

Waldemar Jagodziński

Umowa administracyjna w prawie niemieckim

Rozprawa doktorska przygotowana

w Katedrze Postępowania Administracyjnego
i Sądowej Kontroli Administracji

pod kierunkiem dr hab. Agnieszki Krawczyk, prof. UŁ

w dyscyplinie nauki prawne

Łódź 2023

Wykaz skrótów	5
Wstęp	7

Rozdział I
Umowa administracyjna
w świetle niemieckiej doktryny prawa administracyjnego
- rys historyczny

1.1. Geneza instytucji umowy administracyjnej	18
1.2. Koncepcja państwa a związanie administracji prawem	24
1.2.1. Państwo policyjne	24
1.2.2. Państwo prawa	27
1.3. Spór o metodę	29
1.3.1. Umowa administracyjna w świetle metody dogmatycznej	29
1.3.2. Umowa administracyjna z perspektywy metody socjologicznoprawnej	52
1.4. Wirtemberski projekt kodyfikacji prawa administracyjnego – pierwsza próba normatywizacji umowy administracyjnej	56

Rozdział II
Rozwój państwa kooperującego jako
efekt zmian instytucjonalnych
a umowa administracyjna

2.1. Zmiana instytucjonalna – konceptualizacja pojęć na gruncie teorii instytucjonalnej	60
2.2. Instytucjonalne uwarunkowania zmiany paradygmatu funkcjonowania administracji publicznej	71
2.2.1. Systematyzacja faz rozwoju niemieckiej administracji publicznej	71
2.2.2. Istota modernizacji państwa – od państwa szczupłego do państwa kooperującego	78
2.3. Umowa administracyjna jako element funkcjonowania państwa kooperującego	90
2.4. Psychospołeczna atrakcyjność umowy administracyjnej w państwie kooperującym	103

Rozdział III
Normatywizacja umowy administracyjnej

3.1. Prace legislacyjne nad instytucjonalizacją umowy administracyjnej	106
3.2. Doktryna wobec normatywizacji umowy administracyjnej	107
3.3. Konstrukcja umowy administracyjnej na gruncie VwVfG	118
3.3.1. Instytucja umowy <i>per se</i>	118
3.3.2. Charakterystyczne cechy umowy administracyjnej	120
3.4. Klasyfikacja umów administracyjnych	125
3.4.1. Umowy publiczno-prawne niebędące umowami administracyjnymi w rozumieniu § 54 VwVfG	125
3.4.2. Umowy publiczno-prawne będące umowami administracyjnymi w rozumieniu § 54 VwVfG	128
3.4.2.1. Umowy niestypizowane na gruncie VwVfG	128
3.4.2.1.1. Kryterium relacji stron (umowa subordynacyjna i umowa koordynacyjna)	128

3.4.2.1.2. Kryterium skutku (umowy zobowiązujące i rozporządzające)	136
3.4.2.1.3. Kryterium sankcji	137
3.4.2.2. Umowy stypizowane na gruncie VwVfG (kryterium treści umowy)	140
3.4.2.2.1. Umowa ugody	140
3.4.2.2.2. Umowa wymiany	150
3.5. Dopasowanie i wypowiedzenie umowy administracyjnej	157
3.6. Nieważność umowy administracyjnej	164
3.7. Prace nad nowelizacją § 54 VwVfG	180
3.7.1. <i>Public Private Partnership</i> jako postulowana forma realizacji zadań publicznych	180
3.7.2. Próby instytucjonalizacji umowy kooperacyjnej	180

Rozdział IV

Umowa administracyjna w świetle nauki o prawnych formach działania administracji

4.1. Nauka o prawnych formach działania administracji	197
4.2. Umowa administracyjna a inne formy prawne o zbliżonym charakterze	200
4.2.1. Umowa administracyjna a umowa cywilnoprawna	200
4.2.2. Umowa administracyjna a akt administracyjny	205
4.2.3. Umowa administracyjna a nieformalne uzgodnienia	212
4.2.4. Umowa administracyjna a faktyczne działania administracji	218
4.3. Funkcje umowy administracyjnej	219
4.3.1. Istota i podział funkcji instytucji prawnych	219
4.3.2. Materialnoprawne funkcje umowy administracyjnej	220
4.3.3. Procesowoprawne funkcje umowy administracyjnej	225

Rozdział V

Niemiecka umowa administracyjna jako wzorzec regulacji dla polskiego projektodawcy

5.1. Koncepcja umowy administracyjnej w polskiej doktrynie prawa administracyjnego – rys historyczny	230
5.2. Umowy na gruncie polskiego prawa administracyjnego jako instytucja z pogranicza prawa administracyjno-cywilnego	253
5.3. Próby normatywizacji umowy administracyjnej w Polsce	260

Zakończenie	270
Bibliografia	277
Spis tabel	320
Spis rysunków	321

Wykaz skrótów

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2.01.2002, BGBl. I, 2002; BGBl. I, 2003
k.p.a.	Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 775)
POPA	Przepisy ogólne prawa administracyjnego
POPA z 2008	Przepisy ogólne prawa administracyjnego z 2008 roku
p.p.s.a.	Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1634)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.03.1991, BGBl. I, 1991
VwKR	Verwaltungskooperationsrecht
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.01.2003 (BGBl. I, 2003), das zuletzt durch Artikel 24 Absatz 3 des Gesetzes vom 25.06.2021 (BGBl. I, 2021) geändert worden ist

WSTĘP

*Das wirkliche Recht ist noch erfüllt
mit Trümmern vorausgehender Entwicklungsstufen,
die als Widerspruch mit den Grundgedanken
des neuen Rechts dastehen und allmählich
verschwinden oder sich umbilden müssen¹.*

Chyba żadna instytucja niemieckiego prawa administracyjnego nie wywołała w dogmatyce prawa publicznego tylu kontrowersji, zarówno przed, jak i po ujęciu jej w ramy kodyfikacji², jak miało to (i wciąż ma) miejsce w przypadku umowy administracyjnej³. Na przestrzeni blisko 150 lat w piśmiennictwie z zakresu prawa publicznego instytucja umowy była różnie traktowana. Jedni postrzegali ją jako najdonioślejszą czynność prawną prawa cywilnego⁴, która ze względu na swe znaczenie dla prawa prywatnego nie mogła zostać przeszczepiona na grunt prawa administracyjnego⁵. Przez innych instytucja ta traktowana była jako nieodłączny,

¹ O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*. Bd. I. Leipzig 1895, s. 24 (https://www.deutschestextarchiv.de/book/view/mayer_verwaltungsrecht01_1895?p=13, 4.11.2021).

² Obszerniejsze prace poświęcone umowie administracyjnej w okresie sprzed kodyfikacji zob. M. Bullinger, *Zur Notwendigkeit funktionalen Umdenkens des öffentlichen und privaten Vertragsrechts im leistungsintensiven Gemeinwesen. Bemerkungen zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes*, (w:) H. Conrad i in. (red.), *Gedächtnisschrift Hans Peters*. Berlin, Heidelberg, New York 1967, s. 669, przypis nr 10 oraz Ch. Schimpf, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit*. Berlin 1982, s. 13 i n., przypisy od nr 2 do nr 14 oraz od nr 17 do nr 28. Zob. też H. Maurer, *Der Verwaltungsvertrag – Probleme und Möglichkeiten*. „Deutsches Verwaltungsblatt”, 15.08.1989, s. 798, przypis nr 3 i 4.

³ Dokonując zwięzłego przeglądu prac poświęconych umowie administracyjnej, które pozostawiły trwałe ślady w dogmatyce prawa administracyjnego, Ch. Schimpf wymienia m.in. następujące pozycje z lat 1920-1979 (odnotowano tylko te z nich, na które nie powołano się w niniejszej pracy, a które pokazują potencjał badawczy tkwiący w tytułowej instytucji): E. Barocka, *Verträge und Vereinbarungen im Wasserrecht unter besonderer Berücksichtigung von Wasserentnahme-Gestattungsverträgen zur Bewässerung*. „Verwaltungsarchiv”, nr 51/1960; G. Beinhardt, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag im deutschen und französischen Recht*. „Verwaltungsarchiv”, nr 55/1964; tenże, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag als Regelungsbefugnis der öffentlichen Verwaltung im deutschen, französischen und spanischen Recht*. München 1960 (dysertacja); A. Bleckmann, *Subordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*. „Verwaltungsarchiv”, nr 63/1972; V. Büchner, *Die Bestandskraft verwaltungsrechtlicher Verträge*. Düsseldorf 1979 (tytuł publikacji mylnie odnotowany w bibliografii jako *Verwaltungsrechtliche Verträge*); W. Henke, *Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht*. Tübingen 1979; J. Kottke, *System des subordinationsrechtlichen Verwaltungsvertrages*. Hamburg 1966 (dysertacja); P. Lerche, *Die verwaltungsrechtliche Klage aus öffentlich-rechtlichen Verträgen*, (w:) E. von Caemmerer, E. Friesenhahn, R. Lange (red.), *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*. Bd. II. Karlsruhe 1960; F. Weiß, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes – eine Bestandsaufnahme und Kritik*. Tübingen 1971 (dysertacja).

⁴ Zob. np. K. Kormann, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Verwaltungs- und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts*. Berlin 1910, s. 29; G. Manssen, *Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt Verfassungsrechtliche und verwaltungsrechtliche Grundfragen*. Tübingen 1994, s. 119 (https://epub.uni-regensburg.de/9324/1/ubr05483_ocr.pdf, 17.03.2022).

⁵ Znamienne pod tym względem jest współczesne zacieranie się granic między prawem prywatnym i publicznym oraz podawanie w wątpliwość konieczności rozgraniczania tych dwóch obszarów prawa (W. Leisner, *Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht*. „Juristenzeitung”, nr 61/18/2006, s.

nieformalny element kultury niemieckiej administracji państwowej⁶. Przedstawiciele drugiego z tych nurtów podkreślali, że jest ona istotną częścią reform administracji publicznej (przeprowadzanych w ramach jej modernizacji), mających na celu wprowadzenie zmian w postępowaniu administracyjnym poprzez uzupełnienie prawnych form działań administracji publicznej o charakterze władczym o prawne formy działań o charakterze konsensualnym, które po dziś dzień stanowią przedmiot rozważań głównie wśród administratywistów poszukujących dla nich nowych zastosowań w praktyce administracyjnej⁷. O jej niesłabnącym znaczeniu dla kształtowania treści stosunku prawnego między organem administracji publicznej i partnerem spoza administracji świadczy m.in. fakt, że umowa administracyjna stanowi przedmiot egzaminów na wydziałach prawa oraz egzaminów aplikacyjnych⁸.

Rozwój idei demokracji partycypacyjnej⁹, wzrost znaczenia komunikacyjnej koncepcji prawa oraz menadżerskie podejście do zarządzania procesami w administracji to tylko niektóre czynniki decydujące o niesłabnącym zainteresowaniu konsensualnymi formami działania administracji niemieckiej zarówno wśród praktyków, jak i teoretyków funkcjonowania administracji publicznej. O istotnym znaczeniu umowy administracyjnej dla kształtowania stosunków między obywatelem i administracją publiczną świadczą również kolejne nowelizacje tej instytucji mające na celu jej odformalizowanie, jak również prace nad instytucjonalizacją umowy kooperacyjnej, której projekt był przedmiotem rozważań między federacją i krajami związkowymi w roku 2004 (a nad którym prace zostały wstrzymane mimo głosów w doktrynie opowiadających się za koniecznością kontynuacji prac w tym zakresie)¹⁰.

875); na temat znaczenia tego podziału w aspekcie procesowym zob. A. Gern, *Neuansatz der Unterscheidung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht*. „Zeitschrift für Rechtspolitik“, nr 18/2/1985, s. 56.

⁶ W. Bosse, *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung. Unter besonderer Berücksichtigung der Subventionsverhältnisse*. Berlin 1974, s. 16; P.-M. Efstratiou, *Die Bestandskraft des öffentlich-rechtlichen Vertrags. Eine vergleichende Untersuchung zum griechischen, französischen und insbesondere deutschen Verwaltungsvertragsrecht*. Berlin 1988, s. 86.

⁷ Zob. np. M. Kloepfer, *Zu den neuen umweltrechtlichen Handlungsformen des Staates*. „Juristenzeitung“, nr 15/16/1991; W. Kluth, *Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht*. „Juristenzeitung“, nr 15/16/1991; M. Reicherzer, *Reform des öffentlich-rechtlichen Vertrags*. „Zeitschrift für Rechtspolitik“, nr 4/2004; s. 112-114; A. E. Töller, *Die Rückkehr des befehlenden Staates? Muster und Ursachen der Veränderung staatlicher Handlungsformen in der deutschen Abfallpolitik*. „Politische Vierteljahresschrift“, nr 48/1/2007).

⁸ Zob. np. C. Lund, *Die abgeschnittene Gaststätte*. „Deutsche Verwaltungspraxis“, nr 1/2009, s. 36-41; P. Hüther, J. Blänsdorf, A. Lepej, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag gem. §§ 54ff. VwVfG – Teil 2*. „Juristische Ausbildung“, nr 5/2022, s. 553.

⁹ Zob. M.G. Schmidt, *Demokratietheorien. Eine Einführung*. Wiesbaden 2006, s. 251-268.

¹⁰ C. Tegethoff, *Kommentar zu § 54 VwVfG*, (w:) F.O. Kopp, U. Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*. 22. Auflage. München 2021, s. 1379 i n.

Ujęcie umowy administracyjnej w uchwalonej 25.05.1976 r. federalnej ustawie o postępowaniu administracyjnym (*Verwaltungsverfahrensgesetz* – dalej: VwVfG)¹¹, położyło co prawda kres dyskusji dotyczącej jej dopuszczalności w postępowaniu administracyjnym, z drugiej strony jednak wykreowało nowe liczne problemy natury prawnej¹². Nie ulegało już wątpliwości, że umowa *per se* stoi ponad dychotomicznym podziałem prawa na prawo publiczne i prawo prywatne, a więc może regulować stosunki prawne zarówno między obywatelami, między organami administracji publicznej, jak również między organami administracji publicznej i obywatelami. W tym ostatnim przypadku umowa administracyjna stanowi, najogólniej rzecz ujmując, elastyczny instrument współpracy między jednostką i państwem, a za kooperacyjnym wymiarem funkcjonowania administracji przemawiają m.in. następujące argumenty¹³:

- redukcja i oszczędność kosztów,
- łączenie wiedzy zaangażowanych we współpracę podmiotów,
- wzmocnienie władzy administracyjnej,
- wzrost stopnia akceptacji działań podejmowanych przez administrację,
- wzrost wydajności i inne efekty synergii wynikające z działań podejmowanych przez administrację publiczną we współpracy z innymi aktorami (spoza administracji publicznej).

Z wymienionych wyżej argumentów jasno wynika, że o sukcesie umowy administracyjnej w działalności administracji publicznej świadczą nie tylko determinanty prawne, ale także pozaprawne, do których zaliczyć należy m.in. uwarunkowania natury politycznej, historycznej, ekonomicznej i będący ich pochodną poziom kultury prawnej społeczeństwa. Nierzadko w literaturze przedmiotu wskazuje się, że obecnie trudno wyobrazić sobie sprawne funkcjonowanie organów administracji publicznej pozbawionych możliwości zawarcia umowy administracyjnej¹⁴.

¹¹ BGBl. I, 1976, s. 1253, weszła ona w życie 1.01.1977 r.

¹² I. Heberlein, *Auswirkungen der Verwaltungsverfahrensgesetze auf die Dogmatik des Verwaltungsrechts*. Band 2. Speyer 1981, s. 357 i n. Wskazać należy, że federalna ustawa o postępowaniu administracyjnym nie jest jedynym aktem prawnym, który reguluje instytucję umowy administracyjnej w Niemczech. Instytucja ta bowiem uregulowana została także w ustawach szczegółowych (więcej na ten temat zob. O. Baller, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag als Grundlage für Public-private-Partnership im deutschen Recht?* (w:) G. Manssen, A. Himmelreich, E. Gricenko (red.), *Public-private-Partnership im kommunalen Bereich. Deutsche und russische Erfahrungen*. Frankfurt am Main 2015, s. 185-188).

¹³ H. Bauer, *Verwaltungskooperation. Public Private Partnerships und Public Public Partnerships – Einführende Problemskizze*, (w:) H. Bauer, Ch. Büchner, F. Brosius-Gersdorf (red.), *Verwaltungskooperation. Public Private Partnerships und Public Public Partnerships*. Potsdam 2008, s. 9.

¹⁴ H.J. Bonk, *Fortentwicklung des öffentlich-rechtlichen Vertrags unter besonderer Berücksichtigung der Public Private Partnerships*. „Deutsches Verwaltungsblatt”, nr 3/2004, s. 142, przypis nr 5.

W polskiej literaturze z zakresu prawa administracyjnego sporadycznie pojawiają się opracowania, których przedmiot rozważań stanowi analiza wybranych przepisów regulujących funkcjonowanie niemieckiej umowy administracyjnej¹⁵. Zakres badań ogranicza się głównie do płaszczyzny rozważań dogmatycznoprawnych, pomijane są natomiast determinanty pozaprawne, co utrudnia prawidłowe zrozumienie istoty tej instytucji. Wzmoczone zainteresowanie przepisami regulującymi instytucję umowy publicznoprawnej można było zaobserwować od chwili, gdy niemieckie rozwiązania posłużyć miały jako wzorzec do normatywizacji tego rodzaju umowy na potrzeby polskiej procedury administracyjnej¹⁶. Ponadto nawiązania do niemieckiej koncepcji umowy administracyjnej pojawiają się w artykułach naukowych analizujących charakter prawny określonych rodzajów umów¹⁷. Opracowania te, publikowane z reguły w monografiach zbiorowych, pismach specjalistycznych lub księgach jubileuszowych, miały jednak charakter przyczynkowski, a ich celem była głównie analiza

¹⁵ O tym, że w Polsce bardzo szybko dostrzeżono wagę zmian wprowadzonych federalną ustawą o postępowaniu administracyjnym świadczy m.in. fakt, iż w roku 1978 na łamach „Ruchu Prawniczego, Ekonomicznego i Socjologicznego” ukazał się (przetłumaczony na język polski) artykuł pióra F. Mayera, w którym przedstawiono historię powstania wspomnianej ustawy, a także omówiono wybrane regulacje, w tym unormowania zagadnień związanych z funkcjonowaniem umowy administracyjnej (F. Mayer, *Ustawa o postępowaniu administracyjnym Republiki Federalnej Niemiec* [tł. B. Kordasiewicz]. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, nr 40 (4)/1978, s. 109-125).

¹⁶ W dniu 29.12.2010 r. złożony został w Sejmie VI kadencji projekt ustawy – Przepisy ogólne prawa administracyjnego, natomiast w roku 2016 w Ministerstwie Rozwoju RP przygotowano projekt nowelizacji kodeksu postępowania administracyjnego. W obu projektach przedstawiona została koncepcja umowy administracyjnej, która na razie wciąż pozostaje jedynie koncepcją doktrynalną (Druk nr 3942, Sejm RP IV kadencji, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/8F21C6C714261B99C1257849003B79D6/\\$file/3942.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/8F21C6C714261B99C1257849003B79D6/$file/3942.pdf), 16.08.2020). Na temat niemieckiego modelu regulacji umowy administracyjnej zob. m.in.: A. Krawczyk, *Umowa administracyjna*, (w:) Z. Kmiecik (red.), *Raport zespołu eksperckiego z prac w latach 2012-2016. Reforma prawa o postępowaniu administracyjnym*. Warszawa 2017, s. 118-134; też, *Umowa administracyjna w demokratycznym państwie prawnym – w poszukiwaniu modelu regulacji prawnej*. „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego”, nr 6 (75)/2017, s. 7-25; też, *Umowa administracyjna w kodeksie postępowania administracyjnego (propozycja regulacji)*. „Państwo i Prawo”, nr 2/2015, s. 100; A. Kubiak, *Koncepcja umowy administracyjnej (na tle projektu Przepisów ogólnych prawa administracyjnego)*. „Państwo i Prawo”, nr 4/2009, s. 46-58; M. Miemieć, *Umowa administracyjna wg prawa niemieckiego*, (w:) J. Korczak (red.), *Cywilizacja administracji publicznej. Księga jubileuszowa z okazji 80-lecia urodzin prof. nadzw. UWR dra hab. Jana Jeżewskiego*. Wrocław 2018, s. 311-324 (<https://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/publication/95307/edition/89600/content>, 12.09.2020); P. Sancewicz, *Umowa jako prawna forma działania administracji publicznej w polskiej i niemieckiej doktrynie prawa publicznego*. „Studia Prawa Publicznego”, nr 1 (25)/2019, s. 67-70; L. Staniszevska, *Zagadnienia konstrukcyjne umów publicznoprawnych*. „Studia Prawa Publicznego”, nr 3 (27)/2019, s. 146 i n. Biorąc pod uwagę możliwość wykorzystania rozwiązań niemieckich na gruncie polskiego prawa administracyjnego, warto również zwrócić uwagę na pracę P. Sancewicza, *Die Rechtsformen und Instrumente der staatlichen Subventionierung von innovativen Tätigkeiten. Studien zu Handlungsformen der Subventionierung im polnischen Recht* (https://publishup.uni-potsdam.de/opus4-ubp/frontdoor/deliver/index/docId/44524/file/sancewicz_mono.pdf, 13.12.2021).

¹⁷ Zob. np. M. Kruś, *Umowa urbanistyczna jako przykład umowy administracyjnej na tle polskiego i europejskiego porządku prawnego*. „Studia Prawa Publicznego”, nr 3 (27)/2019, s. 123, 128; S. Pawłowski, *Pojęcie, przedmiot i charakter prawny umowy wyłączeniowej (ekspropriacyjnej)*. „Zeszyty Naukowe KUL”, nr 4 (244)/2018, s. 163.

dogmatycznoprawna umów subordynacyjnych¹⁸. Szereg szczegółowych zagadnień (zarówno natury prawnej, jak i pozaprawnej) w opracowaniach tych z różnych względów pomijano. Biorąc natomiast pod uwagę okres faktycznego stosowania umowy administracyjnej (jako instrumentu nieformalnego) w praktyce postępowania administracyjnego w Niemczech, jak również czas, odkąd instrument ten w postaci zinstytucjonalizowanej zaczął stanowić fragment administracyjnego porządku prawnego, a także prace nad normatywizacją kolejnego rodzaju umowy administracyjnej (mowa o umowie kooperacyjnej), warto przyjrzeć się tej instytucji, osadzając ją w szerszym kontekście historyczno-prawnym oraz dokonując analizy w ujęciu problemowym.

Celem głównym pracy o charakterze poznawczym jest identyfikacja uwarunkowań rozwoju umowy administracyjnej w federalnym prawie niemieckim, wyjaśnienie roli tej instytucji we współczesnym postępowaniu administracyjnym, jak również wskazanie wyłaniających się na tym tle problemów natury teoretycznej i praktycznej wraz z propozycjami ich rozwiązań. Na potrzeby realizacji celu głównego pracy przyjęto cele szczegółowe o charakterze metodycznym, aplikacyjnym oraz utylitarnym.

Celem metodycznym pracy jest wskazanie metod uzupełniających metodę dogmatyczno-prawną, które są najbardziej odpowiednie do zbadania czynników wpływających na rozwój umowy administracyjnej – zarówno w praktyce administracyjnej, jak i na płaszczyźnie normatywnej. Różnorodność metod powinna zapewnić trafność, kompletność i integralność rozważań na temat tytułowej instytucji¹⁹.

Celem aplikacyjnym rozprawy jest sformułowanie rekomendacji dla polskiego ustawodawcy na rzecz ujęcia umowy administracyjnej w ramy prawne oraz przedstawienie warunków umożliwiających jej funkcjonowanie w praktyce administracyjnej.

¹⁸ W polskiej literaturze przedmiotu występują również określenia „umowa o charakterze subordynującym” oraz „umowy o charakterze koordynującym” (A. Ostrowska, *Samorządowe prawo dotacyjne. Dotacje jako wydatki jednostek samorządu terytorialnego*. Warszawa 2018, s. 150, przypis nr 115).

¹⁹ Cel ten pozostaje w zgodzie ze zgłaszanymi w polskiej literaturze przedmiotu postulatami poszerzania badań nad stosowaniem umowy publicznoprawnej w praktyce administracyjnej. Przykładowo A. Chrisidu-Budnik pisze: „Dostrzegana tendencja i jednocześnie rosnąca złożoność stosowania różnego rodzaju umów jako form działania administracji wydaje się uzasadniać konieczność poszukiwania nowych ogłędów badawczych, które pozwolą poszerzyć refleksję naukową nad zjawiskiem kontraktualizacji usług publicznych” (A. Chrisidu-Budnik, *Relacja agencji w procesach kontraktualizacji usług publicznych*, (w:) J. Zimmermann (red.), *Pogranicze prawa administracyjnego*. Warszawa 2019, s. 223). Tę metodologiczną rekomendację należy wzbogacić o jeszcze jedno sprostowanie: umowa administracyjna posiada nie tylko wielowarstwowy wymiar prawny, ale także wymiar socjologiczny, psychologiczny, polityczny oraz *last but not least* wymiar ekonomiczny.

Celem utylitarnym jest pozyskanie wiedzy na temat konsensualnych form działania administracji publicznej w Niemczech, ze szczególnym uwzględnieniem umowy administracyjnej.

Zrealizowanie powyższych zamierzeń badawczych pozwoli ukazać znaczenie analizowanej instytucji w praktyce administracyjnej. Aby osiągnąć wyżej sformułowane cele, podjęta zostanie próba odpowiedzi na następujące pytania:

1. Dlaczego umowa administracyjna stała się przedmiotem zainteresowania doktryny niemieckiej?
2. W jakim stopniu zmiany społeczno-polityczne zachodzące na przestrzeni minionych stuleci (od czasów państwa policyjnego do czasów współczesnych) wpłynęły na naukę o prawnych formach działania administracji pod kątem funkcjonowania instytucji umowy administracyjnej?
3. W jaki sposób na gruncie prawa pozytywnego została uregulowana instytucja umowy administracyjnej?
4. Czy i w jakim zakresie niemiecki model umowy administracyjnej może stanowić inspirację dla polskiej nauki i praktyki?

Teza niniejszej pracy brzmi następująco: Umowa administracyjna jest instytucją pozwalającą administracji publicznej w sposób progresywny i efektywny²⁰ realizować coraz bardziej zróżnicowane i złożone (kompleksowe) zadania publiczne.

Pojęcie „umowy administracyjnej” w systemie niemieckim nie było rozumiane jednolicie. Jeszcze bowiem zanim instytucja ta doczekała się prawnej regulacji, w literaturze na jej określenie posługiwano się następującymi terminami: umowa administracyjnoprawna (niem. *der verwaltungsrechtliche Vertrag*), umowa

²⁰ Do pojęcia „efektywności” w literaturze z zakresu prawa administracyjnego widoczne są dwa podejścia. Część badaczy zakłada, iż jest to pojęcie oczywiste, zrozumiałe i dlatego niewymagające definiowania. Z kolei inni dostrzegają konieczność jego doprecyzowania ze względu na fakt, iż „Tematyka efektywności niesie (...) za sobą niezwykle bogactwo treści” (M. Małecka-Lyszczyk, R. Mędrzycki, *Znaczenie efektywności w prawie administracyjnym – uwagi wybrane*, (w:) M. Szewczyk, L. Staniszevska, M. Kruś (red.), *Kierunki rozwoju jurysdykcji administracyjnej*. Warszawa 2022, s. 102). Przyznając rację zwolennikom drugiego z wymienionych poglądów oraz dążąc do zachowania precyzji wywodu, uważam, że termin ten należy na potrzeby niniejszej pracy doprecyzować. Tak więc pod pojęciem efektywności rozumiem skuteczność działania organów administracji publicznej, przejawiającą się w ich sprawności instytucjonalnej i świadczeniu usług publicznych wysokiej jakości w celu osiągania przyjętych przez prawodawcę efektów społecznych prawa. Sprawność instytucjonalną definiuję na potrzeby niniejszej pracy jako zdolność podmiotów administrujących do nawiązywania i usprawniania współpracy z podmiotami administrowanymi (osobami fizycznymi [obywatelami] oraz podmiotami gospodarczymi) w celu realizacji zadań publicznych. O usługach publicznych wysokiej jakości można mówić wówczas, gdy w wysokim stopniu zaspokajają one potrzeby podmiotów administrowanych.

administracyjna (niem. *der Verwaltungsvertrag*) oraz umowa publicznoprawna (niem. *der öffentlich-rechtliche Vertrag*). Pojęcia te zasadniczo nie stanowiły synonimów, gdyż w doktrynie starano się ustalić relacje tych pojęć względem siebie, chociaż w rzeczywistości wyraźnych granic terminologicznych nigdy nie udało się wytyczyć. Ogólnie można przyjąć, że najszerszy zakres znaczeniowy miał termin „umowa publicznoprawna”, który obejmował tradycyjnie rozumiane umowy administracyjne (koordynacyjne i subordynacyjne)²¹ [oraz umowy zawierane na gruncie prawa państwowego (m.in. umowy międzynarodowe oraz umowy zawierane przez państwo z kościołami i związkami wyznaniowymi). Terminów „umowa administracyjnoprawna” oraz „umowa administracyjna” używano w podręcznikach do nauki prawa administracyjnego z reguły jako synonimów dla umowy subordynacyjnej²². E. Stein pod pojęciem „umowa administracyjnoprawna” rozumiał umowę subordynacyjną oraz koordynacyjną²³. Z kolei U. Kaminski podkreśla, że w literaturze coraz popularniejszy staje się pogląd, że termin *Verwaltungsvertrag* jest pojęciem nadrzędnym obejmującym umowy cywilne i publicznoprawne, o ile jedną ze stron jest organ administracji publicznej²⁴. Ponadto doktryna niemieckiego prawa administracyjnego zalicza do umów publicznoprawnych również „umowy zawierane wyłącznie pomiędzy podmiotami prywatnymi (np. w sprawie rozłożenia ciążących na nich obowiązków publicznoprawnych), istotne jest bowiem uregulowanie taką umową stosunku z zakresu prawa administracyjnego”²⁵. Do kategorii umów administracyjnych zaliczyć również można mieszane prywatno-publicznoprawne umowy²⁶. Odnotować należy, że część badaczy stosuje wyrażenia umowa publicznoprawna, umowa administracyjnoprawna oraz umowa administracyjna jako synonimy, pomijając problematykę różnic między tymi terminami²⁷.

²¹ Szerzej: rozdział 3.4.2.1.1.

²² H. Eberhard, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*. Wien 2005, s. 21, przypis nr 45 i powołana tam literatura.

²³ E. Stein, *Der Verwaltungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*. „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 86/1961, s. 320.

²⁴ U. Kaminski, *Die Kündigung von Verwaltungsverträgen. Zugleich ein Beitrag zur Gestaltung verwaltungsvertraglicher Kündigungsregelungen*. Berlin 2005, s. 29.

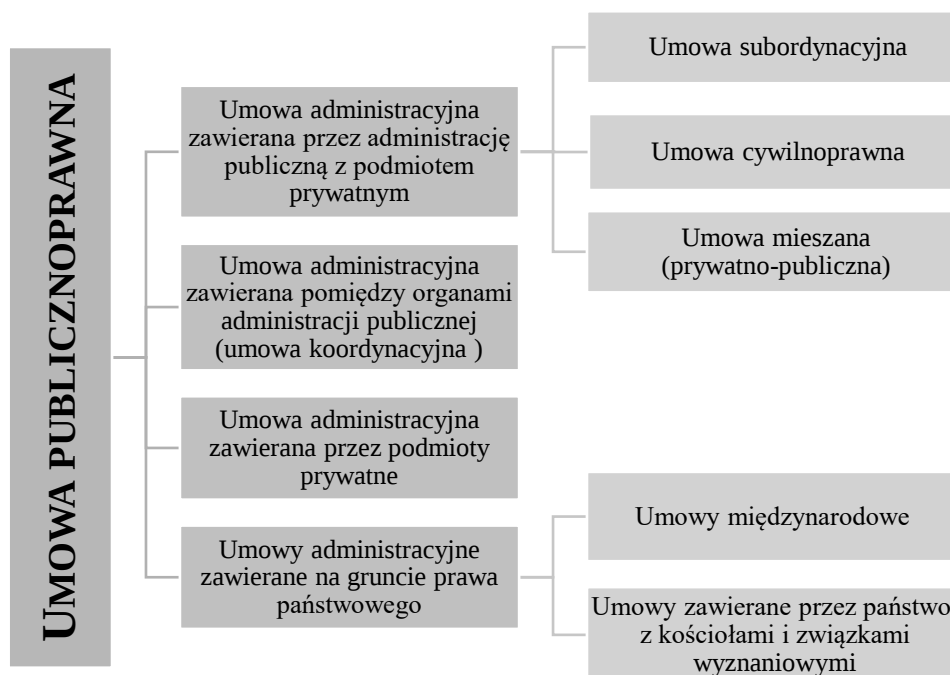
²⁵ P. Sancewicz, *Umowa...*, dz. cyt., s. 69; więcej na ten temat zob. przede wszystkim H.-H. Kasten, A. Rapsch, *Der öffentlichrechtliche Vertrag zwischen Privaten – Phänomen oder Phantom*. „Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht”, nr 9/1986, s. 709-712 oraz U. Kaminski, *Die Kündigung...*, dz. cyt., przypis nr 2; Ch. Pestalozza, *Privatverwaltungsrecht: Verwaltungsrecht unter Privaten*. „Juristenzeitung”, nr 2/1975, s. 51-53 oraz literatura powołana w przypisie nr 18.

²⁶ D. Lorenz, *Verwaltungsprozessrecht*. Berlin, Heidelberg 2000, s. 167.

²⁷ V. Schlette, *Die Verwaltung als Vertragspartner. Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger*. Tübingen 2000, s. 18 i n.

Wątpliwości na tle terminologicznym nie usunęła normatywizacja umowy administracyjnej w 1976 r., ponieważ ustawodawca, inaczej niż doktryna²⁸, posłużył się określeniem „umowy publicznoprawnej” na oznaczenie umowy koordynacyjnej i subordynacyjnej. Niektórzy autorzy prac podział ten przejęli na potrzeby własnych badań²⁹. Graficzną ilustrację powyższych rozważań stanowić może rys. nr 1.

Rys. nr 1. Podział umów administracyjnych



Źródło: opracowanie własne.

W niniejszej pracy wyróżniam umowy administracyjne *sensu largo* i *sensu stricto*. Umowami administracyjnymi *sensu largo* są wszelkie umowy publicznoprawne, które mogą zostać zawarte przez organy administracji publicznej (a więc m.in. umowy zawierane na gruncie prawa międzynarodowego, umowy zawierane przez państwo z kościołami i związkami wyznaniowymi) oraz umowy publicznoprawne zawierane przez

²⁸ Na kwestie terminologiczne zwracano uwagę już w 1970 r. w artykułach komentujących projekt ustawy o postępowaniu administracyjnym (zob. np. H. Spanner, *Der Regierungsentwurf eines Bundes-Verwaltungsverfahrensgesetzes*. „Juristenzeitung”, nr 21/1970, s. 674).

²⁹ Zob. np. A. Baumanns, *Die Zwangsvollstreckung aus öffentlich-rechtlichen Verträgen – zugleich ein Beitrag zur Frage der Wirksamkeit rechtswidriger Verträge*. Düsseldorf 1978, s. 3 (niepublikowana praca doktorska, wersja online: <https://d-nb.info/988209314/34>, 31.08.2020). Zob. też Z. Cieślík, *Umowa administracyjna w państwie prawa*. Lex/el. 2004 (w szczególności przypis nr 60). Jeszcze inną propozycję terminologiczną znaleźć można w pracy A. Abegga, *Die Vertragsfreiheit der Verwaltung. Verträge zwischen Verwaltung und Privaten im Schatten des Staates*, s. 3 (https://doc.rero.ch/record/12785/files/Vertragsfreiheit_der_Verwaltung.pdf, 28.12.2021).

podmioty prywatne. Natomiast umowy administracyjne *sensu stricto* to umowy subordynacyjne i koordynacyjne. Przedmiot rozważań niniejszej dysertacji stanowią umowy administracyjne *sensu stricto*, które ze względów stylistycznych oraz ze względu na zachowanie wierności tłumaczenia wobec tekstu źródłowego będą również określane synonimicznie mianem umowy publicznoprawnej lub umowy administracyjnoprawnej.

Praca składa się z pięciu rozdziałów.

W rozdziale pierwszym przedstawiono genezę umowy administracyjnej poprzez pryzmat rozważań prezentowanych przez zwolenników i przeciwników tej instytucji. Ewolucję tej formy działania administracji powiązano z dominującą w określonym okresie koncepcją państwa oraz głównymi metodami badawczymi wykorzystywanymi na gruncie nauk prawnych, tj, metodą dogmatyczną oraz socjologicznoprawną. Analizie poddany został również wirtemberski projekt kodyfikacji prawa administracyjnego, ponieważ w ramach prac nad tym przedsięwzięciem po raz pierwszy podjęta została próba normatywizacji umowy administracyjnej.

Przedmiotem rozważań drugiego rozdziału uczyniono instytucjonalne uwarunkowania rozwoju państwa kooperującego. W tym celu dokonano systematyzacji faz rozwoju niemieckiej administracji publicznej, co umożliwiło ukazanie zmian zachodzących w relacji między administracją i obywatelem. Wskazano na rosnące znaczenie umowy administracyjnej w państwie kooperującym oraz wyjaśniono, na czym polega psychospołeczna atrakcyjność umowy administracyjnej.

Rozdział trzeci poświęcono szeroko rozumianej kwestii normatywizacji umowy administracyjnej. Przedstawiono przebieg prac legislacyjnych oraz omówiono poglądy doktryny w tym zakresie. Rozważono konstrukcję prawną umowy administracyjnej, by następnie wyodrębnić na podstawie wyróżnionych kryteriów (kryterium relacji stron, skutku, sankcji, treści umowy) różne rodzaje umów administracyjnych i poddać je szczegółowej analizie. W ramach dogmatycznoprawnej analizy kodeksowych unormowań badanej instytucji przedstawiono także kwestie dopasowania i wypowiedzenia umowy administracyjnej oraz jej nieważności. Rozdział ten zamykają rozważania na temat nowelizacji § 54 VwVfG, zmierzającej do poszerzenia katalogu nazwanych umów administracyjnych o umowę kooperacyjną.

W rozdziale czwartym przedstawiono umowę administracyjną na tle innych form działań administracji, takich jakich umowa cywilnoprawna, akt administracyjny,

nieformalne uzgodnienia oraz faktyczne działania administracji. Porównanie takie pozwoliło wyodrębnić materialnoprawne oraz procesowoprawne funkcje umowy administracyjnej.

Piąty, ostatni rozdział, poświęcony został działaniom zmierzającym do normatywizacji umowy administracyjnej na naszym gruncie. Przedstawiona została ewolucja idei umowy administracyjnej w polskiej doktrynie prawa administracyjnego, analizie poddano pogranicze prawa administracyjno-cywilnego, a następnie omówiono dotychczasowe próby ujęcia umowy administracyjnej w ramy prawne.

W ramach realizacji założonych celów zastosowano metodę analizy historyczno-prawnej, metodę analizy i krytyki piśmiennictwa oraz metodę dogmatyczno-prawną.

Jako że w większości dotychczasowych opracowań kontekst historyczny rozwoju instytucji umowy administracyjnej pozostawał na marginesie rozważań, pierwszy i w znacznej części drugi rozdział zostały opracowane w oparciu o metodę historyczno-prawną, wzbogaconą o elementy metody analizy i krytyki piśmiennictwa, dzięki czemu tytułową instytucję osadzono w kontekście historycznych relacji zachodzących z jednej strony między państwem i prawem, z drugiej zaś między administracją i obywatelem. Celem było ustalenie, w jaki sposób realizacja określonych koncepcji państwa (państwo policyjne, państwo prawa, państwo kooperujące) warunkowała funkcjonowanie administracji oraz badania prowadzone nad prawem administracyjnym.

Praca nad pozostałymi rozdziałami opierała się na metodzie dogmatyczno-prawnej, dzięki której możliwe było zarówno dekodowanie podstawowych z punktu widzenia niniejszej pracy przepisów dotyczących funkcjonowania umowy administracyjnej w niemieckim postępowaniu administracyjnym, jak również dokonanie ich wykładni. Dla badanej instytucji istotne są związki z naukami społecznymi, przejawiające się między innymi w dyskusji nad możliwością sterowania społeczeństwem za pomocą prawa, jak również z naukami ekonomicznymi, widoczne nie tylko na płaszczyźnie efektywności i wydajności prawnych form działania administracji, lecz także ich wpływu na transformację (modernizację) administracji m.in. pod kątem gospodarności podejmowanych działań. Z tego względu wiodąca metoda dogmatyczno-prawna została wzbogacona o elementy nauk społecznych i ekonomicznych, co swój wyraz znalazło w zastosowaniu wybranych elementów paradygmatu instytucjonalnego (w szczególności w rozdziale 2). W ten sposób ukazano umowę administracyjną nie tylko

jako element prawa stanowionego, ale również jako zjawisko społeczne, w ramach którego między stronami umowy zachodzą rozmaite sprzężenia zwrotne w ramach stosowania prawa³⁰.

Normatywną podstawę prowadzonych rozważań stanowią przede wszystkim przepisy niemieckiego prawa administracyjnego oraz (uzupełniająco) przepisy prawa cywilnego oraz konstytucyjnego. Przeprowadzone badania wzbogacone zostały o analizę niemieckiej oraz polskiej doktryny administracyjnoprawnej w zakresie konsensualnych form działania administracji. Zagadnienia historycznoprawne opracowano na podstawie publikacji z zakresu historii prawa administracyjnego, nauki administracji oraz (w najwęższym zakresie) socjologii prawa.

Praca uwzględnia stan prawny na dzień 19.11.2023 r.

³⁰ Takie podejście metodologiczne pozostaje w zgodzie ze zgłaszanymi w literaturze przedmiotu postulatami dotyczącymi konieczności wzbogacenia metody dogmatyczno-prawnej o elementy innych nauk, co z jednej strony służy lepszej autorefleksji nauk prawnych, z drugiej zaś czyni zadość koncepcji prawoznawstwa integracyjnego, umożliwiając prowadzenie dialogu między wybranymi naukami prawnymi, przede wszystkim historią prawa, socjologią prawa, filozofią prawa i prawem administracyjnym (T. Kalenborn, *Staatliche Kooperation zwischen Partnerschaft, Konkurrenz und Interdependenz*. Baden-Baden 2018, s. 58; M. Klatt, *Integrative Rechtswissenschaft. Methodologische und wissenschaftstheoretische Implikationen der Doppelnatur des Rechts*. „Der Staat”, nr 54/4/2015, s. 470). W literaturze polskiej mówi się w tym kontekście o wielopłaszczyznowości metodologicznej prawoznawstwa (zob. np. K. Trnka, *Neuroprawo – integracja neurobiologii i prawoznawstwa w wybranych obszarach*, (w:) „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis”, nr 7 (2)/2018, s. 76 i n., https://repozytorium.uni.wroc.pl/Content/95734/PDF/01_05_K_Trnka_Neuroprawo%E2%80%93integracja_neurobiologii_i_prawoznawstwa.pdf, 28.12.2021).

Rozdział I

Umowa administracyjna w świetle niemieckiej doktryny prawa administracyjnego - rys historyczny

1.1. Geneza instytucji umowy administracyjnej

Rozważania przedstawione w tym rozdziale wymagają kilku uwag wyjaśniających. Po pierwsze, pamiętać należy, że prawo administracyjne jako odrębna dziedzina prawa wykształciła się dzięki O. Mayerowi, dlatego też pod pojęciem doktryny prawa administracyjnego (zwłaszcza w zakresie umowy administracyjnoprawnej) rozumiem te rozważania doktrynalne, które poczynione zostały zasadniczo na gruncie prawa administracyjnego, a nie prawa państwowego. Z tego też względu główna część tego rozdziału rozpoczyna się od przedstawienia poglądów O. Mayera dotyczących instytucji umowy administracyjnej *sensu stricto* (mimo iż instytucja ta funkcjonowała już w okresie przed epoką absolutyzmu).

Po drugie, mówiąc o ujęciu historycznym mam na myśli koncepcję umowy administracyjnej w poglądach doktryny do roku 1960. Ta cezura czasowa podyktowana jest przemianami społeczno-gospodarczymi w Niemczech lat 60. i 70. XX w., które przyczyniły się do modernizacji administracji. Jako że działania podejmowane w ramach tego procesu wywierały wpływ na refleksję dogmatyczną poświęconą istocie umowy administracyjnej w nieco odmiennej rzeczywistości społeczno-prawnej, stanowią one przedmiot rozważań w dalszej części pracy³¹.

Po trzecie, pamiętając o podstawowych założeniach teorii zależności od ścieżki, w myśl której istniejący w danym czasie stan (w przypadku nauk prawnych – stan doktryny, orzecznictwa i ustawodawstwa) uwarunkowany jest wydarzeniami (dyskursem) z przeszłości, analiza poglądów doktryny poprzedzona zostanie przedstawieniem koncepcji teoretycznych nt. istoty państwa (chodzi o koncepcję państwa policyjnego oraz państwa prawa), które nie pozostały bez wpływu na stosowaną w pracy naukowej metodę O. Mayera³².

³¹ Z. Cieślík uważa, że „należy wyróżnić dwa odrębne okresy w historii niemieckiej doktryny i orzecznictwa związane z umową administracyjną: fazę przed i po 1977 roku. Ich odrębną prezentację uzasadnia całkowicie odmienna perspektywa badań oraz wyrokowania”, co wynika z wejścia w życie w 1977 r. VwVfG (Z. Cieślík, *Umowa...*, dz. cyt., Lex/el.). Niewątpliwie jednak istotny wpływ na ewolucję refleksji dogmatycznej w zakresie umowy administracyjnej mógł mieć też fakt normatywizacji instytucji umowy administracyjnej w krajowych ustawach o postępowaniu administracyjnym.

³² Więcej na temat teorii zależności od ścieżki zob. np.: J. Beyer, *Pfadabhängigkeit. Über institutionelle Kontinuität, anfällige Stabilität und fundamentalen Wandel*. Frankfurt am Main 2006, s. 12 i n.; R. Werle,

I wreszcie po czwarte, wywody przedstawione w niniejszym rozdziale koncentrują się głównie na dorobku dogmatyki niemieckiej w zakresie rozwoju instytucji umowy administracyjnej. Zaznaczyć jednak należy, że tematyka ta interesowała (i po dziś dzień interesuje) również przedstawicieli szwajcarskiej i austriackiej doktryny prawa administracyjnego, a m.in. ze względu na aktywną działalność Stowarzyszenia Niemieckich Nauczycieli Prawa Państwowego (niem. *die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*) poglądy te wzajemnie się przenikały³³.

Wydawać by się mogło, że idea niemieckiej umowy publicznoprawnej sięga swymi korzeniami końca lat 80. XIX w., kiedy to (nieco paradoksalnie) instytucję tę uczyniono przedmiotem pogłębionych rozważań w niemieckiej doktrynie prawa administracyjnego, aby wykazać, iż wyrosła na gruncie francuskim koncepcja tej konsensualnej formy działania administracji pozbawiona jest podstaw formalnych³⁴. Powstały na tym tle spór³⁵ przyczynił się do rozwoju tyleż płodnej dogmatycznie, co

Pfadbabhängigkeit, (w:) A. Benz i in. (red.), *Handbuch Governance. Theoretische Grundlagen und empirische Anwendungsfelder*. Wiesbaden 2007, s. 123-125.

³³ Zob. np. opracowanie E. Steina, w którym autor przedstawia poglądy przedstawicieli zagranicznej doktryny, powołując się m.in. na prace M. Imboden czy Z. Giacomettiego – E. Stein, *Der Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 320; krótki przegląd literatury na temat badań dotyczących umowy administracyjnej w Niemczech i Szwajcarii zob. A. Abegg, *Die Evolution des Verwaltungsvertrags zwischen Staatsverwaltung und Privaten. Der kontrahierende Staat in Deutschland, Frankreich und der Schweiz seit dem 18. Jahrhundert*. Bern 2010, s. 9 i n.). Na temat współpracy przedstawicieli niemieckiej, szwajcarskiej oraz austriackiej doktryny prawa administracyjnego zob. R. Rhinow, *Schindler Benjamin. Verwaltungsermessens. Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*. „Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht”, nr 8/2011, s. 447 (<http://wp.rene-rhinow.ch/wp-content/uploads/2017/03/3-e-8-Rezension-Benjamin-Schindler-Verwaltungsermessens.pdf>, 5.11.2021). Biorąc pod uwagę bliską współpracę administratywistów ze Szwajcarii, Austrii i Niemiec w zakresie kształtowania dogmatyki umowy administracyjnej można rozważyć zasadność pojęcia „dogmatyka umowy administracyjnej obszaru niemieckojęzycznego” (zob. w tym kontekście historię rozwoju dogmatyki umowy administracyjnej, którą W. Pakeerut przedstawił na tle koncepcji wybranych autorów z niemieckojęzycznego obszaru, wyjaśniając we wprowadzeniu, że jego praca koncentruje się na rozwoju instytucji w Niemczech – W. Pakeerut, *Die Entwicklung der Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrages*. Berlin 2000, s. 17).

³⁴ Por. A. Abegg, *Die Evolution...*, dz. cyt., s. 9 i n. Paradoks opisanej sytuacji polega również i na tym, że współcześnie najnowsze rozwiązania francuskie są analizowane przez doktrynę niemiecką w poszukiwaniu nowych rozwiązań i zastosowań dla instytucji umowy publicznoprawnej, w celu uelastyczenia przepisów regulujących relacje między administracją i jednostką, która służyć ma poprawie jakości współpracy między tymi podmiotami (zob. np. E. Schmidt-Aßmann, S. Dagron, *Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen*. „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht”, nr 67/2007, s. 410-412).

³⁵ Jedną z najważniejszych prac, na którą w kolejnych latach powoływali się uczestnicy tego sporu, był artykuł O. Mayera pt. *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge*. „Archiv für öffentliches Recht”, nr 3/1/1887. W kontekście długoletnich sporów doktrynalnych poświęconych miejscu instytucji umowy administracyjnej wśród form działań niemieckiej administracji publicznej za zaskakujące należy uznać stwierdzenie W. Witkowskiego, iż „charakterystyczną cechą nauki niemieckiej – aktualną do czasów współczesnych – stało się dążenie do stworzenia teorii administracji, w której prawo administracyjne ujmowane jest jedynie jako jeden z działów prawa, normujący ustroj administracji publicznej i jej oddziaływanie wobec podmiotów postronnych, nacechowany nadrzędnością, wyrażaną w formie aktu administracyjnego” (W. Witkowski, *Historia administracji w Polsce 1764-1989*. Warszawa 2007, s. 57).

właściwie niewnoszącej nic nowego do praktyki administracyjnej dyskusji na temat istoty umowy administracyjnej³⁶. Zaakcentować należy w tym miejscu, że dla rozwoju instytucji umowy administracyjnej to właśnie praktyka administracyjna (wbrew początkowo niechętnym tej instytucji rozważaniom dogmatycznym, które z czasem uległy silnej polaryzacji) miała podstawowe znaczenie, a nie będzie nawet przesadą stwierdzenie, że to właśnie działalność organów administracyjnych przygotowywała grunt pod rozwój myśli dogmatycznej poświęconej umowie administracyjnej³⁷.

Jednoznaczne udzielenie odpowiedzi na pytanie, kiedy umowa administracyjna *de facto* wzbogaciła repertuar form działań administracji publicznej, wydaje się przy obecnym stanie badań niemożliwe, jako że różni autorzy reprezentują w tej kwestii odmienne stanowiska.

Jak wyjaśnił W. Apelt, to organy administracji wskazały na aplikacyjne zastosowanie umowy administracyjnej w rzeczywistości administracyjnoprawnej „już w czasie, gdy w niemieckim konstytucyjnym państwie prawa absolutystyczne poglądy wciąż miały decydujące znaczenie”³⁸. Już wtedy instytucja umowy administracyjnej funkcjonowała m.in. pomiędzy korporacjami prawa publicznego³⁹, pomiędzy korporacjami prawa publicznego i jednostkami, a także pomiędzy państwem i jednostkami i akceptowana była zarówno przez organy administracji, jak i sądy⁴⁰. W wyniku braku odpowiednich regulacji normatywnych, umowy administracyjne

³⁶ Pogląd ten potwierdzają również efekty późniejszych prac nad federalną kodyfikacją postępowania administracyjnego, która uwzględnia bardziej potrzeby praktyki, niż nierzadko sporne wnioski płynące z orzecznictwa i dogmatyki. Warto przytoczyć w tym miejscu oryginalną wypowiedź W. Fiedlera na temat kształtu VwVfG: „(...) das Verwaltungsverfahrensgesetz sei in manchen Bereichen zwar nicht an der Verwaltungspraxis, jedoch an Rechtsprechung und Wissenschaft „vorbeikodifiziert“ worden und werde auch in Zukunft den notwendigen Zusammenhang mit Lehre und Rechtsprechung nur mit Mühe erzielen können” (W. Fiedler, *Die materiell-rechtlichen Bestimmungen...*, dz. cyt., s. 89, zob. też s. 98).

³⁷ H. Schmitt-Lermann, *Der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes*. „Juristenzeitung”, nr 13/1964, s. 405. Na taki kierunek rozwoju prawa administracyjnego (od praktyki do teorii) wskazał również U. Battis (*Allgemeines Verwaltungsrecht*. 3. Auflage. Heidelberg 2002, s. 250).

³⁸ W. Apelt, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*. „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 84/3/1959, s. 249. Chociaż w literaturze przedmiotu zwraca się uwagę na brak pracy poświęconej początkom istnienia umowy administracyjnoprawnej w Niemczech, przedstawiającej jej rozwój historyczny, niestety jak do tej pory praca taka nie powstała, a większość badaczy analizująca tę instytucję za punkt wyjścia do swoich rozważań przyjmuje poglądy O. Mayera (por. V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 29, także przypis nr 101 na tej stronie). Warto jednak w tym kontekście zwrócić uwagę na pracę A. Abegga, *Die Verbannung von Verwaltungsverträgen aus dem Recht – Kooperationen zwischen Staat und Privaten in der deutschen Rechtswissenschaft des 18. Jahrhunderts*. „Ancilla Iuris”, 25.03.2012, s. 39-104 (<https://www.anci.ch/categories/article>, 29.04.2022).

³⁹ Na temat korporacji prawa publicznego w prawie niemieckim zob. S. Fundowicz, *Korporacje prawa publicznego w teorii i praktyce prawa niemieckiego*. „Roczniki Nauk Prawnych”, t. IX, z. 1/1999, s. 165-173.

⁴⁰ W. Apelt, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag...*, dz. cyt., s. 249. Zob. też Ch. Hillgruber, *Der Vertrag als Rechtsquelle*. „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, nr 85/3/1999, s. 351.

zawierane były wówczas w ramach uznania administracyjnego⁴¹, chociaż podkreślić należy, że w innym miejscu W. Apelt wskazał na długoletnią normatywną tradycję funkcjonowania umowy administracyjnej w obiegu prawnym, podkreślając, że „na ślady [umowy administracyjnej – W.J.] można się nierzadko natknąć w starszych ustawach zawierających pojedyncze niemieckie prawa partykularne, chociaż stosowana w tych tekstach konstrukcja prawna nie zawsze określana jest jako to, czym jest”⁴². Zamiast więc posługiwać się pojęciem umowy na gruncie prawa administracyjnego, ustawodawca preferował stosowanie bardziej nieokreślonych pojęć, takich jak układ (niem. *Vereinbarung*), uzgodnienie (niem. *Übereinstimmung*), porozumienie (niem. *Verständigung*) i inne. Biorąc pod uwagę fakt, że ustawodawca nie uważa za konieczne, by „wyjaśnić istotę lub skutki prawne tych układów, uzgodnień itd.”⁴³, W. Apelt słusznie doszedł do wniosku, że we wszystkich tych przypadkach sięgnięto po prawną konstrukcję umowy⁴⁴.

O historycznie jeszcze wcześniejszym stosowaniu umowy administracyjnej w obrocie administracyjnoprawnym⁴⁵ pisze K. Waechter, przypominając, że już w czasach przed absolutyzmem, a więc jeszcze w dobie społeczeństwa stanowego, w którym istotną rolę odgrywały m.in. akty prawne nadające przywileje oraz umożliwiające handlowanie urzędami, czynności te często poprzedzane były zawarciem umowy administracyjnej, która stanowić miała gwarancję uzyskania określonych praw⁴⁶. Z tego też względu K. Waechter postrzegał ówczesną instytucję umowy jako środek służący kreowaniu

⁴¹ Por. M. Bullinger, *Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung*. „Juristenzeitung”, nr 39/1984, s. 1001. Szczególnego podkreślenia w tym miejscu wymaga fakt, że stosowanie instytucji umowy administracyjnej w praktyce organów administracji państwowej mimo braku normatywnych regulacji opierało się na niepisanych zasadach, które rekonstruowane były przez przedstawicieli prawa administracyjnego z treści książek do nauki prawa administracyjnego, z treści orzeczeń sądów administracyjnych oraz z treści artykułów publikowanych w pismach specjalistycznych (R. Mussnug, *Das allgemeine Verwaltungsrecht zwischen Richterrecht und Gesetzesrecht*. „Studia Universitatis Babes-Bolyai Jurisprudentia”, nr 2/2009, s. 125).

⁴² W. Apelt, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Rechte*. Leipzig 1920, s. 6.

⁴³ Tamże.

⁴⁴ Tamże.

⁴⁵ Więcej na temat pojęcia „obrotu prawnego”, które pojmowane jest głównie intuicyjnie, zob. R. Wrzecionek, *Pojęcie obrotu prawnego – próba systematyki*. „Dyskurs Prawniczy i Administracyjny”, nr 1/2021, s. 200.

⁴⁶ Jeszcze dalej w swoich przypuszczeniach posuwa się N. Doese, twierdząc, że „proces negocjacji między administracją władczą i zewnętrznymi adresatami norm istnieje przypuszczalnie tak długo, jak długo istnieje administracja” (N. Dose, *Muster von Verhandlungsprozessen mit Ordnungsverwaltungen*, (w:) A. Windhoff-Héritier (red.), *Verwaltung und ihre Umwelt. Festschrift für Thomas Ellwein zum 60. Geburtstag*. Opladen 1987, s. 111; zob. też M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Sozialökonomik*. Tübingen 1922, s. 484, (<https://archive.org/details/wirtschaftundges00webeuoft/page/n5/mode/2up?view=theater>, 10.11.2021).

nierówności, będący formą działania administracji służącą korupcji⁴⁷. Z drugiej jednak strony zaakcentować należy, że stosowanie umowy administracyjnej już w dobie społeczeństwa stanowego świadczy o wczesnym wykształceniu wśród przedstawicieli administracji państwowej świadomości konieczności dostosowania działań administracji do rozwijających się potrzeb społeczeństwa. Poszukując korzeni umowy administracyjnej w niemieckim systemie prawa przytoczyć należy również wnioski płynące z badań, które przedstawił R. Fichte w swojej dysertacji poświęconej nawiązaniu wojskowego stosunku służbowego (badany okres czasu obejmował lata 1648-1806). Na podstawie analizy dogmatycznoprawnej przeprowadzonej w oparciu o porównanie wojskowego stosunku służbowego z instytucją nawiązania urzędniczego stosunku służbowego (niem. *Beamtenverhältnis*) autor ten udowodnił, że umowa administracyjnoprawna była stosowana w wojsku i stanowiła „kompromis między ówczesnym prywatnoprawnym nawiązaniem stosunku służbowego a jego późniejszym jednostronnym władczyim nawiązaniem w drodze aktu administracyjnego”⁴⁸. Na doniosłość tego wniosku wskazał w recenzji M. Engert, podkreślając, że w okresie wskazanym w tytule pracy nie istniała wyraźna linia podziału między prawem prywatnym i publicznym⁴⁹.

