

Podział na prawo publiczne i prywatne. Uwagi na kanwie monografii Igora Zachariasza



Rafał Szczepaniak

Doktor habilitowany, adiunkt w Katedrze Prawa Cywilnego, Handlowego i Ubezpieczeniowego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, radca prawny.

The Dichotomy of Public and Private Law. A Review of the Monograph by Igor Zachariasz

This article is a review of the monograph by Igor Zachariasz entitled Prawo w ujęciu strukturalnym. Studium o dychotomicznym podziale prawa na prawo publiczne i prawo prywatne (Law in structural terms. A study on the dichotomous division of the law into public and private law). An analysis of the statements contained in this monograph gives ground to some considerations about the nature and meaning of cultivating the division between public and private law. The main thesis of the monograph that the division of law as a whole into public and private law is a cognitive matter is questionable, and the border separating the two areas of the law could be established in a clear and certain manner. Too little space appears to have been devoted to explain which area, private or public, should take the central role in the law or, in other words, what is the essence and rationale for the division of the legal system into public and private law. In particular, it is objectionable to assume a priori that this division is a dichotomy.

Wprowadzenie

Sięgnąłem po monografię Igora Zachariasza¹ ze względu na jej wielce wymowny i obiecujący tytuł. Od lat zajmuję się tematyką stosowania prawa prywatnego

w sektorze publicznym. U podłoża moich zainteresowań legło przekonanie, iż sektor publiczny jest obecnie jedną z kilku głównych płaszczyzn stosowania prawa prywatnego. W trakcie badań zauważyłem, iż kwestia podziału na prawo publiczne i prywatne urasta do jednego z kluczowych dylematów, z jakim nieodparcie musi się zmierzyć autor analizujący stosowanie prawa prywatnego

1 I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu strukturalnym. Studium o dychotomicznym podziale prawa na prawo publiczne i prawo prywatne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, stron 256.

w sektorze publicznym². Podział ten nie pozwala o sobie zapomnieć, daje znaczenie w wielu aspektach. Można więc odnieść wrażenie, że wręcz nie sposób od niego na obecnym etapie rozwoju kontynentalnej nauki prawa uciec, w konsekwencji trzeba się doń w jakiś

W szczególności pojawia się kwestia, czy jego podstawą jest jedynie tradycja, sięgająca czasów rzymskich, którą najpełniej wyraża nie do końca zrozumiała myśl Ulpiana⁴ oraz tradycyjny podział dyscyplin prawnych uzasadniający wyodrębnianie katedr i innych



Można odnieść wrażenie, że od podziału na prawo publiczne i prywatne nie sposób na obecnym etapie rozwoju kontynentalnej nauki prawa uciec. W konsekwencji trzeba się do niego w jakiś sposób odnieść.

sposób odnieść. Pomimo, wydawać by się mogło, abstrakcyjnego charakteru tego podziału można odnotować liczne przypadki powoływania się na niego przez organy stosujące prawo, zarówno sądy powszechne, jak i administracyjne, a także organy administracji publicznej. W konsekwencji podział ten ma nie tylko wymiar teoretyczny, ale i praktyczny³.

Dlatego też ciągle powraca nieodparte pytanie o sensowność podziału na prawo publiczne i prywatne.

2 Należy w tym miejscu wyjaśnić, że pojęcie „sektor publiczny” rozumiany szeroko. W szczególności jest ono według mnie szersze niż „sektor finansów publicznych” określony w art. 9 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 885, z późn. zm.), obejmuje bowiem również działalność np. spółek komunalnych, słowem – całą sferę aktywności państwa i innych podmiotów publicznych. Dotyczy ono więc zarówno stosunków między samymi podmiotami publicznymi, jak i między podmiotami publicznymi i prywatnymi. Autor pod tym pojęciem rozumie państwo, a także jednostki organizacyjne pochodne w stosunku do państwa, takie jak państwowe osoby prawne i jednostki samorządu terytorialnego. Należy przy tym zauważyć, że pojęcia „podmiot publiczny” czy „podmiot prawa publicznego” budzą wątpliwości, gdyż nie zostały zdefiniowane w polskim prawie.

3 Zob. R. Szczepaniak, *Przyczyny odwoływania się do podziału na prawo publiczne i prywatne przez polskie organy stosujące prawo*, „Forum Prawnicze” 2015, nr 1, s. 3 i n.

jednostek organizacyjnych na uniwersyteckich wydziałach prawa.

Żeby dowieść głębszego sensu owego podziału, trzeba by było wykazać, iż determinuje on strukturę systemu prawnego, tzn. że system ten zgodnie ze swą naturą rozбивa się na dwie wielkie części (prawo publiczne i prawo prywatne), odnoszące się do odmiennych dziedzin życia społecznego, cechujące się daleko idącą autonomią, co w konsekwencji wyklucza stosowanie przynajmniej niektórych zasad prawa prywatnego w sferze społecznej przypisanej prawu publicznemu – i *vice versa*. Trzeba byłoby w szczególności dowieść, że prawo publiczne to coś więcej niż tylko efekt technicznego procesu klasyfikacji czy też typologii tej wielkiej materii, jaką jest prawo w oparciu o jakiś utrwalony siłą tradycji klucz, a więc że nie chodzi tu tylko o kilka gałęzi prawa, takich jak prawo administracyjne, podatkowe czy ubezpieczenia społeczne – historycznie i organizacyjnie wyodrębnianych jako

4 Na temat różnych sposobów rozumienia wypowiedzi Ulpiana zob.: H. Mülleljans, *Publicus und Privatus im Römischen Recht und im älteren Kanonischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Unterscheidung Ius publicum und Ius privatum*, München 1961, s. 17 i n.; E. Molitor, *Über öffentliches Recht und Privatrecht. Eine rechtssystematische Studie*, Karlsruhe 1949, s. 8–9.

opozycja do prawa cywilnego – lecz pewną spójną, większą całość ukształtowaną według jasnych, konsekwentnych kryteriów nierozdzielnie związanych z naturą prawa. Co prawda, już nawet dość pobieżna analiza może przemawiać za istnieniem owego głębszego sensu omawianego podziału, by wspomnieć chociażby wyróżnianą w doktrynie i orzecznictwie autonomię zaliczanych do prawa publicznego takich gałęzi, jak prawo podatkowe czy prawo ubezpieczeń społecznych⁵, tym niemniej tego rodzaju wycinkowa obserwacja nie pozwala jeszcze ferować jakichś przesądających w sensie naukowym twierdzeń.

W tym miejscu wracam do tytułu monografii wyraźnie wskazującego, iż autor wychodzi z podobnych założeń. Ten rozbudowany tytuł w świetle powyższych uwag dobrze ujmuje dylemat podziału na prawo publiczne i prywatne. Sugeruje, że do problematyki tego podziału należy podejść poprzez analizę struktury prawa, a więc rozmieszczenia elementów składowych danej zorganizowanej całości, jaką jest prawo, i zespołu relacji (wzajemnych powiązań) między elementami charakterystycznymi dla tego układu⁶. Tytuł pracy jest więc wielce obiecujący.

Zapowiedź przełomu w naukach prawnych

Moje zaintrygowanie recenzowaną pracą dodatkowo wzrosło po przeczytaniu pierwszych stron *Wprowa-*

5 Na temat autonomii prawa ubezpieczeń społecznych zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r., V CSK 63/2012, LexPolonica nr 5157863, w którym czytamy: „Autonomiczność i odrębność przepisów prawa ubezpieczeń społecznych wobec przepisów prawa cywilnego sprawia, iż na gruncie stosunków ubezpieczenia społecznego dopuszcza się tylko na zasadzie wyjątku stosowanie wskazanych *expressis verbis* regulacji cywilistycznych”. Na temat autonomii prawa podatkowego w kontekście podziału na prawo publiczne i prywatne zob.: M. Goettel, A. Goettel, *Prawo cywilne a prawo podatkowe* (w:) M. Goettel, M. Lemonnier (red.), *Instytucje prawa cywilnego w konstrukcji prawnej podatków*, Warszawa 2011, s. 49; R. Szczepaniak, *Glosa do wyroku NSA z 2 kwietnia 2015 r., II FSK 719/13*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2016, nr 9, s. 123 i n.

