

PAWEŁ SANCEWICZ

Swoboda wyboru prywatnoprawnej formy działania administracji gospodarczej w polskiej i niemieckiej doktrynie prawa publicznego¹

Wprowadzenie

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie poglądów zarówno polskiej, jak i niemieckiej doktryny prawa publicznego na zagadnienie możliwości wyboru przez administrację publiczną prawnej formy realizacji zadań publicznych, w szczególności formy prywatnoprawnej – umowy. Zagadnienie to nie ma charakteru wyłącznie teoretycznego, ponieważ współcześnie administracja musi się mierzyć z coraz bardziej skomplikowanymi, wymagającymi elastycznego działania zadaniami. Równocześnie nowe zadania wymagają nowych elastycznych form, pozwalających na szybkie reagowanie w dynamicznie zmieniającym się otoczeniu społeczno-gospodarczym. Tym samym analizowanymi w opracowaniu problemami będą następujące kwestie: 1. co należy rozumieć przez pojęcie prawnych form działania; 2. jak pojęciowo odróżnić formy prawne od form i środków działania administracji; 3. czy organom administracji publicznej przysługuje swoboda wyboru formy prawnej działania oraz 4. czy organom administracji publicznej przysługuje swoboda wyboru środka działania.

Jedną z podstawowych ról dogmatyki prawa jest porządkowanie siatki pojęć, co będzie podstawowym celem niniejszego tekstu. Jednakże

¹ Niniejszy artykuł powstał w ramach stypendium przyznanego przez fundację Fritz Thyssen Stiftung, w ramach postępowania o sygn. 40.18.0.011RE na pobyt badawczy w Kommunalwissenschaftliches Institut (KWI) der Universität Potsdam.

należy dodatkowo odpowiedzieć na pytanie, czy organy administracji publicznej, które w demokratycznym państwie prawnym mają działać na zasadzie związania prawem, mogą swobodnie korzystać z prawnych form działania, które uznają za właściwe do efektywnej realizacji zadań publicznych. Czy w demokratycznym państwie prawnym należy efektywność działania administracji postawić przed zasadą związania administracji prawem?

Biorąc pod uwagę powyżej określone cele, w pierwszej kolejności podjęto próbę wyjaśnienia pojęcia prawnych form działania, w tym ich odróżnienia od środków działania administracji. Następnie poddano analizie właściwe dla niniejszego artykułu zagadnienie, tj. swobodę wyboru prawnej formy działania, jak również kwestię jej potencjalnego nadużywania. Analizy te mają na celu wyciągnięcie interesujących wniosków *de lege ferenda*.

W tekście zostaną ponadto przywołane poglądy niemieckiej doktryny prawa publicznego. Naturalnie, bezkrytyczna recepcja poglądów powstałych na gruncie zagranicznego porządku prawnego nie powinna mieć miejsca ze względu na zróżnicowane uwarunkowania społeczne i gospodarcze. Odkrycia niemieckiej doktryny w zakresie prawnych form działania mogą jednak służyć jako owocna inspiracja.

1. Środki i prawne formy działania administracji gospodarczej w świetle polskiej doktryny prawa publicznego

Zasadnicze znaczenie dla przedstawienia spójnej teorii prawnych form działania, a także jej środków działania ma wyraźne i jasne określenie relacji pojęć: środek działania i prawna forma działania administracji².

Jak podkreśla K. Strzyczkowski, pojęciowo prawne formy działania administracji publicznej³ są oddzielane od środków (form) działania administracji publicznej⁴. W praktyce organy administracji gospodarczej⁵

² Por. interesujące rozważania K. Strzyczkowskiego dotyczące prawnych form działania w publicznym prawie gospodarczym: K. Strzyczkowski, *Uwagi o zadaniach nauki o prawnych formach działania administracji gospodarczej*, w: *Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej*, pod red. B. Popowskiej, K. Kokocińskiej, Poznań 2009, s. 61 i n.

³ *Ibidem*, s. 35–63.

⁴ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2009, s. 193.

⁵ Pojęcie administracji gospodarczej zostało w doktrynie prawa szczegółowo opracowane. Jak wywodzi C. Kosikowski, administracja gospodarcza to taki fragment administracji publicznej, która realizuje zadania państwa wobec gospodarki (C. Kosikowski,

podejmują bardzo wiele różnorodnych działań, wypełniając zróżnicowane zadania⁶, które są wyodrębniane ze względu na ich treść, nie zaś ze względu na kryteria prawne (nakazy i zakazy, subwencje, dotacje, subsydia, zezwolenia, koncesje, kary pieniężne)⁷. Formą (środkiem) działania jest więc zasadniczo każde zachowanie, które można zarchiwować na rzecz administracji publicznej, w tym gospodarczej⁸. Środki (formy) działania administracji gospodarczej stają się prawną formą działania, gdy można je poddać klasyfikacji z prawnego punktu widzenia, czyli przyporządkować danej prawnej formie działania określone skutki prawne różne od skutków działań faktycznych.

Z określonymi środkami prawnymi regulacji prawnej są związane określone formy działań prawnych⁹. Nierzadko jednak te same środki prawne (np. subwencje, dotacje, subsydia) są stosowane w różnych formach prawnych (np. umowy cywilnoprawnej bądź aktu administracyjnego – decyzji administracyjnej)¹⁰.

W praktyce organy administracji publicznej podejmują bardzo wiele różnorodnych działań, które są wyodrębniane ze względu na ich treść,

Polskie publiczne prawo gospodarcze, Warszawa 2003, s. 117). Bardzo szczegółowo przedmiotową kwestię przeanalizował K. Strzyckowski w ujęciu przedmiotowym, podmiotowym oraz funkcjonalnym (K. Strzyckowski, *Prawo gospodarcze...*, s. 123–126). Według autora najbardziej przydatne jest kryterium funkcjonalne. W tym ujęciu administracja gospodarcza oznacza realizację w zakresie i kształcie wyznaczonym przez prawo gospodarcze publiczne funkcji ingerencji publicznej w gospodarkę bez względu na zakres i charakter podmiotów, które uczestniczą w jej realizacji (ibidem). Ujęcie przedmiotowo-funkcjonalne administracji gospodarczej pozwala uznać za administrację gospodarczą zwłaszcza działalność ingerencyjną w gospodarkę w celach publicznych realizowaną przez podmioty, którym to zadanie zostało powierzone jako następstwo decentralizacji i prywatyzacji władzy publicznej (ibidem). Wykorzystana w artykule definicja podmiotów administracji gospodarczej jest zatem bardzo szeroka i obejmuje wszelkie podmioty, które realizują zadania z zakresu administracji gospodarczej. W przypadku natomiast, gdy nastąpi potrzeba ograniczenia katalogu podmiotów podlegających omówieniu, użyte zostanie pojęcie „organy administracji gospodarczej” obejmujące organy administracji publicznej, które realizują zadania państwa w gospodarce.

⁶ B. Popowska, *Klasyfikacja funkcji administracji w nauce publicznego prawa gospodarczego*, w: *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*, pod red. B. Popowskiej, Poznań 2006, s. 61–85.

⁷ K. Strzyckowski, *Prawo gospodarcze...*, s. 193.

⁸ Ibidem.

⁹ Por. T. Rabska, *Prawo administracyjne stosunków gospodarczych*, Warszawa–Poznań 1977, s. 162; K. Strzyckowski, *Prawo gospodarcze...*, s. 194.

¹⁰ K. Strzyckowski, *Prawo gospodarcze...*, s. 194; B. Popowska, *Decyzja i umowa jako formy działania podmiotów administracji gospodarczej; konkurencja, współwystępowanie czy alternatywa?*, w: *Instrumenty i formy prawne...*, s. 77–115.

nie zaś ze względu na kryteria prawne¹¹. K. Strzyczkowski podkreśla, że ustawodawca o wiele częściej posługuje się środkami (formami) działania, które aktualizują kompetencje poszczególnych organów administracji (nakazy, zakazy, kary pieniężne, subwencje, dotacje, subsydia), niż prawnymi formami działania¹². W konsekwencji autor wskazuje na deficyt prawnej formy działania¹³.

Zdaniem K. Strzyczkowskiego kryterium adekwatności jest istotnym zagadnieniem nauki o prawnych formach działania administracji, gdyż ustawodawca najczęściej upoważnia administrację w celu realizacji powierzonych jej zadań do podejmowania działań określonych co do treści, nie zawsze zaś co do ich prawnej formy¹⁴.

Środki działania administracji utożsamiane z instrumentami należy traktować jako narzędzia, za pomocą których państwo (podmioty publiczne) osiąga określone cele poprzez ingerencję w sferę gospodarki, podczas gdy forma prawna stanowi „zewnątrzny, formalny – odpowiednio prawnie skategoryzowany przejaw określonego środka prawnego”¹⁵.