Z powyższych ustaleń wynika zatem, że instytucja umowy administracyjnej wykształciła się głównie na drodze prawa zwyczajowego. Poprzez długie stosowanie jej w praktyce (*longa consuetudo*) ugruntowało się wśród członków wspólnoty prawnej przekonanie o mocy wiążącej tej instytucji (*opinio iuris*)⁵⁰, co z kolei pozwoliło jej przeobrazić się ze zwykłej praktyki stosowanej przez administrację w normę zwyczajową⁵¹.

⁴⁷ K. Waechter, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag*. „Juristenzeitung”, nr 4/2006, s. 166; krótki opis takiego negatywnego zachowania można znaleźć w pracy J. Grudniewskiego, *Biurokracja a lokalne elity władzy w powiatach górnośląskich w okresie Cesarstwa Niemieckiego*. „Szkice Archiwalno-Historyczne. Region w państwie – Państwo w regionie. Górny Śląsk w państwie Habsburgów i Hohenzollernów (1742–1918)”, nr 12/2015, s. 215 (<https://katowice.ap.gov.pl/images/uploads/pliki/szkice12.pdf>, 10.11.2021).

⁴⁸ M. Engert, Fichte, Robby, *Die Begründung des Militärdienstverhältnisses (1648-1806). Ein Beitrag zur Frühgeschichte des öffentlich-rechtlichen Vertrages (= Rheinische Schriften zur Rechtsgeschichte 13). Nomos, Baden-Baden 2010*. „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung“, nr 128/1/2011, s. 708.

⁴⁹ Tamże.

⁵⁰ H. Maurer, Ch. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 20., überarbeitete und ergänzte Auflage. München 2020, s. 77. Więcej na temat procesu kształcenia się prawa zwyczajowego zob. S. Brie, *Die Lehre vom Wohnheitsrecht. Eine historisch-dogmatische Untersuchung*. 1. Theil. Breslau 1899, s. 12-18 (<https://archive.org/details/dielehrevomgewohn00brie/page/n3/mode/2up?view=theater>, 16.05.2022); F. Giese, *Recht und Rechtswissenschaft. Einführung und Grundbegriffe*. Wiesbaden 1962, s. 36-38.

⁵¹ Więcej na temat związków prawa zwyczajowego ze źródłami prawa administracyjnego zob. S. Gretscher, *Die „allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts“ und die deutsche Rechtsquellenlehre. Eine*

Nie będzie chyba przesadą stwierdzenie, iż tak szybkie (tj. w dobie społeczeństwa stanowego) wykorzystanie instrumentu umowy administracyjnej w celu zabezpieczenia (partykularnego, ale jednak) interesu obywateli świadczy o pojmowaniu istoty administracji państwowej w sposób, który znacznie wyprzedzał ówczesne czasy i który jest typowy dla myśli administracyjnej XX i XXI w.⁵²

Biorąc pod uwagę długi okres trwania umowy administracyjnej w praktyce działania administracji państwowej oraz jej funkcjonowania w świadomości niemieckiego społeczeństwa, należy dojść do wniosku, że na przestrzeni dziejów stała się ona istotnym elementem kultury prawnej w związkowych krajach niemieckich. Z tego też względu rozważania na temat sporów doktrynalnych poprzedzone zostaną przedstawieniem kontekstu historycznego, który pozwoli lepiej zrozumieć argumenty wysuwane przez przedstawicieli doktryny. Bo przecież każdy pogląd jest historycznie uwarunkowany, jako że jego autor „Wyrasta z pewnego środowiska społecznego, studiuje określone dziedziny wiedzy, ulega wpływom osób lub dzieł, ma określone poglądy polityczne i religijne”⁵³.

Pamiętać również należy i o tym, że regulacje prawne pozostają w tyle za zmianami zachodzącymi w społeczeństwie, w związku z czym konieczna jest świadomość tych zmian, aby możliwe było rozpoznanie związków przyczynowo-skutkowych warunkujących funkcjonowanie określonych instytucji prawnych w danym miejscu i czasie.⁵⁴ Na szczególne znaczenie kontekstu historycznego w przypadku badań nad niemieckim prawem administracyjnym wskazywał O. Mayer, tłumacząc, że w przeciwieństwie do innych gałęzi prawa (które zachowują na przestrzeni dziejów ten sam rdzeń), w przypadku prawa administracyjnego na przestrzeni dziejów zmianie podlegają podstawy jego funkcjonowania, a więc ewoluuje również sam rdzeń. Na innych podstawach opierał się bowiem stosunek między administracją państwową i poddanym

Untersuchung anhand des Aufopferungs- und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, s. 26-31. (https://www.db-thueringen.de/servlets/MCRFileNodeServlet/dbt_derivate_00003081/Gretschner.pdf, 4.11.2021).

⁵² Zob. np. G. Langrod, *Administrative Contracts. A comparative Study*. „The American Journal of Comparative Law”, nr 4/3/1955, s. 325.

⁵³ J. Kostrubiec, *Georg Jellinek – klasyk niemieckiej nauki o państwie (w 95. rocznicę śmierci)*. „Studia Iuridica Lublinensia”, nr 7/2006, s. 39 (https://depot.ceon.pl/bitstream/handle/123456789/10160/Georg_Jellinek_Klassiker_der_deutschen%20%282%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y, 6.11.2021).

⁵⁴ Więcej na temat konieczności uwzględnienia kontekstu historycznego w rozważaniach nad rozwojem prawa administracyjnego zob. B. Schindler, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Geschichtsschreibung. Narrative über Vergangenes – Versuch einer Typologie*. „Administory. Zeitschrift für Verwaltungsgeschichte”, nr 1/2016, s. 55-58 (<https://www.alexandria.unisg.ch/249494/1/Schindler-Administory.pdf>, 27.06.2021).

w państwie policyjnym, inne zaś podstawy kształtowały tę relację w dziewiętnastowiecznym państwie prawa⁵⁵. Ponieważ jednak poszczególne zmiany zachodziły w różnym tempie w związkowych krajach niemieckich, prawo administracyjne stanowiące przedmiot badań „wypełnione jest szczątkami poprzednich stadiów rozwojowych, które stoją w sprzeczności z podstawowymi założeniami nowych rozwiązań prawnych i stopniowo zanikają lub ulegają przekształceniu”⁵⁶. Również przedstawiciele nauki byli zdaniem O. Mayera przez dłuższy czas przywiązani do starszych poglądów, które nie odpowiadały aktualnym zmianom zachodzącym w prawie. Dlatego też, jak konkluduje autor, „kto chce się tutaj odnaleźć [tj. na gruncie prawa administracyjnego – W.J.], dla tego pierwszym założeniem musi być nieprzerwana świadomość występujących różnic historycznych”⁵⁷, która umożliwi również zapanowanie nad niejednorodną terminologią.

1.2. Koncepcja państwa a związanie administracji prawem

1.2. 1. Państwo policyjne

W epoce nowożytnej triumfy święcił absolutyzm, którego źródeł procesów kształtowania się poszukiwać należy w XVI w., kiedy starano się zwiększyć zakres władzy monarszej przy jednoczesnym ograniczeniu roli reprezentacji stanowej⁵⁸. Pojęcie „absolutyzm” nawiązywało do zwrotu *princeps legibus solutus est*, za pomocą którego Ulpian miał wyrazić pogląd, że cesarz jako najwyższy sędzia i ustawodawca nie podlega żadnym prawom⁵⁹. Jednym z największych apologetów absolutyzmu oświeconego był Ch. Wolff, autor wielotomowego dzieła *Ius naturae et gentium methodo scientific pertractorum*. Zgodnie z jego filozofią eudajmonistyczną należało stworzyć państwo dobrobytu, „w którym monarcha i podległy mu aparat administracyjny byli opiekunami całego społeczeństwa”⁶⁰. W świetle poglądów osiemnastowiecznych kameralistów i

⁵⁵ O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 23.

⁵⁶ Tamże, s. 24.

⁵⁷ Tamże.

⁵⁸ S. Mazur, *Historia administracji publicznej*, (w:) J. Hausner (red.), *Administracja publiczna*. Warszawa 2005, s. 47.

⁵⁹ A. Demandt, *Über die Deutschen. Eine kleine Kulturgeschichte*. Berlin 2007, s. 415.

⁶⁰ T. Maciejewski, *Historia administracji i myśli administracyjnej. Czasy nowożytne i współczesne*. Warszawa 2013, s. 91.

policystów⁶¹ państwo mogło interweniować we wszystkie sfery życia obywatela⁶². „Tylko ono również było władne określać formy swego działania, a w szczególności decydować o wyborze form władczych, czyli reglamentacyjnych, bądź form niewładczych. Innymi słowy, obca była kameralistom i policystom myśl o istnieniu praw człowieka i obywatela, publicznych praw podmiotowych jednostki, w które nie mógł wkraczać ze swoją władczą działalnością aparat państwowy”⁶³. Na skutek takich oczekiwań w Prusach doby absolutyzmu nastąpiła monopolizacja władzy państwowej przez monarchę⁶⁴, co oznaczało, że dysponował on całością władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej, dzięki czemu nie podlegał żadnej kontroli⁶⁵. Pojęcie „prawa stanowionego” w tym okresie oznaczało nakazy i zakazy władcy skierowane do poddanych, które zostały opublikowane⁶⁶. Końcowe stadium ustroju monarchii absolutnej określano jako państwo policyjne (*Polizeistaat*), w którym, jak stwierdził W. Jellinek, relacja między władzą państwową i obywatelem (a właściwie poddanym, niem. *Untertan*) sprowadzała się do bezwarunkowego poddania jednostki władzy państwowej⁶⁷. Oznaczało to, że państwo policyjne było „systemem, w którym władze administracyjne nie są skrępowane prawem, na które mogliby się powołać administrowani; działają one jako reprezentanci woli panującego, jednostronnie i prawnie podlegają tylko wydanym przez niego przepisom. Przepisy te mają jednak charakter wewnętrzny, na zewnątrz cały aparat hierarchicznie skonstruowany występuje jako jedność, jako organ panującego, reprezentant jego woli i działający w jego zastępstwie – a legitymujący się tym, że panujący i jego organy są najwyższymi i jedynymi strażnikami dobra powszechnego. Jest zatem administracja państwowa w tym okresie organem, który działa swobodnie i twórczo na podstawie swoistych norm prawnych: wiążących

⁶¹ Kameralistyka nawiązywała do założeń merkantylizmu, w związku z czym kameralistów interesowała kwestia zapalenienia skarbu monarszego (kamery). Z kolei obszar zainteresowań policystyki stanowiło „przysługujące monarchom z samego tytułu suwerenności państwowej prawo do regulowania wszelkich spraw o znaczeniu społecznym – prawo policji (*ius polittiae*)” (H. Izdebski, *Historia administracji*. Warszawa 1996, s. 30).

⁶² F. Fleiner, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*. Tübingen 1913, s. 33 (<https://archive.org/details/institutionendes00flei/page/166/mode/2up>, 4.11.2021).

⁶³ Tamże, s. 31.

⁶⁴ K.H. Friauf, *Zur Problematik des verfassungsrechtlichen Vertrages*. „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 88/3/1963, s. 312.

⁶⁵ S. Mazur, *Historia...*, dz. cyt., s. 47.

⁶⁶ O. Mayer, *Deutsches...*, dz. cyt., s. 42.

⁶⁷ W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*. Berlin 1931, s. 85 (<https://archive.org/details/jellinek-1931-verwaltungsrecht/page/n103/mode/2up?q=vertrag>, 4.11.2021).

jednostronnie, bez kontroli zewnętrznej, w szczególności sądowej”⁶⁸. Co prawda poddany mógł złożyć skargę na organ niższy do organu wyższego, jednak organ wyższy skargi takiej wcale nie musiał rozpatrywać, gdyż prawo nie wiązało ani monarchy, ani jego aparatu administracyjnego, w przeciwieństwie do poddanych, którzy musieli przestrzegać obowiązujących przepisów⁶⁹.

Jednym z elementów, bez którego monarchia absolutna nie mogłaby istnieć, był korpus urzędniczy, składający się z ludzi posiadających wykształcenie oraz odpowiednie kompetencje. Cechą charakterystyczną urzędników miało być kierowanie się względami interesu publicznego, stanowiącego przeciwieństwo kategorii własnego interesu, typowej dla przedstawicieli poszczególnych stanów⁷⁰. W zakresie swych obowiązków urzędnicy, reprezentujący władcę i państwo, posiadali władzę niemal nieograniczoną, a właściwie ograniczoną jedynie wolą władcy, który w każdej chwili mógł cofnąć lub zmienić ich decyzję lub, odsuwając urzędnika od określonej sprawy, sam zdecydować w danej sprawie⁷¹. W krajach niemieckich zdobycie odpowiedniego wykształcenia gwarantowały katedry kameralistyki i nauki policji, które funkcjonowały na większości niemieckich uniwersytetów. Szczególnego zaakcentowania wymaga fakt, że w krajach niemieckich „stosunek państwowej służby cywilnej zaliczano do sfery prawa prywatnego, państwo pozbawiając urzędu nie mogło, bez odpowiedniej procedury (sądowej lub dyscyplinarnej), odebrać prawa do uposażenia”⁷². Z funkcjonowaniem aparatu administracyjnego doby absolutyzmu wiązało się nierozzerwalnie kupowanie stanowisk. Jak zauważa S. Mazur, handlowanie stanowiskami urzędniczymi nie stanowiło w historii administracji *novum*. Natomiast nowością była skala cechująca to zjawisko⁷³.

⁶⁸ M. Zimmermann, *Pojęcie administracji publicznej a „swobodne uznanie”*. Warszawa 2009, s. 57 i n. Zob. też P. Kacprzak, *Geneza, rozwój i nauka prawa administracyjnego w Polsce*. „PWSZ IPIA Studia Lubuskie”, nr 5/2009, s. 201-203.

⁶⁹ S. Mazur, *Historia...*, dz. cyt., s. 51.

⁷⁰ M. Thaler, *Vom Wesen und Wert der Verwaltungsverfahrensgesetze*. „Zeitschrift für öffentliches Recht”, nr 64/2009, s. 441.

⁷¹ O. Mayer, *Deutsches...*, dz. cyt., s. 40.

⁷² J. Malec, D. Malec, *Historia administracji i myśli administracyjnej*. Kraków 2003, s. 22.

⁷³ S. Mazur, *Historia...*, dz. cyt., s. 51.

1.2.2. Państwo prawa

XIX-wieczna myśl liberalna wywarła ogromny wpływ na kształtowanie się idei państwa prawa, a tym samym na reorganizację administracji publicznej i rolę prawa administracyjnego w tym zakresie⁷⁴. Najważniejszymi myślicielami rozwijającymi koncepcję państwa prawa, stanowiącego przeciwieństwo państwa policyjnego, byli I. Kant oraz W. Humboldt, którzy w swoich pracach podkreślali znaczenie ochrony wolności jednostki we wszystkich sferach życia państwowego⁷⁵. Zdaniem I. Kanta wolność przysługiwała człowiekowi z racji jego samego człowieczeństwa⁷⁶, natomiast chronić wolność można było dzięki przymusowi, który charakteryzował prawo⁷⁷. Z kolei W. Humboldt uważał, że „Państwo powinno powstrzymać się od wszelkiej troski o rzeczywisty dorobek obywateli i nie posuwać się ani kroku dalej, aniżeli jest to konieczne dla zabezpieczenia przeciw sobie oraz przeciw wrogom zewnętrznym; dla żadnego innego celu państwo nie powinno ograniczać ich wolności”⁷⁸. O ile zatem instytucja państwa jako takiego powstała, by chronić jednostkę przed innymi jednostkami, dając obywatelom poczucie bezpieczeństwa, o tyle „państwo prawa stanowiło odpowiedź na zagrożenie jednostki ze strony państwa”⁷⁹, które, jak już wyżej wspomniano, w dobie państwa policyjnego mogło ingerować w różne sfery życia obywatela. Natomiast w państwie prawa władza państwowa nie tylko było wykonywana za pomocą prawa, lecz granicami prawa była również związana⁸⁰. Innymi słowy – w państwie prawa rozwinął się paradygmat administrowania przez prawo⁸¹.

Tak oto w drugiej połowie XIX w. akt administracyjny stanowił z jednej strony tradycyjny wyraz władczych rządów państwa o charakterze jednostronnym, którym

⁷⁴ Więcej na temat idei państwa prawa oraz składających się na nią elementów zob. T. Rottenwallner, *Der Rechtsstaat. (Super-)Phantombegriff oder tragendes Strukturprinzip des modernen Verfassungsstaates?* „Deutsche Verwaltungspraxis”, nr 10/2015, s. 399-412.

⁷⁵ Por. A. Weber, *Rechtsstaatsprinzip als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip*. „Zeitschrift für öffentliches Recht”, nr 63/2008, s. 268.

⁷⁶ A. Dziadzio, *Koncepcja państwa prawa w XIX wieku – idea i rzeczywistość*. „Czasopismo Prawno-Historyczne”, nr 1/2005, s. 179.

⁷⁷ M. Szyszkowska, *Zarys filozofii prawa*. Białystok 2000, s. 142 (https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/7792/1/M_Szyszkowska_Zarys_filozofii_prawa.pdf, 10.11.2021).

⁷⁸ W. Humboldt, *Idee o granicach działalności państwa*, cyt. za: M. Sobolewski, *Koncepcja państwa prawnego (Rechtsstaat) w doktrynie niemieckiego liberalizmu epoki klasycznej (do 1866 r.)*. „Państwo i Prawo”, nr 2/1980, s. 132.

⁷⁹ U. Volkmann, *Sicherheit und Risiko als Probleme des Rechtsstaats*. „Juristenzeitung”, nr 14/2004, s. 697.

⁸⁰ Tamże; zob. też B. Schlink, *Zwischen Identifikation und Distanz. Zur Stellung des Beamten im Staat und zur Gestaltung des Beamtenrechts durch das Staatsrecht*. „Der Staat”, nr 15/3/1976, s. 335.

⁸¹ A. Puczek, *Wpływ przemian cywilizacyjnych na paradygmat administrowania przez prawo*, (w:) J. Zimmermann, P.J. Suwaj (red.) *Wpływ przemian cywilizacyjnych na prawo administracyjne i administrację publiczną*. Warszawa 2013, s. 128 i n.

podporządkowany był obywatel, z drugiej zaś w instytucji tej przejawiała się postępowo jak na owe czasy zasada państwa prawnego, ponieważ w akcie administracyjnym dokonywano konkretyzacji norm obowiązującego prawa. Obywatele (poddani) stanowili co prawda wciąż przedmiot działań administracji państwowej, a nie stronę posiadającą własne prawa, mimo to (zgodnie z zasadą legalizmu) przepisy prawa wiązały w równym stopniu obywateli, jak i organy administracji państwowej. Można by właściwie pokusić się w tym miejscu o postawienie tezy, że poglądy przeciwników umowy administracyjnej w dobie państwa prawa miały na celu umocnienie pozycji jednostki pozostającej w relacji obywatel – administracja państwowa. Paktowanie z państwem mogłoby bowiem stanowić „furtkę” do obejścia wprowadzanych przepisów, których celem było umieszczenie działań administracji w określonych ramach prawnych. O ile zatem akt administracyjny służył konkretyzacji norm obowiązującego prawa, o tyle zinstytucjonalizowana umowa administracyjna mogła stanowić źródło jego obejścia, stanowiąc zagrożenie dla zasady państwa prawa, która dopiero zaczęła zapuszczać korzenie w niemieckim prawie administracyjnym. Z drugiej strony warto przypomnieć pogląd wyrażony przez K. Waechtera, który uważał, że sięganie po konstrukcję umowy uzasadnione było poszukiwaniem ochrony prawnej. Ograniczona właściwość sądów administracyjnych sprawiała, że najłatwiej było znaleźć ochronę prawną przed sądami powszechnymi, które były właściwe do rozstrzygania sporów z zakresu umów⁸².

Kończący się wiek XIX to czas, kiedy monarszą egzekutywę starano się ograniczyć ustawami. „Było to wynikiem zarówno reakcji na dominującą w poprzednim stuleciu samowolę państwa policyjnego, jak i przekonania o konieczności zapewnienia jednostce jak najszerszej autonomii”⁸³. Nabierająca coraz wyraźniejszych konturów idea państwa prawa oraz jej realizacja w praktyce funkcjonowania państwa sprawiły, że O. Mayer rozszerzył trójpodział władzy o administrację, rozumianą jako „działalność państwa, która realizowana jest w ramach porządku prawnego kreowanego przez to państwo”⁸⁴. Była to zatem działalność odmienna od działalności rządu, a w jej centrum zainteresowania stała relacja administracji państwowej z jednostką, której charakter

⁸² K. Waechter, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag...*, dz. cyt., s. 166.

⁸³ G. Smyk, *Próby zdefiniowania pojęć „administracja” i „prawo administracyjne” w piśmiennictwie prawn-administracyjnym przełomu XIX i XX w.* „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska”, Sectio G, nr 66/1/2019, s. 364.

⁸⁴ O. Mayer, *Deutsches...*, dz. cyt., s. 10.

(dzięki wyposażeniu jednostki w prawa i obowiązki) przekształcił się w stosunek prawny⁸⁵.

Z punktu widzenia tematu niniejszej pracy podkreślić należy, że to właśnie w państwie prawa nowego znaczenia nabrało pojęcie „prawo publiczne”, które nie oznaczało już obszaru, w którym brakowało regulacji dotyczących stosunku prawnego między państwem i jednostką, skąd wynikała swoboda regulacji tych stosunków przez władzę. W państwie prawa prawo administracyjne znalazło się na równi z prawem cywilnym, które do tej pory było stosowane również do regulacji stosunków administracyjnoprawnych. Aby zrównanie się tych gałęzi prawa jeszcze bardziej podkreślić, w prawie administracyjnym pojawił się odpowiednik charakterystycznego dla prawa cywilnego wyroku, którego zadaniem było rozstrzyganie w poszczególnych sprawach o tym, co jest zgodne z prawem. Odpowiednikiem tym były decyzje (niem. *Beschlüsse*), które przybierały różną postać, m.in. zarządzeń (niem. *Verfügungen*) czy orzeczeń (niem. *Entscheidungen*). Nowe określenia dla działań administracji miały wskazywać na ich odrębność od nakazów (niem. *Befehl*), które typowe były dla działań państwa policyjnego⁸⁶.

1.3. Spór o metodę

1.3.1. Umowa administracyjna w świetle metody dogmatycznej

Tytuły dwóch kolejnych podrozdziałów nawiązują do rozważań przedstawionych przez T. Buddeberga, który różnice doktrynalne w poglądach administratywistów nt. istoty umowy administracyjnej wyjaśnił brakami metodologicznymi w wykorzystywanych przez różnych badaczy metodach (głównymi metodami były metoda dogmatyczna oraz metoda socjologicznoprawna) oraz brakiem konsekwencji w stosowaniu konkretnej metody. Sprawiało to, że prezentowane wywody doktrynalne koncentrowały się na różnych aspektach zagadnienia poddawanego analizie, zamiast skupić się na przedstawieniu argumentów i kontrargumentów na rzecz określonej kwestii. Jak podkreślał T. Buddeberg, owocny dialog między przedstawicielami różnych perspektyw metodologicznych był nieosiągalny, gdyż trudno było dyskutować na temat poprawności osiąganych wyników badawczych, gdy prowadzone badania za punkt wyjścia przyjmowały odmienne założenia, co skutkowało brakiem wspólnego kryterium

⁸⁵ P. Kacprzak, *Geneza...*, dz. cyt., s. 204.

⁸⁶ O. Mayer, *Deutsches...*, dz. cyt., s. 63 i n.

porównawczego⁸⁷. Podkreślić należy, iż konstatacja przedstawiona przez T. Buddeberga nie stanowi na gruncie prawa administracyjnego *novum*, lecz nawiązuje do sporu dotyczącego sposobu postrzegania nauki prawa administracyjnego, który toczył się między G. Meyerem i L. von Steinem⁸⁸. O ile bowiem G. Meyer ograniczał prawo administracyjne jedynie do zjawiska natury prawnej, a naukę o nim utożsamiał z analizą poszczególnych instytucji administracyjnoprawnych, o tyle L. von Stein osadzał je w szerszym kontekście społecznym, postulując wzbogacenie analizy pozytywnego prawa administracyjnego o wszystkie te elementy, które związane są z faktycznym życiem obywatela⁸⁹.

Postulowana przez G. Meyera metoda dogmatyczna (niem. *juristische Methode*)⁹⁰ polegała na oddzieleniu od przedmiotu rozważań poświęconych zagadnieniom prawnym wszelkich pozaprawnych rozważań, do których zaliczały się m.in. kwestie polityczne, historyczne, filozoficzne. Dopiero taki „oczyszczony” przedmiot rozważań poddać należało analizie prawnej⁹¹. Cechami charakterystycznymi metody dogmatycznej były⁹²:

- wysoki stopień systematyzacji (tj. logiczne uporządkowanie wiedzy naukowej), skutkujący rozwojem dogmatyki;
- ukierunkowanie na stosowanie prawa, w związku z czym poza obszarem zainteresowań pozostawały wszelkie pozaprawne przyczyny i skutki, dzięki czemu możliwe było dość łatwe ocenienie faktów wg binarnego schematu: zgodny, niezgodny z prawem;
- dzięki rozgraniczeniu stanowienia prawa od stosowania prawa metoda prawnicza skupiała się na kwestiach prawniczych związanych ze stosowaniem prawa;

⁸⁷ T. Buddeberg, *Rechtssoziologie des öffentlich-rechtlichen Vertrages*. „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 47/1925, s. 86-88.

⁸⁸ Jeśli przyjmie się założenie, że na płaszczyźnie makro spór o metodę dotyczył całego prawa administracyjnego, a na płaszczyźnie mikro – wybranej instytucji, to twierdzenie T. Buddeberga osadzone na płaszczyźnie mikro miało walory poznawcze.

⁸⁹ P. Badura, *Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates. Methodische Überlegungen zur Entstehung des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts*. Göttingen 1967, s. 13 (<https://epub.ub.uni-muenchen.de/8889/1/8889.pdf>, 10.12.2020).

⁹⁰ Jak wyjaśnia R.M. Dewitz, przymiotnik „jurystyczny” w oryginalnie brzmiącej nazwie omawianej metody nie miał nic wspólnego z pojęciem „prawoznawczy”, gdyż metoda ta koncentrowała się na rozważaniach dogmatycznych, oznaczając „charakterystyczny sposób pracy naukowej związanej z jurysprudencją” (R.M. Dewitz, *Der Vertrag in der Lehre Otto Mayers*. Berlin 2004, s. 66).

⁹¹ A. Funke, *Perspektiven subjektiv-rechtlicher Analyse im öffentlichen Recht*. „Juristenzeitung”, nr 8/2015, s. 374, w szczególności literatura przywołana w przypisach nr 60 i 61; A. Hueber, *Otto Mayer – Die „juristische Methode” im Verwaltungsrecht*. Berlin 1982, s. 14 i n.

⁹² I. Appel, *Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichen Anspruch*. „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, t. 67/2008, s. 236-239; Ch. Bumke, *Rechtsdogmatik: Überlegungen zur Entwicklung und zu den Formen einer Denk- und Arbeitsweise der deutschen Rechtswissenschaft*. „Juristenzeitung”, nr 13/2014, s. 643.

- punktem odniesienia w badaniach prowadzonych na gruncie metody prawnej było prawo materialne, które niezależne było od prawa procesowego.

Perfekcyjnie metodę tę stosował O. Mayer, ojciec nowożytnego niemieckiego prawa administracyjnego⁹³. O tym, jak sprawnie to czynił, świadczyć może m.in. podkreślenie tego faktu przez jednego z jego największych oponentów w kwestii możliwości zawierania subordynacyjnej umowy administracyjnej. Mowa oczywiście o P. Labandzie, który podkreślił umiejętne oddzielenie przez O. Mayera zagadnień nauki o administracji od zagadnień rozpatrywanych przez naukę prawa administracyjnego. Zdaniem P. Labanda istota badań nad prawem administracyjnym sprowadzała się do „wyizolowania elementów prawnych z ogólnego obrazu działalności państwa, wyodrębnienia instytucji i pojęć prawnych z masy powiązań, w które uwikłana jest administracja, zredukowania nieskończonych i różnorodnych przejawów ludzkiej działalności do typowych form, w których wyraża się ich treść prawna”⁹⁴ – i tego właśnie dokonał O. Mayer w pracy *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*. Ponadto stosując tę metodę O. Mayer stworzył system prawa administracyjnego. Koncentrując się nie na opisie poszczególnych działów prawa administracyjnego, lecz na wyodrębnieniu z ogromu przepisów prawnych instytucji prawnych wspólnych dla różnych jego działów, dokonał analizy wyróżnionych instytucji, a następnie ich syntezy, która zaowocowała systemem prawa administracyjnego⁹⁵.

O ile za pomocą metody socjologicznoprawnej starano się analizować prawo administracyjne przez pryzmat teleologii, o tyle metoda dogmatyczna koncentrowała się na wyizolowanej rzeczywistości prawnej, sprowadzając różnorodność rzeczywistości administracyjnej do stosunków prawnych i instytucji prawnych⁹⁶. Podejście takie korespondowało z ideą państwa prawa. „Dopóty państwo prawa przedstawiano jako mieszczańskie państwo prawa, dopóki teoretyczna analiza administracji stającej się

⁹³ H. Maurer, *Der Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 799; por. F. Giese, *Recht...*, dz. cyt., s. 83. Na temat znaczenia prac O. Mayera dla wykształcenia się prawa administracyjnego jako samodzielnej gałęzi prawa zob. R. Mussgnug, *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 124 i n.

⁹⁴ P. Laband, *Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts*. „Archiv für öffentliches Recht“, nr 2/1/1887, s. 151.

⁹⁵ B. Schindler, *100 Jahre Verwaltungsrecht in der Schweiz*, „Zeitschrift für Schweizerisches Recht“, nr 130 (2)/2011, s. 348.

⁹⁶ P. Badura, *Das Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 56. Odnosić należy w tym miejscu, że w odmienny sposób stosowaną przez O. Mayera metodę postrzegał O. Bachof, którego zdaniem nie była ona pozbawiona pierwiastka teleologicznego (O. Bachof, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*. „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer“, t. 30/1972, s. 222).

przedmiotem regulacji prawnych skazana była na metodę formalnego pozytywizmu⁹⁷. Dzięki zastosowaniu tej metody O. Mayer wyodrębnił ogólną część prawa administracyjnego, tworząc tym samym, jak już wcześniej wspomniano, jego system⁹⁸. Jak podkreślił P. Badura, to właśnie istnienie takiego systemu, stanowiącego fundament rozważań teoretycznych, umożliwia wyodrębnienie się oddzielnej nauki⁹⁹. Pojawia się zatem pytanie, jak rozumieć należy pojęcie „system” na gruncie nauk prawnych, skoro stanowi on dla przedstawicieli metody dogmatycznej tak ważną kategorię poznawczą, której uwagę poświęcili m.in. F.C. von Savigny, C.F. von Gerber, G.F. Puchta czy R. Sohm¹⁰⁰. Jak pisze U. Becker, „Systematyzacja prawa stanowi główne zadanie nauki prawa, ponieważ wiąże ze sobą elementy prawa pozytywnego, które najpierw po prostu istnieją, wymagają zebrania, ale są jeszcze nieustrukturyzowane, a ich powstanie jest efektem różnorodnych interesów, a nierzadko skutkiem procesu politycznego”¹⁰¹. Taką definicję doprecyzowuje R.M. Dewitz, podkreślając szczególne znaczenie kryterium, które umożliwia połączenie tych elementów. Jego zdaniem „system powinien wybierać i łączyć ze sobą wiele elementów według określonego kryterium, na podstawie którego można nie tylko stwierdzić, jaki rodzaj elementów należy do systemu, lecz także można zaobserwować, w jaki sposób elementy należące do systemu na siebie wpływają i są ze sobą powiązane”¹⁰². F.C. von Savigny postrzegał system prawny jako „wewnętrzny związek, który łączy wszystkie instytucje prawne i reguły w wielką jedność”¹⁰³. Tę systemową jedność rozumieć należy jako możliwość wyprowadzenia pojęcia niżej umiejscowionego z pojęcia znajdującego się wyżej. „Przedstawiciele metody

⁹⁷ P. Badura, *Das Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 57.

⁹⁸ System ten poddawano wyrażnej krytyce od połowy lat 60. XX w., uzupełniając go o nowe formy działania administracji (W. Fiedler, *Die materiell-rechtlichen Bestimmungen...*, dz. cyt., s. 98).

⁹⁹ P. Badura, *Das Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 11. Zob. też W. Sauer, *Juristische Methodenlehre. Zugleich eine Einleitung in die Methodik der Geisteswissenschaften*. Stuttgart 1940, s. 171 oraz recenzję B. Kneihsa, *Vom Wert einer neuen Lehre des Verwaltungsprivatrechts*. „Zeitschrift für öffentliches Rechts”, nr 62/2007, s. 304, z której m.in. wynika, iż brak przemyślanej systematyki dla propozycji nowej nauki sprawia, iż nauka ta nie może się *de facto* wyodrębnić z innej dziedziny.

¹⁰⁰ Na temat głównych wątków w dyskursie prawniczym skoncentrowanym na interpretacji pojęcia „system” zob. R.M. Dewitz, *Der Vertrag...*, dz. cyt., s. 69, przypis nr 28 oraz s. 70-74; zob. też na temat pojęcia „system” E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*. Berlin, Heidelberg 1998, s. 7. O tym, jak ważną rolę odgrywa systematyka dla poszczególnych gałęzi prawa może świadczyć główny przedmiot obrad Zjazdu Katedr Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego w Zakopanem w dniach 24-27 IX 2006, którego tematem przewodnim była koncepcja systemu prawa administracyjnego (D. Dąbek, J. Lemańska, *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*. „Państwo i Prawo”, nr 6/2007, s. 127).

¹⁰¹ U. Becker, *Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht*, (w:) tenże (red.), *Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht I*. Baden-Baden 2010, s. 14.

¹⁰² R.M. Dewitz, *Der Vertrag...*, dz. cyt., s. 70.

¹⁰³ F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts I* (1840), s. 214, cyt. za: R.M. Dewitz, *Der Vertrag...*, dz. cyt., s. 70.

dogmatycznej uważali mianowicie, że całość regulacji prawnych danej dziedziny prawa da się logicznie sprowadzić do coraz ogólniejszych pojęć a tym samym ostatecznie do jednego jedyne pojęcia zasadniczego”¹⁰⁴. W taki oto sposób powstawała piramida pojęć, na której szczycie znajdowało się pojęcie najogólniejsze, a pojęcia konkretne stanowiły jej podstawę¹⁰⁵.

Głównym zarzutem kierowanym pod adresem dogmatycznej metody O. Mayera był jej formalizm. W swoich badaniach O. Mayer koncentrował się bowiem jedynie na prawnych formach działania administracji, analizując to zagadnienie w oderwaniu od celów i zadań administracji publicznej¹⁰⁶. Z kolei wyeliminowanie z pola zainteresowań kwestii filozoficznych, politycznych i społecznych niemal *a priori* ukierunkowało jego wysiłek badawczy na petryfikację istniejących instytucji i negację nowych rozwiązań prawnych¹⁰⁷, które powinny dostosowywać proces administrowania do zmieniającej się rzeczywistości. Z tego też powodu E. Kaufmann stwierdził, że O. Mayer jest twórcą nie tyle nowożytnego niemieckiego prawa administracyjnego, ile twórcą „nauki o prawnych formach działania administracji publicznej”¹⁰⁸. Z kolei O. Bachof doszedł do wniosku, że posługiwanie się metodą dogmatyczną przez administratywistów doprowadziło do odcięcia prawa administracyjnego od innych źródeł poznania, istotnie zubażając tym samym zakres badań prowadzonych na gruncie prawa administracyjnego¹⁰⁹.

Ze względu na ogromny wkład O. Mayera w wyodrębnienie nauki niemieckiego prawa administracyjnego¹¹⁰ (z szeroko rozumianego prawa państwowego) zarówno współcześni mu badacze tej gałęzi prawa, jak i jego potomni ustosunkowywali się do jego poglądów, kładąc szczególny nacisk na uzasadnienie odmiennego zdania¹¹¹. Zważywszy,

¹⁰⁴ Tamże.

¹⁰⁵ Tamże; K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4., ergänzte Auflage. Berlin, Heidelberg 1979, s. 21. Współcześnie wskazuje się, że trudno osiągnąć postulowaną jedność systemu, co wynika z szerokiego zakresu spraw regulowanych przez prawo administracyjne oraz jego wewnętrznego zróżnicowanie. „Ta pełna jasność i harmonia jest więc pewnym nieosiągalnym modelem, do którego powinien dążyć ustawodawca, mając jednak świadomość, że nigdy do końca go nie uzyska. W tej sytuacji rolę ustawodawcy, jak również rolę podmiotów stosujących prawo oraz doktryny prawniczej i orzecznictwa jest staranne dzielenie systemu prawa i dbałość o przynależność po-szczególnych norm lub instytucji do poszczególnych gałęzi (dyscyplin) prawniczych” (J. Zimmermann, *Przedmowa*, (w:) tenże (red.), *Pogranicze...*, dz. cyt., s. 13).

¹⁰⁶ P. Badura, *Das Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 54, 57.

¹⁰⁷ Tamże, s. 58.

¹⁰⁸ Tamże, s. 56.

¹⁰⁹ O. Bachof, *Die Dogmatik...*, dz. cyt., s. 216.

¹¹⁰ Zob. wypowiedzi nt. dwutomowego podręcznika O. Mayera poświęconego prawu administracyjnemu w recenzjach czołowych niemieckich przedstawicieli prawa administracyjnego (recenzje przygotowali m.in. G. Meyer, G. Jellinek, R. Piloty, P. Laband), zebrane i zacytowane w pracy R.M. Dewitza, *Der Vertrag...*, dz. cyt., s. 12 i 13, przypis nr 13.

¹¹¹ Tamże, s. 14.

że to właśnie (co do zasady) O. Mayer zapoczątkował nurt rozważań dogmatycznych poświęconych umowie administracyjnej¹¹² (niem. *Verwaltungsvertragsdogmatik*), nie dziwi fakt, iż to właśnie jego stanowisko stanowi punkt odniesienia w pracach poświęconych analizie tej instytucji¹¹³. Antycypując nieco dalsze rozważania, podkreślić należy, że wartość naukowa utworzonej przez O. Mayera systematyki prawa administracyjnego zależała od spójności jego poglądów na instytucje charakterystyczne dla prawa administracyjnego¹¹⁴. Umowa publicznoprawna zatem, mimo jej wykorzystywania od lat przez organy administracji państwowej, stanowiła z formalnego punktu widzenia wyjątek od zasady władczego działania administracji, którego immanentną cechą była nierównorzędność podmiotów stosunku administracyjnoprawnego.

Co do tego, że umowy administracyjne występowały w niemieckim systemie prawa publicznego na długo przed rozważaniami O. Mayera, nie ma wątpliwości. Zawierane one były bowiem na gruncie prawa międzynarodowego¹¹⁵, za ich pomocą sprawy administracyjne mogły również załatwiać między sobą organy administracji państwowej. Główne wątpliwości dotyczące funkcjonowania umowy administracyjnej w obrocie prawnym pojawiły się dopiero z chwilą, gdy miała ona regulować stosunki prawne między administracją państwową i obywatelem w dobie państwa prawa¹¹⁶, chociaż na przestrzeni lat wątpliwości te w różnym stopniu przybierały na sile.

¹¹² A właściwie, gwoździem ścisłości, O. Mayer jako pierwszy w sposób tak zdecydowany opowiedział się przeciwko zrównaniu umowy administracyjnej z aktem administracyjnym, stając w opozycji do utartych poglądów doktryny. Jak bowiem przypomina W. Matthias, powołując się na opracowanie H. Maurera, już w podręcznikach Loeninga z 1884 oraz Stengla z 1886 umowa publiczno-prawna została wymieniona jako forma działania administracji (W. Matthias, *Allgemeine Fehlerfolgenlehre für den Verwaltungsvertrag*. Baden-Baden 2008, s. 21, przypis nr 39). Zdaniem E. Loeninga możliwość zawierania umów pomiędzy państwem i podlegającymi jego władzy jednostkami, jak również pomiędzy organami państwa (którym przysługują subiektywne prawa publiczne) i innymi osobami stanowiła pochodną istnienia normy prawnej, w której upoważnienie takie zawarto. W przypadku braku odpowiedniego przepisu należało uchwalić ustawę, która upoważniałaby do zawierania umów (E. Loening, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*. Leipzig 1884, s. 245 i n., cyt. za: T. Buddeberg, *Rechtssoziologie...*, dz. cyt., s. 92).

¹¹³ Spośród wielu zob. np. M. Grienberger-Zingerle, *Kooperative Instrumente der Arbeitsverwaltungen in England und Deutschland*. München 2009, s. 82 i n.; E. Gurlit, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*. Tübingen 2000, s. 28 i n.

¹¹⁴ Por. Z. Cieślak, *Umowa...*, dz. cyt., Lex/el.

¹¹⁵ Zob. np. P. Heilborn, *Der Staatsvertrag als Staatsgesetz*. „Archiv für öffentliches Recht”, nr 12/2/1987, s. 141-199; H. Lammasch, *Die Grenze der Vertragstreue im Völkerrecht*. „Die Friedens-Warte”, nr 18/4/1916, s. 101-105; O. Nippold, *Der völkerrechtliche Vertrag, seine Stellung im Rechtssystem und seine Bedeutung für das internationale Recht*. Bern 1894. Na temat różnic między różnymi rodzajami umów mogących funkcjonować na gruncie prawa publicznego (niem. *Vertrag* [umowa] oraz *Vereinbarung* [porozumienie]) zob. G.A. Walz, *Die ‚Vereinbarung‘ als Rechtsfigur des öffentlichen Rechts*. „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 53/2/1928, s. 174-182.

¹¹⁶ Podkreślić należy, że dyskurs nt. umów administracyjnych zawieranych przez organ administracji państwowej z jednostką rzutował również na kierunek rozważań dotyczących umów zawieranych pomiędzy organami administracji państwowej (zob. np. P. Laband, *Max Wenzel, Zur Lehre der*

Choć jednym z najbardziej zdecydowanych przeciwników umowy administracyjnej regulującej stosunki prawne między jednostką i administracją państwową¹¹⁷ był O. Mayer, wspomnieć należy, że już przed publikacją jego rozprawy pt. *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge* pojawiały się uwagi krytyczne negujące istotę tej instytucji na gruncie prawa publicznego, głównie w artykułach recenzyjnych podręczników z zakresu prawa państwowego (w podręcznikach tych umowa administracyjnoprawna określana była wówczas mianem *staatsrechtlicher Vertrag*)¹¹⁸. Przykładowo G. Meyer skrytykował pogląd P. Labanda w zakresie dopuszczalności tego rodzaju umów, uzasadniając swoje stanowisko tym, że „zgodność oświadczeń woli (wyrażonych przez państwo i obywatela) nie opiera się na uzgodnieniu zawartym między dwoma równorzędnymi podmiotami, lecz na spełnieniu prośby obywatela przez państwo”¹¹⁹. O ile jednak do czasów O. Mayera poglądy negujące istotę umowy administracyjnoprawnej pojawiały się raczej marginalnie, o tyle jego stanowisko w zakresie niedopuszczalności zawierania umowy subordynacyjnej wywarło istotny wpływ na rozwój myśli dogmatycznej dotyczącej prawnych form działania administracji i było tak nieugięte¹²⁰, że w literaturze przedmiotu przypisuje mu się autorstwo stwierdzenia „Państwo nie zawiera umów” (niem. *Der Staat paktiert nicht*)¹²¹, choć, jak stwierdził

vertragsmäßigen Elemente der Reichsverfassung. „Archiv für öffentliches Recht“, nr 26/1910, s. 366 i n., <https://www.digizeitschriften.de/dms/img/?PID=GDZPPN000227803&physid=phys380#navi>, 18.12.2021).

¹¹⁷ Podobny pogląd w Szwajcarii reprezentował Z. Giacometti w pracy pt. *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*. Bd. 1. Zürich 1960, s. 442 i n.

¹¹⁸ H. Maurer, *Der Verwaltungsvertrag*..., dz. cyt., s. 799.

¹¹⁹ G. Meyer, *Staatsrechtliche Literatur. Buchbesprechung des Buches „Paul Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches. Bd. II, 1878”*, (w:) G. Hirth (red.), *Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik*. München 1878, s. 384 (<https://digital.slub-dresden.de/werkansicht/dlf/58381/393>, 18.12.2021).

¹²⁰ Zob. też W. Apelt, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*..., dz. cyt., s. 251.

¹²¹ Zob. np. U. Battis, *Entlastung des Staates durch Outsourcing?* (w:) Ch. Mecking, M. Schulte (red.), *Grenzen der Instrumentalisierung von Stiftungen*. Tübingen 2003, s. 54; M. Döhler, *Hierarchie*, (w:) A. Benz i in., (red.), *Handbuch*..., dz. cyt., s. 51; W. Henke, *Allgemeine Fragen des öffentlichen Vertragsrechts*. „Jursitenzeitung”, nr 10/1984, s. 441; tenże, *Wandel der Dogmatik des öffentlichen Rechts*. „Juristenzeitung”, nr 11/1992, s. 542; H. Johlen, *50 Jahre öffentliches Recht*. „Anwaltsblatt”, nr 12/2006, s. 839; A.-B. Kaiser, *Die ‚Entdeckung‘ der Kooperation von Staat und Gesellschaft in der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts seit den 1960er Jahren*. „Rechtsgeschichte”, nr 17/2010, s. 130 (http://data.rg.mpg.de/rechtsgeschichte/rg17_127kaiser.pdf, 18.12.2021); H. Schmitz, *Kooperationsverträge – Zur bevorstehenden Novellierung des Vertragsrechts im Verwaltungsverfahrensgesetz*, (w:) H. Bauer, Ch. Büchner, F. Brosius-Gersdorf (red.), *Verwaltungskooperation*..., dz. cyt., s. 51; U. Wesel, *Wenn der Staat verhandelt*. „Die Zeit”, nr 47/1999 (https://www.zeit.de/1999/47/Wenn_der_Staat_verhandelt/komplettansicht#print, 18.12.2021). Z kolei A. Leisner-Egensperger twierdzi (również błędnie), iż autorem tego zdania jest W. Henke (A. Leisner-Egensperger, *Der Verwaltungsvertrag in Deutschland – Gesetzliche Grundlagen, praktische Anwendungsfelder, rechtsvergleichende Bezüge*, (w:) M. Knauff, Ch. Liu (red.), *Grundfragen des Verwaltungsverfahrensrechts im deutsch-taiwanesischen Rechtsvergleich*. Berlin 2019, s. 14).

R.M. Dewitz w pracy z 2004 r., na próżno szukać tego zdania w dziełach O. Mayera¹²². Co ciekawe, pogląd ten jest rozpowszechniony nie tylko w niemieckojęzycznych, lecz także w zagranicznych opracowaniach analizujących zagadnienie umowy administracyjnoprawnej¹²³.

Podkreślić natomiast należy, że O. Mayer uznawał (co do zasady) za dopuszczalne umowy administracyjne o charakterze koordynacyjnym (zawierane przez organy administracji państwowej na gruncie prawa międzynarodowego oraz na gruncie prawa samorządowego), ponieważ w takim przypadku strony cechował przymiot równorzędności¹²⁴, a przez pewien czas dopuszczał możliwość zawierania jednego rodzaju subordynacyjnej umowy publicznoprawnej (niem. *öffentlichrechtlicher Vertrag*), której celem miało być zatrudnianie urzędników w administracji państwowej. Ten rodzaj umowy administracyjnej został jednak przez niego zastąpiony w roku 1895 w podręczniku *Deutsches Verwaltungsrecht* terminem „akt administracyjny na poddanie się” (niem. *Verwaltungsakt auf Unterwerfung*)¹²⁵. O ile w przypadku umowy administracyjnej oświadczenie woli organu administracyjnego miało identyczne znaczenie jak oświadczenie woli partnera zawierającego umowę, o tyle w przypadku aktu administracyjnego na poddanie się to organ składał oświadczenie woli, natomiast zatrudniany urzędnik wyrażał jedynie zgodę na ten akt¹²⁶. Ten (w gruncie rzeczy czysto językowy) zabieg pozwolił O. Mayerowi usunąć z utworzonej przez niego systematyki prawa administracyjnego pojęcie umowy publicznoprawnej, dzięki czemu mógł niezbitnie dowodzić, że państwo nie zawiera prawdziwych umów z obywatelami.

Chociaż zasadniczo O. Mayer nie oponował przeciwko umowom kooperacyjnym, to w przypadku niektórych z nich starał się udowodnić, że nie są one faktycznymi umowami, gdyż pod względem prawnym nie wiązały one stron, a więc nie posiadały jednego z głównych przymiotów instytucji, którą jest umowa. Jako przykład autor ten podawał porozumienie, na mocy którego jedna gmina podłączała się do elementu infrastruktury obsługiwanej przez inną gminę. Zdaniem O. Mayera porozumienie takie

¹²² R.M. Dewitz, *Der Vertrag...*, dz. cyt., s. 29.

¹²³ Zob. np.: G. Winter, *Bartering Rationality in Regulation*. „Law & Society Review”, nr 19/2/1985, s. 238; G. Kuncevičius, *Administracinės sutarties institutas. Ir jo teorinis pagrindimas*, Vilnius 2011, s. 25 (<https://vb.mruni.eu/object/elaba:1965591/>, 29.08.2020).

¹²⁴ Tamże, s. 23 i n.; O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*. 2. Auflage. 1917, s. 646, cyt. za: H.-U. Erichsen, W. Martens, *Das Verwaltungshandeln*, (w:) ciż (red.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Berlin, Nowy Jork 1979, s. 237.

¹²⁵ W. Pakeerut, *Die Entwicklung...*, dz. cyt., s. 31.

¹²⁶ Tamże.

nie posiada mocy prawnie wiążącej, ponieważ w takim przypadku działanie nie jest podejmowane przez egoistycznych ludzi, lecz przez gminy, a przecież „każda gmina jest w pewnym stopniu zainteresowana rozwojem gminy sąsiedniej”¹²⁷, dlatego też, jak argumentował, w przypadku takiego stosunku prawnego „wszystko da się uregulować na drodze polubownego porozumienia”¹²⁸.

W pracy *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge* O. Mayer krytykował poglądy francuskiej doktryny na temat instytucji umowy administracyjnej¹²⁹, określając naukę w tym zakresie jako „najbardziej wątpliwą ze wszystkich”, ponieważ mianem umowy we francuskiej doktrynie określano jego zdaniem instytucję, która w żadnym wypadku umową administracyjną nie była, ponieważ¹³⁰:

- po pierwsze, instytucja ta składała się w rzeczywistości z dwóch aktów administracyjnych, z których jeden (akt administracyjny na poddanie się) nakładał na jednostkę obowiązek określonego zachowania się, a drugi gwarantował świadczenie zwrotne w zamian za realizację nałożonego obowiązku; zdaniem O. Mayera gwarantem wykonania nałożonego w ten sposób obowiązku miał być przymus administracyjnoprawny, który mógł zostać wprowadzony i uregulowany za pomocą kolejnych aktów administracyjnych wydanych na podstawie aktu nakładającego obowiązek określonego zachowania;
- po drugie, obywatel zawierający taką umowę stanowił jej przedmiot (a nie podmiot), na który oddziaływała administracja, w związku z czym jedynie państwo było stroną, która określała treść takiej umowy.

Powołując się natomiast na dorobek przedstawicieli niemieckiej doktryny prawa administracyjnego (m.in. na C.F.W. von Gerbera¹³¹ oraz przywołanego wcześniej G. Meyera¹³²), O. Mayer podkreślał, że prawdziwe umowy między państwem i obywatelem na gruncie prawa publicznego nie są dopuszczalne, gdyż dla zaistnienia umowy

¹²⁷ W. Apelt, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag...*, dz. cyt., s. 251.

¹²⁸ Tamże, s. 255.

¹²⁹ D. Göldner określił O. Mayera mianem najbardziej rezolutnego przeciwnika umowy publiczno-prawnej zawieranej przez obywatela i administrację (D. Göldner, *Gesetzmäßigkeit und Vertragsfreiheit im Verwaltungsrecht*. „Juristenzeitung”, nr 11/12/1976, s. 352).

¹³⁰ O. Mayer, *Zur Lehre...*, dz. cyt., s. 5; P. Laband, *Otto Mayer, Theorie...*, dz. cyt., s. 158.

¹³¹ C.F.W. von Gerber, *Ueber öffentliche Rechte*. Tübingen 1852, s. 40 (https://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/b.sb10559326_00007.html, 20.08.2020).

¹³² G. Meyer, *Paul Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches. Zweiter Band*. „Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik“, Jahrgang 1878, s. 383 i n. (<https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.35112103090041&view=1up&seq=383>, 30.08.2020).

niezbędna jest równorzędność podmiotów, które ją zawierają¹³³. W przypadku umowy publicznoprawnej warunek ten nie może być spełniony, ponieważ w relacji państwo-jednostka występuje stosunek nadrzędności państwa nad obywatelem, wynikający z faktu władczego charakteru działań administracji, która określa warunki umowy¹³⁴. W takim układzie, jak już wyżej wspomniano, podmiot administrowany zawierający umowę jest jedynie przedmiotem, na który oddziałuje władcza administracja¹³⁵. Nadrzędność organu administracyjnego w stosunku do obywatela oznaczała zatem, że nie mogą istnieć prawdziwe umowy publicznoprawne, gdyż w gruncie rzeczy instytucja taka stanowiłaby *contradictio in adiecto*¹³⁶. Pogląd ten miał o tyle doniosłe znaczenie, że podważał zasadność przeniesienia na grunt prawa publicznego definicji umowy wypracowanej na gruncie prawa prywatnego (stanowiącej zgodne oświadczenie woli dwóch podmiotów prawa złożone w celu osiągnięcia określonego skutku¹³⁷), dlatego że równorzędność podmiotów (będąca dla O. Mayera warunkiem *sine qua non* zawarcia umowy) typowa dla prawa prywatnego, była obca prawu publicznemu w relacjach państwo-poddany (ale nie w relacjach występujących między organami administracji, o czym była już mowa). Natomiast do czasu zajęcia w tej kwestii stanowiska przez O. Mayera dorobek prawa prywatnego w zakresie definicji umowy był recypowany na grunt prawa administracyjnego¹³⁸.

W większości prac poświęconych poglądom O. Mayera na umowę administracyjnoprawną podkreśla się, iż autor ten negował występowanie instytucji umowy na gruncie prawa administracyjnego ze względu na nierównorzędność podmiotów zawierających taką umowę. Nie zwraca się natomiast uwagi na ideologiczne

¹³³ O. Mayer, *Zur Lehre...*, dz. cyt., s. 41 i n.

¹³⁴ W kontekście oddziaływania (zmuszania) obywateli przez administrację do określonych działań zastanawiający jest fakt, że w dyskursie doktrynalnym nie przytoczono poglądu rzymskich prawników, mawiających: „*Etsi coactus tamen volui: mogę być przymuszony, ale w ostatecznym rozrachunku angażuję moją wolę*” (G. Poggi, *Państwo*. Warszawa 2010, s. 22).

¹³⁵ O. Mayer, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*. Strasburg 1886, s. 292. Warto odnotować, że H. Maurer w nawiązaniu do tego argumentu, który na skutek zmian politycznych utracił swą aktualność, czyni z O. Mayera „świadka koronnego” umowy administracyjnoprawnej, posługując się prostą argumentacją: Skoro obywatel nie jest już obiektem, na który oddziałuje administracja, lecz stanowi podmiot tychże działań, oznacza to, że na skutek zmiany relacji między administracją i jednostką do regulacji stosunków administracyjnoprawnych może być stosowana umowa administracyjna (H. Maurer, *Der Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 800).

¹³⁶ Na płaszczyźnie prawa międzynarodowego również trudno mówić o równości stron w przypadku zawarcia umowy pokojowej przez zwycięzcę i pokonanego (por. V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 37).

¹³⁷ Więcej na temat różnic między umową cywilnoprawną i administracyjnoprawną zob. rozdział 4.2.1.

¹³⁸ E.J. Jaschkowitz, *Der Vertrag im Beamtenrecht*. „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 56/3/1929, s. 327 i n.

podłoże tego poglądu, sięgającego korzeniami koncepcji państwa policyjnego, dla którego typową (by nie rzec jedyną) sferą działań była sfera działań władczych. Wyraz tym poglądom O. Mayer dał we wprowadzeniu do podręcznika *Theorie des französischen Verwaltungsrechts* wydanego w 1886r., w którym całą państwową działalność administracyjną zdefiniował jako wykonywanie suwerennej władzy nad jednostką¹³⁹. Umowa administracyjna stanowiła zatem całkowite zaprzeczenie idei władczej administracji, podważając w oczach administratywistów przywiązanych do wizji państwa policyjnego utrwalone zasady.

O. Mayer negował istnienie umowy administracyjnoprawnej nie tylko ze względów natury czysto formalnej, lecz także z troski o zachowanie odrębności kształtującego się dopiero prawa administracyjnego od prawa cywilnego (troskę tę można określić mianem dążenia do „czystości instytucjonalnej” prawa administracyjnego¹⁴⁰). Instytucja umowy *per se* stanowiła jedną z najważniejszych instytucji prawa prywatnego, w związku z czym analizowanie różnych zagadnień związanych z jej funkcjonowaniem w praktyce (jak np. wady oświadczenia woli) wymagało sięgnięcia do rozwiązań wypracowanych na gruncie prawa cywilnego¹⁴¹, od którego dość młoda dziedzina prawa administracyjnego próbowała się wyraźnie odseparować¹⁴². Aby cel ten osiągnąć, nauka prawa administracyjnego musiała stać się „systemem instytucji prawnych charakterystycznych dla administracji państwowej”¹⁴³. W początkowym okresie krystalizowania się dziedziny prawa administracyjnego nie było to łatwe z przynajmniej trzech względów. Po pierwsze, zanim prawo administracyjne zostało uznane za odrębną gałąź prawa, traktowane było jako szczególna część prawa konstytucyjnego. Pod względem dogmatycznym była to zatem dziedzina prawa niewzbudzająca zainteresowania wśród przedstawicieli szeroko rozumianego prawa państwowego (niem. *Staatsrecht*), nie dziwi zatem fakt, że przed O. Mayerem nikt nie podjął próby dokonania

¹³⁹ O. Mayer, *Theorie...*, dz. cyt., s. 21.

