

JOANNA HELIOS
Uniwersytet Wrocławski

PUBLICYZACJA PRAWA PRYWATNEGO — PRYWATYZACJA PRAWA PUBLICZNEGO W KONTEKŚCIE ROZWAŻAŃ NAD PRAWEM EUROPEJSKIM

Procesy integracji europejskiej, a także globalizacyjne „narzucają” nowe rozumienie prawa publicznego i prawa prywatnego. Znaczna część dotychczasowych kryteriów klasyfikacji oparta została na klasycznej formule Ulpiana, w późniejszym okresie skodyfikowanej przez Justyniana, sprowadzającej się do stwierdzenia, że nauka prawa podzielona jest na dwie gałęzie: prawo publiczne i prawo prywatne. Prawo publiczne jest związane z rządem rzymskiego państwa, prawo prywatne dotyczy zaś interesów indywidualnych. Owa rzymska dystynkcja stała się fundamentalna dla kontynentalnych systemów prawnych. Natomiast prawo angielskie, oparte na systemie prawa precedensowego (*common law*), „unika”, chciałoby się rzec, prostego podziału na prawo publiczne i prawo prywatne. Jednakże UE i globalna ekonomia wywierają wpływ na sposoby rozumienia i dystynkcje pomiędzy tym, co „publiczne”, a tym, co „prywatne”, przyjęte przez prawników wychowanych w kulturze i tradycji prawa stanowionego i *common law*. Ponadto rozwój europejskiego modelu socjalnego spowodował zatarcie prostej granicy między prawem publicznym a prawem prywatnym. Na progu nowej ery pojawiają się nowe koncepcje zarządzania, które nie mieszczą się ani w kategoriach prawa publicznego, ani prywatnego¹.

Celem opracowania jest:

Po pierwsze, wskazanie na dotychczasowe kryteria podziału prawo publiczne/prawo prywatne.

Po drugie, analiza zjawiska wzajemnego przenikania prawa publicznego i prawa prywatnego w prawie europejskim.

¹ Z. Brodecki, M. Konopacka, A. Brodecka-Chamera, *Komparatystyka kultur prawnych*, Warszawa 2010, s. 52.

I

Podział prawa na publiczne i prywatne jest jednym z najstarszych instrumentów służących uporządkowaniu systemu prawa. Z podziałem publiczny/prywatny wiąże się wiele kontrowersji. Wątpliwości te dotyczą sensu jego dokonywania, przedmiotu, kryteriów czy konsekwencji. W teorii prawa sporna jest sama potrzeba dokonywania podziału prawa na publiczne i prywatne. Zdaniem niektórych to rozróżnienie ma charakter fundamentalny², wynika z samej natury prawa. Są też głosy negujące sensowność tego podziału ze względów metodologicznych lub z uwagi na to, że całe prawo jest prawem publicznym. Zwolennicy dokonywania podziału widzą jego współczesny sens normatywny w zasadzie subsydiarności. Zgodnie z zasadą subsydiarności społeczna samoregulacja, czyli prawo prywatne, ma mieć przewagę nad regulacją publicznoprawną. Wyrażane są też poglądy o wzajemnym przenikaniu tych dwóch dziedzin prawa³.

Prawo prywatne stanowi jedną z klasycznych gałęzi prawa, której źródła sięgają czasów rzymskich. Współcześnie rozumienie prawa prywatnego znacznie się skomplikowało, ponieważ w wielu przypadkach trudno jest jednoznacznie zaliczyć niektóre instytucje prawne do z góry określonych gałęzi prawa⁴. Wszak nawet sama klasyczna definicja Ulpiana nie operuje kryterium, które dawałoby jednoznaczną i precyzyjną odpowiedź na pytanie, w jaki sposób odróżnić prawo prywatne od publicznego. Odwołuje się do kryterium przedmiotowego, które w języku współczesnym wiąże z regułą prawną albo interes ogólny (publiczny, państwa), albo interes jednostkowy, indywidualny. W samej doktrynie można znaleźć liczne próby znalezienia innych kryteriów wyróżniających prawo publiczne i prawo prywatne. Odwoływano się zarówno do kryteriów przedmiotowych, wskazujących nie tyle na rodzaj chronionego interesu, ile typ stosunków prawnych podlegających regulacji, charakter przepisów dominujących w sferze prawa prywatnego (*iuris dispositivi*) i w sferze prawa publicznego (*iuris cogentis*), rodzaj stosowanej sankcji (zarówno co do skutków prawnych, jak i sposobu jej uruchomienia), metodę ochrony interesu (system roszczeń i powództw pozostających w dyspozycji uprawnionego podmiotu prawa prywatnego), zasadniczą odmienność celów i funkcji prawa. Operowano także kryteriami podmiotowymi, wskazując na odmienność pozycji i statusu podmiotów uczestniczących w obu typach relacji: prawa publicznego (podmioty dysponujące imperium, reprezentujące interes ogólny lub interes określonej społeczności) oraz prawa prywatnego (pod-

² J. Romul za K. Opalkiem przyjmuje zasadność podziału na prawo publiczne i prawo prywatne. Sens utrzymania owego podziału polega na tym, że konkretyzuje się w ten sposób pewne demokratyczne i wolnościowe idee. J. Romul, *Wstęp do teorii państwa i prawa. Zarys wykładów*, Poznań 1999, s. 50–51.

³ T. Spyra, *Granice wykładni prawa*, Kraków 2006, s. 212–213.

⁴ A. Bator et. al., *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, wyd. 1, Warszawa 2006, s. 159.

mioty operujące w sferze prywatnej, w celu realizacji indywidualnego interesu). Pewne poparcie uzyskało kryterium natury formalnej, odwołujące się do metody regulacji stosunków prawnych, odmiennej w każdej z wyróżnionych sfer prawa — publicznej i prywatnej⁵.

Historia cywilizacji wskazuje na trzy systemy regulujące stosunki między prawem prywatnym a publicznym. Wskazywany jest monizm prawa prywatnego, monizm prawa publicznego i jeden system dualistyczny. Prawem prywatnym jest prawo, które reguluje sytuację jednostki ludzkiej będącej podmiotem prawa. Natomiast prawo publiczne określa kompetencję ludzi sprawujących władzę w zrzeczeniu, które prawidłowo powinny sprowadzać się do zapewnienia jednostce bezpieczeństwa życia i mienia. Prześledźmy teraz te systemy. System prawa oparty na monizmie prawa prywatnego to system prawa, jaki wykształca się w cywilizacjach, w których życie społeczne oparte jest na schemacie wykształconym w ustroju rodowym. Trzy wielkie cywilizacje opierają swoją strukturę na ustroju rodowym: cywilizacja turańska, arabska i chińska. W tych wskazanych cywilizacjach prawo publiczne to rozbudowane prawo prywatne. System oparty na monizmie prawa prywatnego wykształca prawo publiczne przez rozrost prawa prywatnego. Drugi system oparty na monizmie prawa publicznego wykształcił się w cywilizacji bizantyńskiej. W tym systemie prawo prywatne jest marginalizowane. Nadrzędnym celem organizacji państwowej opierającej się na takim systemie prawa jest zapewnienie siły państwu. Prawo publiczne w systemie opartym na monizmie prawa publicznego reguluje nie tylko kompetencje administracji, lecz także prawa i obowiązki obywateli wobec państwa. Prawo publiczne określa także, jak powinny wyglądać relacje między obywatelami. Te dwa monizmy są do siebie podobne, gdyż wspólną cechą jest prymat jednej gałęzi prawa nad drugą, a rządzący uzyskują nadmierne kompetencje. Trzeci system — dualistyczny — oznacza zachowanie współmiernego stosunku prawa prywatnego do prawa publicznego. Tak ułożona relacja między prawem prywatnym a prawem publicznym jest gwarancją, że żadna z gałęzi prawa nie będzie dominować nad drugą. Zachowanie dualizmu prawa przez państwo obywatelskie oznacza, że administracja państwowa nie zdominuje społeczeństwa. Przypomnijmy, iż dualizm prawa pojawił się po raz pierwszy w starożytnym Rzymie⁶.

Doktrynalny podział na prawo publiczne i prawo prywatne nie od razu znalazł odbicie w zawartości zbiorów prawa. Powstałe w ustroju feudalnym kodyfikacje zawierały zarówno normy publiczno-, jak i prywatnoprawne (*Landrecht pruski*, rosyjski *Zwód Praw*, projekt Andrzeja Zamojskiego). W początkach prac kodyfikacyjnych najczęściej brano pod uwagę trójpodział zaczerpnięty z *Instytucji* Justyniana, rozpowszechniony już w XVI wieku, a następnie dostosowany

⁵ M. Safjan, *Pojęcie i systematyka prawa prywatnego*, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo cywilne. Część ogólna*, t. 1, Warszawa 2007, s. 31.

⁶ W. Szurgot, *Prawo jako fundament cywilizacji łacińskiej w myśli Feliksa Konecznego*, Krzeszowice 2007, s. 53–57.

do założeń logiki kartezjańskiej. Z biegiem czasu krystalizowało się podstawowe rozgraniczenie prawa publicznego i prawa prywatnego, jak również zakres obu części systemu. W czasach oświecenia pojęcie „prawo prywatne” utożsamiane było z prawem cywilnym *sensu largo* i obejmowało całokształt prawnych stosunków osobistych i majątkowych między jednostkami. Dopiero w XIX wieku na kontynencie europejskim w ramach prawa prywatnego zaczęto odróżniać prawo „cywilne”, ujmowane jako gałąź prawa obejmującą stosunki osobisto-majątkowe jednostek w ogóle, od prawa „handlowego”, regulującego tylko niektóre stosunki majątkowe jednostek, wyodrębnionego z prawa prywatnego na podstawie określonych kryteriów podmiotowych lub przedmiotowych. W większości krajów kontynentu doszło też do odrębnych — oprócz kodeksów cywilnych — kodyfikacji prawa handlowego. Natomiast pojęcie „prawa publicznego” obejmowało te wszystkie działy prawa, które nie mieściły się w ramach prawa prywatnego. Do prawa publicznego zaliczano więc prawo karne, wyodrębnione zeń w celach kodyfikacyjnych⁷. Tym samym trzeba podkreślić, że definitywny rozdział między prawem publicznym a prywatnym nastąpił dopiero w epoce oświecenia. Wtedy to ideologia prawa natury, wraz ze ścisłym przeciwstawieniem jednostki państwu, a interesu indywidualnego dobru publicznemu, nadało dychotomii Ulpiana filozoficzną podbudowę i uczyniło ją podstawą porządku prawnego doby konstytucjonalizmu. Wcześniejsze, podejmowane w kręgach francuskich i niemieckich przedstawiciele jurysprudenencji humanistycznej, próby wyodrębnienia sfery prawa publicznego i prawa prywatnego w systematyce prawa napotykały przeszkody. Realizacja tego wyodrębnienia stała się procesem długotrwałym, uzależnionym w poszczególnych krajach od wewnętrznych realiów ustrojowych i społecznych⁸.

