prawa cywilnego można moim zdaniem nazwać inaczej

³¹ Taki postulat w doktrynie już wyrażono, patrz P. Stec, *op. cit.* s. 11 i n., s. 148–149; patrz także R. Szczepaniak, Głosa do wyroku SN – Izba Cywilna z 11 maja 2012 r. II CSK 545/11, OSP 2014, z. 2, poz. 17.

³² W doktrynie niemieckiej użyto porównania do skali, w której na jednym końcu jest punkt „publiczny” a na drugim końcu punkt „prywatny”. Zgodnie z tym porównaniem, mogą występować stosunki prawne i instytucje o różnej intensywności charakteru publicznoprawnego jak i prywatnoprawnego. Patrz H. de Wall, *op. cit.*, s. 43 uw. 165 i podana tam literatura.

³³ Patrz np. T. Rabska, *Kontrakt wojewódzki – forma działania administracji publicznej w strukturach zdecentralizowanych*, [w:] *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga pamiątkowa prof. zw. dra hab. J. Filipka*, Kraków 2001, s. 611.

³⁴ Patrz H. de Wall, *op. cit.*, s. 35 i n.; D. Ehlers, *Verwaltung in Privatrechtsform*, Berlin 1984, s. 212 i n.; P. Stec nawiązuje tutaj do tłumaczenia Z. Leońskiego tego pojęcia jako „prawo cywilno-administracyjne”. Patrz P. Stec, *Umowy...*, *op. cit.*, s. 13.

³⁵ Patrz A. de Laubadère, J.C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Paris, 1994, s. 20–21.

³⁶ P. Weil, *Le droit administrative*, Paris 1987, s. 73.

³⁷ Na temat pojęcia „prawa administracji” patrz W. Taras, A. Wróbel, *W sprawie jednolitej...*, s. 120.

³⁸ Patrz E. Łętowska, *Bariery naszego myślenia o prawie*, PiP 1996, nr 4–5, s. 51.

„prawem cywilnym w znaczeniu technicznym”. Należy je zastosować w każdym przypadku wykorzystywania instytucji cywilnoprawnej proveniencji w administracji publicznej, chyba że przepisy prawa administracyjnego zawierają specjalną regulację. Dla przykładu, przepisy kodeksu cywilnego regulujące sposób zawarcia umowy należy zastosować do umowy zawieranej w administracji publicznej niezależnie od charakteru, jaki przypiszemy tej umowie.

Uważam, że takie niedychotomiczne spojrzenie na ten podział jest bardziej płodne metodologicznie i to nie tylko na płaszczyźnie czysto teoretycznej, ale także w praktyce stosowania prawa. Zrywa bowiem z pewnym absolutyzowaniem tego podziału, czego przejawy można wielokrotnie dostrzec w praktyce. Jak zostało wyżej wskazane, w przeszłości np. akcentując dychotomiczność tego podziału prawnicy, a zwłaszcza administratywiści wykluczali możliwość stosowania w drodze analogii przepisów prawa cywilnego w sferze administracji publicznej.

Ścisłe rozgraniczenie prawa prywatnego i publicznego nie powinno bowiem stanowić autonomicznej wartości. System prawny nie traci na spójności i koherentności poprzez przyjęcie, że dany stosunek czy instytucja ma charakter hybrydowy. Traci ją wtedy, gdy powstaje dysonans między tzw. literą prawa a powszechnym odczuciem słuszności. Można w polskim orzecznictwie natrafić na przykłady, gdy sztywny dychotomiczny ujęcie tego podziału stwarzało swoisty gorset ograniczający zdolności sądu do poszukiwania najbardziej słusznego rozstrzygnięcia rozpatrywanego przypadku³⁹.

Takie dychotomiczne ujęcie osłabia także zdolności poznawcze przedstawicieli nauki. Jak bowiem zostało wskazane, podział też odnosi się nie tylko do samego prawa ale i nauki prawa. Sztywny podział na tzw. administratywistów i cywilistów hamuje rozwój badawczy, gdyż powoduje zasklepienie się przedstawicieli nauki w obrębie ich z góry wytyczonej dziedziny i metodologii. Tymczasem współczesny obrót prawny cechuje się pewną płynnością natury prawnej poszczególnych instytucji i stosunków społecznych. W konsekwencji, coraz częściej w administracji publicznej mamy do czynienia z różnymi hybrydowymi zjawiskami, jak np. swoiste agencje rządowe wykonujące zadania państwa a posługującymi się całą paletą cywilnoprawnego instrumentarium⁴⁰.

³⁹ Pisałem na ten temat w artykule pt. *Zagadnienie praw podmiotowych na styku prawa prywatnego i publicznego. Rozważania de lege ferenda na przykładzie opłat należnych komornikowi*, RPEiS 2014, z. 3, zwłaszcza s. 75–77.

⁴⁰ W nauce prawa administracyjnego dekadę temu pojawiło się np. pojęcie: „nietypowe podmioty administrujące”. Chodzi tutaj głównie o państwowe jednostki organizacyjne wykorzystujące w swej działalności zarówno klasyczne administracyjnoprawne formy działania jak i formy typowe dla prawa cywilnego. Patrz J. Jagielski, M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Nietypowe podmioty administrujące – kilka refleksji na tle organizacyjnych form wykonywania zadań publicznych*, [w] *Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania. Studia i materiały z konferencji naukowej poświęconej jubileuszowi 80-tych urodzin prof. E. Ochendowskiego*, Toruń 15–16 listopada 2005 r., Toruń 2005.

3.

Co najważniejsze, niedychotomiczne spojrzenie na ten podział może się również przyczynić do pełniejszej realizacji standardów demokratycznego państwa prawa, a przez to ochrony praw i wolności obywateli przed nadmierną i nieuzasadnioną ingerencją władzy publicznej.