¹⁴⁰ Podobne obawy pojawiły się w dogmatyce austriackiego prawa administracyjnego w zakresie umowy publicznoprawnej. Dążąc do rozwiązania tego problemu natury terminologicznej, zaproponowano dla administracyjnoprawnych działań o charakterze umownym ogólne pojęcie „porozumienia administracyjnoprawne” (niem. *verwaltungsrechtliche Übereinkommen*) (H. Eberhard, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag...*, dz. cyt., s. 47).

¹⁴¹ Obawy te były uzasadnione. Zob. np. argumentację przeprowadzoną przez J. Martensa, dotyczącą różnic między aktem administracyjnym i umową administracyjną. Omawiając kwestię nieważności umowy, autor odsyłał głównie do postanowień kodeksu cywilnego (J. Martens, *Normenvollzug durch Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag*, „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 89/4/1964, s. 459 i n.).

¹⁴² Podobne zastrzeżenia pojawiały się w dogmatyce austriackiego prawa administracyjnego (H. Eberhard, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag...*, dz. cyt., s. 47, przypis nr 60).

¹⁴³ O. Mayer, *Zur Lehre...*, dz. cyt., s. 3.

systematyki prawa administracyjnego. Podkreślić również należy, że ówczesne prawo administracyjne (tj. do czasów O. Mayera) obejmowało szerokie spektrum zagadnień: od organizacji administracji państwowej poczynając, a na ochronie zwierząt kończąc¹⁴⁴. Z materii regulującej tak różne zagadnienia trudno było wydzielić część ogólną. Po drugie, administracyjny język prawniczy w Niemczech nie cechował się taką klarownością, jaką można było dostrzec w przypadku doktryny administracyjnoprawnej we Francji. We wstępie do *Deutsches Verwaltungsrecht* z 1895 r. O. Mayer stwierdził, że prawniczy język administracyjny był niedojrzały i wybrakowany, w związku z czym niemieccy administratywiści zmuszeni byli do sięgania do pojęć opracowanych w doktrynie prawa cywilnego¹⁴⁵. Przypomnieć natomiast należy, że O. Mayer podkreślał, że w tak odmiennych gałęziach prawa jakim są prawo cywilne i prawo administracyjne nie mogą występować wspólne instytucje¹⁴⁶, w związku z czym charakterystyczna dla prawa cywilnego umowa nie mogła być równocześnie typową instytucją prawa administracyjnego. Po trzecie, opracowanie ogólnie akceptowanych pojęć i wyrażen występujących w prawie administracyjnym było mocno utrudnione ze względu na różnorodność regulacji występujących w krajowych aktach prawnych poszczególnych krajów niemieckich¹⁴⁷.

Dążąc zatem do przyznania prawu administracyjnemu statusu samodzielnej gałęzi prawa, na równi z prawem cywilnym, O. Mayer i zwolennicy jego poglądów¹⁴⁸ nie chcieli zgodzić się na przyjęcie umowy administracyjnoprawnej w poczet form działania organów administracji publicznej.

Można się dziś zastanawiać, czy, a jeżeli tak, to w jakim stopniu stanowisko O. Mayera wywarło wpływ na opóźnienie procesu instytucjonalizacji umowy administracyjnej. Poglądy doktryny w tej kwestii są bowiem mocno podzielone. W. Matthias, powołując się na pracę H. Maurera, zwrócił uwagę, że od 1900 r. prawie wszystkie opracowania poświęcone umowie administracyjnej uznawały tę instytucję za

¹⁴⁴ R. Mussnug, *Das allgemeine Verwaltungsrecht zwischen Richterrecht und Gesetzesrecht*. „Studia Universitatis Babeş-Bolyai Jurisprudentia”, nr 2/2009, s. 127.

¹⁴⁵ O. Mayer, *Deutsches...*, dz. cyt., s. VIII. O. Mayer zwrócił również uwagę na zmienność terminologii, polegającą na używaniu w prawie administracyjnym określonych pojęć do wyrażenia różnych treści, co częściowo wynikało z historycznego rozwoju państwa (tamże, s. VIII-IX). Także dogmatyka prawa administracyjnego dopiero nabierała konturów (por. W. Matthias, *Allgemeine...*, dz. cyt., s. 21).

¹⁴⁶ H. Meier-Brancke, *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Normen im Verwaltungsrecht*. „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 50/2/1926, s. 230 i n.

¹⁴⁷ O. Mayer, *Deutsches...*, dz. cyt., s. VII.

¹⁴⁸ Zob. E.J. Jaschkowitz, *Der Vertrag...*, dz. cyt., s. 328, przypis nr 25.

element prawa administracyjnego¹⁴⁹, co *de facto* oznaczałoby, że O. Mayer pozostawał w swoich zapatrywaniach odosobniony. Także M. Stolleis uważał, że umowa administracyjna cieszyła się uznaniem w doktrynie prawa administracyjnego zarówno przed, jak i po opublikowaniu prac O. Mayera¹⁵⁰. Wnioski przedstawione przez H. Maurera¹⁵¹ zakwestionował natomiast W. Pakeerut. Dowodził on, że pod koniec XIX w. umowa administracyjna dopiero nabierała konturów instytucji charakterystycznej dla części ogólnej prawa administracyjnego, bowiem wcześniej stanowiła ona element prawa urzędniczego, w ramach którego rozwijano teorię zatrudnienia urzędników w drodze umowy o pracę (niem. *Anstellungsvertragstheorie*)¹⁵². Krótki okres funkcjonowania umowy administracyjnej na gruncie dogmatyki ogólnego prawa administracyjnego sprawił, że instytucja ta „już na przełomie stuleci stopniowo uzyskiwała uznanie, jednak z trudem i mozołem musiała walczyć, aż uzyskała bezpieczną i prawnie usankcjonowaną pozycję w systemie prawa administracyjnego porównywalną z pozycją aktu administracyjnego”¹⁵³. Pogląd ten znajduje potwierdzenie w wypowiedzi W. Apelta zamieszczonej w pracy *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, we wstępie do której autor latem 1919 r. zwrócił uwagę na fakt, że wg *communis opinio* umowa publicznoprawna stanowi wyjątek (niem. *Ausnahmeerscheinung*) wśród form działania administracji¹⁵⁴. Ze stanowiskiem W. Pakeeruta trudno jednak się zgodzić, jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że umowa administracyjna w postaci umowy państwowej¹⁵⁵ (niem. *staatsrechtlicher Vertrag*) stanowiła już wcześniej przedmiot rozważań doktryny prowadzonych na gruncie prawa państwowego¹⁵⁶. Abstrahując jednak od oceny stopnia akceptacji umowy administracyjnej jako formy działania administracji na przełomie wieków XIX i XX stwierdzić należy, że poglądom O. Mayera na umowę administracyjną nie można odmówić doniosłej wartości poznawczej. Z jednej bowiem strony, jak słusznie zauważył W. Pakeerut, to właśnie prace O. Mayera stały się impulsem ożywiającym trwającą latami

¹⁴⁹ W. Matthias, *Allgemeine...*, dz. cyt., s. 22.

¹⁵⁰ M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Zweiter Band: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*. München 1992, s. 413.

¹⁵¹ Pogląd ten H. Maurer podtrzymuje w podręczniku do prawa administracyjnego z 2020 r. (H. Maurer, Ch. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 425 i n.).

¹⁵² W. Pakeerut, *Die Entwicklung...*, dz. cyt., s. 26.

¹⁵³ Tamże.

¹⁵⁴ W. Apelt, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Ein Beitrag...*, dz. cyt., brak numeru strony.

¹⁵⁵ Zmiana nazwy ze *staatsrechtlicher Vertrag* na *Verwaltungsvertrag* / *öffentlich-rechtlicher Vertrag* podyktowana była wyodrębnieniem się prawa administracyjnego jako samodzielnej gałęzi prawa z prawa publicznego.

¹⁵⁶ Zob. np. H. Maurer, *Der Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 799; K. Waechter, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag...*, dz. cyt., s. 166.

dyskusję poświęconą dopuszczalności umowy subordynacyjnej¹⁵⁷. Z drugiej strony jego poglądy wciąż inspirują administratywistów, skoro po upływie ponad 100 lat są one wciąż przedmiotem rozważań doktrynalnych na tyle istotnym, że poświęca się im opracowania naukowe (prace habilitacyjne i rozprawy doktorskie) lub ich fragmenty¹⁵⁸.

Przywołany przez O. Mayera argument dotyczący nierównorzędności podmiotów zawierających umowę administracyjną¹⁵⁹ urósł w doktrynie do rangi aksjomatu, który stanowił punkt wyjścia do rozważań negujących możliwość zawierania umów przez państwo z poddanymi. Poglądowi temu przeciwstawił się P. Laband, który w przeciwieństwie do O. Mayera uważał, że działania państwa nie ograniczają się tylko do sfery *imperium*. „Wręcz przeciwnie, państwo korzysta ze swojej władzy tylko w takim zakresie, w jakim jest to konieczne dla wypełnienia własnych zadań; wówczas, gdy nie mogłoby zrealizować swoich celów, nie osiągnęłoby ich w pełni lub gdy wiązałoby się to z zaangażowaniem nadmiernych środków. Poszczególne działania państwa są wyrazem władztwa, *imperium* tylko wtedy, gdy zawierają rozkaz, przymus; państwo może się jednak również posługiwać innymi formami. Jeśli się zakłada, że państwo nie może zawierać umów z obywatelami dlatego, że sprawuje nad nimi władzę, to argument ten nie jest przekonujący. Wręcz przeciwnie! Ponieważ państwo jest władcą, może się wedle własnego upodobania posłużyć dowolną formą prawną, jaka wyda mu się odpowiednia (...) Tak jak jednostka, która zamiast używać siły, nawet gdyby mogła to uczynić, częściej będzie dążyła do załatwienia sprawy w drodze porozumienia, tak samo państwo może zawierając stosunek prawny, który mógłby dojść do skutku dzięki jednostronnemu aktowi władczemu, zagwarantować prawo do współdecydowania jednostce, której skutek prawny będzie dotyczył. Jeśli państwo w ten sposób lepiej sobie poradzi, po co miałoby niepotrzebnie odgrywać władcę”¹⁶⁰. Innymi słowy można rzec, że władztwo administracyjne przejawiało się m.in. w swobodzie wyboru formy działania przez organ administracji¹⁶¹.

¹⁵⁷ W. Pakeerut, *Die Entwicklung...*, dz. cyt., s. 35.

¹⁵⁸ Przykładowo praca R.M. Dewitza (*Der Vertrag...*), do której wielokrotnie się odnoszę, jest dysertacją przedstawioną do obrony na jednym z niemieckich wydziałów prawa w roku akademickim 2002/2003.

¹⁵⁹ Zaakcentować należy, że w dyskursie poświęconym umowie administracyjnej O. Mayer nie przedstawił tego argumentu jako pierwszy, gdyż sporadycznie był on przywoływany przez innych autorów, natomiast O. Mayer skupił się na analizie jego zasadności przez pryzmat sprzężeń zwrotnych zachodzących między teorią państwa a literą prawa w ówczesnej Rzeszy Niemieckiej.

¹⁶⁰ P. Laband, *Otto Mayer, Theorie...*, dz. cyt.,

¹⁶¹ Argumentację na rzecz umowy administracyjnej prezentowaną w doktrynie XIX w. można by rozwinąć poprzez uwypuklenie drugiego członu terminu „umowa administracyjna”. Skoro w nazwie tej formy działania administracji akcentowano jej publicznoprawny charakter, stanowiący w pewnym sensie przeciwieństwo umowy cywilnej, błędem było postrzeganie umowy jedynie przez pryzmat ustaleń

Z kolei przy okazji recenzji pracy M. Wenzla¹⁶² P. Laband podkreślił, że umowy mogą zostać zawarte w ramach porządku prawnego wiążącego obie strony umowy. Oznaczało to, że dla zaistnienia wzajemnych praw i obowiązków niezbędna była wspólnota prawna, której funkcjonowanie regulował określony porządek prawny – prawa prywatnego albo publicznego. Jak wywodził P. Laband, organ nadrzędny mógł „zejść poziom niżej”¹⁶³ i w ramach określonego stosunku prawnego poddać się porządkowi prawnemu, w ramach którego stosunki prawne zawierał podmiot podporządkowany – tak przecież działo się w przypadku stosunków prawnych o charakterze majątkowym zawieranych między państwem i obywatelem. P. Laband przypominał, że fiskus nie był podmiotem prawnym odrębnym od państwa, w związku z czym nawiązując stosunki prawne z obywatelami poddawał się dobrowolnie rygorowi prawa prywatnego, stając się tym samym równorzędną z obywatelem stroną stosunku prawnego¹⁶⁴. Oznaczało to, że nic nie stało na przeszkodzie, aby państwo uczyniło to samo na obszarze prawa publicznego, regulując wybrane stosunki prawne z pozycji strony równorzędnej z obywatelem. Wszak państwo robiło użytek ze swego władztwa tylko w takim zakresie,

dokonanych na gruncie prawa prywatnego, a więc jako czynności prawnej dokonywanej przez równorzędne podmioty. Przymiotnik „publicznoprawna” modyfikował bowiem treść pojęcia „umowa” w ten sposób, że nie musiała być ona zawierana przez podmioty równorzędne (choć mogła, jak miało to miejsce w przypadku umów koordynacyjnych). Pod pojęciem „równorzędności kontraktujących podmiotów” rozumieć należało przysługującą kontrahentom swobodę zawierania umów. W przypadku umów publicznoprawnych swoboda taka doznawała licznych ograniczeń m.in. ze względu na związane z administracją prawem, jeśli nie pozytywnym, to zwyczajowym. Co się zaś tyczyło władczego charakteru działań podmiotów administrujących, to był on częściowo dostrzegalny również w ramach kontraktowania organu z obywatelem. Pamiętać bowiem należy, że to jedynie organ mógł wystąpić z inicjatywą zawarcia umowy. Rozpoczęcie procesu kontraktowania stanowiło zatem emanację władztwa administracyjnego organu nad obywatelem, co z kolei oznacza, że umowa administracyjna, paradoksalnie, idealnie wpisywała się w system prawa administracyjnego skonstruowany przez O. Mayera, w którym organ administracji cechował przymiot władztwa.

¹⁶² M. Wenzel, *Zur Lehre der vertragsmäßigen Elemente der Reichsverfassung*. Tübingen 1909; P. Laband, *Max Wenzel, Zur Lehre...*, dz. cyt., s. 159.

¹⁶³ W interesujący sposób o wykreowaniu równorzędnej pozycji podmiotów na skutek działania podmiotu nadrzędnego pisze Ch. Hillgruber, omawiając przymierze zawarte między Jahwe i Izraelitami (Ch. Hillgruber, *Der Vertrag...*, dz. cyt., s. 349).

¹⁶⁴ Inaczej XIX-wieczną teorię fiskusa interpretuje R. Szczepaniak, którego zdaniem w myśl tej teorii pojawiła się fikcja prawna zakładająca, że państwo i fiskus to dwa inne podmioty: „Zgodnie z nią [tj. teorią fiskusa – W.J.] podmiot publiczny korzystający z cywilnoprawnych form działania, a taką formą z zasady jest umowa, staje się takim samym uczestnikiem obrotu prawnego jak podmioty prywatne. W konsekwencji również może korzystać ze swobody umów jak wszyscy inni uczestnicy obrotu cywilnoprawnego. Wyrazem takiego założenia było pojawienie się w XIX w. pojęcia Skarbu Państwa (fiskusa). Pojęcie to rozwinęło się jako wyraz przekonania, a zarazem jako podkreślenie tego przekonania, iż państwo w stosunkach cywilnoprawnych wyzbywa się swej wyjątkowej, jemu przypisanej natury, stając się innym podmiotem (Skarbem Państwa), niczym szczególnym nieróżniącym się od jednostek prywatnych. Tak rozumiany Skarb Państwa może zawrzeć każdą umowę z jednostką prywatną. Skoro bowiem do niej dochodzi, to znaczy że wystąpił konsensus między stronami i znajduje zastosowanie zasada *volenti non fit iniuria*” (R. Szczepaniak, *Swoboda umów w sektorze publicznym*, (w:) Z. Kuniewicz, D. Sokołowska, *Prawo kontraktów*. Warszawa 2017, s. 433).

w jakim było to konieczne lub przydatne w celu realizacji przypisanych mu zadań¹⁶⁵. Uzasadniając ten pogląd, P. Laband podkreślił, że państwo tylko wyjątkowo zmuszało do służby państwowej, zamiast tego zatrudniając na stanowiskach urzędniczych m.in. w drodze umowy o pracę o charakterze publicznoprawnym¹⁶⁶.

Zwolennikiem umowy administracyjnoprawnej był również K. Stern, który w jednym z artykułów zwrócił uwagę na zróżnicowany stopień intensywności władztwa administracyjnego. Akt administracyjny cechował się najwyższą intensywnością władztwa administracyjnego, jednak nie zawsze tak wysoki stopień intensywności był niezbędny dla osiągnięcia celu postępowania administracyjnego. Jak podkreślał autor, „Państwo może też - często jest to nawet rozsądniejsze i bardziej wskazane, a w dodatku podnosi skuteczność działania administracji – realizować swe zadania na niższych poziomach intensywności swego władztwa: na takim niższym poziomie może posłużyć się umową publicznoprawną”¹⁶⁷. K. Stern podszedł zupełnie inaczej do rozwiązania kwestii nierównorzędności podmiotów zawierających umowę administracyjną, którą zdefiniował jako „wyrażone porozumienie woli stron zmierzające do wywołania skutków prawnych”. Autor ten podkreślił, że „porozumienie woli stron” rozumieć należy jako „jedność oświadczeń woli, a nie ich sumę”¹⁶⁸. Z tego też względu każde z tych oświadczeń woli jest równorzędne. Uzasadniając ten pogląd K. Stern zwrócił uwagę na fakt, że w przypadku postępowania sądowoadministracyjnego, w którym uczestniczą podmiot dysponujący władztwem i obywatel, obie strony są równorzędne. Nie było zatem powodu, by w przypadku postępowania administracyjnego polegającego na zawarciu umowy administracyjnej pozycję stron oceniać wg odmiennych kryteriów. Aby ten pogląd lepiej uargumentować, K. Stern wskazał na istniejące nieporozumienie, które dotyczyło nierozróżnienia dwóch odrębnych ról, w których występowało państwo: inną rolę odgrywało bowiem państwo będąc podmiotem kształtującym porządek prawny, inną natomiast będąc podmiotem praw i obowiązków, który podlega temu ukształtowanemu porządkowi prawnemu¹⁶⁹.

¹⁶⁵ P. Laband, *Max Wenzel...*, dz. cyt., s. 366. Por. też: Chr. Behr, *Vom Rechte des Fiskus*. „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 2/4/1918, s. 288-303; P. Kacprzak, *Geneza...*, dz. cyt., s. 203, przypis nr 7.

¹⁶⁶ P. Laband, *Max Wenzel...*, dz. cyt., s. 367.

¹⁶⁷ K. Stern, *Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages*. „Verwaltungsarchiv”, nr 49/1958, s. 156.

¹⁶⁸ K. Stern, *Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrags*. „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 84/2/1959, s. 276 i n.

¹⁶⁹ Tamże, s. 278.

Swoją tezę K. Stern sformułował w oparciu o wnioski przedstawione przez M. Imbodena, który z kolei oparł swoje rozważania na definicji kontraktu, rozumianego jako nawiązanie stosunku prawnego poprzez zgodne oświadczenie woli stron. Z definicji tej wywiódł, że obu oświadczeniom woli, które były konstytutywnym elementem umowy administracyjnej, przypisać należało tę samą wagę, ponieważ umowa była zawierana przez podmioty równorzędne, jako że z definicji kontraktu wynikał brak podstaw do przypisania jednemu z oświadczeń większej wagi prawnej¹⁷⁰.

Zwolennikiem koncepcji umowy administracyjnej był również (choć w mniejszym stopniu) F. Fleiner, który zgadzał się z O. Mayerem co do tego, że instytucja umowy zakłada występowanie równorzędnych stron. Oznaczało to, że umowa publicznoprawna mogła zostać zawarta w sytuacji, gdy oświadczenia woli każdej ze stron miały taką samą wartość pod względem prawnym¹⁷¹. Opierając się na tym założeniu F. Fleiner uznał, że przykładowo nawiązanie stosunku służbowego z urzędnikiem państwowym nie następowało w formie dwustronnej umowy administracyjnej, lecz w formie jednostronnego aktu administracyjnego, ponieważ państwo nie potrzebowało zgody jednostki, by powołać ją na urzędnika państwowego. Co prawda zgoda jednostki była istotnym elementem tej czynności prawnej, bez której akt administracyjny był nieważny, niemniej jednak sam akt administracyjny miał charakter zarządzenia jednostronnego¹⁷².

Ten sam pogląd w odniesieniu do nawiązania stosunku służbowego z urzędnikiem państwowym (a także w odniesieniu do nadania obywatelstwa) reprezentował P. Schoen, traktując te czynności prawne jako zarządzenia jednostronne. Jednocześnie autor ten podkreślał, że błędne jest założenie, zgodnie z którym do zawarcia umowy administracyjnej dochodzi zawsze w sytuacji, gdy wymagana jest zgoda jednostki na nawiązanie lub zmianę stosunku publicznoprawnego¹⁷³. Mimo tego dopuszczał możliwość paktowania państwa z obywatelem w innych sytuacjach, o ile istniało ku temu upoważnienie ustawowe¹⁷⁴.

¹⁷⁰ M. Imboden, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*. Basel 1958, cyt. za: K. Stern, *Zur Problematik...*, dz. cyt., s. 277.

¹⁷¹ F. Fleiner, *Institutionen...*, dz. cyt., s. 183.

¹⁷² Tamże, s. 183 i n.

¹⁷³ P. Schoen, *Deutsches Verwaltungsrecht. Allgemeine Lehren und Organisation*, (w:) F. von Holzendorf, J. Kohler (red.), *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*. 4. Band, 7. Auflage. München, Leipzig, Berlin 1914, s. 260.

¹⁷⁴ Tamże.

Instytucję zarządzenia jednostronnego w opisanych wyżej sytuacjach skrytykował m.in. W. Apelt, traktując zgodę jednostki na zatrudnienie na stanowisku urzędniczym jako oświadczenie woli, które stanowi niezbędny element nawiązania dwustronnego stosunku prawnego między organem państwa i jednostką, do którego dochodzi w formie umowy. „Państwo nie nakłada na nikogo obowiązku poświęcenia się służbie państwowej; jeśli zobowiązanie takie zostanie zaakceptowane, wówczas nie wystarczy jednostronne oświadczenie woli ze strony państwa, lecz niezbędne jest zgodne oświadczenie woli obu stron, konsens skierowany na przyjęcie wzajemnych zobowiązań, niezbędny jest zatem dwustronny stosunek prawny, a taki zostaje zawarty dzięki umowie”¹⁷⁵ – pisał w roku 1959 W. Apelt. Podstawowa różnica w podejściu F. Fleinera i W. Apelta do oświadczenia woli obywatela sprowadzała się zatem do odpowiedzi na pytanie, czy oświadczenie to miało charakter deklaratoryjny czy konstytutywny. Zdaniem F. Fleinera miało ono charakter deklaratoryjny, dlatego akt administracyjny był jednostronnym zarządzeniem. Natomiast W. Apelt przypisywał oświadczeniu woli jednostki charakter konstytutywny, dlatego też nawiązanie stosunku pracy przez organ państwowy z urzędnikiem postrzegał jako zawarcie umowy administracyjnej opartej na dwustronnym oświadczeniu woli.

Odpowiadając na pytanie, czy w prawie administracyjnym w ogóle jest miejsce na umowę administracyjną, F. Fleiner stwierdził, że organy administracji publicznej, jako podmioty równorzędne, zawierały takie umowy między sobą dzięki upoważnieniu ustawowemu lub na mocy prawa zwyczajowego¹⁷⁶. Jako przykład podał m.in. umowy dotyczące budowy wspólnych szkół, umowy dotyczące budowy i utrzymania mostów. Były to jego zdaniem prawdziwe umowy prawa publicznego, w których strony nie tylko ustalały wzajemne świadczenia, lecz kreowały również obiektywne normy prawne, którymi miały się kierować, wykonując określone zadania z zakresu administracji publicznej. W dalszej części opracowania F. Fleiner przypomniał o istniejącym sporze doktrynalnym dotyczącym możliwości zastosowania formy umowy w celu regulowania stosunków prawnych między władczym państwem i jego poddanymi. W przeciwieństwie do O. Mayera zwrócił uwagę na wyrosłą na gruncie zasady państwa prawnego koncepcję, zgodnie z którą administracja sama musiała przestrzegać norm prawnych, stając się „poddaną ustaw”¹⁷⁷. Jednak aby organ administracji publicznej mógł zawrzeć umowę z jednostką, musiała istnieć regulacja prawna wyraźnie umożliwiającą zastosowanie tej

¹⁷⁵ W. Apelt, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag...*, dz. cyt., s. 250.

¹⁷⁶ F. Fleiner, *Institutionen...*, dz. cyt., s. 199 i n.

¹⁷⁷ Tamże, s. 201.

instytucji bądź możliwość jej zastosowania musiała wynikać z prawa zwyczajowego¹⁷⁸. Jak zauważył F. Fleiner, co do zasady w przypadku norm prawnych przewidujących zawarcie umowy nie chodziło o ustanowienie nowych, lecz o zmianę już istniejących praw i obowiązków¹⁷⁹. Kolejny wniosek dotyczył celu zawarcia umowy. Zdaniem F. Fleinera ustawodawca umożliwił zawarcie umowy między organem administracji państwowej i jednostką w celu uniknięcia szczególnych trudności technicznych lub szczególnych zawiłości związanych z postępowaniem dotyczącym wydania jednostronnego aktu administracyjnego. Ponadto autor ten zwrócił uwagę na wykreowaną przez ustawodawcę możliwość nierównego traktowania obywateli w procesie stosowania umowy w praktyce administracyjnej. Biorąc pod uwagę fakt, że umowa administracyjna zakładała wzajemne ustępstwa stron, łatwo mogło dojść do sytuacji, gdy umowa zawarta z organem administracji publicznej przez jednego obywatela mogła być ze względu na zakres dokonanych ustępstw korzystniejsza dla niego, niż podobna umowa zawarta przez innego obywatela¹⁸⁰. Pod tym względem jednostronny akt administracyjny stanowił lepszą gwarancję równości obywateli wobec prawa¹⁸¹. F. Fleiner wskazał także na istotne różnice w zakresie możliwości uchylenia aktu administracyjnego i umowy. O ile akt administracyjny mógł zostać uchylony w każdym czasie, o tyle umowa zobowiązywała obie strony do realizacji jej postanowień, nawet w sytuacji, gdy istotnej zmianie uległy okoliczności zewnętrzne¹⁸². Jaskrawym przykładem takiej zmiany okoliczności była

¹⁷⁸ Podkreślić należy, że prawo zwyczajowe odgrywało w II Rzeszy Niemieckiej istotną rolę. Co prawda O. Mayer opowiedział się za niedopuszczalnością tworzenia prawa poprzez zwyczaj, kreując tym samym kolejny problem dzielący poglądy doktryny, jednak fakt, iż zagadnieniu temu poświęcano uwagę w podręcznikach do nauki prawa administracyjnego świadczy o jego praktycznym znaczeniu w działalności organów administracji państwowej. W podręczniku W. Jellinka pt. *Verwaltungsrecht* pierwotne prawo zwyczajowe zaliczone zostało do pierwotnych źródeł prawa. O tym, jak doniosłe było jego znaczenie mogło świadczyć m.in. to, że prawo zwyczajowe (rozumiane jako prawo powstałe na skutek jego długiego stosowania) mogło pozbawić mocy obowiązywania przepisy ustawy. Szczególna rola prawa zwyczajowego polegała na tym, że gwarantowało ono pewność prawa (W. Jellinek, *Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 123 i n.). Jeśli dodatkowo weźmie się pod uwagę stwierdzenie W. Jellinka, że „prawo zwyczajowe przemawiające na korzyść jednostki pozostającej w stosunku prawnym z nadrzędnym państwem szybko w Niemczech zapuszcza korzenie” (tamże, s. 125), to nie dziwi fakt, że w praktyce administracyjnej zawierane były umowy pomiędzy organami państwowymi i obywatelami. Z drugiej jednak strony nie wolno zapominać, że Powszechny Niemiecki Kodeks Handlowy (niem. *das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch*) z 1861 r. rozpoczął proces wypierania prawa zwyczajowego (Ch. Bumke, *Rechtsdogmatik...*, dz. cyt., s. 643).

¹⁷⁹ F. Fleiner, *Institutionen...*, dz. cyt., s. 202

¹⁸⁰ W. Pakeerut, *Die Entwicklung...*, dz. cyt., s. 41, przypis nr 118.

¹⁸¹ F. Fleiner, *Institutionen...*, dz. cyt., s. 203.

¹⁸² Co ciekawe, ponad 100 lat później myśl ta stała się przedmiotem monografii E. Zysset, *Nachträgliche staatliche Einwirkung auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag mit Privaten*. Basel 2020.

konieczność realizacji postanowień umowy w sytuacji, gdy dotrzymanie warunków umowy zagrażało egzystencji zobowiązanego z umowy¹⁸³.

Zagadnieniem tym zajął się również W. Apelt, rozważając tę kwestię na przykładzie umowy administracyjnej zawartej przez dwie gminy, z których jedna na podstawie umowy podłączyła się do instalacji wodociągowej sąsiedniej gminy. Nurtujące W. Apelta pytanie sprowadzało się do kwestii, czy jedna ze stron umowy na skutek istotnej zmiany sytuacji faktycznej może jednostronnie i wbrew woli drugiej strony odejść od obowiązku wykonania zobowiązania¹⁸⁴? Aby stało się to możliwe, należało zdaniem badacza zastosować klauzulę *rebus sic stantibus*¹⁸⁵. Mówiąc o zasługach W. Apelta na gruncie dogmatyki umowy administracyjnej warto również wskazać, że badacz ten wyróżnił następujące sytuacje, gdy w praktyce administracyjnej można zastosować instytucję umowy¹⁸⁶:

- gdy ustawodawca w regulacjach z zakresu prawa administracyjnego posłużył się normami dyspozytywnymi (jako przykład autor podał normy zawarte w ustawach o wywłaszczeniu),
- gdy ustawodawca zrezygnował z prawnego uregulowania określonego wycinka rzeczywistości administracyjnej, pozostawiając sposób regulacji zainteresowanym stronom (jako przykład autor podał m.in. stosunki prawne występujące między gminami).

Kolejnym badaczem rozważającym funkcjonowanie umowy administracyjnej w praktyce administracyjnej był E. Stein, który dowodził, że instytucja umowy i stosunek podporządkowania nie wykluczają się wzajemnie, o ile organ administracji może zawrzeć umowę, zamiast decydować jednostronnie w sposób władczy¹⁸⁷. Starał się m.in. udzielić odpowiedzi na pytanie o możliwość stosowania umowy administracyjnej w przypadku braku odpowiedniej normy ustawowej, która zgodnie z zasadą legalizmu umożliwiłaby organom administracji tę formę działania, zwłaszcza w przypadku umowy subordynacyjnej¹⁸⁸. Przede wszystkim w swojej pracy E. Stein podkreślił, że:

¹⁸³ F. Fleiner, *Institutionen...*, dz. cyt., s. 204.

¹⁸⁴ W omawianej sprawie faktycznym transformacją istniejących warunków polegała na tym, że gmina podłączona do instalacji wodociągowej sąsiedniej gminy chciała dla dobra własnych mieszkańców wybudować własną instalację wodociągową (W. Apelt, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag...*, dz. cyt., s. 255).

¹⁸⁵ Tamże.

¹⁸⁶ Tamże, s. 254.

¹⁸⁷ E. Stein, *Der Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 321.

¹⁸⁸ Tamże.

- po pierwsze, zawarcie umowy mimo braku upoważnienia ustawowego oznaczało dokonanie czynności prawnej *praeter legem*,
- po drugie, nie można zastąpić normy upoważniającej poprzez odwołanie się do paremii *volenti non fit iniuria*¹⁸⁹.

Osadzając umowę administracyjną w katalogu działań prawnych administracji państwowej, E. Stein dokonał rozróżnienia między działaniami administracji w ramach przydzielonych jej zadań a sposobem realizacji tych zadań. Jego zdaniem norma upoważniająca nie dotyczy formy postępowania administracyjnego (sposobu realizacji zadań przez administrację), lecz odnosi się do konkretnych zadań realizowanych przez administrację. Jak pisał E. Stein, „umowy administracyjne wymagają więc uprawnienia tylko w tym sensie, że realizowane zadania muszą być ustawowo przydzielone działającemu organowi w celu ich załatwienia za pomocą działań o charakterze subordynacyjnym”¹⁹⁰. Na kanwie tych rozważań uzasadnione wydaje się założenie, w myśl którego ustawodawca może pozostawić organom administracji wybór między formami działania (aktem administracyjnym i umową administracyjną), wyraźnie na tę możliwość wskazując lub czyniąc to milcząco. E. Stein podkreśla, że sposób wskazania na powyższy wybór stanowi materię techniki ustawowej, a nie prawa jako takiego, „ponieważ prawna treść regulacji jest niezależna od wyboru między tymi dwiema możliwościami stosowania prawa”¹⁹¹. Autor ten wskazał również na zjawisko komplementarności występujące między zasadą legalizmu i możliwością zastosowania umowy administracyjnej, ponieważ dzięki instytucji umowy realizowana jest zasada legalizmu, np. wówczas, gdy ustawa uprawnia do zastąpienia określonej regulacji prawnej przez regulację wynikającą z umowy¹⁹². Jednocześnie podkreślił, że umowa administracyjna jest niedopuszczalna, jeśli zawierana jest w celu pozbawienia mocy wiążącej przepisów ustawowych lub ma służyć ich obejściu. W takiej sytuacji zawarto by bowiem umowę administracyjną *contra legem* (niem. *Verwaltungsvertrag contra legem*)¹⁹³.

Kolejnym zagadnieniem, które poddał analizie E. Stein, była kwestia wpływu przyznanej organowi swobody działania na możliwość zawierania przez ten organ

¹⁸⁹ Tamże, s. 321 i n. Na temat zastosowania tej rzymskiej paremii w prawie umów administracyjnych zob. tamże, s. 354.

¹⁹⁰ E. Stein, *Der Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 323.

¹⁹¹ Tamże.

¹⁹² Tamże, s. 324.

¹⁹³ Tamże.

umowy administracyjnej. W opozycji do innych autorów badacz ten stanął na stanowisku, że pozostawiona organowi swoboda działania nie ma wpływu na paktowanie z obywatelem. W przeciwieństwie bowiem do prawa cywilnego, w którym umowy zawierane są na zasadzie *do ut des*, umowa administracyjnoprawna nie jest zawierana w celu uzyskania przez obywatela korzyści (do której zgodnie z prawem nie przysługuje mu roszczenie) w zamian za świadczenie wobec państwa, do którego jednostka nie jest ustawowo zobligowana. Celem przyznanej swobody działania jest zapewnienie organowi możliwości uwzględnienia specyfiki danej sprawy, co powinno przysłużyć się lepszemu realizowaniu celu regulacji ustawowych¹⁹⁴. Natomiast dla zawarcia umowy administracyjnej istotne jest dokonanie wykładni przepisów prawa przez pryzmat możliwości uczynienia zadość interesom jednostki. Słusznie podkreślił E. Stein, że „wykładnia jest zawsze możliwa i niezależna od przyznanej swobody działania” oraz że „zawierając umowę administracyjną organ w stosunku do prawa czyni to samo, co robi wydając akt administracyjny: interpretuje prawo w celu jego wykonania”¹⁹⁵. Rozwijając i uzupełniając tę myśl tę myśl można dodać, że między ustanowieniem przepisów prawnych i ich wykonaniem przez organ administracji istnieje moment, w którym „tworzy się społeczna przestrzeń dla aktywności praktyki prawniczej. (...) Prawo kreuje się w tej przestrzeni permanentnie i wciąż na nowo, ale stale według tych samych reguł. O ile cały mechanizm pracuje prawidłowo, konwencje te ograniczają arbitralność indywidualnych decyzji. (...) Można zgodzić się z twierdzeniem sceptyków, iż tekst prawa nie wiąże nas w sposób dostateczny. Ale wiążą nas konwencje, wedle których ustalamy znaczenie tego tekstu. I nie są to konwencje przygodne. Są one produktem wielowiekowych doświadczeń naszej kultury prawnej”¹⁹⁶.

Kończąc swe rozważania, E. Stein wskazał na podstawowe funkcje umowy administracyjnej, do których zaliczył: wzmocnienie zaufania między administracją i obywatelem, zwiększenie poczucia pewności prawa, uniknięcie niepotrzebnych postępowań lub ich polubowne zakończenie¹⁹⁷.

Przedstawiona analiza stanowisk wypracowanych na gruncie metody dogmatycznej prowadzi do wniosku, że główną osią sporu między zwolennikami i

¹⁹⁴ Tamże, s. 326.

¹⁹⁵ Tamże, s. 327.

¹⁹⁶ A. Kozak, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*. Wrocław 2010, s. 63, cyt. za: R. Mańko, *W stronę krytycznej filozofii orzekania. Polityczność, etyka, legitymizacja*. Łódź 2018, s. 111.

¹⁹⁷ E. Stein, *Der Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 331.

przeciwnikami wzbogacenia form prawnych działania administracji o instytucję umowy administracyjnej była kwestia nierównorzędności podmiotów przystępujących do zawarcia umowy subordynacyjnej. Jak zauważył J. Salzwedel, rozwijająca się doktryna prawa administracyjnego skupiona była przede wszystkim na władczych działaniach państwa (co zapewne stanowiło wśród przedstawicieli doktryny mentalne pozostałości państwa policyjnego), skutkiem czego działania konsensualne pozostawały na marginesie jej zainteresowań¹⁹⁸. Relacja nadrzędności i podporządkowania cechująca stosunki między państwem i obywatelem stanowiła podstawę utworzonego przez O. Mayera systemu prawa administracyjnego, który umowa, oparta na równorzędności stron (tj. organu administracji i obywatela) składających oświadczenie woli, burzyła.

Oczywiście trudno nie zgodzić się z poglądem P. Labanda, że skoro państwo działało co do zasady w sposób władczy, to wykorzystując ten fakt mogło również zdecydować o zmianie sposobu działania i „przejsć w tryb konsensualny”. Kluczowym momentem, który należało zidentyfikować, było jednoznaczne opuszczenie sfery *imperium* przez paktujący organ i rozpoczęcie współpracy z obywatelem w sferze gestii. Trzeba więc było odpowiedzieć na pytanie: w którym momencie podmiot administrujący i administrowany stają się podmiotami równouprawnionymi, zmierzającymi do konsensualnego wypracowania treści umowy. Biorąc pod uwagę fakt, że jednostce nie przysługiwało roszczenie o załatwienie sprawy poprzez zawarcie umowy administracyjnej, dylemat nierównorzędności podmiotów zawierających umowę subordynacyjną mógł zostać rozwiązany przez przyjęcie założenia, że zaproponowanie podmiotowi administrowanemu przystąpienia do negocjowania warunków umowy było jednoznaczne z wyrażonym milcząco założeniem, że organ administracji pertraktuje z pozycji równej obywatelowi, a tym samym oświadczenie woli jednostki oraz oświadczenie woli organu mają tę samą wartość prawną.

Niejako pokłosem przedstawionego wyżej poglądu P. Labanda był wniosek wysnuty przez W. Apelta, którego zdaniem „relacja między państwem i obywatelem nie wyczerpuje się dziś już (...) w kształtowaniu wszystkich stosunków prawnych za pośrednictwem władczego nakazu”¹⁹⁹, co wynikało z faktu, że tak samo, jak różnicowały się obszary działania administracji publicznej, zróżnicowaniu powinny ulegać metody jej działania. Jednocześnie A. Apelt wskazywał na przeszkody stojące na drodze do rozwoju

¹⁹⁸ W. Apelt, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag...*, dz. cyt., s. 265.

¹⁹⁹ Tamże, s. 269.

instytucji umowy administracyjnej. Jedną z ważniejszych było, błędne jego zdaniem przekonanie, że w państwie prawa wszystkie relacje między państwem i obywatelem powinny mieć odzwierciedlenie w normie prawnej. Czym innym jednak były wywody doktryny, czym innym praktyka administracyjna, która udowodniła, „że sztywne określenie granic dopuszczalności umowy w ramach administracji ingerującej nie jest w stanie sprostać rzeczywistości społecznej i jej niezbędnym potrzebom”²⁰⁰.

1.3.2. Umowa administracyjna z perspektywy metody socjologicznoprawnej

Odmienne podejście do rozważań nad istotą umowy administracyjnoprawnej reprezentował wspomniany wcześniej T. Buddeberg, wskazując w opracowaniu pt. *Rechtssoziologie des öffentlich-rechtlichen Vertrages*²⁰¹ na konieczność wzbogacenia rozważań o wnioski płynące z zastosowania metody socjologicznoprawnej, która umożliwić miała zrozumienie wpływu polityki państwowej i działalności administracji publicznej na poszczególne formy prawne działania administracji (chodziło zatem o uwzględnienie ontologicznej złożoności zjawisk prawnych)²⁰². Pierwszą część wspomnianej pracy stanowił przegląd stanowisk doktryny na temat możliwości zawarcia umowy administracyjnej pomiędzy administracją państwową i jednostką. W rozważaniach tych umowa administracyjna postrzegana jest jako zjawisko natury prawnej. W drugim rozdziale umowa przedstawiona została jako zjawisko społeczne, regulujące stosunki społeczne w danym społeczeństwie. Trzecia część to rozważania poświęcone relacjom zachodzącym między społeczeństwem i państwem i wynikającym z tego konsekwencjom dla istnienia umowy publicznoprawnej.

T. Buddeberg wyróżnił w dotychczasowym dyskursie doktrynalnym trzy główne stanowiska. Przedstawiciele pierwszego z nich argumentowali, że zastosowanie umowy

²⁰⁰ Tamże, s. 271. Tam również przykłady takich działań, także umów zawartych *praeter legem* na gruncie prawa szwajcarskiego i uznanych przez szwajcarski Sąd Federalny za dopuszczalne i wywołujące skutki prawne.

²⁰¹ T. Buddeberg, *Rechtssoziologie...*, dz. cyt.

²⁰² W sposób znacznie bardziej wyczerpujący ograniczenia metody dogmatycznej omówił I. Appel, podkreślając w szczególności ograniczony zakres badań, który nie pozostawał bez skutków dla nauk prawnych. Przede wszystkim analizowanie prawa administracyjnego z perspektywy jego zastosowania w praktyce sprowadzało funkcjonalnie naukę prawa administracyjnego do służebnej roli wobec samego stosowania prawa. Skoncentrowanie się na kryteriach normatywnoprawnych utrudniało prowadzenie badań o charakterze interdyscyplinarnym (I. Appel, *Das Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 240; zob. też M. Klatt, *Integrative Rechtswissenschaft...*, dz. cyt., s. 469 i n.). Na temat ontologii prawa zob. J. Filipek, *Ontologiczne źródło porządku prawnego*, (w:) M. Grzybowski (red.), *Państwo demokratyczne, prawne i socjalne. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Zbigniewowi Antoniemu Maciągowi*. Kraków 2014, s. 9-21, a także literaturę powołaną w przypisie nr 1.

administracyjnej w praktyce administracyjnej będzie możliwe dopiero wówczas, gdy sformułowana zostanie odpowiednia norma prawna regulująca funkcjonowanie tej instytucji. Dopiero zmieniony stan prawny sprawi, że umowa administracyjna stanie się „żywą” instytucją postępowania administracyjnego.

Zwolennicy drugiego poglądu uważali, że stosowanie umowy administracyjnej uzasadnione było koniecznością sprawnego wykonywania zadań przez organy administracji państwowej. A zatem to proces administrowania i dostosowanie go do wymogów zmieniającej się rzeczywistości stanowiły przesłankę stosowania umowy administracyjnoprawnej. W podejściu tym na plan pierwszy wysuwała się zatem funkcja instrumentalna umowy administracyjnej, sprowadzająca się do „optymalizacji drogi prowadzącej do osiągnięcia celu procesu [administrowania – W.J.]”²⁰³.

Zrozumienie istoty prawa przez pryzmat socjologiczny stanowiło podstawowe założenie trzeciego stanowiska, zgodnie z którym prawo było pochodną funkcjonowania wspólnoty, w której żyje jednostka²⁰⁴. Wiążąca moc prawa nie wynikała zatem z treści norm prawnych, których przestrzeganie poparte było przymusem państwowym. Prawo stanowiło efekt działalności umysłowej społeczeństwa, w którym już istniały różnego rodzaju relacje²⁰⁵. Dlatego też normy prawne traktowane były jako reguły zachowania, które przez grupę postrzegane było jako właściwe²⁰⁶. Tym samym prawo, podobnie jako panujące w grupie zwyczaje i religia, było regulatorem życia społecznego. Co więcej, dochodziło do przemieszania elementów z tych trzech sfer. Wypowiadanie określonych formuł podczas zawierania umów świadczyło o wierze w magiczną siłę słowa, a obiektywnie zobowiązujący charakter takich działań był nierozzerwalnie związany ze sferą religijną²⁰⁷. Związki te były jeszcze silniejsze, gdy podczas zawierania umowy powoływano się na Boga²⁰⁸ bądź całowano krzyż lub relikwie. O tym, że instytucja umowy jest zakorzeniona w tradycji religijnej, przekonywał W. Leisner, który wskazał

²⁰³ W. Chróścielewski, J.P. Tarno, P. Dańczak, *Postępowanie administracyjne i postępowanie przed sądami administracyjnymi*. Warszawa 2021, s. 29.

²⁰⁴ T. Buddeberg, *Rechtssoziologie...*, dz. cyt., s. 107.

²⁰⁵ Zob. też E. R. Huner, *Verträge zwischen Staat und Kirche im Deutschen Reich*. Breslau 1930, s. 80.

²⁰⁶ Por. H. Peters, *Lehrbuch der Verwaltung*. Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949, s. 69.

²⁰⁷ T. Buddeberg, *Rechtssoziologie...*, dz. cyt., s. 112.

²⁰⁸ Było to szczególnie widoczne w prawie międzynarodowym przy zawieraniu porozumień pokojowych. Jak zauważa H. Maier, niemal wszystkie europejskie porozumienia pokojowe zawierane od XVI w. do początku XIX w. zawierane były „w imię świętej niepodzielnej Trójcy” (H. Maier, *Gott als Grund von Verfassungen. Der Streit um den Namen des Allmächtigen in Verfassungen und Verträgen*, (w:) P. W. Hildmann, S. Röble (red.), *Staat und Kirche im 21. Jahrhundert*. München 2012, s. 60, https://www.hss.de/download/publications/Berichte_und_Studien_96_1_02.pdf, 15.03.2021).

na znaczenie koncepcji umowy dla judaizmu i chrześcijaństwa. Po pierwsze, autor ten przypomina o przymierzu (umowie) zawartym dwukrotnie przez Boga. Elementem starego przymierza były przykazania, stanowiące wg niektórych koncepcji naturalnoprawnych źródło prawa natury. Po drugie, zwraca uwagę na tłumaczenie słowa „testamentum” w Wulgacie, gdzie posłużono się słowem „diatheke”, które w klasycznej grece oznaczało nie tylko ostatnie rozporządzenie, ale także zwykłą umowę. Po trzecie, przypomina, że wspomniane dwie religie stanowią intelektualno-duchowe podstawy współczesnego państwa prawa²⁰⁹.

Socjologiczna koncepcja wiążącej mocy prawa zakładała, że jednostka nie występowała jako indywidualny podmiot prawa posiadający subiektywne roszczenia. Jej egzystencja prawna stanowiła pochodną faktu życia we wspólnocie. To zatem nie jednostka była podmiotem prawa, lecz cała społeczność, w której żyła. A ponieważ formy życia we wspólnocie podlegają zmianom wraz z historycznym rozwojem wspólnot, zmianie ulegają również formy relacji występujących we wspólnocie, jak również to, na ile relacje te są prawnie wiążące. Jak wyjaśnia T. Buddeberg, zaniknięcie życia wspólnotowego przyczyniło się do wzmocnienia sfery indywidualnej, która umożliwiła uznanie jednostki za niezależny podmiot prawa. Wraz z procesem tym swój początek wzięło zeświecczenie prawa, które uwalniało się z magiczno-sakralnych okowów i jako samodzielny obszar życia oddzieliło się od tradycji i religii²¹⁰. Nie pozostało to bez wpływu na istotę samej umowy, która w tej sytuacji stanowiła efekt indywidualnych oświadczeń woli, a jej moc wiążąca wynikała z obowiązujących w państwie przepisów. Kolejnym krokiem wstrząsającym samą naturą instytucji umowy była znajdująca coraz większą akceptację klauzula *rebus sic stantibus* – zarówno w prawie międzynarodowym, jak i prywatnym²¹¹.

Magiczno-religijne elementy w prawie były coraz bardziej wypierane z prawa na skutek rozprzestrzeniających się idei prawa natury i idei oświeceniowych. Jednakże dla instytucji umowy oznaczało to jedynie tyle, że stanowiące jej podstawę rytuały i życie w kolektywie zostały zastąpione innymi elementami. Zdaniem T. Buddeberga prawo

²⁰⁹ W. Leisner, *Vertragsstaatlichkeit. Die Vereinbarung – eine Grundform des Öffentlichen Rechts*. Berlin 2009, s. 30 oraz przypis nr 57.

²¹⁰ W rzeczywistości jednak trudno mówić o pełnej separacji prawa od religii. Na poziomie instytucjonalnym, gdzie prawo jest reprezentowane przez państwo, a religia przez związki wyznaniowe, między religią i prawem po dziś dzień zachodzą różnego rodzaju związki (zob. np. K. Orzeszyna, *Podstawy relacji między państwem a kościołami w konstytucjach państw członkowskich i traktatach Unii Europejskiej*. Lublin 2007).

²¹¹ T. Buddeberg, *Rechtssoziologie...*, dz. cyt., s. 111.

naturalne wykształciło bowiem nową siłę łączącą jednostki w kolektyw – był to rozum. W dobie Oświecenia „moc wiążąca umów postrzegana jest nie tylko jako „rozsądna”, lecz stanowi jednocześnie „niezbędny” i „pożyteczny” element współżycia społecznego”²¹².

W dobie absolutyzmu instytucja umowy została pozbawiona legitymizujących jej funkcjonowanie związków jednostki z kolektywem, gdyż jedynym źródłem prawa stał się władca. To właśnie w czasach absolutyzmu kreowane są abstrakcyjne normy prawne, pojawia się „wola ustawodawcy”, który nie tylko tworzy prawo, ale jest jednocześnie gwarantem jego przestrzegania. „Ustanowiona przez państwo norma prawna w swojej imperatywnej formie jest od teraz sztucznym zamiennikiem, który poprzez zewnętrzny przymus ma spajać zerwane więzi jednostek w ich prawnie wiążącym życiu zbiorowym. Jeśli bowiem uważa się, że życie społeczne opiera się wyłącznie na niezależnych jednostkach, których nie łączą żadne więzy zbiorowego zachowania, to jedynie przymus nadrzędnej władzy (państwa) pozostaje możliwym środkiem gwarantującym moc prawną zawieranych stosunków prawnych”²¹³. Mimo tych wywodów T. Buddeberg doszedł do wniosku, że prawo umów (mowa o prawie prywatnym) opiera się wciąż na kolektywistycznych powiązaniach, z istnienia których jednostka (strona umowy) nie zawsze zdaje sobie nawet sprawę²¹⁴.

W dalszej kolejności analizie poddana została kwestia równorzędności podmiotów zawierających umowę. W miejsce typowej dla prawa prywatnego instytucji równorzędności podmiotów T. Buddeberg w odniesieniu do prawa publicznego postulował wprowadzenie pojęcia prawnej równoważności podmiotów, będącą cechą prawnokolektywistyczną, którą posiadała jednostka, stany, książęta, a także państwo. O tym, że już przed laty zawierane były umowy między nierównorzędnymi stronami (będącymi równoważnymi stronami umowy, zawieranej w ramach określonej wspólnoty prawnej) świadczy m.in. umowa wasalna zawierana między seniosem i wasalem.

Nawiązanie do koncepcji równoważności podmiotów pojawia się ponownie na tle polemiki dotyczącej możliwości zawierania przez państwo umów cywilnoprawnych, przy jednoczesnym pozbawieniu państwa tej możliwości w przypadku umów administracyjnoprawnych²¹⁵. Podejście takie stanowi konsekwencję postrzegania

²¹² Tamże, s. 115.

²¹³ Tamże, s. 117.

²¹⁴ Tamże.

²¹⁵ Tamże, s. 131 i n.

społeczeństwa i państwa przez pryzmat państwa policyjnego, w którym aparat administracyjny działał władczo, a społeczeństwo stanowiło sumę indywidualnych jednostek, nad którymi rozciągało się władztwo księcia²¹⁶. Mimo rządów państwa prawa koncepcja państwowości wciąż opierała się na odziedziczonym z doby absolutyzmu przekonaniu, że państwo może rządzić poddanymi w drodze nakazu lub zakazu, w związku z czym istotę prawa publicznego odzwierciedlał jednostronny akt administracyjny, który nie tylko wykluczał możliwość kształtowania stosunków publicznoprawnych w drodze zawarcia umowy administracyjnej, ale także skutecznie uniemożliwiał ograniczenie swobody władczo działającego państwa²¹⁷. Powołując się na H. Kelsena, T. Buddeberg przypomniał, że w państwie prawnym państwo ograniczone zostało przepisami prawa, w związku z czym, tak samo jak każdy inny podmiot prawa, podlega porządkowi prawnemu²¹⁸.

Dla instytucji umowy administracyjnej postrzeganej z perspektywy socjologicznoprawnej istotnym zjawiskiem jest „prawne przesunięcie funkcji” samej umowy. „Tak jak umowa stanowi ogólnie prawną funkcję wspólnoty, tak umowa publicznoprawna stanowi funkcję wspólnoty państwowej. Z tego względu jest w szczególnym stopniu uzależniona od podlegającej zmianom socjologicznej relacji między państwem i społeczeństwem. Im głębiej obszar aktywności państwa sięga w różne obszary życia społeczeństwa i im bardziej państwo przejmuje na siebie wcześniejsze zadania społeczeństwa jako jego organ, tym silniejsza jest tendencja do akcentowania znaczenia sfery publicznoprawnej. Przekształcenie umów prywatnoprawnych w umowy prawa publicznego stanowi prawny wyraz zmienionej relacji socjologicznej między państwem i obywatelem”²¹⁹.

1.4. Wirtemberski projekt kodyfikacji prawa administracyjnego – pierwsza próba normatywizacji umowy administracyjnej

Jedna z pierwszych szeroko zakrojonych prób kodyfikacji części ogólnej prawa administracyjnego²²⁰ obowiązującego w kraju związkowym została podjęta w Wirtembergii. W tym celu, na wniosek prezydenta Wirtembergii (złożony za radą

²¹⁶ Tamże, s. 133.

²¹⁷ Tamże, s. 134 i n.

²¹⁸ Tamże, s. 136 i n.

²¹⁹ Tamże, s. 148.

²²⁰ Na temat jeszcze wcześniejszych prób kodyfikacji części ogólnej prawa administracyjnego zob. W. Jellinek, *Zum Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg*. „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 60/1/1932, s. 2 i n.

Trybunału Administracyjnego), powołano 3.1.1925 r. komisję²²¹, w skład której wchodził przedstawiciel nauki, organów administracji oraz Trybunału Administracyjnego²²². W komisji tej zasiadali m.in. C. Sartorius, F. von Haller, L. von Köhler, W. Häffner²²³. Konieczność zapoznania się z ogromem materiału, obejmującego treść aktów prawnych, liczne orzeczenia niemieckich sądów administracyjnych oraz dorobek doktryny, sprawiła, że dopiero po 6 latach pracy komisja przedstawiła projekt regulacji prawa administracyjnego, do którego ustosunkować się mieli przedstawiciele doktryny i praktyki prawa administracyjnego. Do projektu dołączone zostało obszernie uzasadnienie, w którym skomentowano każdy poszczególny paragraf nie tylko w oparciu o akty prawne obowiązujące w Wirtembergii, w pozostałych krajach związkowych oraz w Rzeszy, lecz także w oparciu o poglądy doktryny²²⁴.

Jak się okazało, dyskusja nad przedstawionym do debaty projektem nie ograniczyła się jedynie do aspektów *stricte* merytorycznych, wśród których jako jeden z zarzutów wymieniono dosłowne przejście do projektu treści przepisów kodeksu cywilnego²²⁵. Pewne wątpliwości co do próby kodyfikacji podjętej w Wirtembergii wyraził również W. Jellinek, który przede wszystkim zwrócił uwagę na fakt, że gałąź prawa administracyjnego była wówczas stosunkowo młoda, w związku z czym dopiero nabierała konturów²²⁶, co oznaczało, że zbyt wczesna kodyfikacja mogłaby negatywnie wpłynąć na proces emancypacji prawa administracyjnego, hamując jego rozwój. Jako argument *quasi*-merytoryczny można określić wątpliwości dotyczące Wirtembergii jako miejsca prowadzonych prac kodyfikacyjnych, ponieważ, jak się okazało, „wywołało zdumienie, że właśnie tak mały kraj jak Wirtembergia rozpoczęła proces kodyfikacji ogólnej części prawa administracyjnego. W żadnym wypadku powstałe do tej pory w Wirtembergii prace naukowe dotyczące ogólnego prawa administracyjnego nie uzasadniały podjętych działań zmierzających do kodyfikacji. Wręcz przeciwnie, stwierdzono oznaki pewnego zaniedbania wymiaru sprawiedliwości pod względem administracyjnoprawnym. Do roku 1907 nie było czasopisma, w którym mogły być

²²¹ Tamże, s. 5.

²²² R. Maas, *Die Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg. Ein Versuch der Emanzipation des öffentlichen Rechts vom Privatrecht*. Pfaffenweiler 1996, s. 1.

²²³ Tamże, s. VIII.

²²⁴ G.R. Jahn, *Eine Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg*. „Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft”, nr 91/2/1931, s. 226.

²²⁵ R. Maas, *Die Verwaltungsrechtsordnung...*, dz. cyt., s. 2.

²²⁶ W. Jellinek, *Zum Entwurf...*, dz. cyt., s. 9. Zaznaczyć jednak należy, że zasadniczo autor ten wyrażał się pozytywnie o próbie kodyfikacji podjętej w Wirtembergii (tamże, s. 10 i n.).

omawiane zagadnienia prawa publicznego z punktu widzenia teorii i praktyki lub w którym analizie można było poddać kwestie budzące wątpliwości”²²⁷.

Choć projekt wirtemberski nigdy nie wszedł w życie, warto zauważyć, że była to jedna z pierwszych prób kodyfikacji części ogólnej prawa administracyjnego, gdzie umowa administracyjna została zaliczona w poczet prawnych form działania administracji. Podkreślić należy, że pierwsza próba instytucjonalizacji umowy administracyjnej dokonana została w ramach kodyfikacji części ogólnej prawa administracyjnego, a nie, tak jak czyniono to później na gruncie prawa administracyjnego poszczególnych krajów związkowych i prawa federalnego, w ramach ustawy o postępowaniu administracyjnym²²⁸. W projekcie wirtemberskim uregulowano kwestię dopuszczalności zawierania umowy administracyjnej, warunki jej zawarcia oraz kwestie dotyczące nieważności umowy administracyjnej.

