

JERZY SUPERNAT
ORCID: 0000-0002-4590-0980
Uniwersytet Wrocławski
jerzy.supernat@uwr.edu.pl

Niepomijalna administracja publiczna jako miejsce spotkania prawa publicznego i prawa prywatnego w dobie transformacji prawa publicznego w Europie

Abstrakt: Opracowanie przedstawia administrację publiczną jako miejsce spotkania prawa publicznego i prawa prywatnego, poświęcając szczególną uwagę dystynkcji między tymi gałęziami prawa oraz wyłanianiu i kształtowaniu się nowego prawa publicznego: prawa publicznego europejskiego.

Słowa kluczowe: administracja publiczna, prawo publiczne, prawo publiczne europejskie, prawo prywatne.

Administracja publiczna jest niepomijalna, a prawo administracyjne jest wszechobejmujące w tym sensie, że szczególne reguły prawa administracyjnego czy — szerzej — prawa publicznego znajdują zastosowanie we wszystkich obszarach funkcjonowania administracji. Nie oznacza to jednak, i nigdy nie będzie oznaczać, że czynności administracyjne są całkowicie podporządkowane jedynie swoistym regułom prawa publicznego¹. Oznacza to po prostu tyle, że istnieje war-

¹ Zob. J. Jeżewski, *Administracja pod rządem prawa cywilnego. Z badań porównawczych nauki prawa administracyjnego*, Wrocław 1974, *passim*. Wskazując, że zadaniem tej pracy było „zbadanie koncepcji, co do zjawiska, że pewna część administracji publicznej jest pod zarządem prawa cywilnego”, Marek Wierzbowski sformułował następującą refleksję: „przy takim założeniu praca powinna być traktowana jako cywilistyczna, co jednak w odbiorze doktryny nie nastąpiło”, *idem*, *Rozgraniczenie prawa administracyjnego i cywilnego*, [w:] *Cywilizacja administracji publicznej. Księga jubileuszowa z okazji 80-lecia urodzin Profesora Jana Jeżewskiego*, red. J. Korczak, Wrocław 2018, s. 527.

stwa reguł prawa publicznego znajdujących zastosowanie w odniesieniu do części tych czynności, podczas gdy reszta pozostaje podporządkowana prawu zwykłemu (*ordinary law*). Grubości warstw prawa publicznego i prywatnego są różne, odpowiednio do typu czynności administracyjnej. Innymi słowy interwencja państwa odbywa się z wykorzystaniem zarówno form prawa publicznego, jak i prawa prywatnego². Czasami odbywa się to w sposób prowadzący do hybrydyzacji prawa administracyjnego z prawem prywatnym, mobilności i niepewności granicy między prawem administracyjnym i prawem prywatnym oraz utraty przez prawo administracyjne jego swoistości³. Bernardo G. Mattarella, omawiając ewolucję włoskiego prawa administracyjnego, pisze, że połowa XX wieku była punktem zwrotnym w pojęciu prawa administracyjnego:

w drugiej połowie XX wieku prawo administracyjne stopniowo pozbyło się swojego autorytarnego nacisku na przywileje i wyłoniło się głównie i przede wszystkim jako system gwarancji dla jednostki w jej kontaktach z administracją publiczną. „Swoistość” prawa administracyjnego w porównaniu z prawem prywatnym ulegała zmniejszeniu, a granice między regulacją prywatną i publiczną zlały i nałożyły się⁴.

Z licznych kwestii, które są ważne i interesujące w miejscu spotkania prawa publicznego z prawem prywatnym, na uwagę zasługują zwłaszcza dwie: dystynkcja między prawem publicznym i prywatnym oraz wyłanianie i kształtowanie się nowego prawa publicznego — prawa publicznego europejskiego⁵.

² Zob. W. Małecki, *Prawo administracyjne prywatne. Propozycja nowego terminu w siatce pojęciowej polskiego prawa administracyjnego*, [w:] *Praworządność, decentralizacja, przedsiębiorczość. Księga jubileuszowa Profesora Leona Kieresa*, red. K. Kiczka, T. Kocowski, W. Małecki, Wrocław 2018, s. 149 n.

³ J.S. Langrod, zauważając, że „administracja żyje »podwójnym życiem prawnym«, tzn. poddana jest równocześnie pod rząd zarówno prawa administracyjnego, jak i prawa cywilnego”, wskazuje, że wzajemna symetria sfery wyłącznego zastosowania prawa administracyjnego, sfery wyłącznego zastosowania prawa cywilnego i sfery granicznej krzyżowania się obu reżimów, obejmującej punkty styku ich ingerencji, jest sprawdzianem tendencji poszczególnych ustrojów państwowych, *idem*, *Instytucje prawa administracyjnego. Zarys części ogólnej*, Kraków 2003, s. 59. Na temat oddzielenia od siebie sfer prawa administracyjnego i cywilnego w koncepcji J.S. Langroda z perspektywy współczesnej zob. J. Zimmermann, *Zagadnienie repartycji sfer u J.S. Langroda i we współczesnym polskim prawie administracyjnym*, [w:] *Teoria instytucji prawa administracyjnego. Księga pamiątkowa Profesora Jerzego Stefana Langroda*, red. J. Niczyporuk, Paryż 2011, s. 455 n.

⁴ B.G. Mattarella, *Evolution and Gestalt of the Italian state*, [w:] *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1. *The Administrative State*, red. A. von Bogdandy, P.H. Huber, S. Casese, Oxford 2017 s. 347–348.