Ujęcie niedychotomiczne tego podziału skłania bowiem do wniosku, że władza publiczna poprzez wybór tzw. cywilnoprawnych form aktywności z umową na czele nie może uciec od wypracowanych w prawie publicznym i zapisanych w Konstytucji zasad regulujących jej funkcjonowanie. W przeszłości jak i obecnie możemy nadal spotkać się z próbami swoistej ucieczki administracji od prawa administracyjnego. Zjawisko takie występuje nie tylko w Polsce. Paradoksalnie może się nawet okazać, że posłużenie się przez administrację publiczną formą umowy nawet pogarsza sytuację prawną obywatela; w niektórych przypadkach jest ona słabsza niż sytuacja prawna adresata decyzji administracyjnej⁴¹. Tym bardziej więc powinno się akcentować obowiązek respektowania przez administrację pewnych konstytucyjnych zasad demokratycznego państwa prawnego stanowiącego zaporę przed nadmierną ingerencją władzy publicznej w sferę praw i wolności obywateli niezależnie od form, którymi w swej działalności administracja się posługuje. Łatwiej uzmysłowimy sobie tę konieczność, jeżeli uznamy że podział na prawo publiczne i prywatne nie jest rozłączny (dychotomiczny), a w konsekwencji określone instytucje mogą mieć charakter hybrydowy.

Gerdy Jurgens’a i Franka van Ommeren propagujący tezę o niedychotomicznym charakterze tego podziału zwracają uwagę na treść art. 3: 14 holenderskiego kodeksu cywilnego w zw. z art. 3: 1 (2) General Administrative Law Act. Ostatnia ustawa obowiązująca w Holandii jest odpowiednikiem analizowanego projektu polskiej ustawy, na co zresztą twórcy projektu w jego uzasadnieniu zwracają uwagę. Ze wskazanego przepisu holenderskiego kodeksu cywilnego wynika, iż kompetencje, które przysługują komukolwiek na podstawie przepisów prawa cywilnego nie mogą być wykonywane z pogwałceniem pisanych lub niepisanych zasad prawa publicznego”. Z kolei wskazany przepis holenderskiej ustawy: przepisy ogólne prawa administracyjnego stanowi, że zapisane w tej ustawie zasady odnoszące się do wydawania przez administrację aktów administracyjnych stosowane są również do innych form aktywności administracji, o ile tylko dadzą się te zasady pogodzić z naturą tych innych form”. Wskazani autorzy dostrzegają merytoryczny związek między obydwoma holenderskimi przepisami kodeksu cywilnego jak i ustawy przepisy ogólne prawa administracyjnego. Stanowią one jakby swoje uzupełnienie. Ponadto zdaniem autorów przepisy te wyrażają w jakimś sensie propagowaną przez nich myśl o niedychotomiczności tego podziału.

⁴¹ W. Chróścielewski, *Imperium a gestia w działaniach administracji publicznej*, PiP 1995, z. 6, s. 56 i n.

Rodzi się pytanie, jakie ujęcie podziału na prawo publiczne i prywatne, a szczególności jaki obraz form działania administracji o cywilnoprawnej proweniencji wyłania się z projektu polskiej ustawy Przepisy ogólne praw administracyjnego? Lektura przepisów projektu nie pozwala stanowczo odpowiedzieć na tak postawione pytanie. W szczególności nie dowiadujemy się z projektu, czy administracja publiczna posługując się formą umowy staje się takim samym uczestnikiem obrotu cywilnoprawnego jak każdy inny, czy też nadal zobowiązana jest respektować wszelkie zasady i standardy narzucone władzy publicznej. Osobiście optowałbym za wprowadzeniem do projektu przepisu analogicznego do cytowanego wyżej przepisu holenderskiej ustawy Przepisy ogólne prawa administracyjnego. W miarę dobrze oddają bowiem ideę, zgodnie z którą sam wybór przez administrację cywilnoprawnych form działania nie pozwala uciec od rygorów prawa publicznego, w tym konstytucyjnego, adresowanego do administracji. Zresztą analogiczny przepis jako jego dopełnienie mógłby się znaleźć w projekcie polskiego nowego kodeksu cywilnego. Podobne rozwiązanie, jak zostało wyżej wskazane, zostało wprowadzone do prawa holenderskiego.

III. Umowy w administracji jako przedmiot regulacji projektu ustawy „Przepisy ogólne prawa administracyjnego”

1.

Nie zgadzam się z poglądem J. Zimmermanna, który opowiada się za wydzieleniem z analizowanego projektu przepisów poświęconych umowie jako formie działania administracji. Autor postuluje napisanie odrębnej ustawy regulującej tę problematykę. Argumentuje, że problematyka umów i porozumień w administracji nie należy do „ogólnej”, „ale jest właśnie dość specyficzna z punktu widzenia istoty prawa administracyjnego i jego całości.” Autor pisze również, że „Porozumienia i umowy administracyjne są jednak pojedynczymi formami, które muszą ustępować decyzjom administracyjnym i pozostawać wobec nich na drugim planie”⁴².

Argumenty te nie są przekonujące. Właśnie w dzisiejszym świecie, jak trafnie zauważa E. Łętowska, odwołując się do osiągnięć współczesnej filozofii, występuje zakrojone na szeroką skalę zjawisko swoistej wymienności w działaniach administracji publicznej takich form jak decyzja administracyjna i umowa. Jest to zjawisko wieloaspektowe. Niejednokrotnie taka wymiennosc, by nie powiedzieć żonglerka formami działania administracji stanowi pewne zagrożenie dla praw i wolności obywatelskich, Jak zauważa bowiem E. Łętowska, niekiedy „państwo ubiera swoje decyzje w szaty umowy”; ukrywając, że pozbywa się w ten sposób

⁴² Patrz J. Zimmermann, *Opinia...*, Rozdział IX Porozumienia i umowy administracyjne, s. 34. Patrz także J. Zimmermann, *Przepisy ogólne...*, s. 170.

zobowiązań i gwarancji wobec obywatela związanych z posiadaniem i wykonywaniem i władzy publicznej”. Możemy tu mieć do czynienia z przykładami swoistej inżynierii społecznej graniczącej z manipulacją, gdyż niejednokrotnie powstaje iluzja równego traktowania w świetle prawa administracji i obywatela oraz, jak się wyraził TK w uzasadnieniu jednego ze swych wyroków, „fikcja cywilnoprawnej równości stron”⁴³.