W projekcie nie zaproponowano definicji legalnej pojęcia „umowa administracyjna”. W uzasadnieniu projektu stwierdzono natomiast, że definicje w procesie stosowania prawa są bez znaczenia²²⁹. Ponadto przyjęto, że umowa administracyjna jest zawierana przez strony prawnie równorzędne, „bez względu na to, że w pozostałym zakresie mogą występować w relacji nadrzędności i podporządkowania”²³⁰. Jak zauważył W. Pakeerut, przyjęcie w projekcie takiego rozwiązania położyło kres toczonej od lat dyskusji na temat wymogu równorzędności podmiotów zawierających umowę administracyjną²³¹.

Co się zaś tyczy dopuszczalności zawierania umowy administracyjnej, to zgodnie z art. 47 wirtemberskiego projektu stosunek administracyjnoprawny mógł zostać zawarty lub zmieniony na drodze umowy administracyjnej, o ile nie stały temu na przeszkodzie przepisy prawa²³². Takie brzmienie przepisu oznaczało, że do zawarcia umowy administracyjnej nie była niezbędna oddzielna norma upoważniająca organ administracji do podjęcia takiego działania. Tym samym umowa administracyjna (choć z pewnym ograniczeniem, tj. do sytuacji, gdy inne przepisy wykluczały jej zawarcie) została uznana

²²⁷ R. Maas, *Die Verwaltungsrechtsordnung...*, dz. cyt., s. 2.

²²⁸ M. Bullinger, *Zur Notwendigkeit...*, dz. cyt., s. 670).

²²⁹ *Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg. Entwurf eines Gesetzes mit Begründung*. 1931, s. 178, cyt. za: W. Pakeerut, *Die Entwicklung...*, dz. cyt., s. 54.

²³⁰ Tamże.

²³¹ Tamże.

²³² Tamże; Deutscher Bundestag (7. Wahlperiode), *Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Verwaltungsprozessgesetzes (VwVG)*. Drucksache 7/910 (<https://ds.server.bundestag.de/btd/07/009/0700910.pdf>, 9.01.2022).

za ogólną formę działania administracji²³³. To wirtemberskie sformułowanie dotyczące możliwości zawarcia umowy administracyjnej jest o tyle istotne, iż zostało ono przejęte do ustaw o postępowaniu administracyjnym w niektórych innych krajach związkowych²³⁴, a następnie do federalnej ustawy o postępowaniu administracyjnym, obowiązującej w Niemczech od 1.01.1977 r.²³⁵

Co prawda w projekcie wirtemberskim umowa administracyjna została zaliczona do form działań administracji, jednak nie oznaczało to nadania jej rangi równej z aktem administracyjnym. Jeżeli bowiem stosunek administracyjnoprawny mógł zostać nawiązany lub zmieniony na drodze umowy administracyjnej, o ile nie stały na przeszkodzie przepisy prawa, to oznaczało to, że jeżeli przepisy przewidywały podjęcie działań przez organ administracji w formie aktu administracyjnego, to miał on pierwszeństwo przed umową i nawet organ administracji nic w tej kwestii nie mógł zmienić.

Kwestia zawarcia umowy administracyjnej została uregulowana poprzez odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisów kodeksu cywilnego. Co się zaś tyczy nieważności umowy, to stawała się ona nieważna w całości na skutek nieważności poszczególnych postanowień, „gdy nie można było przyjąć, że umowa zastałaby zawarta nawet bez nieważnych postanowień”²³⁶.

Choć umowa administracyjna w projekcie wirtemberskim została zinstytucjonalizowana, a jego twórcy (w celu rozwiązania problemu nurtującego od lat doktrynę) zaproponowali przyjęcie fikcji prawnej w odniesieniu do prawnej równorzędności podmiotów zawierających umowę administracyjną, to działania te były wciąż niewystarczające, aby umowa przestała odgrywać rolę drugoplanową w systemie prawa administracyjnego.

²³³ W. Pakeerut, *Die Entwicklung...*, dz. cyt., s. 54.

²³⁴ Zob. N.-Z. Bisek, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag – nach dem Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes in der Fassung von 1963, in der „Münchener Fassung“ von 1966 und dem schleswig-holsteinischen Landesverwaltungsgesetz*. Münster 1970, s. 3, przypis nr 9.

²³⁵ H. Maurer, *Der Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 801.

²³⁶ W. Pakeerut, *Die Entwicklung...*, dz. cyt., s. 55.

Rozdział II

Rozwój państwa kooperującego jako efekt zmian instytucjonalnych a umowa administracyjna

2.1. Zmiana instytucjonalna – konceptualizacja pojęć na gruncie teorii instytucjonalnej

Tradycja paradygmatu instytucjonalnego jest bardzo bogata i zróżnicowana²³⁷, dlatego jej omówienie wykraczałoby poza ramy problematyki przedstawianej w tym rozdziale. Przedstawione zostaną jedynie najważniejsze podziały i pojęcia wykorzystane w dalszej analizie. Najogólniej mówiąc teorię instytucjonalną można podzielić na dwa podstawowe nurty: stary i nowy instytucjonalizm (przede wszystkim drugi z tych nurtów cechuje wewnętrzna różnorodność, co wynika z jego inter-, a coraz częściej wręcz multidyscyplinarnego charakteru²³⁸). Przedmiotem zainteresowania szeroko rozumianego paradygmatu instytucjonalnego jest człowiek działający w sferze instytucjonalnej²³⁹. Podstawowa różnica między wspomnianymi nurtami polega na sposobie postrzegania instytucji²⁴⁰. Podczas gdy przedstawiciele starego

²³⁷ Na temat przyczyn zróżnicowania paradygmatu instytucjonalnego zob. A. Kaiser, *Die politische Theorie des Neo-Institutionalismus: James March und Johan Olsen*, (w:) A. Brodacz, G. S. Schaal (red.), *Politische Theorien der Gegenwart II. Eine Einführung*. Wiesbaden 2001, s. 254; H. Woratschek, S. Roth, *Kooperation: Erklärungsperspektive der Neuen Institutionenökonomik*, (w:) J. Zentes, B. Swoboda, D. Morschett (red.), *Kooperationen, Allianzen und Netzwerke. Grundlagen – Ansätze – Perspektiven*. Wiesbaden 2003, s. 147. Warto odnotować, że badacze niemieccy bardzo chętnie sięgają po siatkę pojęciową opracowaną na gruncie paradygmatu instytucjonalnego prowadząc badania nad państwem i prawem (zob. np. R. Czada, *Der „kooperative Staat“ im Prozeß der deutschen Vereinigung*; <https://www.politik.uni-osnabrueck.de/POLSYS/Archive/voigt1995.htm#fn1>, 27.08.2022; E. Bickert, *Der Bauvertrag als symbiotischer Interessenwahrungsvertrag. Ein Beitrag zur Institutionenbildung im Bauvertragsrecht unter Berücksichtigung von PPP/BOT-, Projektfinanzierungs- und Partnering-/Alliancingmodellen*. Berlin 2014, s. 65-67).

²³⁸ P. Chmielewski, *Nowa analiza instytucjonalna. Logika i podstawowe zasady*. „Studia Socjologiczne”, nr 3-4 (134-135)/1994, s. 222-226; M. Sitek stopień złożoności paradygmatu nowego instytucjonalizmu wyjaśnia w sposób następujący: „Paradygmat nowego instytucjonalizmu jest interdyscyplinarnym podejściem integrującym założenia analityczne wielu dyscyplin naukowych, w tym głównie ekonomii, teorii organizacji, nauk politycznych i socjologii. Nowy instytucjonalizm jest wewnętrznie zróżnicowany. Dzieli się na nurty i szkoły, które wprawdzie są zgodne co do tego, że instytucje są podstawową kategorią analityczną i odgrywają kluczową rolę w wyjaśnianiu różnorodnych zjawisk społecznych, jednak różnią się co do samej definicji instytucji i sposobów, w jaki instytucje powstają, są odtwarzane i oddziałują na zachowania aktorów społecznych” (M. Sitek, *Zmiana instytucjonalna w teorii nowego instytucjonalizmu – nowe koncepcje teoretyczne i ich zastosowania w analizie polityk publicznych*, (w:) A. Wojciuk (red.), *Analiza polityki publicznej. Podejście teoretyczno-metodologiczne*. Warszawa 2013, s. 44).

²³⁹ Zob. A.J. Derkacz, *W poszukiwaniu efektywności inwestycji publicznych. Koncepcja optymalizacji inwestycji publicznych a wybrane teorie Nowej Ekonomii Instytucjonalnej*. B.m., 2018, s. 15 (<https://depot.ceon.pl/handle/123456789/15022?show=full>, 18.08.2022); P. Eichhorn, *Institutionenökonomie und Verwaltungsreformen*, (w:) V. Mehde, U. Ramsauer, M. Seckelmann (red.), *Staat, Verwaltung, Information. Festschrift für Hans Peter Bull zum 75. Geburtstag*. Berlin 2011, s. 530.

²⁴⁰ W celu uporządkowania siatki pojęciowej wskazać należy, że instytucje w literaturze przedmiotu dzielą się na twarde i miękkie. Do pierwszej grupy należą organy administracji, natomiast drugą tworzą „idee,

instytucjonalizmu uważają, że to stabilne instytucje kształtują zachowania ludzkie, zwolennicy nowego instytucjonalizmu są przekonani, że zachowania jednostek wywierają wpływ na kształt instytucji²⁴¹. W zależności od sposobu postrzegania relacji między zachowaniami ludzkimi i instytucjami, odmienny jest cel badań. Na gruncie starego instytucjonalizmu starano się wyjaśnić istotę instytucji oraz sposób, w jaki wpływają one na jednostki i organizacje. W pracach osadzonych w nurcie nowego instytucjonalizmu punkt ciężkości rozważań przesunął się w kierunku zmiany instytucjonalnej.

Jednym z przejawów funkcjonowania państwa kooperacyjnego w przestrzeni publicznej jest proces konsensualizacji działań administracji, polegający m.in. na coraz częstszym wykorzystywaniu w praktyce administracyjnej umowy publicznoprawnej, która traktowana jest jako remedium na postępującą inflację prawa i biurokratyzację aparatu administracyjnego²⁴². Z metodologicznego punktu widzenia zastosowanie teorii instytucjonalnej do badań nad rozwojem państwa kooperacyjnego jest zasadne przede wszystkim dlatego, że instytucje pozwalają zredukować złożoność rzeczywistości społecznej do elementów, których dynamikę (w czasie i przestrzeni) można zaobserwować i opisać. Ponadto teoria instytucjonalna umożliwia dokonanie analizy zależności, które zachodzą między wyodrębnionymi instytucjami oraz sprzężenia zwrotne między zachowaniami ludzkimi i instytucjami²⁴³. Na potrzeby dalszych rozważań przyjęto, że zmiana instytucjonalna oznacza przemiany instytucji zachodzące na skutek ewolucji założeń aksjologicznych, które leżą u podstaw prawa administracyjnego²⁴⁴. Celem tych zmian jest legitymizacja konsensualnych form

normy społeczne i kulturowe, reguły i / lub rutynowe praktyki” (A. Wiener, *Institutionen*, (w:) A. von Bogdandy, *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*. Berlin, Heidelberg 2003, s. 121). Do instytucji miękkich w tym rozumieniu zaliczać się zatem będą również regulacje prawne.

²⁴¹ B. Woźniak-Jęchorek, *J.R. Commons vs. O.E. Williamson: dwie szkoły instytucjonalne i ich dorobek z punktu widzenia ekonomiki rynku pracy*. „Studia Prawno-Ekonomiczne”, nr 92/2014, s. 397.

²⁴² T. Kalenborn, *Staatliche Kooperation...*, dz. cyt., s. 19. W tym kontekście podkreślenia wymaga rozróżnienie między biurokracją i biurokratyzacją. Jak wyjaśniają J.P. Tarno i M.A. Król, „sprawne, efektywne i terminowe działanie administracji jest przeciwieństwem bezczynności, która z kolei stanowi jeden z przejawów biurokracji. Bezczynność organu – rozumiana jako opieszałość, czy też zupełny brak oczekiwanych przez obywatela działań administracji – powszechnie jest uważana za przejaw biurokracji w ujęciu pejoratywnym, a więc za przejaw biurokratyzmu. Jest to zjawisko na wskroś niepożądane” (J.P. Tarno, M.A. Król, *Przyznanie sumy pieniężnej jako środek dyscyplinowania w postępowaniu sądowoadministracyjnym*. „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego”, nr 1 (82)/2019, s. 12).

²⁴³ R. Seyfert, *Das Leben der Institutionen. Zu einer Allgemeinen Theorie der Institutionalisierung*. Weilerswist 2011, s. 25; B. Borkowska, *Idee, organizacje, instytucje*, (w:) S. Rudolf (red.), *Nowa ekonomia instytucjonalna a nauki o zarządzaniu*. Gdańsk 2016, s. 161.

²⁴⁴ M. Kobak, *Idea prawa administracyjnego a zmiany cywilizacyjne – uwagi aksjologiczno-prawne*, (w:) J. Zimmermann, P.J. Suwaj (red.), *Wpływ...*, dz. cyt., s. 220 i n. Więcej na temat form zmiany

działania administracji w państwie kooperującym, które realizuje swoje zadania m.in. koordynując działania za pomocą negocjacji i poprzez proces argumentacji²⁴⁵.

Zdaniem przedstawicieli nowego instytucjonalizmu zmiana instytucjonalna jest możliwa dzięki elastyczności instytucji, a gdy przebiega w sposób ewolucyjny może przybrać jedną z następujących form²⁴⁶:

- zamiany instytucji, polegającej na zastępowaniu istniejących instytucji nowymi;
- nakładania się instytucji, polegającej na dodawaniu nowych instytucji do już istniejących lub uzupełnianiu istniejących instytucji nowymi,
- dryfowania, polegającego na zmianie wpływu istniejących zasad na skutek zmian zachodzących w otoczeniu,
- przekształcenia, które polega na zmianie interpretacji i sposobu wdrażania istniejących instytucji przez aktorów politycznych.

Jak pokazuje doświadczenie niemieckie, żadna z powyższych form nie miała miejsca w przypadku wprowadzenia do porządku prawnego umowy publicznoprawnej. Nie była to zamiana instytucji, ponieważ umowa publicznoprawna wzbogaciła repertuar prawnych form działania administracji, jednak zmiana ta nie sprawiła, że inna instytucja zniknęła. Nie był to proces nakładania się instytucji, bo jak już wyżej wspomniano, umowa administracyjna była znana praktyce administracyjnej przynajmniej od XVII w., w związku z czym nie można mówić o wykreowaniu nowej instytucji na gruncie nauki o formach działania administracji²⁴⁷. Nie można mówić również o dryfowaniu, jako że główne zasady zawierania umów między administracją i obywatelem (tj. konieczność złożenia oświadczenia woli w celu wywołania określonego skutku prawnego oraz swoboda kontraktowania) nie uległy zmianie na skutek zmian zachodzących w otoczeniu. W zakresie, w jakim doszło do wdrożenia do systemu prawa administracyjnego instytucji

instytucjonalnej oraz czynników ją wywołujących zob. M. Csigó, *Institutioneller Wandel durch Lernprozesse. Eine neo-institutionalistische Perspektive*. Wiesbaden 2006, s. 111-117.

²⁴⁵ H. Heinelt, *Vom Verwaltungsstaat zum Verhandlungsstaat*, (w:) B. Blanke i in. (red), *Handbuch zur Verwaltungsreform*. Wiesbaden 1998, s. 23 i n. Nawiązując do koncepcji rozwijanych na gruncie nowej ekonomii instytucjonalnej można wysnuć wniosek, iż celem zmiany instytucjonalnej jest „efektywność adaptacyjna, która znajduje wyraz w elastyczności struktury instytucjonalnej i ujawnia się w perspektywie długofalowej jako zdolność do gromadzenia wiedzy, tworzenia form współpracy i postaw kreatywności sprzyjających wzrostowi dobrobytu” (J. Godłów-Legiędź, *Współczesna ekonomia. Ku nowemu paradygmatawi?* Warszawa 2010, s. 75).

²⁴⁶ J. Mahoney, K. Thelen, *Explaining Institutional Change: Ambiguity, Agency, and Power*. New York 2009, s. 13–20, cyt. za: B. Bochorodycz, *Autorytarny i demokratyczny potencjał – japońskie stowarzyszenia sąsiadkie w ujęciu instytucjonalizmu historycznego*. „Azja-Pacyfik”, nr 23/2020, s. 127.

²⁴⁷ Natomiast na gruncie nauk o prawnych formach działania administracji wraz z normatywizacją umowy administracyjnej miało miejsce nałożenie się instytucji.

już istniejącej, można mówić o formie częściowego przekształcenia. Co prawda reinterpretacji uległa zasada związania administracji prawem, dzięki czemu możliwe stało się wdrożenie do porządku prawnego umowy administracyjnej, jednak sposób interpretacji samej instytucji pod kątem jest celów i funkcji w praktyce administracyjnej nie uległ zmianie, nie było to zatem całkowite przekształcenie²⁴⁸. W związku z powyższym, biorąc pod uwagę możliwość normatywizacji istniejącego już w praktyce administracyjnej zjawiska, należy wzbogacić zaproponowane formy zmiany instytucjonalnej o jeszcze jedną odmianę, a mianowicie o sformalizowanie instytucji, polegające na objęciu regulacją prawną rozwiązania już istniejącego.

W dobie państwa kooperacyjnego przeprowadzony został na płaszczyźnie normatywne proces konsensualizacji działań administracji. Analizując zmianę instytucjonalną w tym zakresie warto odwołać się do ustaleń nowej ekonomii instytucjonalnej dotyczących siatki pojęciowej. Z różnych nurtów teorii instytucjonalnej wybrano ustalenia ekonomii instytucjonalnej, ponieważ traktuje ona instytucje jako narzędzia badawcze, a nie (jak ma to miejsce na gruncie nauk socjologicznych) jako obiekt badań sam w sobie²⁴⁹. Jak sama nazwa tego kierunku badawczego wskazuje, główną rolę w kształtowaniu procesów społecznych odgrywają instytucje²⁵⁰. Tworzą one system instytucjonalny, na który składają się instytucje formalne i nieformalne. W przypadku regulacji prawa administracyjnego wyróżniono na potrzeby dalszej analizy instytucje na poziomie mikro, które regulują współpracę w zindywidualizowanych jednostkach organizacyjnych (np. współpracę między urzędnikami w poszczególnych urzędach) oraz współpracę z nimi (w przypadku urzędów chodzi o relacje między obywatelem i urzędnikiem) i makro, które kształtują zasady współżycia w społeczeństwie²⁵¹. Rodzaje i poziomy instytucji oraz zależności zachodzące między nimi przedstawia rys. nr 2.

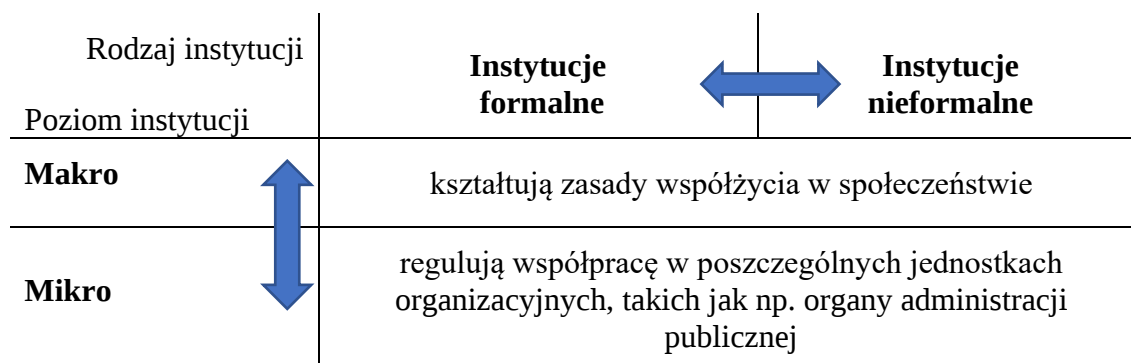
²⁴⁸ Od pojęcia interpretacji instytucji odróżniam pojęcie jej wykładni, która dokonywana jest każdorazowo w przypadku konkretyzacji normy prawnej.

²⁴⁹ Zob. np. L. Jansen, *Gruppen und Institutionen. Eine Ontologie des Sozialen*. Wiesbaden 2017, s. 163-243.

²⁵⁰ W ogólnym zarysie na gruncie teorii instytucjonalnej pojęcie „instytucja” definiowane jest jako reguła, co do której spełnione są równocześnie trzy warunki: musi ona istnieć, musi być stosowana, podmioty ją stosujące muszą wiedzieć o jej istnieniu (G. Göhler, *Institution*, (w:) tenże, M. Iser, I. Kerner (red.), *Politische Theorie. 22 umkämpfte Begriffe zur Einführung*. Wiesbaden 2006, s. 211).

²⁵¹ O tym, że podział taki jest niezbędny, świadczą wyniki badań przeprowadzonych przez V. Schlette (V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 701 i n.).

Rys. nr 2. Poziomy instytucje wyodrębnione na potrzeby analizy administracyjnoprawnej i relacje zachodzące między nimi



* strzałki oznaczają sprzężenia zwrotne zachodzące między poziomami i rodzajami instytucji²⁵²

Źródło: opracowanie własne.

Głównym przedmiotem dogmatyki administracyjnoprawnej są instytucje formalne z poziomu makro (kreowane wolą ustawodawcy), które ze względu na swój zakres oddziaływania regulują zarówno relacje społeczne (na płaszczyźnie lokalnej, regionalnej i krajowej, w zależności od zasięgu ich działania), jak również wytyczają ramy funkcjonowania organów administracji publicznej (poszczególnych urzędów, poziom mikro). Dzieje się tak, ponieważ administracja jest związana prawem, które w ten sposób staje się instrumentem sterowania procesami zachodzącymi w organach administracji publicznej²⁵³. Jednocześnie współczesne (i prezentowane w niniejszej pracy) postrzeganie administracji publicznej zgodne jest z założeniem, że nie stanowi ona już tej działalności państwa, która nie jest działalnością ustawodawczą i sądowniczą (zgodnie z definicją zaproponowaną przez O. Mayera)²⁵⁴, lecz jest „wielowymiarowym, rzeczywistym zjawiskiem społecznym, na które składają się działania ludzi pozostających w niezliczonej ilości uwikłań”²⁵⁵. W ten oto sposób wykreowane przez ustawodawcę instytucje formalne wyzwalały proces instytucjonalnego uczenia się, który

²⁵² Poza obszarem dalszych rozważań pozostają relacje między poszczególnymi rodzajami instytucji i skutki wzajemnych oddziaływań instytucji na siebie w zależności od celu ich funkcjonowania. Więcej na ten temat zob. W. Jagodziński, *Instytucjonalna samoorganizacja bezpieczeństwa ekonomicznego Specjalnych Stref Ekonomicznych i ich interesariuszy*, (w:) K. Kuciński (red.), *Samoorganizacja bezpieczeństwa ekonomicznego przedsiębiorstw*. Warszawa 2019, s. 251 i n.

²⁵³ F. Shirvani, *Das Kooperationsprinzip im deutschen und europäischen Umweltrecht*. Berlin 2005, s. 41 i n.

²⁵⁴ U. Schliesky, *Das Verhältnis von Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungsrechtspraxis*, (w:) W. Kahl, U. Mager (red.), *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungsrechtspraxis*. Baden-Baden 2019, s. 48.

²⁵⁵ M. Oleś, *Prawo jako czynnik powinnościowy układu administracyjnego*, (w:) J. Korczak (red.), *Układ administracji publicznej*. Warszawa 2020, s. 145.

wpływa na sposób załatwiania spraw administracyjnych przez urzędników²⁵⁶. Na potrzeby prowadzonych rozważań pod pojęciem „procesu instytucjonalnego uczenia się” rozumieć należy sterowanie zmianami instytucjonalnymi umożliwiającymi stosowanie w praktyce administracyjnej nowych form działania administracji (np. form konsensualnych). Proces ten wpływa na kulturę organizacyjną organów administracji (tj. kulturę administracyjną - niem. *Verwaltungskultur*), którą zdefiniować można jako praktykę organizacyjną specyficzną dla danego organu administracyjnego, na którą składają się zaplanowane i niezaplanowane procesy realizowane na podstawie reguł zewnętrznych i wewnętrznych (reguły wewnętrzne rozumieć należy jako nieformalne metody postępowania utrwalone w danej organizacji)²⁵⁷. Nawiązując do wcześniejszych ustaleń, można stwierdzić, że kultura administracyjna to wiązka instytucji miękkich wypełniająca określoną instytucję twardą. Stanowi ona ważny element procesu administrowania, ponieważ kreuje zawodowe poczucie tożsamości pracowników zatrudnionych w organach administracji publicznej²⁵⁸. W literaturze podkreśla się, że kultura organizacyjna petryfikuje przyjęte sposoby działania, przez co utrudnia refleksję nad ich skutecznością oraz może wzbudzać niechęć do innowacji²⁵⁹. Może ona jednak rozwijać także własną dynamikę dzięki instytucjonalnemu uczeniu się, dzięki któremu realizowane są normy prawne z poziomu makro (na relację tę wskazuje dwustronna strzałka między poziomami instytucji). Mimo że zagadnienie kultury administracyjnej stanowi zasadniczo przedmiot nauk administracyjnych badających funkcjonowanie organizacji²⁶⁰, ustalenia poczynione na tym gruncie nie pozostają bez wpływu na prawo administracyjne, a dokładniej mówiąc – na urzeczywistnianie norm prawnych w postępowaniu administracyjnym²⁶¹. Jak podkreślił U. Rienaß, „skuteczne zmiany [w

²⁵⁶ Relacje te stanowią efekt funkcjonowania niemieckiego systemu polityczno-administracyjnego. Więcej na ten temat zob. D. Schimanke, *Das Konzept des aktivierenden Staates als deutsches Muster von Governance. – Zur Stabilität und zum Wandel von öffentlichen Institutionen*, (w:) R. Koch, J. Dixon (red.), *Public Governance and Leadership. Political and Managerial Problems in Making Public Governance Changes the Driver for Re-Constituting Leadership*. Wiesbaden 2007, s. 236.

²⁵⁷ L. Beyer, *Informationsmanagement und öffentliche Verwaltung. Perspektiven und Grenzen*. Wiesbaden 1992, s. 135; H. Mäding, *Methoden und Methoden-anwendung als Gegenstand der Verwaltungswissenschaft*, (w:) A. Windhoff-Héritier (red.), *Verwaltung...*, dz. cyt., s. 213-215. Pogląd dotyczący rozwoju niezaplanowanych procesów opiera się na założeniu A. Fergusona, zgodnie z którym „instytucje społeczne są wprawdzie efektami ludzkich działań, ale nie są wynikiem ludzkiego planu” (G. Konat, T. Smuga (red.), *Paradoksy ekonomii. Rozmowy z polskimi ekonomistami*. Warszawa 2016, s. 133).

²⁵⁸ Por. K. Rogas, *Ostdeutsche Verwaltungskultur im Wandel. Selbstbilder von Kommunalverwaltern 1992 und 1996 im Vergleich*. Wiesbaden 2000, s. 9 i n.

²⁵⁹ H. Hill, *Auf dem Weg zu einer neuen Verwaltungskultur*. „Deutsches Verwaltungsblatt”, nr 22/2021, s. 1457.

²⁶⁰ M. Stefaniuk, *Działanie administracji publicznej w ujęciu nauk administracyjnych*. Lublin 2009, s. 198.

²⁶¹ Zdaniem G.F. Schupperta prawo administracyjne oraz jego dogmatyka stanowią efekt zależności zachodzących między zadaniami administracji, materialnym prawem administracyjnym, organizacją

administracji – W.J.] można osiągnąć, gdy dojdzie do fundamentalnej zmiany kultury w organizacji oraz wśród zatrudnionych tam pracowników”²⁶². Dzieje się tak, ponieważ kultura organizacji, określana często jako „miękką stronę” organizacji, wywiera silniejszy wpływ na pracowników aniżeli reguły narzucone z zewnątrz. Jak podkreśla H. Hill, nierzadko te nieformalne reguły zachowań są w stanie przetrwać zmianę reguł formalnych²⁶³. Wspomniany wyżej wpływ kultury administracyjnej na kształt prawa administracyjnego można zaobserwować także wówczas, gdy przedstawiciele administracji publicznej konsultują zmiany legislacyjne. Dlatego też w toku dalszych rozważań zwrócona zostanie uwaga na ten wycinek kultury administracyjnej, który ma związek z konsensualnymi formami działania administracji.

Próby konceptualizacji terminu „instytucja nieformalna” podejmowane są wciąż na gruncie nauk ekonomicznych i społecznych, co wynika przede wszystkim z faktu, że „autorowi badania łatwiej jest stworzyć nową definicję, niż dostosować badanie do już istniejących opracowań w bogatej literaturze przedmiotu”²⁶⁴. Badacze zajmujący się kwestiami instytucjonalnymi podkreślają korzyści płynące z pluralizmu definicyjnego charakterystycznego dla teorii instytucjonalnych. Ta mnogość definicji wynika m.in. z faktu, że formułowane są pozornie sprzeczne definicje, gdyż za pomocą instytucji bada się zarówno zastany, spetryfikowany system instytucjonalny, jak również zachodzące w nim zmiany²⁶⁵. Dobrym przykładem odzwierciedlającym taką pozornie sprzeczną siatkę pojęciową jest dychotomiczny podział instytucji na formalne i nieformalne bądź podział instytucji formalnych na efektywne i nieefektywne. Ogólnie mówiąc, pod pojęciem instytucji nieformalnych rozumieć należy wspólne dla ludzi przebywających w określonym czasie i miejscu przekonania, wzory myślenia, konwencje społeczne, wyobrażenia, które koordynują ludzkie zachowania²⁶⁶. W sposób bardziej deskryptywny

administracji / personelem i postępowaniem administracyjnym (G.F. Schuppert, *Verfassungsrecht und Verwaltungsorganisation*. „Der Staat“, nr 32/4/1993, s. 582).

²⁶² U. Rienaß, *Ansätze einer geänderten Verwaltungssteuerung in der Praxis*, (w:) R. Koch, J. Dixon (red.), *Public Governance...*, dz. cyt., s. 406. Interesującego przykładu pod tym względem dostarcza reforma administracyjna przeprowadzona w mieście Tilburg, która bez zaangażowania pracowników w realizację nowych (pionierskich) pomysłów byłaby skazana na porażkę (R. Kleinfeld, *Kommunalpolitik. Eine problemorientierte Einführung*. Opladen 1996, s. 201).

²⁶³ H. Hill, *Auf dem Weg...*, dz. cyt., s. 1457.

²⁶⁴ W. Jagodziński, *Wybrane aspekty badań instytucji formalnych. Ekonomia instytucjonalna wobec wyzwań geografii ekonomicznej*, (w:) J. Misiuna, M. Dworakowska, R. Wosiek (red.), *Nauki społeczno-ekonomiczne. Nieprzetarte ścieżki czy utarte szlaki*. Warszawa 2018, s. 34. Różne definicje pojęcia „instytucja” opracowane na gruncie ekonomii i socjologii przedstawia J. Godłowski-Legiędz, *Współczesna ekonomia...*, dz. cyt., s. 66-68.

²⁶⁵ R. Seyfert, *Das Leben...*, dz. cyt., s. 11.

²⁶⁶ J. Wilkin, *Instytucjonalne i kulturowe podstawy gospodarowania*. Warszawa 2016, s. 104.

można scharakteryzować instytucje nieformalne jako zbiór wartości wyznawanych przez zbiorowość ludzką w określonym miejscu i czasie, które stanowią zakotwiczone w umyśle regulator ludzkich zachowań. Biorąc pod uwagę aksjologiczne tło takich przekonań oraz aksjologiczny wymiar rozważań dogmatycznych, łatwo dojść do wniosku, że dogmatyka prawa jako wyraz podzielanych przez prawników przekonań co do sposobu regulacji zachowań ludzkich stanowi na gruncie teorii instytucjonalnej aksjologicznie uwarunkowany zbiór instytucji nieformalnych, których ewolucję można prześledzić w czasie i przestrzeni dzięki temu, że są one skonkretyzowane w podręcznikach do nauki prawa, komentarzach, artykułach, doktoratach czy habilitacjach poświęconych zagadnieniom prawnym. Szczególnie w przypadku Niemiec aspekt przestrzenny²⁶⁷ ma istotne znaczenie z dwóch powodów: ze względu na odrębne regulacje prawne funkcjonujące w poszczególnych krajach związkowych oraz ze względu na podkreślany w literaturze wpływ różnych zmian na życie lokalnego społeczeństwa (w regionie, mieście i gminie)²⁶⁸. Zmiany te wiążą się ze zmianami demograficznymi, imigracją, z przemianami zachodzącymi na rynku energii, w zakresie mobilności mieszkańców oraz ze skutkami wywołanymi procesem postępującej digitalizacji różnych obszarów życia²⁶⁹.

W inny sposób do kwestii terminologicznych związanych z wyjaśnieniem pojęcia „instytucja” podchodzi się na gruncie nauk prawnych. Instytucjom nieformalnym nie poświęcają one właściwie wcale uwagi, a jedynie rzadko nadają znaczenie pojęciu „instytucja formalna” (synonimicznie określa się ją również mianem instytucji prawnej lub instytucji pozytywnej²⁷⁰). Dominujące podejście w tej kwestii (nie ograniczające się tylko do polskich badań na gruncie nauk prawnych) zwięźle przedstawili B. Adamiak i J. Borkowski, pisząc: „Pojęcie instytucji prawnej bywa często używane w rozważaniach, pojawia się w tytułach dzieł systemowych i chociaż nie podaje się jego określenia, to uznaje się je za zrozumiałe i przekazujące określone treści”²⁷¹. W odniesieniu do ustaleń

²⁶⁷ Przymiotnik „chorologiczny” w niniejszej pracy ma znaczenie nadane mu na gruncie nauk geograficznych, a więc oznacza „dotyczący przestrzeni bądź identyfikujący przestrzenny kontekst czegoś” (M. Madurowicz, *Chronos, kairos i choros. Dyskretne echo przestrzenne rachub czasowych*. „Praca i Studia Geograficzne”, t. 65.3/2020, s. 151).

²⁶⁸ Por. J. Abt i in., *Einführung: heute das Morgen gestalten – veränderte Formen der Zusammenarbeit in den Gemeinden, Städten und Regionen*, (w:) tenże i in. (red.), *Von Beteiligung zur Koproduktion. Wege der Zusammenarbeit von Kommune und Bürgerschaft für eine zukunftsfähige Kommunale Entwicklung*. Wiesbaden 2022, s. 2.

²⁶⁹ Tamże, s. 4.

²⁷⁰ L. Jansen, *Gruppen...*, dz. cyt., s. 195.

²⁷¹ B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądownoadministracyjne*. Warszawa 2016, s. 110.

prawa niemieckiego w tym zakresie C.-E. Bärsch stwierdził już w roku 1987, że w prawoznawstwie niemieckim nie istniała ani teoria instytucji, ani nauka o instytucjach. Także na gruncie filozofii prawa niemieccy autorzy nie poświęcali kwestiom instytucjonalnym uwagi²⁷². Braki te charakterystyczne są także dla dzisiejszych niemieckich nauk prawnych. Jedynie wybrani autorzy podręczników wyjaśniali pokrótce, czym są instytucje prawne. Tak postąpił m.in. O. Mayer, który instytucje formalne zdefiniował lakonicznie jako „środki pomocnicze nauk prawnych”²⁷³. Z kolei G.F. Schuppert wyszedł z założenia, że instytucje to pojęcie zbiorcze obejmujące swym zakresem reguły prawne, różne rodzaje postępowań administracyjnych oraz prawne formy działania administracji²⁷⁴. Na potrzeby dalszych rozważań przyjęto, że instytucje formalne to „trwałe (względnie trwałe) formy uregulowania przez prawo typowych stosunków społecznych. (...) Na instytucję prawną składa się zespół powiązanych ze sobą norm. Zwykle też instytucje prawne tworzone są dla potrzeb zorganizowania ludzkich zachowań w określony sposób, dla osiągnięcia pewnych celów”²⁷⁵. W przeciwieństwie do instytucji nieformalnych, czas powstania instytucji formalnych można dokładnie określić, gdyż są one sformułowane w opatrzonych datą źródłach prawa²⁷⁶. Warto też dodać, że na skuteczność oddziaływania instytucji formalnych na rzeczywistość społeczną wpływ wywierają instytucje nieformalne z poziomu mikro i makro. Na przykładzie działań konsensualnych oddziaływania instytucji nieformalnych na płaszczyźnie mikro widoczne są zwłaszcza w tych sytuacjach, gdy urzędnik może zdecydować, czy określona sprawa zostanie załatwiona w formie jednostronnego aktu administracyjnego czy w formie umowy administracyjnej, której treść zostanie ustalona wspólnie z obywatelem. Decyzja taka zależy zarówno od utartych, niepisanych reguł postępowania funkcjonujących w określonym urzędzie, od skutków instytucjonalnego uczenia się, jak również od przekonań danego pracownika co do skuteczności konkretnych form działania administracji.

²⁷² C.-E. Bärsch, *Politische Institutionen und das Recht*, (w:) G. Göhler (red.), *Grundfragen der Theorie politischer Institutionen. Forschungsstand – Probleme – Perspektiven*. Opladen 1987, s. 107.

²⁷³ Tamże, s. 117.

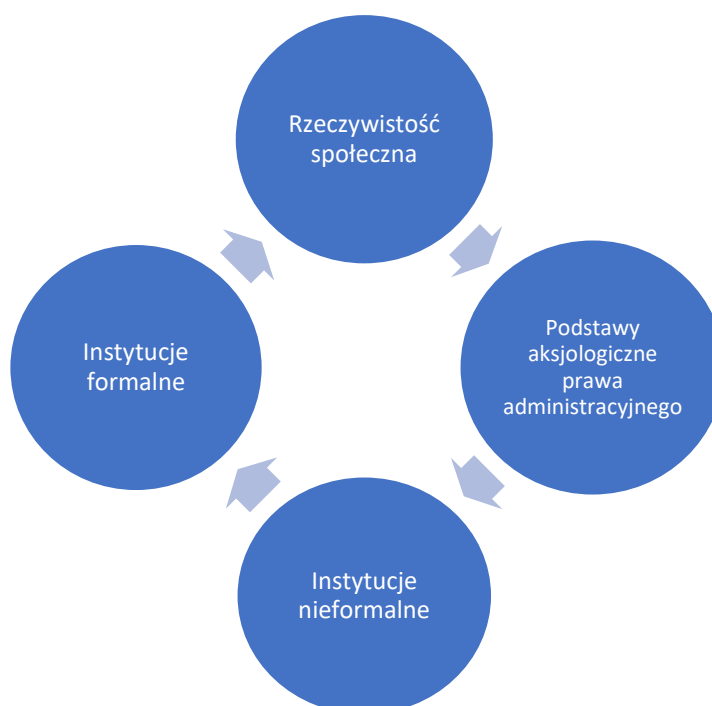
²⁷⁴ G.F. Schuppert, *Verwaltungskooperationsrecht (Public Private Partnership). Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts Regelungsbedarf und Handlungsoptionen eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership Rechts- und verwaltungswissenschaftliches*. Gutachten erstellt im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, Juni 2001, s. 97 (https://www.verwaltungs-innovativ.de/SharedDocs/Publikationen/Bestellservice/zweites_gutachten_verwaltungskooperationsrecht.pdf?blob=publicationFile&v=1, 4.10.2022).

²⁷⁵ T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*. Warszawa 2009, s. 92.

²⁷⁶ L. Jansen, *Gruppen...*, dz. cyt., s. 195.

Skoro zatem instytucje formalne i nieformalne wzajemnie się przenikają, zastanowić się należy nad metodą ich badań. Podstawą analizy instytucjonalnych uwarunkowań zmiany paradygmatu funkcjonowania administracji publicznej będzie opracowany w tym celu schemat, przedstawiający proces zmian instytucjonalnych, który pozwoli dokładniej przyjrzeć się zachodzącym zmianom (i ich przyczynom), które doprowadziły do konsensualizacji działań administracji (zob. rys. nr 3).

Rys. nr 3. Proces zmian instytucjonalnych



Źródło: opracowanie własne.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na specyficzny rozwój kooperatywnych form działania administracji. W przepisach prawa administracyjnego można bowiem znaleźć jedynie pojedyncze regulacje nakazujące organowi administracji publicznej, aby jego działania w stosunku do obywatela cechował element kooperacji. Zdaniem H. Jochum powściągliwość ustawodawcy w tym zakresie wynika ze sposobu rozwoju form działania administracji, które powstają oddolnie i stanowią odpowiedź na potrzeby praktyki administracyjnej. To praktycy szukają rozwiązań dla nowych problemów, a jeżeli rozwiązania te okażą się skuteczne, wówczas zostają skodyfikowane przez ustawodawcę²⁷⁷. Wydaje się jednak, że zanim koncepcje opracowane przez

²⁷⁷ H. Jochum, *Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozeßrecht*. Tübingen 2004, s. 170.

przedstawicieli administracji zostaną skodyfikowane, najpierw stanowią one przedmiot rozważań doktryny, która może mieć istotny wpływ na ostateczny kształt kodyfikacji.

Opracowany schemat opiera się na założeniu, że na przedpolu instytucji formalnych znajdują się instytucje nieformalne uwarunkowane określonymi wartościami, zgodnie z twierdzeniem, że „podstawowym kryterium wyróżniającym prawo administracyjne jako integralną gałąź prawa są podstawy aksjologiczne prawa administracyjnego (tzn. wartości, dla których ustawodawca stanowi prawo) oraz związana z tymi wartościami treść norm”²⁷⁸. Badając pod tym kątem instytucję umowy administracyjnej funkcjonującej w niemieckim porządku prawnym należy zatem zauważyć, że:

- jest ona osadzona w ramach określonego dyskursu administracyjnoprawnego, który tworzy, legitymizuje, komunikuje i transformuje instytucje nieformalne i formalne²⁷⁹,
- dyskurs ten uprawiany jest w określonym czasie i miejscu, dlatego też jest determinowany aspektem temporalnym i przestrzennym²⁸⁰,
- charakterystyczne są dla tej instytucji pewne praktyki materialne (sformalizowana treść umowy) i niematerialne (rozpoczęcie i prowadzenie negocjacji zmierzających do ustalenia treści umowy i jej zatwierdzenia) związane z jej funkcjonowaniem w obrocie administracyjnoprawnym.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, badając rozwój umowy administracyjnej w niemieckim porządku prawnym, odpowiedzieć należy na następujące pytania:

²⁷⁸ Z. Cieślak (w:) Z. Cieślak, I. Lipowicz, Z. Niewiadomski, *Prawo administracyjne, część ogólna*. Warszawa 2002, s. 55, cyt. za: J. Zimmermann, *Wprowadzenie*, (w:) tenże, *Wartości w prawie administracyjnym*. Warszawa 2015, s. 12, przypis nr 3. Na znaczenie wartości jako kryterium odróżniającego administrację publiczną od organizacji komercyjnych wskazuje się również w naukach o zarządzaniu. T. Rostkowski podkreśla, że w procesie oceny działań administracji publicznej uwzględnić należy etyczność, rozumianą jako zgodność działań z przyjętym systemem wartości, gdyż element ten „ma związek z uznaniem wartości prezentowanych przez administrację publiczną za kluczowy element pozwalający na odróżnienie organizacji komercyjnych od organizacji publicznych realizujących „misję administracji publicznej”. Etyczność działań jest szczególnie istotna w administracji publicznej (...)” (T. Rostkowski, *Strategiczne zarządzanie zasobami ludzkimi w administracji publicznej*. Warszawa 2012, s. 149).

²⁷⁹ Por. R. Keller, *Wissenssoziologische Diskursanalyse*, (w:) tenże i in. (red.), *Handbuch Sozialwissenschaftliche Diskursanalyse. Band I: Theorien und Methoden*. Opladen 2001, s. 113.

²⁸⁰ Zob. Z. Duniewska, *Prawo administracyjne materialne w obliczu zmieniającej się rzeczywistości – kilka refleksji*, (w:) M. Wierzbowski, J. Piecha, P. Gołaszewski, M. Cherka (red.), *Kryzys, stagnacja, renesans? Prawo administracyjne przyszłości. Księga jubileuszowa Profesora Jacka Jagielskiego*. Warszawa 2021, s. 313.

- 1) Kiedy i dlaczego doszło do ewolucji podstaw aksjologicznych prawa administracyjnego kształtujących instytucje nieformalne w ten sposób, że doprowadziły one do normatywizacji umowy administracyjnej?
- 2) W jaki sposób dokonano normatywizacji umowy administracyjnej?
- 3) W jakim zakresie zinstytucjonalizowana formalnie umowa administracyjna oddziałuje na rzeczywistość społeczną?

2.2. Instytucjonalne uwarunkowania zmiany paradygmatu funkcjonowania administracji publicznej

2.2.1. Systematyzacja faz rozwoju niemieckiej administracji publicznej

Lata 60. i 70. minionego wieku to okres, gdy działalność administracji publicznej oraz regulujące ją prawo administracyjne zaczęto postrzegać przez pryzmat socjologiczny²⁸¹. Zdano sobie sprawę z faktu, że instytucjonalna i funkcjonalna biurokratyzacja cechująca działalność administracji publicznej była skutkiem inflacji norm prawnych²⁸², które miały być gwarantem społecznej sprawiedliwości oraz porządku panującego w społeczeństwie w pogarszających się warunkach społeczno-gospodarczych, w jakich państwo musiało działać²⁸³. Połowa lat 70. minionego wieku w Niemczech to okres, gdy spowolniło się tempo wzrostu gospodarczego, ograniczono środki publiczne do dyspozycji administracji oraz przewidywano spadek populacji²⁸⁴. W takich warunkach aktywność państwa socjalnego zmierzająca do redukcji konsekwencji stratyfikacji materialnej społeczeństwa obejmowała coraz szerszy zakres działań w sferze gospodarczej, społecznej i kulturalnej. Troszcząc się o socjalne bezpieczeństwo jednostki państwo socjalne dążyło do utworzenia systemu instytucjonalnego gwarantującego świadczenie różnych usług²⁸⁵. Realizacja tego celu (tj. zagwarantowanie np. opieki zdrowotnej czy edukacji na różnych szczeblach) wymagała zarówno stworzenia

²⁸¹ Jednym z przejawów tego zjawiska było zwrócenie uwagi na jakość życia mieszkańców miast, zdefiniowaną następująco: „Jakość życia jest współdeterminowana przez administrację i jest subiektywnym odczuciem jednostek, które jest współdeterminowane przez działania administracyjne” (U. Tönnissen, *Alltägliche Lebensführung und Verwaltungsmodernisierung*, (w:) U. Mückenherger (red.), *Bessere Zeiten für die Stadt. Chancen kommunaler Zeitpolitik*. Wiesbaden 2001, s. 209).

²⁸² Por. R. Mayntz, *Governance im modernen Staat*, (w:) A. Benz (red.), *Governance - Regieren in komplexen Regelsystemen. Eine Einführung*. Wiesbaden 2004, s. 67 i n.

²⁸³ R. Pitschas, *Entbürokratisierung durch Beratung? - "Beratung" als bürokratisch-distanzierte Regulierungsform des Verwaltungsstaates*, (w:) R. Voigt (red.), *Gegentendenzen zur Verrechtlichung*. Opladen 1983, s. 225.

²⁸⁴ J. Abt i in., *Einführung...*, dz. cyt., s. 11.

²⁸⁵ H. Maurer, Ch. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 16.

odpowiedniej infrastruktury w postaci np. szpitali, szkół, obiektów sportowych, jak również odpowiednich rozwiązań normatywnych.

Z jednej strony rozumiano zatem, że kierowanie społeczeństwem (niem. *Steuerung*) wymaga odpowiednich regulacji prawnych²⁸⁶, z drugiej zaś podkreślano, że państwo produkujące kolejne normy prawne tworzy państwo administracyjne²⁸⁷ (niem. *Verwaltungsstaat*), zdominowane przez urzędy i sądy, „które same tworzą prawo, wykonują je, monitorują przestrzeganie i sankcjonują naruszenia – ale mimo to cierpią z powodu przeciążenia regulacyjnego”²⁸⁸. Działania administracji były zgodne z wykreowaną przed laty, nieprzystającą do rzeczywistości drugiej połowy XX w., weberowską koncepcją biurokracji²⁸⁹ (jej główne założenia przedstawia tabela nr 2), tj. dokonywały się w gąszczu paragrafów²⁹⁰, a relacja między obywatelem i administracją publiczną naznaczona była „ściśle zazębianą siecią dogmatycznych reguł prawnych, (...), gęstą siecią precyzyjnie dopracowanych przepisów kompetencyjnych, wytycznymi proceduralnymi i formalnymi”²⁹¹.

²⁸⁶ Jednocześnie podkreślić należy, że innym ważnym czynnikiem przyczyniającym się do inflacji prawa był (i jest) postęp techniczny i technologiczny, który w istotny sposób kreuje nowe zagadnienia prawne, wymagające nowych regulacji. Jako przykład z historii gospodarczej można podać rozwój technicznego prawa bezpieczeństwa w Prusach (od 1831 r.), które stanowiło odpowiedź na wykorzystywaną coraz częściej w kolejnych gałęziach rodzącego się przemysłu maszynę parową. Jako współczesny przykład można podać wpływ rozwoju technologii komunikacyjno-informacyjnych na rozwój nowej dziedziny prawa, jaką jest prawo ochrony danych osobowych (V. Boehme-Neßler, *Das Ende des Staates? Zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf den Staat*, „Zeitschrift für öffentliches Recht”, nr 64/2009, s. 147). Rozwój technologiczny nie pozostał również bez wpływu na prawny kształt umowy administracyjnej, o czym więcej w dalszej części pracy.

²⁸⁷ Więcej na temat idei państwa administracyjnego z perspektywy normatywnej i socjologicznej (faktycznej) zob. T. Teshima, *Über den Verwaltungsstaat*, (w:) H. Conrad i in. (red.), *Gedächtnisschrift Hans Peters*. Berlin, Heidelberg, New York 1967, s. 583-591.

²⁸⁸ R. Pitschas, *Entbürokratisierung...*, dz. cyt., s. 225. Na marginesie warto zwrócić w tym kontekście uwagę na polemikę podjętą z takim stanowiskiem przez Z. Duniewską, której zdaniem „Samo zwiększanie i zmiany przepisów prawa nie zasługują na krytykę, jeśli są rzeczywiście uzasadnione i odpowiadają wymaganiom prawnie standardom. Pożądana stabilność prawa nie jest i nie może być traktowana jako wartość absolutna” (Z. Duniewska, *Prawo...*, dz. cyt., s. 316).

²⁸⁹ Na temat ewolucji pojęcia biurokracja w niemieckiej administracji zob. B. Wunder, *Bürokratie: Die Geschichte eines politischen Schlagwortes*, (w:) A. Windhoff-Héritier (red.), *Verwaltung...*, dz. cyt., s. 277-301. Na temat współczesnego rozumienia tego terminu zob. P. Eichhorn, *ABC. Glossar. XYZ. Bürokratisierung*, „Deutsche Verwaltungspraxis”, nr 9/2015, s. 364.

²⁹⁰ Symptomatyczne dla tych działań było określenie państwa jako „dżungli z ustaw, rozporządzeń i reform wymagających ciągłego reformowania” (I. Gerlach, *Der schlanke Staat - Perspektiven der Deregulierung*, (w:) N. Konegen, P. Kevenhörster, W. Woyke (red.), *Politik und Verwaltung nach der Jahrtausendwende - Plädoyer für eine rationale Politik. Festschrift für Gerhard W. Wittkämper zum 65. Geburtstag*. Opladen 1998, s. 214). W opracowaniach naukowych pojawiła się również obawa, że nadmiar przepisów prawnych skutkować może „selektywną praworządnością administracji” (niem. *selektive Gesetzmäßigkeit*) (M. Niedobitek, *Rechtsbindung der Verwaltung und Effizienz des Verwaltungsverfahrens*, „Die Öffentliche Verwaltung”, nr 18/2000, s. 762, przypis nr 7).

²⁹¹ R. Pitschas, *Entbürokratisierung...*, dz. cyt., s. 226.

**Tab. nr 1. Założenia idealnej biurokracji
i ich implikacje dla funkcjonowania administracji publicznej**

Założenia idealnej biurokracji	Wybrane implikacje dla funkcjonowania administracji publicznej
Typowe działania realizowane dla osiągnięcia celów organizacji są rozmieszczone w ściśle określony sposób jako obowiązki służbowe.	Istnieje jasny podział pracy i władzy (uprawnień, odpowiedzialności) oraz formalne opisy stanowisk pracy. Obowiązki i odpowiedzialność powiązane są z konkretnym stanowiskiem, a nie z osobą. Występuje specjalizacja na poszczególnych stanowiskach.
Struktura organizacyjna urzędów ma hierarchiczny, wieloinstancyjny porządek (każdy niższy szczebel struktury podporządkowany jest szczeblowi wyższemu), a także stanowi układ otwarty, co oznacza, że istnieje możliwość przechodzenia z jednego poziomu na drugi.	Uprawnienia na danym stanowisku, a także podejmowana odpowiedzialność, zależne są od pozycji w strukturze organizacyjnej. Istnieje wertykalny przepływ pracy i procesów.
Wszystkie operacje oraz zachowania uczestników są zarządzane poprzez system utrwalonych, formalnych przepisów	Występuje uniwersalność zasad i regulacji odnoszących się do wszystkich członków organizacji. Wszystkie zachowania uczestników zbiorowości określone są normami prawnymi. Działania są wystandaryzowane.
Idealny urzędnik sprawuje urząd w duchu formalistycznej bezosobowości (w ramach kariery zawodowej lub powołania), bez niechęci, emocji, chęci zemsty, ale też bez nadmiernego entuzjazmu.	Występuje depersonalizacja stanowiska pracy. Brak faworyzowania i nepotyzmu.
System promowania opiera się na zasadzie starszeństwa lub osiągnięć (lub na obydwu tych czynnikach).	Rekrutacja, zatrudnienie i promowanie bazują na merytorycznych kwalifikacjach i osiągnięciach, a także na specjalizacji i doświadczeniu. Obowiązuje zasada kompetencji, oznaczająca m.in. wyposażenie w zespół uprawnień i obowiązków osób odznaczających się kwalifikacjami, określonymi przez odpowiednie akty prawne (dyplomy, tytuły). Występuje profesjonalizm.
Działalność urzędowa oparta jest na zasadzie dokumentacji.	Istnieją pisemne (w formie formalnych dokumentów) wytyczne m.in. co do sposobów zachowania i osiągania wydajności przez urzędników
Rozdzielenie sztabu administracyjnego i własności środków administracji (oddzielenie własności prywatnej od publicznej).	Oddzielenie stanowisk służbowych od możliwości wykorzystania ich do osobistych celów. Niemożność sprzedania czy wdzierżawienia majątku urzędu przez urzędnika (nie jest on bowiem właścicielem swojego stanowiska, ani przypisanych mu narzędzi pracy).

Źródło: R. Raczyńska, K. Krukowski, *Zarządzanie w administracji publicznej. Od idealnej biurokracji do zarządzania procesowego*. Kraków 2020, s. 39 i n.²⁹²

²⁹² Ze względu na zachowanie precyzji wywodu zmieniono tytuł drugiej kolumny z „Wybrane implikacje dla oganizacji” na „Wybrane implikacje dla funkcjonowania administracji publicznej”.

Państwo znajdowało się zatem w stanie przeciążenia regulacyjnego, którego istotę oddawały dwa pojęcia: zawodność państwa (niem. *Staatsversagen*) oraz kryzys polityki regulacyjnej (niem. *Krise der regulativen Politik*)²⁹³, skutkujący niemożnością sterowania procesami zachodzącymi w państwie (niem. *Steuerungsversagen*) oraz zawodnością tworzonego prawa (niem. *Rechtsversagen*)²⁹⁴. Kreowana w opisany wyżej sposób biurokratyzacja administracji publicznej utrudniała przepływ informacji oraz uniemożliwiała komunikację między obywatelem i urzędnikiem, zgodnie z zasadą zachowania w tajemnicy specjalistycznej wiedzy urzędniczej²⁹⁵. Innymi słowy można rzec, że administracja stawiała się coraz mniej wydajna, a remedium upatrywano w kooperacji²⁹⁶. W literaturze przedmiotu podkreślano konieczność ewolucji administracji w kierunku komunikacyjnego systemu społecznego przetwarzającego informację, tak aby jednym z celów funkcjonowania administracji publicznej było świadczenie usług z myślą o obywatelu i we współpracy z nim²⁹⁷. Aby rozwój taki mógł się dokonać, niezbędne było wyjście naprzeciw obywatelowi i uwzględnienie jego potrzeb w procesie podejmowania decyzji przez organ administracji publicznej. Był to jeden z powodów zmiany paradygmatu funkcjonowania administracji publicznej, która była efektem reform przeprowadzonych w ramach modernizacji państwa.

Idea modernizacji państwa²⁹⁸ (niem. *Modernisierung des Staates*) zdominowała niemiecki dyskurs nad prawem administracyjnym w XX w. Koncepcja ta wzbudzała zainteresowanie wśród przedstawicieli różnych dyscyplin naukowych. Interesowali się nią (i wciąż interesują) politolodzy, socjolodzy, ekonomiści, administratywiści oraz prawnicy²⁹⁹, co wiąże się z jej multidyscyplinarnym charakterem, ponieważ

²⁹³ F. Shirvani, *Das Kooperationsprinzip...*, dz. cyt., s. 44.

²⁹⁴ E.-H. Ritter, *Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat*, (w:) D. Grimm (red.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*. Baden-Baden 1990, s. 69.

²⁹⁵ P. Richter, *Es werde Licht! Und es ward Licht? – Zur Wirkung von Transparenz auf die Legitimität öffentlicher Verwaltung*. „Politische Vierteljahresschrift”, nr 58/2/2017, s. 235.

²⁹⁶ A. Wahl, *Kooperationsstrukturen im Vertragsarztrecht*. Berlin 2001, s. 27.

²⁹⁷ J. Martens, *Der Bürger als Verwaltungsuntertan?* „Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”, nr 1 (69)/1-2/1986, s. 128 i n.

²⁹⁸ Synonimicznie proces ten określano również jako modernizację administracji (niem. *Verwaltungsmodernisierung*).

²⁹⁹ S. Kropp, *Modernisierung des Staates in Deutschland. Konturen einer endlosen Debatte*. „Politische Vierteljahresschrift”, nr 45/3/2004, s. 416; Ch. Reichard, M. Röber, *Konzept und Kritik des New Public Management*, (w:) E. Schröter (red.), *Empirische Policy- und Verwaltungsforschung. Lokale, nationale und internationale Perspektiven. Für Hellmut Wollmann zum 65. Geburtstag*. Wiesbaden 2001, s. 372.

„[p]oszukiwanie nowych socjologicznych i politycznych metod regulowania i porządkowania wynika z doświadczeń wyniesionych z praktyki politycznej”³⁰⁰.

