

WPROWADZENIE

Rafał Szczepaniak, z wyjątkiem fragmentu poświęconego relacji między niemiecką konstytucją i prawem UE, zawartego w pkt 2.7, który napisał Marcin Krzymuski

1.

Obecnie można wyróżnić cztery wielkie płaszczyzny stosowania prawa prywatnego: obrót powszechny (w tym m.in. prawo rodzinne, spadkowe), obrót konsumencki¹, obrót profesjonalny oraz sektor publiczny.

Uzasadniona wydaje się teza, że najciekawsze i najbardziej spektakularne dylematy dotyczące cywilnoprawnej metodologii występują w sektorze publicznym. Dowodzą tego liczne orzeczenia sądów polskich i niemieckich, takich jak Sąd Konstytucyjny (Trybunał Konstytucyjny w Polsce), Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne, rozpatrujące np. takie kwestie, jak: stosowanie skargi pauliańskiej do zobowiązań podatkowych, naliczanie odsetek ustawowych od pieniężnych zobowiązań publicznoprawnych, w tym od zasądzonych kosztów procesu sądowego, stosowanie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu w sprawach o zwrot nadpłaty w podatku VAT, stosowanie przepisów kodeksu cywilnego o oświadczeniach woli do oświadczeń funkcjonariuszy służb mundurowych o wystąpieniu ze służby, poddanie administracji zawierającej cywilnoprawną umowę konstytucyjnym standardom adresowanym do organów władzy publicznej, stosowaniu przepisów kodeksu cywilnego o potrąceniu i wiele innych². Analiza tego rodzaju spraw prowokuje do postawienia pytań wręcz egzystencjalnej wagi dla każdego cywilisty: czy istnieje jedno prawo cywilne, czy jest sens mówienia nie tylko o różnych działach prawa cywilnego, ale i różnych płaszczyznach prawa cywilnego, np. prawie cywilnym jako zbiorze pewnych aksjologicznych zasad, oraz prawie cywilnym w znaczeniu technicznym, czyli jako rezerwuaru pewnych tech-

¹ To właśnie objęcie zakresem prawa cywilnego obrotu powszechnego oraz prawa konsumenckiego sprawia, że – jak to ujął wybitny polski cywilista A. Stelmachowski – prawo cywilne jest „prawem życia codziennego”. Na temat tej wypowiedzi zob. A. Mączyński, Uwagi o stanie nauki polskiego prawa cywilnego, PiP 2011, z. 6, s. 15.

² Na wielką liczbę orzeczeń sądowych w Niemczech, w których występuje problem stosowania prawa prywatnego w sektorze publicznym, zwraca uwagę H. de Wall, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht. Dargestellt anhand der privatrechtlichen Regeln über Rechtsgeschäfte und anhand des Allgemeinen Schuldrechts, Tübingen 1999, s. 1. Podobnie jest również w polskim orzecznictwie.

nicznych instytucji, mechanizmów i konstrukcji, z których można dowolnie czerpać? To ostatnie pytanie sprowadza się w gruncie rzeczy do następujących kwestii: czy prawo cywilne to tylko określona metoda regulacji stosunków społecznych, którą można rozpatrywać w sposób techniczny, a więc w oderwaniu od określonego systemu wartości? W konsekwencji rodzi się kolejne pytanie: czy ustawodawca dysponuje w świetle konstytucji pełną swobodą posługiwania się tą metodą?

Sektor publiczny pozostaje poza granicami klasycznej cywilistyki³. Dlatego też na kanwie stosowania prawa prywatnego w tym środowisku pojawiają się pytania o charakterze granicznym: co to w ogóle jest prawo cywilne? czy podział na prawo publiczne i prywatne ma sens? Z tej przyczyny tematyka stosowania prawa cywilnego w tym specyficznym środowisku, jakim jest sektor publiczny, wydaje się pasjonującym wyzwaniem intelektualnym; to jak intelektualna wyprawa do źródeł Amazonki. Na sektor publiczny cywilista może spoglądać jak na swoiste olbrzymie laboratorium stosowania prawa cywilnego; jak na specyficzne środowisko, w którym wszystkie powyższe kwestie graniczne wybrzmiewają ze zdwojoną mocą. W konsekwencji niniejsza monografia bez większej przesady mogłaby nosić tytuł, względnie podtytuł, „W poszukiwaniu granic prawa cywilnego” albo „W poszukiwaniu granic dopuszczalnego stosowania prawa cywilnego”.

Autorzy stawiają hipotezę, że efektem analizy stosowania cywilnoprawnych instytucji w sektorze publicznym może być wzbogacenie cywilistycznej metodologii. W przeszłości zdarzały się już przypadki, gdy impuls do rozwoju cywilistyki wychodził z obserwacji obszarów sytuujących się na peryferiach regulacji prawa cywilnego.

W ostatnich dziesięcioleciach, np. w związku ze zjawiskiem prywatyzacji zadań publicznych, a także decentralizacją administracji publicznej, byliśmy wielokrotnie świadkami występowania złożonych zjawisk prawnych na kanwie stosowania prawa prywatnego w sektorze publicznym. Coraz częściej pojawiają się akty prawne o charakterze kompleksowym, w których następuje niejako przeplatanie metod regulacji typowych dla prawa prywatnego i publicznego. Akty te są wyrazem skomplikowania życia społecznego. W wyniku procesów dochodzi do różnego rodzaju zjawisk. W państwach niemieckojęzycznych ukuto w związku z tym obrazowe określenia „Flucht vor dem Staatsrecht” („ucieczka od prawa administracyjnego”) oraz „Flucht ins Privatrecht” („ucieczka do prawa prywatnego”). Takie zjawiska rodzą określone kwestie prawne. Pojawiło się np. wiele instytucji prawnych o charakterze eklektycznym, w których występują przeja-

³ Jak zauważa F. Bydliński, z naturalnym środowiskiem czy „najbardziej elementarnym czy też rdzennym obszarem stosowania prawa cywilnego (*Kernbereich*)” mamy do czynienia w przypadku relacji pomiędzy wyłącznie jednostkami prywatnymi, czyli osobami fizycznymi, i utworzonymi przez nie jednostkami organizacyjnymi (zob. idem, Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, Archiv für die civilistische Praxis 1994, t. 194, s. 339).

wy zarówno rozwiązań cywilnoprawnych, jak i administracyjnoprawnych. Na przykład w nauce prawa administracyjnego pojawiło się pojęcie: „nietypowe podmioty administrujące”. Chodzi tutaj głównie o państwowe jednostki organizacyjne wykorzystujące w swojej działalności zarówno klasyczne formy administracyjnoprawne, jak i formy typowe dla prawa cywilnego⁴. Warto też wskazać na występujące mieszane konstrukcje prawne, w których proces decyzyjny jest dwuetapowy. Najpierw podejmowana jest decyzja administracyjna (np. o przyznaniu dotacji), a następnie na jej podstawie zawierana jest umowa o charakterze wykonawczym. Przykładem są tutaj m.in. procedury ubiegania się o granty badawcze (*Zwei-Stufen-Theorie* w nauce niemieckiej). Te zjawiska między innymi będą przedmiotem analiz w ramach niniejszej publikacji z punktu widzenia zasad i wartości konstytucyjnych. Pojawia się pytanie, jak wskazane zjawiska należy oceniać w świetle konstytucji.