Wskazane zjawisko jest przejawem problemu występującego we współczesnym świecie polegającego na fasadowości niektórych przynajmniej instytucji, które w teorii mają współtworzyć system demokratyczny i społeczeństwo obywatelskie.

Jak zauważył swego czasu J. Łętowski, od dawna pokutuje stereotyp, że prawo cywilne jest tzw. „dobrym prawem” gdyż bazuje na równości stron i ich wolności, a prawo administracyjne jest jego przeciwieństwem, gdyż typowy dla niego instrument działania to jednostronny akt ingerujący w sferę praw i wolności obywatela⁴⁴. Jako cywilista daleki jestem od takiego przeciwstawiania prawa cywilnego i administracyjnego. Wyżej zostało już wskazane, że sytuacja prawna adresata decyzji w relacji z administracją w niektórych przypadkach może być nawet korzystniejsza od sytuacji prawnej strony umowy zawieranej z administracją. Tym niemniej, trudno zaprzeczyć, iż taki stereotyp rzeczywiście istnieje. Jest on wyrazem pewnej prawniczej naiwności i nieliczenia się z realiami, w tym zwłaszcza złożonością powiązań zachodzących we współczesnym świecie.

Z tego ugruntowanego, acz powierzchownego przekonania (stereotypu) korzysta niekiedy prawodawca, zonglując tymi dwiema metodami regulacji stosunków społecznych, chcąc w ten sposób uwolnić administrację od krępujących ją procedur i standardów. Powstały już w ostatnich dziesięcioleciach całe konstrukcje prawne czy nawet teorie cechujące się swoistym przenikaniem i płynnością takich form jak umowa i decyzja. W doktrynie niemieckiej pisze się o „kombinacjach aktów administracyjnych i umów”⁴⁵. Przykładem jest tutaj niemiecka teoria dwóch stopni⁴⁶. W skrajnych przypadkach więc realna natura umowy jako formy działania administracji może wręcz upodabniać się do jednostronnego aktu administracyjnego, na co zwraca się uwagę w orzecznictwie i doktrynie innych państw⁴⁷. Dlatego wydaje się, że problematyka dwustronnych form działania administra-

⁴³ Wyrok TK z 27 maja 2014 r. sygn. akt P 51/13, Dz. U. 2014, poz. 735.

⁴⁴ Patrz J. Łętowski, *Au Carrefour de l'administration contemporaine*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1990, s. 84.

⁴⁵ „Kombinationen von Vertrag und Verwaltungsakt”. Patrz V. Schlette, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, Tübingen 2000, s. 191 i n.

⁴⁶ Patrz P. Sancewicz, *Teoria dwóch stopni w doktrynie niemieckiego prawa publicznego*, „Studia Prawa Publicznego” 2013, nr 4, s. 127 i n.

⁴⁷ Dylematy z tym związane w prawie australijskim opisują M. Robinson i I. Harvey, *Private Law vs Public Law: Issues in government liability*. A paper delivered at a BLEC Conference „Government Liability, Issues in Public Law: 4th Annual Workshop” in Melbourne on 4 May 1995 and in Sydney on 11 May 1995. Także w polskiej literaturze w przeszłości dostrzegano możliwość zawierania przez administrację umowy jako szczególnego rodzaju aktu administracyjnego. Przykłady podaje K. Ziemiński, *Indywidualny akt administracyjny...*, op. cit., s. 21.

cji jak najbardziej powinna być uregulowana w projektowanej ustawie, która przecież z założenia ma mieć charakter uniwersalny, a więc dotyczyć wszystkich przejawów aktywności administracji publicznej. W szczególności byłoby dobrze, gdyby twórcy projektu zawarli w nim przepisy przynajmniej częściowo chroniące obywateli przed opisanym wyżej manipulowaniem cywilnoprawnymi i administracyjnoprawnymi metodami regulacji stosunków społecznych.

2.

W projekcie ustawy nie znajdziemy jednoznacznego i całościowego wyjaśnienia fundamentalnego problemu swobody umów w administracji publicznej.

Mamy tu do czynienia z niezwykle złożonym zagadnieniem rangi konstytucyjnoprawnej. Splatają się w nim m. in. takie zagadnienia jak: specjalna zdolność prawna osób prawnych a także zasada zakazująca nadużywania praw podmiotowych⁴⁸. Zresztą problem ten jest przedmiotem sporów w doktrynie⁴⁹. Wydaje się, iż do dnia dzisiejszego w całej europejskiej nauce nie przedstawiono jeszcze całościowego i w pełni spójnego ujęcia zagadnienia swobody umów w administracji publicznej. W dalszym ciągu możemy natrafić na sprzeczne wypowiedzi, począwszy od takich, w świetle których jakakolwiek umowa zawarta przez podmiot publiczny musi mieć wyraźną podstawę ustawową, po takie, zgodnie z którymi administracja, za wyjątkiem wyraźnych zakazów ustawowych, ma podobną do podmiotów prywatnych swobodę w zawieraniu umów.

Jest to zarazem fragment jeszcze szerszego zagadnienia, a mianowicie uwarunkowań prawno-ustrojowych determinujących dopuszczalny zakres działania podmiotów publicznych. Zagadnienie to ma charakter węzłowy i kluczowy dla całej problematyki prawa administracji publicznej. Dotyczy ono bowiem tak fundamentalnej kwestii jak zakres związania administracji publicznej prawem⁵⁰.