Przedstawiciele polskiego prawa publicznego większą wagę przykładają do klasyfikacji prawnych form działania niż do klasyfikacji środków. Spośród przedstawicieli doktryny polskiego prawa publicznego jedynie J. Supernat oraz K. Strzyczkowski dokonywali całościowej klasyfikacji środków działania administracji publicznej¹⁶. Wśród środków działania administracji w publicznym prawie gospodarczym K. Strzyczkowski wyróżnia: nakazy i zakazy, środki oddziaływania ekonomicznego, koncesje, zezwolenia, licencje, środki nieformalne oraz środki uzgodnieniowo-negocjacyjne¹⁷. Z kolei K. Kiczka jako środki działania, w szczególności administracji gospodarczej, wymienia pozwolenia i koncesje, akty zezwalające, akty kwalifikujące, licencje, działalność gospodarczą regulowaną¹⁸.

¹¹ K. Strzyczkowski, *Uwagi o zadaniach nauki...*, s. 61.

¹² Por. *ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ M. Będkowski-Kozioł, *Plan jako instrument regulacji sektorów infrastrukturalnych?*, w: *Instrumenty i formy prawne...*, s. 182 i n.

¹⁶ J. Supernat, *Instrumenty działania administracji publicznej. Studium z nauki administracji*, Wrocław 2003.

¹⁷ Por. K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, s. 194–205.

¹⁸ K. Kiczka, *Administracyjnoprawne środki kształtowania sytuacji prawnej przedsiębiorców*, w: A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, M. Szydło, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009, s. 341–443.

Stosowanie przez organy państwa różnorodnych sposobów i środków wspierania rozwoju gospodarczego jest przejawem odpowiedzialności państwa za gospodarkę¹⁹ i służy osiągnięciu zamierzonych celów społecznych i gospodarczych, najczęściej w sytuacji nieskuteczności środków interwencji państwa o ogólnosystemowym charakterze²⁰. Skoro środki działania administracji są definiowane bardzo szeroko, to wydawałoby się, że organ administracji publicznej posiada swobodę zastosowania najwłaściwszego z nich do realizacji danego zadania publicznego. Jednakże wielokrotnie środki działania administracji są zdeterminowane przepisami rangi ustawowej. W takiej sytuacji administracja publiczna jest zobowiązana, zgodnie z zasadą związania prawem, do zastosowania środka wskazanego w ustawie. Niedopuszczalne jest np., by w określonej sytuacji normowanej prawem organ udzielił zezwolenia zamiast koncesji, czy też aby zawarł umowę kredytu inwestycyjnego zamiast umowy kredytu technologicznego.

2. Prawne formy działania administracji

W ramach przeprowadzanej w artykule analizy zostanie wykorzystany klasyczny model prawnych form działania administracji opracowany przez J. Starościaka²¹. Według definicji sformułowanej przez autora prawna forma działania administracji to określany prawem typ czynności organu administracji publicznej²².

Należy podkreślić, że polska nauka prawa administracyjnego oraz publicznego prawa gospodarczego ma istotne osiągnięcia na polu tworzenia klasyfikacji (typologii) prawnych form działania. Literatura²³ na

¹⁹ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, s. 186; H.P. Ipsen, *Öffentliche Subventionierung Privater*, Berlin 1956, s. 157 i n.

²⁰ Ibidem; W. Fröhler, *Das Wirtschaftsrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik*, Wien-New York 1969, s. 142, cyt. za: K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*

²¹ Por. J. Starościak, *Prawne formy działania administracji*, Warszawa 1957, s. 9–11 i n.

²² Ibidem, s. 9 i n.; idem, *Prawne formy i metody działania administracji*, w: *System prawa administracyjnego*, t. 3, pod red. T. Rabskiej, J. Łętowskiego, Warszawa 1978, s. 40 i n.

²³ Nie sposób w tym miejscu przytoczyć w całości obszernej literatury dotyczącej prawnych form działania administracji – zob. np.: K.W. Kumaniecki, *Akt administracyjny: studia nad istotą aktu administracyjnego z uwzględnieniem zasadniczego orzecznictwa austriackiego trybunału administracyjnego*, Kraków 1913; M. Zimmermann, *Formy działania administracji i administracyjne*, w: *Prawo administracyjne*, cz. 2, pod red. M. Jaroszyńskiego, Warszawa 1952, s. 91 i n.; M. Jaroszyński, M. Zimmermann, W. Brzeziński, *Rozdział IX. Formy działania administracji państwowej. Akt administracyjny*, w: *Polskie prawo administracyjne*.

ten temat jest bardzo bogata – syntetyczny jej przegląd przedstawił K. Ziemiński²⁴. W tym miejscu należy przytoczyć jedynie akceptowaną klasyfikację oraz formy najczęściej wyróżniane przez przedstawicieli doktryny prawa administracyjnego²⁵. Teoria prawnych form działania administracji podlega ciągłym zmianom²⁶. Jak wskazuje J. Zimmermann, fakt wstąpienia Polski do Unii Europejskiej, dokonana transformacja ustrojowa, a także dynamiczny rozwój gospodarczy spowodowały, że ustawodawca przestał się mieścić w tych klasycznych podziałach i stanowi dla administracji publicznej formy działania łamiące nieraz utarte kryteria klasyfikacji²⁷. Istotne jest stwierdzenie, że w chwili obecnej nie można mówić o funkcjonowaniu tradycyjnej zasady opracowanej przez J. Starościaka: jedna forma działania – jedna kompetencja – jeden organ²⁸.

Ogół działalności podejmowanej przez administrację w demokratycznym państwie prawa (art. 2 Konstytucji RP²⁹) musi być podejmowany na podstawie prawa (art. 7 Konstytucji RP³⁰). K. Strzyczkowski

Część ogólna, pod red. M. Jaroszyńskiego, Warszawa 1956; J. Starościak, *Prawne formy działania...*; idem, *Prawne formy i metody...*, s. 39–129; J. Łętowski, *Prawo administracyjne. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1990, s. 128–209; J. Borkowski, *Decyzja administracyjna*, Warszawa 1970, wyd. 2: 1998; A. Wiktorowska, *Kierunki zmian w teorii prawnych form działania administracji, w: Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego, Zakopane, 24–27 września 2006 r.*, pod red. J. Zimmermanna, Warszawa 2007, s. 359–384. Ponadto wskazuje się na bardzo dużą rolę pojęcia prawnych form działania administracji w nauce prawa administracyjnego – zob. K. Ziemiński, *Określenie pojęcia formy prawnej działania administracji publicznej*, w: *Prawne formy działania administracji*, seria *System Prawa Administracyjnego*, pod red. R. Hausera, Z. Niewiadomskiego, A. Wróbla, t. 5, Warszawa 2013, s. 4–5.

²⁴ K. Ziemiński, *Indywidualny akt administracyjny jako forma prawna działania administracji*, Poznań 2005, s. 15–76.

²⁵ Por. również wyraźną i schematyczną klasyfikację prawnych form działania dokonaną przez M. Strzelbickiego i M. Chołodeckiego w pracy *Publiczne prawo gospodarcze. Procedury*, Poznań 2012, s. 17–18.

²⁶ Por. A. Wiktorowska, op. cit., passim. Według K. Strzyczkowskiego ustawodawca wobec coraz to nowych zadań administracji wprowadza nowe formy działania nieprzewidziane w dotychczasowych przepisach prawnych (K. Strzyczkowski, *Uwagi o zadaniach nauki...*, s. 38).

²⁷ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2006, s. 288–289.

²⁸ Ibidem. Na powyższe zwraca uwagę również K. Kokocińska, gdy analizuje charakter prawny dokumentów strategicznego planowania (strategii i programów w polityce rozwoju) – por. K. Kokocińska, *Polityka regionalna w Polsce i w Unii Europejskiej*, Poznań 2010, s. 105–106.

²⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 IV 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

³⁰ Artykuł 7 Konstytucji RP stanowi: „Organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa”.

dopuszcza istnienie form działania administracji, wskazując, że formą działania administracji jest każde zachowanie, które można zarachować na rzecz administracji publicznej³¹. I dalej: „[f]ormy działania stają się prawną formą działania, gdy można je poddać klasyfikacji z prawnego punktu widzenia, czyli przyporządkować danej formie działania określone skutki prawne różne od działań faktycznych”³². Działalność regulowana prawem musi być podejmowana przez administrację za pomocą określonych prawnych form działania. Formy te są przydatną konstrukcją, pojęciem narzędziem³³ stworzonym przez przedstawicieli doktryny i rozumianym w sposób następujący: „[f]orma prawna działania administracji jest [...] pewnym, prawem określonym typem czynności konwencjonalnej, która może prowadzić do powstania choćby potencjalnego obowiązku podmiotu, a niekiedy całego szeregu obowiązków oraz uprawnień”³⁴. Jako pierwszy przedmiotowe pojęcie kompleksowo opisał i scharakteryzował J. Starościek, wnosząc tym samym znaczący wkład do nauki polskiego prawa publicznego. Według tego autora pod „prawną formą działania administracji” należy rozumieć prawnie określony typ konkretnej czynności organu administracyjnego³⁵. W tym miejscu należy wskazać na konieczność rozróżnienia formy prawnej działania od metody. Zgodnie z przyjmowanym w doktrynie prawa publicznego poglądem J. Starościeka metoda to powtarzające się stosowanie przez administrację określonych prawnych form działania czy też zmienność występowania i stosowania całych zestawów tych form działania obudowana sposobem ich stosowania³⁶.