⁵ Termin „prawo publiczne europejskie”, czy raczej *ius publicum europaeum*, jest blisko powiązany z westfalskimi traktatami pokojowymi, które ustanowiły suwerenną państwowość jako podstawowy paradygmat prawa publicznego w Europie. Termin wprowadził Joachim Hagemajer, który użył go (w liczbie mnogiej) jako tytułu swojego ośmiotomowego dzieła o prawie publicznym w Europie, wydawanego w latach 1677–1680, zawierającego napisane po łacinie (angielskim tamtego czasu) raporty krajowe poświęcone prawu publicznemu i systemom politycznym najważniejszych wtedy politycznych podmiotów. Zob. A. von Bogdandy, S. Hinghofer-Szalkay, *European public law — lessons from the concept's past*, [w:] *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1, s. 32–33.

Dystynkcja między prawem publicznym i prywatnym kształtowała się historycznie bez szczególnego wzorca, co sprawia, że linia oddzielająca prawo publiczne (w tym prawo administracyjne) od prawa prywatnego jest kontrowersyjna i trudna do przeprowadzenia zarówno dla doktryny, jak i orzecznictwa⁶. W konkretnych przypadkach pojawiają się zjawiska prawne hybrydowe, które trudno analizować w świetle tego koncepcyjnego zróżnicowania, co oczywiście nie tylko go nie osłabia, ale nawet wzmacnia, jako że wymaga dobrego zrozumienia i wyjaśnienia elementów składowych hybrydowej całości. W istniejących okolicznościach akceptuje się oparty na poszczególnych przypadkach metodologiczny pluralizm przynoszący cztery demarkacyjne teorie, z których każda wskazuje, dlaczego prawo publiczne zasługuje na uznanie za odrębny przedmiot ze specjalną dyscypliną naukową. B. Schindler ujmuje te teorie w następujący, zwięzły sposób: 1) teoria podporządkowania czy subordynacji (dla prawa publicznego charakterystyczny jest stosunek podporządkowania między obywatelami i admi-

⁶ Związek prawa administracyjnego z państwem ze wszystkimi tego następstwami przynosi jednak istotny kontrast między prawem administracyjnym a prywatnym: prawo administracyjne jest produktem indywidualnej historii każdego państwa, podczas gdy prawo prywatne jest produktem wspólnego dziedzictwa kulturowego. Pomijając pewne osobliwości, charakteryzuje je znaczna liczba wspólnych elementów i powtarzających się instytucji, takich jak rodzina, własność i kontrakty. Nie oznacza to, że wspólnych elementów i powtarzających się instytucji nie ma w krajowych porządkach prawa administracyjnego. Wystarczy wskazać na wpływ prawa kanonicznego na prawo administracyjne. W czasach gdy pojęcie separacji między państwem i kościołem było jeszcze nieznanne, wiele istotnych instytucji i zasad zostało transponowanych z prawa kanonicznego do prawa administracyjnego. Wśród koncepcji, które migrowały z prawa kanonicznego do prawa administracyjnego, były następujące: administracja (*administratio*), urządzenie użyteczności publicznej (*utilitas publica* i *necessitas publica*), funkcja publiczna, jednostka publiczna (*universitas*) i domena publiczna. Nie można też nie wspomnieć o prawie rzymskim — wprawdzie nie miało ono specjalnej gałęzi prawa administracyjnego, to jednak dostarczyło „gramatyki prawnej” do skonstruowania intelektualnej budowy prawa administracyjnego. Nauka prawa administracyjnego rozwinęła się w drugiej połowie XIX wieku jako rezultat wysiłków prawników ze wspólnym wykształceniem w zakresie prawa rzymskiego (należeli do nich Paul Laband, Otto Mayer, Rudolf von Gneist i Oreste Raneletti). Nadto uniwersalistyczne podejście prawa rzymskiego uwolniło przedstawicieli prawa administracyjnego od (wyłącznie) krajowej perspektywy. Pomimo wspólnych elementów i fundamentów systemu administracyjne i prawo administracyjne w ostateczności ukształtowały się jednak rozbieżnie, odpowiednio do państwowych uwarunkowań. W Europie dwa diametralnie rozbieżne modele państwa ukształtowały się we Francji i Anglii. Gdy utrwaliły się, przyciągnęły swoich zwolenników. Zdecydowanie więcej miał ich model francuski, a wśród nich były Niemcy, Włochy, Austria, Grecja i Polska. Zob. S. Cassese, *The Administrative State in Europe*, [w:] *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1, s. 58–63 i cytowana tam literatura. Przeciwno negowaniu obecności w starożytnym Rzymie prawa administracyjnego wypowiedali się — za badaczem włoskim Francesco M. Lucrezi — polscy uczeni: Franciszek Longchamps i Tomasz Giaro. Zob. F. Longchamps, *Instytucje rzymskiego prawa administracyjnego?*, [w:] *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego*, red. J. Boć, A. Chajbowicz, Wrocław 2009, s. 103 n.; T. Giaro, *Prawo administracyjne w starożytnym Rzymie?*, [w:] *Prawo administracyjne wobec współczesnych wyzwań. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Markowi Wierzbowskiemu*, red. J. Jagielski, D. Kijowski, M. Grzywacz, Warszawa 2018, s. 5 n.