6 Na temat rozumienia pojęcia „struktura” zob.: I. Kamińska-Szmaj (red.), *Słownik wyrazów obcych*, Warszawa 2009; *Leksykon naukowo-techniczny*, oprac. S. Czerni i in., wyd. 3 popr. i uzup. Warszawa 1984.

dzienia, na których znalazła się zapowiedź wykazania przez autora, iż rozgraniczenie prawa publicznego i prawa prywatnego jest „kwestią poznania, a granicę wyodrębnienia tych dwóch części prawa można przeprowadzić w sposób jasny i pewny, wbrew spotykanym w naukach prawnych sceptycznym poglądom w tym względzie”⁷. Autor polemizuje w tym zakresie m.in. z poglądem Józefa Nowackiego oraz Jana Zimmermanna. Ten drugi w ślad za J. Nowackim podkreślił, że „rozgraniczenie prawa publicznego od prywatnego nie jest sprawą poznania, a sprawą pewnej konwencji, aprobaty, uznania pewnych wartości, określonej ideologii społeczno-gospodarczej. Granica wyodrębnienia nie jest jasna i pewna”⁸.

Słowa I. Zachariasza były więc zapowiedzią, nie waham się użyć tego określenia, swoistego przewrotu kopernikańskiego w naukach prawnych, i to w wymiarze przynajmniej europejskiej kultury prawnej. W ostatnich dwóch wiekach w nauce prawa powstało bowiem co najmniej kilkanaście teorii próbujących wskazać precyzyjne kryteria rozgraniczenia prawa publicznego i prywatnego⁹. Jak dotychczas żadne z nich nie dały zadowalającego rezultatu. Dlatego też sam wielokrotnie w swych tekstach przyjmowałem wypowiedź J. Nowackiego za pewnik. Pomimo tego jako cywilista, a więc przedstawiciel szczególnych nauk prawnych, z otwartością i zadowoleniem powitałbym metodę, która rozwikłałaby odwieczny niemal dylemat podziału na prawo publiczne i prywatne. W ten sposób bowiem zyskalibyśmy potężny oręż metodologiczny pozwalający rozwiązać szereg praktycznych problemów w procesie stosowania prawa narosłych na kanwie kulturywania tego podziału. Byłby to z pewnością wielki wkład ogólnej teorii prawa, a personalnie samego autora w rozwój szczegółowych nauk prawnych. Już w tym miejscu, antycypując

7 Zob. I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu...*, dz. cyt., s. 10.

8 Zob. J. Zimmermann, *Aksjomaty prawa administracyjnego*, Warszawa 2013, s. 55; zob. także J. Nowacki, *Prawo publiczne – prawo prywatne*, Katowice 1992, s. 107, s. 132.

9 J. Holliger doliczył się siedemnastu takich teorii; zob. tenże, *Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht dargestellt im Prinzipie und in einigen Anwendungen mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechtes*, Zürich 1904, s. 11.

dalsze wywody i konkluzje, stwierdzam jednak, iż po lekturze pracy, przynajmniej w moim przypadku, dominuje uczucie niedosytu, a nawet zawodu. W szczególności początkowa jakże śmiała zapowiedź autora nie została zrealizowana. Można postawić tezę, że na

wprowadzenie konwencji znaczeniowych, w tym definicji¹¹. Wychodząc z tych przekonujących założeń epistemologicznych, I. Zachariasz dochodzi do twierdzenia, które można wyrazić w sposób następujący: „to nieprawda, że rozgraniczenie prawa publicznego

W ostatnich dwóch wiekach w nauce prawa powstało co najmniej kilkanaście teorii próbujących wskazać precyzyjne kryteria rozgraniczenia prawa publicznego i prywatnego. Żadne z nich nie dały zadowalającego rezultatu.

kolejnych kartach monografii czytelnik jest świadkiem stopniowego wycofywania się autora z tej wielce ambitnej zapowiedzi.

Autor, chcąc zrealizować swą zapowiedź, przeprowadza następujące rozumowanie. Powołując się m.in. na poglądy Kazimierza Ajdukiewicza, wychodzi z założenia, iż w naukach empirycznych, do których zalicza również nauki prawne, poznanie jest „pochodną przyjmowanych językowych narzędzi poznawczych”, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że poznanie w swej istocie ma charakter konwencjonalny¹⁰. Założenie to jest przekonujące i w większości środowiska naukowego nie budzi poważniejszych kontrowersji. Poglądy K. Ajdukiewicza od wielu lat wywierają wpływ na prace przedstawicieli nauk prawnych. W szczególności panuje konsensus wokół innej znanej wypowiedzi tego filozofa, iż jedną z tendencji w ramach rozwoju nauki jest ciągłe dążenie do doskonalenia aparatury pojęciowej. Tendencja ta przejawia się w przechodzeniu od języków, w których pewne problemy są zasadniczo nierozstrzygalne, do języków, w których problemy te stają się coraz rzadsze. Przykładem tej tendencji jest

od prywatnego nie jest sprawą poznania, a sprawą pewnej konwencji. Granica wyodrębnienia jest jasna i pewna, pod warunkiem że przyjmujemy określoną konwencję terminologiczną”. Rodzi się jednak pytanie, czy przy takim ujęciu przytoczone tu twierdzenie autora rzeczywiście odbiega od kontestowanego przez niego twierdzenia, iż rozgraniczenie prawa publicznego i prywatnego nie jest kwestią poznania, lecz kwestią pewnej konwencji. Rozumowanie I. Zachariasza, choć oparte na przekonujących założeniach metodologicznych, niepokojąco przyjmuje kształt swoistego sofizmu.

Na kartach monografii wielokrotnie możemy znaleźć wypowiedzi, których w gruncie rzeczy nie da się ocenić inaczej niż jako zaprzeczenie przyjętej w *Wprowadzeniu* tezy. I tak np. na s. 169 czytamy: „O zaliczeniu ich (stosunków – dop. R.S.) do kategorii stosunków prawa prywatnego bądź publicznego nie decyduje zatem wola czy przymus, ale konwencja, którą w opisie stosunku prawnego przyjęliśmy”. Z kolei na s. 198 natrafiamy na myśl, iż norma „może być adresowana do podmiotów prawa prywatnego lub publicz-

10 Zob. I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu...*, dz. cyt., s. 29. Zob. K. Ajdukiewicz, *Obraz świata i aparatura pojęciowa (w:) tegoż, Język i poznanie. Wybór pism z lat 1920–1939*, t. 1, Warszawa 1985, s. 175.

11 K. Ajdukiewicz, tamże, s. 175. Do założeń metodologicznych K. Ajdukiewicza odwoływałem się w monografii *Nadużycie prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, Toruń 2009, s. 353.

nego, a przyjęcie cech różnicujących te podmioty jest kwestią czysto konwencjonalnego poznania prawa”.

Kwestia stosunku prawnego i wątki cywilistyczne

Nieodparcie nasuwa się pytanie, co przedstawiciele szczegółowych nauk prawnych zyskaliby dzięki zabiegowi myślowemu autora. Zabieg ten mógłby mieć sens, gdyby zaproponowana przez autora konwencja terminologiczna rzeczywiście przyczyniała się w sposób niezaprzeczalny do postępu w naukach prawnych,

nie tego pojęcia, postulując zarazem zaadoptowanie go w całym systemie prawnym. Wyraża też nadzieję, że dzięki przyjęciu jednolitego rozumienia „stosunku prawnego” na gruncie wszystkich nauk prawnych zostanie wprowadzony pojęciowy porządek¹².

Modyfikacje znaczeniowe idą tu jednak u autora bardzo daleko, burząc po drodze utrwalone np. rozumienie cywilistyczne. Jak sam autor przyznaje, dotychczasowe rozumienie tego pojęcia wywodziło się w nauce prawa z cywilistyki. Zgodnie z ujęciem autora o stosunku prawnym można mówić w przypadku



Trudno na obecnym etapie rozwoju teorii prawa zakwestionować walory wypracowanej w cywilistyce koncepcji stosunku prawnego.

a w szczególności prowadziła do rozstrzygnięcia problemów dotąd nierozstrzygalnych. W tym miejscu pojawia się jednak kolejna obiekcja pod adresem monografii I. Zachariasza. Autor podjął się bowiem także bardzo ambitnego zadania zaprezentowania własnej teorii, którą nazywa „opisową teorią prawa”. Buduje ją, jak twierdzi, w programowej opozycji do normatywizmu prawniczego. Przy czym autor rozumie normatywizm dość szeroko, jako określone założenie metodologiczne dominujące we współczesnej teorii prawa. Polega ono na dążeniu do „wy tłumaczenia prawa w kategoriach normy”. Takie ujęcie prawa zdaniem autora posiada istotne wady, o czym będzie mowa niżej.