Uwagę należy zwrócić na dzieje nowożytnego prawa prywatnego. Koncepcja czynności prawnej jako umowy polegającej na swobodnym oświadczeniu woli ma za wzór proces wymiany między konkurującymi w sposób nieskrępowany posiadaczami towarów. Jednocześnie system prawa prywatnego, który z zasady wzajemne stosunki osób prywatnych sprowadza do prywatnych umów, za miarodajne przyjmuje stosunki wymiany kształtujące się według praw wolnego obrotu rynkowego. Oczywiście strony zawierające umowę nie zawsze są stronami stosunku polegającego na wymianie. Stosunek ów, centralny dla mieszczańskiego społeczeństwa obywatelskiego, jest generalnie modelem stosunków umownych. Wraz z podstawowymi wolnościami systemu prawa prywatnego wyodrębnia się kategorię ogólnej zdolności prawnej, gwarancję pozycji osoby wobec prawa. Status *libertatis*, status *civitatis* i status *familiae* ustępują statusowi *naturalis*, który generalnie przypisywany jest wszystkim podmiotom prawa, jest odpowiednikiem zasadniczej równorzędności posiadaczy towarów na rynku oraz ludzi wykształco-

⁷ K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, wyd. 13, Warszawa 2009, s. 212–213.

⁸ K. Sójka-Zielińska, *Wielkie kodyfikacje cywilne. Historia i współczesność*, Warszawa 2009, s. 28.

nych w sferze publicznej. Ponadto wraz z wielkimi kodyfikacjami prawa cywilnego powstał system norm chroniących sferę w ścisłym znaczeniu prywatną. Mianowicie chodzi o wzajemne kontakty ludzi prywatnych, programowo uwolnione od koncesji na rzecz zarówno stanów, jak i państwa. Gwarantują one instytucję własności prywatnej oraz podstawowe wolności z nią związane. Chodzi o wolność wchodzenia w stosunki umowne, wolność wyboru sposobu zarobkowania i wolność dziedziczenia. Na kontynencie na skutek kodyfikacji fazy rozwojowe zostały zaznaczone wyraźniej niż w Anglii, w której przyjęto system *common law*. Jednak tutaj specjalne formy prawne i instytucje prawne, właściwe społeczeństwu, w którym istnieje wolny obrót towarowy, wykształciły się wcześniej niż w krajach podtrzymujących tradycję prawa rzymskiego. W 1804 r. pojawiło się klasyczne dzieło prawa cywilnego: Kodeks Napoleona. Znamionną cechą wszystkich ówczesnych kodeksów jest fakt, że powstały jako specyficzne medium, gdyż wielokrotnie rozprawiali o nich ludzie prywatni, zbiorowo tworzący publiczność. Same dzieje prawa prywatnego zaczęły się wcześniej niż osiemnastowieczna pozytywizacja prawa naturalnego. Przynajmniej prawo rzymskie początkowo było pojmowane jako prywatne tylko w opozycji do prawa kanonicznego. Dopiero wraz z obumieraniem tradycyjnych form prawa, zarówno dawnych stanów panujących, jak i miejskich stanowych grup zawodowych, przekształciło się w prawo wyemancypowanego społeczeństwa obywatelskiego. Prawo rzymskie nie gwarantuje porządku prywatnoprawnego w ścisłym znaczeniu. W tym okresie „prawo prywatne” tam, gdzie nie zostało w całości wchłonięte przez rozporządzenia policyjne, było skrępowane prerogatywami zwierzchności. Wraz z prawem handlowym, przemysłowym oraz prawem pracy wspomniane rozporządzenia policyjne objęły dodatkowe zadania na rzecz „dobra ogółu”⁹.

Analizowany podział na prawo publiczne i prawo prywatne był przez całe stulecie przedmiotem ogólnej refleksji o prawie. Wysuwano różne kryteria: od Ulpianowskiego „pożytku” (*utilitas*) przez interesy chronione Iheringa, treść stosunków prawnych bądź charakter ich podmiotów, aż po propozycję Leona Petrażyckiego, rozróżniającego „dwa systemy normowania prawnego”, tj. system centralizacji bądź decentralizacji. Niekiedy opierano się na kryterium Radbrucha, rozważającego „dwa systemy kultury” — indywidualistyczny i supraindywidualistyczny. Wielość kryteriów nie zawsze można odczytywać jako brak porozumienia co do kwestii zasadniczych. Wszystkie wymienione kryteria mają charakter komplementarny, wywodzą się pośrednio lub bezpośrednio z przeświadczenia, że człowiek może być potraktowany jako element społeczności. Człowiek powinien się tej społeczności podporządkować, jeśli ma być zachowane dobro wspólne, bądź jako jednostka innym równa. Równość polega na autonomii. Jednostka jest równa jeśli nie podlega żadnej władzy. Jest wtedy autonomiczna. Odpowiednio

⁹ J. Habermas, *Strukturalne przeobrażenia sfery publicznej*, Warszawa 2008, s. 170–173.

do tego normowanie zachowania ludzi przybiera postać regulacji publiczno- lub prywatnoprawnej¹⁰.

W teorii prawo ma trzy podstawowe drogi oddzielenia sfery publicznej od sfery prywatnej:

1. rozgraniczenie między prawem publicznym a prywatnym;
2. rozgraniczenie stosunku publiczno- i prywatnoprawnego;
3. rozgraniczenie normy prawa publicznego i prywatnego.

Można też wskazać na następujące teorie:

Po pierwsze, tzw. teoria fiskusa — stosunki mające za przedmiot majątek powinny służyć prawu prywatnemu.

Po drugie, teoria interesu — tam, gdzie mamy do czynienia z interesem publicznym, dominuje prawo publiczne, natomiast tam, gdzie sprawa dotyczy ochrony interesu prywatnego, mamy prawo prywatne.

Po trzecie, teoria podmiotowa — jeżeli jedną ze stron jest państwo lub organ państwa, to wtedy mówimy o prawie publicznym.

Po czwarte, teoria podporządkowania — władczość charakterystyczna dla sfery prawa publicznego, równość występuje w sferze prawa prywatnego.

Wymienione wyżej cztery kierunki mają charakter podstawowy. W istocie jest ich znacznie więcej, np. teoria funkcjonalna (decyduje tutaj przedmiot regulacji, a więc realizowanie lub nie zadań o charakterze publicznym), czy też teoria formalna (decyduje forma nawiązania stosunku, a więc kontrakt lub decyzja)¹¹.

Można przytoczyć za literaturą jeszcze inny pogląd na temat tego, co to jest prawo publiczne, a co prywatne? Gdy podstawą jakiegoś obowiązku jest czyjś rozkaz, to obowiązek ten jest traktowany najczęściej jako prawo publiczne, z kolei obowiązki prywatnoprawne powstają zazwyczaj przez dobrowolne zobowiązanie się tego, kto przyjmie ów obowiązek¹². Jednak pojęcie obowiązku nie zawsze jest wystarczające do przeprowadzenia podziału wszystkich postanowień prawa na publiczne i prywatne, gdyż poza dzielonym zakresem pozostałyby przepisy, które na przykład tylko uprawniają do czegoś¹³. Jako cechę charakterystyczną prawa publicznego wskazuje się, że ustalenie treści wzajemnych zachowań jego podmiotów jest wynikiem jednostronnej woli specjalnego podmiotu publicznego. Na tym ostatnim ciąży obowiązek wykonania postanowień tego prawa i ponadto ponosi on odpowiedzialność za realizację norm prawa publicznego. Podmiot ów znajduje się w swoistej strukturze organizacji publicznej regulowanej innym prawem od tego, które legło u podstaw wyznaczenia zindywidualizowanego obowiązku wobec zewnętrznego podmiotu. Określona przez ten podmiot treść zachowań (praw

¹⁰ M. Furtek, *Prawo cywilne w dobie kryzysu czy kryzys prawa cywilnego?*, [w:] B. Banaszekiewicz et al., *Kultura prawna i dysfunkcjonalność prawa*, Warszawa 1988, s. 378.

¹¹ J. Łętowski, *W sprawie granicy między prawem publicznym a prywatnym*, [w:] *Prace z prawa cywilnego*, Wrocław 1985, s. 354–356.

¹² Por. G. Radbruch, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1924, s. 79.

¹³ J. Nowacki, *Prawo publiczne — prawo prywatne*, Katowice 1992, s. 59 n.

i obowiązków) jest obowiązująca nawet w tym sensie, że może być wobec jej adresata uruchamiane postępowanie przymusowe zmierzające do wyegzekwowania nakazanego zachowania w imię ogólnego, publicznego celu. Postępowanie to najczęściej prowadzi ten sam podmiot, który wyznaczył obowiązki podlegające egzekucji. Zachowania regulowane prawem publicznym są kategorią stałą, ujawnioną stosownie do okoliczności określonych normatywnie. Można zatem przypuszczać, że określenie „prawo publiczne” każe postrzegać publiczne prawo podmiotowe jako kategorię ponadgałęziową, znajdującą swoje miejsce w tych wszystkich dziedzinach prawa, w których działalność jednostek, niezależnie od ich woli, spotyka się z władczą działalnością państwa. Natomiast ustrój i działanie organów państwa służyc mają realizacji szeroko rozumianego interesu publicznego¹⁴. Z kolei w prawie prywatnym natura stosunków prawnych, których istota i funkcja sprowadza się do kształtowania zindywidualizowanych relacji w obrocie między równorzędnymi podmiotami, wyposażonymi w kompetencje decydowania o sposobie realizacji własnych prawnie chronionych interesów, wskazuje na rolę i znaczenie zasady autonomii woli¹⁵.

W poglądach niemieckiej szkoły historycznej i hasłach głoszonych przez pozytywizm prawniczy zarówno prawa prywatne, jak i prawa publiczne stanowią przejaw woli osoby. W przypadku prawa prywatnego wola ta jest wyrazem nieograniczonej dyspozycji jednostki, natomiast w ramach prawa publicznego pozwala jej na aktywność tylko jako uczestnikowi pewnej ograniczającej zbiorowości. Sytuacja prawna jednostki determinowana jest nie przez elementy prawnonaturalne bądź filozoficzne, ale wyłącznie przez prawo pozytywne i związek państwowy, z którego te prawa wynikają. W nauce niemieckiej na kanwie rozważań na temat publicznych praw podmiotowych wyróżniano prawo prywatne, prawo państwowe i prawo administracyjne. Za prawo administracyjne uznano to prawo, które z jednej strony reguluje stosunki kulturalne i działalność kulturalną wewnątrz społeczeństwa (społeczne prawo administracyjne), z drugiej strony natomiast normuje odpowiednie stosunki między państwem a społeczeństwem (polityczne prawo administracyjne). Podmiotami prawa administracyjnego są zatem jednostki, organy społeczne i państwo¹⁶.