Autorzy stawiają hipotezę, że klasyczne instytucje prawa cywilnego stosowane w tym specyficznym środowisku, jakim jest sektor publiczny, przynajmniej częściowo zmieniają swą naturę. W związku z tym pojawiają się problemy. W szczególności stosowanie cywilnoprawnych instytucji w administracji publicznej z umową na czele nie gwarantuje, wbrew dość powierzchownemu sądowi, partnerskiego traktowania obywateli przez administrację. Nieuwzględnienie tego zjawiska zarówno przez prawodawcę, jak i organy stosujące prawo może prowadzić do różnego rodzaju nadużyć czy aberracji, które nie dają się pogodzić z aksjologią konstytucyjną. To z kolei skłania do postawienia hipotezy, że uzasadnione jest wykształcenie odrębnego działu prawa cywilnego (prywatnego) odnoszącego się do funkcjonowania podmiotów sektora publicznego. Przy czym pojęcie „dział prawa cywilnego” w powyższym zdaniu występuje w dwóch znaczeniach: jako dyscyplina nauk prawnych (dział cywilistyki) oraz jako prawo przedmiotowe, czyli zespół norm. Wykształcenie takiego działu prawa cywilnego wymuszają niedostatki klasycznej metodologii cywilistycznej, niedostosowanej do specyfiki sektora publicznego, a także potrzeba respektowania konstytucyjnych praw i wolności obywateli. Wyrazem podobnej idei są występujące w niemieckojęzycznym dyskursie prawniczym takie pojęcia, jak: *Sonderrecht* albo *Verwaltungsprivatrecht*, czy też francuskie pojęcie *droit de l'administration* w odróżnieniu od *le droit administrative*.

⁴ Zob. J. Jagielski, M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, Nietypowe podmioty administrujące – kilka refleksji na tle organizacyjnych form wykonywania zadań publicznych, [w:] Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania. Studia i materiały z konferencji naukowej poświęconej jubileuszowi 80-tych urodzin profesora E. Ochendowskiego, Toruń 15–16 listopada 2005 r., s. 203–222; na temat hybrydowego statusu komornika zob. R. Szczepaniak, Zagadnienie praw podmiotowych na styku prawa prywatnego i publicznego. Rozważania de lege ferenda na przykładzie opłat należnych komornikowi, RPEiS 2014, z. 3, s. 73 i n.

Celem niniejszej monografii jest odpowiedź na kilka fundamentalnych pytań. Po pierwsze, czy istnieją konstytucyjne bariery stosowania prawa prywatnego w sektorze publicznym. Następnie, w przypadku odpowiedzi twierdzącej na pierwsze pytanie, należy wyjaśnić, jakiego rodzaju są to bariery, czy tworzą one jednorodną pod względem aksjologicznym i funkcjonalnym grupę zasad i wartości, a więc czy są one nakierowane wyłącznie na ochronę interesów jednostek w relacjach z władzą publiczną, czy też w niektórych przypadkach celem tych barier jest również ochrona interesu publicznego (interesu państwa i innych podmiotów publicznych). Należy też odpowiedzieć na pytanie, co jest skutkiem istnienia tych barier. Czy chodzi o całkowitą niemożność stosowania prawa prywatnego w tym sektorze, czy też o wystąpienie konieczności odpowiedniej modyfikacji instytucji cywilnoprawnych w tym specyficznym środowisku?

Należy przy tym mieć na uwadze istnienie swoistej dialektyki i współzależności w obrębie analizowanej materii. Jeżeli dostrzegamy potrzebę modyfikacji instytucji prawa prywatnego na potrzeby sektora publicznego, nie należy zapominać o innym aspekcie zagadnienia. Pojawia się bowiem kolejne pytanie: jak dalece ta modyfikacja jest uzasadniona? W jakim zakresie zasady, których wyrazem jest prawo cywilne, są chronione przez konstytucję? Pojawia się też pytanie: jak daleko mogą sięgać ingerencje w prawo własności i inne prawa majątkowe, a w szczególności czy mogą one naruszać istotę tych praw?

Praca ta nie powstałaby, gdyby jej twórcom nie przyświecało przekonanie, że stosowanie prawa prywatnego w sektorze publicznym charakteryzuje się daleko idącą specyfiką i że specyfikę tę wymuszają normy konstytucji.

2.

1) Na badaczy podejmujących się analizy stosowania prawa prywatnego w sektorze publicznym czyhają liczne pułapki metodologiczne. Po pierwsze, trudno wskazać dziedzinę badawczą, w której tak bardzo końcowy efekt badań zależny byłby od przyjęcia założeń wstępnych, czasami nawet nie zawsze wysłowionych. Przy czym założenia te najczęściej można sprowadzić do płaszczyzny językowej, a więc semantycznej. W konsekwencji pojawia się zjawisko pewnego konwencjonalizmu pojęciowego, a w efekcie: konwencjonalizmu poznawczego. Zdarza się, iż stajemy się niewolnikami pewnej zakorzenionej aparatury pojęciowej, co sprawia, że wtłaczamy nasz sposób myślenia w utrwalone koleiny: np. gdy posługujemy się nazewnictwem wywiedzionym z doktryny cywilistycznej, łatwo uznać, że chodzi o zastosowanie prawa cywilnego w sektorze publicznym. Wystarczyłoby jednak niekiedy tylko zmodyfikować tę aparaturę, by dojść do przeciwnych wniosków.

W konsekwencji pojawia się problem odróżnienia rzeczywistego od pozornego stosowania prawa prywatnego w sektorze publicznym oraz potrzeba uniknięcia niekończących się jałowych sporów na tym tle. W dobie postępującego procesu konstytucjonalizacji prawa cywilnego wielokrotnie napotykamy tego rodzaju problemy. Jako przykład można wskazać klauzulę dobrej wiary, która obarczona jest określoną konotacją cywilistyczną. A przecież moglibyśmy posłużyć się innymi terminami, jak: słuszność, sprawiedliwość, godność jednostki, które występują w konstytucji. Wówczas skojarzenia z prawem cywilnym mogłyby nie występować.

Prawnicza aparatura pojęciowa nie jest doskonała. W nauce prawa mamy do czynienia z wieloma pojęciami, które wprowadzają w błąd albo przynajmniej sugerują rozwiązanie niezgodne z panującymi teoriami. Szczególnie wiele tego rodzaju problemów pojawia się w omawianej materii. Dlatego też, chociaż już niniejszy wstęp ma na celu doprecyzowanie szeregu pojęć, konieczne było zawarcie w pracy odrębnego rozdziału poświęconego problemom metodologicznym natury semantycznej (Część I rozdz. 1).

Już w tym momencie należy wyjaśnić gruntownie tytuł pracy. Autorzy mają bowiem świadomość, że każde słowo użyte w tytule jest wynikiem pewnych założeń wstępnych, które ukierunkowują podjęte badania. Każde słowo z tytułu może też budzić kontrowersje.