W art. 3 i 4 projektu znajdziemy rozróżnienie na tzw. „działania władcze organów administracji publicznej” oraz „działania niewładcze”. Art. 3 projektu stanowi, że podstawę prawną działań władczych organów administracji publicz-

⁴⁸ Patrz R. Szczepaniak, *Dopuszczalny zakres działania spółki komunalnej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2014, z. 2, s. 461 i n.

⁴⁹ Warto zwrócić uwagę na polemikę M. Szydło z twierdzeniem S. Dudzika, iż jednostki samorządu terytorialnego generalnie nie mają swobody kontraktowania. Patrz M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej*, Warszawa 2008, s. 186 i n.; patrz także S. Dudzik, *Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego. Problematyka prawa*, Kraków 1998, s. 184–185; w późniejszych swych wypowiedziach. M. Szydło wyraźnie podkreśla jednak, iż konstytucyjnie gwarantowane wolności nie przysługują jednostkom samorządu terytorialnego oraz tworzonym przez nie spółkom, patrz M. Szydło, *Konstytucyjnoprawna dopuszczalność działalności gospodarczej jednostek samorządu terytorialnego a przepisy prawa samorządowego*, [w:] *Kontrola państwowa*, Rocznik LV – numer specjalny (3), listopad 2010, s. 35–37; patrz też W. Gonet, *Ograniczenie swobody zawierania umów przez jednostki samorządu terytorialnego – zarys problematyki*, [w:] *Ustawowe ograniczenia swobody umów*, B. Gnela (red.), Warszawa 2010, s. 108.

⁵⁰ Patrz R. Szczepaniak, *Dopuszczalny zakres działania spółki komunalnej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2014, z. 2, s. 459 i n.

nej stanowić mogą wyłącznie przepisy powszechnie obowiązującego prawa w rozumieniu Konstytucji RP, wraz z prawem UE. Z kolei, w świetle art. 4.1. podstawę prawną działań niewładczych organów administracji publicznej mogą stanowić przepisy określające ich zadania i kompetencje. Pojawia się pytanie, jak te przepisy wpływać będą na kwestię swobody umów w administracji publicznej. Rozróżnienie działań władczych i niewładczych jest oczywiście nawiązaniem do starego podziału, który swoje największe triumfy święcił tak w państwach Europy kontynentalnej jak i w USA w XIX. Jest on silnie zakorzeniony do dnia dzisiejszego, jednak pod jego adresem wypowiedane są od ponad wieku liczne i istotne zastrzeżenia, by wspomnieć chociażby słynną francuską szkołę z Bordeaux pod przewodnictwem L. Duguit⁵¹. Należy uznać, że wypracowane przez przedstawicieli tej szkoły poglądy stały się już częścią dziedzictwa naszej europejskiej kultury prawnej. Zwalczali oni panujący nie tylko we Francji, ale i innych państwach europejskich podział na akty władzy i akty zarządu (*actes de gestion* i *actes d'autorité*), czy mówiąc inaczej podział na sferę dominium i imperium. Innymi słowy, jest to spór między zwolennikami teorii o dwoistej naturze działań państwa czyli tradycyjnego rozróżnienia na akty władzy oraz akty zarządu i ich przeciwnikami, krytykującymi ten podział jako sztuczny i niekonsekwentny. Spór ten nie został tak naprawdę do dnia dzisiejszego rozstrzygnięty i w wielu mutacjach ciągle występuje.

Również dla cywilistów polskich kwestia ta w przeszłości miała istotne znaczenie ze względu na jej powiązanie z problematyką odpowiedzialności deliktowej władz publicznych. Historycznie zasady odpowiedzialności odszkodowawczej państwa i innych podmiotów prawa publicznego kształtowały się odmienne, w zależności od tego, czy chodziło o działania władcze, czy też niewładcze. Jeszcze do 1956 r. państwo w świetle prawa polskiego zasadniczo nie ponosiło odpowiedzialności, gdy szkoda została wyrządzona tzw. działaniami władczymi. Gdy chodzi o odpowiedzialność deliktową państwa i innych podmiotów prawa publicznego podział ten w Polsce odżył po wejściu w życie art. 77 ust. 1 Konstytucji z 1997 r., a z dosadną siłą po nowelizacji art. 417 k.c. z 2004 r. Dopatrzone go w użytym w art. 77 ust. 1 Konstytucji sformułowaniu „działanie organu władzy publicznej” oraz w użytym w znowelizowanym art. 477 k.c. sformułowaniu „działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej”. Reaktywowanie tego podziału może nieco dziwić. Nigdy zasadność powrotu do tego podziału na gruncie zasad odpowiedzialności władz publicznych do końca mnie nie przekonywała. Abstrahując od dogłębnych racji natury politologicznej i prawnej przeciwko niemu przemawiających, a które przedstawili członkowie szkoły z Bordeaux, od zawsze temu podziałowi zarzucano, iż jest stosunkowo

⁵¹ Patrz J. Rivero, *Existe-t-il un critère du droit administratif?* Referat wygłoszony na francusko-polskiej konferencji prawa administracyjnego w 1998 r. organizowanej przez Instytut Prawa i Nauk Administracyjnych w Krakowie.

mało precyzyjny. W szczególności na przestrzeni ostatnich stu lat miały miejsce niekończące się spory, czy dany akt funkcjonowania państwa ma charakter władczy czy też nie. Znana jest wypowiedź jednego z sędziów amerykańskiego stanowego Sądu Najwyższego, który zirytowany przyrównał proces przeprowadzania podziału działań podmiotów prawa publicznego na władcze i niewładcze do odmiany nieregularnych czasowników francuskich⁵².

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, na wyrok TK z 4 grudnia 2001 r. SK 18/2000, OTK ZU 2001 nr 8, poz. 56, któremu nieco na wyrost przypisuje się kluczowe znaczenie dla polskiego reżimu odpowiedzialności odszkodowawczej władz publicznych. W uzasadnieniu tego wyroku, TK wręcz się pogubił nie mogąc się zdecydować, czy opowiedzieć się za teorią dwoistej natury działań państwa, czy też za teorią przeciwstawną.