Kryterium, za pomocą którego możliwe jest wskazanie odrębności między prawem prywatnym a publicznym, jest właściwe rozumienie osobowości prawnej pojmowanej jako relacja jednostki do państwa, kwalifikująca tę jednostkę. Prawo prywatne daje się odłączyć od osoby jego podmiotu bez naruszenia tak rozumianej osobowości, gdyż istniejący zespół praw nie rozstrzyga o zdolności prawnej. Natomiast kwalifikacja publicznoprawna nie da się odłączyć od osoby podmiotu

¹⁴ W. Jakimowicz, *Publiczne prawa podmiotowe*, Kraków 2002, s. 160–161.

¹⁵ M. Safjan, *Pojęcie i funkcja zasad prawa prywatnego*, [w:] *W kierunku europeizacji prawa prywatnego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Rajskiemu*, Warszawa 2007, s. 7.

¹⁶ W. Jakimowicz, *Publiczne prawa podmiotowe w myśli europejskiej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1, 2003, s. 13.

bez umniejszania samej osobowości. Zgodnie ze wskazanym tokiem rozumowania prawa prywatne utożsamiane są w całości z działaniami mającymi znaczenie prawne. Prawa publiczne zaś dotyczą jedynie działań, których istota i skuteczność wynika dopiero z porządku prawnego¹⁷.

Rozróżnienie „prawo publiczne–prawo prywatne” bywa również opierane na podziale pojęcia „kompetencja”, które jest szeroko rozumiane. Mianem kompetencji prywatnych określa się te, które przysługują podmiotom jako poszczególnym, autonomicznym jednostkom, kompetencjami publicznymi zaś nazywane są te, które przysługują podmiotom działającym jako organy społeczności i wykonywanie owych kompetencji jest zarazem obowiązkiem tychże organów¹⁸.

Można postawić pytanie: w jaki sposób dochodzi do tego, że jeden rodzaj przepisów (uprawnień i obowiązków bądź stosunków prawnych) zaliczany jest do prawa publicznego, inny zaś ich rodzaj do prawa prywatnego? Zdaniem J. Nowackiego¹⁹ jest to tylko wtedy możliwe, gdy arbitralnie przyjmuje się, że walor tego, co „publiczne”, będzie identyfikowany, utożsamiany wyłącznie z działaniami państwa, czyli z przepisami normującymi działania jego organów, z ich uprawnieniami i obowiązkami lub ze stosunkami prawnymi, w których organy te są stroną. Natomiast walor „prywatny” będzie utożsamiany, identyfikowany z zachowaniami pozostałych podmiotów, czyli z przepisami, których adresatami są jedynie osoby fizyczne i prawne, z ich uprawnieniami i obowiązkami lub ze stosunkami, w których one tylko są stronami.

Cytowany Autor dowodzi dalej, że walory „publiczny” i „prywatny” nie są elementami czy cechami przepisów prawa, odkrywanymi w tychże przepisach, lecz są im przypisywane według określonych założeń całkowicie zewnętrznych w stosunku do prawa. Każdy, kto dzieli prawo na dwa omawiane działy bądź podział ten neguje, przypisując całemu prawu walor publicznoprawności, kieruje się jakimis z reguły niewyeksplikowanymi rozumieniami orzeczników „publiczny” i „prywatny”. Kto sam nie przyjmuje jakiegoś rozumienia, co dla niego „publiczne”, a co „prywatne”, ten nie będzie mógł dokonać podziału prawa na publiczne i prywatne. Z wywodów tych wynika, że podział prawa na publiczne i prywatne oraz traktowanie całego prawa jako publicznego jest sprawą uznania określonych założeń oceniających. Wydaje się, że podział prawa na publiczne i prywatne ma charakter ideologiczny czy też polityczny²⁰.

Wiemy już, że można dokonać podziału prawa na publiczne i prywatne na podstawie różnych kryteriów. Zresztą mówiąc o podziale prawa na publiczne i prywatne, często prawnicy mieli na myśli różne rzeczy. Zasadniczą przyczyną trudności, którą napotykali, była chęć odnalezienia takiej cechy odróżniającej prawo prywatne od publicznego, która by pozwoliła na podzielenie znanych

¹⁷ *Ibidem*, s. 14.

¹⁸ J. Nowacki, *op. cit.*, s. 62.

¹⁹ *Ibidem*, s. 81 n.

²⁰ *Ibidem*, s. 109 n.

gałęzi prawa na dwie grupy w pełni oddzielające się od siebie. Podstawowa trudność polegała na tym, że cechy, którymi się posługiwano, z reguły nie odpowiadały wszystkim bez reszty normom danej gałęzi prawa, gdyż poszczególne gałęzie prawa wykazywały istnienie w swym obrębie zarówno elementów „publicznych”, jak i „prywatnych”. Według Kazimierza Opalka²¹ podział prawa na gałęzie jest oparty na odmiennych zasadach niż wymieniane przez prawników zasady podziału prawa na publiczne i prywatne. Autor dowodzi, że ów podział we wszystkich swych wersjach stanowi po prostu odmienne zgrupowanie norm prawnych niż podział prawa na gałęzie. W kapitalistycznych systemach prawnych podział prawa na publiczne i prywatne należał do wykładu teorii prawa, z kolei najważniejszym działem prawa prywatnego było prawo cywilne, normujące stosunki majątkowe i rodzinne poszczególnych osób²². Przez całe lata — w krajach socjalistycznych — zarzucony był podział prawa na publiczne i prywatne. W nowej rzeczywistości społeczno-gospodarczej to rozróżnienie powróciło, uznając sferę prawa prywatnego za poddaną szczególnej ochronie przed ingerencją państwa, jego organów, a nawet przez przepisy o charakterze nakazów lub zakazów różnego rodzaju zachowań w stosunkach międzyludzkich i w obrocie gospodarczym²³.

Wydawać się może, że podział różnych gałęzi prawa pomiędzy prawo publiczne i prawo prywatne utrwalił się w nauce dość dobrze, w sposób trwały i w większości wypadków bezsporny. Z kolei zagadnienie, na czym polega różnica między prawem prywatnym a prawem publicznym lub jak określić odpowiednie pojęcia (w odróżnieniu od wyliczenia), wydaje się wciąż sporne i nierozstrzygnięte. Jednakże problem pojawia się ze zgraniem teoretycznego ujęcia granic i zakresów prawa publicznego i prawa prywatnego. Pojawiło się też pytanie, czy możliwe jest wyznaczenie raz na zawsze granicy między prawem publicznym a prawem prywatnym? Pytanie to zostało połączone ze sceptyczną odpowiedzią, wskazującą na ruchome granice między prawem publicznym a prawem prywatnym „Te granice są z konieczności ruchome, podobnie jak zmienne jest samo życie, wymagające interwencji ustawodawczej (...)”²⁴. Andrzej Bator²⁵ zauważa różnicę między doktryną prawa publicznego a doktryną prawa prywatnego, gdy chodzi o ich zaangażowanie w dyskusje o korzyściach płynących z aplikowania na tych obszarach dorobku teorii prawa. Autor wysuwa tezę, że na gruncie nauki prawa publicznego zainteresowanie teorią wykładni jest współcześnie dużo

²¹ K. Opalek, *Problemy metodologiczne nauki prawa*, Warszawa 1962, s. 181.

²² A. Wolter, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1977, s. 12–13.

²³ W.J. Katner, *Prawo cywilne i handlowe w zarysie*, Kraków 2004, s. 25.

²⁴ H. Rot, *Problem dychotomii prawa publicznego i prywatnego*, „Przegląd Prawa i Administracji” VII, 1976, s. 9 n.

²⁵ A. Bator, *Uniwersalny charakter teorii wykładni prawa w związku z podziałem na prawo publiczne i prywatne*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Lokalny a uniwersalny charakter interpretacji prawniczej*, red. P. Kaczmarek, Wrocław 2009, s. 73 n.

większe niż w cywilistyce. Wyjaśnieniem tej szczególnej intensywności w poszukiwaniach adekwatnej do prawa publicznego teorii wykładni może być argument historyczny. Zręby współczesnej teorii wykładni kształtowały się w dużej mierze przy udziale ówczesnej doktryny prawa prywatnego, ale teoria ta pomimo modyfikacji ciągle jeszcze lepiej koresponduje z prawem prywatnym aniżeli publicznym. Konsekwencją jest to, że doktryna prawa prywatnego ma mniejszą potrzebę „odkrywania” na swoje potrzeby zastanych koncepcji teoretycznych. Ponadto istnieje dość powszechne przekonanie, że instytucje prawa prywatnego wspierają się na prostszych, bardziej intuicyjnych konstrukcjach pojęciowych. W porównaniu z prawem publicznym w prawie prywatnym dużo mniej skomplikowane są źródła prawa służące rekonstruowaniu praw i obowiązków adresatów norm.

Pewne różnice można wskazać między publicznym prawem porównawczym a prywatnym prawem porównawczym. Wpływ publicznego prawa porównawczego na kultury prawne jest w obecnych czasach ogromny. To dzięki niemu można poznać rdzeń zasad prawa publicznego i wykorzystać go w dialogu między Wschodem a Zachodem. Natomiast prawo prywatne porównawcze obejmuje swym zakresem *lex mercatoria* i wszystkie dziedziny, które wyrosły z jej pnia. Obecnie można zaobserwować także tendencję do przechodzenia od „prawa cywilnego i handlowego” poprzez „prawo biznesu” do „prawa zarządzania korporacjami”, „prawa transnarodowego” czy też „prawa konkurencji”²⁶.

Prawie do końca XIX wieku panowało przekonanie o słuszności tez Ulpiana. Zgodnie z tym zwykle formuły określenia różnicy między prawem prywatnym a publicznym stanowiły przekłady wypowiedzi cytowanego wcześniej Ulpiana. Jego myśli na temat prawa publicznego i prywatnego były parafrazowane. Zgodnie z tym przyjęto, że w prawie publicznym celem jest całość (państwo), natomiast poszczególne jednostki ludzkie odgrywa rolę podrzędną, podczas gdy w prawie prywatnym celem jest poszczególne jednostki jako taka, a każdy stosunek prawny wiąże się z jej egzystencją lub specyficzną sytuacją jako środek działania. W drugiej połowie wieku XIX, pod wpływem poglądów naukowych Iheringa, zapanowało w jurysprudencji pojęcie interesów. Celem prawa stała się obrona interesów. Wówczas różnicy między prawem prywatnym a publicznym zaczęto poszukiwać w różnicy interesów broniących przez prawo publiczne i prywatne. Prawo prywatne broni interesów poszczególnych osób, prawo publiczne zaś — interesów państwa, albo „całości”, albo interesów „ogólnych”, „społecznych” itp. Oczywiście i na tym tle powstało wiele problemów dotyczących doprecyzowania, co należy rozumieć przez pojęcie interesu publicznego, a co przez pojęcie interesu prywatnego, do tego doszły też kwestie nakładania się tych interesów na siebie. Myśl zawartą w wypowiedzi Ulpiana zaczęto zgodnie z panującym poglądem formułować z zastosowaniem wyrażenia „obrona interesów”. W ten sposób różnice między

²⁶ Z. Brodecki, M. Konopacka, A. Brodecka-Chamera, *op. cit.*, s. 55.

prawem prywatnym a publicznym oparto na różnicy bronionych interesów. Otrzymano trzy teorie:

1. teoria „materialna” — różnicy interesów;
2. teoria „formalna” — różnicy w sposobie obrony;
3. teoria łącząca obie cechy, którą można nazwać teorią „materialno-formalną” lub „mieszaną”.