2) Powyższa uwaga dotyczy m.in. użycia sformułowania „stosowanie prawa prywatnego w sektorze publicznym”. Niektórzy autorzy, zwłaszcza z kręgu francuskiej nauki prawa administracyjnego, kwestionują określenie „stosowanie prawa prywatnego w działaniach administracji” (zob. Część III rozdz. 9). Argumentują, że mamy tu do czynienia z inną niż stosowanie techniką prawniczą, którą można nazwać „repcją” lub „używaniem” (*l'utilisation*) prawa cywilnego. Tego rodzaju poglądy mają oparcie w oryginalnych cechach francuskiego prawa administracyjnego. Wydaje się jednak, że w odniesieniu do takich systemów prawnych, jak polski czy niemiecki, bardziej odpowiednim określeniem będzie „stosowanie”. Pojęcie to cechuje się stosunkowo szerokim zakresem znaczeniowym. Autorzy wyjaśniają jednak, że pojęcie „stosowanie prawa cywilnego” rozumieją jeszcze szerzej, niż się przyjęło na gruncie tradycyjnej nauki prawa.

Autorzy przez pojęcie stosowania prawa prywatnego rozumieją sytuacje, gdy przedmiotem kwalifikacji prawnej dokonywanej przez sądy są przypadki, gdy podmiot publiczny posługuje się tzw. cywilnoprawnymi formami działania. Przy czym chodzi o posługiwanie się w bardzo szerokim tego słowa znaczeniu, tj. poczynając od ustawodawcy, który posługuje się różnymi metodami regulacji stosunków społecznych, a kończąc na podmiocie publicznym, który decyduje się na załatwienie pewnych spraw publicznych np. przez zawarcie umowy cywilnoprawnej z innym podmiotem publicznym lub jednostką prywatną. Inaczej można tu mó-

wić, że przedmiotem orzekania przez sądy jest „posługiwanie się przez podmioty publiczne instytucjami prawa prywatnego”⁵.

Tak szerokie ujęcie sformułowania „stosowanie prawa prywatnego (cywilnego) w sektorze publicznym” jest spowodowane tym, że w każdym ze wskazanych przypadków mamy do czynienia ze swoistym posłużeniem się przez podmiot publiczny instytucjami cywilnoprawnej proweniencji. Wiele z przypadków takiego posługiwania się jest godnych analizy, gdyż wiążą się z nimi ciekawe zjawiska i tendencje. Przede wszystkim przykłady te dają cenny materiał do przemyśleń, jaką rolę tym instytucjom cywilnoprawnej proweniencji przypisują organy władzy publicznej, czy też mówiąc szerzej: podmioty publiczne.

Autorzy zdają sobie sprawę, że może być im postawiony zarzut zbyt szerokiego rozumienia pojęcia stosowania prawa. W naszej europejskiej kulturze prawnej zwykło się wyróżniać jako odrębne zjawiska tworzenie i stosowanie prawa. Tymczasem, jak wynika z powyższego wyjaśnienia, autorzy terminem „stosowanie prawa” obejmują również działania prawodawcze. Niemniej od dawna wiadomo, że między tymi dwiema sferami zachodzą wielorakie zależności. Autorzy uznali, iż wierne hołdowanie tradycyjnemu podziałowi na tworzenie i stosowanie prawa zubożyłoby zbyttno zakres rozważań. Nie można bowiem odwracać oczu od zjawiska zamazywania we współczesnym świecie podziału na tworzenie prawa i jego stosowanie przez sądy. Proces ten następuje w Europie i można wskazać jego liczne przejawy. Pytanie o konstytucyjne bariery stosowalności prawa prywatnego w sektorze publicznym jest m.in. pytaniem o konstytucyjne granice wymienności cywilnoprawnej i administracyjnej metody regulacji stosunków społecznych, a więc pytaniem o zakres swobody ustawodawcy w tym zakresie. Decyzje ustawodawcze podlegają kontroli sądów konstytucyjnych, które w ten sposób wpływają na kształt prawa cywilnego⁶. Jest to więc pytanie, przed którym musi stanąć ustawodawca, ale i sędzia lub inny organ stosujący prawo. Zachodzi więc tutaj swego rodzaju interakcja (współzależność) między językiem prawnym (językiem, którym posługuje się prawodawca) i prawniczym (językiem, w którym toczy się dyskurs o prawie – na temat tych języków zob. Część I rozdz. 1).

Kwestia dopuszczalności stosowania prawa prywatnego w tym specyficznym środowisku, jakim jest sektor publiczny, w pewnym sensie wiąże się integralnie z zagadnieniem tworzenia prawa. Te dwa aspekty (tworzenie i stosowanie prawa) przenikają się do pewnego stopnia. Jeżeli bowiem sąd stwierdzi po

⁵ Szerokie rozumienie pojęcia „stosowanie prawa prywatnego” proponuje również S. Prutis, *Instytucje podstawowe prawa prywatnego*, Białystok 2018, s. 268–271.

⁶ Zob. na ten temat F. Becker, *Öffentliches und Privates Recht*, NVwZ 2019, s. 1389, i wskazane jako przykład orzeczenie niemieckiego Sądu Konstytucyjnego: BVerfGE 133, 59 = StAZ 2013, 184 = NJW 2013, 847 = NVwZ 2013, 1207 Ls.

dokonaniu interpretacji obowiązujących przepisów, w tym konstytucji, że tzw. cywilnoprawna metoda regulacji jest w odniesieniu do danych stosunków społecznych niewskazana, siłą rzeczy wówczas jego skłonność do stosowania instytucji prawa cywilnego będzie w znacznej mierze ograniczona. Bywa i tak, że cywilnoprawna metoda regulacji jest niejako wprowadzona w trybie tzw. prawa sędziowskiego. To sędziowie bowiem niejednokrotnie, wobec braku precyzyjnych unormowań prawnych, decydują o zastosowaniu instytucji typowych dla cywilnoprawnej metody regulacji. To sędziowie ustalają treść norm ustanowionych przez prawodawcę. W konsekwencji pojawia się zjawisko kontroli konstytucyjności normy, której treść zostaje ustalona w drodze orzecznictwa Sądu Najwyższego i innych sądów⁷.

Dlatego też zarówno prawodawca, jak i sędziowie muszą rozważyć, czy zastosowanie instytucji prawa cywilnego do stosunków zachodzących w ramach sektora publicznego nie narusza zasad wyrażonych w konstytucji. Innymi słowy, muszą rozważyć, czy zastosowanie w sektorze publicznym instytucji typowej dla prawa cywilnego nie prowadzi do swoistego nadużycia formy prawnej⁸.