Szkoda, że w projekcie ustawy nie zdefiniowano precyzyjnie pojęcia „organ władzy publicznej”, na co słusznie zwraca uwagę J. Zimmermann⁵³. Nawet jednak lektura tych przepisów projektu, w których to pojęcie występuje, skłania do wniosku, że pojęcia tego nie używa się bynajmniej jedynie przy wykonywaniu działań władczych z zakresu administracji publicznej.

Ponadto, jak zauważył swego czasu klasyk polskiej administratywistyki J. Starościk, „całość działań administracji nosi znamiona władztwa administracyjnego”⁵⁴. Wypowiedź ta przemawia więc przeciwko teorii o dwoistej naturze działań państwa.

3.

Powyżej prezentowane wypowiedzi na temat rzeczywistej roli umowy jako formy działania administracji dowodzą, że równość stron w umowie zawieranej przez administrację jak i dobrowolność jej zawarcia mogą się niejednokrotnie okazać czystą fikcją prawną. Dlatego też kwestia podstaw prawnych zawierania przez administrację umów jest niezwykle doniosła z punktu widzenia praw i wolności obywatelskich. Należy założyć, że gdyby omawiany projekt stał się prawem obowiązującym, z reguły umowa będzie na skutek stereotypowego myślenia zaliczana do tzw. działań niewładczych. Takie rozwiązanie będzie niejednokrotnie budzić istotne zastrzeżenia, w świetle poczynionych wyżej uwag na temat znaczenia umowy jako formy działania współczesnej administracji. W związku z tym rodzi się pytanie, jak należy rozumieć zawarty w art. 4.1. projektu sformułowanie: „przepisy prawa określające zadania i kompetencje organów administracji publicznej”. Wbrew pozorom sformułowanie to nie jest bowiem jednoznaczne.

⁵² Weeks v. City of Newark (1960) 62 N.J. Super. 166, 162 A. 2 d 314, patrz W.L. Prosser, J.W. Wade, *Cases and Materials on Torts*, Minnesota 1971, s. 1124.

⁵³ Patrz J. Zimmermann, *Opinia...*, s. 11.

⁵⁴ Patrz J. Starościk, *Prawne formy i metody działania administracji*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. III, Ossolineum, 1978, s. 167, 176.

Czy wystarczy tu same nadanie danej jednostce administracyjnej osobowości prawnej, by uznać że ma ona wystarczającą kompetencję do zawierania umów? Czy sformułowanie, iż dana jednostka administrująca ma osobowość prawną wskazuje jednoznacznie na osobowość cywilnoprawną? Oczywiście wiele zależeć może od rodzaju umowy. W rozdziale 6 projektu poświęconym porozumieniom i umowom administracyjnym zawarte zostały dodatkowe przepisy regulujące tę kwestię. Mam tu na myśli przede wszystkim art. 38 ust. 3, zgodnie z którym, zawarcie porozumienia, na podstawie którego organ administracji publicznej przekazuje do wykonania swoje zadania innemu organowi, dopuszczalne jest w przypadkach i w zakresie określonych w przepisach szczególnych, a także art. 41 ust. 4 o następującej treści: „Umowa administracyjna, w której strona umowy zobowiązuje się do świadczenia na rzecz organu administracji publicznej, może zostać zawarta, o ile świadczenie to służyć będzie ustalonemu przez strony celowi takiej umowy, mieszczącemu się w granicach zadań publicznych realizowanych przez ten organ na podstawie przepisów prawa. Świadczenie musi pozostawać w rzeczowym, uwzględniającym całokształt okoliczności zawierania umowy, związku z zachowaniami, do jakich zobowiązuje się organ”.

Wskazany przepis rozwiewa pewne wątpliwości, ale nie wszystkie. W szczególności odczuwa się brak definicji pojęcia „umowa administracyjna”, którym posługują się twórcy projektu.

W ustawie tej rangi z naturalnych powodów oczekuje się zamieszczenia bardziej ogólnego przepisu poświęconego omawianej problematyce. Zanim jednak uczynimy z tego zarzut pod adresem twórców projektu, należałoby odpowiedzieć na pytanie, czy obecny stan nauki zarówno prawa cywilnego jak i administracyjnego na to pozwala.

W ustroju gospodarki rynkowej zasadniczo nie straciły na aktualności klasyczne liberalne poglądy, zgodnie z którymi prawa podmiotowe w znaczeniu cywilnoprawnym, w tym prawa majątkowe służące podmiotom prawa publicznego, mają charakter ograniczony. Zostały one bowiem przyznane państwu czy też jednostkom samorządu terytorialnego wyłącznie po to, by podmioty te mogły dzięki nim zaspokajać zbiorowe potrzeby obywateli, których ci ostatni nie są w stanie zaspokoić w pojedynkę. Głosicielem przekonania o służebnym, a przez to ograniczonym zakresie praw majątkowych przypisanych do podmiotów prawa publicznego był m.in. wybitny francuski prawnik Leon Michoud⁵⁵. W polskich współczesnych realiach niezwykle ważny jest wyrok TK z 21 października 2008 r., który, można rzec, całkowicie współgra ze wskazanym twierdzeniem klasyka francuskiej nauki prawa⁵⁶. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z 4.02.1993 r., orzekł: „gmina jako wspólnota samorządowa mieszkańców gminy, utworzona

⁵⁵ Patrz L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, część 2, Paris 1932, s. 151 i n.; patrz także na ten temat J. Kosik, *Zdolność państwowych osób prawnych w zakresie prawa cywilnego*, Warszawa 1963, s. 55–56.

⁵⁶ P. 2/08, OTK Z.U. 2008, nr 8, poz. 139.

z mocy prawa, nie ma żadnych «prywatnych» interesów, nawet jeśli działa w formach przewidzianych dla podmiotów prawa cywilnego»⁵⁷.