W ramach swych zakrojonych na szeroką skalę analiz autor rzeczywiście zaproponował konwencje terminologiczne modyfikujące znaczenie szeregu pojęć prawnych, takich jak „stosowanie prawa”, „stanowienie prawa”, „akt prawny”. Jednak na czoło dociekań wybijają się fundamentalne pojęcie o utrwalonym znaczeniu, jakim jest „stosunek prawny”. W koncepcji autora pojęcie to obok pojęcia normy prawnej ma kluczowe znaczenie w budowanej przez niego „opisowej teorii prawa”, jednak w obecnym rozumieniu nie odpowiada ono specyfice wszystkich gałęzi prawa. Proponuje więc autor zasadniczo odmienne rozumie-

niego względem siebie oddziaływania podmiotów prawnych za pomocą uprawnień i obowiązków, którego celem jest przyjęcie aktu prawnego¹³. W konsekwencji za stosunek prawny należy „uważać zespół uprawnień i obowiązków przysługujący podmiotom, które przy ich pomocy oddziałują na siebie, aby w efekcie wydać (ustawę) czy też zawrzeć (np. umowę) akt prawny, który będzie miał moc obowiązującą (wiążącą podmioty prawa w realnej sferze działania)”¹⁴.

Jak widać, immanentnym elementem tak rozumianego stosunku prawnego jest „akt prawny”. Przy czym autor pojęcie „akt prawny” rozumie szeroko. Będzie to każdy akt zawierający normy postępowania, zarówno abstrakcyjne i generalne, jak indywidualne i konkretne. W tym rozumieniu aktem prawnym jest zarówno ustawa, jak i umowa.

Przyjęcie tej konwencji znaczeniowej, jak sam autor zauważa, pociągać będzie za sobą taki skutek, iż „to co dziś cywiliści, a w ślad za nimi także administratywiści nazywają stosunkiem prawnym, np. relacje między dłużnikiem a wierzycielem” będzie „stosowa-

12 I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu...*, dz. cyt., s. 122.

13 Tamże, s. 146.

14 Tamże, s. 146.

niem się do prawa (realną sferą działania podmiotu prawnego)¹⁵. Po wydaniu bowiem tak rozumianego aktu prawnego, a więc np. po zawarciu umowy, nie mamy już do czynienia ze stosunkami prawnymi, lecz ze stosowaniem się do prawa.

Autor stara się podkreślić znaczenie pojęcia „stosunek prawny” w propagowanym przez siebie znaczeniu, gdyż nie można jedynie przy pomocy kategorii normy „opisać złożonej rzeczywistości prawnej”. Skutkiem normatywizmu jest jego zdaniem „pewna wizja prawa, którą tworzą wyizolowane zachowania, a nie wzajemny układ zachowań podmiotów prawnych, zorganizowany w jakimś celu”¹⁶. Aby dowieść trafności swego twierdzenia, autor przyrównuje sytuację prawną stron umowy do sytuacji przechodzących na czerwonym lub zielonym świetle. Zdaniem autora ich sytuacja prawna „odnoszona do norm prawnych” jest w zasadzie identyczna¹⁷. W jednym i drugim przypadku mamy do czynienia z osobami obowiązany mi normą do określonego działania. Różnica między nimi polega jedynie na tym, że w pierwszym przypadku obowiązek podmiotu wynika z normy konkretnej i indywidualnej, a w drugim może także wynikać z normy generalnej i abstrakcyjnej¹⁸.

W mojej ocenie przykład nie jest przekonujący, o czym możemy się przekonać, prezentując osiągnięcia cywilistyki. Przedstawiony przykład dowodzi, że autor nie docenia dorobku cywilistyki w zakresie analizy różnego rodzaju modalności normatywnych, a zwłaszcza wypracowania precyzyjnych kwalifikacji prawnych zachowań określonych osób jako zachowań odnoszących się do innych osób¹⁹. To właśnie cywilistka, dostrzegając nierzadko zniuansowane, w wysokim stopniu złożone sytuacje prawne różnych podmiotów w wielorakich konfiguracjach społecznych, opracowała rozbudowaną teorię praw podmiotowych, a wśród nich np. podział na prawa podmiotowe względne i bezwzględne, uprawnienia kształtujące roszczenia

czy też koncepcję ekspektatyw przyjętą w innych gałęziach prawa, jak np. prawie ubezpieczeń społecznych czy prawie konstytucyjnym²⁰. Przy czym osiągnęła to bez porzucania utrwalonego tradycyjnego rozumienia stosunku prawnego.

Cywilistka potrafi precyzyjnie uchwycić całą odmienność sytuacji prawnej osoby przechodzącej na czerwonym czy zielonym świetle, jak i strony umowy. W przypadku stron umowy mamy do czynienia z bezpośrednim oddziaływaniem (interakcją) indywidualnie oznaczonych osób, które w cywilistyce zostały nazwane stosunkami prawnymi. Istotnym elementem tych stosunków są prawa podmiotowe stron. Taka interakcja nie ma miejsca w przypadku osób przechodzących na czerwonym lub zielonym świetle. Co najwyżej możemy wtedy mówić tylko o pewnych „refleksach prawa”, czyli korzystnych sytuacjach prawnych dla pozostałych członków społeczeństwa, które nie przybierają jednak postaci praw podmiotowych²¹.

Cywilistka w żadnym wypadku nie lekceważy relacji między stronami przed zawarciem umowy. Dowodzi tego chociażby tematyka *culpa in contrahendo*, której poświęca wiele uwagi. Cywiliści zauważają jednak, że po zawarciu umowy wzajemne oddziaływanie między jej stronami nabierają dodatkowych cech, a cywilistka potrafi dobrze ująć istotę ich sytuacji prawnych przy wykorzystaniu tradycyjnego rozumienia stosunku prawnego, wypracowanej w cywilistyce koncepcji praw podmiotowych oraz dorobku współczesnej polskiej teorii prawa, którą autor określa mianem normatywizmu.

20 Zob. S. Wronkowska, *Analiza pojęcia prawa podmiotowego*, Poznań 1973, s. 16 i n. Na temat wykorzystywania cywilistycznej koncepcji praw podmiotowych w ubezpieczeniach społecznych, a zwłaszcza koncepcji ekspektatywy zob. C. Jackowiak, *Oczekiwania i ekspektatywy w ubezpieczeniach społecznych* (w:) J. Jończyk (red.), *Koncepcje i problemy ubezpieczenia społecznego. Materiały IV Kolokwium Ubezpieczenia Społecznego*, Wrocław 1987, s. 35. Na temat wykorzystywania cywilistycznego dorobku w tym zakresie w innych gałęziach prawa publicznego zob. J. Kuropatwiński, *Ekspektatywa powstania wierzycielności w polskim prawie cywilnym*, Bydgoszcz 2006, s. 45, 55.

21 Na temat różnic między „prawem podmiotowym” a „refleksem prawa” zob. S. Wronkowska, *Analiza...*, dz. cyt., s. 35.

15 Tamże, s. 155.

16 Zob. tamże, s. 83.

17 Tamże, s. 165.

18 Tamże, s. 165.

19 Na temat rodzajów modalności patrz S. Wronkowska (w:)

A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1994, s. 143.

Osiągnięcia cywilistyki dowodzą, że krytyka tak rozumianego normatywizmu jest przesadzona.