Sam problem stosowalności prawa prywatnego w sektorze publicznym jest więc co najmniej dwupłaszczyznowy: na najwyższym szczeblu abstrakcji pojawia się pytanie o dopuszczalność wyboru cywilnoprawnej metody regulacji stosunków społecznych; jest to więc pytanie adresowane głównie do ustawodawcy, w drugiej kolejności do sędziów (prawo sędziowskie). Pojawiają się tutaj fundamentalne dylematy; rodzą się kwestie natury ideologicznej, społecznej, w tym pytania o aksjologię konstytucyjną. Na niższym szczeblu abstrakcji (druga płaszczyzna) pojawiają się pytania o stosowanie konkretnych instytucji, czy też pojedynczych wręcz przepisów zaliczanych do regulacji cywilnoprawnych. Adresowane są one do organów władzy publicznej innych niż ustawodawca. Niekoniecznie tym pytaniom towarzyszą tak fundamentalne dylematy, jak te, które występują przy wyborze metody regulacji. Można rzec, że są to pytania bardziej techniczne. Może więc tu chodzić o takie kwestie, jak: możliwość potrącenia, zastosowania przepisów o pełnomocnictwie, o wadach oświadczeń woli itp. Te dwie płaszczyzny problematyki

⁷ M. Wiącek, S. Żółtek, Niekonstytucyjność normy ustalonej w drodze orzecznictwa Sądu Najwyższego, [w:] *Analizy Sądu Najwyższego. Materiały Naukowe. Jednolitość orzecznictwa, standard, instrumenty, praktyka*, t. 1, red. M. Grochowski, M. Raczkowski, S. Żółtek, Biuro Studiów i Analiz Sądu Najwyższego, Warszawa 2015, s. 49 i n. Np. P. Wszolek zauważa, iż o zjawisku „ucieczki w sferę prawa cywilnego” można mówić zarówno na płaszczyźnie prawodawstwa, jak i na płaszczyźnie stosowania prawa przez sądy – zob. idem, *Kryteria wyodrębniania prawa administracyjnego*, Warszawa 2016, s. 128.

⁸ Pojęcie „Formenmissbrauch” rozpropagował Ch. Pestalozza, „Formenmißbrauch” des Staates. Zu Figur und Folgen des „Rechtsmißbrauchs” und ihrer Anwendung auf staatliches Verhalten, München 1973 (na temat nadużycia formy przez ustawodawcę zob. s. 39 i n).

stosowania prawa prywatnego (cywilnego) w sektorze publicznym należy mieć na uwadze przy rozpatrywaniu konkretnych zagadnień praktycznych⁹.

3) W nawiązaniu do powyższego wyводу na temat wielopłaszczyznowości analizowanego zagadnienia należy zwrócić uwagę, że sam termin „prawo prywatne (cywilne)” może być rozumiany różnie. Niekiedy może chodzić o określoną metodę regulacji stosunków społecznych, a innym razem o stosowanie pojedynczych instytucji, czy nawet pojedynczego przepisu, kwalifikowanych jako cywilnoprawne. Autorzy przyjmują metodologiczne założenie, że w zależności od tego mogą wystąpić różne perspektywy badawcze, i w prowadzonych badaniach będą to mieli na uwadze.

W innym jeszcze sensie autorzy opracowania przyjęli szerokie rozumienie pojęcia „prawo prywatne (cywilne)”. Posłużyli się kryterium techniczno-legislacyjnym, zgodnie z którym przepisy prawa cywilnego to te, które zostały zawarte w aktach normatywnych zaliczanych powszechnie do prawa cywilnego. Zgodnie z tym kryterium na czoło wybijają się oczywiście przepisy kodeksu cywilnego. Autorzy zdają sobie sprawę z kontrowersyjności takiego techniczno-legislacyjnego kryterium¹⁰, aczkolwiek kodeksy cywilne rzeczywiście w Europie wskazywane są jako kryterium odróżnienia¹¹. Jednakże bez przyjęcia tego kryterium, przynajmniej na początku rozważań, trudno byłoby w ogóle podjąć wskazaną tematykę. Autorzy uwikłaliby się bowiem od początku w zawiłe teoretyczne rozważania, które przepisy są regulacją cywilnoprawną, a które zaś publicznoprawną. Z podobnych powodów autorzy nie wprowadzają rozróżnienia na prawo cywilne i prywatne. Będą tych określeń używać zamiennie. Niemniej analizie musi zostać poddany podział na prawo publiczne i prywatne. Od tego nie sposób uciec. Autorzy mają świadomość, że podział ten nie jest jednolicie przeprowadzany w poszczególnych państwach, nawet w obrębie UE. Zdają sobie też w konsekwencji

⁹ W nauce niemieckiej wyróżnia się owe płaszczyzny w związku z analizą tzw. horyzontalnego efektu praw podstawowych (*Drittwirkung*). Zauważa się, że te płaszczyzny nie są wyraźnie wyodrębnione, i analizuje się je często łącznie. Zob. C.W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz*, Berlin–New York 1999, s. 11 i n.; zob. Ch Starck, *Human rights and private law in German constitutional development and in the jurisdiction of the Federal Constitutional Court*, [w:] *Human Rights in Private Law*, red. D. Friedmann, D. Barak-Erez, Oxford–Portland, Oregon, 2001, s. 97; zob. J. Krzeminska-Vamvaka, *Horizontal effect of fundamental rights and freedoms – much ado about nothing? German, Polish and EU theories compared after Viking Line*, Jean Monnet Working Paper 2009, nr 11/09, s. 8.

¹⁰ Na temat kontrowersyjności takiego ujęcia zob. M. Safjan, *Pojęcie i systematyka prawa prywatnego*, [w:] *System prawa prywatnego*, red. Z. Radwańskiego, t. 1, Warszawa 2007, s. 35; P. Wszolek, *Kryteria wyodrębniania*, s. 109.

¹¹ Zob. J. Helios, *Publicyzacja prawa prywatnego – prywatyzacja prawa publicznego w kontekście rozważań nad prawem europejskim*, *Przegląd Prawa i Administracji* 2013, nr 92, s. 35. Jak pisze S. Prutis, powołując się na Z. Radwańskiego, kodeks cywilny jest fundamentem prawa prywatnego. Zob. S. Prutis, *Instytucje podstawowe*, s. 52.

sprawę, iż w jednym systemie prawnym dana instytucja (np. umowa zawierana przez podmiot publiczny) może być zaliczana do instrumentów prawa publicznego, a w innych – cywilnego. W wyniku tego stosowanie instytucji umowy nie musi być zaliczone do zagadnień stosowania prawa prywatnego w sektorze publicznym. W konsekwencji pojawiają się problemy komparatystycznej natury.

4) Zastosowanie metody komparatystycznej, w tym przypadku porównanie rozwiązań polskich i niemieckich, w tak złożonych uwarunkowaniach prawnych i semantycznych napotyka więc szereg trudności. Poszczególne instytucje zaliczane w Polsce do prawa prywatnego w świetle prawa niemieckiego mogą bowiem być kwalifikowane jako publicznoprawne i *vice versa*. Dotyczy to nie tylko kwestii umowy, ale także własności, bezpodstawnego wzbogacenia czy odpowiedzialności odszkodowawczej władz publicznych. Niekiedy występuje zjawisko wręcz nieprzetłumaczalności języka prawnego czy prawniczego poszczególnych państw. Bez pewnych założeń wstępnych bardzo trudno prowadzić jakiegokolwiek rozważania prawoporównawcze (zob. Część I rozdz. 1.II). W konsekwencji może nawet niekiedy pojawić się również pytanie o sens prowadzenia badań porównawczych w zakresie stosowania prawa prywatnego w sektorze publicznym.