Te wszystkie teorie zostały poddane krytyce przez L. Petrażyckiego²⁷, który za pomocą swoich teorii zakwestionował określenie prawa prywatnego i publicznego z punktu widzenia różnicy interesów i sposobów ich obrony.

Sam podział na prawo publiczne i prywatne współcześnie zyskuje coraz bardziej na znaczeniu, oddaje zasadnicze zróżnicowanie porządku prawnego i umożliwia wyodrębnienie gałęzi prawa w ramach systemu prawa. Biorąc za punkt wyjścia prezentowane kryterium interesu, można powiedzieć, że prawo publiczne statuuje i chroni interes publiczny (interes organizacji państwowej i jej substratu — społeczeństwa, wyrażany w rozwiązaniach prawnych przez władzę publiczną), a prawo prywatne — interes prywatny, rozumiany jako interes jednostek, grup oraz innych podmiotów pozostających poza ośrodkami władzy publicznej. Interes prywatny rozumiany jako interes jednostkowy jest współcześnie wyznaczony przez przedmiotowy zakres praw człowieka. Regulacje i rozwiązania wprowadzające do porządku prawnego standardy korzyści oraz ochrony wykraczające poza prawa człowieka można potraktować jako wyraz „walki o prawo” w rozumieniu Rudolfa von Iheringa²⁸.

Znamiona interesu publicznego wykazuje każdy interes ponadindywidualny, który łączy członków grupy społecznej i wiąże ich jasno określonym celem oraz normami, które służą jego realizacji²⁹.

Przyjmuje się, że w obrębie prawa publicznego odnajdujemy zarówno gałęzie prawa o charakterze podstawowym (prawo karne, prawo międzynarodowe publiczne, prawo administracyjne i prawo konstytucyjne), kompleksowe dziedziny prawa (prawo finansowe, prawo gospodarcze publiczne, prawo ochrony środowiska, prawo samorządu terytorialnego, prawo procesowe), a także dyscypliny pomocnicze względem dogmatyki prawa (kryminalistyka, kryminologia, wikty-mologia, nauka o administracji publicznej, teoria policji). W sferze badawczej zaś jest tam miejsce dla analiz doktrynalnych, historycznych, socjologicznych oraz porównawczych. Świadczy to o szerokim zakresie prawa publicznego i jego róż-

²⁷ L. Petrażycki, *Teoria prawa i państwa w związku z teorią moralności*, Warszawa 1960, s. 506 n.

²⁸ H. Groszyk, A. Korybski, *O pojęciu interesu w naukach prawnych (przegląd wybranej problematyki z perspektywy teoretycznoprawnej)*, [w:] *Pojęcie interesu w naukach prawnych, prawie stanowionym i orzecznictwie sądowym Polski i Ukrainy*, red. A. Korybski, M.W. Kostyckij, L. Leszczyński, Lublin 2006, s. 21.

²⁹ S. Ehrlich, *Norma. Grupa. Organizacja*, Warszawa 1998, s. 202 n.

nicowaniu wewnętrznym³⁰. Prawo publiczne wyróżnia się tym, że zawiera ono normy służące bezpośredniej realizacji interesu publicznego. Chodzi o osiągnięcie celu wyznaczonego przez kategorie dobra wspólnego przez instytucje wyposażone w instrumenty władztwa publicznego. Cechuje je zwykle stosunek podporządkowania rządzonych wobec rządzących oraz możliwość użycia przymusu państwowego w celu realizacji obowiązków³¹.

Godzenie interesu indywidualnego i publicznego jest szczególnie ważne. Prawo cywilne — jako główny trzon prawa prywatnego — jest nastawione na ochronę interesów indywidualnych. Interes indywidualny w licznych sytuacjach zbiega się z interesem publicznym. Pojawiają się jednak przypadki, w których między dwoma interesami zachodzi konflikt. Pogodzenie interesu prywatnego i publicznego nie zawsze polega na zapewnieniu pełnej równowagi między nimi. Często jednemu z nich trzeba przyznać pierwszeństwo. Nie zawsze można powoływać się na wartość, jaką stanowi dobro państwa, gdyż współczesne rozumienie dobra obejmuje także konieczność poszanowania praw i interesów jednostkowych³².

Prawo prywatne jest domeną prawa, której normy rządzą horyzontalnymi relacjami między jednostkami. Oczywiście, oprócz tych *stricte* opisowych definicji prawa prywatnego jest wiele o podłożu historycznym i ideologicznym. Jedną z nich opiera się na zasadach leseferyzmu, koncepcji prawa prywatnego, która jest zupełnie wolna od publicznej interwencji i regulacji i przede wszystkim kładzie nacisk na prywatną autonomię³³.

Mimo poszerzającej się ingerencji państwa w relacje prywatnoprawne, podział systemu prawnego na prawo publiczne i prywatne nie traci na znaczeniu. Prawo prywatne jest prawem kształtującym relacje społeczne między jednostkami. Samo konstytucyjne unormowanie prawa prywatnego wywodzące się z idei liberalnego państwa demokratycznego uznaje wolność człowieka za najwyższą wartość. Zasada swobody umów została uznana przez polski Trybunał Konstytucyjny za normę należącą do dziedziny prawa prywatnego, gdyż dotyczy stosunków prawnych między podmiotami prawa cywilnego. Zasada swobody umów nie ma wszakże charakteru normy prawa publicznego, gdyż — oczywiście w pewnym uproszczeniu — nie dotyczy wyłącznie relacji państwa lub innego podmiotu prawa publicznego występującego z pozycji władczej w stosunku do innych podmiotów prawa prywatnego. Dodać należy, że doktryna niemiecka na wolności jako wartości oparła całą konstrukcję prawa prywatnego, odróżnianego

³⁰ J. Dobkowski, *Przemiany doktrynalne i systemowe prawa publicznego*, [w:] *Wybrane problemy prawa publicznego i administracji*, red. W. Bednarek, J. Dobkowski, Olsztyn 2004, s. 197.

³¹ A. Mednis, *Prawo do prywatności a interes publiczny*, Warszawa 2006, s. 31.

³² A. Zieliński, *Cywilnoprawne aspekty godzenia interesu indywidualnego z interesem publicznym*, [w:] *Prawa stają się prawem. Status jednostki a tendencje rozwojowe prawa*, red. M. Wyrzykowski, Warszawa 2006, s. 99 n.

³³ S. Besson, *Fundamental rights and European private law*, [w:] *European Private Law: A Handbook*, t. 1, red. M. Bussani, F. Werro, Oxford 2009, s. 12.

od prawa publicznego. Prawo prywatne od prawa publicznego, w sposób najbardziej syntetyczny, odróżniane jest poprzez próbę określenia najistotniejszych cech. Prawo prywatne otwarte jest dla każdego. Uczestniczące w tych stosunkach jednostki występują w roli autonomicznych podmiotów, które władne są regulować treść tych stosunków, mając na względzie własne interesy — w granicach oznaczonych dobrem powszechnym lub regułami moralnymi. Natomiast w stosunkach publicznoprawnych co najmniej po jednej stronie pojawia się organ władzy publicznej. Ten ostatni jest powoływany przez ustawy nie do realizacji interesu indywidualnego, lecz do realizacji interesu wspólnego określonej społeczności, czyli interesu publicznego. Organowi władzy publicznej przysługują w związku z tym wyraźnie określone w ustawie kompetencje do władczego (jednostronnego) kształtowania sytuacji prawnej jednostki. Jednakże może się zdarzyć, że jakaś jednostka organizacyjna będzie występowała w dwóch rolach: albo jako wykonawca przysługujących mu kompetencji władczych, albo jako uczestnik prywatnoprawnych, dostępnych dla wszystkich stosunków prawnych. W tego typu sytuacji (drugi przypadek) stosunek prawny podlegać będzie regulacji prywatnoprawnej. Owa sytuacja wpływa na zacieranie granicy między prawem publicznym i prawem prywatnym. Na zacieranie tejże granicy wpływa także rozwijająca się od niedawna idea ochrony konsumentów. Wskazywanie więc na równorzędność pozycji stron stosunku prywatnoprawnego współcześnie nie wydaje się dostatecznie sprawnym kryterium odróżniającym stosunek prywatnoprawny od stosunku publicznego³⁴.

Prawo prywatne, skonstruowane zgodnie z jego znaczeniem tradycyjnym, jako poszanowanie wolnej woli stron kontraktu, a nie przedmiot zewnętrznej interwencji, jest postępowo utraconą podstawą prawa publicznego³⁵.

U podstaw podziału prawa na publiczne i prywatne leży fundamentalne rozróżnienie na rządzących i rządzonych. Prawo publiczne zawiera zespół norm odnoszących się do statusu rządzących, zakresu przysługującego im władztwa oraz ich relacji z rządzonymi. Natomiast prawo prywatne odnosi się wyłącznie do relacji między rządzonymi. Oprócz tych głównych kryteriów podawane są kryteria dodatkowe. Do nich zalicza się:

1. kryterium organiczne — zgodnie ze wskazanym kryterium należy badać status osoby, tj. fakt, czy należy ona do kręgu rządzących czy rządzonych. Jeśli podmiot rządzący jest stroną stosunku prawnego, to wówczas przyjmuje się, że stosunek ten należy do sfery prawa publicznego;

³⁴ Z. Radwański, *Pojęcie prawa cywilnego w świetle kodeksu cywilnego (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, [w:] *Polskie prawo prywatne w dobie przemian. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Młynarczykowi*, Gdańsk 2005, s. 31–34.

³⁵ H. Collins, *Regulating Contract*, Oxford 1999 za: G. Alpa, *Harmonisation of and codification in European contract law*, [w:] *Harmonisation of European Contract Law. Implications for European Private Law, Business and Legal Practice*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, red. S. Vogenauer, S. Weatherill, Oxford-Portland, Oregon 2006, s. 152.

2. kryterium materialne — odnosi się do interesu, który chroni dana norma prawna (publiczny–indywidualny);

3. kryterium formalne — opiera się na formie stosunku prawnego, a w szczególności na tym, czy jest on oparty na przymusie, czy na swobodnej woli stron i ich równej pozycji³⁶.