Treść idei modernizacji państwa podlegała na przestrzeni lat ciągłej ewolucji wraz ze zmianami zachodzącymi w społeczeństwie, a ze względu na jej interdyscyplinarny charakter trudno pojęciu temu nadać ostre kontury³⁰¹. Sprecyzowanie treści tej idei jest łatwiejsze, gdy na proces ten spojrzy się przez pryzmat głównych wizji państwa, które stanowiły punkt wyjścia do wprowadzenia zmian. Główne etapy modernizacji administracji w Niemczech od momentu utworzenia Republiki Federalnej Niemiec w roku 1949 przedstawia poniższa tabela:

Tab. nr 2. Fazy, główne idee i koncepcje teoretyczne wpływające na rozwój Republiki Federalnej Niemiec

Okres	Główne cechy	Idea główna i koncepcja teoretyczna
1949 do początku lat 1960-tych	budowa i konsolidacja, usuwanie skutków wojny	państwo demokratyczne
połowa lat 1960-tych do połowy lat 1970-tych	planowanie, rozbudowa administracji świadczącej	państwo aktywne / aktywna polityka
koniec lat 1970-tych do połowy lat 1990-tych	debiurokratyzacja, zmniejszenie zadań publicznych, prywatyzacja, racjonalizacja, kontrola	szczupłe państwo
od połowy lat 1990-tych	społeczeństwo obywatelskie, regulacja, kooperacja, regulacja współpracy, zaufanie i podział odpowiedzialności	państwo aktywizujące

Źródło: R. Klimecki, *Governance – Wandel als Lernprozess*, (w:) R. Koch, J. Dixon (red.), *Public Governance...*, dz. cyt., s. 162; D. Schimanke, *Das Konzept...*, dz. cyt., s. 234.

Podkreślić jednak należy, że powyższa systematyzacja faz rozwoju niemieckiej administracji ma bardzo ogólny charakter, co wynika z faktu, że w każdej z tych faz przeplatały się ze sobą idee polityczne, koncepcje naukowe i ich faktyczne

³⁰⁰ C. Offe, *Governance – „puste pojęcie” czy naukowy program badawczy*. „Zarządzanie Publiczne”, nr 3(21)/2012, s. 95.

³⁰¹ B. Blanke, S. von Bandemer, F. Nullmeier, G. Wewer, *Vorwort*, (w:) ciż (red.), *Handbuch...*, dz. cyt., s. 9; J. von Lucke, K. Gollasch, *Open Government. Offenes Regierungs- und Verwaltungshandeln – Leitbilder, Ziele und Methoden*. Wiesbaden 2022, s. 17 i n.; M. Wallerath, *Der ökonomisierte Staat. Zum Wettstreit zwischen juristisch-politischem und ökonomischem Paradigma*. „Juristenzeitung”, nr 5/2001, s. 211-215.

implementacje. Jako że zjawiska te wzajemnie się warunkowały, bliższe naukowej prawdy jest używanie pojęcia fazy z dominującym założeniem (polityczno-naukowym)³⁰², zwłaszcza jeśli uwzględni się dodatkowo fakt, że niektóre postulaty powracały w różnych fazach niczym bumerang. Jako przykład można podać posiadający już długą tradycję w Niemczech proces debiurokratyzacji, polegający na zmniejszeniu liczby regulacji prawnych i uproszczeniu pozostałych przepisów³⁰³. „Przypomnieć należy wielką falę debiurokratyzacji, pod koniec lat siedemdziesiątych, na początku lat osiemdziesiątych zarówno w krajach związkowych, jak również później na płaszczyźnie federacji („Komisja Waffenschmidta”³⁰⁴), która miała na celu zredukować administrację i przyspieszyć postępowanie w zakresie wydawania zezwoleń, natomiast na początku lat dziewięćdziesiątych celem debiurokratyzacji było uproszczenie zgłoszenia działalności gospodarczej w nowych krajach związkowych”³⁰⁵. Kwestię systematyzacji faz rozwoju niemieckiej administracji komplikuje dodatkowo fakt, że tradycyjne wyobrażenie „administracji publicznej” w formie hierarchicznej piramidy, której niższe szczeble sterowane są przez szczeble wyższe, nie odpowiada rzeczywistości, w której administrację publiczną cechują takie cechy jak specjalizacja, zróżnicowanie i fragmentaryzacja. Dlatego też J. Bogumil i W. Jann postulują, by pojęcie „administracja publiczna” zastąpić terminem „sektor publiczny”³⁰⁶, który lepiej wyraża wewnętrzne zróżnicowanie oraz usieciowienie organizacji realizujących zadania publiczne³⁰⁷. Mając powyższe na uwadze wspomniani autorzy zaproponowali systematyzację rozwoju faz administracji w oparciu o jej obraz normatywny. Wyróżniono 4 modele administracji: administrację autonomiczną, administrację hierarchiczną, administrację kooperacyjną i administrację responsywną. Główne cechy poszczególnych modeli przedstawia tabela nr 4:

³⁰² D. Schimanke, *Das Konzept...*, dz. cyt., s. 235.

³⁰³ Jak przekonująco wyjaśnia H.P. Bull, nieumiejętnie prowadzona debiurokratyzacja przyczynia się do rozwoju biurokratyzacji. O przykładach tego rodzaju działań zob. H.P. Bull, *Vom Auf- und Abbau der Bürokratie*. „Verwaltung und Management”, nr 11/5/2005, s. 229.

³⁰⁴ Jest to skrócona nazwa komisji powołanej w 1983 r. do uproszczenia obowiązujących przepisów oraz postępowania administracyjnego (niem. *Kommission für Rechts- und Verwaltungsvereinfachung des Bundes*) (zob. W.H. Lorig, *Modernisierung des Öffentlichen Dienstes. Politik und Verwaltungsmanagement in der bundesdeutschen Parteiendemokratie*. Wiesbaden 2001, s. 79).

³⁰⁵ J. Bogumil, W. Jann, *Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland. Eine Einführung*. Wiesbaden 2020, s. 193.

³⁰⁶ W niniejszej pracy pojęcia „administracja publiczna” i „sektor publiczny” traktowane są synonimicznie.

³⁰⁷ J. Bogumil, W. Jann, *Verwaltung...*, dz. cyt., s. 254. Na temat sieci zob. więcej A. Pawłowska, *Partnerstwo międzysektorowe jako forma współzrządzenia w świetle badań*, (w:) J. Zimmermann, P.J. Suwaj (red.), *Wpływ...*, dz. cyt., s. 390-392.

Tab. nr 3. Modele administracji wyróżnione w oparciu o kryterium obrazu normatywnego

	Administracja autonomiczna	Administracja hierarchiczna	Administracja kooperatywna	Administracja responsywna
Tryb działania (Intensywność sposobu działania)	<i>działania o charakterze imperatywnym ewoluują w kierunku działań kooperatywnych</i>			
Rola organizacji publicznych	ureczywistnienie dobra publicznego	realizacja określonych demokratycznie politycznych kierunków działań	twórca i moderator złożonych systemów opartych na negocjacji	zaspokojenie życzeń klientów
Państwo	samodzielne, autonomiczne państwo autokratyczne	demokratyczne państwo konstytucyjne (reprezentacja, legalność, legitymacja)	pluralistyczne/ korporacyjne państwo negocjujące	państwo partycypacyjne
Przesłanki normatywne	dobro publiczne, prawda (wartości moralne i profesjonalne)	demokracja (reprezentacja, legalność, legitymacja)	rozwiązanie problemu (konsens, kompromis, uwzględnienie interesu stron)	usługa (administracja przyjazna obywatelowi, wydajność, efektywność, orientacja na klienta)
Administracja w systemie rządowym	ochrona administracji przed otoczeniem (politycy, partie, związki i obywatele jako zagrożenie dobra publicznego)	administracja jako aparat, na którym można polegać (hierarchiczne sterowanie)	administracja jako partner (reprezentowanie interesu administracji, powiązania horyzontalne)	administracja jako organizacja nastawiona na konkurencję (w bezpośrednim kontakcie z klientami)
Pierwszoplanowa rola obywatela	Poddany	wyborca	uczestnicy organizacji	klienci, konsumenci, ko-producent
Tworzenie polityki	neutralna biurokracja eksperti specjalizacja	wybory parlament gabinet	usieciowienie polityczne korporacjonizm	partycypacja obywatelska
Realizacja polityki	neutralne organizacje eksperti specjalizacja	neutralne organizacje eksperti specjalizacja	polityczni biurokraci	profesjonalna organizacja obywatel jako ko-producent

Źródło: J. Bogumil, W. Jann, *Verwaltung...*, dz. cyt., s. 255; S. Baer, „*Der Bürger im Verwaltungsrecht*”. *Subjektkonstruktion durch Leitbilder vom Staat*. Tübingen 2006, s. 131.

Dla dalszych rozważań kluczowe znaczenie ma zjawisko zmiany trybu działania administracji na przestrzeni lat, chociaż istotę tych zmian lepiej oddaje pojęcie „intensywności sposobu działania”. Jak dowiodła wcześniejsza analiza, nawet w dobie państwa absolutnego wyróżnić można było wśród faktycznych działań administracji działania o charakterze kooperatywnym, natomiast współcześnie, w dobie demokratycznego państwa prawa nastawionego na współpracę z obywatelem trudno wyobrazić sobie administrację publiczną pozbawioną możliwości jednostronnego władczego działania.

Już pobieżna analiza typów administracji wyróżnionych na podstawie kryterium, które zaproponowali J. Bogumil i W. Jann, pozwala dojść do wniosku, że jeden typ obejmuje kilka naukowych koncepcji teoretycznych poświęconych funkcjonowaniu administracji. Na administrację kooperatywną składają się założenia wypracowane w oparciu o wizję państwa szczupłego oraz państwa aktywizującego. Dlatego też w dalszej kolejności podjęta zostanie próba wyjaśnienia, na czym polegała modernizacja państwa przeprowadzona na gruncie tych dwóch koncepcji. Biorąc natomiast pod uwagę rolę i znaczenie umowy administracyjnej w państwie kooperacyjnym i responsywnym, na potrzeby dalszych rozważań przyjmuję, że państwo responsywne stanowi uszczegółowienie założeń, na których opiera się wizja państwa kooperacyjnego, dlatego też państwo responsywne nie będzie stanowiło przedmiotu oddzielnej analizy.

2.2.2. Istota modernizacji państwa – od państwa szczupłego do państwa kooperującego

Aby nadać pojęciu „modernizacja administracji” wyrazistszych konturów, przyjęta została w niniejszej pracy definicja, którą przedstawił M. Jänicke. Jego zdaniem „modernizacja stanowi instytucjonalizację oraz zróżnicowanie poziomu rozwiązywania problemów natury technologicznej, polityczno-społecznej oraz naukowo-kulturalnej na podstawie gruntownej zmiany paradygmatu”³⁰⁸. Jako że rdzeniem tak rozumianej modernizacji mają być fundamentalny przełom oraz innowacyjne kierunki zmian³⁰⁹,

³⁰⁸ M. Jänicke, *Ökologische und politische Modernisierung in entwickelten Industriegesellschaften*, (w:) V. von Prittwitz (red.), *Umweltpolitik...*, dz. cyt., s. 17. Inne definicje omawianego pojęcia zob. np. J. Ziekow, *Auswirkungen der Modernisierung der Verwaltung auf das Verwaltungsverfahrenrecht*. „Verwaltung und Management”, nr 6/4/2000, s. 202. Autor ten definiuje omawiane pojęcie jako „strategię socjalnych systemów zmierzającą do utrzymania innowacyjności i umiejętności rozwiązywania problemów” (tamże, s. 203).

³⁰⁹ M. Jänicke, *Ökologische und politische Modernisierung...*, dz. cyt., s. 17.

przyjąć należy, że proces instytucjonalizacji powinno się interpretować w duchu nowej ekonomii instytucjonalnej (niem. *Neue Institutionenökonomie*) – dotyczy on zatem zarówno szeroko rozumianych zmian w sferze regulacji prawnych (instytucjonalizacja formalna), jak również w sferze świadomości obywateli oraz urzędników³¹⁰. Zmiany te dokonują się na tle przemian założeń aksjologicznych zachodzących w społeczeństwie (instytucjonalizacja nieformalna)³¹¹. Za taką interpretacją wspomnianego pojęcia przemawia niewątpliwie fakt, że mimo zwrócenia uwagi na bogactwo problemów, które musi rozwiązać administracja publiczna, M. Jänicke w ogóle nie wspomina o sposobie, w jaki należy to zrobić. W przypadku form działań administracji zmiana paradygmatu wiąże się zasadniczo z nowymi regulacjami prawnymi, lepiej dostosowanymi do rozwiązywania coraz to nowych wyzwań, z którymi mierzyć się muszą obywatele oraz administracja publiczna³¹². Problem pominięcia kwestii nowych regulacji prawnych w przytoczonej wyżej definicji znika przy założeniu, że proces instytucjonalizacji obejmuje aspekt formalny i nieformalny.

Na płaszczyźnie nieformalnej modernizacja państwa (zwłaszcza od lat 70. XX w.) wymagała dokonania nowych ustaleń dogmatycznych w zakresie form działania administracji, co wynikało z konieczności zmiany założeń, na których opierał się tradycyjny paradygmat władczych działań administracji publicznej³¹³. Aby stało się to możliwe, niezbędna była „ewolucja najgłębszych założeń systemu”, do której dojść musiało „na szerszym planie - w ramach pojmowania generalnych założeń prawa administracyjnego”³¹⁴. Jedną z najważniejszych zmian w tym zakresie była reinterpretacja zasady związania administracji prawem, zmierzająca w kierunku

³¹⁰ W tym miejscu raz jeszcze zaakcentować należy chorologiczny aspekt przebiegu procesu modernizacji administracji, który różni się w zależności od kraju związkowego. W sposób tabelaryczny przebieg tego procesu w poszczególnych landach przedstawił G. Konzendorf w pracy *Verwaltungsmodernisierung in den Ländern. Überblick und Einblicke*. Speyer 2003, s. 7-62.

³¹¹ W szerszym kontekście modernizacja administracji powinna doprowadzić do ewolucji idei państwa, które z instytucjonalnej jednostki działającej w sposób władczy przekształca się w partnera podejmującego decyzję w ramach współpracy z podmiotami administrowanymi (A. Wahl, *Kooperationsstrukturen...*, dz. cyt., s. 27).

³¹² Chociaż jak pokazuje historia rozwoju instytucji umowy administracyjnej nowe formy działania administracji mogą stanowić efekt działań pracowników administracji poszukujących optymalnych rozwiązań.

³¹³ Podkreślenia wymaga fakt, że obok paradygmatu tradycyjnego rozwijał się również nurt działań administracji opartych na współpracy organów administrujących z podmiotami administrowanymi (niem. *kooperatives Verwaltungshandeln*). Jak zauważa jednak D. Song, zadania publiczne były realizowane przez organy administracji poprzez formy działań o charakterze konsensualnym już w XIX w. (D. Song, *Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts*. Berlin 2000, s. 24).

³¹⁴ Z. Cieślík, *Umowa...*, dz. cyt., Lex/el.

rozluźnienia jej rygorów³¹⁵. Zmiana postrzegania jednego z podstawowych założeń, na którym opierało się prawo administracyjne, była możliwa m.in. dzięki zmianom, które dokonały się na płaszczyźnie przekonań dotyczących możliwości kształtowania stosunków administracyjnoprawnych na drodze działań nieformalnych lub konsensualnych³¹⁶. Proces ten wyjaśnia A. Nita, dowodząc, że wiązał się on „z postępującą ewolucją państwa i malejącym niebezpieczeństwem ograniczania praw jednostki przez onipotentne państwo. Osłabła zatem obawa co do tego, że silne państwo lub inny podmiot publiczny jako strona horyzontalnie ukształtowanego stosunku prawnego będzie narzucać swoją wolę słabszemu partnerowi – jednostce (podmiotowi niepublicznemu), będącej drugą stroną tej samej relacji prawnej. Konstrukcje prawne opierające się na czynniku porozumienia zaczęto zaś uznawać za przejaw racjonalnego działania w zakresie administracji publicznej”³¹⁷. Ustawowa regulacja umowy administracyjnej (będąca najważniejszym przejawem zmiany paradygmatu funkcjonowania administracji) stanowiła zatem wyraz trwałej zmiany sięgającej w głąb systemu wartości leżących u podstaw prawa administracyjnego, która umożliwiła skuteczną modyfikację relacji między władzą publiczną a jednostką³¹⁸. Zwracano również uwagę na fakt, że skuteczność tradycyjnych władczych działań administracji uzależniona jest od ich akceptacji przez podmioty administrowane³¹⁹.

Na konieczność zmiany paradygmatu funkcjonowania administracji wpłynęło również przekonanie, że klasyczne instrumenty prawa administracyjnego przestały sprawdzać się w złożonej rzeczywistości, której nie dało się zredukować do prostych stanów faktycznych. Jednym z badaczy, który starał się wyjaśnić na gruncie prawa administracyjnego zagadnienie złożonej rzeczywistości był E.-H. Ritter, którego zdaniem zjawisko to wynika z:

- „różnorodności czynników, które wpływają na życie jednostki oraz na procesy zachodzące w społeczeństwie i tym samym przyczyniają się do rozwoju licznych zmiennych wpływających na proces sterowania,
- gęstej sieci sprzężeń zwrotnych zachodzących między tymi czynnikami,

³¹⁵ Tamże.

³¹⁶ L. Beyer, *Informationsmanagement...*, dz. cyt., s. 134.

³¹⁷ A. Nita, *Porozumienia w prawie podatkowym. Horyzontalne metody determinacji powinności podatkowej*. Warszawa 2014, s. 71.

³¹⁸ I. Lipowicz, *Prawo administracyjne wobec nowych potrzeb społecznych*, (w:) W. Jakimowicz, M. Krawczyk, I. Niżnik-Dobosz (red.), *Fenomen prawa administracyjnego: księga jubileuszowa Profesora Jana Zimmermanna*. Warszawa 2019, Lex/el., s. 570).

³¹⁹ F. Shirvani, *Das Kooperationsprinzip...*, dz. cyt., s. 43.

- nieprzewidywalności powiązań występujących w tej sieci, uwarunkowanej nie tylko pod względem kwantytatywnym liczebnością istniejących zależności, ale także aspektami przestrzennymi i temporalnymi (np. skutki działań mające wpływ na kolejne pokolenia lub na środowisko)³²⁰.

W tej nowej rzeczywistości, w której oczekiwania obywateli wobec państwa stale rosły, coraz trudniejsze stawało się kształtowanie stosunków społecznych (sterowanie państwem) przy pomocy norm prawnych o charakterze abstrakcyjno-generalnym³²¹. Sprawdzały się one co prawda w jednolitym społeczeństwie, podlegającym niewielkim zmianom, jednak w czasach pluralizmu światopoglądowego i promowania indywidualizmu napotkały na istotne ograniczenia³²². Nieprawdą okazało się także, jakoby państwo dysponowało wszystkimi istotnymi informacjami umożliwiającymi mu realizację działań bez współpracy z jednostkami, do których działania te były skierowane³²³. Coraz bardziej skomplikowana rzeczywistość społeczna utrudniała osiąganie założonych przez państwo celów sterowania społeczeństwem, gdyż cele te można było realizować w przypadku bezpośredniego oddziaływania na różne podmioty, co w przestrzeni społecznej wypełnionej różnego rodzaju zależnościami i powiązaniami stało się niemal niemożliwe. Linearny i prosty łańcuch kauzalny stracił rację bytu, dlatego też erozji zaczęły ulegać tradycyjne prawne formy działania administracji³²⁴. Zmienność i nieprzewidywalność otoczenia sprawiły, że sprawne i efektywne realizowanie zadań publicznych wymagało zmiany strategii działania, u której podstaw w nowej rzeczywistości legło podejście sieciowe, oparte na współpracy³²⁵. Okazało się, że różnorodne cele stawiane przed administracją publiczną mogą zostać osiągnięte dzięki znalezieniu kompromisu wypracowanego na drodze negocjacji z podmiotami administrowanymi³²⁶. Kompromis taki stanowi zatem efekt zmiany w podejściu do osiągania celów w przestrzeni publicznej. O ile jednostronne władcze działania

³²⁰ E.-H. Ritter, *Das Recht...*, dz. cyt., s. 71.

³²¹ Tamże, s. 70.

³²² D. Song, *Kooperatives Verwaltungshandeln...*, dz. cyt., s. 25.

³²³ F. Shirvani, *Das Kooperationsprinzip...*, dz. cyt., s. 43.

³²⁴ M. Felder, *Die Transformation von Staatlichkeit. Europaisierung und Bürokratisierung in der Organisationsgesellschaft*. Wiesbaden 2001, s. 162.

³²⁵ E.-H. Ritter, *Das Recht...*, dz. cyt., s. 72. Podejście to dotyczy zarówno współpracy między sektorem publicznym i prywatnym, jak również wewnętrznej współpracy organów administracji publicznej, mającej charakter formalny i nieformalny (I. Mergel, *Digitale Transformation als Reformvorhaben der deutschen öffentlichen Verwaltung*, „dms – der moderne staat – Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management”, nr 1/2019, s. 164); J. Jakubek-Lalik, D. Sześciło, *Kontraktualizm jako metoda sterowania w administracji rządowej*, (w:) J. Korczak (red.), *Cywilizacja...*, dz. cyt., s. 173-181.

³²⁶ D. Schimanke, *Das Konzept...*, dz. cyt., s. 243.

administracji miały na celu głównie przełamanie oporu stawianego przez podmioty administrowane, o tyle w państwie kooperacyjnym kładzie się nacisk na inicjatywę obywateli oraz na proces ich identyfikacji z celami, do których dąży administracja publiczna³²⁷. Skoro jednostronne władcze działania administracji nie kreowały trwałych rozwiązań³²⁸, działaniami umożliwiającą współpracę organów administracji z podmiotami administrowanymi stały się działania konsensualne służące kooperatywnej konkretyzacji prawa (kooperatywnemu wykonaniu prawa). Obok wszelkiego rodzaju konsultacji i uzgodnień przejawem tego typu działań stała się umowa administracyjna³²⁹.

Przetarcie szlaków od formalnych zapisów ustawy do praktyki administracyjnej wiązało się jednak z udzieleniem odpowiedzi na liczne pytania. Najważniejsze dotyczyły wpływu stosowania umowy administracyjnej na wydajność i efektywność działań administracji. Nie bez znaczenia była również kwestia legitymacji takich decyzji oraz włączenia obywatela w proces decydowania³³⁰. Wykorzystanie potencjału tkwiącego w umowie administracyjnej wymagało zatem nowego podejścia do procesu administrowania i odmiennego od prezentowanego w klasycznych poglądach spojrzenia na prawo administracyjne i współpracę administracji z obywatelem³³¹.

Koncepcjami poprzedzającymi rozwój współczesnego państwa kooperacyjnego były idea szczupłego państwa (eksploatowana politycznie), idea państwa funkcjonalnego (która nie wyszła poza dyskurs naukowy) oraz idea państwa aktywizującego.

Idea szczupłego państwa stanowiła od 1983 r. element programu rządu chrześcijańsko-liberalnego. Jej wcielenie w życie miało na celu³³²:

- redukcję obciążeń państwa,
- wzmocnienie instytucji rynku dzięki deregulacji,
- prywatyzację zadań państwa,
- zwiększenie konkurencyjności państwa na arenie międzynarodowej.

³²⁷ E.-H. Ritter, *Das Recht...*, dz. cyt., s. 70; W. Hoffmann-Riem, *Selbstbindungen der Verwaltung*, „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, nr 40/1982, s. 201 i n.

³²⁸ L. Beyer, *Informationsmanagement...*, dz. cyt., s. 140; E.-H. Ritter, *Der kooperative Staat: Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Wirtschaft*, „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 104/3/1979, s. 390.

³²⁹ T. Kalenborn, *Staatliche Kooperation...*, dz. cyt., s. 304.

³³⁰ D. Schimanke, *Das Konzept...*, dz. cyt., s. 243.

³³¹ Tamże.

³³² H.-J. Lange, J.-C. Schenck, *Polizei im kooperativen Staat. Verwaltungsreform und Neue Steuerung in der Sicherheitsverwaltung*, Wiesbaden 2004, s. 71.

Powyższe zmiany były niezbędne z kilku powodów. Redukcja obciążeń państwa oznaczała zmniejszenie deficytu budżetowego i długu publicznego. Lata 1991-1994 oraz 1996 to okres, gdy Niemcy przekroczyły tzw. kryterium z Maastricht, które regulowało stabilność finansową państwa (deficyt budżetowy przekroczył wówczas dopuszczalną granicę 3% PKB)³³³.

Z kolei wycofanie się państwa z rynku uzasadniano m.in. słabnącą pozycją Niemiec w procesie pozyskiwania zagranicznych inwestorów, którzy coraz rzadziej postrzegali Niemcy jako kraj optymalnej lokalizacji działalności gospodarczej³³⁴. Inflacja prawa i biurokratyzacja sprawiały, że ocena ryzyka lokalizacji działalności gospodarczej³³⁵ w Niemczech w porównaniu z innymi krajami była niekorzystna.

Modernizacja państwa obejmowała zatem działania z różnych obszarów. Wprowadzane zmiany wykraczały poza sam model funkcjonowania administracji publicznej i ingerowały w sferę działalności gospodarczej. Przykładowo, jak pisał J. Huber, do połowy lat 80. minionego wieku modernizacja państwa oznaczała m.in. podejmowanie działań mających na celu industrializację Niemiec oraz zapewnienie wzrostu gospodarczego³³⁶.

„Wyszczuplenie państwa” zmierzające do osiągnięcia przedstawionych wyżej celów wiązało się m.in. z³³⁷:

- redukcją i uproszczeniem ustaw,
- subsydiarnością w procesie stanowienia prawa,
- uproszczeniem prawa,
- redukcją przepisów,
- ograniczeniem zadań państwa,
- sprawieniem, by administracja działała w kategoriach przedsiębiorstwa,
- wprowadzeniem do administracji idei zarządzania personelem.

³³³ D. Bębnowski, *Niemcy jako państwo fiskalne w perspektywie instytucjonalnej i historyczno-gospodarczej (1990-2015)*. „Przegląd Zachodni”, nr 1 (370)/2019, s. 51 i n.

³³⁴ H.-J. Lange, J.-C. Schenck, *Polizei...*, dz. cyt., s. 71.

³³⁵ Więcej na temat istoty ryzyka lokalizacyjnego zob. K. Kuciński, *Ryzyko lokalizacyjne jako kategoria ekonomiczna*, (w:) tenże (red.), *Ryzyko lokalizacji przedsiębiorstw w Polsce*. Warszawa 2014, s. 33-68.

³³⁶ J. Huber, *Ökologische Modernisierung: Zwischen bürokratischem und zivilgesellschaftlichem Handeln*, (w:) V. von Prittwitz (red.), *Umweltpolitik als Modernisierungsprozeß. Politikwissenschaftliche Umweltforschung und -lehre in der Bundesrepublik Deutschland*. Wiesbaden 1993, s. 51.

³³⁷ H.-J. Lange, J.-C. Schenck, *Polizei...*, dz. cyt., s. 72; M. Kutscha, „*Schlanker Staat*“ mit Januskopf – ein Zwischenruf. „Kritische Justiz“, nr 31/3/1998, s. 399-401.

Jednym z najważniejszych wątków w dyskusji poświęconej metodom modernizacji państwa w ramach jego „wyszczuplenia” była kwestia ograniczenia jego zadań³³⁸. Pomysł ten można było zrealizować np. dzięki wprowadzeniu zmian w postępowaniu administracyjnym. Inny pomysł dotyczący redukcji wydatków rządowych zakładał przekazanie realizacji zadań obywatelom i podmiotom prywatnym, co było zgodne z zasadą subsydiarności. Szczególną rolę miała w tym procesie odegrać prywatyzacja, stanowiąca formę deregulacji³³⁹. W doktrynie prawa administracyjnego pod pojęciem prywatyzacji rozumiano zjawisko polegające na redukcji i komercjalizacji wybranych zadań administracji świadczącej³⁴⁰. Jej celem miało być m.in. wzmocnienie opartej na kooperacji wspólnej odpowiedzialności za realizację zadań państwowych ponoszonej przez administrację i obywateli.

Zmiany wprowadzone zgodnie z ideą państwa szczupłego skutkowały m.in. utratą przez państwo zdolności do sterowania mechanizmami zachodzącymi w społeczeństwie, ponieważ państwo przekształciło się z centrum sterowania za pomocą aktywnej polityki w państwo negocjujące. Odpowiedzią na niedostatki tej koncepcji była idea państwa funkcjonalnego, którą w połowie lat 90. minionego wieku rozwinęli C. Böhrer i G. Konzendorf. Pomysł ten nie znalazł oddźwięku w dyskusji politycznej ówczesnego okresu, co być może wynikało z faktu, że koncepcja ta zakładała m.in. ograniczenie poziomu kooperacji państwa ze społeczeństwem na rzecz realizacji polityki umożliwiającej państwu sterowanie różnego rodzaju mechanizmami społecznymi³⁴¹. W tym samym czasie, tj. w połowie lat 90. XX w., w dyskursie naukowym pojawiło się pojęcie państwa aktywizującego. Jego propagatorami byli przede wszystkim B. Blanke i J. Hilbert. Koncepcja ta zadomowiła się również w debacie politycznej. Stanowiła ona myśl przewodnią federalnego programu rządowego w zakresie reformy administracji *Nowoczesne Państwo – Nowoczesna Administracja*, przyjętego 1.12.1999 r. Jak słusznie zauważył G. Schindler, idea państwa aktywizującego odnosiła się zarówno do administracji, jak również redefiniowała funkcje państwa w społeczeństwie obywatelskim, „gdyż administracja realizuje to, co należy do zadań i uprawnień państwa. A jeśli jego rola zmienia się w wyniku nowego rozumienia państwa, to administracja

³³⁸ W. Hoffmann-Riem, *Justizdienstleistungen im kooperativen Staats*. „Juristenzeitung”, nr 9/1999, 421 i n.

³³⁹ H.-J. Lange, J.-C. Schenck, *Polizei...*, dz. cyt., s. 74.

³⁴⁰ R. Stasikowski, *Umowa cywilna jako instrument działania administracji regulacyjnej*. „Samorząd Terytorialny”, nr 11/2009, s. 7.

³⁴¹ H.-J. Lange, J.-C. Schenck, *Polizei...*, dz. cyt., s. 77.

musi sobie tę nową rolę przyswoić”³⁴². Koncepcja państwa aktywizującego promowana była przede wszystkim przez polityków socjaldemokratycznych (wymienić w tym kontekście można takie nazwiska jak F. Behrens czy G. Schröder). Nie dziwi zatem fakt, że początkowo wizja ta była wcielana w życie głównie w landach rządzonych przez Socjaldemokratyczną Partię Niemiec³⁴³.

Koncepcja państwa aktywizującego stanowi pragmatyczną syntezę trzech idei³⁴⁴:

- państwa dobrobytu (państwa opiekuńczego) (niem. *Wohlfahrtsstaat*), w którym główną rolę odgrywało świadczenie usług przez państwo i odgórne kierowanie procesami zachodzącymi w społeczeństwie; ograniczenia finansowe oraz rosnące wymagania społeczeństwa w zakresie poziomu i jakości usług sprawiły, że koncepcję tę należało poddać weryfikacji;³⁴⁵

- szczupłego państwa (niem. *schlanker Staat*, w którym państwo miało wykonywać swoje podstawowe zadania, przekazując realizację innych zadań podmiotom prywatnym, co sprawiło, że państwo utraciło zdolność sterowania procesami zachodzącymi w społeczeństwie;

- państwa negocjującego (niem. *Verhandlungsstaat*), w którym państwo odgrywało rolę moderatora i partnera do negocjacji.

Założenia koncepcji państwa aktywizującego stanowiły zatem kompromis między nadmiernym zaangażowaniem państwa opiekuńczego a ograniczeniem zadań państwa szczupłego, a środkiem do ich realizacji miało być zaangażowanie obywateli lub podmiotów zbiorowych (np. stowarzyszeń) w realizację zadań zarezerwowanych wcześniej dla państwa. Innymi słowy można zatem rzec, że każda z powyższych koncepcji kładzie główny nacisk na realizację zadań przez państwo, a różnice między nimi polegają na sposobie ociążenia tego celu. „W przeciwieństwie do państwa szczupłego państwo aktywizujące nie dostrzega rozwiązania problemu w prostej prywatyzacji zadań państwa. Postulowana jest raczej „pełzająca prywatyzacja” (np. w

³⁴² G. Schindler, *Das Programm "Moderner Staat – moderne Verwaltung"*, (w:) Enquete-Kommission „Zukunft des Bürgerschaftlichen Engagements” des Deutschen Bundestages (red.), *Bürgerschaftliches Engagement und Zivilgesellschaft*. Wiesbaden 2002, s. 161. Redefinicja roli w społeczeństwie obywatelskim dotyczyła w równym stopniu państwa, administracji, jak i obywateli. Więcej na temat roli obywatela w społeczeństwie obywatelskim zob. W. Berka, *Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat*. „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, nr 55/1996, s. 61-66 (<https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110898491/html>, 10.10.2022).

³⁴³ H.-J. Lange, J.-C. Schenck, *Polizei...*, dz. cyt., s. 80.

³⁴⁴ Tamże, s. 80 i n.

³⁴⁵ B. Borgetto, *Aktivierender Staat und aktive Bürgergesellschaft im deutschen Gesundheitswesen*. „Sozial- und Präventivmedizin”, nr 49/2004, s. 152.

obszarze szkolnictwa i bezpieczeństwa), którą określić można nie jako „zaplanowany odwrót państwa”, lecz jako „niezaplanowane działanie” gospodarki i społeczeństwa”³⁴⁶.

Zdaniem E. Treutnera zmiana paradygmatu funkcjonowania administracji zapoczątkowana została pracami N. Luhmanna³⁴⁷, który czerpiąc z dorobku amerykańskiej socjologii organizacji analizował relacje zachodzące między administracją i jej otoczeniem i opisywał zależności wynikające z zachodzących sprzężeń zwrotnych, wskazując m.in. na znaczenie nieformalnych działań administracji w procesie administrowania (przejawiających się między innymi w podejmowaniu nieformalnych uzgodnień) oraz na rolę bezpośredniej komunikacji na linii obywatel – organ administracji publicznej. Dzięki obserwacjom poczynionym na gruncie socjologii organizacji podmiot administrowany przekształcił się w aktora aktywnie uczestniczącego w życiu polityczno-administracyjnym³⁴⁸.

Zmiany instytucjonalne, które dotychczas dokonały się w procesie modernizacji administracji, przedstawia tabela nr 5. Analizując ostatni wiersz przedstawionej tabeli należy mieć na względzie fakt, że współpraca administracji z obywatelem miała miejsce zarówno w konstytucyjnym państwie prawa, jak i w czasach absolutyzmu, a nawet (o czym była mowa w I. rozdziale) jeszcze wcześniej. To, co uległo zmianie, to nadanie tej współpracy formalnych ram dzięki zmianie podejścia do konsensualnego wymiaru kształtowania stosunków administracyjnoprawnych. Można zatem stwierdzić, że funkcjonująca już stulecia wcześniej w ramach prawa zwyczajowego i uznania administracyjnego instytucja współpracy przekształciła się w prawnie uregulowaną konsensualną formę działania administracji w postaci umowy publicznoprawnej. Skutkiem tych zmian była istotna ewolucja form komunikacji między państwem i obywatelem, urzeczywistniająca paradygmat kooperacji administracji z jednostką.

³⁴⁶ H.-J. Lange, J.-C. Schenck, *Polizei...*, dz. cyt., s. 81.

³⁴⁷ E. Treutner przywołuje następujące prace N. Luhmanna z lat 60.: *Funktionen und Folgen formaler Organisation*. Berlin 1964 oraz *Theorie der Verwaltungswissenschaft*. Köln 1966 (E. Treutner, *Auf dem Weg zum Verhandlungsstaat? Zum Verhältnis von Strukturen und handelnden Subjekten im staatlich-administrativen Bereich: Stand der Diskussion, aktuelle Entwicklungen und Perspektiven*, (w:) G. Günter Voß, H.J. Pongratz (red.), *Subjektorientierte Soziologie. Karl Martin Bolte zum siebzigsten Geburtstag*. Opladen 1997, s. 42).

³⁴⁸ Tamże, s. 42 i n. O tym, że przekonanie o współpracy obywatela z administracją staje się coraz powszechniejsze świadczy rozwój licznych, zróżnicowanych metod partycypacji obywatelskiej (stanowiącej przejaw demokracji deliberatywnej), do których zaliczyć można m.in. *charrette*, sondaż deliberatywny, budżet obywatelski, *21st Century Town Meeting*, *Appreciative Inquiry*, komórki planujące, panel obywatelski (na temat tych i innych metod partycypacji obywatelskiej zob. więcej P. Nanz, M. Fritsche, *Handbuch Bürgerbeteiligung. Verfahren und Akteure, Chancen und Grenzen*. Bonn 2012, s. 36-83).

Tab. nr 4. Zmiany instytucjonalne w procesie modernizacji administracji

Model administracji	Administracja w państwie prawa	Administracja demokratyczna	Rynkowa administracja publiczna
Cechy administracji			
Zorientowanie na	Prawo / Reguły	Interesy / Głosy	Zasoby / Osiągnięcia
Kryterium docelowe	Pewność prawa	Reprezentacyjność	Produktywność
Rola obywatela	Indywidualny podmiot	Wyborca, Członek	Klient
Cel administracji	Niezależność	Responsywność	Efektywność
Typ organizacji	Państwo / Biurokracja	Partia, Stowarzyszenie	Przedsiębiorstwo
Rola urzędnika	Prawnik	Ombudsmann, Pośrednik	Ekonomista, Menedżer
Stosunek administracji do obywatela	Administrowanie obywatelem	Administracja dla obywatela / Współpraca z obywatelem	

Źródło: Opracowanie własne na podstawie R. Czada, *Modernisierung des Staates*. Vortrag auf dem Internationalen Bodenseesymposium in Bregenz am 8.07.1999 (<https://www.politik.uni-osnabrueck.de/POLSYS/Archive/staatsmodernisierung.html>, 21.05.2022); S. Klaus, *Prozeßmanagement für die öffentliche Verwaltung*. Wiesbaden 1998, s. 160.

W tym nowym paradygmacie pierwszoplanową rolę odgrywają działania o charakterze dwustronnym, oparte na współpracy, której podstawę stanowią negocjacje³⁴⁹. Kooperacja przejawia się zatem m.in. wzrostem znaczenia metod pozasądowego rozwiązywania konfliktów. Podmioty administrowane chcą obecnie aktywnie uczestniczyć w procesie wyważania interesów stron stosunku administracyjnoprawnego, nabiera znaczenia rozwiązywanie konfliktów w sposób nieformalny oraz dążenie do wyjaśniania w sposób dyskursywny złożonych zagadnień. Kooperacyjny paradygmat działania administracji sprawia, że administracja funkcjonuje wydajnie w sposób przyjazny obywatelowi, a jednocześnie minimalizuje koszty działania³⁵⁰. W szerszym

³⁴⁹ D. Song, *Kooperatives Verwaltungshandeln...*, dz. cyt., s. 34.

³⁵⁰ H. Jochum, *Verwaltungsverfahrenrecht...*, dz. cyt., s. 164 i n.; A. Metschke, *Wahrnehmung und Bedeutung des Verwaltungsverfahrensrechts aus der Sicht des Anwenders: Verwaltung*, (w:) H. Hill i in. (red.), *35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – Bilanz und Perspektiven. Vorträge der 74. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung vom 9. bis 11. Februar 2011 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*. Berlin 2011, s. 57.

wymiarze instytucjonalnym paradygmat administracji kooperującej oznacza wielowymiarowy rozwój instytucji nieformalnych i formalnych, obejmujący³⁵¹:

- zmianę tonu i sposobu negocjacji pomiędzy instancjami państwowymi i obywatelami,
- uzupełnienie władczych form działania administracji o elementy kooperacji,
- całkowite zastąpienie środków władczych uzgodnieniami podejmowanymi w duchu partnerskiego równouprawnienia państwa z obywatelami,
- znajdowanie rozwiązań pojawiających się problemów, które akceptowane są przez wszystkie strony zaangażowane w ich rozwiązywanie,
- prymat konsensusu w zakresie podejmowanych działań nad prawną formą działania administracji.

Z punktu widzenia rozważań administracyjnoprawnych ciekawą interpretację przyczyn rozwoju idei paradygmatu administracji kooperującej przedstawiła S. Baer. Przesuwając całkowicie punkt swoich rozważań z kwestii natury socjologicznoprawnej (zogniskowanych wokół pozytywnych relacji między administracją i obywatelem), skoncentrowała się na kwestiach związanych z realizacją jednego z głównych zadań administracji publicznej, którym jest pozyskiwanie informacji w celu ustalenia stanu faktycznego, co z kolei ma pozytywnie wpływać na efektywność działań administracji. Zdaniem wspomnianej autorki w państwie socjalnym kooperacja nie opiera się wyłącznie na dobrowolności współpracy organu administracji publicznej z obywatelem, lecz jej podstawą może być obowiązek współpracy. Jako przykład autorka podaje pozyskiwanie informacji na temat emisji siarki oraz odprowadzania ścieków³⁵². „Tym samym komunikacja nie stanowi otwartego dyskursu, lecz jest sposobem załatwiania zadań państwowych. Prawo postępowania staje się prawem porządkowania informacji. Uczestnictwo wypełnia funkcję informacyjną”³⁵³. Na przykładzie § 13 ust. 3 VwVfG S. Baer dowodzi, że prawo do wysłuchania informacyjnego nie ma nic wspólnego z administracją przyjazną obywatelowi, lecz z efektywnym załatwieniem sprawy. Dla przykładu w prawie socjalnym indywidualizacja świadczeń dokonywana jest na podstawie informacji uzyskanych od podmiotów zainteresowanych. Także prawo do wysłuchania uczestników wynikające z § 66 VwVfG autorka uzasadnia wysokim stopniem złożoności stanu faktycznego, którego ustalenie ułatwić może udział

³⁵¹ H. Jochum, *Verwaltungsverfahrenrecht...*, dz. cyt., s. 166; D. Song, *Kooperatives Verwaltungshandeln...*, dz. cyt., s. 34.

³⁵² S. Baer, „*Der Bürger...*”, dz. cyt., s. 119 i n. oraz przypis nr 232.

³⁵³ Tamże, s. 120.

uczestników w postępowaniu. Rozwiązanie to ma na celu zatem zwiększenie efektywności postępowania administracyjnego, interes uczestników znajduje się natomiast na dalszym planie. „Dogmatyka pozwala zrezygnować z wysłuchania, gdy podejmowane są przeciwko podmiotom środki, które nie opierają się na nowych faktach. Tym samym nie prywatne potrzeby, lecz poziom wiedzy organu stanowią podstawowe kryterium przyznania prawa do zabrania głosu”³⁵⁴. Pogląd ten w części stanowi nawiązanie do twierdzeń, które w roku 1972 przedstawił w swoim referacie W. Schmitt Glaeser, przekonując, że obywatel jest nie tylko najbogatszym źródłem informacji dla organu administracji publicznej, ale w przypadku niektórych danych stanowi on ich jedyne źródło³⁵⁵. W. Schmitt Glaeser podkreślił znaczenie dyskusji między organem i obywatelem, dzięki której obywatel jest w stanie poznać motywy i cele działania administracji, a następnie jest w stanie rozważyć, by wreszcie przedstawić własne stanowisko i by móc reprezentować własne interesy³⁵⁶. Zdaniem S. Baer zmiany wprowadzone w postępowaniu administracyjnym (m.in. reguły związane z wysłuchaniem czy z wglądem do akt) stanowiły powierzchowną odpowiedź na postulowaną w latach 70. i 80. minionego wieku partycypację obywatelską w postępowaniu administracyjnym. Jednak analiza obowiązujących przepisów skłania ją do wniosku, że rozwiązania prawne służą przede wszystkim administracji, a nie obywatelowi. Przykładowo prawo do pouczenia autorka postrzega „raczej jako jednostronne pouczenie niż dwustronny dialog”³⁵⁷. Uzasadniając swoją argumentację S. Baer powołuje się na prekluzję materialną, która służyć ma z jednej strony interesom administracji zdanej na zbieranie informacji od innych, z drugiej zaś interesom wnioskodawców zainteresowanych trwałością decyzji³⁵⁸.

Chociaż nie można odmówić racji argumentom przemawiającym za pierwszoplanowym znaczeniem interesów administracji w procesie konsensualizacji prawa administracyjnego, nie wolno również stracić z pola widzenia faktu, że służą one także ekonomice postępowania administracyjnego, która stanowi istotną zaletę zarówno dla administracji, jak i dla obywateli.

³⁵⁴ Tamże.

³⁵⁵ W. Schmitt Glaeser, *Partizipation an Verwaltungsentscheidungen*. „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, nr 31/1973, s. 246 i n.

³⁵⁶ Tamże, s. 247.

³⁵⁷ S. Baer, „*Der Bürger...*”, dz. cyt., s. 121.

³⁵⁸ Tamże.

2.3. Umowa administracyjna jako element funkcjonowania państwa kooperującego

Dynamika zachodzących w społeczeństwie procesów³⁵⁹ sprawiła, że działania administracji o charakterze jednostronnym nie mogły przynieść zadowalających efektów w zakresie realizacji zadań o charakterze publicznym, gdyż charakterystyczny dla klasycznego prawa administracyjnego dwustronny (bipolarny) stosunek między administracją i obywatelem coraz częściej przybierał formę multipolarnej konstelacji interesów reprezentowanych przez podmioty administrujące i administrowane³⁶⁰. Z tego względu biurokratyczny etos służby publicznej musiał ewoluować w kierunku współpracy urzędnika z obywatelem będącym klientem organu administracji, nie petentem³⁶¹. Zmieniający się wzorzec interakcji między administracją i obywatelem zakładał poszukiwanie nowych rozwiązań w ramach kształtowanych stosunków administracyjnoprawnych. Z tego względu dostosowanie prawa administracyjnego do zmieniającej się rzeczywistości oznaczało wzbogacenie go o wymiar konsensualny³⁶², który polegał na dostrzeżeniu i docenieniu idei współpracy organów administracji publicznej z innymi podmiotami³⁶³. Słowo „konsens” wzbogaciło terminologię nauk o

³⁵⁹ Ze względu na ramy niniejszej pracy nie zostaną przedstawione rozwijane w latach 80. minionego wieku socjologiczne koncepcje dotyczące coraz bardziej dostrzegalnej kwestii przejęcia kontroli nad własnym życiem przez jednostkę chcącą uwolnić się spod wpływu zewnętrznej kontroli tradycyjnych instytucji, co oznacza również niechęć wobec władczych aktów administracyjnych, na które jednostka nie ma żadnego wpływu. Zmiana wartości w obszarze możliwości panowania nad własnym życiem koresponduje zatem z ideą współpracy z organami administracji publicznej w zakresie zawierania umów administracyjnych (więcej na ten temat zob. E. Treutner, *Auf dem Weg...*, dz. cyt., s. 52 i n.; R. Brühl, *Überblick über das Verwaltungsverfahrenrecht*, s. 16, https://www.bakoev.bund.de/SharedDocs/Publikationen/LG_2/Werkpapier_Verwaltungsverfahrenrecht.pdf?__blob=publicationFile, 16.04.2022).

³⁶⁰ F. Shirvani, *Das Kooperationsprinzip...*, dz. cyt., s. 63-69.

³⁶¹ K. Seifert, *Prozeßmanagement für die öffentliche Verwaltung*. Wiesbaden 1998, s. 160; A. Wiktorowska, *Kierunki zmian w teorii prawnych form działania administracji*, (w:) J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego. Zakopane 24-27 września 2006 r.* Warszawa 2007, s. 369.

³⁶² E.-H. Ritter, *Der kooperative Staat...*, dz. cyt., s. 391; R. Pitschas, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren. Strukturprobleme, Funktionsbedingungen und Entwicklungsperspektiven eines konsensualen Verwaltungsrechts*. München 1990, cyt. za: J. Burmeister, *Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten*. „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, nr 52/1993, s. 195 i n. (<https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110891270/html>, 16.04.2022).

³⁶³ Zdaniem S. Baer fakt, że w administracji zmieniono podejście do obywatela i zaczęto postrzegać go jako klienta, w procesie modernizacji administracji odgrywało rolę drugoplanową, gdyż „orientacja na klienta systematycznie ustępowała miejsca konieczności oszczędzania środków”, którymi dysponowała administracja (S. Baer, *„Der Bürger...”, dz. cyt., s. 4*). Por. K. Waechter, *Kooperationsprinzip, gesellschaftliche Eigenverantwortung und Grundpflichten. Verrechtlichung von ethischen Pflichten durch indirekte Steuerung*. „Der Staat”, nr 38/2/1999, s. 279 i n. Ostatni z wymienionych autorów dostrzega istotę państwa kooperacyjnego w przeniesieniu realizacji części zadań publicznych z państwa na podmioty administrowane (K. Waechter, *Kooperationsprinzip...*, dz. cyt., s. 279). Takie ujęcie może co najwyżej stanowić przykład wąskiego rozumienia koncepcji państwa kooperacyjnego. W ujęciu szerszym bowiem państwo kooperacyjne dzięki działaniom o charakterze konsensualnym realizuje również szereg innych zadań poza ich delegowaniem.

polityce i prawa administracyjnego³⁶⁴. W ten sposób powstało państwo kooperujące, którego istota sprowadza się do wykorzystywania w praktyce administracyjnej konsensualnych form działania o charakterze formalnym i nieformalnym³⁶⁵.

Szczególnie w latach 70. i 90. minionego wieku akcentowano rolę aktywnego uczestnictwa różnych podmiotów w procesie formułowania różnego rodzaju decyzji administracyjnych³⁶⁶. Jak ważna była idea współpracy państwa z innymi podmiotami, podejmowana na płaszczyźnie międzynarodowej i krajowej dzięki możliwości zawierania umów, świadczy m.in. wprowadzenie do nomenklatury naukowej pojęcia „kooperatywne państwo konstytucyjne”, którym posłużył się P. Häberle, czyniąc z niego tytuł swojego artykułu z 1978 r.³⁶⁷ Do pojęcia tego nawiązał jego uczeń ponad 20 lat później w rozprawie habilitacyjnej poświęconej kwestii występowania nieformalnych porozumień w kooperującym państwie konstytucyjnym³⁶⁸.

Z ekonomicznego punktu widzenia, głównie w oparciu o idee wspomnianej wcześniej nowej ekonomii instytucjonalnej, modernizacja państwa oznaczała również określenie na nowo relacji między trzema podstawowymi kategoriami ekonomicznymi, między którymi nieustannie zachodzą sprzężenia zwrotne: państwem, rynkiem i społeczeństwem³⁶⁹. Głównym celem tych działań było ograniczenie ingerencji państwa w procesy rynkowe na rzecz rozwoju sektora prywatnego, z którym administracja publiczna miała coraz ściślej kooperować w celu realizacji zadań publicznych (wykorzystując w tym celu m.in. instytucję umowy administracyjnej)³⁷⁰. Ten kierunek zmian podyktowany był globalnym kryzysem ekonomicznym lat 80. minionego wieku,

³⁶⁴ Na temat genezy konsensu stanowiącego pewną koncepcję polityczną zob. S. van Dyk, *Die Ordnung des Konsenses*. „Berliner Journal für Soziologie”, nr 17/2007, s. 211-230.

³⁶⁵ H. Schulze-Fielitz, *Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie*, (w:) N. Dose, R. Voigt (red.) *Kooperatives Recht*, Baden-Baden 1995, s. 225, cyt. za: M. Grienberger-Zingerle, *Kooperative Instrumente...*, dz. cyt., s. 48. W literaturze przedmiotu istotę państwa kooperującego oddaje się również za pomocą takich pojęć jak: „kooperierender Verfassungsstaat”, „kooperatives Recht”, „der kooperative Rechtsstaat”, „die kooperative Verwaltung” (zob. M. Grienberger-Zingerle, *Kooperative Instrumente...*, dz. cyt., s. 48, przypisy nr 5-9).

³⁶⁶ J. Klessmann, *Soziale Medien in der öffentlichen Verwaltung vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit partizipativer Verwaltung: Eine Untersuchung am Beispiel des Open Government Projekts Peer To Patent*. „Verwaltung und Management”, nr 16/4/2010, s. 179.

³⁶⁷ P. Häberle, *Der kooperative Verfassungsstaat*, (w:) tenże, *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. 3. Auflage. Berlin 1998, s. 407.

³⁶⁸ L. Michael, *Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat. Normprägende und normersetzende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft*. Berlin 2002.

³⁶⁹ Więcej na temat oddzielenia się rynku od państwa i skutków tej zjawiska zob. S. Baer, „Der Bürger...”, dz. cyt., s. 119 i n.

³⁷⁰ Ch. Kimmerle, *Die Reform der öffentlichen Verwaltung: Modernisierung als Chance für Enthierarchisierung?* (w:) S. Andresen, I. Dölling, Ch. Kimmerle, *Verwaltungsmodernisierung als soziale Praxis. Geschlechter-Wissen und Organisationsverständnis von Reformakteuren*. Wiesbaden 2003, s. 16.

na skutek którego wiele państw musiało poradzić sobie z problemami finansowymi³⁷¹. Dzięki kooperacji sektora publicznego z prywatnym możliwa stała się realizacja wielu zadań, z którymi administracja nie poradziłaby sobie bez wsparcia prywatnych przedsiębiorstw. Kooperacja wiązała się także z dodatkowymi korzyściami ekonomicznymi dla kraju. Realizacja zadań z zakresu administracji publicznej przez podmioty prywatne oznaczała bowiem, że „wykonujący je podmiot płaci podatki, zatrudnia pracowników, dokonuje pewnych inwestycji itp., co niewątpliwie sprzyja ogólnemu rozwojowi gospodarczemu danego obszaru”³⁷². Podkreślić jednak należy, że nie tylko aspekt ekonomiczny przemawiał za wykorzystywaniem w praktyce umowy administracyjnej. Dzięki zleceniu wybranych świadczeń podmiotom administrowanym w ramach umowy administracyjnej organ zawierający taką umowę mógł lepiej skupić się nie na innych obowiązkach i zadaniach, które pozostały do wykonania³⁷³.

Niemal jako naturalny krok umożliwiający współpracę organów administracji publicznej z sektorem prywatnym postrzegać można przypadający na lata 90. XX w. rozwój instytucji partnerstwa publiczno-prywatnego (niem. *Öffentlich Private Partnerschaft – ÖPP*, ang. *Public Private Partnership – PPP*)³⁷⁴ oraz podejmowanie prób utworzenia ram prawnych regulujących ten rodzaj współpracy między administracją publiczną i podmiotami prywatnymi³⁷⁵. Ponieważ zdolność podmiotów do współpracy zależy od ich indywidualnych predyspozycji, a do tego jest zmienna w czasie, istotnym

³⁷¹ Tamże, s. 15.

³⁷² J. Lemańska, *Umowa administracyjna a umowa cywilnoprawna*, (w:) I. Niżnik-Dobosz i in. (red.), *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego: księga jubileuszowa profesora zw. dra hab. Józefa Filipka*. Kraków 2001, s. 423.

³⁷³ Tamże.

³⁷⁴ M. Dietrich, D. Hilgers, *Die Bilanzierung von Public Private Partnership in der öffentlichen Verwaltung – Eine Untersuchung anhand nationaler und internationaler Standards*. „Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen”, nr 1/2/2014, s. 5; U. Steiner, *Öffentliche Aufgabenerfüllung durch Private aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts*, (w:) G. Manssen, A. Himmelreich, E. Gricenko (red.), *Public-private-Partnership...*, dz. cyt., s. 17 i n. Przykłady inicjatyw zrealizowanych w ramach PPP zob. G. Manssen, *Public-private-Partnership – Die Karriere eines Rechtsinstituts*, (w:) tenże, A. Himmelreich, E. Gricenko (red.), *Public-private-Partnership...*, dz. cyt., s. 101. W literaturze przedmiotu reprezentowany jest również pogląd, zgodnie z którym instytucja partnerstwa publiczno-prywatnego z powodzeniem funkcjonowała już w czasach przedprzemysłowych, natomiast w wieku XIX znaczna część infrastruktury materialnej zbudowana została dzięki współpracy państwa z podmiotami prywatnymi. Jak wskazuje G. Ambrosius, „trudno przeprowadzić analizę tego typu zamierzeń pod względem ilościowym ze względu na brak ujednoliconej, ogólnie akceptowanej definicji partnerstwa publiczno-prywatnego” (G. Ambrosius, *Die Entwicklung Öffentlich-Privater Partnerschaften seit den 1980er Jahren, die fördernden und die hindernden Faktoren*. „dms – der moderne staat – Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management”, nr 2/2013, s. 321).

³⁷⁵ Por. J. Becker, *Rechtsrahmen für Public Private Partnership: Regelungsbedarf für neue Kooperationsformen zwischen Verwaltung und Privaten?* „Zeitschrift für Rechtspolitik”, nr 35/7/2002, s. 303 i n.

elementem takiej współpracy były prawnie wiążące regulacje, których celem było zagwarantowanie stabilności podjętej współpracy³⁷⁶.

Kooperacyjny wymiar administracji publicznej miał stanowić z jednej strony odpowiedź na zmiany zachodzące na skutek europeizacji prawa administracyjnego oraz procesów globalizacyjnych, a z drugiej na konieczność rozwiązywania kompleksowych problemów takich jak bezrobocie, bieda czy migracja, gdyż jako punkt wyjścia zakładał on poszukiwanie rozwiązań w oparciu o wymianę wiedzy i kompetencji pozostających w dyspozycji organów administracji publicznej i obywateli³⁷⁷. Dążenie do połączenia czynnika administracyjnego i społecznego sprawiło, że nie tylko w dziedzinie nauk o administracji, lecz także w dyskursie administracyjnoprawnym działalność administracji publicznej coraz częściej postrzegano przez siatkę pojęciową charakterystyczną dla nauk społecznych i ekonomicznych. Zaczęto zwracać zatem uwagę m.in. na wydajność działań administracji publicznej³⁷⁸, ich skuteczność³⁷⁹ czy istotę koprodukcji usług publicznych³⁸⁰. Podkreślano przykładowo, że kolej i poczta będą w stanie funkcjonować w warunkach konkurencji tylko wówczas, gdy zostaną sprywatyzowane³⁸¹. Taki sposób postrzegania administracji spotkał się również z krytyką, która opierała się głównie na założeniu, że działalność administracji publicznej właśnie ze względu na publiczny charakter nie może być rozpatrywana w kategoriach, w jakich rozpatruje się funkcjonowanie przedsiębiorstw prywatnych³⁸², ponieważ „uprzywilejowanie

³⁷⁶ F. Thouvenin, *Der Kooperationsvertrag*, (w:) R.H. Weber i in. (red.), *Aktuelle Herausforderungen der Gesellschafts- und Finanzmarktrechts. Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag*. Zürich, Basel, Genf 2017, s. 787 ([https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:679c4302-fdd2-42df-91a8-fe247f4df856/Der%20Kooperationsvertrag%20\(in%20a%20nutshell\).PDF](https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:679c4302-fdd2-42df-91a8-fe247f4df856/Der%20Kooperationsvertrag%20(in%20a%20nutshell).PDF), 17.02.2022).