Autorzy pracy podjęli się jednak na przekór tym problemom zadania porównania rozwiązań niemieckich i polskich w wybranych dziedzinach. Uczynili tak z kilku powodów. Wyrażają oni przekonanie, że badania komparatystyczne mają sens, gdyż przynoszą szereg pozytywnych rezultatów. Przez poznanie innego systemu prawnego możemy w większym stopniu zrozumieć rodzime rozwiązania prawne, a w konsekwencji ocenić ich efektywność i wytyczyć kierunki zmian. Warto więc takie wysiłki komparatystyczne podjąć pomimo wskazanych trudności. Trafności tego twierdzenia dowodzą prace innych autorów podejmowane na szeroką skalę celem porównania rozwiązań prawnych występujących w różnych państwach zarówno europejskich, jak i pozaeuropejskich (zob. np. R. Noguellou, U. Stelkens (red.), *Droit comparé des contrats publics*, Bruxelles 2010). Musieli oni przyjąć określone założenia wstępne, by w ogóle takie badania komparatystyczne prowadzić (zob. Część I rozdz. 1.III). Mimo że w pracy główny nacisk zostanie położony na porównanie rozwiązań polskich i niemieckich, autorzy odwoływać się będą także do wybranych rozwiązań prawnych innych państw europejskich oraz prawa unijnego.

W rzeczywistości różnica między dwoma systemami prawnymi, zwłaszcza należącymi do europejskiego kręgu kulturowego, może okazać się mniejsza, niż się *prima facie* wydaje. Autorom przyświeca przekonanie, że państwo i inne podmioty publiczne nie są takimi samymi podmiotami jak jednostki prywatne, nawet gdy posługują się cywilnoprawnymi formami aktywności z umową cywilnoprawną na czele. Autorzy przyjmują założenie, iż prawidłowość ta występuje co do zasady we wszystkich państwach Unii Europejskiej, czyli że posługiwanie się

przez administrację formami aktywności cywilnoprawnej proweniencji cechuje się w każdym państwie określoną specyfiką, i można oraz warto dokonać komparatystycznej analizy w tym zakresie. Założenie to opiera się na tzw. metodzie funkcjonalnej, będącej nadal dominującą i jedną z najstarszych zarazem metod w analizach prawnoporównawczych¹². U podstaw tej metody leży przekonanie, iż we wszystkich państwach, a także społeczeństwach występują w gruncie rzeczy podobne, a nawet identyczne problemy. W konsekwencji środki zastosowane w jednym systemie prawnym celem wyeliminowania tych problemów są funkcjonalnym odpowiednikiem (*functional equivalents*) instrumentów występujących w innych systemach prawnych. Oczywiście owe odpowiedniki czy też ekwiwalenty mogą się cechować różnym stopniem skuteczności.

Z drugiej strony należy zauważyć, że w kręgu administratywistów słusznie zwraca się niekiedy uwagę, iż wszelkie wnioski wysuwane na podstawie rozważań komparatystycznych, a zwłaszcza czerpanie wzorów z prawa innych państw, musi być dokonywane z daleko idącą ostrożnością¹³. Na pewno nie byłoby właściwe bezrefleksyjne przeszczepianie rozwiązań prawnych i instytucji wypracowanych w innych państwach. Istnieją bowiem daleko idące różnice między poszczególnymi państwami europejskimi, gdy chodzi o zakres materii objętej regulacją odnoszącą się do tzw. sektora publicznego. Analiza rozwoju polskiego prawa oraz prawa państw Europy Zachodniej wskazuje na rozległość i skalę tych różnic, wbrew powszechnemu przekonaniu, iż systemy prawne państw Europy kontynentalnej są do siebie zbliżone. Różnice występują m.in. w odniesieniu do tak fundamentalnych zagadnień, jak system źródeł prawa oraz zakres (przedmiot) prawa publicznego. Stąd cała niniejsza praca w jakiejś części jest także studium problemów, jakie napotyka się w badaniach prawnoporównawczych nad zagadnieniami funkcjonowania sektora publicznego. Autorzy postarają się odpowiedzieć, czy zachodzi proces konwergencji między systemami prawnymi państw europejskich w badanej dziedzinie.

¹² Zob. O. Brand, *Conceptual comparisons: towards a coherent methodology of comparative legal studies*, *Brooklyn Journal of International Law* 2007, t. 32, nr 2, s. 409 i n.; R. Michaels, *Comparative law*, [w:] *Oxford Handbook of European Private Law*, red. J. Basedow, K. Hopt, R. Zimmermann, Oxford 2011, s. 1 i n. (https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2388); A. Doczekalska, *Comparative law and legal translation in the search for functional equivalents – Intertwined or separate domains?*, *Comparative Legilinguistics* 2013, nr 16, s. 63 i n.

¹³ Zob. na ten temat K. Ziemiński, *Indywidualny akt administracyjny jako forma prawna działania administracji*, Poznań 2005, s. 143; R. Szczepaniak, *The nature of the division into public and private law, with particular emphasis on the Polish experiences*, *Comparative Law Review* 2015, nr 20, s. 50. Zob. też A. Piskorz-Ryń, *Ponowne wykorzystanie informacji sektora publicznego*, Warszawa 2018, s. 36 i n. Autorka zwraca uwagę na odmienną tradycję poszczególnych państw członkowskich UE. Prawo unijne wprowadza harmonizację poprzez dyrektywy, pozostawiając jednak państwom członkowskim względną swobodę osiągania zamierzonych celów.

5) Należy w tym miejscu podkreślić, że autorzy przyjęli pewne założenia wstępne, np. dali prymat kryterium podmiotowemu w prowadzonych rozważaniach. Chodzi o kryterium używane do rozróżniania prawa prywatnego i publicznego, ale także kryterium uzasadniające wprowadzanie określonych modyfikacji zasad wypracowanych w cywilistyce. Danie prymatu kryterium podmiotowemu zostanie wyjaśnione w poszczególnych rozdziałach pracy (Część I rozdz. 1.V.2 i rozdz. 2.VIII).

Dopuszczalność stosowania prawa prywatnego w sektorze publicznym zawsze budziła mniejsze lub większe kontrowersje. Kontrowersje te są przynajmniej w części pokłosiem znaczenia podziału systemu prawnego na prawo publiczne i prywatne, który jest respektowany w europejskiej kulturze prawa stanowionego. Jak twierdzą niektórzy przedstawiciele doktryny nie tylko w Polsce, lecz także w Niemczech, podział ten wynika z samej natury systemu prawnego. Nawiązanie w tym miejscu do tak doniosłego podziału, jakim jest podział na prawo publiczne i prywatne, jest jak najbardziej zasadne. Sugeruje ono, że w dyskusjach nad stosowaniem prawa prywatnego w sektorze publicznym podnoszone są argumenty najwyższej rangi, nawiązujące do tego podziału. Dowodzi tego analiza orzecznictwa i literatury zarówno w Polsce, jak i innych państwach europejskich. Wielokrotnie bowiem odmowa stosowania pewnych instytucji cywilnoprawnej proweniencji w tym środowisku, jakim jest sektor publiczny, uzasadniana jest nieprzekraczalnością dwóch sfer: sfery prawa prywatnego i sfery prawa publicznego. Nie przesądzając *a priori* zasadności tego podziału, autorzy pracy stawiają hipotezę, że współczesne czasy wymagają odpowiedniego zredefiniowania tego podziału. W szczególności wątpliwości budzi tradycyjny pogląd, że jest to podział o charakterze dychotomicznym. Takie ujęcie prowadzi do swoistego absolutyzowania tego podziału. Nadal w środowisku naukowym można natrafić na przejawy postawy cechującej się traktowaniem owego podziału jako wartości samej w sobie. Już sama ta postawa może być przedmiotem badań. Powstaje pytanie, czy tak silnie zarysowany podział na prawo publiczne i prywatne znajduje uzasadnienie w konstytucji; czy tak silnie zarysowany podział na prawo publiczne i prywatne harmonizuje z aksjologią konstytucyjną? W szczególności warto postawić pytanie, czy nie stał się on, jak to by określiła Ewa Łętowska, jedną z barier w naszym myśleniu o prawie¹⁴. Autorzy przeanalizują przypadki orzecznictwa, gdy powołanie się na ten podział wywarło wpływ na treść rozstrzygnięcia, i będą te przypadki oceniać z punktu widzenia aksjologii konstytucyjnej¹⁵.