W konsekwencji, charakter podmiotu prawa publicznego modyfikuje naturę przysługujących im praw. W moim przekonaniu gruntownie wpływa także na kwestię swobody umów w administracji publicznej.

Jak podkreślają Z. Radwański i A. Olejniczak, „Zasada swobody umów opiera się na etycznych założeniach państwa demokratycznego oraz swobody działalności gospodarczej stanowiącej przesłankę gospodarki rynkowej. Wartości te znalazły normatywny wyraz w postanowieniach Konstytucji”⁵⁸. Natomiast TK w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 maja 2001 r. słusznie stwierdził, iż formuł wolnościowych nie można używać w odniesieniu do państwa i innych instytucji publicznych, których bezpośredni udział lub pośredni wpływ na gospodarkę nie jest wykluczony, ale których działalność podlegać musi innemu reżimowi pod względem konstytucyjnym niż działalność podmiotów prywatnych⁵⁹. Swoboda umów należy do istotnych elementów wolności działalności gospodarczej w konstytucyjnym rozumieniu tego terminu, natomiast wolność działalności gospodarczej co do zasady nie jest adresowana do podmiotów prawa publicznego.

Wolność podmiotów prywatnych do podejmowania decyzji o zawarciu umowy o określonej treści opiera się na solidnych i głębokich podstawach wykraczających poza jakikolwiek przepis prawa pisanego. Jej źródół można dopatrywać się w prawie naturalnym.

W konsekwencji art. 353 (1) k.c. jest jedynie swoistym superfluum. Przecież zasadę swobody umów nie kwestionowano w klasycznej cywilistyce także wtedy, gdy owego przepisu w kodeksie cywilnym nie było. Nawet w okresie socjalizmu pisano o tej zasadzie, jako o „milcząco przyjętym założeniu systemu prawa”⁶⁰.

Być może kluczem do pełniejszego rozwiązania problemu funkcjonowania zasady wolności umów w administracji publicznej jest rozróżnienie na tzw. kompetencję generalną i szczególną. Jak wiadomo, klasyczne cywilistyczne ujęcie wolności umów bazuje na kompetencji generalnej.

Przeciwieństwem takiego ujęcia zasady swobody umów jest ujęcie opierające się na kompetencji szczególnej. Zgodnie z tym rozwiązaniem, swoboda podejmowania określonych działań ma swą podstawę za każdym razem na wyraźnie przyznanej kompetencji. W moim przekonaniu istota zasady swobody umów mającej zastosowanie do administracji publicznej jest inna od tradycyjnego ujęcia i opiera się ona na kompetencji szczególnej, a nie generalnej. Za takim ujęciem mogą przemawiać określone zasady Konstytucji, które były wskazane wyżej.

⁵⁷ Uchwała SN z 4.02.1993 r. (III AZP 35/92), „Samorząd Terytorialny” 1994/4, s. 69, z aprobowaną glosą Z. Czarnika.

⁵⁸ Zobowiązania – część ogólna, Warszawa 2005, s. 124.

⁵⁹ K.19/00, OTK Z.U. 2001, nr 4, poz. 82.

⁶⁰ Patrz S. Grzybowski, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1985, s. 222.

Pojawia się oczekiwanie, by w projektowanej ustawie znalazł się przepis stanowiący swoisty odpowiednik art. 353 (1) k.c. O ile jednak ten pierwszy przepis wyraża zasadę swobody umów w obrocie prywatnym, o tyle projektowany przepis powinien odnosić się do tej fundamentalnej kwestii w administracji publicznej, czy mówiąc jeszcze szerzej w sektorze publicznym. Powyższy wywód skłania do wniosku, że przepis ten powinien, w przeciwieństwie do art. 353 (1) k.c. proklamować zasadę kompetencji szczególnej, gdy chodzi o zawieranie umów w administracji publicznej.

Mam jednak świadomość, że problematyka ta z pewnością wymaga dalszych badań. Na pewno pojawia się pokusa jakiegoś generalnego uregulowania kwestii swobody umów w administracji publicznej. Pytanie tylko, czy obecny stan nauki, i to zarówno cywilistyki jak i nauki prawa administracyjnego na to pozwala. Bezspornie rywalizują ze sobą takie wartości, jak potrzeba ochrony obywatela przed nieuzasadnioną ingerencją władzy publicznej w sferę jej praw i wolności (a jak wiadomo, ingerencja taka może przybrać formę także umowy), z drugiej natomiast, potrzeba umożliwienia administracji publicznej możliwej elastyczności i operatywności w wykonywaniu jej zadań. W dodatku różnorodność umów zawieranych przez administrację publiczną dodatkowo utrudnia jeszcze ferowanie jakichś uniwersalnych rozwiązań. Dlatego też regulację zawartą w projektowanej ustawie należy traktować jako swoisty kompromis między wskazanymi wartościami a zarazem wyraz obecnego stanu rozwoju tak nauki prawa administracyjnego jak i cywilnego. To jednak sprawa, iż regulacja projektu cechuje się pewnymi niedopowiedzeniami i niejasnością.

4.