Podstawowym podziałem w zakresie prawnych form działania administracji jest podział na działania (czynności) prawne i faktyczne. Ten klasyczny podział wprowadził M. Zimmermann³⁷. Czynnością

³¹ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, s. 193 i n. Inaczej J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2006, s. 283 i n.

³² K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, s. 193 i n.

³³ W rozumieniu F. Longchamps, który wyróżnił „pojęcia przedmioty” i „pojęcia narzędzia” – por. F. Longchamps, *Uwagi o używaniu pojęć w naukach prawnych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego. Prawo” t. 7, Wrocław 1960, s. 11 i n., cyt. za: B. Popowska, *Klasyfikacja funkcji administracji...*, s. 62; F. Longchamps, *Współczesne problemy podstawowych pojęć prawa administracyjnego*, „Państwo i Prawo” 1966, z. 6, s. 885–898.

³⁴ K. Ziemiński, *Indywidualny akt administracyjny...*, s. 106 i n.

³⁵ J. Starościek, *System prawa...*, s. 40 i n.; por. też idem, *Prawne formy...*, s. 9–11 i n.

³⁶ J. Starościek, *System prawa...*, s. 113 i n.

³⁷ M. Zimmermann, *Podział czynności administracji państwowej*, w: *Polskie prawo administracyjne...*, s. 320–321 i n.; zob. M. Masternak, *Czynności materialno-techniczne jako prawna forma działania administracji publicznej*, Toruń 2018, s. 104–105 i n. Za główne kryterium

prawną jest działanie zmierzające do ustanowienia, zmiany lub zniesienia stosunku prawnego (osiągnięcia tym samym skutku prawnego), a czynnością faktyczną każde inne działanie³⁸. Przy tym czynności faktyczne mają często charakter instrumentalny w stosunku do czynności prawnych, przez co rozumie się, że niektóre czynności prawne nie mogą być podjęte bez podjęcia określonych czynności faktycznych³⁹.

Kolejnym kryterium podziału, które powszechnie występuje w doktrynie, jest podział na czynności w sferze zewnętrznej i wewnętrznej. Szczególnie istotne spostrzeżenia w tym zakresie poczynił J. Starościak, wskazując, że do czynności zewnętrznych należy zaliczyć: stanowienie ogólnie obowiązujących przepisów, wydawanie aktów administracyjnych, zawieranie porozumień administracyjnych, zawieranie umów, prowadzenie działalności społeczno-organizatorskiej, wykonywanie czynności materialno-technicznych⁴⁰. Natomiast do czynności w sferze wewnętrznej autor zaliczył polecenia służbowe, działalność społeczno-organizatorską i wykonywanie czynności materialno-technicznych⁴¹. Za J. Starościakiem można przyjąć, że czynności prawne w sferze wewnętrznej to czynności, których adresatami są podmioty znajdujące się w ramach układu administracji; można podzielić je na akty generalne (statuty, regulaminy, wytyczne), akty zakładowe oraz akty indywidualne (nakazy, polecenia służbowe).

rozdzielenia czynności prawnych i faktycznych uznano kryterium celu bezpośredniego wywołania skutków prawnych. Jeżeli te skutki prawne zostaną osiągnięte pośrednio, to mamy do czynienia jedynie z czynnością faktyczną – np. w przypadku czynności egzekucyjnych czy wydawania zaświadczeń. Z kolei czynności prawne to grupa czynności podejmowanych w celu wywołania bezpośredniego skutku prawnego charakteryzująca się tym, że podmiot administracji, podejmując określone czynności konwencjonalne, zmierza do wywołania skutków prawnych i skutki te w sposób bezpośredni wywołuje (K. Ziemiński *Podstawowe kryteria podziału form prawnych działania administracji przyjmowane w polskiej nauce prawa administracyjnego. Próba usystematyzowania*, w: *Prawne formy...*, s. 44 i n.). Por. także we współczesnej literaturze: K. Ziemiński, *Indywidualny akt administracyjny...*, s. 100 i n.: „Jeżeli celem podejmowanych czynności jest wywołanie bezpośrednich skutków prawnych, do czynienia mamy z czynnością o charakterze prawnym. Jeżeli celem tym jest wypełnienie zadań administracji w inny sposób, a nie poprzez celowe wywoływanie bezpośrednich skutków prawnych, czynność ma charakter faktyczny, nawet jeżeli w rezultacie podjęcia tych czynności skutek prawny zostanie wywołany”. Podobnie Z. Leoński, *Zarys prawa administracyjnego*, Warszawa 2006, s. 254).

³⁸ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2010, s. 285 i n.

³⁹ K. Ziemiński, *Podstawowe kryteria...*, s. 46 i n.

⁴⁰ J. Starościak, *System prawa...*, s. 43 i n.

⁴¹ *Ibidem*.

Czynności prawne z kolei można podzielić na czynności prywatnoprawne i publicznoprawne⁴². Kryterium takiego podziału jest posługiwanie się przez administrację odpowiednio prawem cywilnym lub publicznym⁴³, przy czym jest to podział wyjątkowo nieostry. Administracja często realizuje zadania publiczne zarówno na podstawie prawa prywatnego, jak i publicznego. W związku z trudnościami z rozgraniczeniem przedstawiciele doktryny proponują w celu ich rozwikłania odwoływanie się do innych kryteriów, w szczególności do władztwa⁴⁴.

Nadal najczęściej wykorzystywane przez administrację są czynności publicznoprawne jednostronne, wśród których wyróżnić należy akty generalne⁴⁵ oraz akty indywidualne⁴⁶. Jednostronność bywa określana najczęściej jako możliwość kształtowania przez podmiot administrujący sytuacji prawnej podmiotu czy podmiotów administrowanych bez, a nawet wbrew, ich woli⁴⁷. Niektórzy autorzy wyróżniają oprócz

⁴² Por. W.L. Jaworski, *Nauka prawa administracyjnego. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1924, s. 78 i n.; S. Kasznica, *Polskie prawo administracyjne. Pojęcia i instytucje zasadnicze*, Poznań 1946, s. 112 i n., cyt. za: K. Ziemiński, *Indywidualny akt administracyjny...*, s. 113 i n.

⁴³ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, 2006, s. 285 i n.

⁴⁴ Czynności prywatnoprawne należą do sfery *dominium*, do sfery regulowanej prawem prywatnym; są to czynności zwiadowcze, tzw. *gestii* (ibidem). Natomiast czynności publicznoprawne związane są z regulacjami publicznoprawnymi, ze sferą *imperium*, przez co należy rozumieć władztwo administracyjne powiązane z pojęciem stosunku administracyjnoprawnego. Por. W. Chróścielewski, *Imperium a gestia w działaniach administracji publicznej (w świetle doktryny i zmian ustawodawczych lat 90.)*, „Państwo i Prawo” 1995, z. 6, s. 49–59. W. Chróścielewski w tym zakresie przywołuje poglądy A. Peretiakowicza, S. Kasznicy, J. Langroda, F. Longchamps, J. Borkowskiego, J. Łętowskiego, K. Jaroszyńskiego, dochodząc do wniosku, że władztwo to możliwość wiążącej konkretyzacji praw i obowiązków adresata działań organu administracji publicznej, których wykonywanie, w przypadku gdy treścią tej konkretyzacji było nałożenie obowiązków, obwarowane jest możliwością zastosowania środków przymusu państwowego. W. Chróścielewski podkreśla, że jedynie nieliczni autorzy wskazywali na domniemanie ważności działania podejmowanego przez organ administracji (F. Longchamps, E. Ochendowski) (W. Chróścielewski, *Akt administracyjny generalny*, Łódź 1994, s. 62 i n.). Jako kryterium wyróżniania działań władczych wskazuje się w literaturze najczęściej na takie cechy, jak jednostronność działania administracji, domniemanie prawidłowości podjętych przez administrację działań oraz przymus bądź dopuszczalność zastosowania przymusu w celu wymuszenia respektowania nakazów czy zakazów płynących z działań administracji publicznej (K. Ziemiński, *Podstawowe kryteria...*, s. 53 i n.); por. też W. Chróścielewski, op. cit., s. 79 i n.

⁴⁵ W. Chróścielewski, op. cit.

⁴⁶ K. Ziemiński, *Indywidualny akt administracyjny...*, s. 15 i n., passim; K. Ziemiński, *Akt administracyjny i jego alternatywy*, w: *Koncepcja systemu prawa administracyjnego...*, s. 415–426.

⁴⁷ W. Chróścielewski wskazuje na „autorytatywność konkretyzacji prawa dokonanej przez organ administracji publicznej”, podobnie K. Ziemiński, *Indywidualny akt administracyjny...*, s. 123.

generalnych aktów normatywnych⁴⁸ generalne akty administracyjne⁴⁹. Ponadto, biorąc pod uwagę zaprezentowaną powyżej klasyfikację, należy odróżnić, czy akty te były wydane w sferze zewnętrznej, czy też wewnętrznej. Indywidualny akt administracyjny stanowi konstrukcję teoretyczną – w ustawach (w języku prawnym) oraz w praktyce administracyjnej funkcjonuje pojęcie decyzji administracyjnej⁵⁰.