¹⁴ Zob. E. Łętowska, Bariery naszego myślenia o prawie w perspektywie integracji z Europą, PiP 1996, z. 4–5, s. 46.

¹⁵ Zob. R. Szczepaniak, Sens i nonsens podziału na prawo publiczne i prywatne, PiP 2013, z. 5; idem, Przyczyny odwoływania się do podziału na prawo publiczne i prywatne przez polskie organy stosujące prawo, Forum Prawnicze 2015, nr 1 (27).

6) Należy także wyjaśnić termin „sektor publiczny”. Jego rozumienie zostanie gruntownie uzasadnione w Części I (rozdz. 1) pracy. W tym miejscu należy tylko zaznaczyć, iż autorzy rozumieją to pojęcie szeroko. W szczególności w ich ujęciu jest to pojęcie szersze od pojęcia sektora finansów publicznych, określonego w art. 9 polskiej ustawy z 27.08.2009 r. o finansach publicznych¹⁶, obejmuje bowiem również działalność np. spółek komunalnych. Pojęcie „sektor publiczny” oznaczać ma całą sferę aktywności państwa i innych podmiotów publicznych. Dotyczy to więc zarówno stosunków między samymi podmiotami publicznymi, jak i między podmiotami publicznymi i prywatnymi. Takie szerokie rozumienie też jest wynikiem przyznania prymatu kryterium podmiotowemu w prowadzonych rozważaniach.

Niejednokrotnie używane jest określenie: „stosowanie prawa prywatnego (przepisów prawa prywatnego) w prawie publicznym (administracyjnym)” albo „stosowanie prawa prywatnego w prawie administracyjnym”. W niniejszej publikacji to sformułowanie niekiedy też jest używane (zwłaszcza w Części III rozdz. 9), by odróżnić stosowanie przepisów prawa prywatnego w obszarze poddanym wyłącznie regulacji prawa administracyjnego od przypadków stosowania przepisów prawa cywilnego w całym sektorze publicznym. Wydaje się jednak, iż lepszym określeniem, a przede wszystkim ostrożniejszym, jest „stosowanie prawa prywatnego w sektorze publicznym”. Aby bowiem w tytule posłużyć się określeniem „prawo publiczne”, należałoby najpierw odpowiedzieć na pytanie, co to jest prawo publiczne względnie prawo administracyjne. Odpowiedzi takich nie można by było udzielić bez dokonania szeregu założeń wstępnych, które wprowadzałyby daleko idący konwencjonalizm badawczy i poznawczy. Dużo bardziej neutralnym metodologicznie określeniem jest „sektor publiczny”. Ponadto, co bardzo ważne, w tytule pracy autorzy pragnęli uniknąć apriorycznego założenia, że sektor publiczny jest poddany regulacji wyłącznie prawa publicznego. Należy przy tym zauważyć, że zastąpienie pojęcia „prawo publiczne” pojęciem „prawo administracyjne” też nie wprowadziłoby dostatecznej precyzji. Także bowiem termin „prawo administracyjne” budzi daleko idące obiekcje (zob. Część I rozdz. 1.V.2).

Ponadto należy zwrócić uwagę na jeszcze jeden powód, dla którego autorzy wolą używać sformułowania „stosowanie prawa prywatnego w sektorze publicznym”. Sformułowanie „stosowanie prawa prywatnego w prawie publicznym (prawie administracyjnym)” także z innego powodu nie jest fortunne; zawiera się w nim pewna logiczna sprzeczność. Można je bowiem sprowadzić do jeszcze krótszego sformułowania, że „prawo znajduje zastosowanie w prawie” względnie że „przepisy znajdują zastosowanie w prawie”. Prawo (przepisy prawa) natomiast znajduje zastosowanie w poszczególnych stanach faktycznych. Lepszym już sfor-

¹⁶ Dz.U. 2013, poz. 885.

mułowaniem byłoby „stosowanie prawa prywatnego w obszarze zastrzeżonym dla prawa administracyjnego”. W pracy zostanie jednak podjęta próba udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy w ogóle można mówić o stosowaniu prawa prywatnego w obszarze zastrzeżonym dla prawa administracyjnego. Skoro dany obszar zastrzeżony jest dla prawa administracyjnego, to być może konsekwentnie można mówić jedynie o stosowaniu prawa administracyjnego. Przepisy prawa cywilnego służą wówczas jedynie do rozwijania prawa administracyjnego, które jest stosowane. Innymi słowy, prawo administracyjne rozwija się kosztem prawa cywilnego.

7) Przez pojęcie konstytucji autorzy rozumieją zarówno najwyższy akt prawny państwa (ustawa zasadnicza), jak również pewne fundamentalne normy (zasady) prawa międzynarodowego, w tym prawo UE oraz EKPC podpisaną przez państwa członkowskie Rady Europy. Jak wiadomo, prawo UE (zwłaszcza tzw. prawo pierwotne, w tym traktatowe) funkcjonuje jako konstytucyjny porządek prawny¹⁷. Współcześnie dostrzega się coraz większy wpływ prawa europejskiego na sferę tradycyjnie zastrzeżoną dla cywilnoprawnej metody regulacji¹⁸. Sfera ta co do zasady dotychczas należała do prawodawców krajowych. W związku z tym mówi się o „europeizacji prawa prywatnego”¹⁹. Dostrzega się wręcz zjawisko europeizacji samego prawa konstytucyjnego. Wiąże się to zagadnienie ze złożoną i skomplikowaną kwestią relacji konstytucji krajowych i prawa unijnego, a w szczególności kwestią pierwszeństwa prawa unijnego nad konstytucjami państw członkowskich lub odwrotnie. Znakomicie złożoność tę oddają orzeczenia niemieckiego Sądu Konstytucyjnego. Niemiecki Sąd Konstytucyjny (BVerfG) – inaczej niż Trybunał Sprawiedliwości UE – w sposób charakterystyczny dla niemieckiej metodyki prawniczej, stara się uwzględnić różnice między prawem traktatowym (pierwotnym) a prawem wtórnym (aktami stanowionymi przez organy Unii Europejskiej). W największym skrócie mówiąc, BVerfG nie przyznaje generalnie prawu europejskiemu jako takiemu bezwzględnego pierwszeństwa przed krajowym prawem konstytucyjnym. Honoruje oczywiście system prawa europejskiego jako system autonomiczny i potwierdza, że Unia jako wspólnota prawna nie może istnieć, jeżeli przepisom prawa europejskiego nie zostanie przyznany przymiot powszechnej i jednolitej w całej Unii skuteczności, co zapewnić może jedynie przyznanie prawu europejskiemu pierwszeństwa w jego stosowaniu przed prawem krajowym²⁰. Jednakże według

¹⁷ Zob. J. Helios, *Publicyzacja prawa prywatnego*, s. 31.