Należy pozytywnie ocenić zamieszczenie w projekcie przepisu, który stanowi, iż w kwestiach zawierania, wykonywania i wypowiedzania umów i porozumień administracyjnych, nieuregulowanych przepisami rozdziału o umowach i porozumieniach administracyjnych, stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu cywilnego. Prima facie przepis ten niewiele wnosi, w praktyce jednak może się okazać wielce przydatny. Dla przykładu, piszący te słowa zetknął się w swej pracy konsultanta jednostek samorządu terytorialnego niejednokrotnie z przykładami, gdy radcowie prawni zatrudnieni w urzędach gmin nie radzili sobie z oceną natury prawnej tzw. porozumienia międzygminnego. W szczególności, brakuje odpowiedzi w treści przepisów samorządowych na pytanie, czy dopuszczalne jest stosowanie przepisów prawa cywilnego do tej instytucji. Prawo ustrojowe samorządu terytorialnego w tym zakresie jest dość lakoniczne. Pojawiają się np. pytania, czy można w oparciu o przepisy kodeksu cywilnego rozwiązać takie porozumienie (wypowiedzieć je). Dylematy te wynikają w prostej linii z opisywanych wyżej niejasności wokół natury prawnej podziału na prawo publiczne i prywatne, a w szczególności z utrwalonego przekonania, że jest to podział

o charakterze dychotomicznym. Aczkolwiek teoretycy prawa już dawno zerwali z absolutyzowaniem tego podziału przejawiającego się w wykluczaniu możliwości stosowania w drodze analogii przepisów prawa cywilnego w sferze administracji publicznej, tym niemniej radcowie prawni w praktyce nadal mają poważne opory ze stosowaniem do instytucji porozumienia międzygminnego przepisów kodeksu cywilnego, skoro przeważa pogląd, iż wskazane porozumienie jest sztandarowym przykładem umowy administracyjnoprawnej⁶¹. Cytowany przepis mógłby więc rozwiązać przynajmniej w znacznej części pojawiające się wątpliwości. Przychylnie należy także spojrzeć, choć z czysto teoretycznego tym razem punktu widzenia, na zawarte w cytowanym przepisie sformułowanie, iż przepisy kodeksu cywilnego stosuje się wówczas odpowiednio. Zwrot ten, jak wiadomo, jest wyrazem pewnej ostrożności ustawodawczej. Dzięki temu twórcy projektu nie przesądzą dość drażliwej kwestii w środowisku naukowym charakteru prawnego tego rodzaju umów i porozumień. W dodatku kwestia sposobu zastosowania przepisów prawa cywilnego do instytucji stanowiących formę działania administracji była i jest przedmiotem ożywionych dyskusji naukowych⁶². Niezależnie bowiem od tego, czy zgodzimy się na zastosowanie przepisów prawa cywilnego w administracji publicznej, kwestią sporną może być sposób ich stosowania, to znaczy: wprost, w drodze analogii lub jako naczelnne zasady całego systemu prawnego. Przynajmniej z teoretycznego punktu widzenia jest to zagadnienie bardzo doniosłe. Niektórzy autorzy, wychodzą z założenia, iż sam fakt stosowania przepisów prawa cywilnego do danej instytucji w tym również do umowy jako formy działania administracji nie przesądza ich cywilnoprawnego charakteru. Można bowiem zdaniem tych autorów, przynajmniej niektóre przepisy części ogólnej kodeksu cywilnego czy części ogólnej zobowiązań potraktować jako uzewnętrznienie naczelnnych zasad całego systemu prawnego. W konsekwencji nie tyle zachodzi wówczas stosowanie przepisów prawa cywilnego, co raczej zasad naczelnnych, których te przepisy są wyrazem.

IV. Zakończenie

Należy odpowiedzieć na pytanie, czy projektowana ustawa, jeżeli wejdzie w życie, wniesie jakąś wartość dodaną, zarówno z punktu widzenia teoretycznego jak i praktycznego. Powyższe wywody z oczywistych względów miały charakter selektywny. Jako cywilista skupiłem się na zagadnieniach, które są bliskie mojej specjalizacji. W powyższych wywodach starałem się wykazać, że niektóre rozwiązania, przynajmniej częściowo zasługują na akceptację, gdyż

⁶¹ Patrz K. Ziemiński, *Indywidualny akt...*, op. cit., s. 98 i K. Właźlak, *Rozwój regionalny jako zadanie administracji publicznej*, Warszawa 2010, s. 303.

⁶² Np. w literaturze i orzecznictwie niemieckim jest to problem od dawna żywo analizowany. Patrz H. de Wall, *Die Anwendbarkeit...*, op. cit., s. 56–80 i podana tam literatura oraz judykatura.

przyczynią się do rozwiązania problemów występujących w praktyce stosowania prawa. Zawarłem także pewne propozycje, które w moim przekonaniu warto byłoby rozważyć.

J. Zimmermann poddał analizie omawiany projekt głównie pod kątem potrzeby uporządkowania i zdefiniowania pewnych kluczowych pojęć dla nauki prawa administracyjnego⁶³. Z moich rozważań wynika natomiast, iż nie mniej istotnym zadaniem, tak z punktu widzenia nauki prawa administracyjnego jak i cywilistyki, jest ponowne krytyczne przemyślenie i w konsekwencji zredefiniowanie funkcjonujących w systemie prawnym klasycznych podziałów i klasyfikacji, takich jak podział na prawo publiczne i prywatne oraz podział działań państwa na akty władcze i niewładcze. Może się okazać, że nowe ujęcie tych podziałów i klasyfikacji przyczyni się do większego uporządkowania i klarowniejszego zdefiniowania niektórych pojęć prawa administracyjnego, takich zwłaszcza jak umowa administracyjna, porozumienie administracyjne, mienie publiczne, rzeczy publiczne czy organ władzy publicznej.

Przeprowadzona analiza skłania do wniosku, że w niektórych aspektach projekt nie cechuje się wystarczającą precyzją, by zasługiwał na miano ustawy porządkującej regulowaną w nim materię. Dlatego też przed ewentualnym uchwaleniem ustawy należałoby projekt poddać jeszcze szerszym dyskusjom i analizom o charakterze interdyscyplinarnym.