Wydaje się także, iż to właśnie cywilistyka potrafiła w sposób zrównoważony i optymalny pogodzić dorobek tak rozumianego normatywizmu z jednoczesnym eksponowaniem pojęcia „stosunek prawny”. Dowodzą tego opracowane w poznańskiej szkole teorii prawa (Zygmunt Ziemiński, Sławomira Wronkowska) we współpracy z poznańską cywilistyką (Zbigniew Radwański) wielorakie modalności normatywne, koncepcja normy kompetencyjnej, a w ślad za nią koncepcja czynności prawnej jako rodzaju czynności konwencjonalnych, dość powszechnie już dzisiaj akceptowane w skali kraju²². Jak zauważył Piotr Machnikowski, koncepcja prawa nazywana też imperatywistyczną i pozytywistyczną, uznająca, że cały system prawny składa się wyłącznie z norm nakazująco-zakazujących, ma tę niebagatelną zaletę, iż zapewnia większą dyscyplinę dyskursu prawniczego. Kładzie nacisk bowiem bardziej na formalną poprawność rozumowania niż na siłę przekonywania dokonywanego za pomocą argumentów słusznościowych²³. Niedostatki pracy I. Zachariasza, trudności, na jakie napotyka autor przy próbie budowania własnej teorii w opozycji do tradycyjnej imperatywistycznej koncepcji prawa, w jakimś sensie dowodzą trafności powyższego twierdzenia.

Jak widać, przyjęcie koncepcji autora oznaczałoby zerwanie z istotną częścią dorobku cywilistyki, zaadoptowanej *notabene* w innych szczegółowych naukach prawnych. Rodzi się pytanie, co zyskalibyśmy w zamian. Jak bowiem sam autor trafnie zauważył, ogólna teoria prawa powinna pełnić funkcję służebną wobec szczegółowych nauk prawnych i doktryny. Problem polega na tym, że ta nowa koncepcja proponowana przez autora, burząc dotychczasową tradycję i dorobek, ani nie przyczynia się do wprowadzenia porządku pojęciowego, ani nie prowadzi do realizacji zapowiedzi wyrażonej we *Wprowadzeniu* do pracy. W szczególności z kart monografii nie wyłania się wyjaśnienie istoty i sensu podziału na prawo publiczne i prywatne, jak również nie wyłania się spójny katalog kryteriów pozwalających rozgraniczyć instytucje i stosunki pra-

wa prywatnego i publicznego, nawet w obrębie tylko przyjętej przez autora konwencji.

Na ostatnich stronach pracy propagowaną przez siebie koncepcję autor określa mianem „wstępnej”²⁴. W konsekwencji dowiadujemy się, że prezentowana koncepcja stosunku prawnego nie tylko nie stanowi takiego jasnego kryterium rozgraniczenia prawa prywatnego i publicznego, ale w dodatku autor przyznaje, iż nie przybrała ona jeszcze dojrzałego kształtu.

Na zakończenie analizy cywilistycznego wątku recenzowanej pracy pojawia się jeszcze jedna refleksja. Jako cywilista musiałem się do tych kontrowersyjnych wątków pracy I. Zachariasza odnieść. Nasuwa się jednak nieodparcie wrażenie, iż ustosunkowując się do koncepcji stosunku prawnego autorstwa I. Zachariasza, nie dotykamy zagadnienia, które powinno być w pracy najważniejsze. Wszak podtytuł pracy brzmi *Studium o dychotomicznym podziale prawa na prawo publiczne i prywatne*. Dopuszczam i taką możliwość, że tylko ja tych związków nie dostrzegam. Tym niemniej autor nie wyjaśnił w sposób dostatecznie klarowny, jaki związek z głównym zagadnieniem ma jego koncepcja stosunku prawnego.

Umowa w sektorze publicznym a akt administracyjny

Natomiast bezsprzecznie interesująca jest myśl autora, w świetle której umowa jest *sui generis* aktem prawnym, gdyż zawiera normy postępowania. W konsekwencji można ją zaliczyć do szerokiego zbioru aktów prawnych, razem z ustawami czy aktami administracyjnymi. Tego rodzaju myśl na temat umowy pojawiająca się w pracy poświęconej podziałowi systemu prawnego na prawo publiczne i prywatne jest jak najbardziej godna rozważenia. Nie jest ona do końca oryginalna. W kręgach administratywistów od dawna zwraca się uwagę na zjawisko pewnej wymienności w działaniach administracji publicznej takich form jak decyzja administracyjna i umowa, a ta ostatnia, jak wiadomo, uważana jest powszechnie za klasyczny instrument prawa cywilnego.

Wymiennosc ta sprawia, że w skrajnych przypadkach realna natura umowy jako formy działania administracji może wręcz upodabniać się do jedno-

22 Patrz na ten temat P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353¹ k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 5, 20–21,

23 Tamże, s. 23–24.

24 Zob. I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu...*, dz. cyt., s. 224.

stronnego aktu administracyjnego, na co zwraca się uwagę w orzecznictwie i doktrynie innych państw. Także w polskiej literaturze w przeszłości dostrzegano możliwość zawierania przez administrację umowy jako szczególnego rodzaju aktu administracyjnego²⁵. Jest to zjawisko wieloaspektowe. Niejednokrotnie przybiera ono postać wręcz swoistej żonglerki ustawodawczej cywilnoprawną i administracyjnoprawną metodą regulacji stosunków społecznych. Jak zauważa bowiem Ewa Łętowska, niekiedy „państwo ubiera swoje decyzje w szaty umowy”, ukrywając, że pozbywa się

Istota i sens podziału na prawo publiczne i prywatne jako zagadnienie kluczowe

W ramach budowania swej „opisowej teorii prawa” autor porusza cały szereg zagadnień. Nie jestem kompetentny, by wszystkie je omówić, zresztą przekraczałyby to ramy niniejszej publikacji. Na pewno omówieniu wszystkich zagadnień poruszonych w pracy nie sprzyja również omawiane przez autora zjawisko „autarkii naukowo-badawczej” szczegółowych nauk prawnych²⁷. W tej kwestii w znacznym stopniu muszę się zgodzić z autorem.



W kręgach administratywistów od dawna zwraca się uwagę na zjawisko pewnej wymienności w działaniach administracji publicznej takich form jak decyzja administracyjna i umowa. Zagadnienie to jest warte głębszej analizy.

w ten sposób zobowiązań i gwarancji wobec obywatela związanych z posiadaniem i wykonywaniem władzy publicznej²⁶. W ten sposób państwo ukrywa również władczy charakter swych działań, tworząc iluzję partnerskiego traktowania jednostek. Wszystko to sprawia, że pojęcie władztwa ewoluuje we współczesnej nauce prawa, pojawiają się swoiste hybrydy prawne i zjawisko coraz intensywniejszego przeplatania cywilnoprawnych i administracyjnoprawnych metod regulacji. Szkoda, iż autor tego wątku nie rozwinął. Żeby jednak to interesujące zagadnienie upodobniać się umowy jako formy działania administracji do aktu administracyjnego poruszyć, nie jest konieczna kontestacja dotychczasowego rozumienia pojęcia „stosunek prawny”.

W pracy zawartych jest wiele interesujących, inspirujących myśli. Budzi uznanie czytanie autora monografii, w tym wszechstronna orientacja w literaturze światowej. Szczególnie swobodnie porusza się on w ogólnej teorii prawa oraz w nauce prawa administracyjnego. Można jednak odnieść wrażenie, że nie do końca zapanował nad swą erudycją. W pracy znajdujemy prawdziwe bogactwo zagadnień i cennych stwierdzeń. Czytelnik co chwila musi jednak stawiać pytanie, jaki jest związek interesujących wywodów z głównym zagadnieniem badawczym. Myśli autora nie zawsze bowiem przybliżają do opracowania zapowiadanego przełomowego rozwiązania. W niektórych tylko przypadkach pod koniec wyводу autor monografii związek poruszanego wątku z głównym tematem wyjaśnia, w niektórych innych przypadkach przy zastosowaniu metody *benigna interpretatio* udaje się taki związek dostrzec czytelnikowi. Niekiedy jednak nawet zastosowanie tej metody nie pozwala owego

25 Przykłady podaje K. Ziemiński, *Indywidualny akt administracyjny jako forma prawna działania administracji*, Poznań 2005, s. 21 i podana tam literatura.

26 Zob. E. Łętowska, *Prawo w „płynnej nowoczesności”*, „Państwo i Prawo” 2014, z. 3, s. 23.

27 Zob. I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu...*, dz. cyt., s. 41.

związku odkryć. W konsekwencji narzuca się wniosek, że treść pracy nie do końca odpowiada jej tytułowi.