Pojawia się też kwestia ingerencji władzy publicznej w prawo prywatne. Ingerencja władzy w prawo prywatne może dokonywać się na dwa sposoby — bezpośrednio, przez wprowadzanie zgodnych z wolą władcy zmian w tym prawie, i pośrednio, stanowiąc skutek podejmowanych przez władze decyzji politycznych, niemierzających pierwotnie do zmiany prawa³⁷.

Mając powyższe rozważania na uwadze, można przyjąć, że rozgraniczenie między tym, co „publiczne”, a tym, co „prywatne”, nie jest oparte na jednorodnych kryteriach, często te kryteria są silnie uwikłane aksjologicznie. Koncepcje publiczne i prywatne zdają się mieć wiele wspólnego. Niekiedy podkreśla się, że różnice między prawem publicznym a prawem prywatnym są sztuczne i bardziej produktywnie staje się koncentrowanie na podobieństwach niż różnicach. Samo rozgraniczenie pomiędzy tym, co publiczne, a tym, co prywatne, opiera się na relacji między państwem a jednostką, skupiając się, w rzeczy samej, na ochronie jednostki i interesu prywatnego przed państwem, co widoczne jest na przykładzie prawa podatkowego, w którym rozdzielenie sfery publicznej i prywatnej jawi się jako trudne (zachowanie proporcji pomiędzy majątkiem prywatnym, który w pewnym sensie jawi się jako publiczny)³⁸.

³⁶ A. Mednis, *op. cit.*, s. 23.

³⁷ L. Fijałkowska, *Wpływ władzy publicznej na prawo prywatne na starożytnym Bliskim Wschodzie*, [w:] *Spoleczeństwo a władza. Ustrój, prawo, idee*, red. J. Przygodzki, M. Ptak, Wrocław 2010, s. 107.

W literaturze możemy odnaleźć jeszcze pogląd, że prawo publiczne od prywatnego różni generalnie cztery typy kryteriów: organiczne, celowościowe, materialne i formalne. Zgodnie z kryterium organicznym normy publicznoprawne mają z państwem związek dwojaki: jest ono jednocześnie ich autorem i adresatem. W stosunkach publicznoprawnych władza publiczna pojawia się jako podmiot (strona) równorzędny lub nadrzędny: zależy to od charakteru stosunku. Zgodnie z podziałem drugim — celowościowym — normy prawa publicznego mają za zadanie ochronę interesu publicznego. Prawo prywatne stoi na straży interesów prywatnych. Ten podział jest mocno rozpowszechniony. Wedle kryterium materialnego prawo publiczne konstruowane jest z norm impersonalnych, natomiast normy powstające za pomocą umów prywatnoprawnych są konkretne i indywidualne. Czwarte kryterium formalne przyjmuje, że podział o charakterze idealizacyjnym przypisuje podmiotom prawa publicznego posługiwanie się w podejmowaniu decyzji aktami jednostronnymi, sferze prawa prywatnego pozostawiając techniki kontraktualne. T. Chauvin, *Próba wprowadzenia do teorii umów prawotwórczych*, [w:] *Filozofia prawa wobec globalizmu*, Kraków 2003, s. 85 n.

³⁸ Por. rozważania: E. Simpson, *Making sense of the Ramsay Principle: A novel role for public law*, [w:] *The Public Law/Private Law Divide. Une entente assez cordiale?*, red. M. Freedland, J.-B. Auby, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Oxford-Portland, Oregon 2006, s. 165 n.

II

Wątek publicyzacji prawa prywatnego pojawił się także w trakcie dyskusji nad wdrażaniem unijnego prawa prywatnego do prawa krajowego. Zwrócono uwagę na zjawisko polegające na zacieraniu granicy między *ius publicum* a *ius privatum*³⁹. Publicyzacja prawa prywatnego widoczna jest w kontekście rozbudowy instrumentów ochrony konsumenta, która sytuuje się w sferze zarówno publiczno-, jak i prywatnoprawnej. Trzeba mieć na uwadze, że prawo konsumenckie jest wdrażane za pomocą procedur administracyjnoprawnych. Wobec tego dochodzi do rozmywania granic między prawem publicznym a prawem prywatnym. Jeśli chodzi o prawo prywatne, to nie można zapominać o jego istocie. Podstawową cechą tej gałęzi prawa jest służeńie interesom jednostek, a nie ogółu. Prawo prywatne ma swe aksjologiczne korzenie w prawie rzymskim. Tych korzeni nie należałoby zastępować europejską i konsumencką rewolucyjną świadomością prawną⁴⁰. Zjawisko publicyzacji prawa prywatnego jest odnotowywane niemal od 100 lat jako proces odchodzenia od założeń klasycznego prawa cywilnego, którego podstawowe idee zostały ujęte w wielkich kodyfikacjach dziewiętnastowiecznych. Odejście od tych założeń przejawia się w coraz silniejszej ingerencji czynnika publicznego w sferę wcześniej zastrzeżoną wyłącznie dla autonomicznych zachowań jednostek, w systematycznym ograniczaniu pola zastosowania metody prywatnoprawnej na rzecz regulacji publicznoprawnych, czyli na wyjęciu pewnych segmentów z zakresu prawa prywatnego, coraz wyraźniejszego oddziaływania interesu zbiorowości (publicznego) w obszarze relacji pozostawionych na gruncie tradycyjnym wyłączności stron. Prawo prywatne staje się wielosegmentowe, oprócz obrotu powszechnego występuje obrót ściśle profesjonalny oraz obrót konsumencki. W każdym z tych wyodrębniających się segmentów wzrasta ingerencja czynnika publicznego w postaci nowych ograniczeń autonomii podmiotów i swobody zachowania. Bardzo często są one podyktowane odmiennymi motywami oraz celami i przybierają niejednorodną postać⁴¹. Zdaniem Adama Zielińskiego⁴² określenie publicyzacja prawa prywatnego niezbyt dobrze oddaje istotę rzeczy. Jego zdaniem powiedzenie Ulpiana — *publicum ius est goud ad statum rei Romanae spectat, privatum quo ad singulorum utilitatem* — odnosiło się do systematyki nauczania prawa, natomiast nie za bardzo da się je zastosować do budowy systemu źródeł prawa. Przecież w warunkach skomplikowania życia społecznego coraz częściej pojawiają się akty

³⁹ Obserwowane jest zjawisko przenikania wartości prawa publicznego do prawa prywatnego na przykładzie analizy stosownego orzecznictwa sądowego: E. McKendrick, *Judicial control of contractual discretion*, [w:] *The Public Law/Private Law Divide...*, s. 195 n.

⁴⁰ R. Mańko, *Prawo prywatne w Unii Europejskiej. Perspektywy na przyszłość*, „Zeszyt Naukowy Podyplomowego Studium Prawa Europejskiego UW” 10, Warszawa 2004, s. 28–31.

⁴¹ M. Safjan, *Pojęcie i systematyka prawa prywatnego*, [w:] *System prawa prywatnego. Tom 1*, Warszawa 2007, s. 47–48.

⁴² A. Zieliński, *op. cit.*, s. 104.

o charakterze kompleksowym, w których znajdują się przepisy prawne z różnych dziedzin prawa. Nie powoduje to jednak utraty przez poszczególne dziedziny prawa swojej tożsamości, lecz stanowi jedynie dowód, że normatywna dyferencjacja prawa nie pokrywa się z dyferencjacją doktrynalną.

Słynne *summa divisio*, które rozszczepla cały system prawny na prawo publiczne i prawo prywatne, jest dobrze znane w Grecji i stanowcze w takich sprawach jak rodzaj spraw przyznawanych przez prawo, jurysdykcja sądów i osiągalnych środków, metod interpretacji, specjalizacji w akademickim nauczaniu, mentalności komentatorów itd. Prawo prywatne należy ogólnie rozpatrywać jako prawo, które dotyczy prywatnych upoważnień. Państwo nie ingeruje w sferę prawa prywatnego. W systemie prawnym Grecji w klasycznej formie prawo cywilne, prawo handlowe, procedura cywilna są głównymi komponentami prawa prywatnego, ale oczywiście prawo pracy i prawo konsumentów są jego koniecznymi gałęziami. Są też takie dziedziny prawa, jak *shipping law*, *air law*, w których można wyodrębnić zarówno część prawa prywatnego, jak i część prawa publicznego z oddzielną legislacją dla każdej części. Te wskazane części komunikują się wewnątrznie każda z każdą. W związku z tym tradycyjne koncepcje i zasady, stosowane zarówno do prawa publicznego i prywatnego podlegają ewolucji. Jako przykład podawane jest znaczenie słynnej zasady „legalności”, zasady dotyczącej kompetencji państwa do przedsiębiorczości, zgodnie z którą państwo, nie tak jak jednostki, nie ma prawa wkraczać w zobowiązanie bez właściwego i specjalnego upoważnienia prawa. Ta zasada jest stosowana w prawie publicznym, ale dzisiaj w kontekście prywatyzacji, w której państwo decyduje o zakresie zatwierdzania zabezpieczenia nad prywatnymi bytami lub współpracy z prywatnymi inicjatywami, owa zasada wydaje się wolno zanikać⁴³.

System prawa prywatnego został nadwątlony przez coraz większą liczbę umów między organami władzy publicznej a osobami prywatnymi. Państwo zaczęło zawierać pakt z ludźmi prywatnymi. W tym przypadku nierówność partnerów, zależność jednego od drugiego zniszczyła podstawę ścisłego stosunku umowy. Takie umowy w porównaniu z modelem klasycznym są raczej pseudoumowami. Dla przykładu, kiedy władza przy wykonywaniu zadań opieki socjalnej zastępowała ustawowe normy przez instrument umowy, to umowy takie — niezależnie od prywatnoprawnej formy — miały charakter *quasi*-publiczny. Wykształcił się pogląd, że umowy prywatnoprawne ostatecznie nie są równe ustawie, mają niższy status, a niemieckie prawo publiczne dopuszczało takie umowy jedynie wówczas, gdy zachodził stosunek równorzędności. W miarę jak państwo zaczęło „uciekać” z dziedziny prawa publicznego, a zadania administracji przenoszono na przedsiębiorstwa, zakłady, korporacje, półoficjalne instancje działające w ramach prawa prywatnego, zauważalne stało się, że odwrotną stroną publicyzacji prawa prywatnego jest pry-

⁴³ E. Perakis, *Contract law in Greece*, [w:] *Structures of Civil and Procedural Law in South Eastern European Countries*, red. T. Ansay, J. Basedow, Berlin 2008, s. 23–24.

watyżacja prawa publicznego. Wydaje się, że klasyczne kryteria prawa publicznego tracą moc zwłaszcza wtedy, gdy administracja publiczna nawet w swoich funkcjach dystrybucji, zaopatrzenia i pomocy posługuje się środkami prawa prywatnego. Wedle klasycznych kryteriów trudno mówić o prawie publicznym wówczas gdy jedna strona ma pozycję monopolisty i gdy zachodzi przymus zawarcia umowy, wreszcie wówczas gdy stosunek prawny opiera się na akcie administracyjnym. Publiczno-prawny charakter interesu publicznego łączy się z prywatnoprawnym charakterem formuły umowy w takim zakresie, w jakim wraz z koncentracją kapitału i interwencjonizmem z połączonego procesu uspołeczniania państwa i upaństwowienia społeczeństwa wyłania się nowa sfera, której nie można sensownie ująć jako sfery czysto prywatnej ani jako sfery autentycznie publicznej. Tej sfery nie można jednoznacznie przypisać do dziedziny prawa prywatnego ani prawa publicznego⁴⁴. Najpóźniej od zakończenia pierwszej wojny światowej ewolucja prawa w dużej mierze podąża za ewolucją społeczną. W wyniku tego procesu wyłonił się skomplikowany typ mieszany, określane jako zjawisko „publicyzacji prawa prywatnego”; ten sam proces zaczęto następnie rozpatrywać z przeciwnego punktu widzenia jako „prywatyzację prawa publicznego”. Prywatyzacja prawa publicznego wiązana jest z ucieczką państwa z dziedziny prawa publicznego w sferę prywatnoprawną. „Ucieczka” owa polega na przenoszeniu zadań administracji publicznej na przedsiębiorstwa lub korporacje⁴⁵.