¹⁸ Zob. F. Becker, *Öffentliches und Privates Recht*, s. 1388.

¹⁹ Zob. M. Adamczak-Retecka, *Odpowiedzialność odszkodowawcza jednostek za naruszenie prawa wspólnotowego*, Warszawa 2010, s. 76–77.

²⁰ BVerfGE, wyrok z 6.07.2010 r. (2 BvR 2661/06 (Honeywell)), *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, t. 126, s. 286–331 (s. 301), w oczywistym nawiązaniu do wyroku TSUE z 15.06.1964 r., 6/64 (Costa/ENEL), *Zb. Orz.* 1964, s. 1251.

BVerfG źródłem tego prymatu nie jest charakter prawa europejskiego jako prawa supranarodowego, ale przepis krajowy, otwierający narodowy porządek prawny na obcy system prawa²¹. W Niemczech tym przepisem jest art. 23 ust. 1 GG i to wokół niego orbituje dyskusja o relacji niemieckiego prawa konstytucyjnego i prawa unijnego. Zatem to Ustawa zasadnicza stanowi podstawę do przeniesienia władztwa na UE, wyznacza warunki i granice wykonywania uprawnień przez organy UE. Koreluje z tym zasada ograniczonego pojedynczego upoważnienia wyrażona w art. 5 ust. 1 zd. 1 i ust. 2 zd. 1 Traktatu o Unii Europejskiej. Federalny Sąd Konstytucyjny jest zatem uprawniony, a nawet zobowiązany, do kontroli działań instytucji i organów Unii Europejskiej w zakresie zachowania ich kompetencji oraz w stosownych przypadkach do stwierdzenia, że działania *ultra vires* nie odnoszą skutku w niemieckim systemie prawnym²². Obowiązek reagowania przez BVerfG na uzasadnione skargi odnoszące się do naruszających kompetencje działań ze strony instytucji i organów europejskich jest skoordynowany z zadaniem interpretacji i stosowania traktatów, a tym samym zachowania jedności i spójności prawa unijnego, powierzonym Sądowi Konstytucyjnemu na mocy art. 19 ust. 1 pkt 1 zd. 2 TUE i art. 267 TFUE. Taka kontrola musi być wykonywana z przyjaznym nastawieniem wobec prawa unijnego (*europarechtsfreundlich*) i powściągliwie, aby nie naruszać istoty wspólnoty prawnej²³. Stąd też BVerfG nie podważa właściwości Trybunału Sprawiedliwości UE do dokonywania wiążącej wykładni prawa unijnego. Co więcej, zanim BVerfG się wypowie co do skuteczności określonego aktu prawa wtórnego, należy stworzyć możliwość zajęcia stanowiska przez TSUE. Temu służy choćby instrument pytań prejudycjalnych.

Stąd więc BVerfG ogranicza się do kontroli aktów *ultra vires* tylko w tych sytuacjach, gdy jest oczywiste, że akty instytucji i organów europejskich wykraczają poza przyznane uprawnienia²⁴. Naruszenie zasady ograniczonego pojedynczego upoważnienia musi być więc ewidentne, czyli przekroczenie granic kompetencji przez instytucje i organy europejskie następuje w sposób wyraźny (drastyczny, jawny, oczywisty, w oderwaniu od podstawy traktatowej).

²¹ BVerfGE, wyrok z 22.10.1986 r. (2 BvR 197/83 (Solange II)), Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, t. 73, s. 339–388 (s. 374–375).

²² BVerfGE, wyrok z 6.07.2010 r. (2 BvR 2661/06 (Honeywell)), Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, t. 126, s. 286–331 (s. 302), w nawiązaniu do licznego wcześniejszego orzecznictwa (BVerfGE 75, 223 (s. 235 i 242); 89, 155 (s. 188); 113, 273 (s. 296); 123, 267, (s. 353).

²³ BVerfGE, wyrok z 30.06.2009 r. (2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09, Lissabon), Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, t. 123, s. 267–437 (s. 354).

²⁴ BVerfGE, wyrok z 30.06.2009 r. (2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09, Lissabon), Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, t. 123, s. 267–437 (s. 353 i 400), oraz wyrok z 6.07.2010 r. (2 BvR 2661/06 (Honeywell)), Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, t. 126, s. 286–331 (s. 304).

Jednocześnie też BVerfG rozróżnia przypadki prawa pierwotnego i wtórnego UE. Akty prawa wtórnego, stanowione przez organy UE na podstawie i w postępowaniu przewidzianym w Traktacie o funkcjonowaniu UE, podlegają nie tylko kontroli formalnoprawnej pod kątem dochowania ram kompetencyjnych, ale również z punktu widzenia materialnoprawnego, ze względu na zgodność z prawami podstawowymi według reguł opisanych w orzeczeniu BVerfG z 22.10.1986 r. (Solange II).

Zanim UE wykształciła własny system ochrony praw podstawowych skodyfikowanych w Karcie praw podstawowych i zobowiązała się do ich przestrzegania w art. 6 Traktatu o UE, niemiecki Sąd Konstytucyjny pozwalał sobie na badanie zgodności prawa wtórnego z prawami podstawowymi chronionymi w Ustawie zasadniczej, wychodząc z założenia, że wyłącznie Grundgesetz gwarantuje odpowiedni poziom ochrony²⁵. Dostrzegając jednak stopniowy wzrost ochrony prawnej na poziomie UE, niemiecki Sąd Konstytucyjny w 1986 r. stwierdził, że „dopóki (Solange), dopóty Wspólnoty Europejskie, a w szczególności orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, nie zagwarantują skutecznej ochrony praw podstawowych w stosunku do władzy Wspólnot, która będzie co do zasady równorzędna z poziomem ochrony praw podstawowych wymaganej przez GG, BVerfG nie będzie wykonywał swoich uprawnień w zakresie kontroli pochodnego prawa wspólnotowego, które organy państwa niemieckiego wykorzystają jako podstawy prawne, i tym samym nie będzie kontrolował przepisów prawa wtórnego według standardów ochrony przewidzianych w Ustawie zasadniczej [...]”²⁶.

Obecnie poziom ochrony praw podstawowych na płaszczyźnie prawa europejskiego jest na tyle wysoki, że kontrola oparta na zasadach wynikających z tego orzeczenia jest absolutnie wyjątkowa. Skargi konstytucyjne i wnioski sądów opierane na zarzutach naruszenia przez wtórne prawo unijne praw podstawowych wynikających z Ustawy zasadniczej są co do zasady niedopuszczalne, o ile nie wynika z nich w sposób uzasadniony, że ochrona na poziomie prawa europejskiego, w tym orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, po wydaniu orzeczenia Solange II spadła poniżej wymaganego standardu²⁷.