³⁷⁷ Hans-Böckler-Stiftung (red.), *Forschungsförderungsprogramm*. Düsseldorf 2002, s. 19 i n. (https://www.boeckler.de/pdf/fofoe_programm2002.pdf, 17.02.2022); M. Schulte, *Wandel der Handlungsformenlehre der Verwaltung und der Handlungsformenlehre in der Informationsgesellschaft*, (w:) W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann (red.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*. Baden-Baden 2000, s. 335.

³⁷⁸ B. Rürup, *Effizienzrevolution in der öffentlichen Verwaltung: Wann, wenn nicht jetzt?* „Verwaltung und Management“, nr 6/5/2000, s. 265.

³⁷⁹ Zastanawiano się również nad metodami zwiększającymi skuteczność działań administracji publicznej. Por. E. Gerhardt, *Strategische Steuerung in der Öffentlichen Verwaltung: Umsetzung durch ganzheitlichen Einsatz betriebswirtschaftlicher Methoden und Informationstechnologie*. „Verwaltung und Management“, nr 8/6/2002, s. 368.

³⁸⁰ S. Grohs, *Participatory Administration and Co-production*, (w:) S. Kuhlmann i in. (red.), *Public Administration in Germany*. B.m. 2021, s. 312-313 (https://library.oapen.org/bitstream/id/fecf05b2-1d66-4c70-ae7c-e7dcac64af99/2021_Book_PublicAdministrationInGermany.pdf, 18.03.2022); E. Löffler, *Koproduktion mit Bürgern und gemeinnützige Öffentlich-Private Partnerschaften: Ein transsektoraler Ansatz für eine wirkungsorientierte Verwaltungswissenschaft*. „Verwaltung und Management“, nr 21/6/2015, s. 319.

³⁸¹ G.F. Schuppert, *Verfassungsrecht...*, dz. cyt., s. 582.

³⁸² S. Ast, *Chancen und Grenzen des Neuen Steuerungsmodells im öffentlichen Bereich*. „Verwaltung und Management“, nr 6/5/2000, s. 293 i n.; F. Naschold, J. Bogumil, *Modernisierung des Staates*. New Public

mechanizmów rynkowych może prowadzić do ignorowania roli „miękkiego kapitału”, idei dobra wspólnego i moralnego myślenia uczestników praktyki życia prawnego. Rynki opierają się na racjonalności instrumentalnej, ekonomicznej logice działania i etyce utylitarystycznej. Mechanizmy te wspomagają efektywność ekonomiczną (*efficiency*), lecz nie są w stanie zapewnić efektywności społecznej (*effectiveness*) i współpracy opartej na wartościach”³⁸³. Na jeszcze inne problemy zwrócił uwagę M. Pszczyński, pisząc: „Urynkowanie administracji publicznej, konkurencja wewnątrz administracji oraz z otoczeniem, dopłacanie do usługi publicznej przez jej odbiorców, a także akcentowanie ekonomicznych aspektów realizacji zadań publicznych zmienia optykę na administrację publiczną i jej rolę, a tym samym rolę państwa. Osłabia pozycję obywatela, który staje się klientem przynoszącym zysk. W ten sposób państwo przestaje się różnić od rynku, a zatem powstaje pytanie: po co państwo w takiej formie? Zbytnie urynkowanie i prywatyzacja zadań publicznych dezawuuje rolę urzędnika, którą pełnił do tej pory. Zdarza się, że urzędnik, dotychczas publiczny, jest pracownikiem prywatnego podmiotu realizującego zadanie publiczne w oparciu o kontrakt. Tym samym identyfikuje się z celami organizacji, w której wykonuje pracę, a nie z celami i wartościami publicznymi”³⁸⁴. Słusznie zatem stwierdził lapidarnie A. Nałęcz, iż „to, co naturalne dla przedsiębiorców, czyli działanie w partykularnym, majątkowym interesie konkretnych jednostek, w przypadku podmiotów publicznych i ich pracowników oraz funkcjonariuszy publicznych stanowi patologię, którą należy piętnować i zwalczać”³⁸⁵.

Ponadto krytykowano punkt ciężkości, na którym opierała się idea modernizacji administracji. Zmiany dotyczyły bowiem przede wszystkim sposobu (metod) funkcjonowania administracji publicznej (tego, jak działać), a nie treści tychże działań (tego, czym się zajmować).

Management in deutscher und internationaler Perspektive. 2., vollständig aktualisierte und stark erweiterte Auflage. Wiesbaden 2000, s. 91-93; K. Seifert, *Prozeßmanagement...*, dz. cyt., s. 15.

³⁸³ M. Żak, *Role zawodowe prawników w świetle modelu good governance*. „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej”, nr 1 (16)/2018 s. 111 (<https://archiwum.ivr.org.pl/1441/role-zawodowe-prawnikow-w-swietle-modelu-good-governance/>, 23.03.2022); na temat różnic w działalności sektora publicznego i producentów komercyjnych zob. też A. Szewczuk, *Funkcjonowanie sektora publicznego w Polsce – dylematy jakości, mierników i metod oceny*. „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Ekonomiczne Problemy Usług”, nr 60/2010, s. 397 i n.).

³⁸⁴ M. Pszczyński, *Trzy modele reform administracji publicznej a legitymizacja służby publicznej*. „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Lublin – Polonia. Sectio G”, nr 64/2/2017, s. 62 i n. (<https://journals.umcs.pl/g/article/view/5866?msclid=6f18135cbeaa11eca8185729bccdef55>, 18.04.2022)

³⁸⁵ A. Nałęcz, *Społeczna odpowiedzialność administracji a siatka pojęciowa nauki prawa administracyjnego*, (w:) A. Jurkowska-Gomułka (red.), *Społeczna odpowiedzialność administracji: perspektywa teoretyczna i praktyczna*. Rzeszów, Warszawa 2019, s. 14.

Taki kierunek zmian pozostawał jednak w zgodzie z ogólnie przyjętym poglądem, w myśl którego forma działania jest uzależniona od jego celu / funkcji (ang. *form follows function*)³⁸⁶. Biorąc pod uwagę wielofunkcyjność umowy administracyjnej³⁸⁷ nie dziwi fakt, że w państwie kooperacyjnym ta odformalizowana instytucja jest podstawowym instrumentem spełniającym przesłanki do kreowania stosunków administracyjnoprawnych w duchu współpracy administracji z obywatelami. Rosnące znaczenie umowy administracyjnej wynikało także z tego, że umożliwiała ona w praktyce administracyjnej implementację wybranych elementów takich koncepcji zarządzania administracją publiczną jak: *governance*³⁸⁸, *new governance*, nowe zarządzanie publiczne³⁸⁹ (ang. *New Public Management, NPM*) oraz wspomniane już wcześniej koncepcje państwa aktywizującego³⁹⁰, państwa minimalnego / szczupłego³⁹¹ oraz administracji responsywnej. Nowe zarządzanie publiczne stanowiło propozycję kompleksowej zmiany paradygmatu zarządzania administracją publiczną, która w Niemczech wdrażana była w jednostkach samorządu terytorialnego pod nazwą „nowy model sterowania” (niem. *Neues Steuerungsmodell, NSM*)³⁹². Na podstawowe znaczenie umowy administracyjnej w relacji między podmiotem administrującym i obywatelem wskazuje nazwa koncepcji *New Public Contractualism*, która realizowana jest na gruncie prawa socjalnego³⁹³.

³⁸⁶ H. Epskamp i in., *Lernende Organisation. Verwaltungsmodernisierung am Beispiel eines Bezirksamts in Hamburg*. Wiesbaden 2001, s. 104.

³⁸⁷ Zob. podrozdziały 4.3.2. i 4.3.3. niniejszej pracy.

³⁸⁸ E. Grande, *Governance-Forschung in der Governance-Falle? – Eine kritische Bestandsaufnahme*. „Politische Vierteljahresschrift“, nr 53/4/2012, s. 566-568. Idea *governance* okazała się dla przedstawicieli różnych dyscyplin nauki bardzo płodna poznawczo, co sprawiło, że obecnie pojęcie to jest ono nieostre, stanowiąc zbiór licznych koncepcji proveniencji ekonomicznej, politycznej, administracyjnej (W. Gerstlberger, W. Schmittel, *Public Private Partnership als neuartiges Regelungsmuster zwischen öffentlicher Hand und Unternehmen*. Düsseldorf 2004, s. 28 i n., https://www.boeckler.de/fpdf/HBS-003215/p_edition_hbs_121.pdf, 17.02.2022).

³⁸⁹ A. Pellert, *Was ist New Public Management?* (w:) R. Grossmann, Besser. Billiger. Mehr. *Zur Reform der Expertenorganisationen Krankenhaus, Schule, Universität*. Wien 1997, s. 68 i n.; M. Vierling, *Aktuelle Verwaltungsmodernisierung in Frankreich und Deutschland. Zur Bedeutung der Verwaltungskulturen*, (w:) L. Albertin i in. (red.), *Frankreich. Jahrbuch 2003*. Wiesbaden 2004, s. 105 i n.; A. Zimmer, *Verwaltungsmodernisierung zwischen New Public Management und aktiver Bürgergesellschaft*, (w:) N. Konegen, P. Kevenhörster, W. Woyke (red.), *Politik...*, dz. cyt., s. 496-498.

³⁹⁰ T. Faust, *Vom aktivierenden zum aktivierten Staat? Lobbying zwischen Korruption und Kooperation*. „Verwaltung und Management“, nr 15/5/2009, s. 251 i n.

³⁹¹ R. Kusiak-Winter, *Reformy w administracji z perspektywy konkurencyjnych wizji państwa*. „Samorząd Terytorialny“, nr 11/2014, s. 9-13.

³⁹² D. Sześciło, *Niemiecki Neues Steuerungsmodell. Nowe zarządzanie publiczne w samorządzie lokalnym*. „Samorząd Terytorialny“, nr 5/2012, s. 46; K. Seifert, *Prozeßmanagement...*, dz. cyt., s. 96-104. Miasto Tilburg było pierwszym niemieckim miastem, które w praktyce z sukcesem zrealizowało założenia nowego modelu sterowania.

³⁹³ Ch. Weinbach, *Extra-vertragliche Zumutungen im New Public Contractualism: die doppelte Logik der Eingliederungsvereinbarung und die Rechtsstellung des Klienten im Sozialgesetzbuch II*. „der moderne

Główne różnice między wybranymi podejściami do zarządzania publicznego przedstawia tab. nr 6³⁹⁴. Podkreślić należy, że poszczególne modele zarządzania publicznego nie zastępują się wzajemnie, lecz w tym samym czasie występują w różnych organizacjach (sprzyja temu zjawisku fakt fragmentaryzacji administracji publicznej oraz związany z tym rozwój kultury administrowania w poszczególnych organach).

Tab. nr 5. Różnice między wybranymi podejściami do zarządzania publicznego

Kryteria różnicujące	Nacisk w obrębie zarządzania	Formy państwowej kontroli relacji	Zasadniczy cel zarządzania	Główny mechanizm dostarczania usług publicznych	Kluczowe narzędzia proceduralne we wdrażaniu polityk
Model zarządzania publicznego					
Zarządzanie poprzez legislację – biurokracja	Legalność – promocja prawa i porządku w relacjach społecznych	Legislacja, prawo i administracja	Legitymizacja – dobrowolne podporządkowanie / uległość	Tworzenie praw (uprawnień) – własności, cywilne, ludzkie	Sądy i spory sądowe
Zarządzanie poprzez rynek – nowe zarządzanie publiczne (New Public Management)	Konkurencja – promowanie małych i średnich przedsiębiorstw	Kontrakty i regulacje	Efektywność zasoby / koszty i kontrola	Rady regulacyjne, ceny – kontrolujące koszty uboczne, popyt i podaż	Trybunały odwoławcze i komisje
Zarządzanie poprzez sieci – współzarządzanie	Relacje – promocja współpracy między organizacjami	Współpraca	Kooptacja grup rozłamowych i samo-organizujących się	Sieci rządowych i pozarządowych aktorów społecznych	Działania – pośrednictwo między sieciami

Źródło: M. Howlett, *Designing Public Policies. Principles and Instruments*. Abingdon, New York 2011, s. 9, cyt. za: A. Podgórnik-Krzykacz, *Wpływ governance i good governance na strukturę administracji samorządowej*. „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Oeconomica”, nr 3 (321)/2016, s. 117.

U podstaw wymienionych wyżej koncepcji zarządzania administracją publiczną leży przekonanie o pożytkach płynących z różnych, interakcyjnych form współdziałania

staat - dms: Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management“, 5(2)/2012, s. 378 i n. (<https://api.deutsche-digitale-bibliothek.de/binary/1c494801-e603-44ef-9d44-6d5c72ef2576.pdf>, 15.03.2022)

³⁹⁴ Więcej na temat różnych kierunków reform administracji oraz ich krytyki zob.: S. von Bandemer, J. Hilbert, *Vom expandierenden zum aktivierenden Staat*, (w:) B. Blanke i in. (red.), *Handbuch...*, dz. cyt., s. 25-32.

podmiotów publicznych i prywatnych³⁹⁵. Współpraca ta może odbywać się w ramach formalnie zawieranych umów publicznoprawnych lub nieformalnych porozumień różnego typu³⁹⁶. Bez względu na rodzaj podjętej kooperacji, punktem wyjścia do negocjacji warunków współdziałania jest kilka założeń, a mianowicie³⁹⁷:

- po pierwsze, dzięki współpracy kilku zaangażowanych stron zadania do zrealizowania mogą zostać wykonane sprawniej,
- po drugie, wszystkie strony muszą dostrzegać własne korzyści, które wynikają ze wspólnych działań,
- po trzecie, współpraca wiąże się z utratą pewnego zakresu kompetencji, a tym samym z umiejętnością zawierania kompromisów,
- po czwarte, skuteczna współpraca wymaga umiejętności podporządkowania się działaniom zmierzającym do osiągnięcia wspólnego celu.

Jak już wcześniej wspomniano, państwo kooperujące stanowi swoisty konglomerat koncepcji teoretycznych, dlatego też w literaturze przedmiotu przypomina się, że model państwa kooperującego nie jest nową koncepcją³⁹⁸. W literaturze niemieckiej na konieczność współpracy między państwem i sektorem prywatnym wskazywali m.in. H. Krüger (1964), J. Schlarmann (1972) oraz P. Saladin (1977)³⁹⁹. Także polityka gospodarcza dostrzegła dość wcześnie znaczenie współpracy między państwem i sektorem prywatnym, o czym świadczy treść ustawy o wspieraniu stabilizacji i wzrostu z 8 czerwca 1967 r.⁴⁰⁰, w której po raz pierwszy idea kooperacji państwa i sektora publicznego uznana została za główny filar konstytucji gospodarczej⁴⁰¹.

Podkreślić należy, że w początkowej fazie państwa kooperacyjnego, gdy nie wykształciły się jeszcze instrumenty regulujące współpracę między państwem i sektorem

³⁹⁵ Por. R. Mayntz, *Governance...*, dz. cyt., s. 66-67; C. Offe, *Governance...*, dz. cyt., s. 92; P. Peetz, *New Public Management in Mexiko: Vom Klientelismus zur Kundenorientierung in der öffentlichen Verwaltung?* „Verwaltung und Management”, nr 18/5/2012, s. 269; G. Stoker, *Governance as theory: five propositions*. „International Social Science”, nr 50/155/1998, s. 17.

³⁹⁶ J. Rotko, *Działania nieformalne w praktyce administracji niemieckiej na przykładzie ochrony środowiska*. „Państwo i Prawo”, nr 6/1996, s. 53.

³⁹⁷ D. Storbeck, *Grenzüberschreitende kommunale Zusammenarbeit*. Göttingen 2016, s. 13 (<https://www.univerlag.uni-goettingen.de/bitstream/handle/3/isbn-978-3-86395-276-1/GSOER9storbeck.pdf>, 1.03.2022).

³⁹⁸ Jak podaje T. Kalenborn, ideę tę głoszone już w XIX w. (T. Kalenborn, *Staatliche Kooperation...*, dz. cyt., s. 19, przypis nr 1; zob. też N. Dose, *Kooperative Verwaltung - Ausdruck einer demokratisierten Verwaltung?* (w:) E. Czerwick, W.H. Lorig, E. Treutner (red.), *Die öffentliche Verwaltung in der Demokratie der Bundesrepublik Deutschland*. Wiesbaden 2009, s. 177).

³⁹⁹ E.-H. Ritter, *Der kooperative Staat...*, dz. cyt., s. 391, przypis nr 2.

⁴⁰⁰ Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8.06.1967 (BGBl. I 1967, s. 582).

⁴⁰¹ E.-H. Ritter, *Der kooperative Staat...*, dz. cyt., s. 392.

prywatnym, wiele jednostronnych władczych regulacji państwowych w rzeczywistości stanowiło efekt negocjacji i dwustronnych uzgodnień zawartych wcześniej z adresatami tych norm. W praktyce administracyjnej to właśnie tego typu działania przyczyniły się do wykształcenia ujętej w ramy kodeksu umowy administracyjnej⁴⁰².

Współcześnie istotne *novum* stanowi zastosowanie koncepcji państwa kooperującego w praktyce oraz będący skutkiem tego podejścia zakres działań, które przez organy administracji publicznej mogą być wykonywane w duchu tej koncepcji⁴⁰³. Obecnie rola państwa sprowadza się do tworzenia mechanizmów, dzięki którym społeczeństwo oraz administracja aktywnie angażują się w rozwiązywanie pojawiających się problemów⁴⁰⁴.

Pojęcie „państwo kooperujące” traktowane jest jako rezultat kompromisu w zdefiniowaniu roli państwa, które z jednej strony nie mogło całkowicie zrezygnować ze swojej funkcji interwencyjnej, a z drugiej, za pośrednictwem deregulacji i prywatyzacji, starało się przekazać część zadań publicznych podmiotom prywatnym⁴⁰⁵. Część z tych działań może być realizowana dzięki wykorzystaniu w praktyce administracyjnej instytucji umowy publicznoprawnej, co obecnie szczególnie widoczne jest np. na gruncie prawa ochrony środowiska⁴⁰⁶. Jak żaden inny instrument w repertuarze działań administracji umowa pozwala realizować podstawowe funkcje państwa kooperacyjnego, do których należy tworzenie warunków do komunikacji między różnymi podmiotami oraz ograniczenie się państwa do pełnienia roli moderatora kreującego procesami wyzwajającymi obywatelskie zaangażowanie⁴⁰⁷. Z tego też względu od dłuższego już czasu postuluje się w literaturze z zakresu prawa administracyjnego konieczność opracowania typologii umów administracyjnych, mogących znaleźć zastosowanie w różnych sektorach administracji, zwracając jednocześnie uwagę na konieczność uelastycznienia prawa umów publicznych⁴⁰⁸. Jak bowiem podkreśla J. Ziekow, „prawo

⁴⁰² Tamże, s. 394. Nawet po skodyfikowaniu umowy administracyjnoprawnej okazało się, że praktyki gospodarczej nie da się zamknąć w sformalizowanym schemacie, więc pojawiały się kolejne określenia instrumentów odzwierciedlających ideę kooperacji (takie jak np. *Notifikation eines Verhandlungsergebnisses*, *Letter of Intent*, *Vorvertrag*, *Erklärung verbindlicher Zusagen*).

⁴⁰³ E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine...*, dz. cyt., s. 26.

⁴⁰⁴ H.-J. Lange, J.-C. Schenck, *Polizei...*, dz. cyt., s. 82.

⁴⁰⁵ R. Mayntz, *Governance...*, dz. cyt., s. 68.

⁴⁰⁶ S. Fontana, *Umweltschutz durch öffentlich-rechtlichen Vertrag*. „Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht“, nr 15/4/2017, s. 312-318 (https://eurup.lexxion.eu/data/article/11951/pdf/eurup_2017_04-007.pdf, 10.04.2022).

⁴⁰⁷ H.-J. Lange, J.-C. Schenck, *Polizei...*, dz. cyt., s. 82.

⁴⁰⁸ I. Heberlein, *Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag?* „Deutsches Verwaltungsblatt“, 15.08.1982, s. 766; W. Krebs, *Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten*. „Veröffentlichungen der

umów administracji jest zbyt przywiązane do koncepcji umów subordynacyjnych, aby w pełni sprostać idei podziału odpowiedzialności. Partnerstwo, które opiera się na normatywnym modelu strukturalnego podporządkowania jednego partnera i jego potrzebie ochrony przed władczą pozycją [drugiego partnera – W.J.], nie może stanowić wzorca kooperacyjnej współpracy⁴⁰⁹, której jakość w znacznym stopniu stanowi pochodną wzajemnego zaufania⁴¹⁰.

Wydaje się, że przytoczone pod koniec minionego stulecia przez E. Treutnera poglądy, jakoby „władcze, jednostronne działanie administracji stanowiło jedynie wyjątkową formę działania państwa, której znaczenie słabnie” albo jakoby „negocjacje między organami administracji publicznej i obywatelami stanowiły rozpowszechnioną praktykę, dzięki której (...) dochodzi do dehierarchizacji relacji między państwem i społeczeństwem”⁴¹¹, odzwierciedlają raczej praktykę administracyjną torującą sobie skutecznie drogę do urzędów funkcjonujących w XXI w., jeżeli weźmie się pod uwagę obecne znaczenie konsensualnych form działania administracji w różnych obszarach prawa administracyjnego⁴¹². Przeświadczenie to zdają się potwierdzać poglądy wyrażone w czołowych podręcznikach do nauki prawa administracyjnego. Przytoczyć można uwagi takich autorytetów, jak H. Maurer oraz E. Schmidt-Aßmann. W 18. wydaniu podręcznika z roku 2011 H. Maurer stwierdza, że „typową i w praktyce najczęstszą formą prawną działania administracji jest akt prawny”⁴¹³, zauważając jednocześnie, iż „uznanie i uregulowanie umowy na gruncie VwVfG doprowadziło do wzrostu jej znaczenia. Liczba zawieranych umów w praktyce i jej znaczenie rosną”⁴¹⁴. Coraz większą rolę odgrywają zwłaszcza na gruncie prawa budowlanego, prawa socjalnego oraz prawa ochrony środowiska⁴¹⁵. Natomiast z podręcznika E. Schmidt-Aßmanna czytelnik dowiaduje się, że mimo funkcjonowania instytucji umowy administracyjnej na gruncie VwVfG od

Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, nr 52/1993, s. 277 i n. (<https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110891270/html>, 15.01.2022); H. Maurer, *Der Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 802.

⁴⁰⁹ J. Ziekow, *Auswirkungen...*, dz. cyt., s. 209.

⁴¹⁰ W. Gerstlberger, W. Schmittel, *Public Private...*, dz. cyt., s. 9.

⁴¹¹ E. Treutner, *Auf dem Weg...*, dz. cyt., s. 44.

⁴¹² Zob. dla przykładu rozważania poświęcone znaczeniu kooperacji na gruncie prawa ochrony środowiska: H. Zilleßen, *Das politische, gesellschaftliche und rechtliche Umfeld für Umweltmediation in Deutschland*, (w:) tenże (red.), *Mediation - Kooperatives Konfliktmanagement in der Umweltpolitik*. Opladen, Wiesbaden 1998, s. 52-57.

⁴¹³ H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 18., überarbeitete und ergänzte Auflage. München 2011, s. 370.

⁴¹⁴ Tamże, s. 371.

⁴¹⁵ Tamże, s. 374-376.

niemal pół wieku wciąż trzeba przekonywać o „normalności umowy”⁴¹⁶, gdyż „W systemie form prawnych prawo umów [w administracji – W.J.] wcale nie zajmuje pozycji wyjątkowej, zalicza się ono raczej do stanu normalnego”⁴¹⁷, jak również o tym, iż „Pogląd, że umowa administracyjna często w praktyce służy do tego, aby zabezpieczyć stosunki sprzeczne z prawem, jest rzeczywiście prawnie nie do utrzymania”⁴¹⁸.

Jak podkreśla M. Werner, dziś z kilku powodów trudno wyobrazić sobie funkcjonowanie administracji bez możliwości zawierania umów. Po pierwsze, są takie sytuacje, które można uregulować tylko na drodze zawarcia umowy. Sytuacje te obejmują dwie grupy zdarzeń. Do pierwszej zaliczają się niejasne stany faktyczne, do drugiej sprawy, które nie mogą zostać załatwione aktem administracyjnym, ponieważ ustawodawca nie ustanowił kompetencji organu do załatwienia danej sprawy. Po drugie, są takie dziedziny prawa, w których umowa administracyjna odgrywa kluczową rolę – trudno współcześnie wyobrazić sobie prawo urbanistyczne pozbawione tego instrumentu współdziałania administracji z obywatelem⁴¹⁹.

Ważnym powodem wzrostu znaczenia instytucji umowy administracyjnej (w postaci ugody – niem. *Vergleichsvertrag*) były wydarzenia wojenne oraz powojenne, jak również skomplikowana sytuacja w rejonach przesiedleń. Biorąc pod uwagę fakt, że organ rozstrzygający sprawę w formie aktu administracyjnego może go wydać wówczas, gdy usunięte zostaną wszelkie wątpliwości co do stanu faktycznego i prawnego, w przypadku wspomnianych kategorii spraw ich kompleksowe wyjaśnienie wiązało się z nieproporcjonalnym wysiłkiem lub było w ogóle niemożliwe. Ponadto zgodnie z koncepcją materialnego (obiektywnego) ciężaru dowodu w przypadku niewyjaśnienia sytuacji faktycznej negatywne konsekwencje takiego stanu rzeczy odczułby obywatel będący wnioskodawcą. Natomiast dzięki wzajemnemu porozumieniu organu i obywatela dochodzi do zawarcia ugody administracyjnej zadowolającej organ i obywatela, dzięki

⁴¹⁶ „Normalność umowy” – tak brzmi tytuł jednego z podrozdziałów w pracy E. Schmidt-Aßmanna, *Ogólne prawo administracyjne jako idea porządku. Założenia i zadania tworzenia systemu prawnoadministracyjnego*. Warszawa 2011 (w tłumaczeniu A. Wasilewskiego), s. 436. Tytuł ten nawiązuje do wieloletniego traktowania umowy jako wyjątku funkcjonującego obok cieszącego się powszechnym uznaniem aktu administracyjnego (H. Maurer, *Der Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 800).

⁴¹⁷ E. Schmidt-Aßmann, *Ogólne prawo...*, dz. cyt., s. 437.

⁴¹⁸ Tamże, s. 436 i n. Biorąc pod uwagę fakt, że zarówno E. Treutner, jak i H. Maurer oraz E. Schmidt-Aßmann operują na jakościowej, a nie ilościowej płaszczyźnie rozważań, trudno obiektywnie przyznać rozstrzygnąć spór na temat faktycznego znaczenia umowy publicznoprawnej w praktyce administracyjnej.

⁴¹⁹ M. Werner, *Allgemeine Fehlerfolgenlehre für den Verwaltungsvertrag. Unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung der Rechtsprechung*. Berlin 2007, s. 25.

której nie tylko zmniejsza się stopień trudności i skraca czas postępowania administracyjnego, lecz także unika się drogi sądowej⁴²⁰.

Istotna rola umowy administracyjnej w państwie kooperacyjnym stanowi współcześnie także pochodną sposobu stosowania prawa przez administrację, który nie sprowadza się do prostej subsumpcji przepisów prawa materialnego pod ustalony stan faktyczny, lecz polega na szczegółowej konkretyzacji normy prawnej. W procesie tym organy administracji posiadają pewien stopień samodzielności, który jest niezbędny ze względu na występujące w przepisach pojęcia nieostre, które wymagają nie tylko interpretacji, lecz także uzupełnienia⁴²¹. Tym samym otwiera się pole do współpracy między administracją i obywatelem, który może aktywnie wpływać na treść stosunku administracyjnoprawnego. F. Shirvani zwraca również uwagę na fakt, że „duża liczba klauzul generalnych i regulacji uznaniowych, które są czasami nieuniknione ze względu na szeroki zakres sytuacji życiowych wymagających regulacji, dają władzy wykonawczej swobodę podejmowania decyzji niezależną od władzy ustawodawczej”⁴²². W takich okolicznościach współczesna administracja jest głównie administracją kształtującą i planującą, dla której „ustawa jest nie tylko uprawnieniem i ograniczeniem, ale przede wszystkim zleceniem do podjęcia działania”⁴²³.

Rozpatrując kwestię państwa kooperacyjnego nie sposób nie wspomnieć o sprzężeniach zwrotnych, które zachodzą między umową administracyjną a instytucjami społecznymi. Jak już wcześniej wspomniano, dla wprowadzenia do porządku prawnego umowy publicznoprawnej niezbędna była reinterpretacja zasady związania administracji prawem, co możliwe było dzięki zmianie podejścia do możliwości kształtowania stosunków administracyjnoprawnych. Dostrzeżono wówczas, że nie wszystkie relacje na płaszczyźnie jednostka – administracja da się uregulować za pośrednictwem jednostronnych władczych aktów⁴²⁴ i zdano sobie sprawę z zalet konsensualnych form działania administracji. Jednocześnie fakt funkcjonowania umowy administracyjnoprawnej w obiegu prawnym wywierał i wciąż wywiera wpływ na dalszą ewolucję instytucji społecznych, a tym samym na jakość układu instytucjonalnego, który można zdefiniować jako „struktury władzy i administracji (...), normy, zwyczaje,

⁴²⁰ W. Bosse, *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 44.

⁴²¹ F. Shirvani, *Das Kooperationsprinzip...*, dz. cyt., s. 42.

⁴²² Tamże.

⁴²³ G.F. Schuppert, *Verfassungsrecht...*, dz. cyt., s. 598.

⁴²⁴ M. Werner, *Allgemeine Fehlerfolgenlehre...*, dz. cyt., s. 25.

tradycje, w oparciu o które one działają, jak i relacje występujące między tymi aktorami a partnerami zewnętrznymi”⁴²⁵. Układ instytucjonalny odgrywa bardzo ważną rolę, ponieważ wpływa nie tylko na jakość administrowania⁴²⁶, ale także na poziom rozwoju gospodarki lokalnej i regionalnej⁴²⁷ poprzez stymulację endogenicznego potencjału, mającą na celu przyciągnięcie nowych inwestorów⁴²⁸. Nie będzie również przesadą stwierdzenie, iż wysoka jakość układu instytucjonalnego pozytywnie stymuluje rozwój gospodarki krajowej, zwiększając jej konkurencyjność na poziomie międzynarodowym, gdyż możliwość zawierania umowy administracyjnej redukuje poziom kosztów transakcyjnych⁴²⁹. Wszystko to sprawia, że Niemcy w dobie globalizacji są interesującym miejscem lokalizacji działalności gospodarczej w oczach zagranicznych inwestorów⁴³⁰.

Ponadto dzięki umowie administracyjnej układ instytucjonalny podlega postulowanym wśród prawników i ekonomistów „elastycznym zmianom w odpowiedzi na nowe uwarunkowania, zadania i wyzwania”⁴³¹, które na bieżąco stawiane są organom administracji publicznej. Istnienie umowy administracyjnej w ramach układu instytucjonalnego odgrywa również i tę istotną rolę, że przyczynia się do wzrostu akceptacji decyzji wydawanych przez organy administracji publicznej wśród zewnętrznych partnerów administracji⁴³².

Mogłoby się zatem wydawać, że regulacja zawarta w § 54 VwVfG sprawiła, że przedstawiana latami argumentacja przemawiająca przeciwko uznaniu umowy administracyjnoprawnej za prawną formę działania administracji, z poglądami O. Mayera na czele, przeszła do historii niemieckiego prawa administracyjnego⁴³³. W rzeczywistości

⁴²⁵ A. Podgórnik-Krzykacz, *Wpływ governance...*, dz. cyt., s. 116.

⁴²⁶ Por. A. Walenia, *Systemowe metody monitorowania jakości pracy w urzędach administracji publicznej*. „Annales. Ethics in Economic Life”, nr 23/2/2020, s. 58.

⁴²⁷ A. Podgórnik-Krzykacz, *Wpływ...*, dz. cyt., s. 116.

⁴²⁸ Por. H.-L. Batt, *Regionale und lokale Entwicklungsgesellschaften als Public-Private Partnerships: Kooperative Regime subnationaler Politiksteuerung*, (w:) U. Bullmann, R.G. Heinze (red.), *Regionale Modernisierungspolitik. Nationale und internationale Perspektiven*. Opladen 1997, s. 166-177. Na gruncie *regional governance* potencjał endogeniczny obejmuje również lokalne / regionalne instytucje, podlegające dynamicznym zmianom, do których zalicza się m.in. skłonność podmiotów do współpracy przejawiającą się w gotowości do zawierania umów (por. D. Fürst, *Regional governance - ein neues Paradigma der Regionalwissenschaften?* „Raumforschung und Raumordnung“, nr 59/2001, s. 378).

⁴²⁹ W. Jagodziński, *Umowa administracyjna a publiczne koszty transakcyjne w świetle nowej ekonomii instytucjonalnej*. „Przegląd Prawa Publicznego”, nr 3 (144)/2019, s. 22-24.

⁴³⁰ Jedynie na marginesie warto zaznaczyć, że w niemieckim dyskursie administracyjnym proces modernizacji administracji publicznej postrzegany jest jako jeden z czynników mogących pozytywnie wpływać na lokalizację działalności gospodarczej w Niemczech (zob. np. V. Mehde, *Die Modernisierung der öffentlichen Verwaltung als Standortfaktor*. „Verwaltung und Management”, nr 6/2016, s. 297-305).

⁴³¹ A. Podgórnik-Krzykacz, *Wpływ...*, dz. cyt., s. 116.

⁴³² U. Di Fabio, *Vertrag statt Gesetz?* „Deutsches Verwaltungsblatt”, 1. April 1990, s. 341.

⁴³³ M. Werner, *Allgemeine Fehlerfolgelehre...*, dz. cyt., s. 22.

spór o umowę administracyjną wciąż istnieje, nabrał tylko innego kształtu: kwestią sporną nie jest już dopuszczalność stosowania tej instytucji, ponieważ tę kwestię bezspornie regulują § 9 i § 54 VwVfG, lecz cel i zakres jej wykorzystania w praktyce administracyjnej⁴³⁴ w sytuacji, gdy powoli rozmywają się kontury władczego, jednostronnego aktu administracyjnego, którego treść coraz częściej organ administracji publicznej ustala we współpracy z obywatelem⁴³⁵.

2.4. Psychospołeczna atrakcyjność umowy administracyjnej w państwie kooperującym

Jak już wcześniej wspomniano, jednym z głównych czynników wpływających na decyzje podejmowane przez podmioty administrowane i administrujące jest kontekst instytucjonalny, w którym znajdują się potencjalni partnerzy umowy⁴³⁶. Pojęcie „psychospołeczna atrakcyjność umowy administracyjnej” oznacza atrakcyjność tej instytucji dla poszczególnych obywateli, dla podmiotów gospodarujących, jak również dla organów administracji oraz dla społeczeństwa jako całości i obejmuje zarówno sferę relacji między podmiotami administrującymi i administrowanymi, jak również ich (psychiczne) nastawienie do umowy administracyjnej.

Jednym z najważniejszych efektów stosowania umów administracyjnych w praktyce administracyjnej jest wzrost akceptacji dla działań organów administracji publicznej. W przeciwieństwie do aktu administracyjnego, o którego treści obywatel zostaje poinformowany po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego, w przypadku umowy jednostka aktywnie uczestniczy w procesie kształtowania treści umowy, dzięki czemu „ma lepszą możliwość zabezpieczenia swych interesów niż przy wydawaniu aktu administracyjnego”⁴³⁷. Zawierając umowę, obywatel działa z własnej woli, nie zostaje zmuszony do realizacji postanowień, na których treść nie miał żadnego wpływu. Prawo jako siła kształtująca treść stosunku prawnego łączącego obywatela z

⁴³⁴ W. Pakeerut, *Die Entwicklung...*, dz. cyt., s. 119; V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 35.

⁴³⁵ J. Martens, *Der Bürger...*, dz. cyt., s. 128 i n. Na temat różnych obszarów współpracy administracji z obywatelem, zmierzającej do konsensualnego załatwienia sprawy zob. M. Kellner, *Haftungsprobleme bei informellem Verwaltungshandeln. Zur Haftpflicht in den verwaltungsrechtlichen Anbahnungsverhältnissen*. Berlin 2004, s. 12.

⁴³⁶ W przypadku teoretycznoprawnych rozważań poświęconych konsensualnym formom działania administracji badania nad kontekstem instytucjonalnym powinny uwzględniać opracowania z dziedziny psychologii społecznej oraz ekonomicznej, na co zwróciła uwagę H. Filipczyk (H. Filipczyk, *Negocjacje z organami podatkowymi jako forma rozwiązywania sporów. Czy negocjonowanie podatków jest sprawiedliwe*. Warszawa 2023, s. 26).

⁴³⁷ A. Krawczyk, *Umowa administracyjna*, (w:) Z. Kmiecik (red.), *Raport...*, dz. cyt., s. 118.

administracją publiczną w procesie paktowania „schodzi na dalszy plan”, ustępując miejsca międzyludzkim relacjom. Oczywiście treść umowy ustalana jest w granicach prawa, jednak podmiot administrowany nie ma w tym procesie do czynienia z przytoczonymi czarno na białym przepisami prawa, lecz z urzędnikiem, który (w idealnej sytuacji) jest w stanie wyjaśnić obywatelowi skutki zawieranej umowy oraz przybliżyć sens przepisów, na podstawie których dochodzi do nawiązania umownego stosunku administracyjnoprawnego. Obywatel jest więc traktowany podmiotowo. Jak podkreśla U. Kaminski, w takiej sytuacji realizacja postanowień umowy nie wynika z obowiązku posłuszeństwa prawu, lecz stanowi realizację norm społecznych, na czele z zasadą *pacta sunt servanda*, spotęgowaną dodatkowo lojalnością wobec partnera umowy. „Rozwiązania konsensualne prowadzą więc nie tylko do większej akceptacji (działań administracji publicznej – W.J.), lecz także skutkują gotowością do współdziałania grup społecznych, na które państwo podejmujące takie działania (tj. zawierając umowy – W.J.) jest zdane”⁴³⁸. Z kolei w rodzimej literaturze wskazano, że współpraca między organem i obywatelem sprzyja kształtowaniu „postaw społecznych o orientacji legalistycznej”⁴³⁹.

Właściwie wykorzystywana umowa administracyjna może stanowić cenne narzędzie do kreowania instytucji nieformalnych służących budowaniu pozytywnych relacji między przedstawicielami administracji publicznej i społeczeństwem obywatelskim, przyczyniając się do rozwoju kapitału społecznego, który z instytucjonalnego punktu widzenia opiera się na takich wartościach jak zaufanie, współpraca oraz wzajemność⁴⁴⁰.

Proces negocjowania treści umowy wiąże się z wymianą informacji. Osiągana dzięki negocjacjom bliskość administracji i obywatela może sprawić, że organ uzyska wiele dodatkowych informacji od obywateli, do których w inny sposób nie miałby możliwości dotrzeć⁴⁴¹. W ten sposób może gromadzić informacje na temat aktualnych potrzeb obywateli oraz występujących lokalnie problemów, które następnie mogą być, również we współpracy z obywatelami, rozwiązywane⁴⁴². Nie ulega wątpliwości, że tylko dzięki systematycznemu pozyskiwaniu informacji w zakresie potrzeb obywateli

⁴³⁸ U. Kaminski, *Die Kündigung...*, dz. cyt., s. 42.

⁴³⁹ A. Krawczyk, *Umowa administracyjna*, (w:) Z. Kmiecik (red.), *Raport...*, dz. cyt., s. 119.

⁴⁴⁰ Chociaż kapitał społeczny stanowi przedmiot badań socjologii, jak widać z powyższych rozważań, zagadnienie to może stanowić również interesujący przedmiot badań interdyscyplinarnych na pograniczu socjologii i prawa administracyjnego.

⁴⁴¹ Tamże.

⁴⁴² E.-H. Ritter, *Das Recht...*, dz. cyt., s.

administracja jest w stanie świadczyć usługi i dobra wysokiej jakości, których oczekują obywatele.

Istotną zaletą kooperacji z punktu widzenia administracji publicznej jest możliwość wykorzystania potencjału sektora prywatnego. Ograniczone zasoby znajdujące się w dyspozycji administracji publicznej (mowa przede wszystkim o kapitale ludzkim i zasobach finansowych) sprawiają, że korzystne jest włączenie w proces realizacji zadań publicznych podmiotów spoza administracji⁴⁴³. Skorzystanie z potencjału tkwiącego w podmiotach administrowanych może również przyczynić się do transferu innowacji z sektora prywatnego do sektora publicznego, co zwłaszcza w dobie szybkiego postępu technologicznego odgrywa istotną rolę.

Jako że umowa administracyjna jest instrumentem, który pozwala administracji publicznej reagować elastycznie na zmiany zachodzące w otoczeniu, nie ulega wątpliwości, że urzędnicy muszą być świadomi nie tylko dokonujących się przeobrażeń, ale także zakresu własnych działań w ramach podejmowanych negocjacji z obywatelem. Szerokie spektrum możliwości stosowania umów administracyjnych (m. in. na gruncie prawa socjalnego, prawa ochrony środowiska, prawa infrastrukturalnego czy prawa budowlanego⁴⁴⁴, by wymienić tylko najważniejsze gałęzi prawa) sprawia, że niezbędna jest profesjonalizacja kadry urzędniczej. Proces ten obejmować powinien w pierwszej kolejności systematyczną aktualizację wiedzy na temat zmian zachodzących w prawie, tak by urzędnicy nie obawiali się zawierać umów z innymi podmiotami ze względu na brak znajomości przepisów szczegółowych. Nie ulega zatem wątpliwości, że chęć właściwego stosowania umowy administracyjnej w praktyce administracyjnej może przyczynić się nie tylko do systematycznego wzrostu kultury prawnej w urzędach, ale także do rozwoju umiejętności miękkich urzędników. Negocjowanie warunków umowy wymaga bowiem nie tylko znajomości przepisów, ale także warsztatu umożliwiającego sprawną komunikację z potencjalnym kontrahentem. W rodzimej literaturze na tę kwestię zwrócił uwagę P. Szreniawski, który podkreślił, iż od umiejętności negocjacyjnych urzędników zależy to, czy umowa administracyjna będzie efektem wspólnych ustaleń czy „zakamuflowaną formą realizacji władzy”⁴⁴⁵.

⁴⁴³ U. Kaminski, *Die Kündigung...*, dz. cyt., s. 42 i n.

⁴⁴⁴ Na temat współpracy administracji z podmiotami spoza administracji w wymienionych obszarach prawa zob. T. Kalenborn, *Staatliche Kooperation...*, dz. cyt., s. 66-207.

⁴⁴⁵ P. Szreniawski, *Psychologicznoadministracyjne aspekty umów*, (w:) J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun (red.), *Umowy w administracji*. Wrocław 2008, s. 176.

Rozdział III

Normatywizacja umowy administracyjnej

3.1. Prace legislacyjne nad instytucjonalizacją umowy administracyjnej

Punktem zwrotnym w historii rozwoju umowy administracyjnej w Niemczech był rok 1963. Wówczas bowiem, po trzech latach, zakończono prace nad projektem federalnej ustawy o postępowaniu administracyjnym. Przewidywał on w części IV instytucjonalizację umowy publicznoprawnej. Komitet rządu federalnego i krajów związkowych przedstawił swoje zalecenia w marcu 1966 r., w tzw. wersji monachijskiej projektu ustawy o postępowaniu administracyjnym niem. *Münchener Fassung*)⁴⁴⁶. Wersja ta w niemal niezmienionej postaci weszła w życie w dniu 1.1.1968 r. w kraju związkowym Szlezwik-Holsztyn, stając się częścią obszernej kodyfikacji prawa administracyjnego tego landu⁴⁴⁷. Było to wydarzenie ważne nie tylko ze względu na fakt, iż umowa administracyjna po raz pierwszy została ujęta w ramy prawne, ale przede wszystkim dlatego, że wreszcie uchwalona została ustawa regulująca (co prawda na płaszczyźnie landu, ale jednak) postępowanie administracyjne, które do tej pory opierało się na niepisanych, nieprecyzyjnych regułach, które cechowały nieprzejrzystość i fragmentaryczność⁴⁴⁸.

W dniu 15.5.1970 projekt federalnej ustawy o postępowaniu administracyjnym został złożony przez kanclerza Niemiec Radzie Federalnej (niem. *Bundesrat*), która pismem z dnia 6.6.1970 r. zaproponowała kilka prawek⁴⁴⁹. W tym samym roku, z datą 21.09.1970 r., projekt wpłynął do przewodniczącego Bundestagu⁴⁵⁰, jednak ustawy nie uchwalono ze względu na przedwczesne zakończenie kadencji tego organu w roku 1972. W nieco zmienionej postaci projekt wpłynął do Bundestagu w roku 1973. Konieczność dalszych prac nad projektem sprawiła, że ustawa przyjęta została w roku 1976, natomiast weszła w życie 1.01.1977 r. Zamieszczenie w ustawie regulującej kwestie postępowania administracyjnego regulacji dotyczącej instytucji materialnego prawa administracyjnego spotkało się z falą krytyki⁴⁵¹. Co ciekawe, we wszystkich projektach (a więc z roku 1963,

⁴⁴⁶ W. Pakeerut, *Die Entwicklung...*, dz. cyt., s. 93.

⁴⁴⁷ H. Sendler, *Zum Stand der Erörterungen über ein Verwaltungsverfahrensgesetz*. „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 1/94/1969, s. 131.

⁴⁴⁸ Tamże, s. 132.

⁴⁴⁹ H. Spanner, *Der Regierungsentwurf...*, dz. cyt., s. 671.

⁴⁵⁰ Deutscher Bundestag (6. Wahlperiode), *Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG)*. Drucksache VI/1173 (<https://dserver.bundestag.de/btd/06/011/0601173.pdf>, 10.04.2022 r.).

⁴⁵¹ W. Pakeerut, *Die Entwicklung...*, dz. cyt., s. 94.

1970 i 1973) regulacje dotyczące umowy były identyczne⁴⁵². Konieczność instytucjonalizacji umowy administracyjnej ustawodawca uzasadnił nie tylko potrzebą występującą w tym zakresie zarówno po stronie obywatela, jak i administracji, ale również chęcią zakończenia doktrynalnego sporu na temat możliwości stosowania umowy publicznoprawnej w praktyce administracyjnej⁴⁵³. W uzasadnieniu projektu zwrócono uwagę na konieczność rozgraniczenia umowy publiczno-prawnej od umowy cywilnej w celu przeciwdziałania próbom zawierania umów prawa prywatnego mającym na celu zachowanie w obiegu prawnym umów publicznoprawnych obarczonych błędami. Kryterium różnicującym rodzaje umów zgodnie z wolą projektodawcy miał być przedmiot regulacji umownej. Umowa była zatem publicznoprawna, jeśli przedmiot regulacji miał charakter publicznoprawny lub gdy została zawarta w ramach realizacji celu o charakterze publicznoprawnym⁴⁵⁴.

Normatywizacja umowy administracyjnej stanowiła również odzwierciedlenie zmian dokonujących się na płaszczyźnie państwo-obywatel, przełamując tym samym monopol jednostronnych władczych działań w kontakcie administracji z jednostką⁴⁵⁵. J. Fluck wskazał na istotną rolę Federalnego Sądu Administracyjnego w tym procesie, który w jednym z orzeczeń „uznał umowę publicznoprawną za adekwatną formę działania administracji w nowoczesnym państwie prawa”⁴⁵⁶.

3.2. Doktryna wobec normatywizacji umowy administracyjnej

Gdy opracowywano projekt VwVfG, poglądy doktryny na temat umowy administracyjnej nie mogły być bardziej spolaryzowane. Aby wskazać stopień ich zróżnicowania, K. Redeker posłużył się metaforą skali, na końcach której umieścił dwa ekstremalnie odmienne stanowiska: podczas gdy J. Salzwedel opowiadał się za szerokim dopuszczeniem stosowania umowy publicznoprawnej, M. Bullinger był przeciwnikiem jakichkolwiek umów nienazwanych⁴⁵⁷. Między tymi przeciwnymi poglądami znajdowały się stanowiska „najróżniejszych odcieni”. Jak zauważył K. Redeker, spór dotyczący kwestii dopuszczalności stosowania umowy administracyjnej sprawił, że w dyskursie

⁴⁵² Tamże.

⁴⁵³ Deutscher Bundestag (7. Wahlperiode), *Gesetzentwurf...*, dz. cyt., s. 77.

⁴⁵⁴ Tamże, s. 78.

⁴⁵⁵ J. Fluck, *Die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsvertrages durch Verwaltungsakt*. Berlin 1985, s. 20.

⁴⁵⁶ Tamże, s. 20 i n.

⁴⁵⁷ K. Redeker, *Die Regelung des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Musterentwurf*. „Die öffentliche Verwaltung”, nr 15-16/1966, s. 543.

naukowym inne kwestie związane z umową administracyjną były albo nieobecne, albo obecne w stopniu marginalnym. Taki stan dogmatyki instytucji umowy administracyjnej utrzymywał się przez długi czas, mimo zastrzeżeń ze strony nauki prawa i mimo pewnych wątpliwości wyrażonych w orzecznictwie, zgodnie z którymi „instytucja ta od dawna była powszechnie stosowana w praktyce administracyjnej, i to nie tylko wówczas, gdy ustawa na to wyraźnie zezwala, lecz we wszystkich takich sytuacjach, w których normy bezwzględnie obowiązujące jej nie zakazywały”⁴⁵⁸. Kwestia dopuszczalności umowy administracyjnej była zatem z punktu widzenia praktyki kwestią nieistotną, skoro instrument ten mimo doktrynalnych sporów był wykorzystywany do regulacji stosunków prawnych między administracją i obywatelem. Bardziej przydatne dla projektodawcy byłoby poddanie analizie m.in. sposobu wykonania zobowiązania, kwestii roszczeń o odszkodowanie w przypadku niewywiązania się organu administracji ze zobowiązania czy kwestii dochodzenia roszczeń umownych. Tym i kilku innym kwestiom K. Redeker poświęcił swój artykuł⁴⁵⁹.

Opowiadając się za koniecznością instytucjonalizacji umowy administracyjnej, badacz ten zwrócił uwagę na różnego rodzaju trudności, które utrudniały sformułowanie odpowiednich regulacji prawnych. Z jednej strony brakowało porozumienia między praktykami znającymi potrzeby administracji i naukowcami zajmującymi się prawem administracyjnym, z drugiej zaś widoczna była niechęć przedstawicieli prawa administracyjnego do dorobku prawa cywilnego w zakresie prawa umów⁴⁶⁰. W podejściu takim pobrzmiewało echo poglądów O. Mayera, który w instytucji umowy administracyjnej widział zagrożenie dla emancypacji prawa administracyjnego. Biorąc jednak pod uwagę fakt, że w drugiej połowie XX w. prawo administracyjne stanowiło odrębną gałąź prawa, dziwi utrzymująca się niechęć do współpracy między przedstawicielami wymienionych gałęzi prawa⁴⁶¹. Wyjątek w tym zakresie stanowił K. Redeker, który w swojej pracy wykorzystał konstrukcje prawa cywilnego, by pokazać, że dzięki rozwiązaniom wypracowanym na gruncie doktryny prawa cywilnego część wątpliwości zgłaszanych pod adresem umowy administracyjnej traci rację bytu.

⁴⁵⁸ Tamże.

⁴⁵⁹ Tamże, 544 i n.

⁴⁶⁰ Tamże, s. 543.

⁴⁶¹ Ustawodawca postanowił skorzystać z doświadczeń prawa cywilnego, dzięki czemu rozwiązania dotyczące umowy na gruncie administracyjnoprawnym w znacznej mierze zapożyczone zostały z prawa cywilnego (G. Butterwegge, *Verwaltungsvertrag und Verwaltungsakt. Probleme der Überschneidung von Verwaltungsakten und Verwaltungsverträgen unter besonderer Berücksichtigung des Verfügungsvertrages*. Berlin 2001, s. 39).

Cywilistyczną przydatność podziału czynności prawnych (na kauzalne czynności prawne zobowiązujące oraz abstrakcyjne czynności prawne rozporządzające) wyjaśnił na przykładzie ugody sądowej zawieranej na podstawie § 106 ustawy o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (niem. *Verwaltungsgerichtsordnung*, dalej: VwGO⁴⁶²). „Zawartą ugodę należy wykonać. Stanowi ona kauzę dla podejmowanych działań, które, o ile są realizowane na płaszczyźnie cywilnoprawnej (np. płatności, przeniesienie własności gruntu [...]), stanowią abstrakcyjne czynności rozporządzające, a gdy są działaniami administracji, wówczas dokonywane są w formach przewidzianych przez prawo administracyjne”⁴⁶³. Powyższy podział cywilistyczny miał znaczenie nie tylko dla ugody zawieranej przed sądem, lecz także dla tradycyjnych umów publicznoprawnych. Na przykładzie umowy o przygotowanie infrastruktury (niem. *Erschließungsvertrag*) K. Redeker dowodził, że umowa ta stanowi kauzę zobowiązaniową dla wszystkich działań zmierzających do jej realizacji. Przeszczepienie tej cywilnoprawnej koncepcji na grunt prawa umów administracyjnoprawnych miało m.in. rozwiązać wątpliwości dotyczące wydawania aktów władczych w drodze umowy administracyjnej, gdyż zgodnie z przedstawionym pomysłem zawarta umowa stanowiła jedynie kauzę wydania aktu administracyjnego. Jak podkreślił K. Redeker, „Umowa nie jest i nie zawiera aktu administracyjnego, lecz stanowi jedynie umowne zobowiązanie do wydania takiego aktu. Nawet jeśli zdaje się, że w treści umowy sformułowana została treść aktu administracyjnego, to akt ten, jako wykonanie zobowiązania, musi mieć byt samodzielny względem umowy”⁴⁶⁴. Mając powyższe ustalenia na uwadze, K. Redeker postulował, aby w projekcie wyartykułować samodzielny charakter wykonania zobowiązania, gdyż to z nim należało wiązać skutki niewywiązania się organu z zawartej umowy⁴⁶⁵.

⁴⁶² Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. 03.1991 (BGBl. I 1991, s. 686). W polskich opracowaniach tytuł tego aktu prawnego tłumaczony jest różnorodnie: albo jako „ustawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi” (J. Kopeć-Jakimiec, *Działalność uchwalodawcza sądów administracyjnych w Polsce i Niemczech*. Łódź 2019, s. 21, przypis nr 11, https://www.archaeograph.pl/lib/I231bv/Sady-administracyjne_ebook-jxg1mdj2.pdf, 11.04.2022), albo jako „niemiecka ordynacja o postępowaniu przed sądami administracyjnymi” (Sz. Cheba, *Niemcy*, (w:) B. Majchrzak (red.), *Elementy ustrojowo-funkcjonalne sądownictwa administracyjnego w wybranych państwach europejskich*. Warszawa 2020, s. 52, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2020/10/IWS_-B.-Majchrzak-red._Elementy-ustrojowo-funkcjonalne-s%C4%85downictwa-administracyjnego-w-wybranych-pa%C5%84stwach-europejskich.pdf, 11.04.2022), a także jako „ustawa o sądownictwie administracyjnym” (P. Daniel, *Wstrzymanie wykonania aktu lub czynności w postępowaniu sądowoadministracyjnym*. Warszawa 2013, s. X) lub „ustawa o ustroju sądów administracyjnych” (J. Jagoda (red.), *Organizacja i funkcjonowanie samorządu terytorialnego w Polsce i w Niemczech. Analiza prawnoporównawcza*. Warszawa 2018, s. XIII) albo „niemiecka federalna Ordynacja sądowoadministracyjna” (M. Miemieć, *Umowa...*, dz. cyt., s. 319, przypis nr 35).

⁴⁶³ K. Redeker, *Die Regelung...*, dz. cyt., s. 544.

⁴⁶⁴ Tamże.

⁴⁶⁵ Tamże, s. 545.

Zagadnieniem wzbudzającym kontrowersje wśród doktryny była również kwestia zbyt szerokiej dopuszczalności stosowania umowy publicznoprawnej. Krytyce poddawano klauzulę umożliwiającą posługiwanie się tą instytucją, o ile przepisy prawne nie stoją na przeszkodzie⁴⁶⁶. Wbrew głosom przeciwnym ustawodawca postanowił nie rezygnować z tej klauzuli, stanowisko swe uzasadniając aktualnym szerokim wykorzystaniem w praktyce umów administracyjnoprawnych do realizacji zadań przez organy administracji publicznej. Dla poparcia takiego stanowiska w uzasadnieniu projektu przytoczono dane statystyczne, z których wynikało, że w Szlezwicku-Holsztynie z roku na rok coraz więcej spraw związanych z odszkodowaniem załatwianych było w drodze umowy (w roku 1957 - 11% spraw, w 1958 - 17%, w 1959 - 22%, w 1960 - 29,3%). Podkreślono także szczególne znaczenie tej instytucji w procesie realizacji zadań z zakresu gospodarki komunalnej⁴⁶⁷.

Jak będzie o tym mowa później, umowa *per se* jest instytucją charakterystyczną zarówno dla prawa publicznego, jak i prawa cywilnego i stanowi najważniejszy przejaw autonomii woli jednostki, co wynika z art. 2 ustawy zasadniczej⁴⁶⁸. Jedną z podstawowych zasad, dzięki którym instytucja ta odgrywa tak ważną rolę, jest swoboda kontraktowania (niem. *Vertragsfreiheit*), dzięki której strony mogą m.in. kształtować treść umowy (niem. *Gestaltungsfreiheit*)⁴⁶⁹. Na gruncie prawa cywilnego podkreśla się szczególne znaczenie sprawiedliwości kontraktowej (niem. *Vertragsgerechtigkeit*), która przejawia się w równorzędności podmiotów⁴⁷⁰. Dzięki równorzędnej pozycji strony zawierające umowę wpływają w równym stopniu na kształtowanie jej treści⁴⁷¹.

W przypadku umowy zawieranej na gruncie prawa administracyjnego obawiano się skutków swobody kontraktowania, którą uzyskiwałyby administracja oraz naruszenia idei sprawiedliwości kontraktowej umowy. Zdaniem M. Bullingera możliwość swobodnego kontraktowania ze strony administracji mogła stanowić pewne zagrożenie

⁴⁶⁶ H. Spanner, *Der Regierungsentwurf eines Bundes-Verwaltungsverfahrensgesetzes*. „Juristenzeitung”, nr 21/1970, s. 674.

⁴⁶⁷ Deutscher Bundestag (7. Wahlperiode), *Gesetzentwurf...*, dz. cyt., s. 77.

⁴⁶⁸ H. Broxt, W.-D. Walker, *Allgemeiner Teil des BGB*. 35., neu bearbeitete Auflage. München 2011, s. 41.

⁴⁶⁹ Więcej na temat istoty swobody kontraktowania oraz ewolucji tej podstawowej zasady prawa cywilnego zob. np.: U. Knobel, *Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit*. Berlin 2000; M.P. Zeres, T.C. Zeres, *Recht für Manager. Rechtliche Rahmenbedingungen einer marktorientierten Unternehmensführung*. Berlin, Heidelberg 1998, s. 60-63.

⁴⁷⁰ Więcej na temat sprawiedliwości kontraktowej zob. J. Mohr, *Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht. Domestizierung wirtschaftlicher Macht durch Inhaltskontrolle der Folgeverträge*. Tübingen 2015, s. 20-22.