Podział na prawo publiczne i prawo prywatne traci wspólnie na znaczeniu wraz ze wzrastającymi delegacjami obowiązków publicznych do sfery prywatnej i w ten sposób wzrastającą siłą prywatną. Owa ewolucja jest nawet bardziej uderzająca na gruncie europejskiego prawa prywatnego, które jest charakteryzowane przez nowe modele zarządzania i legitymacji. Europeizacja prawa prywatnego jest rzeczywiście częściowa i oparta na typach zarządzania inspirowanego przez zarządzanie prawa publicznego⁴⁶, mamy zatem do czynienia ze wzajemnym przenikaniem prawa publicznego i prawa prywatnego. Pojawiają się też i takie twierdzenia, wedle których wykorzystywanie podziału na prawo publiczne i prawo prywatne w prawie europejskim w koncepcjach odpowiedzialności w prawie Unii Europejskiej nie jest zasadne⁴⁷.

Nie można jednak zakwestionować wzajemnego przenikania sfery prawa publicznego i sfery prawa prywatnego w prawie UE. Zjawisko wzajemnego przenikania występuje też w prawie międzynarodowym publicznym. Samo prawo międzynarodowe przestało być wyłącznie ograniczane do prawa publicznego — jak zawsze to było. Oprócz państw i międzynarodowych organizacji inni

⁴⁴ J. Habermas, *Strukturalne przeobrażenia sfery publicznej*, przeł. W. Lipnik, M. Łukasiewicz, Warszawa 2008, s. 293–295.

⁴⁵ A. Żurawik, *op. cit.*, s. 39.

⁴⁶ S. Besson, *op. cit.*, s. 20.

⁴⁷ N. Reich, *Understanding EU Law. Principles and Methods of Community Law*, Antwerpen-Oxford-New York 2003, s. 295.

gracze osiągnęli swoją pozycję na forum prawa międzynarodowego. Do tych graczy można zaliczyć pozarządowe organizacje, multinarodowe spółki. Wzrostowi w handlu międzynarodowym liczby osób, towarów i usług wtóruje wzrost w instytucjach międzynarodowych reguł prawnych, które muszą regulować te kwestie. W XX wieku przedmiotem tysięcy traktatów i konwencji stały się kwestie prawa prywatnego, np. kontrakty sprzedaży. W wielu sprawach te traktaty są stosowane bezpośrednio przez narodowe sądy i międzynarodowe trybunały pomiędzy prywatnymi jednostkami bądź spółkami. Na tej drodze stopniowo zaczęła wzrastać masa światowego prawa prywatnego wewnątrz międzynarodowego prawa, które często jest postrzegane jako transnarodowe prawo⁴⁸.

Mając na uwadze dwie sfery wyróżniane w ramach prawa europejskiego, można powiedzieć, że sfera publiczna jest miejscem wzajemnego komunikowania się ludzi w zakresie interesujących ich wzajemnych spraw, w tym — jak opinia publiczna — kontrolowania zinstytucjonalizowanych form działań politycznych i obywatelskich⁴⁹. Natomiast fundamentalna dla sfery prawa prywatnego idea autonomii woli stron umowy i będąca jej synonimem zasada swobody umów jest obecnie coraz częściej iluzoryczna. Prawo wspólnotowe, z założenia mające przede wszystkim postać prawa publicznego, tworzącego instytucje służące zagwarantowaniu realizacji idei wspólnego rynku, ma również coraz silniejszy — wraz z rozwojem prawa konsumenckiego i orzecznictwa służącego ochronie konkurencji — wymiar prywatnoprawny. Można pokusić się o postawienie tezy, że leżąca u podstaw powołania Wspólnot Europejskich idea integracji rynków poprzez zagwarantowanie swobodnego przepływu towarów i usług urzeczywistnia w praktyce współczesny, swoisty wymiar zasady swobody umów (jako ważnego elementu idei wolności gospodarczej⁵⁰) i stoi na straży jej realizacji⁵¹.

Prawo publiczne i prawo prywatne, mimo że są przeciwstawiane, to w rzeczywistości warunkują siebie wzajemnie i uzupełniają, a ich rozgraniczenie nie jest rzeczą prostą⁵², co też wynika z podejmowanych w artykule rozważań. Prawo europejskie figuruje jako prawo publiczne w narodowych systemach prawnych Państw Członkowskich i w ten sposób jego skutki oceniane bywają w sferze publicznej. W kontekście prawa angielskiego taka sytuacja powoduje wzmocnienie rozdziału na prawo publiczne i prawo prywatne, dalej idąc — po-

⁴⁸ R. Lesaffer, *European Legal History. A Cultural and Political Perspective*, Cambridge 2009, s. 509.

⁴⁹ O. Hołub-Śniadach, *Dobro wspólne jako wyraz zasady solidarności*, [w:] *Solidarność jako zasada działania Unii Europejskiej*, red. C. Mik, Toruń 2009, s. 26.

⁵⁰ W pewnym sensie wolność gospodarcza stała się zasadą. Zasada wolności gospodarczej to kręgosłup rynku jednolitego. Szerzej na temat tej zasady: *Wolność gospodarcza*, red. Z. Brodecki, Warszawa 2003, s. 75–84.

⁵¹ P. Sukiennik, *Prawo wspólnotowe a umowy*, [w:] *Europeizacja prawa krajowego. Wpływ integracji europejskiej na klasyczne dziedziny prawa krajowego*, red. C. Mik, Toruń 2000, s. 170–171.

⁵² A. Redzik, *Prawo prywatne na Uniwersytecie Jana Kazimierza we Lwowie*, Warszawa 2009, s. 128 n.

maga pielęgnować sens prawa publicznego jako mocnej części systemu prawnego, w przeciwieństwie do tradycji *common law*, która sytuuje prawo publiczne jako małą wyspę na morzu prawa prywatnego. Jak na ironię prawnicy francuscy mogą być mniej gotowi do takiego zbliżenia z prawem europejskim, ponieważ są przyzwyczajeni, że posiadają silny, prawidłowo wyodrębniony korpus prawa publicznego. Oczywiście we francuskiej tradycji prawnej i kulturze politycznej jest wiele elementów wskazujących na sympatię dla wzrastającej konstytucjonalizacji UE i jej systemu prawnego. W przeciwieństwie do tego angielska tradycja prawna i kultura polityczna wciąż ogromnie faworyzują niepisany i nieformalny konstytucjonalizm⁵³.

Widzimy już, że granica pomiędzy prawem publicznym a prawem prywatnym różnie przebiega w poszczególnych państwach członkowskich. Zdarza się, iż te same stosunki społeczne lub gospodarcze (np. zwalczanie nieuczciwej konkurencji) regulowane są w jednym państwie prawem prywatnym, w innym — prawem publicznym. Bardziej skomplikowaną kwestią jest przeprowadzenie podziału na prawo prywatne i prawo publiczne w odniesieniu do prawa wspólnotowego⁵⁴. Niektórzy autorzy twierdzą, że istotą podziału prywatno-publicznego we Wspólnotach Europejskich są zasady horyzontalnego i wertykalnego skutku bezpośredniego⁵⁵. Dla prawników horyzontalność powstaje wtedy, gdy adresaci, np. norm prawa cywilnego, pozostają w stosunkach prawnych kreujących swoje sprawy na zasadzie równości stron. Powstaje kwestia relacji horyzontalności do metod regulacji prawnej⁵⁶. Problem wertykalności i horyzontalności łączy się z bezpośrednią skutecznością dyrektyw. Skutek bezpośredni może dotyczyć zobowiązań zarówno państwa wobec podmiotów prywatnych (a więc zachodzić w relacji państwo–podmiot prywatny), jak i podmiotów prywatnych względem siebie (zachodzić w relacji podmiot prywatny–podmiot prywatny). Ten pierwszy przypadek określany jest jako skutek bezpośredni pionowy — wertykalny, natomiast drugi jako poziomy — horyzontalny⁵⁷.

Mając na względzie kryterium interesu, na podstawie którego dokonywany jest podział na prawo publiczne i prawo prywatne, trzeba uwzględnić interesy prywatne. Owe interesy prywatne reprezentowane są w Trybunale Sprawiedliwości UE. Wszak oprócz państw wielu innych uczestników ETS brało aktywny udział w promowaniu integracji systemu prawnego UE. Należą do nich przede wszystkim zwykli obywatele występujący jako strony procesów sądowych. Doktryna

⁵³ *The Public Law/Private Law Divide...*, s. 4–5.

⁵⁴ M. Szpunar, *Odpowiedzialność podmiotu prywatnego z tytułu naruszenia prawa wspólnotowego*, Warszawa 2008, s. 193.

⁵⁵ A. Jurkowska, *Prywatnoprawne wdrażanie wspólnotowego prawa konkurencji*, Warszawa 2004, s. 6 n.

⁵⁶ S. Kaźmierczyk, *Wertykalność Unii Europejskiej w związku z horyzontalnością Rady Europy jako zagadnienie metodologiczne*, [w:] *Rada Europy a przemiany demokratyczne w państwach Europy Środkowej i Wschodniej w latach 1989–2009*, red. J. Jaskiernia, Toruń 2010, s. 121.

⁵⁷ M. Górka, *Kontrola przestrzegania prawa wspólnotowego przez państwa i podmioty prywatne w Unii Europejskiej*, Toruń 1999, s. 41.

bezpośredniego skutku pozwalała na odwoływanie się do prawa wspólnotowego w sądach krajowych. Dzięki temu obywatele mieli swój udział w integracji systemów prawnych już na początku tego procesu. Niekiedy różnorodność interesów prywatnych wyjaśnia, dlaczego europejskie prawo wspólnotowe rozwijało się szybciej w obszarach innych niż te, które leżą w bezpośrednim interesie Trybunału Sprawiedliwości UE czy rządów państw członkowskich. Relatywnie niskie koszty dostępu do ETS oznaczają, że prawo europejskie staje się sposobem na promocję tych interesów związanych ze sferą prywatną, które nie są wystarczająco reprezentowane w systemach krajowych (np. feministki, konsumenci)⁵⁸.