Natomiast zawarcie traktatów, stanowiących istotę prawa pierwotnego UE, wymaga według art. 79 ust. 3 GG i art. 23 ust. 1 zd. 3 GG wydania ustawy (*Zustimmungsgesetz*), w której wyraża się zgodę na przeniesienie uprawnień władczych na organizację międzynarodową, jaką jest UE. Jako że ustawa ta jest

²⁵ BVerfG, wyrok z 29.05.1974 r. (BvL 52/71 (Solange I)), Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, t. 37, s. 271–305 (s. 285).

²⁶ BVerfGE, wyrok z 22.10.1986 r. (2 BvR 197/83 (Solange II)), Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, t. 73, s. 339–388, teza nr 2.

²⁷ BVerfG, uchwała z 7.06.2000 r. (2 BvL 1/97 (Banananmarktordnung)), Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, t. 102, s. 147–166 (s. 164).

aktem prawa krajowego, podlega kontroli przez BVerfG z perspektywy, czy nie doszło do ingerencji w sferę stanowiącą „nienaruszalne jądro tożsamości konstytucyjnej Ustawy zasadniczej” („unantastbarer Kern der Verfassungsidentität des Grundgesetzes”)²⁸. Zakwestionowanie przez BVerfG ustawy krajowej wyrażającej zgodę na ratyfikację umowy międzynarodowej powoduje, że nie dochodzi do jej włączenia do systemu prawa krajowego.

Podsumowując więc, można stwierdzić, że niemiecki Sąd Konstytucyjny inaczej niż TSUE nie opowiada się za bezwzględnym prymatem prawa unijnego w państwie członkowskim, ale nie pozbawia się kontroli obowiązywania prawa unijnego w Niemczech i dywersyfikuje zasady kontroli w zależności od tego, czy mamy do czynienia z aktem prawa wtórnego czy z kontrolą aktu prawa krajowego, umożliwiającą ratyfikację traktatów stanowiących podwaliny UE.

Jak się wydaje, stanowisko polskiego Trybunału Konstytucyjnego jest zbieżne z opisanym powyżej stanowiskiem niemieckiego Sądu Konstytucyjnego. Co prawda polski Trybunał Konstytucyjny przyznaje prymat Konstytucji nad prawem unijnym, jednocześnie jednak zastrzega, iż „rozwój Unii Europejskiej w wielu przypadkach wymusza nowe podejście do zagadnień i instytucji prawnych, które zostały w toku wieloletniej (a niekiedy wielowiekowej) tradycji ukształtowane, wzbogacone orzecznictwem i doktryną, które wreszcie zakorzeniły się w świadomości pokoleń prawników. Konieczność redefiniowania pewnych – wydawałoby się nienaruszalnych – instytucji i pojęć wynika z faktu, że w nowej sytuacji prawnej, wynikającej z integracji europejskiej, może niekiedy dochodzić do konfliktu pomiędzy utartym rozumieniem niektórych przepisów konstytucyjnych a nowo powstałymi potrzebami skutecznego, jednocześnie zgodnego z konstytucyjnymi pryncypiami, oddziaływania na forum Unii Europejskiej. [...] Niezbędne jest podjęcie próby takiej interpretacji norm konstytucyjnych, które umożliwi wkomponowanie wpływu organów państwa polskiego (w tym parlamentu) na stanowienie prawa unijnego w istniejące ramy ustrojowe Rzeczypospolitej. Takie podejście zgodne jest zresztą z zasadą wykładni Konstytucji w sposób przyjazny integracji europejskiej”²⁹.

W konsekwencji, jak wynika z powyższej prezentacji orzecznictwa niemieckiego i polskiego, mamy do czynienia na przykładzie państw UE z multicytrycznymi systemami prawnymi³⁰.

²⁸ BVerfGE, wyrok z 30.06.2009 r. (2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09, Lissabon), Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, t. 123, s. 267–437 (s. 344 i n.).

²⁹ Zob. wyrok TK z 12.01.2005 r., K 24/04, OTK-A 2005/1/3. Zob. także wyroki TK: z 11.05.2005 r., K 18/04, OTK-A 2005/5/49; z 24.11.2010 r., K 32/09; OTK-A 2010/9/108.

³⁰ Zob. E. Łętowska, Multicytryczność systemu prawa i jej konsekwencje, PiP 2005, z. 4, s. 3 i n.

3.

Praca została podzielona na cztery części. Część I odznacza się głęboko teoretycznym charakterem. Analiza dokonana w ramach tej części jest – jakby to ujął wybitny polski cywilista Adam Szpunar – „pojęciowym oczyszczeniem przedpola”, a mówiąc inaczej: stanowi ona niezbędną bazę do bardziej szczegółowych analiz zawartych w dalszych częściach. Część II monografii jest wyrazem pewnej interdyscyplinarności w obrębie nauk prawnych. Co prawda autorzy starali się, by cała praca miała interdyscyplinarny charakter, nie kryją jednak, iż najmocniej ekspozycyjny jest w niej dorobek cywilistyki. Takie ujęcie tego tematu badawczego występuje relatywnie rzadko w Europie. Najczęściej bowiem tematyką stosowania prawa prywatnego w sektorze publicznym interesują się przedstawiciele nauki prawa administracyjnego (publicznego). Tak jest nawet wtedy, gdy panuje przekonanie, że nadal mamy do czynienia z przepisami prawa cywilnego. Przykładem jest nauka niemiecka. Najbardziej istotne koncepcje i pojęcia odnoszące się do tej tematyki są dziełem znakomitych niemieckich znawców prawa administracyjnego. Dlatego też dla większego zachowania równowagi w Części II zaprezentowany został dorobek nauki prawa publicznego poświęcony cywilnoprawnym formom działania administracji publicznej. Autorzy wyrażają nadzieję, iż rozważania tam zawarte stanowią będą interesujący kontrapunkt dla pozostałych analiz zaprezentowanych w monografii.

Część III pracy ma bardziej kazuistyczny charakter. Poświęcona ona została analizie zastosowania wybranych instytucji prawnych cywilistycznej proveniencji w sektorze publicznym. Nie znaczy to jednak, że rozważania zawarte w Części III są przejawem jedynie dogmatyki prawniczej. Autorzy również im starali się nadać walor teoretyczny. Musieli w tej części skonfrontować się m.in. z tak fundamentalnymi kwestiami, jak: natura i zakres praw podmiotowych służących podmiotom sektora publicznego, kwestia swobody umów podmiotów sektora publicznego a konstytucyjna zasada legalizmu czy zakres zdolności prawnej podmiotów publicznych. Część IV ma charakter podsumowania. W jej ramach podjęto próbę prezentacji wybranych zagadnień z obszaru cywilistycznej metodologii przez pryzmat analiz stosowania prawa prywatnego w sektorze publicznym.

Monografię kończy lista najważniejszych wniosków. Zdaniem autorów wnioski te wykraczają poza ramy wąsko pojętego tematu monografii. Analiza konstytucyjnych uwarunkowań stosowania prawa prywatnego w sektorze publicznym inspiruje bowiem do refleksji nad kondycją prawa cywilnego, istotą podziału na prawo publiczne i prywatne, a także relacją między prawem konstytucyjnym i cywilnym.