⁴⁷¹ H. Broxt, W.-D. Walker, *Allgemeiner Teil...*, dz. cyt., s. 40.

dla przysługujących jednostce praw i wolności obywatelskich pod kątem możliwości ich zagwarantowania w państwie prawnym⁴⁷². Obawa ta wydaje się zawierać w sobie przypuszczenie, że wraz z normatywizacją instytucji umowy publicznoprawnej przestałaby obowiązywać zasada związania prawem administracji, która uzyskałaby niczym nieskrępowaną swobodę kształtowania treści umowy zawieranej z obywatelem. Pamiętać jednak należy, że to właśnie na gruncie państwa prawa wyrósł postulat związania administracji zasadą legalizmu oraz zasadą praworządności, co przejawia się koniecznością przestrzegania zasady pierwszeństwa ustawy oraz zasady zastrzeżenia ustawy⁴⁷³. Wraz z innymi zasadami wywierają one wpływ „na kształt porządku prawnego, pełniąc rolę kreatora i gwaranta doniosłych społecznie wartości”⁴⁷⁴. Niewątpliwie wartością taką jest działanie administracji w granicach i na podstawie prawa, w oparciu o wartości specyficzne dla danej kultury prawnej. Oznacza to, że swoboda kontraktowania administracji sięgałaby tak daleko, jak dalece pozwala na to wykładnia prawa uwzględniająca aksjologiczne uwikłanie interpretowanych przepisów prawnych. A zatem swoboda kontraktowania administracji ograniczana byłaby przepisami prawa, co właściwie czyniłoby bezpodstawną obawę o naruszenie praw i wolności obywatelskich.

Jeszcze ciekawszym zagadnieniem jest kwestia naruszenia idei sprawiedliwości kontraktowej umowy. Trudno nie zgodzić się z poglądem, że urzędnik reprezentujący administrację państwową posiada większe doświadczenie i wiedzę w zakresie prawa administracyjnego w porównaniu z przeciętnym obywatelem, tym samym można mówić o jego faktycznie silniejszej pozycji w procesie kreowania treści stosunku prawnego. Nie należy jednak mylić w tym przypadku pozycji faktycznej strony, oznaczającej realny wpływ na treść umowy (stanem pożądanym jest równość stron, gdy jest on zakłócony umowę zawiera strona silniejsza ze stroną słabszą; w literaturze z zakresu prawa cywilnego tę faktyczną równorzędną pozycję stron określa się mianem równości materialnej – niem. *materielle Vertragsparität*) z jej pozycją prawną, oznaczającą charakter uczestnictwa we wspólnocie prawnej (stanem pożądanym jest

⁴⁷² M. Bullinger, *Vertrag und Verwaltungsakt*. Stuttgart 1962, s. 247, cyt. za M. Werner, *Allgemeine Fehlerfolgenlehre...*, dz. cyt., s. 22.

⁴⁷³ C. Tegethoff, *Kommentar zu § 54 VwVfG...*, dz. cyt., s. 1380.

⁴⁷⁴ Z. Duniewska, *Z refleksji nad pojęciem i charakterem zasad prawa*, (w:) Z. Duniewska, A. Krakala, M. Stahl, *Zasady w prawie administracyjnym. Teoria, praktyka, orzecznictwo*. Warszawa 2018, s. 32; L. Leszczyński, G. Maroń, *Zasady prawa. Ujęcie dogmatyczno-porównawcze*. „Studia Iuridica Lublinensia”, nr 25/1/2016, s. 320.

„równouprawnione uczestnictwo we wspólnotce prawnej – niem. *formale Parität*; gdy taki stan zostanie zakłócony, wyróżnia się stronę nadrzędną i stronę podporządkowaną)⁴⁷⁵. Potencjalnie może dojść do sytuacji, gdy na płaszczyźnie prawnej będziemy mieć do czynienia z podmiotami równorzędnymi (lub aby uniknąć wątpliwości natury dogmatycznej związanej z równością stron na gruncie prawa administracyjnego, lepiej mówić o równorzędności oświadczeń woli), natomiast faktycznie pozycję dominującą będzie posiadał urzędnik⁴⁷⁶. Pojawia się zatem pytanie, w jaki sposób w takiej sytuacji przywrócić sprawiedliwość kontraktową, tj. w jaki sposób wyrównać faktyczną pozycję stron? Aby przewagę taką zneutralizować, M. Bullinger zaproponował trzy rozwiązania. Pierwsze polegało na wyznaczeniu dla obywatela przedstawiciela ustawowego z urzędu w tych przypadkach, gdy ma dojść do zawarcia umowy istotnej (niem. *bei schwerwiegenden Vertragsschlüssen*). Drugie rozwiązanie dotyczyło obwarowania takiego rodzaju umów przymusem adwokackim. Trzecie natomiast przewidywało przydzielenie obywatelowi dodatkowego czasu na zastanowienie się nad treścią umowy⁴⁷⁷. Niestety M. Bullinger nie wyjaśnił, co należy rozumieć pod pojęciem „umowy istotnej”. W uchwalonej w 1976 r. VwVfG żadnej z propozycji przedstawionej przez M. Bullingera nie uwzględniono. Warto natomiast zwrócić uwagę na fakt, że zagadnieniem materialnej nierówności stron interesowali się także przedstawiciele dogmatyki prawa cywilnego, dostrzegając w naruszeniu zasady równości stron naruszenie zasady swobody kontraktowania. Materialna nierówność stron cechowała w szczególności strony zawierające umowę pracy, o czym w pracy z 1921 r. pisał M. Weber, wskazując na faktyczną przewagę pracodawcy nad pracownikiem podpisującym umowę o pracę⁴⁷⁸. Pozostawiając poza obrębem rozważań szczegółowe ustalenia doktryny w tym zakresie, wskazać należy, że na kwestię materialnej nierówności stron zwrócono uwagę na gruncie prawa cywilnego. W § 138 ust. 2 kodeksu cywilnego (niem.

⁴⁷⁵ R. Kirstein, D. Schmidtchen, *Störung der Vertragsparität*. CSLE Discussion Paper, No. 2004-05, s. 2 (https://www.econstor.eu/bitstream/10419/23046/1/2004-05_vertragspar.pdf, 1.03.2002).

⁴⁷⁶ Zauważyć należy, że obecnie to często podmioty prywatne mają pozycję dominującą w procesie zawierania umów z organami administracji, co wynika m.in. z zasady związania administracji prawem, która nie ogranicza potencjału decyzyjnego podmiotów prywatnych (W. Hoffmann-Riem, *Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch: Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen*. „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 130/1/2005, s. 37).

⁴⁷⁷ M. Bullinger, *Zur Notwendigkeit...*, dz. cyt., s. 671.

⁴⁷⁸ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*. 5. Auflage. Tübingen 1972, s. 561 i n., cyt. za: A. Stöhr, *Die Vertragsbindung: Legitimation, Herkunft, Grenzen*. „Archiv für die civilistische Praxis”, nr 214/3/2014, s. 431.

Bürgerliches Gesetzbuch, dalej: BGB⁴⁷⁹) uregulowana została bowiem instytucja wyzysku, którą zdefiniować można jako działanie zmierzające do ograniczenia woli stron będące rażącym przypadkiem sprzeczności czynności prawnej z dobrymi obyczajami⁴⁸⁰. Jak wynika z treści tego artykułu „w szczególności nieważna jest czynność prawna, przez którą ktoś, wyzyskując przymusowe położenie, niedoświadczenie, brak zdolności dokonywania oceny własnego położenia lub istotną słabość woli drugiej strony, w zamian za świadczenie obiecuje lub zastrzega dla siebie albo osoby trzeciej korzyści majątkowe, które pozostają w rażącej dysproporcji do jej własnego świadczenia”. Biorąc pod uwagę wykorzystanie instytucji braku doświadczenia na gruncie prawa cywilnego zaskakuje nieco, że po podobne rozwiązanie nie sięgnęła dogmatyka prawa administracyjnego. Instytucja ta wydaje się bowiem odpowiednim instrumentem do wyrównania faktycznej pozycji stron poprzez uczynienie nieważną czynności prawnej (tj. zawartej umowy administracyjnej) dokonanej przez stronę mniej i bardziej uprzywilejowaną ze względu na doświadczenie w sytuacji, gdy ustalone warunki umowy pozostają obiektywnie w rażącej dysproporcji.

Kolejna wątpliwość wiązała się z możliwością zastosowania umowy administracyjnej do regulowania sytuacji nietypowych. Obawiano się mianowicie, że sytuacje tego rodzaju staną się usprawiedliwieniem dla działań administracji niezgodnych z prawem⁴⁸¹. W swojej pracy doktorskiej W. Bosse przytacza tylko jeden przykład takiego działania, powołując się w tym zakresie na pracę, którą w roku 1958 opublikował J. Salzwedel⁴⁸². Przykład ten warto przytoczyć w całości: „inwestor otrzymuje pozwolenie na budowę pięciokondygnacyjnego budynku, w zamian za co miastu daje działkę pod budowę szkoły za stosowną cenę. Sam Salzwedel przyznaje, że odpowiedni akt administracyjny byłby nielegalny z powodu niedozwolonego sprzęgania⁴⁸³ (świadczeń – W.J.). Jest jednak mało prawdopodobne, aby niewłaściwe łączenie działań organu w zamian za świadczenia obywatela nagle było wolne od

⁴⁷⁹ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2.01.2002, BGBl. I, 2002; BGBl. I, 2002 s. 42, 2909; 2003 I, s. 738.

⁴⁸⁰ W. Borysiak, *Wyzysk i instytucje do niego zbliżone w prawie prywatnym Niemiec, Austrii oraz Szwajcarii*. Warszawa 2019, s. 10 (https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2020/04/IWS_Borysiak-W._Wyzysk-i-instytucje-do-niego-zbli%C5%BCone-w-prawie-prywatnym-Niemiec-Austrii-orazSzwajcarii.pdf, 18.04.2022).

⁴⁸¹ W. Bosse, *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 42.

⁴⁸² J. Salzwedel, *Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages*. Berlin 1958.

⁴⁸³ Pod pojęciem nielegalnego sprzęgania świadczeń (niem. *Koppelungsverbot*) rozumieć należy „zakaz uzależniania wydania aktu administracyjnego przez urząd od świadczenia majątkowego petenta – w sytuacji, gdy ustawodawca wyraźnie organu do tego nie upoważnił” (J. Wyporska-Frankiewicz, *Publicznoprawne formy działania administracji o charakterze dwustronnym*. Warszawa 2010, s. 235).

zastrzeżeń prawnych tylko dlatego, że wymiana świadczeń nie jest uregulowana w akcie administracyjnym, ale w umowie z dokładnie tą samą treścią”⁴⁸⁴.

O innych wątpliwościach pisał V. Schlette, dzieląc je na dwie grupy: wątpliwości natury teoretycznoprawnej oraz wątpliwości natury pragmatycznej.

Głównym argumentem teoretycznoprawnym przemawiającym przeciwko umowie administracyjnej, który eksponowany był przez O. Mayera i innych jej przeciwników jest nierównorzędność podmiotów dokonujących czynności prawnej⁴⁸⁵, której cechą charakterystyczną na gruncie prawa cywilnego jest równorzędność podmiotów. Ta równorzędność podmiotów ma jednak nawet na gruncie prawa cywilnego czasami charakter czysto teoretyczny, by nie rzec wręcz pozorny. Jak argumentuje V. Schlette, pojęcie „równorzędności” rozpatrywać należy na kilku płaszczyznach równocześnie. Aby podmioty były równorzędne, powinny dysponować tymi samymi umiejętnościami związanymi z prowadzeniem negocjacji, tymi samymi informacjami, powinno im nawet w tym samym stopniu zależeć na zawarciu umowy. O takiej szeroko rozumianej równorzędności podmiotów często jednak nie może być mowy. Jako przykład najlepiej oddający istotę tych rozważań posłużyć może umowa zatrudnienia zawierana w czasach wysokiego bezrobocia przez pracodawcę z osobą bezrobotną⁴⁸⁶. Biorąc pod uwagę wyjściową pozycję negocjacyjną obu stron, trudno nie dojść do wniosku, że w przedstawionej sytuacji to pracodawca będzie stroną uprzywilejowaną i będzie mógł określać warunki umowy. Słusznie V. Schlette konkluduje swoje rozważania następującym stwierdzeniem: „Tym niemniej, i to jest decydujące w obecnym kontekście, jak widać, nikt w prawie cywilnym dotychczas nie myślał o odmawianiu takim uzgodnieniom charakteru umownego ze względu na występującą przy ich zawieraniu dysproporcję między stronami”⁴⁸⁷. W dalszych rozważaniach autor odróżnia nierównorzędność faktyczną od relacji prawnego podporządkowania, co prowadzi go do wniosku, że w procesie negocjowania warunków umowy między obywatelem i jednostką ważniejszą rolę odgrywa przewaga faktyczna aniżeli prawna⁴⁸⁸, co szczególnie widoczne jest na przykładzie dużego przedsiębiorstwa (występującego w tym przypadku w roli podmiotu administrowanego) paktującego z władzami lokalnymi. Większą siłę

⁴⁸⁴ W. Bosse, *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 42.

⁴⁸⁵ Argument ten szczegółowo został omówiony w I rozdziale, w którym również omówiono inne poglądy podważające jego zasadność.

⁴⁸⁶ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 38.

⁴⁸⁷ Tamże.

⁴⁸⁸ Tamże, s. 39.

przetargową (ang. *bargainig power*) posiada przedsiębiorstwo, które nie tylko odprowadza podatki na obszarze danej gminy, lecz tworzy i utrzymuje miejsca pracy – z tych względów posiada ono dla władz lokalnych na tyle ogromne znaczenie, że w przypadku negocjowania warunków umowy to państwo (reprezentowane przez władze lokalne) będzie słabszą stroną⁴⁸⁹.

Następna wątpliwość dotyczyła relacji, w jakiej pozostają ze sobą akt administracyjny oraz umowa administracyjna. Chodzi mianowicie o relację substytucji, która skutkować może przymusem zawarcia umowy administracyjnej, który odczuwał będzie obywatel. V. Schlette przyrównuje ten argument do miecza Damoklesa wiszącego nad głową podmiotu administrowanego i wyjaśnia go w sposób następujący: „Gdy administracja, zamiast zawrzeć umowę z obywatelem, może również dokonać jednostronnej regulacji aktem administracyjnym, to obywatel jest praktycznie zmuszony do podpisania umowy – na warunkach podyktowanych przez administrację – aby w ten sposób uniknąć wydania niechcianego aktu administracyjnego”⁴⁹⁰. Jak jednak wyjaśnia dalej V. Schlette, taki potencjalny przymus kontraktowania nie pozbawia umowy administracyjnej przymiotu umowy, ponieważ nawet w takiej sytuacji obywatel składa oświadczenie woli, będące głównym elementem kształtującym tę instytucję. Ponadto trudno mówić o przymusie kontraktowania, ponieważ obywatel może podjąć szereg działań w przypadku, gdy nie jest (całkowicie) zadowolony z treści umowy: od prób negocjacji treści rozpoczynając, a na zaskarżeniu aktu administracyjnego wydanego na skutek niepodpisania umowy kończąc⁴⁹¹. Biorąc powyższe pod uwagę, trudno mówić o jakimkolwiek przymusie w trakcie zawierania umowy administracyjnej, tym bardziej, że nawet w przypadku działań administracji władczej obywatel jest bardziej zainteresowany możliwością zawarcia z organem administracji umowy zastępującej akt administracyjny, ponieważ podczas negocjacji ma wpływ na intensywność i kierunek działań administracji publicznej⁴⁹².

Brak swobody kontraktowania wynikający przede wszystkim ze związania administracji publicznej przepisami prawa to następny argument teoretycznoprawny przeciwko umowie, o którym wspomina V. Schlette⁴⁹³. Zasadność tego argumentu

⁴⁸⁹ Tamże, przypis nr 165.

⁴⁹⁰ Tamże, s. 44.

⁴⁹¹ Tamże, s. 44 i n., przypis nr 194.

⁴⁹² Tamże, s. 46, przypis nr 201.

⁴⁹³ Tamże.

podważona zostaje dwoma kontrargumentami. Po pierwsze, zarówno w prawie cywilnym, jak i w prawie administracyjnym swoboda kontraktowania ograniczona jest licznymi przepisami przez ustawodawcę. W przypadku prawa cywilnego szczególnie wyraźnie widać to na przykładzie prawa pracy, które zawiera liczne przepisy ochronne dotyczące pracownika, a tym samym ograniczające swobodę działania pracodawcy⁴⁹⁴. Po drugie, swoboda kontraktowania w przypadku organu administracji jest faktycznie mocno ograniczona normami prawnymi, ale nie oznacza to, że jej w ogóle nie ma. Instrumenty natury kontraktowej znajdują bowiem zastosowanie wówczas, gdy administracja będzie musiała działać w sposób prawotwórczy, co ma miejsce w przypadku występujących luk w prawie⁴⁹⁵. Ponadto, na co zwrócił uwagę H. Maurer, swoboda kontraktowania organu administracji to tylko jedna „strona medalu”, ponieważ dla zawarcia umowy niezbędna jest również swoboda kontraktowania partnera administracji. Z tego banalnego spostrzeżenia wynika nie taki już banalny wniosek, że swoboda kontraktowania obywatela rozciąga się zarówno na prawa prywatne, jak i prawo publiczne, dlatego też korzystając z przysługujących mu praw obywatel, „zawierając umowę, może czynić ustępstwa na rzecz organów administracji bądź godzić się na ograniczenia, jeśli w ten sposób osiągnie określone korzyści”⁴⁹⁶. Dzięki korzystaniu przez obywateli z przysługujących im praw w pewnym stopniu zwiększają się uprawnienia administracji, która nie może pozbawić jednostki możliwości korzystania z przysługujących jej praw. Umowa administracyjna jest zatem efektem umożliwienia obywatelowi korzystania z jego praw podstawowych w obrębie granic wytyczonych przez zasadę związania administracji prawem.

Wątpliwości natury pragmatycznej dotyczyły substytucyjnego charakteru umowy i aktu administracyjnego. Przeciwnicy umowy argumentowali, że instytucja ta jest zbędna, skoro administracja może zrealizować stawiane przed nią cele za pomocą jednostronnych działań władczych⁴⁹⁷. W szczególności podkreślano, że typową dla umowy zwiększoną akceptację działań administracji można uzyskać również w przypadku dwustronnego aktu administracyjnego, którego treść uzgadniana jest między obywatelem i organem administracji. Trudno jednak nie zgodzić się z wnioskiem, że dwustronny akt administracyjny wykracza poza schemat jednostronnej władczej formy

⁴⁹⁴ Tamże, s. 47.

⁴⁹⁵ Tamże.

⁴⁹⁶ H. Maurer, *Der Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 805.

⁴⁹⁷ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 49.

działania administracji. Od strony formalnej jest to akt administracyjny, lecz pod względem materialnoprawnym ukrywa się pod tą postacią uzgodniona przez strony umowa - negocjowanie warunków stosunku prawnego to przecież jeden z głównych elementów umowy⁴⁹⁸.

Jednym z argumentów, który zdawał się nie tracić nic ze swojej aktualności przez długi czas, został opisany na początku XX w. przez F. Fleinera. Autor ten uważał, że zawieranie umowy publicznoprawnej przez administrację z obywatelem mogłoby stanowić naruszenie zasady równości obywateli wobec prawa. Niemal 100 lat musiało upłynąć, by argument ten móc zneutralizować na gruncie koncepcji *open government*, która zakłada transparentność i jawność działań podejmowanych przez administrację. Jak wyjaśniają J. von Lucke i K. Gollasch, wcielenie w życie ideału transparentności działań administracji wymaga potrójnej zmiany paradygmatu funkcjonowania państwa i administracji. Pierwszy paradygmat wiąże się ze zmianą podejścia do utrzymywania w tajemnicy danych. Dotychczasowa działalność administracji publicznej opiera się na założeniu, że wszystko, co nie jest wyraźnie oznaczone jako publicznie dostępne, należy utrzymywać w tajemnicy. Wg nowej koncepcji należy udostępnić publicznie wszystko, co *expressis verbis* nie powinno być zachowane w tajemnicy. Drugi paradygmat dotyczy rozmiaru, sposobu i czasu udostępniania danych. Wg nowego paradygmatu wszystkie dane, które nie podlegają ochronie danych osobowych oraz ograniczeniom związanym z bezpieczeństwem powinny być udostępniane w pełnym zakresie w czasie realnym. Ostatni paradygmat dotyczy prawa korzystania z danych publicznych. Zgodnie z nowym podejściem każdy obywatel powinien mieć bezpłatny dostęp do opublikowanych danych, nie wykluczając przy tym prawa do ich dalszego przetwarzania i rozpowszechniania⁴⁹⁹. Jak podkreślają J. von Lucke i K. Gollasch „opisana zmiana paradygmatu oznacza fundamentalną zmianę kultury państwa i administracji. Ze względu na jego zróżnicowaną wartość dodaną w obszarach transparentności, demokratycznych praw obywateli do kontroli, transferu wiedzy i procesów innowacyjnych w sektorze publicznym, nowy paradygmat powinien być wdrażany krok po kroku”⁵⁰⁰. Wydaje się, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby umowy publicznoprawne zawierane z obywatelami były po ich wcześniejszej anonimizacji publicznie dostępne, tak aby zainteresowani obywatele wiedzieli, w jakim zakresie mogą być prowadzone negocjacje na przykładzie

⁴⁹⁸ Tamże, s. 50 i n.

⁴⁹⁹ J. von Lucke, K. Gollasch, *Open Government...*, dz. cyt., s. 53 i n.

⁵⁰⁰ Tamże, s. 54.

konkretnych spraw, już załatwionych na drodze umowy publicznoprawnej. Z punktu widzenia obywatela treść zawartych umów stanowi informację o skutkach działań administracji⁵⁰¹. Osadzenie tej informacji w kontekście współpracy administracji z podmiotem administrowanym przekształca ją z kolei w wiedzę, która dla obywatela stanowi punkt wyjścia do podjęcia współpracy z urzędnikiem. Dzięki możliwości zapoznania się z dotychczasową praktyką jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego obywatel wie, czego może oczekiwać od administracji, w związku z czym realizowana jest zasada pewności prawa, której egzekwowanie pozytywnie wpływa na relacje między administracją i społeczeństwem.

Opisany powyżej sposób działania w przypadku zawieranych przez administrację umów publicznoprawnych stanowiłby także wyraz realizacji postulatu otwartości państwa i administracji (niem. *Offenheit von Staat und Verwaltung*)⁵⁰², którego wdrożenie w życie zakłada współczesna reforma administracji niemieckiej. Możliwość zapoznania się z treścią już zawartych umów z pewnością pozytywnie wpłynęłaby na gotowość obywateli do zawierania umów z administracją, ponieważ redukowalaby obawy przed nieznanym i podnosiłaby poziom zadowolenia obywateli z efektywności działań administracji. Jednocześnie praktyka taka zwiększałaby transparentność działań administracji i umożliwiałaby ich kontrolę przez społeczeństwo. Zapoznanie się z treścią już zawartych umów umożliwiłoby różnym zainteresowanym podmiotom szybkie dotarcie do interesujących ich danych. Podmiotami tymi są m.in. przedsiębiorstwa, obywatele, media, badacze⁵⁰³. Możliwość zapoznania się z takimi danymi wpływałaby na poziom zaufania obywateli do administracji, a tym samym na poziom akceptacji jej działań, stanowiąc jednocześnie istotny element kształtowania wizerunku administracji w społeczeństwie.

3.3. Konstrukcja umowy administracyjnej na gruncie VwVfG

3.3.1. Instytucja umowy *per se*

Instytucja umowy kojarzy się w pierwszej kolejności z prawem cywilnym, na obszarze którego stanowi ona najważniejszą postać czynności prawnych, będąc w

⁵⁰¹ Por. G. Goldammer, *Informatik für Wirtschaft und Verwaltung. Einführung in die Grundlagen*. Wiesbaden 1994, s. 272.

⁵⁰² J. von Lucke, K. Gollasch, *Open Government...*, dz. cyt., s. 2.

⁵⁰³ Por. B. Reuter, *Transparenz öffentlicher Einkaufsdaten in Deutschland. Anforderungen und Handlungsfelder im Kontext von Open Government*. Wiesbaden 2021, s. 3 (<https://library.oapen.org/handle/20.500.12657/43297>, 5.06.2022).

gospodarce rynkowej głównym instrumentem regulującym obrót dóbr, usług i środków pieniężnych⁵⁰⁴. Zdaniem niektórych badaczy umowa, obok instytucji osoby prawnej i prawa własności, stanowi jeden z trzech filarów, na których opiera się prawo cywilne⁵⁰⁵. Jak jednak pokazują wyniki badań prawnoporównawczych, nic nie stoi na przeszkodzie, by równie silnie umowa zakorzeniła się na gruncie prawa administracyjnego⁵⁰⁶, a nawet by do tak ukształtowanej umowy administracyjnoprawnej stosować w razie konieczności odpowiednio przepisy regulujące umowę cywilnoprawną⁵⁰⁷. W doktrynie można spotkać się z poglądem, że mimo przenikania przez umowę różnych porządków prawnych na gruncie prawa niemieckiego na próżno szukać definicji legalnej tego pojęcia, co może wynikać z faktu, że „umowa wydaje się tak fundamentalną instytucją, jej cechy konstytutywne do tego stopnia oczywiste, że nie ma potrzeby formułowania definicji. Tak więc kodeks cywilny i federalna ustawa o postępowaniu administracyjnym nie definiują pojęcia umowa”⁵⁰⁸. W rzeczywistości jednak trudno zgodzić się z takim twierdzeniem, jeżeli przyjmie się założenie, że definicja legalna może przybrać postać definicji celowościowej. Taka bowiem właśnie definicja umowy znajduje się w § 54 VwVfG.

Bez względu na gałąź prawa, w której instytucja umowy znajduje zastosowanie, wyróżnia się ona pewnymi konstytutywnymi cechami. Zawarcie umowy jest możliwe na skutek zgodnego oświadczenia woli przynajmniej dwóch stron, którego celem jest wywołanie określonych skutków prawnych⁵⁰⁹ i które ma wiążący charakter. Aby zatem umowa mogła zostać zawarta, spełnione muszą zostać trzy przesłanki: między przynajmniej dwoma stronami musi dojść do konsensu, który jest prawnie wiążący⁵¹⁰. Z chwilą, gdy zostaną wyrażone przez przynajmniej dwie strony zgodne oświadczenia woli co do treści umowy, staje się ona podstawą ukształtowanego przez kontraktujących stosunku prawnego⁵¹¹.

⁵⁰⁴ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*. 14. wydanie, Warszawa 2017, s. 307.

⁵⁰⁵ M. Suleimenov, *Der Vertrag im Zivilrecht. Theoretische und praktische Probleme*, (w:) R. Knieper, L. Chanturia, H.-J. Schramm (red.), *Probleme des Vertragsrechts und der Vertragssicherung in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens*. Berlin 2009, s. 39.

⁵⁰⁶ Zob. np. rozważania na temat umów prawa administracyjnego w prawie francuskim i greckim w pracy P.-M. Efstratiou, *Die Bestandskraft...*, dz. cyt., s. 87-109 oraz 129-160.

⁵⁰⁷ T. Müller-Tschumi, *Leistungsstörungen bei verwaltungsrechtlichen Verträgen*, (w:) I. Häner, B. Waldmann (red.), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis*. Zürich, Basel, Genf 2007, s. 58.

⁵⁰⁸ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 17.

⁵⁰⁹ Tamże, s. 15.

⁵¹⁰ Więcej na temat wiążącej mocy umowy zob. A. Stöhr, *Die Vertragsbindung...*, dz. cyt., s. 426-451.

⁵¹¹ G. Dopjans, *Einführung in das Wirtschaftsrecht. Privatrecht in Wirtschaft und Technik mit Anleitungen zur Lösung praktischer Fälle*. Wiesbaden 1978, s. 41.

Jak podkreśla V. Schlette, ogólna regulacja dotycząca zawarcia umowy nie wskazuje na żadne inne cechy konstytutywne, w szczególności na konieczność prawnej lub faktycznej równorzędności partnerów zawierających umowę⁵¹². Odmienne zdania jest natomiast H. Spanner, który uważa, że do zawarcia umowy może dojść przez prawnie równorzędne strony⁵¹³.

Dalsze rozważania dotyczące istoty umowy administracyjnej będą odnosiły się do regulacji zawartych w VwVfG. Uwaga ta ma o tyle znaczenie, że instytucja ta została również uregulowana w innych aktach prawnych, nierzadko w sposób identyczny lub podobny⁵¹⁴. W literaturze podkreśla się, że powtarzanie treści przepisów regulujących wybrane instytucje prawa administracyjnego na gruncie VwVfG w aktach odnoszących się do części szczególnej prawa administracyjnego stawia pod znakiem zapytania integracyjną funkcję ogólnej części prawa administracyjnego skodyfikowanej w VwVfG⁵¹⁵.

3.3.2. Charakterystyczne cechy umowy administracyjnej

W przypadku umowy administracyjnej spełnione powinny zostać dodatkowe warunki, które pozwolą ją odróżnić od umów zawieranych na gruncie prawa cywilnego, co jest istotne ze względu na określenie właściwych przepisów prawa materialnego znajdujących zastosowanie w trakcie jej zawierania, regulację odpowiedzialności czy określenie drogi sądowej umożliwiającej dochodzenie roszczeń przez strony.

Dla porządku przypomnieć należy, że w przypadku gdy w trakcie postępowania administracyjnego oświadczenie woli złoży tylko jedna strona, wówczas nie dojdzie do zawarcia umowy administracyjnej⁵¹⁶. Ponieważ zatem umowa administracyjna stanowi skutek zgodnych oświadczeń woli przynajmniej dwóch stron, jest ona skuteczna *inter partes*. Ponadto reguluje ona stosunek administracyjnoprawny w sposób prawnie wiążący (zgodnie z łacińską paremią *pacta sunt servanda*)⁵¹⁷, co odróżnia ją od nieformalnych

⁵¹² V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 16.

⁵¹³ H. Spanner, *Der Regierungsentwurf...*, dz. cyt., s. 674, przypis nr 33.

⁵¹⁴ H. Maurer, *Der Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 802.

⁵¹⁵ Por. W. Fiedler, *Die materiell-rechtlichen Bestimmungen...*, dz. cyt., s. 80 i n.

⁵¹⁶ C.H. Ule, H.-W. Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*. Köln, Berlin, Bonn, München 1977, s. 271.

⁵¹⁷ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 17.

uzgodnień pozbawionych prawnie wiążącego charakteru (niem. *Absprache*)⁵¹⁸. Spostrzeżenie to z kolei prowadzi do wniosku, że w przypadku braku mocy wiążącej złożonych oświadczeń woli dokonana czynność prawna nie będzie stanowiła umowy administracyjnej, lecz może być interpretowana jako nieformalne porozumienie, definiowane jako faktyczne uzgodnienie między organem administracji i obywatelem, zmierzające do przygotowania decyzji administracyjnej lub jej zastąpienia. Ze względu na brak prawnej mocy wiążącej porozumienia nieformalne należą do grupy czynności faktycznych⁵¹⁹, a w przypadku niewykonania świadczenia nie przysługuje stronie ani roszczenie o spełnienie świadczenia, ani o odszkodowanie. J. Oster podkreśla, że „Roszczenie takie nie powstaje także ze względu na ochronę zaufania, ponieważ partner umowy zdaje sobie sprawę z braku jej wiążącego charakteru, dlatego zaufanie w ogóle nie jest kreowane”⁵²⁰.

Zaakcentować należy, iż stron zawierających umowę administracyjną nie musi cechować taka sama siła negocjacyjna⁵²¹. Pod pojęciem tym należy rozumieć jako pewien zbiór zasobów pozostających w dyspozycji danego kontrahenta, których wykorzystanie może zapewnić wynegocjowanie oczekiwanych warunków umowy⁵²².

W § 9 VwVfG wymieniono dwie formy działania organów administracji, dokonując tego przez pryzmat definicji legalnej postępowania administracyjnego, którego celem jest wydanie aktu administracyjnego lub zawarcie umowy publicznoprawnej⁵²³. Z treści tego przepisu wynika, że umowa administracyjna stanowi samodzielną, równorzędną z aktem administracyjnym formę działania administracji⁵²⁴. O ile akt administracyjny wywołuje skutki prawne w sposób jednostronny, o tyle zawarcie umowy administracyjnoprawnej stanowi efekt zgodnych administracyjnoprawnych

⁵¹⁸ K. Hoffmann, *Kooperative Raumplanung: Handlungsformen und Verfahren*. Zürich 2021, s. 20 (https://library.oapen.org/bitstream/handle/20.500.12657/50270/oa_pdf-018-1626289017.pdf?sequence=1&isAllowed=y, 10.04.2021).

⁵¹⁹ H. Maurer, Ch. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 459.

⁵²⁰ J. Oster, *Das informell-kooperative Verwaltungshandeln im Umweltrecht. Begriffliche Abgrenzung, Erscheinungsformen und rechtliche Bewertung*. „Natur und Recht“, nr 30/2008, s. 846.

⁵²¹ M. Banafsche, *Die Eingliederungsvereinbarung zwischen Subordination und Koordination — Ausdruck eines alten verwaltungsrechtlichen Diskurses*. „Soziales Recht“, nr 3/4/2013, s. 127.

⁵²² J. Michalczyk, *Siła negocjacyjna jako istotne zagadnienie w negocjacjach*. „Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy”, z. 4/2004, s. 309.

⁵²³ Uwagi krytyczne na temat tego specyficznego ustawowego dualizmu form zob. R. Pitschas, *Entwicklung der Handlungsformen im Verwaltungsrecht — Vom Formendualismus des Verwaltungsverfahrens zur Ausdifferenzierung der Handlungsformen*, (w:) W. Blümel, R. Pitschas (red.), *Reform des Verwaltungsverfahrensrechts. Vorträge und Diskussionsbeiträge des Forschungsseminars am Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer vom 3. bis 5. März 1993*. Berlin 1994, s. 231-234.

⁵²⁴ S. Detterbeck, *Öffentliches Recht*. München 2013, s. 361.

oświadczeń woli wyrażonych przez (przynajmniej) dwie strony⁵²⁵. Innymi słowy można powiedzieć, że akt administracyjny jest instytucją skoncentrowaną na przedmiocie postępowania administracyjnego (na tym, co załatwić), podczas gdy umowa administracyjna przesuwając punkt ciężkości zainteresowania na podmiot postępowania administracyjnego i uwzględnienie jego interesów w procesie decyzyjnym poprzez urzeczywistnienie ideałów komunikacyjnej koncepcji prawa (chodzi nie tylko o to, co załatwić, ale i jak to zrobić).

Bardziej szczegółową regulację dotyczącą umowy administracyjnej zawiera § 54 VwVfG, zgodnie z którym stosunek prawny na gruncie prawa publicznego może zostać ustanowiony, zmieniony lub zniesiony na drodze umowy publicznoprawnej, o ile przepisy prawne nie stoją temu na przeszkodzie⁵²⁶. Umowa publicznoprawna odróżnia się zatem od innych umów przedmiotem regulacji – wydawać by się mogło, że dotyczy ona stosunków prawnych kreowanych na gruncie szeroko rozumianego prawa publicznego, jednakże w rzeczywistości tak nie jest⁵²⁷. Wyrażenie „na gruncie prawa publicznego” należy bowiem interpretować w związku z ograniczeniami wynikającymi z treści § 1 i § 9 VwVfG. Przepisy postępowania administracyjnego regulują zgodnie z § 1 tylko pewien wycinek prawa publicznego, a mianowicie publicznoprawną działalność administracyjną organów administracji publicznej, które zdefiniowane zostały w sposób funkcjonalny jako jednostki realizujące zadania administracji publicznej⁵²⁸. Natomiast w myśl § 9 VwVfG postępowanie administracyjne zmierza do wydania aktu administracyjnego lub zawarcia umowy publicznoprawnej. Oznacza to zatem, że przepisy regulujące problematykę umowy administracyjnej odnoszą się jedynie do wybranych kategorii umów administracyjnych – do wspomnianych we wstępie pracy umów *sensu stricto*, które spełniają łącznie dwa warunki⁵²⁹:

- jedną ze stron zawierających umowę jest organ administracji publicznej,

⁵²⁵ E. Gurlit, *Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen*, (w:) H.-U. Erichsen, D. Ehlers, *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 13. völlig neu bearbeitete Auflage. Berlin 2006, s. 686.

⁵²⁶ Zakaz zawarcia umowy administracyjnej (niem. *Vertragsformverbot*) zawarty jest np. w § 150 ust. 1 zd. 1 ordynacji podatkowej (niem. *Abgabenordnung*), co nie oznacza jednak, że obowiązuje on w całym postępowaniu podatkowym, chociaż w tym względzie istnieją spory w doktrynie. Przyjmuje się, że umowa administracyjna nie może być aktem formalnym kończącym postępowanie podatkowe, co nie wyklucza możliwości jej zawarcia w trakcie prowadzenia postępowania podatkowego lub po jego zakończeniu, np. w ramach postępowania egzekucyjnego (R. Seer, *Verständigungen in Steuerverfahren*. Köln 1996, s. 146 i n).

⁵²⁷ S. Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*. 19. Auflage. München 2021, s. 292.

⁵²⁸ H. Maurer, Ch. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 213.

⁵²⁹ Tamże, s. 415.

- regulowane kwestie dotyczą obszaru prawa administracyjnego.

Jak już wcześniej wspomniano, umowa administracyjna może zostać zawarta pod warunkiem, że nie stoją temu na przeszkodzie inne przepisy⁵³⁰. Zgodnie z *communis opinio* chodzi o przepisy ustaw oraz rozporządzeń, natomiast nie mają wpływu na zawarcie umowy administracyjnej przepisy prawa miejscowego⁵³¹. Zawarcie umowy administracyjnej jest niedopuszczalne, gdy przepis prawa⁵³²:

- w sposób wyraźny lub dorozumiany, ze względu na cel regulacji, wyklucza lub zabrania dokonywania regulacji umownych,
- zabrania przyznania albo przyjęcia ustanowionego w umowie świadczenia,
- uzależnia zawarcie umowy od warunków, które w danej sytuacji nie istnieją albo nie mogą zostać spełnione,
- zabrania działalności organu administracji publicznej.

Jak wskazuje C. Tegethoff, nie ma w doktrynie zgodności co do zakresu zastrzeżenia niedopuszczalności umowy ze względu na treść innych przepisów. Część badaczy uważa, że zastrzeżenie to wiąże się z zakazem działania administracji publicznej w formie umowy administracyjnej (niem. *Vertragsformverbot*), inni z kolei zakaz ten rozszerzają również na treść umowy (niem. *Inhaltsverbot*)⁵³³. Biorąc pod uwagę fakt, iż sformułowanie „o ile przepisy prawne nie stoją temu na przeszkodzie” bez wątpienia obejmuje wszelkie przepisy wykluczające możliwość zawarcia umowy, jako trafny uznać należy pogląd, iż zawarty w § 54 VwVfG zakaz interpretować należy szeroko, a więc w równym stopniu dotyczy on formy, jak i treści umowy. Tym bardziej, że jak zwraca uwagę V. Schlette, w przepisie tym w sposób nieco niefortunny właściwie powtórzono zasadę praworządności (niem. *Gesetzmäßigkeitprinzip*), stanowiącą jeden z fundamentów państwa prawa⁵³⁴.

Zakaz działania administracji publicznej w formie umowy administracyjnej dotyczy sytuacji, gdy zawarcie umowy regulującej określony stosunek prawny jest kategorycznie zakazane, bez względu na treść umowy⁵³⁵. W takiej sytuacji działanie w

⁵³⁰ J. Wyporska-Frankiewicz wskazuje, że moc wiążąca umów administracyjnych stanowi również emanację zasady *pacta sunt servanda* (J. Wyporska-Frankiewicz, *Publicznoprawne formy...*, dz. cyt., s. 235).

⁵³¹ C. Tegethoff, *Kommentar zu § 54 VwVfG*, (w:) F.O. Kopp, U. Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz...*, dz. cyt., s. 1407.

⁵³² Tamże.

⁵³³ Tamże, s. 1408.

⁵³⁴ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 559.

⁵³⁵ C. Tegethoff, *Kommentar zu § 54 VwVfG...*, dz. cyt., s. 1408.

formie umowy administracyjnej jest wykluczone w sposób abstrakcyjno-generalny już na przedpolu kształtowania treści stosunku prawnego⁵³⁶. Oznacza to, że nawet gdyby treść umowy była zgodna z przepisami prawa, to ze względu na zakaz posłużenia się w danej sytuacji przez administrację formą umowy, umowa taka nie może dojść do skutku. Podkreślić należy, że zakaz taki nie musi wynikać wprost z przepisu, lecz może stanowić efekt jego wykładni⁵³⁷. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że zakaz działania administracji w formie umowy administracyjnej obejmuje następujące sytuacje⁵³⁸:

- gdy z treści lub z wykładni przepisu wynika, że konkretyzacja prawa materialnego może nastąpić jedynie w formie aktu administracyjnego,
- gdy regulacja musi zostać dokonana w drodze ustawy, rozporządzenia lub aktu prawa miejscowego.

Zakaz działania w formie umowy administracyjnej stanowi w przepisach prawa materialnego rzadkość. Spotkać go można m.in. w następujących aktach prawnych⁵³⁹: § 8 ust. 2 ustawy o statusie urzędnika⁵⁴⁰, § 2 ust. 2 ustawy federalnej o wynagrodzeniach urzędniczych⁵⁴¹, § 3 ust. 2 ustawy o zaopatrzeniu urzędników⁵⁴², § 2 ust. 3 pkt 2 VwVfG w zw. z § 31 regulaminu rzemiosła⁵⁴³.

Jak zauważa V. Schlette, ustawodawca niemiecki raczej rezygnuje z podawania przyczyn wprowadzenia zakazu posługiwania się przez organy administracji publicznej formą umowy publicznoprawnej. Najczęściej przywoływany argument w tym zakresie odnosi się do prawa podatkowego, na gruncie którego możliwość zawierania umów administracyjnych mogłaby skutkować naruszeniem zasady praworządności oraz zasady jednolitości poboru podatków. Ponadto wskazuje się, że w ordynacji podatkowej nie

⁵³⁶ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 559.

⁵³⁷ C. Tegethoff, *Kommentar zu § 54 VwVfG...*, dz. cyt., s. 1408.

⁵³⁸ Tamże, s. 1408 i n. Na temat szczegółowych sytuacji, w których niedopuszczalne jest zawarcie umowy administracyjnej, zob. V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 561.

⁵³⁹ C. Tegethoff, *Kommentar zu § 54 VwVfG...*, dz. cyt., s. 1408. Pomijam w dalszych rozważaniach dopuszczalność zawierania umów na gruncie prawa podatkowego, gdyż w dogmatyce kwestia ta pozostaje zagadnieniem spornym, a nawet próba przedstawienia głównych kierunków rozważań w tym zakresie wykroczyłaby poza temat niniejszej pracy (więcej na ten temat umów w prawie podatkowym zob. J. Sontheimer, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag im Steuerrecht*. Köln 1987).

⁵⁴⁰ Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern vom 17.06.2008 (BGBl. I, 2008, s. 1010). Odmienne zdanie na temat możliwości powołania urzędnika reprezentuje V. Schlette, który uważa, że nic nie stoi na przeszkodzie powołania urzędnika w drodze zawarcia z nim umowy administracyjnej, do której jako załącznik dołączony może zostać akt powołania (V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 565).

⁵⁴¹ Bundesbesoldungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.06.2009 (BGBl. I, 2009, s. 1434)

⁵⁴² Beamtenversorgungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 24.02.2010 (BGBl. I, 2010, s. 150)

⁵⁴³ Gesetz zur Ordnung des Handwerks, neu gefasst am 24.09.1998 (BGBl. I, 1998, s. 3074). Dalsze przykłady zob. w V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 561 i n. Zob. też Ch. Raap, *Leitfaden des öffentlichen Rechts*. Wiesbaden 2019, s. 74.

zamieszczono przepisu, który swoją treścią odpowiadałby regulacji zawartej w § 54 VwVfG⁵⁴⁴. Co ciekawe, coraz częściej w doktrynie pojawiają się głosy przeciwnie, podnoszące konieczność stosowania umowy administracyjnej również na gruncie prawa podatkowego, tym bardziej, że umowne naruszenie ww. zasad skutkowałoby nieważnością umowy ze względu na jej treść⁵⁴⁵.

Zakaz dotyczący treści zawieranych umów wiąże się z brakiem możliwości zawierania umów, których treść nie byłaby zgodna z przepisami prawa, chociaż zakaz ten nie ma charakteru bezwzględnego⁵⁴⁶.

W przypadku naruszenia omówionych wyżej zakazów, umowa administracyjna może zostać skontrolowana albo na podstawie § 59 VwVfG (w przypadku naruszenia zakazu formy) lub na podstawie § 59 ust. 1 VwVfG w związku z § 134 BGB (w przypadku naruszenia zakazu treści).

Analiza istoty umowy administracyjnej zyska pod względem poznawczym, gdy wskazane zostaną bardziej szczegółowe różnice między umową administracyjną i umową cywilną, a także między umową administracyjną i aktem administracyjnym oraz nieformalnymi działaniami administracji, dzięki czemu wyraźniejsza stanie się granica oddzielająca umowę administracyjną od innych, na pozór podobnych instytucji. Szczegółowa analiza tych zagadnień stanowi przedmiot rozważań rozdziału IV.

3.4. Klasyfikacja umów administracyjnych

3.4.1. Umowy publiczno-prawne niebędące umowami administracyjnymi w rozumieniu § 54 VwVfG

Jednym z zadań nauki dogmatyki prawa jest dokonywanie systematyzacji prawa, m.in. poprzez konstruowanie pojęć prawnych oraz tworzenie klasyfikacji i typologii⁵⁴⁷, co pozwala zapanować nad nierzadko skomplikowaną i rozbudowaną

⁵⁴⁴ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 562. Powyższa uwaga nie oznacza, że w ordynacji podatkowej całkowicie zrezygnowano z możliwości wykorzystania umowy administracyjnej. Zgodnie bowiem z 224a ordynacji podatkowej jeżeli podatnik zalega z podatkiem od spadków i darowizn lub podatkiem majątkowym, umowa publicznoprawna może zezwalać zamiast zapłaty na przeniesienie własności dzieł sztuki, zbiorów sztuki, zbiorów naukowych, bibliotek, rękopisów i archiwów na rzecz kraju związkowego, któremu należy dochód podatkowy, jeżeli ich nabycie leży w interesie publicznym ze względu na ich znaczenie dla sztuki, historii lub nauki (Abgabenordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 1.10.2002, BGBl. I, 2002, s. 3866; BGBl. I, 2003, s. 61), die zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 20.12.2022 (BGBl. I S. 2730) geändert worden ist).

⁵⁴⁵ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 565 i n.

⁵⁴⁶ Więcej na temat umów administracyjnych zawieranych *contra legem* zob. rozdział 3.4.2.2.1.

⁵⁴⁷ Na temat różnic między tymi pojęciami zob. A. Jonkisz, *Podział podziałów. Ujęcie metodologiczne*. „Ruch Filozoficzny”, nr 72/2/2017, s. 102.

materią przepisów prawnych. W dogmatyce prawa publicznego podejmowano próby stworzenia typologii umów administracyjnych, lecz jak dotychczas nie udało się stworzyć takiej klasyfikacji, która spełniałaby dwa podstawowe warunki, a mianowicie by była wyczerpująca i rozłączna. Z jednej strony trudność ta wynika z niemożności wytyczenia wyraźnych granic definicyjnych w obliczu złożoności i dynamiki procesów zachodzących w administracji publicznej. Kosztem przejrzystości dokonanych podziałów istniejącą siatkę pojęciową wzbogaca się bowiem na zasadzie wyjątków o kolejne instytucje, stanowiące efekt zmieniającej się rzeczywistości, wymagającej nowych rozwiązań prawnych. Poniżej przedstawione zostaną główne podziały umów administracyjnych występujące w tekstach prawnych i prawniczych.

Jak wspomniano we wstępie do niniejszej pracy, pojęcie „umowa administracyjna” nie jest jednolicie rozumiane w orzecznictwie i doktrynie, gdyż współwystępują obok siebie następujące pojęcia: umowa publicznoprawna, umowa administracyjna oraz umowa administracyjnoprawna⁵⁴⁸. Doprecyzowanie terminologiczne ma istotne znaczenie, ponieważ § 54 VwVfG nie odnosi się do wszystkich umów publicznoprawnych, jak można by wnioskować z treści tego przepisu, lecz jedynie do tych umów, które uregulowane są na gruncie przepisów VwVfG⁵⁴⁹. Nie jest od końca jasne, co zdecydowało o takim wyborze terminologii. W uzasadnieniu projektu z roku 1970 wskazano, że „zakres stosowania umowy ogranicza się jedynie do działalności administracyjnej organów administracji w postępowaniu administracyjnym”, co zdaniem projektodawcy było jednoznaczne z wyłączeniem spod regulacji dotyczącej umowy tzw. umów w szerokim znaczeniu. Argumentowano również, że pojęcie „umowa publicznoprawna” rozpowszechniło się w dyskursie prawnym i „z tego względu zasłużyło na pierwszeństwo”, nawet jeśli, z czego autorzy projektu zdawali sobie sprawę, termin „umowa administracyjnoprawna” byłby merytorycznie poprawniejszy.

Mówiąc zatem o systematyce umów administracyjnych jako pierwsze kryterium podziału należy przyjąć zakres regulacji przewidziany w § 54 VwVfG i założyć, że umowy, do których się on odnosi, stanowią umowy administracyjnoprawne, natomiast umowy wyłączone spod tej regulacji to (nieco przekornie i wbrew brzmieniu przepisu, za

⁵⁴⁸ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 18 (orzecznictwo zob. przypis nr 41, poglądy doktryny zob. przypisy nr 42-44).

⁵⁴⁹ *Expressis verbis* myśl tę sformułowano w uzasadnieniu projektu ustawy (Deutscher Bundestag (7. Wahlperiode), *Gesetzentwurf...*, dz. cyt., s. 77).

to w zgodzie z poglądami doktryny) umowy publicznoprawne⁵⁵⁰. Przypomnieć należy za V. Schlette, że pojęcie umowa administracyjna raczej rozumiane jest jako pojęcie zbiorcze obejmujące umowy zawierane przez organy administracji publicznej w celu realizacji zadań publicznych – zarówno umowy administracyjnoprawne, jak i cywilnoprawne⁵⁵¹.

Do umów publicznoprawnych, a więc umów wyjętych spod regulacji § 54 VwVfG zaliczają się⁵⁵²:

- umowy międzynarodowe, czyli umowy zawierane między podmiotami prawa międzynarodowego (np. między krajem związkowym i innym państwem)⁵⁵³, w ustawie zasadniczej RFN w art. 59.1 do umów międzynarodowych zaliczono m.in. umowy regulujące stosunki polityczne Federacji (niem. *Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln*); do tej kategorii umów należą również międzynarodowe umowy mieszane (niem. *gemischte völkerrechtliche Abkommen*)⁵⁵⁴,
- umowy z obszaru prawa konstytucyjnego (niem. *verfassungsrechtliche Verträge*), których przedmiot regulacji związany jest z prawem konstytucyjnym⁵⁵⁵; zaliczają się do nich m.in. umowy koalicyjne między frakcjami rządowymi (niem. *Koalitionsvereinbarungen zwischen Fraktionen*)⁵⁵⁶;
- umowy państwowe (niem. *Staatsverträge*), które w przeciwieństwie do wcześniejszych rodzajów umów do zawarcia wymagają zgody Bundestagu lub parlamentu kraju związkowego, ponieważ wymóg taki przewiduje ustawa zasadnicza lub konstytucja kraju związkowego; pod względem materialnym umowy państwowe mogą dotyczyć prawa międzynarodowego lub prawa konstytucyjnego⁵⁵⁷; przykładem takiej umowy jest umowa państwowa dotycząca współpracy w zakresie planowania przestrzennego w regionie Ren-

⁵⁵⁰ Takie kategoryczne rozróżnienie dokonane jest ze względu na zachowanie przejrzystości wywodów w podrozdziale 3.4.1.1.

⁵⁵¹ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 19.

⁵⁵² A. Baumanns, *Die Zwangsvollstreckung...*, dz. cyt., s. 3. H. Maurer podaje w wątpliwość zasadność zaliczania umów wyjętych spod regulacji § 54 VwVfG do umów publicznoprawnych (H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 378).

⁵⁵³ S. Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 288.

⁵⁵⁴ A. von Arnould, *Beteiligung des Deutschen Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen*, „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 141/2/2016, s. 269 i n. Ze starszych rozważań dogmatycznych dot. umów międzynarodowych zob. np. M. Fleischmann, *Das Völkerrecht*. Berlin 1925, s. 247-249.

⁵⁵⁵ S. Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 288.

⁵⁵⁶ Tamże, s. 289; por. też W. Kewenig, *Zur Rechtsproblematik der Koalitionsvereinbarungen*, „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 90/2/1965, s. 182-204.

⁵⁵⁷ S. Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 289; R.M. Małajny, *Rząd i sprawy zagraniczne w konstytucjonalizmie niemieckim*, „Przegląd Sejmowy”, nr 1 (132)/2016, s. 76.

Neckar zawarta przez kraje związkowe Badenia-Wirtembergia, Hesja i Nadrenia-Palatynat⁵⁵⁸;

- porozumienia administracyjne, które mogą być zawierane przez rząd federalny oraz rządy krajów związkowych i poszczególnych ministrów, przyjmując założenie, że ten rodzaj umów zarezerwowany jest dla spraw z zakresu działalności rządowej⁵⁵⁹;

- umowy prawno-wyznaniowe, regulujące stosunki prawne między państwem i wspólnotami religijnymi⁵⁶⁰; co do zasady są one zawierane przez władze poszczególnych krajów związkowych z Kościołem katolickim (wówczas umowy te określane są mianem konkordatu⁵⁶¹) lub z Kościołem ewangelickim⁵⁶².

3.4.2. Umowy publiczno-prawne będące umowami administracyjnymi w rozumieniu § 54 VwVfG

3.4.2.1 Umowy niestypizowane na gruncie VwVfG

3.4.2.1.1. Kryterium relacji stron (umowa subordynacyjna i umowa koordynacyjna)

Jednym z najczęściej przytaczanych podziałów umów administracyjnych w literaturze przedmiotu jest podział na umowy subordynacyjne oraz koordynacyjne, przy czym większość uwagi autorzy z reguły poświęcają tym pierwszym⁵⁶³. Nie byłoby wręcz przesadą stwierdzenie, iż niemal każda praca poruszająca zagadnienie niemieckiej umowy publicznoprawnej nawiązuje do tego podziału, mimo że, jak już przed laty

⁵⁵⁸ G. Schmitz, *Metropolregion Rhein-Neckar - Modellregion für einen kooperativen Föderalismus*, „Raumforschung und Raumordnung“, nr 63/2005, s. 361.

⁵⁵⁹ S. Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 290; por. też F. Knöpfle, *Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern*, „Der Staat“, nr 8/1/1969, s. 79-97. Jak pokazują rozważania przedstawiane w doktrynie, precyzyjne rozgraniczenie wymienionych wyżej umów niebędących umowami administracyjnymi w rozumieniu § 54 VwVfG napotyka czasami na trudności. Zob. np. S. Kadelbach, U. Guntermann, *Vertragsgewalt und Parlamentsvorbehalt. Die Mitwirkungsrechte des Bundestages bei sogenannten Parallelabkommen und die völkerrechtlichen Konsequenzen ihrer Verletzung*, „Archiv des öffentlichen Rechts“, nr 126/4/2001, s. 563-587.

⁵⁶⁰ S. Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 291.

⁵⁶¹ E. Ruck, *Kirchenrecht*, 2. Auflage, Berlin, Heidelberg 1931, s. 11. W literaturze można spotkać również pogląd odmienny, wg którego jako konkordat określa się także umowę zawartą między państwem i Kościołem ewangelickim (zob. np. H. Liermann, *Das evangelische Konkordat*, „Archiv des öffentlichen Rechts“, nr 52/3/1927, s. 383, przypis nr 4).

⁵⁶² Na temat konkordatów i umów prawno-wyznaniowych zawartych przez poszczególne kraje związkowe zob. Deutscher Bundestag, *Staatsrechtliche Verträge zwischen den Kirchen und dem Staat Eine Darstellung der vertraglichen Verflechtung auf Bundes- und Landesebene* (<https://www.bundestag.de/resource/blob/630138/1ce0a4e51d8d31ab3cc46f944d2ff2cf/WD-10-008-19-pdfdata.pdf>, 7.04.2022).

⁵⁶³ Zob. np.: T. Markopoulos, *Der EU-Verwaltungsvertrag*, Frankfurt am Main i in. 2012, s. 38; H. Maurer, *Der Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 798; R. Schmidt, *Öffentliches Wirtschaftsrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, Heidelberg 1990, s. 482. Jednocześnie podkreślić trzeba, że podział ten ma również relevantne znaczenia w orzecznictwie, zob. np. H. Meyer, *Vertragsstrafe und Unterwerfungserklärung im öffentlichen Recht*, „Juristenzeitung“, nr 2/1996, s. 79.

zauważył N. Achterberg, z logiczno-językowego punktu widzenia pojęcie „umowa koordynacyjna” stanowi tautologię, zaś termin „umowa subordynacyjna” jest paradoksem⁵⁶⁴. Mimo tej niezręczności stylistycznej pojęcia te stały się nieodzowną częścią języka prawniczego. Faktu tego nie zmienił ani wystosowany przez G. Püttnera przed laty apel, by zrezygnować z posługiwania się terminem „umowa subordynacyjna”, skoro z natury umowy wynika, że każda umowa musi mieć charakter koordynacyjny⁵⁶⁵, ani zmiany zachodzące w relacji między administracją i obywatelami, które współcześnie na linii administracja – obywatel za punkt wyjścia przyjmują współpracę, nie podporządkowanie (subordynację)⁵⁶⁶.

Jednocześnie podkreślić należy, że pojęcia te wypracowane zostały przez doktrynę, co oznacza, że nie posiadają one definicji legalnej, chociaż ustawodawca posługuje się tym podziałem (głównie odnosząc się do umowy subordynacyjnej) w VwVfG, nie wymieniając tych określeń wprost w ustawie⁵⁶⁷. Nawiązał do niego natomiast projektodawca⁵⁶⁸.