Wśród czynności publicznoprawnych wielostronnych wyróżnia się porozumienia administracyjne⁵¹ oraz umowy mające cechy administracyjnych⁵². Niekiedy w doktrynie poszerza się ten katalog o ugody⁵³. Na szczególne rozważania dotyczące dwustronnych publicznoprawnych form, zwłaszcza w zakresie zasadności wyodrębnienia przez doktrynę prawa umowy administracyjnej działania, nie ma miejsca w ogólnej klasyfikacji prawnych form działania. Umowa administracyjna zostanie natomiast wspomniana w dalszych częściach artykułu. Przy tym należy dodać, że umowa administracyjna, w związku z prowadzonymi pracami

⁴⁸ W rozumieniu art. 87 Konstytucji RP.

⁴⁹ Por. E. Frankiewicz, M. Szewczyk, *Generalny akt administracyjny*, „Państwo i Prawo” 2003, z. 12, s. 42–54.

⁵⁰ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, 2006, s. 290 i n. Przez decyzję administracyjną należy rozumieć jednostronny, władczy akt organu administracji publicznej rozstrzygający konkretną sprawę indywidualnego podmiotu niewynikającą z organizacyjnego lub służbowego podporządkowania organowi, który ją wydał (projekt z dnia 29 XII 2010 r. ustawy – Przepisy ogólne prawa administracyjnego, druk sejmowy nr 3942/VII kadencja). Według przedstawicieli doktryny decyzję administracyjną uważa się za kwalifikowany akt administracyjny, charakteryzujący się określoną formą (w szczególności formą pisemną, mającą przewidzianą przez prawo zawartość treściową i formalną), a także tym, że jest on wydawany po przeprowadzeniu sformalizowanego postępowania administracyjnego (jurysdykcyjnego) (ibidem).

⁵¹ Szerzej na temat porozumień administracyjnych: J. Wyporska-Frankiewicz, *Publicznoprawne formy działania administracji o charakterze dwustronnym*, Warszawa 2010; Z. Cieślak, *Porozumienie administracyjne*, Warszawa 1985. Jak podkreśla K. Ziemiński, działania administracji w przypadku porozumień sprowadzają się do przekazania przez określony podmiot administracji publicznej kompetencji lub zadań innemu podmiotowi, natomiast w przypadku związków podmioty publicznoprawne przekazują kompetencje bądź zadania specjalnie w tym celu powołanemu przez nie podmiotowi (związkowi) (K. Ziemiński, *Próba rekonstrukcji typologii form prawnych działania administracji przyjmowanej w doktrynie*, w: *Prawne formy...*, s. 66 i n.).

⁵² Por. B. Popowska, *Partnerstwo publiczno-prywatne w świetle koncepcji „ciągu działań prawnych” i jej wpływ na ocenę umowy o ppp*, w: *Środki prawne publicznego prawa gospodarczego*, pod red. L. Kieresa, Wrocław 2007, s. 168–174; H. Knysiak-Molczyk, *Inne formy działania administracji publicznej*, w: *Koncepcja systemu prawa administracyjnego...*, s. 491 i n.

⁵³ Por. J. Wyporska-Frankiewicz, op. cit., passim; Z. Kmiecik, *Mediacja i koncyliacja w prawie administracyjnym*, Kraków 2004, passim.

nad jej wprowadzeniem do polskiego systemu prawnego⁵⁴, była ostatnio przedmiotem żywego zainteresowania polskiego piśmiennictwa prawniczego⁵⁵.

Należy podkreślić, że powyższa kwalifikacja nie stanowi zamkniętego katalogu prawnych form działania. Przedstawiciele doktryny podkreślają, że jakkolwiek systematyzowanie prawnych form działania ma sens, to sama istota administrowania wyklucza sformułowanie ich zamkniętego katalogu⁵⁶.

W niemieckiej doktrynie prawa publicznego również dokonywano licznych klasyfikacji stosowanych prawnych form działania⁵⁷. Najczęst-

⁵⁴ W toku nowelizacji Kodeksu postępowania administracyjnego (w latach 2016–2017) pojawiła się propozycja włączenia umowy administracyjnej do tego aktu. Jednakże kwestia umowy administracyjnej została wyłączona z projektu jeszcze przed etapem rozpoczęcia prac parlamentarnych. Zob. Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 1183/VIII kadencja). Piszę o tym szerzej w: P. Sancewicz, *Umowa jako prawna forma działania administracji publicznej w polskiej i niemieckiej doktrynie prawa publicznego*, „Studia Prawa Publicznego” 2019, nr 1, s. 55 i n.

⁵⁵ A. Krawczyk, *Umowa administracyjna w demokratycznym państwie prawnym – w poszukiwaniu modelu regulacji prawnej*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2017, nr 6, s. 7–25; A. Ostrowska, *Koncepcja umowy administracyjnej na przykładzie umowy o dotację w świetle polskich i zagranicznych regulacji*, „Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu” 2018, nr 3, s. 9–27; J. Trzewik, B. Kuś, *Zastosowanie konstrukcji prawnej umowy w administracji publicznej*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2017, nr 3, s. 65–76; Z.H. Stawińska, *Legitymacja skargowa na gruncie art. 50 § 1 p.p.s.a. w przypadku wprowadzenia do polskiego porządku prawnego umów administracyjnych, subordynacyjnych na wzór rozwiązań z prawa niemieckiego z § 54 VwVfG*, „Kwartalnik Prawo, Społeczeństwo, Ekonomia” 2019, nr 1, s. 29–38.

⁵⁶ K. Ziemiński, *Indywidualny akt administracyjny...*, s. 97.

⁵⁷ Dla przykładu warto przytoczyć: H. Bauer, *Die negative und die positive Funktion des Verwaltungsvertragsrechts*, w: *Der Verwaltungsstaat im Wandel, Festschrift für Franz Knöpfle zum 70. Geburtstag*, Hrsg. von D. Merten, R. Schmidt, R. Stettner, München 1996, s. 11–31; idem, § 36 *Verwaltungsverträge*, w: *Grundlagen des Verwaltungsrecht*, Bd. 2: *Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen*, Hrsg. von W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Assmann, A. Voßkuhle, München 2012, s. 1255–1387; M. Bullinger, *Vertrag und Verwaltungsakt*, Stuttgart 1962; U. Di Fabio, *System der Handlungsformen und Fehlerfolgenlehre*, w: *Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht. 31. Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fachrichtung „Öffentliches Recht”*, Hrsg. von K. Becker-Schwarze, Bremen 1991, s. 47 i n.; D. Ehlers, *Die Handlungsformen bei der Vergabe von Wirtschaftssubventionen*, „Verwaltungsarchiv” 1983, s. 112–132; idem, *Verwaltung in Privatrechtsform*, Berlin 1984; E. Forsthooff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, München 1973; E. Gurlit, *Verwaltungsvertrag und Gesetz. Eine vergleichende Untersuchung zum Verhältnis von vertraglicher Bindung und staatlicher Normsetzungsautorität*, Tübingen 2000; W. Henke, *Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht*, Tübingen 1979; H.G. Henneke, *30 Jahre LVwG, 20 Jahre VwVfG – Stabilität*

szym podziałem jest podział na czynności prywatnoprawne i publicznoprawne⁵⁸. Następnie czynności publicznoprawne przedstawiciele niemieckiej doktryny dzielą na czynności prawne i faktyczne⁵⁹. Wśród czynności prawnych wyróżnia się czynności w sferze wewnętrznej i zewnętrznej⁶⁰. W sferze zewnętrznej formy działania dzielą się na abstrakcyjno-generalne oraz konkretne⁶¹. Z kolei wśród czynności konkretnych wyróżnia się czynności dwu- i jednostronne⁶². Przykładem czynności dwustronnej jest umowa administracyjna (w rozumieniu § 54 i n. VwVfG⁶³)⁶⁴, czynności jednostronnej zaś – akt administracyjny (w rozumieniu § 35 VwVfG)⁶⁵.

3. Formy prawne działania administracji publicznej w obszarze publicznego prawa gospodarczego

Warto na początku wskazać, że określenie „prawne formy działania administracji gospodarczej” jest wieloznaczne⁶⁶. Biorąc pod uwagę

und Flexibilität des Verwaltungshandelns, „Die Öffentliche Verwaltung” 1997, s. 768 i n.; W. Hoffmann-Riem, § 33 Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen, w: *Grundlagen des Verwaltungsrecht*, Bd. 2, s. 943–1023; L. Michael, § 41 Formen – und Instrumentenmix *Grundlagen des Verwaltungsrecht*, Bd. 2, s. 1639–1688; F. Ossenbühl, *Die Handlungsformen der Verwaltung*, „Juristische Schulung” 1979, s. 681–687; W. Rübner, *Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft: Untersuchungen zum Problem der leistenden Verwaltung*, Berlin 1967; E. Schmidt-Aßmann, *Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns. Ihre Bedeutung im System des Verwaltungsrechts und für das verwaltungsrechtliche Denken der Gegenwart*, „Deutsches Verwaltungsblatt” 1989, s. 533, 539 i n.; M. Schulte, *Schlichtes Verwaltungshandeln. Verfassungs- und verwaltungsrechtsdogmatische Strukturüberlegungen am Beispiel des Umweltschutzes*, Tübingen 1995.