Samo europejskie prawo prywatne obejmuje normy prawa prywatnego wywodzące się z europejskich narodowych porządków prawnych, ale także normy prawa prywatnego z europejskiego porządku prawnego *sensu stricto*. Narodowe prawo prywatne tworzy pierwszy element europejskiego prawa prywatnego. Wzajemna konwergencja i dywergencja tych porządków najlepiej jest pojmowana przez komparatystykę prawa prywatnego, natomiast nieuniknione konflikty spowodowane europeizacją stosunków prywatnych w zakresie wymiany dóbr i usług i ich wzajemnych relacji są rozwiązywane przez gałąź międzynarodowego prawa prywatnego. Sfera europejskiego prawa prywatnego ma specyficzny charakter, wciąż bowiem przyrastają normy składające się na europejskie prawo prywatne *sensu stricto*. Co więcej, na europejskie prawo prywatne składają się implementowane dyrektywy (implementacja w krajowych porządkach prawnych). Europejskie prawo prywatne *sensu stricto* na bieżąco jest integrowane z narodowymi porządkami dzięki implementacji dyrektyw. Ponadto powstaje kwestia relacji horyzontalnych skutków praw prywatnych w stosunku do praw fundamentalnych. Horyzontalny efekt fundamentalnych praw w prywatnych relacjach musi być odróżniany od tradycyjnych wertykalnych efektów fundamentalnych praw pomiędzy państwem i przedmiotem jego praw. Rozgraniczenie relacji wertykalnych i horyzontalnych w prawie prywatnym w kontekście praw fundamentalnych nie jest do końca jasne. Wertykalny efekt może mieć konsekwencje w prawie prywatnym. Dla przykładu można podać relacje pomiędzy jednostkami i organami państwa w prawie rodzinnym. Relacje te muszą być adresowane przez prawo prywatne w drodze poszanowania wertykalnych efektów praw fundamentalnych. Przyznawanie prawom fundamentalnym skutków horyzontalnych w prawie prywatnym napotyka trudności ze względu na wartości prawa prywatnego takie, jak autonomia prywatna, wolność. Jako alternatywa rozwinęła się ochrona praw fundamentalnych w sferze publicznej. Poniekąd na państwach członkowskich ciąży poważne zobowiązania, gdyż państwa muszą zabezpieczać wydobyte z horyzontalnego skutku prawa fundamentalne, nawet jeśli później wymagana jest interwencja władzy publicznej⁵⁹.

⁵⁸ S. Hix, *System polityczny Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 177–178.

⁵⁹ S. Besson, *op. cit.*, s. 22–30.

Prowadząc rozważania nad prawem publicznym i prawem prywatnym UE, musimy odnieść się do prawa europejskiego w ogólności, ażeby na tym tle generować kolejne kwestie. W literaturze najczęściej przyjmuje się, że wspólnotowy porządek prawny — bez względu na definicję — nie ma charakteru „samowystarczalnego”. Nie może on funkcjonować i nie ma racji bytu bez porządków prawnych państw członkowskich. Nadmienmy, że w literaturze podważany jest aksjomat na temat jego pełnej autonomii, o czym mogą świadczyć chociażby stałe napięcia w tej kwestii pomiędzy Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości a sądami konstytucyjnymi i najwyższymi niektórymi państw członkowskich⁶⁰. Europejski porządek prawny składa się w większej części z 27 różnych scalonych porządków prawnych. Można powiedzieć, że mamy do czynienia z globalną prawną integracją. Taki rezultat tworzy multicentryczna integracja prawnych porządków w Europie. Ma znaczenie dla nas, że integracja nie oznacza, iż narodowe prawne porządki stały się jednym porządkiem wewnątrz europejskiego porządku prawnego *sensu lato*⁶¹. Przeszło 50 lat integracji pokazało, że narodowe porządki prawne zatrzymały ich konstytucyjną autonomię. Jednakże w tym czasie prawo unijne emancypowało się zarówno od prawa krajowego poszczególnych państw członkowskich, jak i od prawa międzynarodowego. Prawo unijne tworzy własny autonomiczny porządek, ma swoje własne źródła, pomimo braku do tej pory formalnej konstytucji. Co więcej, prawo unijne funkcjonuje jako konstytucyjny porządek prawny. Pluralistyczna natura europejskiego porządku prawnego *sensu lato* oznacza prymat zgłaszany przez prawo europejskie nad narodowym prawem, włączając w to narodowe konstytucje. Nie ma tutaj pojedynczej i ostatecznej hierarchii norm wewnątrz europejskiego porządku prawnego *sensu lato*. Nawet jeśli źródło zasady pierwszeństwa jest zrozumiałe (sprawa 6/64 *Costa v. Enel*), narodowe porządki prawne zawsze żądają, aby utrzymać ich kompetencje. Dzięki autonomii prawa europejskiego państwom członkowskim Unii Europejskiej może być dana okazja do zrewidowania tradycyjnych koncepcji pierwszeństwa w ich relacji do prawa międzynarodowego. Jeśli zaś chodzi o relacje między prawem narodowym państw członkowskich a prawem europejskim, to Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich

⁶⁰ R. Kwiecień, *O tak zwanej autonomii prawa wspólnotowego. Uwagi na tle orzecznictwa polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Problemy stosowania prawa sądowego*, red. I. Nowikowski, Lublin 2007, s. 573 n.

⁶¹ Na uwagę zasługuje tutaj postulat, aby prawo europejskie łączył z europejską przestrzenią prawną tworzoną przez wszystkie państwa Europy. W tym rozumieniu prawo stanowione w podprzestrzeniach WE (UE) jest prawem subregionalnym tworzonym i wiążącym na użytek struktur wspólnotowych i unijnych. W tym kontekście prawo europejskie poprzez uniwersalne, ponadnarodowe regulacje wiąże istotne elementy życia publicznego, stosunków gospodarczych, praw człowieka, tworzy jednolitą, właściwą, sformatowaną europejską przestrzeń prawną otwartą, a nawet inspirującą procesy integracyjne; <http://www.wsh.krakow.pl/site.php?page=zeszytyqsection=15k>.

widzi te relacje jako monistyczne z pierwszeństwem danym prawu europejskiemu nad narodowym konstytucyjnym prawem⁶².

Trzeba zawsze uwzględniać, że wewnątrz każdego porządku prawnego uczestnicy mają własną perspektywę na temat relacji między różnymi ośrodkami decyzyjnymi (międzynarodowym, europejskim i wewnętrznym). Sam Europejski Trybunał Sprawiedliwości zauważa, że te relacje są trudne, gdyż dotyczą ważności i rangi prawa europejskiego w wewnętrznych porządkach prawnych. Narodowe sądy często musiały decydować o primacie prawa europejskiego nad ich konstytucyjnymi normami. W tych wszystkich sprawach z elementem prawa europejskiego sądy krajowe postępują według niezawodnych wewnętrznych reguł prawnych, jednakże stosują normy dwóch porządków: własnego, krajowego i europejskiego, polegają na ważności i autorytecie ich własnego porządku prawnego przed przyznaniem priorytetu jednemu z nich. Wydawać się może, że ani Kelsenowska Grundnorma, ani Hartowska reguła uznania nie mogą dostarczyć uzasadnionych sprawozdań (ani nawet legitymacji) relacji pomiędzy międzynarodowymi, unijnymi i wewnętrznymi porządkami, co oczywiście nie oznacza, że te modele powinny być dyskredytowane. Oczywiście, ważność norm prawnych, mająca podstawę w różnych porządkach prawnych, może prowadzić do konfliktów. Pojawia się kwestia sposobu rozwiązywania tych konfliktów, stąd pytanie o rangę prawa europejskiego w wewnętrznym porządku prawnym. Konflikty norm są powszechne wewnątrz samych narodowych porządków prawnych i wszystkie rodzaje formalnych i materialnych hierarchii norm, a także hierarchii źródeł prawa mogą być rozwiązywane przez reguły kolizyjne. Konflikty norm mające podstawę w różnych porządkach mogą być rozwiązywane zgodnie z hierarchią norm lub hierarchią źródeł. Prymat przyznawany jest zwykle prawu europejskiemu, ale na podstawie domniemania opartego na wielu kryteriach, ochronie praw człowieka, demokracji, sprawiedliwości⁶³.

Samo prawo wspólnotowe jako system prawny powstało dzięki transferowi kompetencji dokonanej przez państwa członkowskie na rzecz Wspólnot Europejskich. Wyrasta ono z różnych kultur prawnych i zrasta się z wieloma systemami prawnymi państw członkowskich. Na prawo wspólnotowe składa się prawo pierwotne i pochodne. Wspólnotowe prawo pierwotne jako część prawa międzynarodowego należy do prawa publicznego, co oczywiście nie oznacza, że prawo traktatowe nie wpływa na prawo prywatne państw członkowskich. Jako przykład można podać przepisy TWE o podstawowych swobodach, które mogą wyłączać zastosowanie niektórych regulacji prywatnoprawnych dotyczących działalności rynkowej. Sytuacja wygląda zgoła inaczej w przypadku prawa pochodnego (wtórnego, instytucjonalnego), które tworzone jest przez instytucje wspólnoto-

⁶² S. Besson, *How international is the European legal order? Retracing Tuori's steps in the exploration of European legal pluralism*, „No Foundations: Journal of Extreme Legal Positivism” 5, 9 April 2008, <http://www.helsinki.fi/nof/>, s. 56–59.

⁶³ *Ibidem*, s. 60 n.

we na podstawie kompetencji traktatowych. W przypadku prawa pochodnego mamy do czynienia zarówno z regulacjami publiczno-, jak i prywatnoprawnymi. Wspólnotowe regulacje prywatnoprawne dotyczą takich zagadnień, jak: ochrona konsumenta, umowy ubezpieczenia, prawo spółek, umowy agencyjne, opóźnienia w płatnościach, normy kolizyjne, transport lotniczy, prawo pracy czy problematyka niedyskryminacji w stosunkach prawa prywatnego. Najczęściej regulacje te służą ograniczeniu autonomii woli stron — rozumianej jako możliwość samodzielnego kształtowania treści stosunków prawnych przez równorzędne podmioty. Większość spośród wspólnotowych regulacji prywatnoprawnych ma na celu ochronę strony słabszej stosunku prawnego⁶⁴.