nistracją, który nie wynika z ich wyraźnej zgody)⁷; 2) teoria interesu (dla prawa publicznego charakterystyczne są normy wydawane w interesie publicznym, co oznacza, że prawo publiczne wymaga wyższego standardu, podczas gdy prawo prywatne zezwala na działania podejmowane wyłącznie we własnym interesie); 3) teoria funkcjonalna (dla prawa publicznego charakterystyczne są normy regulujące zadania publiczne) oraz 4) teoria modalności (zgodnie z nią relewantny jest typ sankcji za naruszenie danej reguły)⁸. Zdaniem B. Schindlera przedmiotowy pluralizm metodologiczny daje pewien stopień otwartości na przyszłość, co jest konieczne, gdy na znaczeniu zyskuje anglo-amerykańska myśl prawna i właściwa jej relatywizacja klasycznej dychotomii między prawem publicznym i prywatnym⁹. *Nota bene*, Brytyjczycy uznając fakt władzy publicznej, do niedawna nie uznawali pojęcia prawa publicznego¹⁰. Sytuacja zbudowania w Zjednoczonym

⁷ Konstytucja Niemiec z 1949 roku przyniosła nową rolę państwa, zgodnie z którą istnieje ono z uwagi na jednostkę, a nie jednostka z uwagi na państwo. Takie rozumienie relacji między jednostką a państwem oznacza rewolucję kopernikańską w prawie publicznym. Zob. A. von Bogdandy, P.H. Huber, *Evolution and Gestalt of the German state*, [w:] *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1, s. 196 n. Przy okazji: Dieter Grimm jednoznacznie stwierdza, że konstytucje są dokumentami opartymi na wartościach, a konstytucja bez wartości nie została jeszcze wynaleziona („A value-neutral constitution has yet to be invented”); *idem*, *Values in German constitutional law*, [w:] *An Inquiry into the Existence of Global Values. Through the Lens of Comparative Constitutional Law*, red. D. Davis, A. Richter, C. Saunders, Oxford 2015, s. 199. O niemieckiej powojennej konstytucji z 1949 roku, która nie używa terminu „wartość”, D. Grimm pisze, że duch, w którym została opracowana, najlepiej wyrażają dwa słowa: „Nigdy więcej! Nigdy więcej samodestrukcji demokracji i nigdy więcej okropieństw popełnionych przez narodowych socjalistów”, *ibidem*, s. 199–200.

⁸ Zob. B. Schindler, *Evolution and Gestalt of the Swiss state*, [w:] *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1, s. 448, a także przywołana tam literatura. Jeden z najnowszych polskich wykładów części ogólnej prawa administracyjnego otwiera rozdział poświęcony zadaniom publicznym z bezkompromisowym oczywistym zdaniem: „[w] demokratycznym państwie prawnym rolą administracji publicznej jest [...] wykonywanie określonych prawem zadań publicznych” — A. Pakuła, *Zadania administracji publicznej*, [w:] *Administracja. Prawo administracyjne. Część ogólna*, red. J. Blicharz, L. Zacharko, Katowice 2018, s. 17–18. Rozpoczęcie wykładu administracji i prawa administracyjnego od przedstawienia istoty i sposobów realizacji zadań publicznych ma niewątpliwie liczne uzasadnienia i szkoda, że ani redaktorki pracy, ani autor rozdziału nie przywołują żadnego z nich. W połączeniu z embrionalną wielkością przedmiotowego rozdziału (półto-rej strony) pojawia się wrażenie niedopracowanej realizacji dobrego merytorycznie i strukturalnie pomysłu przedstawienia podstawowych pojęć administracji i prawa administracyjnego. *Nota bene* przytoczone zdanie A. Pakuły przywodzi na myśl określenie administracji z pionierskiego artykułu W. Wilsona *The Study of Administration* z 1887 roku, zgodnie z którym „dziedzina administracji jest odsunięta od pośpiechu i konfliktów polityki” („removed from the hurry and strife of politics”), a administracja publiczna oznacza stosowanie wydajności, ekonomii i racjonalnych technik zarządzania i organizacji w celu „szczegółowego i systematycznego wykonywania prawa publicznego” („detailed and systematic execution of public law”); cyt. za: W.J. Novak, *The administrative state in America*, [w:] *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1, s. 118. Mocny nacisk na wydajność administracji i jej warunki kładł w swych pracach Frank J. Goodnow, często nazywany ojcem amerykańskiej administracji (*the father of American administration*).

⁹ Zob. B. Schindler, *op. cit.*, s. 448.

¹⁰ Dystynkcja między prawem publicznym a prywatnym narodziła się w Europie kontynentalnej i dopiero z czasem rozprzestrzeniła się w świecie *common law*, zwłaszcza w Zjednoczonym

Królestwie efektywnej, oficjalnej administracji bez przeprowadzenia wyraźnej dystynkcji między prawem publicznym a prywatnym jest między innymi konsekwencją uformowania się jednego unitarnego (*unitary*), niepodzielnego (*undivided*) prawa powszechnego (*the common law of the land*)¹¹. Istnienie zwykłego prawa (*a body of ordinary law*), stosowanego przez zwykłe sądy (*the ordinary courts*) wobec zarówno organów publicznych, jak i obywateli, niezależnie od ich statusu i oficjalnej pozycji¹², uniemożliwiało przyjęcie poglądu o binarnym podziale między prawem publicznym i prywatnym, który został uznany w systemach prawnych Europy kontynentalnej. Prawo publiczne (administracyjne) w Zjednoczonym Królestwie w efekcie znalazło się w łonie prawa powszechnego. Zintegrowanie prawa administracyjnego z prawem powszechnym ma zapewnić jego rozwój w harmonii z tym prawem oraz poddać je kontrolnej jurysdykcji sądów prawa powszechnego (*the common law courts*)¹³.