⁵⁸ H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2009, s. 190 i n.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibidem.

⁶³ Federalna ustawa o postępowaniu administracyjnym (Verwaltungsverfahrensgesetz, ustawa z dnia 25 V 1976 r., Bundesgesetzblatt I, s. 153, dalej: VwVfG).

⁶⁴ M. Martini, *Verwaltungsprozessrecht. Systematische Darstellung in Grafik-Text-Kombination*, München 2010, s. 40 i n.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Jak wskazuje K. Pawłowicz (*Prawne formy działania administracji gospodarczej – kierunki zmian i próba oceny*, w: *Instrumenty i formy prawne...*, s. 67 i n.), można je rozumieć dwojako a nawet trojako. Po pierwsze jako formy prawno-organizacyjne, poprzez które administracja jest wykonywana, np. organy administracji, spółki prawa handlowego, zakłady, pełnomocnicy itp. (ibidem). Po drugie jako formy prawne działania w sensie ścisłym, oznaczające określone typy aktów prawnych, ogólne konstrukcje prawne,

poczynione założenia oraz opisaną powyżej klasyfikację prawnych form działania administracji, należy przyjąć, że forma prawna administracji stanowi określony prawem typ czynności organów administracji. Natomiast instrumenty czy formy działania są określane jako środki działania administracji.

Należy stwierdzić, że w publicznym prawie gospodarczym coraz większą rolę odgrywają umowy jako prawne formy działania administracji gospodarczej. C. Kosikowski uważa, że wykorzystanie umów przez administrację gospodarczą jest wyrazem procesu „kontraktualizacji”⁶⁷ stosunków między administracją a gospodarką, jak również oznaką decentralizacji⁶⁸. Umowa stanowi w publicznym prawie gospodarczym alternatywę dla jednostronnych i władczych aktów organów administracji publicznej (decyzji gospodarczych)⁶⁹. Według C. Kosikowskiego takie umowy mają nietypową konfigurację podmiotową, gdyż jedynym z jej podmiotów jest organ administracji gospodarczej, a jej przedmiot występuje w bezpośrednim związku z wykonywaniem przez te organy ich podstawowych funkcji⁷⁰. W związku z tym niezwykle istotne jest, co podnosi K. Strzyczkowski, że organy administracji publicznej są związane szczególnymi przepisami o charakterze publicznoprawnym, uzupełniającymi lub modyfikującymi przepisy prawa prywatnego w zakresie wyznaczonym przez ich odpowiedzialność za realizację zadań publicznych⁷¹.

za pomocą których administracja kieruje gospodarką i nadzoruje ją – np. akty indywidualne, jak decyzja administracyjna czy umowa, różne formy aktów normatywnych, takie jak rozporządzenia czy liczna grupa form (aktów) nienazwanych (ibidem). Wreszcie K. Pawłowicz wskazuje, że pojęcie „prawnych form” używane jest też niekiedy na oznaczenie merytorycznej treści, konkretnego instrumentu czy środka prawnego, skonkretyzowanego przedmiotu formy prawnej w sensie ścisłym, tj. typu aktu prawnego, np. udzielenie koncesji, wydanie zezwolenia (ibidem).

⁶⁷ Wspomniana „kontraktualizacja” występuje nie tylko w polskim systemie prawnym; w odniesieniu do niemieckiego systemu prawnego por. H. Bauer, *Entwicklungslinien der Vertragsrechtslehre*, w: *Grundlagen des Verwaltungsrecht*, Bd. 2, s. 1266. K. Strzyczkowski podkreśla: „Wykorzystanie dwustronnych form działania administracji gospodarczej ma szczególne znaczenie w sytuacjach, gdy stosunki między państwem a gospodarką (przedsiębiorcami) stanowią pole konfliktu między koniecznością realizacji interesów publicznych i konkurencyjnymi interesami przedsiębiorców” (K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, s. 207 i n.). Pisałem o tym szerzej w: P. Sancewicz, *Umowa jako prawna forma...*, s. 55 i n.

⁶⁸ C. Kosikowski, *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2007, s. 114 i n.

⁶⁹ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, s. 205–206.

⁷⁰ C. Kosikowski, *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 114.

⁷¹ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, s. 205–206; idem, *Prywatyzacja (organizacyjna) przedsiębiorstw publicznych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2003, nr 12, cyt. za: ibidem.

Nadal jednak, jak wskazuje T. Rabska, istotną formą działania administracji gospodarczej jest akt administracyjny⁷². Według autorki pod pojęciem aktu administracyjnego rozumie się jednostronną czynność organu administracyjnego, podjętą w określonej formie, na podstawie przepisów prawnych, skierowaną bezpośrednio na wywołanie skutków prawnych, regulującą konkretną sytuację i dotyczącą konkretnego adresata⁷³.

Coraz istotniejszą rolę w działaniach administracji gospodarczej odgrywają czynności faktyczne. Podobnie jak w przypadku prawnych form działania administracji w ogólności, w ramach prawnych form działania w obszarze publicznego prawa gospodarczego także wyróżnia się czynności faktyczne. Do czynności faktycznych podejmowanych przez administrację gospodarczą C. Kosikowski zalicza: 1. sporządzanie wszelkiego rodzaju prognoz, programów⁷⁴ i planów gospodarczych; 2. przeprowadzanie analiz i ocen funkcjonowania gospodarki; 3. badanie i ocenę stanu prawnego obowiązującego; 4. organizowanie i prowadzenie konsultacji w sprawach gospodarczych; 5. promowanie pewnych idei, urzędzeń i instytucji gospodarczych w skali krajowej i międzynarodowej; 6. organizowanie badań rynku i badania opinii społecznych w zakresie spraw gospodarczych; 7. reprezentowanie państwa w międzynarodowych stosunkach gospodarczych⁷⁵.

4. Swoboda wyboru formy działania administracji w polskiej doktrynie prawa

Wraz z komplikowaniem się stosunków gospodarczych, zmianą roli państwa i administracji w gospodarce nie powinny dziwić próby rewizji konserwatywnego („sztywnego”) rozumienia fundamentalnej zasady państwa praworządnego, jaką jest związanie administracji prawem⁷⁶. Ponadto zagadnienie swobody wyboru prawnej formy działania jest kluczowe z punktu widzenia obecnych prac zmierzających do wprowadzenia, a potem stosowania konstrukcji umowy administracyjnej w polskim porządku prawnym⁷⁷.

⁷² T. Rabska, op. cit., s. 161 i n.

⁷³ Ibidem, s. 161–162.

⁷⁴ M. Będkowski-Kozioł, op. cit., s. 182 i n.

⁷⁵ C. Kosikowski, *Publiczne prawo gospodarcze...*, s. 116 i n.

⁷⁶ B. Popowska, *Decyzja i umowa...*, s. 78 i n.

⁷⁷ A. Krawczyk, uzasadniając konieczność przyszłego wprowadzenia umowy administracyjnej do polskiego systemu prawnego, wskazuje: „zasada ścisłego związania

W związku z powyższym powstaje pytanie, czy możliwy jest wybór przez administrację gospodarczą jednej z prawnych form działania administracji, w szczególności umowy, w celu realizacji jej zadań. Warto wskazać, że przedstawiciele polskiej doktryny prawa publicznego rozważali powyższą kwestię, szczególnie w kontekście zasady związania administracji prawem⁷⁸, a mianowicie, czy umowę cywilnoprawną organy administracji mogą stosować zawsze, gdy w ten sposób będą mogły zrealizować zadania z zakresu administracji publicznej, czy też jedynie w sytuacji, gdy ustawa tak stanowi⁷⁹. Postawiono zatem pytanie, czy organom administracji publicznej przysługuje swoboda wyboru prawnej formy działania, w tym zwłaszcza prywatnoprawnej formy – umowy. W świetle zasady związania prawem administracji (art. 7 Konstytucji RP) zagadnienie to ma szczególne znaczenie.

W innej rzeczywistości społeczno-gospodarczej, w latach siedemdziesiątych XX w. J. Starościak wskazał, że „jako zasadę należy przyjąć niedopuszczalność zastąpienia aktu administracyjnego umową i odwrotnie – umowy aktem administracyjnym. A zatem upoważnienie do zawarcia umowy nie daje podstawy do zastosowania działania w formie aktu administracyjnego, a istnienie podstaw prawnych do rozwiązania sprawy w drodze aktu administracyjnego nie stwarza podstawy dopuszczalności rozwiązania tej sprawy w drodze umowy”⁸⁰.

administracji prawem powinna wchodzić w grę wszędzie tam, gdzie jest to możliwe i konieczne, tam natomiast, gdzie prawo nie jest w stanie nadążyć za zmieniającymi się warunkami życia społecznego, albo z innych przyczyn nie jest możliwe uregulowanie w sposób wyczerpujący warunków przyznania praw i nałożenia obowiązków, tworzy się naturalna przestrzeń dla form konsensualnych” (*Reforma prawa o postępowaniu administracyjnym, Raport zespołu eksperckiego*, Warszawa 2016, <http://www.nsa.gov.pl/archiwum-aktualnosci/uzupelniony-raport-ekspercki-nt-reforma-prawa-o-postepowaniu-administracyjnym,news,27,327.php?p=7> (dostęp: 14 V 2019)).