PROJEKT USTAWY „PRZEPISY OGÓLNE PRAWA ADMINISTRACYJNEGO” WIDZIANY OKIEM CYWILISTY

Streszczenie

Autor analizuje przepisy projektu ustawy „Przepisy ogólne prawa administracyjnego” z punktu widzenia jego doświadczeń jako cywilisty. Zdaniem autora, projekt ten, jeżeli stanie się prawem obowiązującym, będzie wywierał istotny wpływ nie tylko na prawo administracyjne i jego naukę, ale także na stosowanie w administracji publicznej instytucji zaliczanych do cywilnoprawnego instrumentarium. Szczególną uwagę autor poświęca naturze podziału systemu prawnego na prawo publiczne i prywatne. Opowiada się za niedychotomicznym ujęciem tego podziału. Argumentuje, że takie ujęcie, w przeciwieństwie do koncepcji dychotomicznej natury tego podziału, zapewnia większą elastyczność w procesie stosowania prawa, a co najważniejsze, chroni przed zjawiskiem tzw. „ucieczki administracji od rygorów prawa publicznego”, w tym od standardów konstytucyjnych. Nie można zapominać, że rygory te i standardy mają na celu m.in. ochronę obywateli przed nadmierną ingerencją państwa i innych pod-

⁶³ Patrz J. Zimmermann, *Przepisy ogólne prawa...*, *op. cit.*, s. 161 i n.

miotów prawa publicznego. Zdaniem autora problematyka umów w administracji jak najbardziej zasługuje na to, by być przedmiotem regulacji projektowanej ustawy. Autor stara się wykazać, że umowa jako forma działania administracji wielokrotnie odbiega swą naturą od umów zawieranych w obrocie prywatnym (powszechnym). Ostatecznie autor opowiada się za kontynuowaniem prac nad projektem ustawy „Przepisy ogólne prawa administracyjnego”, gdyż obecna wersja tego projektu zawiera szereg niedoskonałości.

Słowa kluczowe: *umowy administracyjne, podział na prawo publiczne i prywatne, władcze i niewładcze działania administracji, przepisy ogólne prawa administracyjnego*

BILL ENTITLED “GENERAL PROVISIONS OF ADMINISTRATIVE LAW” FROM THE PERSPECTIVE OF A CIVIL LAW PRACTITIONER

Summary

The author analyses the provisions of the bill entitled “General provisions of administrative law” from the perspective of an experienced civil law practitioner. In his opinion, if the bill is enacted, it will exert substantial influence not only on administrative law and its study but also on the application of civil law instruments in public administration. The author pays special attention to the nature of the division of law into public and private ones. He is for non-dichotomous approach to this division. He argues that such an approach, unlike the concept of dichotomous nature of the division, ensures more flexibility in the process of law application and, what is even more important, protects against the phenomenon of the so-called ‘administration’s escape from the public law regimes’, including constitutional standards. It must be remembered that these regimes and standards aim to protect citizens against the excessive interference of the state and other public law entities. In the author’s opinion, the issue of contracts in administration is absolutely worth being subject to the provisions of the amended statute. The author attempts to prove that a contract as a form of administration activities is completely different in nature than a contract concluded under private law. Finally, the author states he is for the continuation of work on the bill because the present version of “General provisions of administrative law” contains many imperfect solutions.

Key words: *administrative contracts, division into public and private law, imperious and non-imperious administrative actions, general provisions of administrative law*

LE PROJET DE LA LOI «RÈGLEMENTS GÉNÉRAUX DU DROIT ADMINISTRATIF» VU PAR UN SPÉCIALISTE DU DROIT CIVIL

Résumé

L'auteur analyse les règlements du projet de la loi «Règlements généraux du droit administratif» du point de vue ses expériences en tant que spécialiste du droit civil. D'après l'auteur si ce projet devient la loi obligatoire il aura l'influence essentielle non seulement sur le droit administratif et sa science mais aussi sur l'application des instruments civils et légaux, c'est-à-dire, des institutions dans l'administration publique. L'auteur consacre une attention particulière à la nature de diviser le système légal au droit public et droit privé. Il se déclare partisan de la conception nondychotomique de cette division. Il argumente que par contre à la conception dychotomique, sa proposition est plus souple dans le procès de l'application du droit, et ce qui est le plus important, elle protège contre le phénomène appelé «la fuite de l'administration devant les règlements du droit public», y compris des standards constitutionnels. Selon l'opinion de l'auteur, la problématique des contrats dans l'administration mérite plus d'attention pour devenir l'objet de la régularisation du projet de la loi. L'auteur veut démontrer que le contrat comme une des formes d'agir par l'administration différencie beaucoup par sa nature des contrats signés par les actants privés. Enfin, l'auteur se déclare pour continuer les travaux sur le projet de la loi «Règlements généraux du droit administratif» parce que la version actuelle contient encore beaucoup d'imperfections.

ЗАКОНОПРОЕКТ „ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА” С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ СПЕЦИАЛИСТА ПО ГРАЖДАНСКОМУ КОДЕКСУ

Резюме

Автор анализирует положения законопроекта „Общие положения административного права» с точки зрения собственного опыта деятельности в качестве специалиста по гражданскому кодексу. По мнению автора, этот проект, если он станет действующим законом, окажет значительное влияние не только на административное право и его доктрину, но также на использование в государственном управлении институтов, составляющих инструментарий гражданского права. Автор особое внимание концентрирует на характере разделения правовой системы на публичное и частное право. Автор выступает в пользу недихотомического подхода к этому разделению. Выдвигаются аргументы, что такой подход, в отличие от дихотомического характера этого разделения, гарантирует большую гибкость в процессе применения закона, а – что является особенно важным – предохраняет от феномена так называемого

„бегства администрации от суровых предписаний публичного права», в частности, конституционных норм. Нельзя забывать о том, что эти предписания и нормы служат делу защиты граждан от чрезмерного вмешательства государства и остальных субъектов публичного права. По мнению автора, вопрос о договорах в администрации как ничто другое заслуживает того, чтобы быть предметом регулирования законопроекта. Автор старается показать, что договор, как форма деятельности администрации значительно отличается по своему характеру от договоров, заключаемых в частном (общем) порядке. В заключение автор выступает за продолжение работы над законопроектом „Общие положения административного права”, так как существующий вариант этого законопроекта содержит ряд недоработок.