Odnosnie do transformacji prawa publicznego należy podkreślić wyłanianie się i kształtowanie nowego prawa publicznego: prawa publicznego europejskiego (*European public law*). Nie jest ono jednym porządkiem prawnym (*one legal order*), ale składa się z wielu porządków prawnych tworzących jedną przestrzeń prawną (*one legal space*)¹⁴. Prawo publiczne europejskie wyznacza i determinuje korzystanie z władzy publicznej w europejskiej przestrzeni prawnej (*European legal space*), a w jego skład wchodzi takie porządki prawne, jak: prawo Unii Europejskiej (a dokładniej: prawo Unii Europejskiej dotyczące wykonywania władzy publicznej), prawo europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹⁵, reżim prawny Rady Europy, systemy prawne państw

Królestwie i Irlandii. Dzisiaj dystynkcja między prawem publicznym a prywatnym odnosi się do fundamentalnego zróżnicowania w większości współczesnych społeczeństwach. Niezależnie od możliwych definicji prawo publiczne i prywatne są podstawą prawną działań należących do różnych dziedzin społecznych, działań o różnej logice i różnym uzasadnieniu.

¹¹ Inaczej można mówić o braku wyraźnej dystynkcji między prawem administracyjnym a powszechnym. Brak specjalnego prawa administracyjnego i specjalnych sądów do rozwiązywania sporów między obywatelami i władzami administracyjnymi spowodował, że w Zjednoczonym Królestwie pod rządami prawa (*the rule of law*) nie było prawników praktyków i teoretyków, którzy specjalizowali się w prawie administracyjnym. Nawet państwo było tematem nieznanym (*an unknown subject*).

¹² Podporządkowanie administracji prawu zwykłemu ma ten skutek, że w Zjednoczonym Królestwie zasada rządów prawa (*the rule of law*) oznacza rządy judykatury.

¹³ Szeroko na temat rozwoju prawa publicznego w Zjednoczonym Królestwie zob. M. Loughlin, *Evolution and Gestalt of the state in the United Kingdom*, [w:] *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1, s. 451 n.

¹⁴ Pojęcie przestrzeni prawnej (*legal space*) jest kluczowe dla wielu teorii, z takimi pojęciami jak: złożoność (*compound, composite*), pluralizm (*pluralism*), federalizm (*federalism*), zarządzanie wieloszczeblowe (*multilevel governance*), konstytucjonalizm (*constitutionalism*) i sieć (*network*).

¹⁵ Unia Europejska przystąpiła do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, a zgodnie z art. 6 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej „[p]rawa podstawowe, zagwarantowane w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności

europijskich, Traktat ustanawiający europejski mechanizm stabilności (Treaty establishing the European Stability Mechanism — ESM Treaty) itp. Prawo publiczne europejskie wykracza zatem poza zakres prawa Unii Europejskiej, uwzględniając między innymi porządku prawne krajowe, co ma swoje mocne uzasadnienie w tym, że władza publiczna w Europie jest wykonywana głównie i przede wszystkim przez instytucje państwowe, których władza płynie z różnych konstytucji. Szerokie rozumienie prawa publicznego europejskiego przeciwstawia się protekcyjalnemu rozumieniu prawa Unii Europejskiej jako równoznacznego z prawem europejskim, co jest istotne w Europie, która ceni różnorodność i odrzuca hegemonię. Dodajmy, że holistyczne i niehegemoniczne prawo publiczne europejskie powinno być porównawcze. *Nota bene*, porównawczość w Europie ma podstawę w woli politycznej utworzenia unii ze wspólną przestrzenią prawną i instytucjami, których w innych regionach (zwłaszcza globalnie) nie ma (i co — zauważmy — jest wyzwaniem dla prawa administracyjnego globalnego: *global administrative law* — GAL)¹⁶.

W ujęciu Armina von Bogdandy szerokie rozumienie prawa publicznego europejskiego dostarcza narzędzia analitycznego, które ma dać pełny obraz zjawiska przez uwzględnienie elementów krajowych, supranarodowych i międzynarodowych. Jednocześnie prawo publiczne europejskie ma cel normatywny, to znaczy nie jest jedynie terminem i neutralnym deskryptorem, ale zajmuje stanowisko i odgrywa rolę performatywną¹⁷. Na poparcie takiego ujęcia autor wskazuje trzy cechy charakterystyczne prawa publicznego europejskiego¹⁸. Po pierwsze, służy

oraz wynikające z tradycji konstytucyjnych wspólnych Państwom Członkowskim, stanowią część prawa Unii jako zasady ogólne prawa”.

¹⁶ Art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej wprowadza zasadę lojalnej współpracy (*the principle of sincere cooperation*) między Unią i państwami członkowskimi. Implikuje ona wspólną odpowiedzialność prawną za europejską przestrzeń prawną, dla której wiedza porównawcza jest niezastąpiona. Pozwala ona między innymi przełamać tak zwany nacjonalizm metodologiczny (*methodological nationalism*), który pomija zewnętrzne (zagraniczne) skutki zmian wprowadzanych w prawie krajowym (prawie imigracyjnym, podatkowym itp.). Innymi słowy zakłada ona test generalizacji (*generalization test*), który wymaga zbadania, jak doktrynalna propozycja czy innowacyjna interpretacja mogą być stosowane do innych układów (innych państw członkowskich) i czy tam także przynoszą akceptowalne rezultaty. Punktem odniesienia w takim teście nie może być jedynie prawo danego państwa. Krajowy system prawny musi się przeorientować jako będący częścią europejskiej przestrzeni prawnej. Dla współczesnej doktryny oznacza to konieczność przedstawienia różnych krajowych ścieżek doktrynalnych w świetle wspólnej przestrzeni prawnej. Doktryna europejska powinna rozwinąć wspólne ramy, które dostarczają orientacji wszystkim systemom i jednocześnie służą tożsamości i zakładają różnice. Pamiętać należy, że systemy prawne państw członkowskich, chociaż wchodzą w skład europejskiej przestrzeni prawnej, są jej różnymi częściami. Nawet te same słowa czy ich ekwiwalenty mogą nieść różne znaczenia. Różnorodność w obrębie europejskiej przestrzeni prawnej wymaga przeciwdziałania tendencji do interpretowania innych systemów prawnych jedynie odpowiednio do własnego systemu.