W szczególności brakuje refleksji nad dwoma kluczowymi, co wynika z tytułu pracy, kwestiami, to jest istotą i sensem podziału na prawo publiczne oraz prywatne a także dychotomicznym charakterem tego

Analiza stosowania prawa przez sądy i organy administracji publicznej prowadzi do wniosku, że odwoływanie się do tego podziału niejednokrotnie rodzi wielorakie negatywne skutki³¹. Jakby to powiedziała E. Łętowska, przyczynia się do wytworzenia jednej z poważniejszych „barier w naszym myśleniu



Obserwacja praktyki stosowania prawa skłania przedstawiciela szczegółowych nauk prawnych do postawienia pytania, czy kultywowanie tego podziału jest nieodzowne, czy musi on być stałym elementem naszej europejskiej kultury prawnej.

podziału. Brak ten budzi zdziwienie, zwłaszcza w kontekście pogłębionych refleksji autora nad metodologią nauk prawnych wyrażanych tezą o potrzebie weryfikacji zastanych aksjomatów²⁸, a przede wszystkim programową tezą głoszącą potrzebę stałego doskonalenia zastanej aparatury pojęciowej i modyfikacji konwencji znaczeniowych. Autor jest krytykiem ujęcia arbitralnego w prawie i „nieuzasadnionego poczucia obiektywności”²⁹. Takie nastawienie jest logiczną konsekwencją propagowanego przez niego konwencjonalizmu poznawczego, skąd więc to arbitralne, wręcz aksjomatyczne założenie, że podział na prawo publiczne i prywatne ma charakter dychotomiczny? Z metodologiczną postawą autora kontrastuje więc fakt, iż sensowność tego podziału, jak i jego dychotomiczny charakter przyjmowane są przez autora jako pewnik. Przynajmniej ani razu kwestie te nie zostały podane w wątpliwość. Co prawda autor przytacza poglądy reprezentowane w nauce prawa kwestionujące ten podział lub jego dychotomiczny charakter, tym niemniej nie towarzyszy temu jakaś głębsza refleksja samego autora³⁰.

o prawie”³². Bariery takie, nazywane przez autorkę „zdezaktualizowanymi stereotypami prawniczego myślenia”, „osłabiają wrażliwość sądów i ich hermeneutyczne umiejętności w zakresie odczytania tekstu prawa” oraz „dostrzegania wielowymiarowości systemu prawnego, na który składają się nie tylko przepisy, ale także niepisane zasady, konstytucyjne standardy”³³. Ponadto przejawy absolutyzowania, czyli wyolbrzymiania znaczenia tego podziału³⁴, przyczyniają się do wewnętrznej dezintegracji systemu prawnego, a w efekcie osłabiają jego spójność, prowadząc m.in. do pogłębienia dostrzeganego również przez I. Za-

28 Tamże, s. 234.

29 Tamże, s. 137.

30 Tamże, s. 63–65.

31 Zob.: R. Szczepaniak, *Sens i nonsens podziału na prawo publiczne i prywatne (na kanwie uchwały SN)*, „Państwo i Prawo” 2013, z. 5, s. 31 i n.; tenże, *Przyczyny...*, dz. cyt., s. 3 i n.; tenże, *W zaklętym kręgu podziału na prawo publiczne i prywatne*, „Studia Prawa Prywatnego” 2015, nr 3, s. 52 i n.

32 Patr. E. Łętowska, *Bariery naszego myślenia o prawie w perspektywie integracji z Europą*, „Państwo i Prawo” 1996, z. 4–5, s. 46.

33 Tamże.

34 Sformułowanie „absolutyzowanie podziału na prawo publiczne i prywatne” występuje w literaturze niemieckiej dla nazwania zjawiska wyolbrzymiania znaczenia tego podziału, zob. H. de Wall, *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht*, Tübingen 1999, s. 61.

chariasza zjawiska „autarkii naukowo-badawczej” szczególnych nauk prawnych.

Obserwacja praktyki stosowania prawa skłania więc przedstawiciela szczegółowych nauk prawnych do postawienia pytania, czy kultywowanie tego podziału jest nieodzowne, czy musi on być stałym elementem naszej europejskiej kultury prawnej. Ponadto, jeżeli nawet odpowiemy twierdząco na to pytanie, należy jeszcze odpowiedzieć, czy dychotomia jest wpisana w sens owego podziału. Zacznę od drugiego pytania, gdyż zakwestionowanie dychotomiczności automatycznie osłabienia sens tego podziału.

Zaprezentowane poniżej rozumowanie, prowadzące po pierwsze do weryfikacji tezy o dychotomicznym charakterze tego podziału, a po drugie do weryfikacji konieczności kultywowania samego podziału, rozбивa się więc na dwa etapy.

Kwestia dychotomiczności podziału na prawo publiczne i prywatne

Igor Zachariasz, przyjmując jako pewnik dychotomiczny charakter tego podziału, nie wyjaśnia, jak rozumie ową dychotomię. Przyjmując więc, że chodzi o rozumienie istniejące w klasycznej logice, zwłaszcza że autor podkreśla programowo przydatność klasycznej logiki w prawoznawstwie³⁵. W logice mianem podziału dychotomicznego (zwanego też logicznym) określa się podział rozłączny. Zachodzi on wtedy, gdy żaden z desygnatów nazwy, której zakres dzielimy, nie może być zaliczony do dwóch członów podziału naraz³⁶.

Prawdą jest, iż dla niektórych teoretyków, ale także praktyków o teoretycznym zacięciu dychotomia podziału na prawo publiczne i prywatne może być w pewnym sensie pociągająca. Niekiedy można dostrzec swoistą tęsknotę za logicznymi podziałami (klasyfikacjami), które porządkowałyby nasze myślenie o prawie i niejako automatycznie dostarczały gotowego rozwiązania, niczym algorytmy. Analizowany podział na prawo publiczne i prywatne ma natomiast z założenia obejmować cały system prawny, w konsekwencji również nadzieja na jego porządkujące walory w odniesieniu do całej skomplikowanej materii prawnej jest odpowiednio duża. Tymczasem myślenie

sprowadzające się do tworzenia konstrukcji opartych na dychotomicznych, a więc logicznych podziałach (klasyfikacjach) w obrębie prawa jest najprawdopodobniej sprzeczne z jego naturą. Jak się swego czasu wyraził wybitny sędzia amerykańskiego Sądu Najwyższego Oliver Wendell Holmes, „The life of the law has not been logic, it has been experience”³⁷. Wydaje się, że podobną myśl wyraził kilkadziesiąt lat temu Witold Czachórski, zdaniem którego ważniejsze od konsekwentnego trzymania się jednej wybranej teorii jest opracowanie rozwiązań przydatnych w praktyce i akceptowanych ze względu na przyjęty system ocen³⁸. Oczywiście można by wyżej cytowane twierdzenia wybitnych prawników potraktować jako swego rodzaju *bon moty*. Głębsza refleksja prowadzi jednak do wniosku, iż ukryta w nich jest wielka mądrość.

W tym miejscu nasuwa się generalna uwaga, iż w naukach prawnych bardzo często występują problemy z klasyfikacjami. Niejednokrotnie nie udaje się ich przeprowadzić zgodnie z wymogami tzw. podziału logicznego, a więc w sposób wyczerpujący i rozłączny (dychotomiczny). W konsekwencji, jak zauważają teoretycy prawa, w naukach prawnych podziały mają najczęściej charakter typologiczny, a nie logiczny. Taka prawidłowość wynika niejako z samej natury prawa³⁹. Uświadomienie sobie tej prawidłowości może być metodologicznie pozytywne.

Pojawia się w tym miejscu szersza refleksja, iż źródłem trudności w uchwyceniu istoty niektórych fundamentalnych instytucji prawnych jest dążenie do wtłoczenia ich w ramy wykonypowanego *a priori* dychotomicznego podziału⁴⁰.

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

38 Patrz W. Czachórski, *Odpowiedzialność osób prawnych za szkody wyrządzone czynem niedozwolonym. Studium z zakresu prawa obligacyjnego* (maszynopis), „Prace Uniwersytetu Warszawskiego” 1948, nr 179, Biblioteka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Podobnie S. Buczkowski, *Ograniczona odpowiedzialność przedsiębiorcy*, Warszawa 1937, s. 73.