⁷⁸ W tym zakresie por. rozważania B. Popowskiej, *Decyzja i umowa...*, s. 106–111. Idea zróżnicowania determinacji prawnej działań administracji i bardziej ogólnej determinacji w przypadku form niewładczych jest przyjmowana przez wielu przedstawicieli doktryny polskiego prawa publicznego, w szczególności przez T. Kutę. Autor stanął na stanowisku, że zasada legalności powinna być ściśle przestrzegana w obrębie administracji władczej, natomiast w obrębie administracji kształtującej (wykonującej funkcje organizacyjne) ustawodawca przydziela jej stosowną dozę swobody poruszania się (T. Kuta, *Funkcje współczesnej administracji i sposoby jej realizacji*, Wrocław 1992, s. 79 i n., cyt. za: M. Bitner, M. Kulesza, *Zasada legalizmu a zdolność kontraktowa jednostek samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny” 2009, nr 6, s. 11).

⁷⁹ Por. J. Boć, *Działalność konsensualna (dwustronna i wielostronna)*, w: *Prawne formy...*, s. 235 i n.

⁸⁰ J. Starościak, *System prawa...*, s. 101.

Należy jednak podkreślić, że poglądy na powyższą kwestię przeszły pewną ewolucję. Zgodnie z poglądami zaprezentowanymi przez D. Kijowskiego oraz H. Knysiak-Molczyk stosowanie form prawa cywilnego przez organy administracji publicznej może mieć miejsce nie tylko wtedy, gdy istnieje do tego wyraźne umocowanie ustawowe, ale również w tych przypadkach, gdy przepisy prawa nie zabraniają korzystania z tej formy działania administracji, o ile odbywa się to w granicach ich ustawowych zadań⁸¹. Podobnie uważa M. Szydło, gdy twierdzi, że w większości przypadków administracja publiczna może decydować według swojego uznania, czy wykonuje zadania w drodze umowy czy w drodze innej formy działania⁸².

Pogląd ten spotkał się z krytyką w doktrynie prawa publicznego. Przykładowo, E. Ura podniosła, że możliwość zawarcia umowy cywilnoprawnej przez organ administracji musi zawsze wynikać z istnienia ku temu podstawy prawnej pozwalającej administracji na działanie w tej formie; wynika to z faktu, że poprzez zawarcie umowy cywilnoprawnej organ administracji realizuje swoje ustawowe zadania o charakterze publicznym⁸³. J. Boć podnosi, że można by przyjąć ewentualnie takie stanowisko, w myśl którego organ administracyjny podstawy prawnej potrzebuje tylko wtedy, gdy wobec jednostki działa władczo i gdy właśnie jednostronność jest ewidentna, gdyby nie wartość, która jest utwierdzana doktrynalnie i konstytucyjnie, tj. wartość wymogu zgod-

⁸¹ Ibidem; H. Knysiak-Molczyk, *Inne formy działania...*, s. 494 i n. Podobnie w zakresie umów por. S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Warszawa-Kraków 1994, s. 122–123 i n.

⁸² M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej*, Warszawa 2008, s. 187 i n. Należy jednak podkreślić, że przedmiotowa, daleko idąca uwaga M. Szydły dotyczy wyłącznie gospodarki komunalnej; por. też idem, *Umowne powierzenie wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej przez jednostki samorządu terytorialnego*, „Finanse Komunalne” 2007, nr 4, s. 5 i n., oraz P. Sancewicz, *Granice swobody zawierania przez jednostki samorządu terytorialnego umów, o których mowa w art. 3 ustawy o gospodarce komunalnej*, „Kwartalnik Prawo, Społeczeństwo, Ekonomia” 2017, nr 2, s. 71 i n. Taki daleko idący pogląd wyraził natomiast J. Parchomiuk, *Wolność wyboru i nadużycie formy realizacji zadań publicznych*, w: *Sposoby realizacji zadań publicznych*, pod red. B. Dolnickiego, Warszawa 2017, s. 541 i n.: „współcześnie odrzuca się koncepcję zasady *numerus clausus* form realizacji zadań w odniesieniu do wszystkich sfer działania administracji. Taką zasadę odnosi się tylko do sfery *stricte* władczej, wiążącej się z bezpośrednią ingerencją w sferę praw jednostki. W sferze działalności organizatorskiej, w tym świadczącej, przyjmuje się istnienie otwartego katalogu form prawnych działania administracji, a co za tym idzie wolności wyboru formy, z zastrzeżeniem granic określonych ustawowo, w szczególności przypadków, gdy forma jest jednak wiążąco wskazana”.

⁸³ E. Ura, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2009, s. 114 i n.

ności działania z prawem i w jego granicach, pełniąc dla administracji publicznej funkcję fundamentu osadzonego w postanowieniach art. 7 Konstytucji RP⁸⁴. Ogólna reguła legalnego działania i objęcia regulacją prawną całej działalności podejmowanej w obrębie administracji publicznej odcina organ od jakiegokolwiek swobody kontraktowania⁸⁵, co oznacza, że może on zawrzeć umowę tylko wtedy, kiedy jest uregulowana w prawie⁸⁶. J. Boć stoi na stanowisku, że swobodny wybór prywatnoprawnej formy działania przez administrację jest niedopuszczalny i administracja do realizacji zadań publicznych może skorzystać z prywatnoprawnej formy działania jedynie w sytuacji, gdy wyraźny przepis ustawy tak stanowi. Podobne poglądy w zakresie podstawy prawnej dla formy prawnej działania w odniesieniu do administracji gospodarczej prezentują K. Strzyczkowski⁸⁷ oraz S. Dudzik⁸⁸.

Z powyższych głosów przeciwnych swobodzie wyboru formy działania wynika, że w świetle art. 7 Konstytucji RP do stosowania przez administrację prawnej formy działania, jaką jest umowa, niezbędna jest podstawa prawna. Jest to ważki argument, jednak przeciwne podejście prezentuje D. Kijowski. Istotne jest bowiem, co zauważa ten autor, że domaganie się wskazywania podstaw prawnych dla zawierania umów przez administrację publiczną jest przejawem niezrozumienia istoty

⁸⁴ J. Boć, op. cit., s. 244 i n.

⁸⁵ Swoboda zawierania umów (także „wolność kontraktowania”) w prawie cywilnym obejmuje nie tylko swobodę kształtowania treści umowy, ale też decydowanie o tym, czy oraz z kim ją zawrzeć. Według Z. Radwańskiego panuje ogólne domniemanie, że podmiotom prawa cywilnego przysługuje kompetencja do decydowania o tym, czy i z kim zawierają umowy (por. Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2005, s. 292 i n.). Natomiast jeżeli podmiot mocą własnej decyzji zobowiązał się do zawarcia z określoną osobą umowy, to ze względu na autonomiczną genezę takiego związania nie uważa się, by nastąpiło ograniczenie swobody kontraktowej podmiotu (por. ibidem). Z kolei zasada prawa cywilnego, jaką jest autonomia woli, wyraża kompetencję podmiotów prawa cywilnego do swobodnego kształtowania stosunków cywilnoprawnych przez czynności prawne – w szczególności przez umowy (por. ibidem, s. 18 i n.).

⁸⁶ J. Boć, op. cit., s. 253 i n.

⁸⁷ K. Strzyczkowski, *Uwagi o zadaniach nauki...*, s. 55. K. Strzyczkowski wskazał, że należy brać pod uwagę, iż niezależnie od ich charakteru prawnego umowy nie są zawierane przez organy administracji publicznej na podstawie (w ramach) swobody kontraktowej. Z drugiej strony autor ten podniósł, że organy administracji gospodarczej zasadniczo związane prawem publicznym, jeżeli nie stoją temu na przeszkodzie przepisy obowiązującego prawa pozytywnego, mogą realizować zadania ingerencji w sferę gospodarki za pośrednictwem form prawa prywatnego, zwłaszcza umów (por. K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, s. 205–206).

⁸⁸ S. Dudzik, *Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego*, Kraków 1998, s. 184 i n.

prawa cywilnego, w którym pojęcie „podstawy prawnej” jest zjawiskiem obcym⁸⁹. Podstawę prawną organ administracji publicznej musi mieć bowiem jedynie do podejmowania działań ingerujących władczo i jednostronnie w sferę praw i wolności jednostki⁹⁰. W podobnym tonie wypowiada się doktryna niemieckiego prawa publicznego⁹¹. Ponadto interesującego spostrzeżenia dokonał J. Parchomiuk, mianowicie odrzucenie koncepcji wolności wyboru formy, oczywiście w granicach określonych ustawami i w określonych sferach działalności, podważy sam fundament prywatyzacji zadań publicznych, partnerstwa publiczno-prawnego i podobnych form, które przecież funkcjonują w praktyce i nie są kwestionowane co do zasady, ale jedynie są przedmiotem dyskusji co do szczegółów⁹².