¹⁷ Zob. A. von Bogdandy, *The idea of European public law today*, [w:] *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1, s. 2.

¹⁸ *Ibidem*, s. 2–3.

ono jedności europejskiej (*European unity*)¹⁹ i coraz bliższej unii (*ever closer union*), jak to jest sformułowane w preambule do Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz w preambule do Traktatu o Unii Europejskiej i w jego art. 1 ust 2. Jedność europejska jest wartością fundamentalną (choć pod wieloma względami pozostaje otwarta, to nigdy nie jest pozbawiona ani konturów, ani wielu utrwalonych składników). Jednocześnie przypisywanie prawu europejskiemu jedynie roli wspierania integracji europejskiej (*integration through law*) wydaje się dzisiaj przestarzałe. Błędem byłoby pozostawianie elementów, które opierają się czy nawet przeciwdziałają coraz bliższej unii (zasada subsydiarności, ochrona tożsamości, ograniczanie kompetencji czy opcja wyjścia) na zewnątrz prawa publicznego europejskiego²⁰. Dlatego też pojawia się potrzeba zastąpienia konceptu integracji koncepcją organizowania władzy wykonawczej w europejskiej przestrzeni prawnej (*organizing the exercise of public authority for the European legal space*)²¹. Po drugie, i w przeciwieństwie do prawa publicznego europejskiego utożsamianego z prawem Unii Europejskiej, szerokie rozumienie prawa publicznego europejskiego kieruje uwagę badaczy na różne krajowe porządki prawne jako miejsce większości działań prawnych, głębokiej normatywności i bogatego dorobku naukowego. Ma to na celu uwzględnienie istniejącej tutaj, zdumiewającej różnorodności (także w często rozbieżnym stanowisku krajowych porządków prawnych i prawa Unii Europejskiej odnośnie do budowy coraz bliższej unii). Jeżeli prawo publiczne europejskie właściwie odzwierciedli, ustrukturalizuje i pokieruje komunikacją prawną w europejskiej przestrzeni prawnej, to opíše i ustrukturalizuje złożoności jedności europejskiej (*the complexities of European unity*)²². Wreszcie po trzecie, prawo publiczne europejskie

¹⁹ Jedność europejska jest mocno nasycona wartościami w europejskiej konwencji praw człowieka oraz w konstytucjach krajowych, a zwłaszcza wielkimi oczekiwaniami (wartościami, zasadami, prawami i gwarancjami) zawartymi w art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej („Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Wartości te są wspólne Państwom Członkowskim w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz na równości kobiet i mężczyzn”).

²⁰ Jedną z fundamentalnych kwestii prawa publicznego europejskiego dotyczy granic integracji europejskiej i sposobów utrzymania odpowiedniego stopnia autonomii instytucji krajowych. Kwestia ta leży u źródła idei europejskiego pluralizmu prawnego (*European legal pluralism*).

²¹ Zob. A. von Bogdandy, *op. cit.*, s. 16.

²² Przywołując początki rozwoju prawa publicznego europejskiego we wczesnych latach sześćdziesiątych XX wieku, A. von Bogdandy wskazuje, że w tym czasie prawo wspólnotowe zakorzeniło się w funkcjonowaniu zarówno instytucji Wspólnoty, jak i państw członkowskich. Doszło tutaj do zespolenia, które pozwalało na narrację o Europie, będącej europejską wspólnotą prawa (*European community of law*). Przy czym prawo wspólnotowe ewoluowało w kierunku ogólniejszych pojęć i koncepcji: *Community black-letter law evolved into Hegel's „concrete freedom”, Hauriou's or Santi Romano's „institutions”, Schmitt's „concrete order”, Marxist „class relations”, or Bourdieu's „legal field”*. A. von Bogdandy, *op. cit.*, s. 6. Rozwojowi prawa publicznego europejskiego (prawa administracyjnego europejskiego) towarzyszyła europeizacja prawa publicznego kra-

wspiera badania naukowe, które uwzględniają złożoność więzi w europejskiej przestrzeni prawnej²³. Innymi słowy łączy ono to, co konwencjonalne myślenie w kategoriach porządków prawnych ujmuje oddzielnie, w tym prawo Unii Europejskiej i krajowe porządki prawne²⁴. To, że prawo publiczne europejskie łączy normy przypisywane do różnych porządków prawnych, nie jest skutkiem ubocznym, ale kluczową cechą tego pojęcia²⁵. Podkreślić jednak należy, że prawo publiczne europejskie, przełamując standardowy model systematyzacji polegający na przypisywaniu norm do konkretnego porządku prawnego, w żadnym przypadku nie odrzuca myślenia w kategoriach porządków prawnych; przeciwnie — uwzględnia taką konwencjonalną mentalność, aby odpowiedzieć na zwięk-