39 Podaję za: A. Grabowski, *Podział logiczny (w:) Logika dla prawników* (skrypt), Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

40 Jako cywiliście od razu nasuwa mi się nierozwikłana w skali międzynarodowej kwestia podmiotowości prawnej holdingu.

35 Zob. I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu...*, dz. cyt., s. 31.

36 Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 1990, s. 235.

W ostatnich latach dość przekonująco wykazano, że podział, o którym mówimy, nie ma charakteru dychotomicznego, tzn. nie jest to podział logiczny, a więc rozłączny. W gruncie rzeczy podział ten wykazuje charakter niedychotomiczny, ze względu na swą multifunkcjonalność i kontekstowość⁴¹. Co najważniejsze jednak,

ceptowali twierdzenie, że np. umowy zawierane w sektorze publicznym nie są umowami cywilnoprawnymi, lecz publicznoprawnymi. Wobec braku kompleksowej regulacji tego rodzaju umów w prawie administracyjnym, a w szczególności wobec braku tzw. części ogólnej prawa administracyjnego i tak zachodzi potrzeba



Myślenie sprowadzające się do tworzenia konstrukcji opartych na dychotomicznych, a więc logicznych podziałach (klasyfikacjach) w obrębie prawa jest najprawdopodobniej sprzeczne z jego naturą.

niedychotomiczne podejście przyczynia się do przyjęcia rozwiązań efektywniej chroniących prawa jednostek, poszerza bowiem możliwości realizacji standardów demokratycznego państwa prawnego. Dla przykładu: dzięki takiemu ujęciu, nawet gdy przypiszemy umowie zawieranej w sektorze publicznym charakter cywilnoprawny, nie negujemy oceny jej również przez pryzmat zapisanych w konstytucji, jak i w ustawodawstwie zwykłym wymogów adresowanych do organów władzy publicznej. Dlatego też w całości zgadzam się z myślą wyrażoną przez Jana Bocia, iż analiza istoty umów, czy innych instytucji o cywilnoprawnej proveniencji stosowanych w administracji, nie powinna przybierać postaci „walki o przynależność, tylko o ulepszenie koncepcyjne i normatywne systemu obowiązującego prawa”⁴². Rodzi się bowiem pytanie, co byśmy zyskali, gdybyśmy zaak-

stosowania, przynajmniej w drodze analogii względnie jako wyraz naczelných zasad systemu prawnego, do tego rodzaju umów przepisów cywilistycznych z kodeksem cywilnym na czele. Jak doskonale wiadomo, w żadnej innej gałęzi prawa umowa nie została tak gruntownie uregulowana jak w prawie cywilnym. Z kolei dorobek nauki prawa cywilnego poświęcony umowom jest nieporównanie większy od osiągnięć na tym polu administratywistów. W konsekwencji, jak sami administratywiści przyznają, nie udało im się dotąd wypracować spójnej kompleksowej teorii umów w administracji⁴³. Dlatego też zamiast toczyć boje o przynależność, należy dążyć do osiągnięcia efektu synergii poprzez naukową współpracę cywilistów i administratywistów w analizie umów sektora publicznego. Należy też przyjąć założenie, że każda instytucja stosowana w administracji publicznej powinna być oceniana przez pryzmat konstytucyjnych zasad i wartości, w tym zwłaszcza standardów demokratycznego państwa prawa⁴⁴.

Wydaje się, że dychotomia podmiot – przedmiot w odniesieniu do różnego rodzaju jednostek organizacyjnych wywołuje wiele problemów. Błąd metodologiczny polega na bezrefleksyjnej antropomorfizacji jednostek organizacyjnych, to znaczy traktowaniu ich podmiotowości z taką samą bezwzględnością jak podmiotowości człowieka (osoby fizycznej).

41 Zob. G. Jurgens, F. van Ommersen, *The Public-Private Divide in English and Dutch Law: A Multifunctional and Context – Dependant Divide*, „Cambridge Law Journal” 2012, vol. 71, nr 1, s. 172 i n.

42 J. Boć (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Formy prawne w sferze działań zewnętrznych administracji*,

„System Prawa Administracyjnego”, t. 5, Warszawa 2013, s. 258.

43 Zob. W. Taras, A. Wróbel, *W sprawie jednolitej koncepcji umów publicznych* (w:) E. Knosala, A. Matan, G. Łaszczycza (red.), *Prawo administracyjne w okresie transformacji ustrojowej*, Kraków 1999, s. 124.

44 Z takiego założenia najwyraźniej wyszedł holenderski ustawodawca. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na treść

Kwestia konieczności kultywowania podziału na prawo publiczne i prywatne

Należy w tym miejscu zadać fundamentalne pytanie, którego nie postawił I. Zachariasz. Czy kultywowanie podziału na prawo publiczne i prywatne jest konieczne? Szkoda, iż autor nie przeprowadził eksperymentu intelektualnego w oparciu o metodę brzytwy Ockhama i nie rozważył rezygnacji z pojęć „prawo publiczne” i „prawo prywatne” w ramach próby tworzenia tzw. opisowej teorii prawa. Eksperyment taki w imię dążenia do doskonalenia aparatury pojęciowej, którego znaczenie tak bardzo podkreślał K. Ajdukiewicz, byłoby niezwykle interesujące. Wydaje się, że na obec-

mówić o jego renesansie, wykazuje się bowiem dużą żywotnością. Nie tylko odrodził się w byłych państwach socjalistycznych, także w Polsce, ale doszedł do głosu również w państwach anglosaskich, takich jak Wielka Brytania czy Australia, które tradycyjnie go nie eksponowały i to m.in. odróżniało ich systemy prawne od systemów państw Europy kontynentalnej⁴⁶. W konsekwencji zdaniem niektórych teoretyków podział ten wpływa niejako z samej natury prawa⁴⁷.

Z drugiej zaś strony już samo wykazanie, że nie musimy owego podziału traktować jako dychotomiczny, skłania do wniosku, że jego kultywowanie nie jest konieczne.

Źródłem trudności w uchwyceniu istoty niektórych fundamentalnych instytucji prawnych jest dążenie do wtłoczenia ich w ramy wykoncypowanego a priori dychotomicznego podziału.

nym etapie rozwoju nauki o prawie i państwie trudno byłoby od tych pojęć uciec, aczkolwiek nie jest to niemożliwe. Przede wszystkim stoi za tym podziałem tradycja sięgająca jeszcze czasów rzymskich, klasyfikacja dyscyplin prawnych i właśnie panująca aparatura pojęciowa. Jak zauważył J. Nowacki, jest to nie tylko podział systemu prawnego, ale i nauki prawa⁴⁵. W dodatku w ostatnich dziesięcioleciach można nawet

Sądzę, że siła i żywotność tego podziału bierze się stąd, iż dość dobrze wyraża on nie zawsze wyartykułowane, lecz gruntownie zakorzenione trafne przekonanie, że specyfika państwa i będących jego emanacją innych podmiotów publicznych wymaga szczególnych unormowań ich funkcjonowania, odbiegających od reguł tzw. prawa powszechnego, za które od kilkuset już lat wielu prawników uważa prawo cywilne. Zarówno ustawodawca, jak i organy stosujące prawo, a zwłaszcza sądy, powinny sobie z tego zdawać sprawę. Świadomość ta jest większą wartością niż kultywowanie podziału. Same pojęcia „prawo publiczne”, „prawo prywatne” można wówczas uznać za niedoskonałe hasła, mające w gruncie rzeczy na celu przypomi-

art. 3:14 holenderskiego kodeksu cywilnego w zw. z art. 3:1 pkt 2 holenderskiej ustawy *General Administrative Law Act*. Ze wskazanego przepisu holenderskiego kodeksu cywilnego wynika, iż kompetencje, które przysługują komukolwiek na podstawie przepisów prawa cywilnego, nie mogą być wykonywane z pogwałceniem pisanych lub niepisanych zasad prawa publicznego. Z kolei wskazany przepis *General Administrative Law Act* stanowi, że zapisane w tej ustawie zasady odnoszące się do wydawania aktów administracyjnych stosowane są również do innych form aktywności administracji, o ile tylko dadzą się te zasady pogodzić z naturą tych innych form.