Prawo wspólnotowe reguluje przede wszystkim stosunki gospodarcze i społeczne jednostek oraz państw członkowskich, chociaż jego zakres coraz bardziej się rozszerza, wkroczyło już w kwestie o charakterze politycznym (np. obywatelstwo Unii) oraz wchodzi w stosunki prywatnoprawne, o czym już wspomiano powyżej. Według Cezarego Mika⁶⁵ prawo wspólnotowe, analogicznie do prawa międzynarodowego publicznego, opiera się na metodzie publicznoprawnej, ponieważ, powtórzmy, twórcami prawa pierwotnego są państwa członkowskie, a Wspólnoty powstałe z ich mandatu stanowią prawo pochodne. Jego zdaniem metoda przyjęta w prawie wspólnotowym jest zawsze publicznoprawna, treścią regulacji są natomiast stosunki prawne poddane różnym działom prawa krajowego, w tym prawu prywatnemu. Prawo europejskie określane jest najczęściej jako prawo publiczne, wobec tego do prawa publicznego Unii Europejskiej stosowane są dwa tradycyjne podejścia: konstytucyjne i administracyjne. Ponadto wskazuje się na potrzebę budowania teorii prawa publicznego w Unii Europejskiej. Wyzwaniem dla teorii prawa publicznego w Unii Europejskiej ma być rozwój rozwiązań uwzględniających zarówno widoczne, jak i ukryte realia współpracy na płaszczyźnie administracyjnej i konstytucyjnej między UE a państwami członkowskimi. Takie „realistyczne” rozumienie prawa mogłoby zostać potraktowane jako materialna konstytucja UE⁶⁶.

Nieco inny pogląd przedstawił Heribert Franz Kock⁶⁷, twierdząc, że prawo europejskie oparte jest na metodzie publicznoprawnej⁶⁸, lecz nie jest mu obca również metoda znana prawu prywatnemu, handlowemu czy prawu pracy. Pra-

⁶⁴ M. Szpunar, *op. cit.*, s. 193–195.

⁶⁵ C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, t. 1, Warszawa 2000, s. 302–303.

⁶⁶ H.C.H. Hofmann, *Konstytucjonalizacja sieci w prawie publicznym UE*, [w:] *Qvo vadis Europa III?*, red. E. Piontek, K. Karasiewicz, Warszawa 2009, s. 96 n.

⁶⁷ H.F. Kock, *On the unity of European Law. European law as a separate body of law and as an independent subject of legal doctrine*, [w:] *International Law: Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy*, red. K. Wellens, The Hague-Boston-London 1998, s. 420.

⁶⁸ „przepisy prawa wspólnotowego są w większości przepisami prawa publicznego”. E. Putman, *Wpływ prawa wspólnotowego na francuskie prawo prywatne*, [w:] *Wpływ prawa wspólnotowego (UE) na prawo wewnętrzne. Przykład Francji i Polski*, Warszawa 2003, s. 27.

wo ochrony środowiska UE stanowi przykład połączenia metody publicznoprawnej i prywatnoprawnej. Nie jest rzeczą nową, że w ostatniej dekadzie wzrosło znaczenie polityki promującej ochronę środowiska. Dominującą cechą nowych instrumentów prawnych, mających za przedmiot ochronę środowiska, była znacząca rola mechanizmów rynkowych opartych na regulacjach prywatnoprawnych z udziałem aktorów prywatnych. Nadmienię, że odzwierciedlenie problematyki ochrony środowiska stanowi wiele rozporządzeń i dyrektyw UE, choć dominującym aktem jest wciąż dyrektywa. Cechą prawa ochrony środowiska jest szeroki szereg aktorów publicznych i prywatnych, obejmujących wszystkie aspekty prezentowanego tematu. Sytuacja taka wynika z wielopoziomowego systemu zarządzania UE i socjologiczno-politycznego charakteru problemów wynikających z prawa ochrony środowiska. Prawo ochrony środowiska UE powinno być rozumiane raczej jako przedmiot dotyczący administracyjnego konstytucjonalizmu. W przypadku prawa ochrony środowiska istnieje „potrzeba liczenia się z prywatną siłą, tam jest też potrzeba „liczenia się” z prawem administracyjnym”⁶⁹. Prawo ochrony środowiska UE stanowi przykład zbliżenia między prawem publicznym i prawem prywatnym.

Różnice w zbliżaniu mogą być łączone z samą wizją przepisów. Owe wizje są budowane na różnych wersjach uporządkowanej legitymacji, łączonej z prywatnym i publicznym prawem. Pierwsza wizja — prywatnoprawna — uwydatnia rolę prywatnej autonomii i skutecznej maksymalizacji. Przepisy prywatnoprawne powinny być możliwie kompatybilne z tymi założeniami. Z kolei wizja publicznoprawna uwydatnia niezależność wartości przepisu jako formy rządzenia lub ustawodawczej delegacji siły i wówczas jedna z nich może być zaprojektowana nie do promowania skuteczności, ale do ochrony socjalnych i ekonomicznych praw i społecznej solidarności. Pomiędzy wizją publicznoprawną i prywatnoprawną istnieją napięcia. Stanowią one kontynuację dylematu relacji między ustanawianiem wiążących zobowiązaniowych wyjątków do ochrony prywatnej autonomii z jednej strony a państwową prerogatywą do działania w publicznym interesie z drugiej. Ten dylemat, w pewnym sensie, stanowi kwestię nierozwiązywalną w angielskim prawie administracyjnym. W prawie europejskim chodzi o taką konstrukcję przepisów, która ułatwiałaby otwarcie rynków i sprzyjała rozwojowi wolnej konkurencji. Zobowiązanie może stać się adekwatnym mechanizmem koordynacji i substytutem dla interwencji przepisów prawnych. Przepisy powinny zachęcać do kreacji systemów, które sprowadzają się do minimum publicznej interwencji. W ten sposób przepisy oparte na zobowiązaniach i samoregulacji będą chronić prywatną autonomię⁷⁰.

⁶⁹ E. Fisher, *Unpacking the toolbox: Or why the public/private divide is important in EC environmental law*, [w:] *The Public Law/Private Law Divide...*, s. 215 n.

⁷⁰ T. Prosser, *Regulatory agencies, regulatory legitimacy, and European private law*, [w:] *Making European Private Law. Governance Design*, red. F. Cafaggi, H. Muir-Watt, Cheltenham, UK-Northampton, MA, 2008, s. 242–243.

Bez wątpienia w ostatnim czasie można zaobserwować coraz głębszą ingerencję prawa europejskiego w sferę interesów i praw indywidualnych. Proces ten okreśłany jest niekiedy mianem „prywatyzacji” prawa europejskiego. „Prywatyzowanie” rozumiane jest przy tym jako porzucanie charakteru publicznego oraz zwiększanie zaangażowania jednostek w zapewnienie skuteczności przepisów prawa europejskiego, zarówno na poziomie stanowienia, jak i stosowania prawa. Oczywistym przejawem ingerowania prawa europejskiego w sferę prywatnoprawną, tradycyjnie zastrzeżoną dla ustawodawcy krajowego, jest przyznanie jednostce możliwości wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym, gdy inna jednostka dopuszcza się naruszenia prawa europejskiego lub coraz dalej idących ograniczeń autonomii proceduralnej państw członkowskich w zakresie dochodzenia roszczeń. Wspólnym mianownikiem tych dwóch przypadków jest dążenie do zapewnienia efektywności prawa europejskiego. Wobec tego do określenia powyższego zjawiska używa się pojęcia „europeizacja prawa prywatnego”⁷¹.

Na kanwie tych rozważań może pojawić się także kwestia prowspólnotowej wykładni prawa prywatnego. Maciej Szpunar⁷² wskazuje na dwie takie możliwości.

Po pierwsze, wykładnia prawa prywatnego państw członkowskich w świetle prawa wspólnotowego w celu uniknięcia sprzeczności między prawem krajowym a nadrzędnym prawem wspólnotowym. W tej sytuacji nie ma znaczenia, co jest wzorem interpretacyjnym dla organu krajowego. Może to być norma wspólnotowego prawa zarówno pierwotnego, jak i pochodnego.

Po drugie, wykładnia aktów wspólnotowego prawa prywatnego. Te ostatnie przyjmowane są najczęściej w formie dyrektywy, organ orzekający stosuje w rzeczywistości nie prawo wspólnotowe, lecz prawo wewnętrzne, stanowiące implementację dyrektywy.

W większości państw członkowskich prawo prywatne identyfikowane jest za pomocą kodeksu. Przyzupuszczenie, że kodeks cywilny dzieli wszystkie kwestie prawa prywatnego i jest stosowany do wszystkich konfliktów między prywatnymi stronami, jest oparte na innym przekonaniu — że jest możliwe (rzeczywiście użyteczne) rozróżnienie prawa publicznego i prywatnego. Wiemy już, iż prawo prywatne jest zwykle definiowane jako prawo, które rządzi relacjami między mieszkańcami, jako opozycja do prawa publicznego, które jest prawem, które określa relacje pomiędzy mieszkańcami i państwem lub pomiędzy instytucjami państwa. Jakkolwiek ta różnica budzi pewną wątpliwość. W wielu krajach prawo prywatne (kodeks cywilny) stosuje się bezpośrednio lub przez analogię do spraw wynikających ze stosunków prywatnoprawnych. Na płaszczyźnie unijnej większość problemów związanych z prawem prywatnym skupia się wokół dyskusji nad

⁷¹ M. Adamczak-Retecka, *Odpowiedzialność odszkodowawcza jednostek za naruszenie prawa wspólnotowego*, Warszawa 2010, s. 76–77.

⁷² M. Szpunar, *op. cit.*, s. 195.

europjskim kodeksem cywilnym⁷³. Wprowadzenie EKC mogłoby spowodować zmiany w relacjach publicznej–prywatnej w niektórych państwach członkowskich.

PUBLICIZATION OF PRIVATE LAW — PRIVATIZATION OF PUBLIC LAW IN THE CONTEXT OF CONSIDERATIONS ABOUT EUROPEAN LAW

Summary

An early classificatory attempt at a most basic distinction is the classical formulation of Ulpian, later codified by Justinian, that “the study of law is divided in two branches; that of public and that of private law. Public law is that which regards the government of the Roman State; private law that which concerns the interests of the individuals.” In the continental legal systems there is the most fundamental distinction between private law and public law. English law, on the contrary, avoids a strict separation of private and public law. In this article the authors presents traditional criteria of the public law/private law divide. One part of this paper is devoted to the problem of interpenetration between public law and private law in the context of the European Union and global economy. In the author’s opinion European law introduces new tensions into our legal understanding of what is “public” and what is “private” law.

⁷³ Dyskusja wokół europejskiego kodeksu cywilnego jest ciekawa, gdyż stanowi wycinek znacznie szerszych sporów o istotę UE jako wspólnoty państwa. Chodzi także o wzajemne relacje między ludźmi ukształtowanymi w mniejszych zbiorowościach i we własnych kręgach kulturowych. T. Stawecki, *Konwergencja i dywergencja porządków prawnych w sferze tworzenia prawa*, [w:] *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych*, red. O. Nawrot, S. Sykuna, J. Zajadło, Warszawa 2012, s. 66 n.