jowego; zob. *Europeizacja polskiego prawa administracyjnego*, red. Z. Janku *et. al.*, Wrocław 2005; *Dziesięć lat polskich doświadczeń w Unii Europejskiej. Problemy prawnoadministracyjne*, t. 1, 2, red. J. Sługocki, Wrocław 2014; M. Bobek, *Europeanization of public law*, [w:] *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1, s. 631 n. (autor wskazuje, że na proces europeizacji są otwarte wszystkie obszary prawa publicznego, w tym tak nieuchwytnie, jak zasady, pojęcia, metody i rozumowanie prawnicze, a także doktryna prawna jako taka; *ibidem*, s. 633). Należy zauważyć, że jeżeli wczesne prawo europejskie sprzyjało integracji europejskiej, to z czasem kluczowym zagadnieniem prawa publicznego europejskiego stało się ograniczanie działalności instytucji unijnych. Dzisiaj prawo publiczne europejskie dotyczy nie tylko wspierania odgórnej europeizacji, ale także jej przeciwdziałania. W istocie prawo publiczne krajowe rozwinęło nową funkcję wyrażania krajowej tożsamości konstytucyjnej, co *nota bene* jest mocnym argumentem na rzecz uwzględnienia krajowych porządków prawnych w prawie publicznym europejskim. Innymi słowy pojęcia prawa publicznego europejskiego i europejskiej przestrzeni prawnej przełamują hierarchiczne asocjacje europeizacji jako procesu odgórnego, uwzględniając wpływ prawa krajowego na prawo europejskie, rolę porównań prawnych, wymiany czy zapożyczeń poglądów między krajowymi instytucjami różnych państw itp.

²³ Warto tutaj zauważyć, że Carl Schmitt w 1950 roku przedstawił ideę wspólnej (*common*) europejskiej nauki (wiedzy) prawnej jako prawnego źródła wspólnego (*common*) pan-europejskiego prawa, które ma przeciwdziałać politycznej interwencji w sferę prawa. Stanowisko to przytacza A. von Bogdandy, *op. cit.*, s. 4. Pomijając trafność tego stanowiska, nie ulega wątpliwości, że szerokie rozumienie prawa publicznego europejskiego służy porównawczym badaniom naukowym, a badania te służą rozwojowi prawa publicznego europejskiego. Najczęściej przywoływanym przykładem pracy z zakresu porównawczego prawa publicznego, będącym istotnym wkładem do prawa publicznego europejskiego, jest pionierskie dzieło *Europaisches Verwaltungsrecht* (Baden-Baden 1988), którego autorem jest Jürgen Schwarze.

²⁴ Zakrawa to na paradoks, ale zbudowanie nowej struktury politycznej w postaci Unii Europejskiej nie zmniejsza, ale zwiększa rolę prawa publicznego w poszczególnych państwach członkowskich i ich porównania. W efekcie porównawcze badanie prawa innych państw nie jest już kwalifikowane jako po prostu nauka pomocnicza, jak to miało miejsce w latach sześćdziesiątych XX wieku.

²⁵ A. von Bogdandy tak wyjaśnia tę kluczową cechę prawa publicznego europejskiego: „The aggregation it proposes seeks to articulate the manifold experiences of the common objective and deep interaction of the various legal phenomena. Indeed, the corresponding theories such as European »multi-level constitutionalism«, European composite constructions, most strands of European legal pluralism or European network theories, and not least European federalism are an essential part of the field this concept frames”, *idem*, *op. cit.*, s. 14.

szoną złożoność prawną w europejskiej przestrzeni prawnej²⁶. Chodzi o to, że każda decyzja w kwestii ważności, legalności, skutków prawych i prawomocności jakiegoś aktu wymaga przypisania tego aktu do konkretnego porządku prawnego. Koncepcja publicznego prawa europejskiego zakłada, że decyzja w sprawie ważności, legalności, skutków prawych i prawomocności aktu często wymaga uwzględnienia także większych czy szerszych ram²⁷. Ramy te lepiej wyraża europejska przestrzeń prawna niż jeden odrębny i samodzielny porządek prawny²⁸. Można zatem skonkludować, że prawo publiczne europejskie umożliwia, wyznacza i ogranicza korzystanie z krajowej i transnarodowej władzy publicznej w sposób, który kształtuje i utrzymuje wspólną europejską przestrzeń prawną.

Pojęcie europejskiej przestrzeni prawnej z naciskiem na słowo „europejska” wskazuje na istnienie granicy zewnętrznej²⁹, którą zakreśla określone rozumienie terminu „Europa”, co — swoją drogą — odróżnia przestrzeń europejską od przestrzeni globalnej, która z definicji nie ma granicy zewnętrznej. Pojęcie europejskiej przestrzeni prawnej implikuje natomiast przestrzeń bez granic wewnętrznych i warto tutaj przywołać art. 3 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej, który za osiągnięcie Unii uznaje właśnie taką przestrzeń:

Unia zapewnia swoim obywatelom przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości bez granic wewnętrznych, w której zagwarantowana jest swoboda przepływu osób, w powiązaniu z właściwymi środkami w odniesieniu do kontroli granic zewnętrznych, azylu, imigracji, jak również zapobiegania i zwalczania przestępczości³⁰.

²⁶ Por. M. Kisielowska, *Prawo administracyjne a prawo Unii Europejskiej*, [w:] *Integralność prawa administracyjnego. Perspektywa polska*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2019, s. 289 n.