45 J. Nowacki, *Prawo publiczne – prawo prywatne*, Katowice 1992, s. 12.

46 Zob. na ten temat G. Jurgens, van Ommeren, *The Public-Private Divide...*, dz. cyt., s. 172 i n.

47 Zob.: O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. 1, *Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig 1895, s. 29; A. Ross, *On Law and Justice*, London 1958, s. 203. Patrz także J. Nowacki, *Prawo publiczne...*, dz. cyt., s. 6.

nanie o specyfice funkcjonowania państwa i innych podmiotów stanowiących jego emanację, która czasem jest na tyle intensywna, że uzasadnia potrzebę wyodrębnienia różnych gałęzi prawa. Tak jest w przypadku posługiwania się przez te podmioty formą aktu administracyjnego, a więc klasycznego władczego aktu jednostronnego. Niekiedy specyfika ta nie objawia się z tak wielką siłą i w konsekwencji wystarczy wyodrębnienie jedynie grupy przepisów w ramach jednej gałęzi, a nawet jednego aktu prawnego. Tak jest np. w przypadku odpowiedzialności odszkodowawczej podmiotów publicznych (art. 417–421 k.c.). Niewykluczone, iż w niektórych przypadkach charakter podmiotów publicznych nie wymaga nawet wprowadzenia takiej grupy przepisów. Wystarczające może się okazać odpowiednie nastawienie sądów, zwane niekiedy tzw. prawem sędziowskim. Jak się wydaje, przykładem tego jest fenomen umów w sektorze publicznym. Wszak umowa, w przeciwieństwie do decyzji administracyjnej, nie jest bynajmniej formą działania przypisaną jedynie do podmiotów publicznych.

W doktrynie prawa cywilnego kilka lat temu wysunięto postulat ukształtowania w orzecznictwie na potrzeby obrotu cywilnego z udziałem podmiotów publicznych specjalnego katalogu zasad współżycia społecznego uwzględniającego ich specyfikę⁴⁸.

Programowe odejście od dychotomii prawo publiczne – prawo prywatne, a nawet rezygnacja z samego podziału, wydaje się bardziej praktyczne. Unikamy wtedy wikłania się w często jałowe spory, czy dana instytucja, np. umowa, ma charakter cywilnoprawny czy publicznoprawny, zwłaszcza że nawet zgodne opowiedzenie się za którymś z wariantów niejednokrotnie jest niejednoznaczne, a przez to mało komunikatywne. Jak zostało bowiem wyżej wskazane, przyjęcie, że umowa czy inna instytucja stosowana w administracji ma charakter publicznoprawny, samo w sobie jeszcze w obecnych polskich realiach nie wyklucza stosowania do niej przepisów kodeksu cywilnego ani też rozstrzygania sporów na kanwie tej umowy przez sąd cywilny, a jednocześnie uwzględniania zasad funkcjonowania władzy publicznej.

Wydaje się, że wyrazem podobnej myśli jest terminologia używana w nauce zagranicznej i polskiej

prawa administracyjnego. Terminologia ta świadczy bowiem o podejmowanych próbach usuwania niepotrzebnych barier między gałęziami prawa, to jest prawem cywilnym i administracyjnym. Ilustracją zjawiska niech będzie sformułowanie „akty quasi-prywatnoprawne” dla nazwania określonych form działania administracji, które wykazują wiele cech typowych dla prawa cywilnego⁴⁹ czy wprowadzone już wiele lat temu w nauce francuskiej rozróżnienie na prawo administracyjne *sensu stricto* i prawo administracji (prawo administracyjne *sensu largo*)⁵⁰. Z kolei w nauce niemieckiej ukształtowało się określenie *Verwaltungsprivatrecht*, które przez polskich administratywistów tłumaczone jest jako „prawo cywilno-administracyjne”⁵¹.

Kwestia prawa cywilnego jako prawa powszechnego

Była już mowa, iż w pracy I. Zachariasza zawartych jest wiele interesujących, wręcz frapujących myśli. Niestety autor często myśli te pozostawia bez wystarczającego rozwinięcia. Tak jest np. w przypadku kontestowania przez niego twierdzenia, w świetle którego prawo prywatne jest tzw. prawem powszechnym, a więc w konsekwencji powinno być podstawą rozstrzygania sporów w stosunkach z państwem. Autor zarzuca temu pogładowi, że jest przejawem „zblizającej się do anarchizmu postawy liberalnej”, „zmierzającej do zastąpienia prawa publicznego przez prawo prywatne”⁵². Tak mocne stwierdzenie wymagałoby szerszego uzasadnienia, tymczasem myśl ta nie jest rozwinięta wystarczająco. Jeżeli autor chciał w ten sposób wyrazić, iż specyfika podmio-

49 Zob. W. Chróścielewski, *Akt administracyjny generalny*, Łódź 1994, s. 63.

50 Na temat pojęcia „prawo administracji” zob. W. Taras, A. Wróbel, *W sprawie jednolitej koncepcji...*, dz. cyt., s. 120. Na temat tego rozróżnienia zob. także A. de Laubadère, J.C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. 1, wyd. 9, Paris 1994, s. 20.

51 Zob.: H. de Wall, *Die Anwendbarkeit...*, dz. cyt., s. 35; D. Ehlers, *Verwaltung in Privatrechtsform*, Berlin 1984, s. 212 i n.; Z. Leoński, *Głosa do wyroku NSA – Ośrodek Zamiejscowy w Łodzi z dnia 27 września 1994 r.*, SA/Łd 1906/94, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1996, z. 3. Na temat tego sformułowania zob. P. Stec, *Umowy w administracji...*, dz. cyt., s. 13.

52 Zob. I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu...*, dz. cyt., s. 63.

48 Zob. P. Stec, *Umowy w administracji. Studium cywilnoprawne*, Warszawa 2013, s. 73.

tów sektora publicznego niekiedy uniemożliwia pełne respektowanie klasycznych zasad prawa cywilnego, to należy się z taką myślą w pełni zgodzić. W przeciwnym razie mogłyby zostać naruszone określone zasady konstytucyjne. W szczególności stosowanie w administracji publicznej instytucji cywilnoprawnych z umową na czele nie gwarantuje, wbrew dość powierzchownemu sądowi, partnerskiego traktowania obywateli przez podmioty publiczne. Trybunał Konstytucyjny w jednym z wyro-

instytucji cywilnoprawnych. Nie jest żadną przesadą, jeżeli uznamy prawo cywilne za gałąź dojrzalszą i lepiej ukształtowaną. Najlepszym tego dowodem jest fakt, iż jak dotąd nie powstały kodyfikacje materialnego prawa administracyjnego ani nawet zasadniczy fragment kodyfikacji w postaci tzw. przepisów ogólnych prawa administracyjnego. W konsekwencji traktowanie niektórych przepisów prawa cywilnego jak zasad całego systemu prawnego jest z przyczyn praktycznych



Siła i żywotność podziału na prawo publiczne i prywatne bierze się stąd, iż dość dobrze wyraża on nie zawsze wyartykułowane, lecz gruntownie zakorzenione trafne przekonanie, że specyfika państwa i będących jego emanacją innych podmiotów publicznych wymaga szczególnych unormowań ich funkcjonowania, odbiegających od reguł tzw. prawa powszechnego, za które od kilkuset już lat wielu prawników uważa prawo cywilne.

ków posłużył się określeniem „fikcja cywilnoprawnej równości stron”⁵³. Nieuwzględnienie tego zjawiska przez prawodawcę, jak i organy stosujące prawo może prowadzić do różnego rodzaju nadużyć czy aberracji, które nie dają się pogodzić z aksjologią konstytucyjną. Powyższe uwagi prowadzą do wniosku o istnieniu konstytucyjnych granic swobody ustawodawcy co do wyboru metody regulacji stosunków społecznych. Z drugiej strony nie należy zapominać, iż traktowanie prawa cywilnego jako tzw. prawa powszechnego ma długą, sięgającą XVIII w. tradycję. Prawo cywilne stanowiło punkt odniesienia dla rodzącego się w XIX w. prawa administracyjnego. Poszczególne instytucje prawa administracyjnego kształtowały się jako swoiste paralele

nieuniknione. Dotyczy to np. przepisów o umowach, o odpowiedzialności odszkodowawczej, o bezpodstawnym wzbogaceniu czy potrąceniu, o mieniu, zwłaszcza zaś prawie własności. Bronienie przeciwnego poglądu byłoby przejawem absolutyzowania podziału na prawo publiczne i prywatne, o którym była mowa wyżej, a ponadto prowadziłyby do problemów praktycznych. Jakie bowiem przepisy stosować do zawarcia porozumienia administracyjnego czy jego rozwiązania, jeżeli nie ogólne przepisy kodeksu cywilnego o umowach, skoro kwestia ta nie została uregulowana w prawie administracyjnym? Dlatego również uwagi poświęcone kwestii powszechności zasad prawa cywilnego dostarczają argumentów za przyjęciem tezy, iż jeżeli nawet podział na prawo publiczne i prywatne ma sens i jest godny kultywowania, to przynajmniej powinniśmy

53 Zob. wyrok TK z dnia 27 maja 2014 r., P 51/13, OTK-A 2014/5/57.

odrzuć pogląd o jego dychotomiczności (rozłączności). W konsekwencji stosowanie prawa prywatnego w sektorze publicznym powinno następować zawsze z uwzględnieniem konstytucyjnych standardów odnoszących się do podmiotów publicznych.