Podsumowując powyższe rozważania, należy podkreślić, że kwestia swobody wyboru prawnej formy działania administracji przez organy administracji publicznej na gruncie prawa polskiego nie jest przesądzona⁹³. Przedmiotową dyskusję należy uznać za otwartą. Powodami, dla których warto taką dyskusję podejmować, są coraz bardziej zróżnicowane i skomplikowane zadania administracji publicznej, jak również postępująca prywatyzacja wykonywania takich zadań⁹⁴. Wydaje się, że przyjęcie zasady swobody prywatnoprawnej formy działania doprowadziłoby do szerszego wykorzystania umowy przez administrację publiczną w celu realizacji jej zadań. Jednakże w tym kontekście rozważyć należy wynikającą z art. 7 Konstytucji RP zasadę związania prawem administracji. Z zasady związania prawem administracji wynika, że

⁸⁹ D. Kijowski, *Umowy w administracji publicznej*, w: *Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania. Studia i materiały z konferencji naukowej poświęconej jubileuszowi 80-tych urodzin Profesora Eugeniusza Ochendowskiego*, Toruń 2005, s. 283 i n.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ Por. Z. Cieślak, *Umowa administracyjna w państwie prawa*, Kraków 2004, s. 65 i n.; M. Bullinger, op. cit., s. 46 i n., cyt. za: B. Tanneberg, *Die Zweistufentheorie*, Berlin 2011, s. 71.

⁹² J. Parchomiuk, op. cit., s. 541 i n.

⁹³ Natomiast **możliwość** wyboru prawnej formy działania jest niejednokrotnie przewidziana w przepisach prawnych, np. na gruncie Ustawy z dnia 20 XII 1996 r. o gospodarce komunalnej (tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 712) (por. P. Sancewicz, *Granice swobody...*, s. 71 i n.).

⁹⁴ Zagadnienie dodatkowo komplikują tendencje odwrotne – zmierzające do publicyzacji (por. H. Bauer, *Prywatyzacja czy publicyzacja? Możliwości świadczenia usług o charakterze użyteczności publicznej w sposób zorientowany na zaspokojenie zbiorowych potrzeb*, w: *Republicyzacja zadań publicznych*, pod red. M. Szewczyka, B. Popowskiej, H. Bauera, L. Staniszwskiej, P. Lissonia, Poznań 2018, s. 11–34; B. Popowska, *Ochrona interesu publicznego w regulacjach partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce*, w: *Republicyzacja zadań...*, s. 51–71.

aby stosować umowę w celu realizacji zadań publicznych, niezbędna jest wyraźna podstawa prawna.

5. Swoboda wyboru prawnej formy działania administracji w niemieckiej doktrynie prawa publicznego

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania dotyczące swobody wyboru prawnej formy działania przez organy administracji gospodarczej, a także uwagi poczynione na wstępie, warto również krótko przytoczyć poglądy doktryny niemieckiej na ten temat⁹⁵.

Zasada swobody wyboru prawnej formy działania administracji⁹⁶ polega na tym, że administracja, w pewnym obszarze swojej działalności, została upoważniona do zastosowania, alternatywnie wobec publicznoprawnych form działania, prywatnoprawnych form działania (*Grundsatz der Formenwahlfreiheit der Verwaltung*)⁹⁷. Należy podkreślić, że swoboda wyboru prawnej formy działania administracji w Niemczech znajduje zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do administracji świadczącej, w żadnym wypadku nie dotyczy władczej ingerencji w sferę praw i wolności obywatelskich (*Eingriffsverwaltung*)⁹⁸.

Powyższa zasada, pomimo pewnych oporów⁹⁹, w latach sześćdziesiątych i siedemdziesiątych XX w. została powszechnie przyjęta w niemieckiej doktrynie, jak również znalazła odzwierciedlenie w orzecznictwie

⁹⁵ Zob. P. Sancewicz, *Teoria dwóch stopni w doktrynie niemieckiego prawa publicznego*, „Studia Prawa Publicznego” 2013, nr 4, s. 142 i n. Zasada swobodnego wyboru prawnej formy działania administracji, w szczególności formy prawa prywatnego, jest istotna dla stosowania teorii dwóch stopni.

⁹⁶ Dosłownie tłumacząc z języka niemieckiego, należałoby raczej mówić o zasadzie wolności wyboru prawnej formy działania administracji. Zasadny jest jednak taki przykład tego terminu, żeby odpowiadał poglądom przedstawionym w polskiej doktrynie prawa publicznego, a to w celu dokonania bardziej precyzyjnego porównania w tym zakresie.

⁹⁷ B. Tanneberg, op. cit., s. 21, 41 i n.: „Grundlage der Zweistufentheorie ist die Annahme, dass der Verwaltung im Bereich der Leistungsverwaltung neben den öffentlichrechtlichen auch privatrechtliche Organisations- und handlungsformen zur Verfügung stehen und sie zwischen diesen wählen kann, solange keine bestimmte Rechtsform vorgeschrieben ist (Grundsatz der Formenwahlfreiheit der Verwaltung)”.

⁹⁸ E. Forsthoff, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart 1938; idem, *Rechtsfragen der Leistenden Verwaltung*, Stuttgart 1959, cyt. za: M. Bitner, M. Kulesza, *Zasada legalizmu...*, s. 6–9 i n.

⁹⁹ Por. Ch. Pestalozza, *Formenmissbrauch des Staates*, München 1973, passim.

niemieckich sądów¹⁰⁰. Opracowanie przez niemiecką doktrynę prawa publicznego zasady swobody wyboru formy umownej utworowało drogę do wprowadzenia umowy administracyjnej do niemieckiego systemu prawnego¹⁰¹.

Zasada swobody wyboru prywatnoprawnej formy działania jest istotna w prawie niemieckim, ponieważ umożliwia administracji działanie w prywatnoprawnych formach działania ze względu na kryteria celowości i efektywności działalności administracji¹⁰².

Niemiecka doktryna prawa administracyjnego oraz publicznego prawa gospodarczego liberalnie podchodzi do kwestii związanych z możliwością stosowania przez administrację umowy jako prawnej formy działania. Możliwe, że w przyszłości doktryna prawa polskiego, a za nią polskie orzecznictwo sądów administracyjnych również zmienia swoje podejście na bardziej liberalne w tym zakresie. Powyższe, *de lege ferenda*, może skutkować wprowadzeniem odpowiednich regulacji do prawa polskiego, które umożliwią administracji swobodny wybór prywatnoprawnej formy działania do realizacji zadań publicznych.

Znakomita część przedstawicieli niemieckiej doktryny uważa, że organom administracji przysługuje swoboda wyboru prawnej formy działania – mianowicie, w przypadku gdy ustawodawca nie zdeterminował formy prawnej, w szczególności nie wskazując, że należy wydać indywidualny akt administracyjny, administracja jest uprawniona do posłużenia się umową jako prawną formą działania¹⁰³. Przyjęcie takiej zasady przez polską doktrynę prawa mogłoby przyczynić się do bardziej elastycznego i być może sprawniejszego realizowania zadań z zakresu administracji publicznej¹⁰⁴. Należy jednak zwrócić uwagę, że powyższe nie powinno odbyć się kosztem zasady związania administracji prawem.

¹⁰⁰ Por. B. Kempen, *Die Formenwahlfreiheit der Verwaltung. Die öffentliche Verwaltung zwischen öffentlichen und privatem Recht*, München 1989, passim.

¹⁰¹ Por. Z. Cieślak, op. cit., s. 66 i n.

¹⁰² B. Tanneberg, op. cit., s. 41–42 i n.

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ Co ciekawe, również doktryna francuskiego prawa publicznego wypracowała zasadę swobody wyboru prawnej formy działania przez administrację (por. M. Kotulski, *Normy kontraktowe jako przejaw tworzenia i stosowania prawa*, w: *Źródła prawa administracyjnego. Konferencja z okazji 100. rocznicy urodzin Profesora Jerzego Stefana Langroda, Uniwersytet Jagielloński – 23 kwietnia 2004 r.*, pod red. P. Dobosza, J. Zimmermanna, s. 135–136 i n.; M. Bitner, M. Kulesza, op. cit., s. 7–8).

6. Koncepcja nadużycia prawnej formy działania

Swobodny wybór prawnej formy działania przez administrację nieodmiennie wiąże się z ryzykiem wystąpienia nadużycia tejże formy. Chodzi tutaj o specyficzne przekroczenie granic wolności wyboru form działania administracji¹⁰⁵. Nadużycie formy prawnej należy bowiem rozumieć wielorako. Po pierwsze, może ono oznaczać preferowanie przez administrację stosowania form prywatnoprawnych w sytuacji, gdy bardziej adekwatne dla realizacji danego zadania byłoby użycie form właściwych dla prawa publicznego, lub na odwrót. Po drugie, administracja może preferować stosowanie form prawa prywatnego nie w celu bardziej efektywnego realizowania zadań publicznych, lecz aby uniknąć względnie ominąć określone wymogi proceduralne, np. rygory postępowania przed organem wynikające z Kodeksu postępowania administracyjnego¹⁰⁶. Po trzecie, za zastosowaniem określonej formy prawnej przez organ administracji publicznej mogą przemawiać wyłącznie względy fiskalne¹⁰⁷. Przedstawiciele niemieckiej doktryny podobne zjawisko określali jako ucieczkę w sferę prawa cywilnego (*Flucht in Privatrecht*) lub prawa cywilnego procesowego (*Flucht in Zivilprozessrecht*)¹⁰⁸.