²⁷ Prawo publiczne europejskie przeciwstawia się tradycyjnemu podejściu do prawa publicznego, zgodnie z którym — jak w 1882 roku twierdził Georg Jellinek — „wszystko może być wyjaśnione przez zwierzchnictwo” i które stara się utrzymać krajowy porządek prawny w izolacji przed wszystkim, co obce, przyjmując, że prawo Unii Europejskiej jest po prostu rozszerzeniem prawa krajowego, za: A. von Bogdandy, *op. cit.*, s. 14. Z drugiej strony prawo publiczne europejskie jest różne od ujęcia, które widzi w nim europejski przypadek zarządzania globalnego (*global governance*), odbiegający jedynie ilościowo, ale już nie jakościowo od na przykład doświadczenia Światowej Organizacji Handlu; *ibidem*, s. 14–15 oraz powołana tam literatura.

²⁸ Kwestię lojalności i odpowiedzialności w kompozytywnej strukturze europejskiej przestrzeni prawnej A. von Bogdandy podsumowuje następująco: „In light of the composite structure of the European legal space, there cannot be a duty of overriding loyalty to the common level and its one European people, whose non-existence seems a premise of current European law. For that reason, every institution has a primary responsibility to the legal order that empowers it, regardless of responsibilities that may exist vis-à-vis the legal space. And yet, this primary responsibility to the domestic legal order must be exercised with due respect to the European legal space”, *idem, op. cit.*, s. 24.

²⁹ Pojęcie granic jest dzisiaj krytyczne i stale definiowane i redefiniowane w prawie imigracyjnym.

³⁰ Wskazać należy też art. 179 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, który tworzy europejską przestrzeń badawczą (*European research area*), i art. 179 ust. 2, który mówi o umożliwieniu badaczom swobodnej współpracy ponad granicami (*permitting researchers to cooperate freely across borders*). Ważne miejsce w europejskiej przestrzeni badawczej zajmuje utworzona w 2007 roku Europejska Rada do spraw Badań Naukowych (*European Research Council*) z jej agen-

Nota bene, angielska wersja traktatu używa terminu „obszar” (*area*), a nie przestrzeń (*space*), ale inne wersje językowe, w tym polska, posługują się terminem „przestrzeń”, co oznacza, że doktrynalne pojęcie europejskiej przestrzeni prawnej ma mocne oparcie w prawie pozytywnym³¹. Nie ulega też wątpliwości, że „przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości” zakłada i wymaga licznych i głębokich interakcji między prawem Unii Europejskiej a krajowymi porządkami prawnymi oraz instytucjami unijnymi i instytucjami krajowymi.

Uwzględnienie przez prawo publiczne europejskie różnorodności Europy, w tym różnorodności porządków prawnych dwudziestu siedmiu państw członkowskich Unii Europejskiej wyrażonych w dwudziestu czterech oficjalnych językach, oznacza, że jego składnikiem musi być prawo publiczne porównawcze. Dobrym przykładem orientacji na porównania (prawo porównawcze i metodę porównawczą) jest praktyka sądów europejskich. Zarówno Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, jak i Europejski Trybunał Praw Człowieka mają w swych strukturach specjalne jednostki badawcze prawa porównawczego. Trybunał Praw Człowieka korzysta z porównania w celu ustalenia tak zwanego konsensusu europejskiego (*European consensus*), będącego istotnym narzędziem argumentacyjnym (konsensus ten musi sięgać poza europejską przestrzeń prawną, ale to przestrzeń europejska dostarcza jądra argumentacji), z którego Trybunał korzysta w celu rozwoju prawa konwencyjnego (*convention law*). Z kolei Trybunał Sprawiedliwości korzysta z „porównania ewaluacyjnego” (*evaluative comparison*), aby wspierać swoje kluczowe przesłanki i decyzje. Dobrym przykładem są tutaj także sądy kra-

cją wykonawczą European Research Council Executive Agency (ERCEA). Rozwiązania te mogą przynieść w przyszłości europejską wspólnotę naukową (*European scientific/academic community*). Wspólnota taka wymaga, jak wskazuje już sama nazwa, odpowiedniej — to znaczy europejskiej — tożsamości jej członków. Tożsamości takiej dzisiaj brakuje. Większość prawników postrzega się głównie i przede wszystkim w odniesieniu do swojego poszczególnego prawa krajowego i odpowiedniej krajowej wspólnoty naukowej. Jednakże — powtórzmy — prawo europejskie, w tym prawo publiczne europejskie i europejska przestrzeń prawna wymagają tożsamości europejskiej. Jej osiągnięcie nie jest łatwe z wielu powodów, aby wskazać dla przykładu kwestię języka, głęboką fragmentaryzację i brak przejrzystości dotyczącej badań i standardów publikacji, a jednym słowem — z powodu różnorodności w europejskiej przestrzeni badawczej. W efekcie istnieje różnorodność krajowych kultur akademickich, co komplikuje wspólną dyskusję we wspólnej przestrzeni. Z drugiej strony nigdy wcześniej nie było tak przygotowanej grupy uczonych jak nadchodząca generacja. Jeżeli porównawcza analiza prawna, publikacje w różnych językach i intensywne współpraca w transnarodowym otoczeniu dadzą przewagę konkurencyjną w ubieganiu się o atrakcyjne miejsca w świecie akademickim, inteligentni przystosują się szybko. Idea prawa publicznego europejskiego niewątpliwie czyni świadomość i zaangażowanie w europejską przestrzeń prawną istotnym elementem europejskiej tożsamości prawników.