Spójność systemu prawnego wymaga, by pewne zasady traktować jako naczelne (powszechne) zasady całego porządku prawnego. Tymczasem ten tradycyjny podział niekiedy przypomina gorset ograniczający efektywność systemu prawnego, a w szczególności staje na przeszkodzie kompleksowemu spojrzeniu na prawo i wyszukaniu pewnych zasad przenikających cały system prawny. Nie powinno się utrudniać stosowania w szeroko pojętym sektorze publicznym określonych zasad naczelnych tylko dlatego, że zostały wypracowane przez cywilistów. Można nawet zaryzykować twierdzenie, że we wszelkim prawniczym definiowaniu czy też klasyfikowaniu, zwłaszcza wówczas gdy tworzone klasyfikacje miałyby mieć charakter dychotomiczny, kryje się pewne zagrożenie doktrynerstwem.

Zakończenie

Reasumując, recenzowana praca Igora Zacharia-sza dostarcza – zdaje się, że wbrew intencji samego autora – dalszych dowodów na poparcie twierdzenia J. Nowackiego, iż „walory »publiczny« i »prywatny« są przypisywane określonym zjawiskom, ale nie w nich odkrywane; nie istnieje niezależne od danego podmiotu, empirycznie sprawdzalne, kryterium pozwalające na odróżnianie tego, co publiczne, od tego co prywatne”⁵⁴. W konsekwencji „odróżnienie prawa publicznego od prywatnego, a także przypisywanie całemu prawu waloru »publiczne«, nie jest sprawą poznania, lecz sprawą aprobaty, uznania określonych wartości, określonej ideologii politycznej czy społeczno-politycznej”⁵⁵.

Bibliografia

- Ajdukiewicz K., *Obraz świata i aparatura pojęciowa* (w:) tegoż, *Język i poznanie, Wybór pism z lat 1920–1939*, t. 1, Warszawa 1985, s. 175–181.
- Boć J. (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Formy prawne w sferze działań zewnętrznych administracji*, „System Prawa Administracyjnego”, t. 5, Warszawa 2013, s. 234–277.

- Buczkowski S., *Ograniczona odpowiedzialność przedsiębiorcy*, Warszawa 1937.
- Chróścielewski W., *Akt administracyjny generalny*, Łódź 1994.
- Czachórski W., *Odpowiedzialność osób prawnych za szkody wyrządzone czynem niedozwolonym. Studium z zakresu prawa obligacyjnego* (maszynopis), „Prace Uniwersytetu Warszawskiego” 1948, nr 179, Biblioteka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.
- Ehlers D., *Verwaltung in Privatrechtsform*, Berlin 1984.
- Gierke O., *Deutsches Privatrecht*, t. 1. *Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig 1895.
- Goettel M., Goettel A., *Prawo cywilne a prawo podatkowe* (w:) M. Goettel, M. Lemonnier (red.), *Instytucje prawa cywilnego w konstrukcji prawnej podatków*, Warszawa 2011, s. 12–49.
- Holliger J., *Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht dargestellt im Prinzipie und in einigen Anwendungen mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechtes*, Zürich 1904.
- Jackowiak C., *Oczekiwania i ekspektatywy w ubezpieczeniach społecznych* (w:) J. Jończyk (red.), *Koncepcje i problemy ubezpieczenia społecznego. Materiały IV Kolokwium Ubezpieczenia Społecznego*, Wrocław 1987, s. 33–42.
- Jurgens G., Ommeren F. van, *The Public-Private Divide in English and Dutch Law: A Multifunctional and Context – Dependant Divide*, „Cambridge Law Journal” 2012, vol. 71, nr 1, s. 172–199.
- Kamińska-Szmaj I. (red.), *Słownik wyrazów obcych*, Warszawa 2009.
- Kuropatwiński J., *Ekspektatywa powstania wierzytelności w polskim prawie cywilnym*, Bydgoszcz 2006.
- Leksykon naukowo-techniczny*, oprac. S. Czerni i in., wyd. 3 popr. i uzupełn., Warszawa 1984.
- Laubadère A. de, Venezia J.C., Gaudemet Y., *Traité de droit administratif*, t. 1, wyd. 9, Paris 1994.
- Leoński Z., *Glosa do wyroku NSA – Osrodek Zamiejscowy w Łodzi z dnia 27 września 1994 r.*, SA/Łd 1906/94, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1996, z. 3, s. 127–129.
- Łętowska E., *Barieri naszego myślenia o prawie w perspektywie integracji z Europą*, „Państwo i Prawo” 1996, z. 4–5, s. 44–60.
- Łętowska E., *Prawo w »płynnej nowoczesności«*, „Państwo i Prawo” 2014, z. 3, s. 6–27.
- Machnikowski P., *Swoboda umów według art. 353¹ k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005.
- Molitor E., *Über öffentliches Recht und Privatrecht. Eine rechtssystematische Studie*, Karlsruhe 1949.
- Müllejjans H., *Publicus und Privatus im Römischen Recht und im älteren Kanonischen Recht unter besonderer Berücksich-*

54 Zob. J. Nowacki, *Prawo publiczne...*, dz. cyt., s. 107.

55 Tamże, s. 132.

- tigung der Unterscheidung Ius publicum und Ius privatum*, München 1961.
- Nowacki J., *Prawo publiczne – prawo prywatne*, Katowice 1992.
- Ross A., *On Law and Justice*, London 1958.
- Serick R., *Rechtsform und Realität Juristischer Personen*, Berlin–Tübingen 1955.
- Stec P., *Umowy w administracji. Studium cywilnoprawne*, Warszawa 2013.
- Szczepaniak R., *Glosa do wyroku NSA z 2 kwietnia 2015 r., II FSK 719/13*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2016, nr 9, s. 1123–1133.
- Szczepaniak R., *Nadużycie prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, Toruń 2009.
- Szczepaniak R., *Przyczyny odwoływania się do podziału na prawo publiczne i prywatne przez polskie organy stosujące prawo*, „Forum Prawnicze” 2015, nr 1, s. 3–17.
- Szczepaniak R., *Sens i nonsens podziału na prawo publiczne i prywatne (na kanwie uchwały SN)*, „Państwo i Prawo” 2013, z. 5, s. 31–45.
- Szczepaniak R., *W zaklętym kręgu podziału na prawo publiczne i prywatne*, „Studia Prawa Prywatnego” 2015, nr 3, s. 52–60.
- Taras W., Wróbel A., *W sprawie jednolitej koncepcji umów publicznych (w:) E. Knosala, A. Matan, G. Łaszczycza (red.), Prawo administracyjne w okresie transformacji ustrojowej*, Kraków 1999, s. 115–125.
- Wall H. de, *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht*, Tübingen 1999.
- Wronkowska S., *Analiza pojęcia prawa podmiotowego*, Poznań 1973.
- Wronkowska S. (w:) A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1994.
- Zachariasz I., *Prawo w ujęciu strukturalnym. Studium o dychoomicznym podziale prawa na prawo publiczne i prawo prywatne*, Warszawa 2016.
- Zimmermann J., *Aksjomaty prawa administracyjnego*, Warszawa 2013, s. 55.