Koncepcja nadużycia formy prawnej została po raz pierwszy opracowana w Niemczech w czasach Republiki Weimarskiej¹⁰⁹. Pojęcie formy jest w tym kontekście używane w znaczeniu bardzo szerokim, obejmującym wszystkie formy organizacyjne i prawne działania organów

¹⁰⁵ J. Parchomiuk, op. cit., s. 541 i n.

¹⁰⁶ Ustawa z dnia 14 VI 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. 2016, poz. 23 ze zm.), dalej „k.p.a.”.

¹⁰⁷ Por. J. Parchomiuk, op. cit., s. 541 i n. Autor słusznie w tym kontekście wskazuje, cytując niemiecką doktrynę prawa publicznego, że w takiej sytuacji administracja nie może ani w pełni zwolnić się z obowiązków i ograniczeń, którym byłaby poddana przy wyborze właściwej formy, ani żądać uwzględnienia przywilejów (np. natury podatkowej), z którymi byłaby związana użyta zgodnie z celem forma lub instytucja (ibidem); H.J. Wolff, O. Bachof, R. Stober, *Verwaltungsrecht I*, München 1994, s. 229–230, cyt. za: J. Parchomiuk, op. cit., s. 541 i n.

¹⁰⁸ H.P. Ipsen, *Subventionen*, w: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 4: *Aufgaben des Staates*, Hrsg. von J. Isensee, P. Kirchhof, München 1990, § 92, Nb. 60 i n.

¹⁰⁹ E. Kaufmann, *Untersuchungsausschuß und Staatsgerichtshof*, pierwotnie w 1920 r., obecnie w: *Gesammelte Schriften zum Achtzigsten Geburtstag des Verfassers am 21. September 1960*, Bd. 1: *Autorität und Freiheit*, Hrsg. von E. Kaufmann, A.H. van Scherpenberg, Göttingen 1960, s. 306 i n.; R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München 1928, obecnie w: idem, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin 1955, s. 119 i n., cyt. za: Ch. Pestalozza, op. cit., s. 11.

państwa, zewnętrzne przejawy funkcjonowania organów państwa¹¹⁰. Tradycyjnym polem sporów doktrynalnych z wykorzystaniem tej koncepcji było „mieszanie” sfer prawa prywatnego i publicznego, głównie poprzez „niewłaściwe” wykorzystywanie instrumentarium prawnego prawa cywilnego w działalności administracji publicznej, rzadziej na odwrót¹¹¹. Instruktywnym przykładem powyższego jest opisana przez H.P. Ipsena sytuacja odrzucenia wniosku o udzielenie subwencji. Organ administracji publicznej odmówił jej udzielania, tłumacząc, że w przypadku wniosku o poręczenie złożonego do prywatnej instytucji kredytowej instytucja ta może taki wniosek odrzucić bez uzasadnienia i bez możliwości zakwestionowania takiego postanowienia na drodze sądowej¹¹². Okazało się, że organ administracji odmówił udzielania subwencji ze względu na poglądy polityczne wnioskodawcy¹¹³. Ten i inne przypadki uitorowały w prawie niemieckim drogę do opracowania teorii dwóch stopni¹¹⁴ oraz wprowadzenia do niemieckiego systemu prawnego umowy administracyjnej. Stosowanie teorii dwóch stopni, umowy administracyjnej, a także intensywna kontrola sprawowana przez sądy administracyjne pozwoliły w Niemczech skutecznie uporać się z problemem nadużywania prawnej formy działania przez organy administracji publicznej. Niedosyt pozostawia zaś niewielki stopień zainteresowania polskiej doktryny powyżej opisanym zagadnieniem.

¹¹⁰ J. Parchomiuk, op. cit., s. 541 i n.

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² H.P. Ipsen, *Diskussionsbeitrag*, w: *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Ordnungsrahmen für das Recht der Subventionen, Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentages*, Bd. 2, Hrsg. von A. Bleckmann, München 1984, s. 81 i n.

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ P. Sancewicz, *Teoria dwóch stopni...*, s. 142 i n. Zgodnie z teorią dwóch stopni rozstrzygnięcie o udzieleniu pomocy publicznej powinno zostać przyporządkowane do władczej działalności administracji, ponieważ stanowi ono jednostronne rozstrzygnięcie o wykorzystaniu środków do celów publicznych w formie aktu administracyjnego w rozumieniu § 35 VwVfG (H.P. Ipsen, *Haushaltssubventionierung über zwei Stufen. Rückblick auf einen rechts-staatlichen Ansatz*, w: idem, *Öffentliches Wirtschaftsrecht. Entwicklungsbeiträge unter dem Grundgesetz*, Tübingen 1985, s. 203–211). Według H.P. Ipsena w ramach stosunku prawnego udzielania pomocy publicznej można wyróżnić dwa stopnie (*Stufen*): władcze rozstrzygnięcie (*hoheitliche Entscheidung*) oraz stopień wykonawczy (*Abwicklung*) (H.P. Ipsen, *Öffentliche...*, s. 131 i n.). Jak dalej wywodzi ten autor, podczas gdy organ administracji publicznej na pierwszym stopniu decyduje, „czy” (*ob*) udzielić jakiegos świadczenia (w tym subwencji), na drugim stopniu określa, „jak” (*wie*) konkretnie dany stosunek prawny zostanie ukształtowany (ibidem). Według Ipsena na drugim stopniu dochodzi do zawarcia umowy cywilnoprawnej, np. pożyczki lub poręczenia, której postanowienia są często dodatkowo modyfikowane przez przepisy prawne (ibidem).

Podsumowanie

Podsumowując prowadzone w artykule rozważania, należy stanąć na stanowisku, że kwestia swobody wyboru prawnej formy działania administracji przez organy administracji publicznej na gruncie prawa polskiego nie jest przesądzona. Z pewnością podstawową granicą dla takiej swobody jest zasada związania prawem administracji wynikająca z art. 7 w zw. z art. 2 Konstytucji RP. Należy również zważać na niebezpieczeństwo nadużywania przez organy administracji prawnej formy działania – np. w celu uniknięcia stosowania rygorystycznych wymogów proceduralnych wynikających z k.p.a. czy realizacji celów fiskalnych. Jak wskazano w toku analizy, doktryna i praktyka w Niemczech musiały się zmierzyć z tymi problemami. Doświadczenia i niewątpliwe sukcesy niemieckiego prawa i praktyki mogą stanowić dla polskiego prawa istotną inspirację.

Powodami dla podejmowania dyskusji nad swobodą wyboru prawnej formy działania są coraz bardziej zróżnicowane i skomplikowane zadania administracji publicznej, a także postępująca prywatyzacja wykonywania takich zadań. Przyjęcie zasady swobody prywatnoprawnej formy działania doprowadziłoby do szerszego wykorzystania umowy przez administrację publiczną w celu realizacji jej zadań. Wydaje się, *de lege ferenda*, że niniejsza dyskusja ulegnie zintensyfikowaniu po wprowadzeniu do polskiego prawa umowy administracyjnej. Nie powtarzając w tym miejscu postulatów *de lege ferenda* o konieczności nadania umowie administracyjnej konturów prawnych, należy zaproponować wprowadzenie dalszych regulacji prawnych, które umożliwią administracji swobodny wybór prawnej formy działania. Ustanowienie takich regulacji będzie jednak możliwe i celowe dopiero w momencie, gdy umowa administracyjna będzie już elementem polskiego systemu prawnego. Tylko wtedy bowiem będzie można zapewnić jednostce odpowiedni poziom ochrony prawnej.

FREEDOM TO CHOOSE A PRIVATE LAW FORM OF ACTION BY PUBLIC ADMINISTRATION IN THE POLISH AND GERMAN DOCTRINE OF PUBLIC LAW

Summary

The purpose of this paper was to present views of both Polish and German public law doctrine on the issue of the possibility to choose a legal form of implementation of public tasks by the public administration. This issue is not only a theoretical

matter because currently administration has to cope with increasingly complex and complicated public tasks that must be implemented.

The article first explains the concept of the legal forms of action, distinguished from the measures available in administration. Next, the freedom of choice of the legal form of action as well as the instances of its abuse are analysed.

The considerations carried out in the article allow to adopt the position that the choice of the legal form of action by public administration cannot be actually prejudged under Polish law. The main limitation of the freedom to choose the legal form of action is contained in Article 7 read in connection with Article 2 of the Constitution of the Republic of Poland which stipulate a legal framework that ought to embrace them. There is also a concern that the authorities may abuse certain forms of action in order to, for example, avoid certain administrative procedures or to achieve desired fiscal objectives. As indicated in the course of the analysis, the German doctrine and practice encountered similar problems, and now the experience and undoubted successes of German law and practice could be a significant inspiration for Polish lawmakers in this area.

De lege ferenda, it is necessary to propose the introduction of legal regulations that will enable or facilitate a free choice of the legal form of action by administrative bodies. However, establishing such regulations will only be possible and effective when the administrative agreement becomes part of the Polish legal system.

Keywords: legal forms – administrative agreement – freedom to choose the legal form of action – abuse of the legal form of action