³¹ Przestrzeń pojawia się dzisiaj w licznych europejskich dyskusjach, w tym dotyczących kryzysu migracyjnego i ruchu bezgranicznego, stworzonego w obrębie przestrzeni utworzonej przez prawo europejskie. Aktualność i waga przestrzeni nie powinna dziwić, jako że przestrzeń, obok czasu, jest najważniejszym wymiarem ludzkiego doświadczenia. Zob. *Przestrzeń w prawie administracyjnym*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2013; *Czas w prawie administracyjnym*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2011.

jowe. Coraz więcej z nich ma grupy (jednostki) badawcze prawa porównawczego (przykład jeden z wielu to włoski Trybunał Konstytucyjny), jako że orzeczenia tych sądów często zawierają argument porównawczy (zwłaszcza w przypadku decyzji dalekosiężnych) i są przedmiotem zainteresowania w Europie. Powoduje to, że orzeczenia sądów krajowych są często publikowane w języku angielskim.

Bibliografia

- Bobek M., *Europeanization of public law*, [w:] *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1. *The Administrative State*, red. A. von Bogdandy, P.H. Huber, S. Cassese, Oxford 2017.
- Bogdandy A. von, *The idea of European public law today*, [w:] *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1. *The Administrative State*, red. A. von Bogdandy, P.H. Huber, S. Cassese, Oxford 2017.
- Bogdandy A. von, Hinghofer-Szalkay S., *European public law — lessons from the concept's past*, [w:] *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1. *The Administrative State*, red. A. von Bogdandy, P.H. Huber, S. Cassese, Oxford 2017.
- Bogdandy A. von, Huber P.H., *Evolution and Gestalt of the German state*, [w:] *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1. *The Administrative State*, red. A. von Bogdandy, P.H. Huber, S. Cassese, Oxford 2017.
- Cassese S., *The administrative state in Europe*, [w:] *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1. *The Administrative State*, red. A. von Bogdandy, P.H. Huber, S. Cassese, Oxford 2017.
- Czas w prawie administracyjnym*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2011.
- Dziesięć lat polskich doświadczeń w Unii Europejskiej. Problemy prawnoadministracyjne*, t. 1–2, red. J. Sługocki, Wrocław 2014.
- Europeizacja polskiego prawa administracyjnego*, red. Z. Janku et al., Wrocław 2005.
- Giario T., *Prawo administracyjne w starożytnym Rzymie?*, [w:] *Prawo administracyjne wobec współczesnych wyzwań. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Markowi Wierzbowskiemu*, red. J. Jagielski, D. Kijowski, M. Grzywacz, Warszawa 2018.
- Grimm D., *Values in German constitutional law*, [w:] *An Inquiry into the Existence of Global Values. Through the Lens of Comparative Constitutional Law*, red. D. Davis, A. Richter, C. Saunders, Oxford 2015.
- Jeżewski J., *Administracja pod rządem prawa cywilnego. Z badań porównawczych nauki prawa administracyjnego*, Wrocław 1974.
- Kisielowska M., *Prawo administracyjne a prawo Unii Europejskiej*, [w:] *Integralność prawa administracyjnego. Perspektywa polska*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2019.
- Langrod J.S., *Instytucje prawa administracyjnego. Zarys części ogólnej*, Kraków 2003.
- Longchamps F., *Instytucje rzymskiego prawa administracyjnego?*, [w:] *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego*, red. J. Boć, A. Chajbowicz, Wrocław 2009.
- Loughlin M., *Evolution and Gestalt of the state in the United Kingdom*, [w:] *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1. *The Administrative State*, red. A. von Bogdandy, P.H. Huber, S. Cassese, Oxford 2017.
- Małecki W., *Prawo administracyjne prywatne. Propozycja nowego terminu w siatce pojęciowej polskiego prawa administracyjnego*, [w:] *Praworządność, decentralizacja, przedsiębiorczość. Księga jubileuszowa Profesora Leona Kieresa*, red. K. Kiczka, T. Kocowski, W. Małecki, Wrocław 2018.

- Mattarella B.G., *Evolution and Gestalt of the Italian state*, [w:] *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1. *The Administrative State*, red. A. von Bogdandy, P.H. Huber, S. Cassese, Oxford 2017.
- Novak W.J., *The administrative state in America*, [w:] *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1. *The Administrative State*, red. A. von Bogdandy, P.H. Huber, S. Cassese, Oxford 2017.
- Pakuła A., *Zadania administracji publicznej*, [w:] *Administracja. Prawo administracyjne. Część ogólna*, red. J. Blicharz, L. Zacharko, Katowice 2018.
- Przestrzeń w prawie administracyjnym*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2013.
- Schindler B., *Evolution and Gestalt of the Swiss state*, [w:] *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, t. 1. *The Administrative State*, red. A. von Bogdandy, P.H. Huber, S. Cassese, Oxford 2017.
- Schwarze J., *Europaisches Verwaltungsrecht*, Baden-Baden 1988.
- Wierzbowski M., *Rozgraniczenie prawa administracyjnego i cywilnego*, [w:] *Cywilizacja administracji publicznej. Księga jubileuszowa z okazji 80-lecia urodzin Profesora Jana Jeżewskiego*, red. J. Korczak, Wrocław 2018.
- Zimmermann J., *Zagadnienie repartycji sfer u J.S. Langroda i we współczesnym polskim prawie administracyjnym*, [w:] *Teoria instytucji prawa administracyjnego. Księga pamiątkowa Profesora Jerzego Stefana Langroda*, red. J. Niczyporuk, Paryż 2011.

Unavoidable public administration as the meeting place of public law and private law in the era of transformation of public law in Europe

Summary

The text presents public administration as the meeting place of public law and private law, focusing on the distinction between these branches of law, and on the emergence and development of a new public law: European public law.

Keywords: public administration, public law, European public law, private law.