⁵⁶⁴ N. Achterberg, *Der öffentliche-rechtliche Vertrag*, „Juristische Arbeitsblätter”, 1979, s. 356, 358, cyt. za V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 382. W literaturze przedmiotu można natknąć się na prace, których autorzy podejmują próbę udowodnienia, że występująca *ex definitione* równorzędność kontraktujących stron zachodzi również w przypadku umowy subordynacyjnej. Zdaniem A. Czajera umowy subordynacyjne to „umowy zawierane między podmiotami, które co do zasady znajdują się w stosunku nad- i podporządkowania (sic!), ale poprzez umowę następuje zrównanie ich pozycji, a więc i zniesienie nierównorzędności” (A. Czajer, *Elementy jednostronnego działania i pozycja organu administracyjnego jako strony umowy subordynacyjnoprawnej*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ”, nr 5/2016, s. 40; http://www.tbsp.wpia.uj.edu.pl/documents/4137545/134214335/7.+Czajer_5_2016.pdf/458bb51c-0753-448a-a4b5-7b7ff61fa074; 15.04.2022). Z poglądem takim trudno się zgodzić, gdyż sam fakt zawarcia umowy nie wpływa na zmianę zakresu swobody kontraktowania, która w przypadku kontraktowania z organami administracji publicznej zawsze doznaje ograniczenia ze względu na zasadę legalności i praworządności. Dyskusyjny jest również kolejny pogląd autorki, w myśl którego „można rozważać istnienie pewnej nierównorzędności stron umowy administracyjnej, ale nie w ramach stosunku umownego, tylko w szerszym kontekście odnoszącym się do ogółu relacji między nimi”. Z poprzedzającego ten wniosek zdania wynika, że pod pojęciem ogółu relacji między podmiotem administrującym i administrowanym rozumieć należy działania „organu administracyjnego w fazie poprzedzającej zawarcie umowy, a nawet już po jej zawarciu” (tamże). Skoro nawiązanie stosunku prawnego stanowi efekt fazy poprzedzającej zawarcie umowy, czyli m.in. fazy negocjacji jej warunków, która odbywa się w warunkach ograniczonej swobody kontraktowania, to również nawiązanie stosunku prawnego dokonywane jest przez podmioty pozostające w stosunku nadrzędności i podporządkowania. Nawiązując do przedstawionych wyżej rozważań historycznych można natomiast założyć, że oświadczenia woli stron zawierających umowę subordynacyjną są równorzędne. Należy zatem dokonać precyzyjnego rozgraniczenia pojęć „równorzędność stron” oraz „równorzędność oświadczeń woli”.

⁵⁶⁵ G. Püttner, *Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen Staat und Bürger*, „Deutsches Verwaltungsblatt”, 1/15 Februar 1982, s. 124.

⁵⁶⁶ H. Hill, *Das hoheitliche Moment im Verwaltungsrecht der Gegenwart*, „Deutsches Verwaltungsblatt”, nr 7/1989, s. 322.

⁵⁶⁷ M. Werner, *Allgemeine Fehlerfolgenlehre...*, dz. cyt., s. 90. Jak zwraca uwagę M. Werner, umowa subordynacyjna to synonim dla użytego w § 59 ust. 2 VwVfG sformułowania „umowa w rozumieniu § 54 zd. 2” (tamże).

⁵⁶⁸ Deutscher Bundestag (7. Wahlperiode), *Gesetzentwurf...*, dz. cyt., s. 78.

Najogólniej mówiąc, podział powyższy dokonywany jest na podstawie kryterium relacji stron, które zawierają umowę. Umowy koordynacyjne (określane również mianem umów homogenicznych lub horyzontalnych⁵⁶⁹) są zawierane przez strony równorzędne, zasadniczo przez równorzędne organy administracji publicznej⁵⁷⁰. Jak wyjaśnia Z. Cieślík, „Brak stosunku podporządkowania ma miejsce, gdy żaden z podmiotów nie może - w odniesieniu do określonego przedmiotu postępowania - udzielać drugiemu podmiotowi wiążących wskazówek ani określać jego sytuacji prawnej, wydając zaadresowany do niego akt administracyjny”⁵⁷¹. Treść tych umów sprowadza się do wzajemnego uzgodnienia sposobu realizacji zadań publicznych⁵⁷². Gdy strony pozostają w relacji nadrzędności – podporządkowania, wówczas dochodzi do zawarcia umowy subordynacyjnej⁵⁷³. W literaturze przedmiotu ścierają się dwa poglądy na temat charakteru tej relacji. Zgodnie z pierwszym ma ona charakter generalny, co oznacza, że każda umowa administracyjna zawarta między obywatelem i organem administracji publicznej ma charakter subordynacyjny. Zdaniem przedstawicieli drugiego stanowiska rzeczona relacja wynika z przedmiotu umowy, co może być rozumiane albo w ten sposób, że organ administracji publicznej sprawuje w sposób jednostronny kontrolę nad przedmiotem umowy i ponosi z tego tytułu odpowiedzialność albo w taki, że organ może w konkretnym przypadku wydać jednostronny akt administracyjny zawierający konkretną treść⁵⁷⁴.

⁵⁶⁹ Z. Cieślík, *Umowa...*, dz. cyt., Lex/el., przypis nr 88; Ch. Schimpf, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag...*, dz. cyt., s. 69. Słusznie zauważa M. Werner, że pod względem poznawczym pojęcia te nie kryją w sobie zbyt wiele treści (M. Werner, *Allgemeine Fehlerfolgenlehre...*, dz. cyt., s. 90, przypis nr 459).

⁵⁷⁰ W uzasadnieniu do projektu projektodawca wskazał, że umowę koordynacyjną mogą zawrzeć też podmioty prywatne, jeżeli jej treść dotyczy przedmiotu prawa publicznego (Deutscher Bundestag (7. Wahlperiode), *Gesetzentwurf...*, dz. cyt., s. 78). Z kolei w literaturze przedmiotu reprezentowany jest pogląd, zgodnie z którym umowy koordynacyjne mogą być również zawierane pomiędzy organami administracji publicznej oraz obywatelami, jeżeli ze względu na przedmiot umowy między stronami nie zachodzi relacja nadrzędności – podporządkowania (D. Felix, *Der öffentlich-rechtliche Verwaltungsvertrag und seine Bedeutung im Sozialrecht*, (w:) V. Mehde, U. Ramsauer, M. Seckelmann (red.), *Staat...*, dz. cyt., s. 545).

⁵⁷¹ Z. Cieślík, *Umowa...*, dz. cyt., Lex/el.

⁵⁷² G. Püttner, *Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag...*, dz. cyt., s. 123. Zauważyć jednak należy, że również między pozornie równorzędnymi organami administracji publicznej może dojść do zawarcia umowy subordynacyjnej. Jako przykład można podać uprawnienie jednej gminy do określenia innej gminie kwoty finansowania szkoły. Jeżeli w takiej sytuacji zamiast wydania aktu administracyjnego, zawarta zostanie umowa, wówczas będzie ona miała charakter subordynacyjny (C. Tegethoff, *Kommentar zu § 54 VwVfG...*, dz. cyt., s. 1411 i n.). Z kolei typowym przykładem umowy koordynacyjnej może być umowa zawarta między dwoma gminami w przedmiocie utrzymania rzeki płynącej na granicy tych gmin (Ch. Raap, *Leitfaden...*, dz. cyt., s. 73).

⁵⁷³ H. Maurer, *Der Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 798.

⁵⁷⁴ Ch. Schimpf, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag...*, dz. cyt., s. 69 i n.

W odmienny sposób do wyjaśnienia relacji nadrzędności – podporządkowania podchodzi T. Kalenborn. Autor ten za punkt wyjścia do swoich rozważań przyjmuje pojęcie państwa, którego elementami składowymi się egzekutywa (występująca w roli potencjalnej strony umowy) i legislatura (kreująca i wyznaczająca warunki ramowe dla działań egzekutywy). Brak równorzędności pomiędzy paktującym państwem i podmiotem spoza aparatu państwowego wynika z faktu, że państwo, dążąc do podpisania umowy zawierającej określoną treść, może (teoretycznie) zmieniać regulacje prawne na swoją korzyść⁵⁷⁵.

Warto podkreślić, że jeszcze inny element w istotny sposób rzutujący na brak równości między stronami umowy zawarł ustawodawca w § 60 VwVfG, zgodnie z którym organy administracji publicznej zostały uprawnione do wypowiedzenia umowy w celu zapobieżenia poważnym szkodom dla dobra wspólnego lub w celu ich usunięcia⁵⁷⁶. Jest to nadzwyczajne uprawnienie przysługujące organowi administracyjnemu, z którego może skorzystać zarówno wtedy, gdy przyczyna wypowiedzenia umowy zaistnieje dopiero po jej zawarciu, jak również wówczas, gdy istniała ona już przed podpisaniem umowy⁵⁷⁷. Nie ulega wątpliwości, że zastosowanie pojęcia nieostrego „poważny szkoda dla dobra wspólnego” pozostawia organom szerokie pole do interpretacji i nadinterpretacji ustawowego terminu. Co prawda w literaturze przedmiotu zwraca się uwagę na fakt, że uznanie administracyjne, w ramach którego działać może w tym przypadku organ administracji, ograniczone jest z jednej strony zasadą ochrony zaufania obywatela do państwa, a z drugiej przepisami prawa materialnego określającymi treść umowy administracyjnej⁵⁷⁸, nie ulega jednak wątpliwości, że przy tego typu regulacji to organ administracyjny pozostaje silniejszą stroną zawartego administracyjnoprawnego stosunku umownego.

Dzięki (pozornej) precyzji i prostocie podziału umów na subordynacyjne i koordynacyjne od razu widać, że stroną wymagającą większej ochrony prawnej w relacjach z administracją jest podmiot prywatny. Z drugiej strony wskazać należy, że w

⁵⁷⁵ T. Kalenborn, *Staatliche Kooperation...*, dz. cyt., s. 22.

⁵⁷⁶ W sposób lapidarny ten brak równości opisał G. Püttner, stwierdzając: „Jak widać, na przeszkodzie właściwej dla umowy równorzędności nierównych stron stoi prymat dobra wspólnego” (G. Püttner, *Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag...*, dz. cyt., s. 124).

⁵⁷⁷ C. Tegethoff, *Kommentar zu § 60 VwVfG*, (w:) F.O. Kopp, U. Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz...*, dz. cyt., s. 1488. Odmienne stanowisko w tej kwestii zajął I. Heberlein, twierdząc, że pierwotna niezgodność z prawem umowy administracyjnej nie stanowi przesłanki, o której mowa w § 60 ust. 1 zd. 2 (I. Heberlein, *Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag?...*, dz. cyt., s. 768).

⁵⁷⁸ C. Tegethoff, *Kommentar zu § 60 VwVfG...*, dz. cyt., s. 1488.

praktyce administracyjnoprawnej możliwe są i takie przypadki, gdy „na podstawie konkretnych okoliczności podmiot prywatny będący stroną nie wymaga ochrony, natomiast silniej uwzględnić należy dobro publiczne”⁵⁷⁹. Sytuacja taka ma miejsce przede wszystkim wówczas, gdy podmiot prywatny dysponuje większym doświadczeniem w procesie kształtowania treści stosunku prawnego w porównaniu z organem administracji, co jest możliwe zwłaszcza wtedy, gdy porządek prawny zostaje wzbogacony o nowe regulacje prawne, co do których dopiero kształtuje się praktyka administracyjna i orzecznictwo.

W rzeczywistości dychotomiczny podział umów administracyjnych oparty o kryterium relacji paktujących podmiotów nie jest tak oczywisty, jak mogłoby się wydawać. Jak wskazuje bowiem A. Lischke, równoważność oświadczeń woli podmiotów zawierających umowę czyni z prawnego punktu widzenia strony umowy podmiotami równorzędnymi⁵⁸⁰, zarówno w przypadku umów koordynacyjnych, jak i subordynacyjnych. Także na gruncie dogmatyki prawa konstytucyjnego nie da się utrzymać poglądu o relacji nadrzędności-podporządkowania zachodzącej między paktującym organem administracji i obywatelem, gdyż obie strony umowy podlegają w tym samym stopniu przepisom prawa⁵⁸¹. Z powyższych względów, o czym już wyżej wspomniano, niektórzy przedstawiciele doktryny zwracają uwagę na fakt, iż pojęcie „umowa subordynacyjna” stanowi deformację języka prawniczego, ponieważ instytucja umowy implikuje *per se* równorzędność stron ją zawierających⁵⁸². Z kolei W. Spannowsky wskazał na przykłady umów subordynacyjnych, których stronami wcale nie są organ administracji i podmiot prywatny, lecz zawierane są one przez organy administracji publicznej – mowa o umowach i ugodach zawieranych pomiędzy organami nadzoru prawnego i podporządkowanymi im gminami⁵⁸³.

⁵⁷⁹ A. Lischke, *Tauschgerechtigkeit und öffentlich-rechtlicher Vertrag. Zur Auslegung der Angemessenheit im Sinne des § 56 Abs. 1 VwVfG*. Berlin 2000, s. 17.

⁵⁸⁰ Tamże, s. 15.

⁵⁸¹ Tamże, s. 17.

⁵⁸² H. Spanner, *Der Regierungsentwurf...*, dz. cyt., s. 674, przypis nr 33. Nieco bardziej wyrafinowanego uzasadnienia dla terminu „umowa subordynacyjna” dostarcza argument oparty na założeniu, że organ administracji w procesie ustalania treści umowy może wykorzystać swoją potencjalną przewagę płynącą z uprawnienia do jednostronnego kształtowania treści stosunku prawnego w celu skłonienia podmiotu podporządkowanego i niedysponującego zbyt dużym doświadczeniem w zakresie stosowania prawa do ustępstw lub świadczeń wzajemnych, które nie mogłyby stanowić treści aktu administracyjnego (Ch. Schimpf, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag...*, dz. cyt., s. 71).

⁵⁸³ W. Spannowsky, *Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen*. Berlin 1994, s. 203. Zob. też A. Lischke, *Tauschgerechtigkeit...*, dz. cyt., s. 17, przypis nr 8.

Zawodność przedstawionego wyżej kryterium sprawiła, że przedstawiciele doktryny nie ustawali w poszukiwaniu innych możliwości pozwalających rozróżnić umowy subordynacyjne od koordynacyjnych. W oparciu o literalną wykładnię tekstu ustawy rozważano kryterium możliwości substytucji aktu administracyjnego umową administracyjną⁵⁸⁴. Zgodnie z tym podejściem, umowy koordynacyjne regulują takie stosunki prawne, które nie mogą zostać uregulowane aktem administracyjnym. Wniosek taki wysnuć można z jednej strony z definicji podmiotów równorzędnych, z drugiej zaś wynika on *a contrario* z brzmienia § 54 VwVfG, wedle którego umowa administracyjna (subordynacyjna) stanowi alternatywę dla aktu administracyjnego⁵⁸⁵. Podejście takie ma liczne ograniczenia. E. Gurlit zwraca uwagę na fakt, że koncepcja substytucji jest z założenia błędna, ponieważ umowy administracyjne są zawierane wtedy, gdy organ administracji nie jest w stanie wydać jednostronnego aktu administracyjnego, w związku z czym „umowy stanowią efekt równorzędnego działania”⁵⁸⁶. Podobne wątpliwości wyraża A. Lischke, która podkreśla, że koncepcja substytucji aktu administracyjnego umową administracyjną budzi wiele zastrzeżeń. Po pierwsze dlatego, że nie każdy stosunek prawny, który może zostać uregulowany na podstawie umowy, da się uregulować aktem administracyjnym. Po drugie, jako umowy koordynacyjne należałoby traktować umowy, w których obywatel przejmuje zobowiązanie dlatego, że brakuje upoważnienia ustawowego do nałożenia takiego obowiązku na obywatela przez organ administracji. Po trzecie, stosowanie tego kryterium w praktyce oznaczałoby konieczność każdorazowego sprawdzenia, czy organ posiada upoważnienie ustawowe do uregulowania określonej materii w jednostronnym akcie administracyjnym, co niewątpliwie byłoby pracochłonne, a tym samym wbrew ekonomice postępowania administracyjnego⁵⁸⁷. Po czwarte, co zauważył Ch. Schimpf, z treści § 59 ust. 2 pkt 2 i 3 wynika, że umowa administracyjna jest skuteczna również wówczas, gdy akt administracyjny o określonej treści byłby niezgodny z prawem⁵⁸⁸. Z kolei W. Spannowsky zwrócił uwagę na literalne brzmienie zapisu § 54 VwVfG, zgodnie z którym

⁵⁸⁴ Ze względu na możliwość substytucji aktu administracyjnego umową administracyjną F. Götz zaproponował termin „umowa substytuująca”, które jednak nie znalazło szerszej akceptacji w literaturze przedmiotu, pozostając jedynie terminologiczną ciekawostką (G. Frank, *Nichtigkeit des substituierenden Verwaltungsvertrages nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*. „Deutsches Verwaltungsblatt”, nr 92/1977, s. 682).

⁵⁸⁵ H. Eberhard, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag...*, dz. cyt., s. 22.

⁵⁸⁶ E. Gurlit, *Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen*, (w:) D. Ehlers, H. Pünder (red.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 15. Auflage. Berlin 2016, s. 734.

⁵⁸⁷ A. Lischke, *Tauschgerechtigkeit...*, dz. cyt., s. 16.

⁵⁸⁸ Ch. Schimpf, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag...*, dz. cyt., s. 71.

organ zamiast wydawać akt administracyjny, może w szczególności zawrzeć umowę administracyjną z podmiotem, do którego w przeciwnym razie skierowałby akt administracyjny. Uwagę badacza zwrócił przysłówek „w szczególności”, który należy interpretować w ten sposób, że przedmiotem umowy subordynacyjnej uczynić można również inne postanowienia umowne, które nie mogłyby być przedmiotem aktu administracyjnego. Granicy regulacji umownych nie stanowi zatem możliwość wydania aktu administracyjnego, lecz te przepisy, które nie pozwalają organowi na posłużenie się formą umowy administracyjnej⁵⁸⁹. E. Gurlit wywodzi z treści brzmienia powyższego paragrafu, że umowa administracyjna nie służy jedynie realizacji norm prawnych, lecz może być również zastosowana w sytuacjach prawnie nieuregulowanych. Pełni wówczas funkcję uzupełniającą w odniesieniu do istniejących norm prawnych⁵⁹⁰. Natomiast w przypadku umów koordynacyjnych badacze nie poświęcają uwagi ograniczeniom regulacji umownych, koncentrując się głównie na sposobie podziału praw i obowiązków równorzędnych stron⁵⁹¹.

Inne kryterium rozróżnienia umów subordynacyjnych od koordynacyjnych zaproponował W. Spannowsky – było to kryterium relacji władztwa (niem. *Machtverhältnis*). Autor ten zwrócił uwagę na konieczność analizy faktycznej relacji władztwa, jaka istnieje między stronami umowy. Natomiast w sytuacji, gdy w umowie występują zarówno elementy świadczące o równorzędności stron, jak i o relacji nadrzędności-podporządkowania, wyjść należy z założenia, że umowa taka jest umową subordynacyjną. Stosowanie tego kryterium badacz zaleca również w odniesieniu do umów kooperacyjnych zawieranych przez organ administracji i podmiot prywatny. Przykładowo jako umowa subordynacyjna zostaje zaklasyfikowana urbanistyczna umowa rewitalizacyjna (niem. *Städtebausanierungsvertrag*), „ponieważ z reguły – ze względu na istniejącą na skutek relacji konkurencji między prywatnymi usługodawcami zależność od gminy i od włączenia podmiotów prywatnych w komunalny proces realizacji zadań – faktyczna supremacja suwerena państwowego wpływa na konkretny stosunek umowny”⁵⁹².

⁵⁸⁹ W. Spannowsky, *Grenzen...*, dz. cyt., s. 200.

⁵⁹⁰ E. Gurlit, *Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 32.

⁵⁹¹ Przykład takiej analizy zob. W. Henke, *Praktische Fragen des öffentlichen Vertragsrechts. Kooperationsverträge*. „Die Öffentliche Verwaltung”, nr 2/1985, s. 41-53.

⁵⁹² W. Spannowsky, *Grenzen...*, dz. cyt., s. 204 i n.

Jak wynika z powyższych rozważań, na gruncie dogmatyki prawa administracyjnego nie jest możliwe sformułowanie uniwersalnych kryteriów umożliwiających w sposób jednoznaczny odróżnienie umów subordynacyjnych od koordynacyjnych⁵⁹³. A rozróżnienie to jest o tyle istotne, że części przepisów regulujących umowy subordynacyjne nie stosuje się w odniesieniu do umów koordynacyjnych (mowa o § 55, §56, § 58 ust. 1 i § 59 ust. 2 VwVfG)⁵⁹⁴.

Istotnym elementem różnicującym umowy koordynacyjne i subordynacyjne jest kwestia ich skuteczności w przypadku wymogu współdziałania innego organu administracji, który zrealizowany został następnie. Zgodnie z § 58 ust. 2 jeśli umowa administracyjna zostanie zawarta zamiast aktu administracyjnego, którego wydanie zgodnie z przepisami prawa wymaga pozwolenia, zgody lub porozumienia z innym organem, wówczas umowa jest skuteczna z chwilą, w której inny organ współdziałał w przewidzianej formie. Oznacza to, że do momentu, w którym tryb współdziałania nie zostanie zakończony w formie przewidzianej przepisami, umowa subordynacyjna nie uzyskuje przymiotu skuteczności. Inne rozwiązanie ustawodawca przewidział natomiast w odniesieniu do umów koordynacyjnych, co wynika z treści § 62 zd. 2, na mocy którego uzupełniając do przepisów o umowie administracyjnej stosuje się postanowienia BGB kodeksu cywilnego. W przypadku zawarcia umowy przez organy administracji przed zakończeniem trybu współdziałania, zgodnie z § 184 BGB podjęte w trybie współdziałania decyzje oddziałują wstecz (*ex tunc*), w związku z czym umowy koordynacyjne wymagające zgody innego organu są skuteczne od chwili ich zawarcia, o ile tryb współdziałania zostanie zakończony we właściwej formie (nawet następnie)⁵⁹⁵.

W. Spannowsky wskazał, że podział na umowy koordynacyjne i subordynacyjne odgrywa istotną rolę ze względu na odmienne skutki wad tych umów. Zagadnienie nieważności umów administracyjnoprawnych uregulowane zostało w § 59 VwVfG. Zdaniem wspomnianego autora nieważność umów koordynacyjnych reguluje § 59 ust. 1 VwVfG, zgodnie z którym umowa administracyjnoprawna jest nieważna, jeżeli nieważność wynika z odpowiedniego zastosowania przepisów BGB. Natomiast do umów subordynacyjnych odnosi się zgodnie z tą koncepcją § 59 ust. 2 VwVfG. Trudno jednak zgodzić się z taką tezę, jeśli weźmie się pod uwagę literalne brzmienie § 59 ust. 1 VwVfG,

⁵⁹³ G. Püttner, *Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag...*, dz. cyt., s. 124.

⁵⁹⁴ E. Gurlit, *Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 28, przypis nr 63.

⁵⁹⁵ W. Spannowsky, *Grenzen...*, dz. cyt., s. 201 i n.

w którym ustawodawca nie dokonał rozróżnienia na umowy subordynacyjne i koordynacyjne, lecz powiązał nieważność umowy administracyjnoprawnej w ogóle z przesłankami nieważności wymienionymi w BGB. Ponadto nie można nie zauważyć, że w § 59 ust. 2 VwVfG ustawodawca dokładnie sprecyzował, że dodatkowe przesłanki nieważności odnoszą się do umów w rozumieniu § 54 zd. 2, a więc *de facto* umów subordynacyjnych. Taka interpretacja § 59 oznacza, że ust. 1 odnosi się zarówno do formy, jak i do treści umów administracyjnoprawnych⁵⁹⁶.

Na zakończenie rozważań poświęconych wypracowanym na gruncie dogmatyki prawa administracyjnego umowom subordynacyjnym i koordynacyjnym wspomnieć należy, że w literaturze przedmiotu pojawiają się postulaty, aby znieść ten podział umów. Główny argument wysnuwany przez zwolenników tej koncepcji opiera się na założeniu, że nie w każdej sytuacji, gdy dochodzi do zawarcia umowy subordynacyjnej, słabszą stroną wymagającą większej ochrony jest podmiot spoza administracji. Niewątpliwie większa ochrona jednostki jest pożądana, gdy zachodzi „funkcjonalna ekwiwalencja pomiędzy zawarciem umowy a wydaniem jednostronnej władczej regulacji”⁵⁹⁷. W pozostałych przypadkach relacja nadrzędności-podporządkowania nie oznacza zawsze konieczności wzmocnionej ochrony obywatela, dlatego też wysuwane są propozycje, by kategorię umowy subordynacyjnej zastąpić regulacjami uwzględniającymi zróżnicowany stopień ochrony strony kontraktującej z administracją publiczną⁵⁹⁸.

3.4.2.1.2. Kryterium skutku (umowy zobowiązujące i rozporządzające)

Podział umów ze względu na kryterium skutku stanowi nawiązanie do podziału umów występującego na gruncie prawa cywilnego⁵⁹⁹. Umowa zobowiązująca (niem. *Verpflichtungsvertrag*) zawiera zobowiązanie jednej strony do realizacji świadczenia, na podstawie którego drugiej stronie przysługuje roszczenie o spełnienie świadczenia. Organ administracji publicznej może np. zobowiązać się do wydania aktu administracyjnego określonej treści lub realizacji świadczenia pieniężnego⁶⁰⁰. Wydany na podstawie takiej

⁵⁹⁶ Więcej na temat nieważności umowy administracyjnoprawnej zob. rozdz. 3.6.

⁵⁹⁷ J. Ziekow, *Verankerung verwaltungsverfahrensrechtlicher Kooperationsverhältnisses*, (w:) tenże, *Public Private Partnership - Projekte, Probleme, Perspektiven*. Speyer 2003, s. 40 (<https://dopus.uni-speyer.de/frontdoor/deliver/index/docId/232/file/FB-229.pdf>, 18.03.2023).

⁵⁹⁸ Tamże.

⁵⁹⁹ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 24. Co do zasady podział ten jednomyślnie jest akceptowany w literaturze.

⁶⁰⁰ C. Tegethoff, *Kommentar zu § 61 VwVfG*, (w:) F.O. Kopp, U. Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz...*, dz. cyt., s. 1414.

umowy akt administracyjny określa się mianem aktu administracyjnego realizującego umowę (niem. *vertragserfüllender Verwaltungsakt*)⁶⁰¹. Z kolei zobowiązanie obywatela może dotyczyć realizacji wszelkich świadczeń, które przewiduje prawo prywatne lub prawo publiczne⁶⁰². Umowy zobowiązujące można podzielić bardziej szczegółowo na jedno- i dwustronnie zobowiązujące⁶⁰³. Antycypując dalsze podziały, można wskazać, że dwustronną umową zobowiązującą subordynacyjną jest umowa wymiany (niem. *Austauschvertrag*).

Celem umowy rozporządzającej (niem. *Verfügungsvertrag*) jest bezpośrednie wprowadzenie zmiany w sytuacji prawnej stron⁶⁰⁴. Jak podaje A. Krawczyk, umowy rozporządzające dzielą się na umowy właściwe (niem. *echte Verfügungsverträge*) i umowy niewłaściwe (niem. *unechte Verfügungsverträge*). Cechą charakterystyczną właściwych umów rozporządzających jest to, że „odnoszą się wyłącznie do istniejącej sytuacji prawnej i mogą ją zmienić, znieść, obciążyć, ale już nie ustanowić, przy czym ustanowienie obowiązku świadczenia wzajemnego jest niedopuszczalne”⁶⁰⁵. Publicznoprawna cesja stanowi przykład tego typu umowy⁶⁰⁶. Z kolei niewłaściwe umowy rozporządzające prowadzą do bezpośredniej zmiany sytuacji prawnej stron, dlatego też określa się je mianem umów o skutku bezpośrednim (niem. *Bewirkungsverträge*). „Od „właściwych” umów rozporządzających odróżnia je to, że najczęściej zawierają one zobowiązanie jednostki do spełnienia świadczenia wzajemnego oraz że mogą być wydane zamiast aktu administracyjnego, a także to, że mogą odnosić się nie tylko do już istniejącej sytuacji prawnej, ale sytuację taką mogą same ustanawiać – tak jak akt administracyjny”⁶⁰⁷.

3.4.2.1.3. Kryterium sankcji (umowa bez sankcji i umowa zawierająca sankcje)

Przyjmując za kryterium podziału umów występujące w ich treści sankcje, M. Bulling dokonał rozróżnienia na umowy bez sankcji (niem. *unbewehrte Verträge*) oraz umowy zawierające sankcje (niem. *bewehrte Verträge, sanktionsbewehrte Verträge*)⁶⁰⁸. Umowy bez sankcji nie przewidują żadnej sankcji na wypadek niewywiązania się z

⁶⁰¹ H. Eberhard, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag...*, dz. cyt., s. 24

⁶⁰² C. Tegethoff, *Kommentar zu § 61 VwVfG...*, dz. cyt., s. 1414.

⁶⁰³ Ch. Schimpf, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag...*, dz. cyt., s. 80-83.

⁶⁰⁴ H. Eberhard, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag...*, dz. cyt., s. 24.

⁶⁰⁵ A. Krawczyk, *Umowa administracyjna w kodeksie...*, dz. cyt., s. 104.

⁶⁰⁶ Tamże.

⁶⁰⁷ Tamże.

⁶⁰⁸ M. Bulling, *Kooperatives Verwaltungshandeln...*, dz. cyt., s. 281.

umowy jednej ze stron. Z tego też względu tego typami umów są głównie umowy koordynacyjne, które zawierane są między organami administracji publicznej lub między organem administracji publicznej i zakładem komunalnym lub przedsiębiorstwem prywatnym, w którym zarząd sprawuje państwo. W takich bowiem sytuacjach „można zrezygnować z daleko idących sankcji, ponieważ dotrzymanie tego typu umów należy do urzędowych obowiązków stron lub organów nadzoru”⁶⁰⁹.

Zdaniem autora ww. podziału perfekcyjną umową administracyjną jest umowa, w której strony zawarły postanowienia na wypadek jej niedotrzymania. Sankcje takie mogą polegać m.in. na poddaniu się natychmiastowej egzekucji przymusowej lub groźbie nałożenia kary pieniężnej do określonej wysokości⁶¹⁰.

Kwestię poddania się natychmiastowej egzekucji przymusowej reguluje § 61 VwVfG, którego ust. 1 przewiduje, że każda ze stron umowy może poddać się natychmiastowej egzekucji na podstawie umowy publicznoprawnej w rozumieniu § 54 zd. 2. Organ musi być reprezentowany w tym zakresie przez kierownika organu, jego ogólnego przedstawiciela lub członka służby publicznej, który posiada kwalifikacje do sprawowania urzędu sędziego lub spełnia przesłanki, o których mowa w § 110 zd. 1 niemieckiej ustawy o sędziach⁶¹¹. Instytucja poddania się natychmiastowej egzekucji może dotyczyć poszczególnych zobowiązań umownych, może być ograniczona określonym terminem, jak również może zostać ustanowiona pod pewnymi warunkami⁶¹². Warto zaznaczyć, że umowy administracyjne nie stanowią same w sobie tytułu egzekucyjnego. Dopiero dzięki zamieszczeniu w ich treści przepisów regulujących poddanie się natychmiastowej egzekucji umowa administracyjna staje się tytułem egzekucyjnym. Przepisy takie mogą zostać zawarte w podpisywanej umowie, ale mogą również zostać dodane następnie w dodatkowej umowie regulującej tylko kwestię natychmiastowej egzekucji lub mogą stanowić efekt jednostronnego oświadczenia woli złożonego pisemnie wobec organu⁶¹³. Postanowienie takie ma przymiot tytułu

⁶⁰⁹ Tamże. Por. D. Song, *Kooperatives Verwaltungshandeln...*, dz. cyt., s. 239 i n.

⁶¹⁰ M. Bulling, *Kooperatives Verwaltungshandeln...*, dz. cyt., s. 281.

⁶¹¹ Deutsches Richtergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.04.1972 (BGBl. I, 1972, s. 713). Wskazać należy, że obecnie § 110 zd. 1 przywołanej ustawy jest uchylony.

⁶¹² D. Song, *Kooperatives Verwaltungshandeln...*, dz. cyt., s. 239.

⁶¹³ C. Tegethoff, *Kommentar zu § 61 VwVfG*, (w:) F.O. Kopp, U. Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz...*, dz. cyt., s. 1493; D. Song, *Kooperatives Verwaltungshandeln...*, dz. cyt., s. 240. Odnotać należy, że w doktrynie nie było zgody co do tego, czy oświadczenie obywatela o poddaniu się natychmiastowej egzekucji wymaga akceptacji przez przedstawiciela organu, o którym mowa w § 61 ust. 1. Za poglądem, iż akceptacja taka nie jest wymagana, przemawia m.in. argument, w myśl którego akty administracyjne, którymi obywatel jednostronnie może zostać zobowiązany przez organ

egzekucyjnego, o ile jest skuteczne, natomiast gdy zostało zawarte z naruszeniem przepisów prawa, wówczas strony muszą dochodzić swoich roszczeń w trybie skargowym przed sądem⁶¹⁴. W takiej sytuacji strony mogą wystąpić z ogólną skargą o zasądzenie świadczenia (niem. *allgemeine Leistungsklage*) lub ze skargą o zobowiązanie do wydania aktu administracyjnego, „gdy zobowiązanie organu dotyczyło wydania aktu administracyjnego, który nie może zostać zastąpiony zawartą już umową”⁶¹⁵. Natomiast w sytuacji, gdy umowa dotyczyła uchylenia aktu administracyjnego, strona może dochodzić swego powództwa wnosząc do sądu administracyjnego skargę o uchylenie aktu administracyjnego (niem. *Anfechtungsklage*)⁶¹⁶. Opisany wyżej tryb dochodzenia roszczeń z umów administracyjnych na drodze sądowej stanowi pochodną merytorycznego orzekania przez sądy administracyjne w Niemczech⁶¹⁷.

Zaakcentować należy, że gdy obywatel nie realizuje uzgodnionego świadczenia, a w umowie nie uregulowano kwestii poddania się natychmiastowej egzekucji, organ nie może zastąpić zawartej umowy aktem administracyjnym, w którym jednostronnie określiłby obowiązki strony, która nie wywiązała się z umowy. Jest to jedna z sytuacji, w której (pod względem temporalnym) ograniczenia doznaje zasada swobody wyboru form działania przez administrację⁶¹⁸. Jeżeli bowiem stosunek prawny wykreowany zostanie na podstawie umowy administracyjnej, to od tego momentu ten stosunek prawny nie może stanowić treści aktu administracyjnego. Wyjątek stanowi sytuacja, gdy na podstawie umowy subordynacyjnej przejęte zostały obowiązki, które na mocy ustawy mogą zostać nałożone na stronę poprzez wydanie aktu administracyjnego lub „gdy umowa – co jest kwestią wykładni – nie reguluje kompleksowo stosunku prawnego i dopuszcza uprawnienia organu do kształtowania stosunków prawnych poprzez akt administracyjny w pozostałym zakresie”⁶¹⁹.

administracji do określonego świadczenia, również nie są wydawane przez pracowników administracji publicznej, o których mowa w przytoczonym przepisie. Słuszny wydaje się również pogląd, iż konieczność akceptacji takiego oświadczenia przez organ prowadziłaby do naruszenia postulatu efektywnego działania administracji (D. Song, *Kooperatives Verwaltungshandeln...*, dz. cyt., s. 242).

⁶¹⁴ C. Tegethoff, *Kommentar zu § 61 VwVfG...*, dz. cyt., s. 1491.

⁶¹⁵ Tamże, s. 1492 i n.

⁶¹⁶ Tamże, s. 1493.

⁶¹⁷ A. Kubiak, *Koncepcja...*, dz. cyt., s. 57.

⁶¹⁸ Zasada ta odgrywa teka istotną rolę, że w Niemczech rozwinęła się nauka o swobodzie wyboru form działania administracji (niem. *die Lehre von der Wahlfreiheit der Verwaltung*), której przedmiot stanowi m.in. możliwość realizacji zadań publicznych przez organy administracji w formie umowy cywilnoprawnej (W. Spannowsky, *Grenzen...*, dz. cyt., s. 86-89, por. też V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 122 i n., 665, 669).

⁶¹⁹ C. Tegethoff, *Kommentar zu § 61 VwVfG...*, dz. cyt., s. 1493.

3.4.2.2. Umowy stypizowane na gruncie VwVfG (kryterium treści umowy)

3.4.2.2.1. Umowa ugody

Jak już wcześniej wspomniano, VwVfG nie zawiera *numerus clausus* typów umów administracyjnych⁶²⁰. Nie oznacza to jednak, że ustawodawca w pełni zrezygnował z określenia rodzaju umów, które mogą zostać zawarte. Dwóm typom umów poświęcone zostały odrębne regulacje, ponieważ przed wejściem w życie VwVfG w doktrynie wyrażano obawy odnośnie do zawierania przez administrację umów subordynacyjnych, które mogłyby naruszać prawo⁶²¹. Dlatego też w § 55 VwVfG uregulowana została umowa ugody (niem. *Vergleichsvertrag*), natomiast w § 56 VwVfG umowa wymiany (niem. *Austauschvertrag*). Celem tych regulacji była z jednej strony próba ograniczenia pewnych niebezpieczeństw (niezgodności zawieranych umów z przepisami prawa materialnego), z którymi umowy te niejako *a priori* nierozzerwalnie się wiążą, poprzez sprecyzowanie szczególnych wymogów, które umowy te muszą spełniać⁶²², a z drugiej ochrona obywateli przed nadużywaniem tych instrumentów przez administrację⁶²³.

Oba rodzaje wymienionych wyżej umów nazwanych mogą mieć charakter subordynacyjny albo koordynacyjny, chociaż podkreślenia wymaga, że regulacje zawarte w § 55 i § 56 VwVfG dotyczą umów subordynacyjnych, na co *expressis verbis* wskazuje ustawodawca, odnosząc się w przywołanych wyżej przepisach do § 54 zd. 2.

Najogólniej można powiedzieć, że umowa ugody zawierana jest w celu usunięcia sporu między stronami poprzez dokonanie wzajemnych ustępstw. Słusznie twierdzi zatem P. Tiedemann, iż jej przedmiotem jest kompromis⁶²⁴. Formułując przesłanki zawarcia umowy ugody, ustawodawca posłużył się pojęciami nieostrymi. Zgodnie z § 55 VwVfG umowa publicznoprawna w rozumieniu § 54 zd. 2 może zostać zawarta, jeżeli w ten sposób poprzez rozsądną ocenę stanu faktycznego lub sytuacji prawnej dzięki wzajemnym ustępstwom zostanie usunięta istniejąca niepewność, a organ wedle

⁶²⁰ E. Scheske, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag. Eine Herausforderung für den Rechtsanwender in der Verwaltungspraxis*. „Deutsche Verwaltungspraxis”, nr 11/2015, s. 449.

⁶²¹ H. Maurer, *Der Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 801. Jak twierdzi natomiast D. Song, motywacją ustawodawcy do instytucjonalizacji tych właśnie typów umów był fakt ich częstego stosowania w praktyce administracyjnej (D. Song, *Kooperatives Verwaltungshandeln...*, dz. cyt., s. 59).

⁶²² H. Maurer, Ch. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 421.

⁶²³ V.M. Haug, *Verwaltungsverträge*, (w:) R. Voigt (red.) *Handbuch Staat*. Wiesbaden 2018, s. 1642.

⁶²⁴ P. Tiedemann, *Der Vergleichsvertrag im kommunalen Abgabenrecht*. „Die Öffentliche Verwaltung”, z. 14/1996, s. 594.

słusznego uznania (niem. *nach pflichtgemäßem Ermessen*⁶²⁵) uzna zawarcie ugody w celu usunięcia niepewności za celowe.

Pierwszym pojęciem nieostrym wymagającym interpretacji jest sformułowanie „rozsądna ocena stanu faktycznego”. Wśród przedstawicieli doktryny pojawiły się odmienne poglądy co do kwestii podmiotu dokonującego tej rozsądnej oceny. Podmiotem tym mógł bowiem być „obiektywny obserwator”, posiadający rozsądny stan wiedzy stron zawierających umowę i dokonujący *ex ante* rozsądnej oceny stanu faktycznego lub sytuacji prawnej. Za takim poglądem opowiedziało się również orzecznictwo, w którym postulowano „obiektywne postrzeganie” (niem. *objektive Betrachtungsweise*). Podmiotem dokonującym rzeczony oceny mógł jednak być również „przeciętny prawnik”⁶²⁶. Biorąc pod uwagę stopień skomplikowania materii prawa administracyjnego oraz fakt, iż umowa zawierana jest przez obywatela z organem administracji, którego przedstawiciel nie zawsze musi posiadać dyplom ukończenia studiów prawnych,

⁶²⁵ W polskojęzycznych pracach do pojęcia tego podchodzi się w sposób bardzo zróżnicowany. W słowniku A. Kilian, A. Kilian, *Słownik języka prawniczego i ekonomicznego. Niemiecko-polski*. Lex/el. 2018 termin ten przetłumaczony jest jako „uznanie zgodne z obowiązками”. B. Dolnicki przetłumaczył § 55 VwVfG następująco: „umowa publicznoprawna w znaczeniu § 54 zdanie 2 może być zawarta, jeżeli poprzez rozsądną ocenę stanu faktycznego lub sytuacji prawnej może być usunięta istniejąca niepewność w drodze wzajemnych ustępstw (ugoda), jeżeli przy tym organ uważa zawarcie ugody za zgodne z przepisami i celowe” (B. Dolnicki, *Umowa...*, dz. cyt., s. 82). Bardzo podobnego przekładu dokonał Z. Kmiecik, pisząc: „umowa publicznoprawna oznaczona jako ugoda (Vergleichsvertrag) może być zawarta, jeśli poprzez rozsądną ocenę stanu faktycznego lub sytuacji prawnej da się usunąć istniejącą niepewność na drodze wzajemnych ustępstw, a organ uważa zawarcie ugody za zgodne z przepisami i celowe” (Z. Kmiecik, *Postępowanie administracyjne i sądownoadministracyjne a prawo europejskie*. Warszawa 2010, s. 179). Z przytoczonych tłumaczeń wywnioskować można, że analizowany termin został przetłumaczony przez obu autorów jako „zgodny z przepisami”. Tłumaczenie takie budzi jednak pewne zastrzeżenia, skoro istota instytucji umowy ugody sprowadza się do legitymizacji działań organu o charakterze *contra legem*. Inaczej z tłumaczeniem wyrażenia *nach pflichtgemäßem Ermessen* poradzili sobie Z. Cieślík oraz K. Klonowski. Autorzy ci po prostu sparafrazowali przepis, pomijając jego ostatni fragment. Przykładowo K. Klonowski stwierdza, że umowa ugody „służy usunięciu w drodze obustronnych ustępstw niepewności dotyczącej stanu faktycznego, istotnego z punktu widzenia stosowania prawa” (K. Klonowski, *Alternatywne metody rozwiązywania sporów w postępowaniu administracyjnym i sądownoadministracyjnym*, (w:) K. Pleszka, J. Czapska M. Araszkiewicz, M. Pękala (red.), *Mediacja. Teoria, normy, praktyka*. Warszawa 2017, s. 348) W publikacji Z. Cieślíka znajduje się dodatkowo aneks z wybranymi przepisami VwVfG, które regulują umowę administracyjną. Z kolei M. Szewczyk w ogóle zrezygnował z tłumaczenia § 55 VwVfG (choć zamieścił tłumaczenie § 54 VwVfG wraz z treścią tego przepisu w oryginale niemieckim), ograniczając się jedynie do informacji, że jego przedmiotem jest ugoda (M. Szewczyk, *Umowy jako forma aktywności administracji publicznej*, (w:) S. Pawłowski (red.), *Umowy w administracji publicznej*. Warszawa 2022, s. 32). W podobny sposób w tej samej pracy tłumaczenie całego przepisu pominęła J. Wegner, określając *Vergleichsvertrag* mianem układu, co świadczy o braku jednolitości terminologicznej nawet w pracach redagowanych przez jedną osobę (J. Wegner, *Umowy publicznoprawne w europejskim porządku prawnym*, (w:) S. Pawłowski (red.), *Umowy...*, dz. cyt., s. 142). Biorąc pod uwagę, że sformułowanie to pojawia się również w innych przepisach VwVfG, m. in. w § 22, § 26, § 36, z pewnością pominiecie go w tłumaczeniu w istotny sposób przyczynia się do zubożenia treści omawianego przepisu. (Na marginesie warto zauważyć, że interesującego tłumaczenia omawianego wyrażenia w treści § 36 dokonał M. Miemiec, proponując zwrot: „biorąc pod uwagę kryteria merytoryczne, interes publiczny i interes jednostki (...)”; M. Miemiec, *Umowa...*, dz. cyt., s. 320).

⁶²⁶ D. Song, *Kooperatives Verwaltungshandeln...*, dz. cyt., s. 59.

koncepcja obiektywnego obserwatora zdaje się bardziej odpowiadać potrzebom obywateli oraz administracji.

Kolejnym pojęciem nieostrym wymagającym wykładni jest niepewność co do sytuacji faktycznej lub prawnej⁶²⁷. O ile w przepisie ustawodawca posłużył się pojęciem „niepewność”, o tyle w uzasadnieniu do projektu ustawy pojawił się również termin „różnica zdań” (niem. *Meinungsverschiedenheit*)⁶²⁸. Nie ulega wątpliwości, że rzeczowniki te nie są synonimami. Istota różnicy zdań sprowadza się bowiem do przekonania każdej ze stron co do posiadanej racji bądź co do prawdziwości własnych przekonań. Z kolei niepewność oznacza istotny brak pewności co do prawdziwości własnych przekonań. Nie wydaje się słusznym twierdzenie, że przesłanką do zawarcia umowy ugody może być różnica zdań, która nierzadko skutkuje chęcią przekonania adwersarza do własnych racji. Przesłanką taką może być wyłącznie niepewność. Jednocześnie nie jest wystarczające zaistnienie jakiegokolwiek niepewności co do stanu faktycznego lub prawnego sprawy, lecz konieczne jest stwierdzenie, że stopień niepewności jest tak wysoki, że może zostać usunięty jedynie na drodze wzajemnych ustępstw poczynionych przez strony dążące do wypracowania kompromisu. Można zatem dojść do wniosku, że niepewność na tle § 55 VwVfG musi mieć charakter kwalifikowany. Konkluzja taka pozostaje w ścisłym związku z § 24 VwVfG, zgodnie z którym organy są zobowiązane do wyjaśnienia stanu faktycznego z urzędu (niem. *Untersuchungsgrundsatz, Inquisitionsmaxime*). Oznacza to, że organy administracji powinny wyjaśnić wszystkie elementy stanu faktycznego sprawy odgrywające istotną rolę w procesie formułowania treści aktu administracyjnego w takim stopniu, by mogły wyrobić sobie własne zdanie na temat istotnych okoliczności sprawy. Zasada ta może doznać modyfikacji w przepisach prawa administracyjnego szczegółowego, zgodnie z którymi wystarczy pewne prawdopodobieństwo co do okoliczności faktycznych, by możliwe było wydanie decyzji⁶²⁹. Powyższe oznacza, że stan niepewności, który umożliwia zawarcie umowy ugody to stan, który utrzymuje się mimo podjętych prób wyjaśnienia stanu faktycznego.

⁶²⁷ Jedynie na marginesie warto zauważyć, że kwestia niepewności co do sytuacji faktycznej lub prawnej stanowi również przedmiot rozważań w rodzimej doktrynie (J. Wyporska-Frankiewicz, *Publicznoprawne formy...*, dz. cyt., s. 249, przypisy nr 68 i 69).

⁶²⁸ Deutscher Bundestag (7. Wahlperiode), *Gesetzentwurf...*, dz. cyt., s. 80.

⁶²⁹ U. Ramsauer, *Kommentar zu § 55 VwVfG*, (w:) F.O. Kopp, U. Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz...*, dz. cyt., s. 496.

Przepis § 55 VwVfG stanowi zatem wyjątek od sformułowanej w § 24 VwVfG zasady prawdy obiektywnej, chociaż wyjątku tego nie należy rozumieć w ten sposób, że organ administracji jest zwolniony z uczynienia zadość ww. zasadzie. Dopiero gdy nie może być ona w pełni zrealizowana, stan niepewności uprawnia organ administracji do zawarcia umowy ugody. Rozwiązanie takie jest wyrazem kompromisu na rzecz ekonomiki postępowania administracyjnego, ponieważ w sytuacji, gdy stan faktyczny lub prawny są bardzo skomplikowane, a dalsze wyjaśnienia wiążą się z nieproporcjonalnie wysokimi nakładami czasu i kosztów, organ może odstąpić od dalszych wyjaśnień i postąpić zgodnie z dyspozycją § 55 VwVfG. Jednocześnie wskazać należy, że pod względem proceduralnym dzięki omawianej regulacji uprzywilejowany został organ administracji publicznej, ponieważ to wyłącznie organ może uznać, iż celowe jest zawarcie umowy ugody. *A contrario* oznacza to, że potencjalny partner umowy w żaden sposób nie jest zwolniony z obowiązków, które nakłada na niego § 26 VwVfG, a które dotyczą obowiązku współdziałania w procesie ustalania przez organ administracji stanu faktycznego. Wydaje się, że z założenia o równorzędności stron przystępujących do zawarcia umowy administracyjnej wynikać powinny równe uprawnienia stron na różnych etapach zawierania umowy. Jednostronne podjęcie decyzji przez organ co do zaistnienia przesłanek przewidzianych w § 55 VwVfG podaje w wątpliwość równorzędność stron zawierających umowę ugody.

Z treści § 55 VwVfG nie wynika jasno podmiotowy zakres niepewności. Nie sprecyzowano bowiem, czy przesłanką wystarczającą dla zawarcia umowy ugody jest niepewność występująca po jednej ze stron umowy czy musi ona występować u wszystkich stron przystępujących do zawarcia umowy ugody. Zgodnie z dominującym w doktrynie poglądem stan niepewności powinien występować u wszystkich stron umowy ugody, co oznacza, że „Wszyscy uczestnicy muszą zawrzeć umowę w przekonaniu, że usuwają stan niepewności”⁶³⁰. Taka dominująca wykładnia co do stanu istniejącej niepewności budzi jednak pewne wątpliwości, jeśli pod uwagę weźmie się wyrażoną w dalszej części przepisu *expressis verbis* przesłankę „wzajemnych ustępstw”. Skoro ustawodawca w sposób niebudzący wątpliwości wskazał, że ustępstwa muszą mieć charakter wzajemny, wydaje się, że gdyby wątpliwości miały istnieć wśród wszystkich paktujących stron, fakt ten znalazłby odzwierciedlenie w bardziej szczegółowym opisie stanu niepewności. Za taką wykładnią omawianego przepisu przemawia również i to, że

⁶³⁰ C. Tegethoff, *Kommentar zu § 55 VwVfG...*, dz. cyt., s. 1427.

niepewność dotyczyć może stanu faktycznego lub prawnego. Wychodząc z założenia, że to na organie spoczywa obowiązek znajomości przepisów i stosowania prawa, niepewność co do sytuacji prawnej powinna dotyczyć przede wszystkim organu administracji publicznej. Stan niepewności stanowi brak pewności co do treści normy prawnej. Oznacza to, że odnosi się on do sytuacji, w której podmiot nie jest pewien, czy jego sposób myślenia w danej kwestii jest prawidłowy. Podmiot ten musi zatem wiedzieć, co wzbudza jego wątpliwości i nie być w stanie tych wątpliwości jednoznacznie rozstrzygnąć. Biorąc natomiast pod uwagę rozległą materię prawa administracyjnego, trudno oczekiwać od przeciętnego obywatela znajomości przepisów prawa, a co dopiero ich wykładni.

Warto zauważyć, że w przypadku organu administracji publicznej szeroko należy interpretować pojęcie „strona umowy”. Przesłanka niepewności po stronie organu administracji zostanie spełniona wtedy, gdy niezbędnej wiedzy nie posiada nie tylko pracownik zajmujący się określoną sprawą, ale również inni pracownicy organu. Ponadto istniejący brak wiedzy nie może być łatwo usuwalny⁶³¹.

Mniejsze wątpliwości budzi przedmiotowy zakres niepewności. Może ona bowiem dotyczyć sytuacji faktycznej lub stanu prawnego. Niepewność co do stanu faktycznego ma miejsce wówczas, gdy zgodnie z § 24 VwVfG nie jest możliwe dokładne wyjaśnienie stanu faktycznego, gdyż⁶³²:

- nie są znane fakty i
- nie ma pewności co do skutków dalszego ustalania stanu faktycznego oraz
- dokonanie niezbędnych wyjaśnień nie byłoby możliwe w rozsądnym terminie lub przy rozsądnych kosztach.

Niepewność co do prawa zachodzi m.in. wówczas, gdy wątpliwe jest zastosowanie bądź wykładnia normy prawnej w procesie subsumpcji, a ponadto nie wykształciło się w danej materii orzecznictwo⁶³³. Z. Cieślik wskazuje również, że sytuacja niepewności co do prawa istnieje w przypadku rozbieżności poglądów w orzecznictwie i doktrynie⁶³⁴.

⁶³¹ Tamże.

⁶³² Tamże.

⁶³³ Tamże.

⁶³⁴ Z. Cieślik, *Umowa...*, dz. cyt., Lex/el.

Kolejnym zagadnieniem wymagającym doprecyzowania jest kwestia wzajemnych ustępstw. Warunkiem koniecznym jest, aby ustępstw w celu usunięcia niejasności dokonały obie strony umowy. Ponieważ ustawodawca nie wypowiada się co do zakresu ustępstwa, przyjmuje się, że aby warunek ten został spełniony, ustępstwo może być niewielkie. Jego brak po jednej ze stron sprawia, że nie zostaje wypracowany kompromis, co skutkuje zawarciem umowy administracyjnej w rozumieniu § 54 lub § 56⁶³⁵. Pod pojęciem ustępstwa rozumieć natomiast należy „każde odstępnie od osiągalnego najkorzystniejszego wyniku postępowania”⁶³⁶. W przypadku organu administracji ustąpienie może przykładowo oznaczać przedłużenie stronie umowy określonego terminu bądź rezygnację z egzekucji aktu administracyjnego. Ustępstwo po stronie podmiotu administrowanego może dotyczyć np. wyrażenia zgody na zmianę projektu budowlanego wnioskowanej przez organ, dla którego wystąpiono o pozwolenie na budowę czy rezygnacji z dochodzenia odszkodowania⁶³⁷.

Podkreślenia wymaga, że niepewność co do stanu faktycznego lub prawnego oraz dokonywane przez kontraktujące strony ustępstwa muszą odnosić się do tej samej materii. Oznacza to, że warunkiem zawarcia umowy ugody jest to, by istniał wewnętrzny związek między ustępstwami i niepewnością⁶³⁸. *A contrario* zatem należy stwierdzić, że dokonywanie ustępstw w celu zawarcia samej umowy, a nie w celu usunięcia niepewności co do stanu faktycznego lub prawnego nie stanowi przesłanki do zawarcia umowy ugody, o której mówi § 55 VwVfG. Przesłanką pierwotną zawarcia umowy ugody musi być niepewność co do stanu faktycznego lub prawnego, która usunięta zostanie dzięki wspólnym ustępstwom.

Zawierając umowę ugody organ uprawniony jest do podjęcia działań, które prowadzą do niezgodności stanu faktycznego lub prawnego sprawy z ustawą⁶³⁹, co oznacza, że § 55 VwVfG zawiera wyjątek od zasady związania administracji prawem (niem. *der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*), o której mowa w art. 20 ust. 3 ustawy zasadniczej (niem. *Grundgesetz*), a która w doktrynie przyjmuje postać zasady pierwszeństwa (prymatu) ustawy (niem. *Gesetzesvorrang, Vorrang des Gesetzes*) oraz zasady zastrzeżenia ustawy (niem. *Gesetzesvorbehalt*). Wyjaśniając istotę tych dwóch

⁶³⁵ C. Tegethoff, *Kommentar zu § 55 VwVfG...*, dz. cyt., s. 1427.

⁶³⁶ Tamże, s. 1428.

⁶³⁷ Tamże.

⁶³⁸ Tamże.

⁶³⁹ A. Kubiak, *Koncepcja...*, dz. cyt., s. 51.

zasad, Z. Cieřlik posłużył się koncepcją negatywnego i pozytywnego elementu związania administracji prawem. Element negatywny (tj. zasada pierwszeństwa ustawy) oznacza, że działania podejmowane przez organy administracji państwowej nie mogą naruszać ani przepisów prawa, ani ogólnych zasad prawa. Z kolei pozytywny element związania administracji prawem wiąże się z nakazem, zgodnie z którym działania podejmowane przez administrację publiczną muszą mieć wyraźną podstawę ustawową⁶⁴⁰. „Zależność egzekutywy od władzy ustawodawczej wyraża się wymogiem, by kompetencja do takiego działania określona była w ustawie i to w sposób wyraźny. Im precyzyjniej określili ustawodawca cel i metodę działania, tym mniejszy zakres swobody zostaje pozostawiony organom władzy, tym bardziej są one „egzekutywą”, w sensie tradycyjnego podziału władz”⁶⁴¹. Nie ulega wątpliwości, że „związanie” administracji prawem skutkuje ograniczeniem możliwości jej działania. Ceną przewidywalności działań organów administracji publicznej jest pozbawienie ich „możliwości elastycznego reagowania na konkretne okoliczności sprawy”⁶⁴². Regulacja zawarta w § 55 VwVfG przywraca możliwość elastycznej reakcji organów administracji, pozwalając im na zawarcie umowy *contra legem*, a jak podkreśla C. Tegethoff, niezgodność umowy z ustawą jest immanentną cechą umowy ugody, bowiem w sytuacji, gdy nie dochodzi do ukształtowania treści umowy *contra legem*, umowa taka może istnieć co prawda w obrocie prawnym, ale nie jako ugoda, lecz jako inna umowa (np. umowa wymiany)⁶⁴³. Pogląd taki jest dyskusyjny. S. Detterbeck zwraca uwagę na potencjalny charakter niezgodności umowy ugody z obowiązującym prawem⁶⁴⁴. Z treści § 55 VwVfG nie wynika, że elementem konstytuującym umowę ugody jest jej treść naruszająca prawo. Elementami tymi są bowiem: 1) niepewność co do sytuacji faktycznej lub prawnej, 2) niemożność usunięcia tej niepewności lub istotne trudności związane z jej usunięciem, 3) wzajemne ustępstwa stron umowy. Ustawodawca nie uzależnia zatem możliwości

⁶⁴⁰ Wyjaśnienia te warto uzupełnić o uwagi poczynione przez M. Bitnera oraz M. Kuleszę, którzy wskazali, że zgodnie z zasadą pierwszeństwa ustawy za niewiążące (niem. *nichtig*) uznać należy akty normatywne niższego rzędu, które są sprzeczne z ustawą, a ponadto zwrócili uwagę na fakt uzupełnienia wspomnianej zasady „zasadą pierwszeństwa konstytucji (*Verfassungsmässigkeit der Verwaltung*) wynikającą ze związania administracji prawami podstawowymi”. Natomiast odnosząc się do zasady zastrzeżenia ustawowego, podkreślili, że zgodnie z poglądami szkoły klasycznej zakres jej zastosowania ograniczono co do zasady „do władczych ingerencji administracji w sferę wolności i własności (*Eingriffe in Freiheit und Eigentum*)” (M. Bitner, M. Kulesza, *Zasada legalizmu a zdolność kontraktowa jednostek samorządu terytorialnego*. „Samorząd Terytorialny”, nr 6/2009, s. 6 oraz przypis nr 4).

⁶⁴¹ Z. Cieřlik, *Umowa...*, dz. cyt., Lex/el.

⁶⁴² Tamże.

⁶⁴³ C. Tegethoff, *Kommentar zu § 55 VwVfG...*, dz. cyt., s. 1430.

⁶⁴⁴ S. Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*. 19. Auflage. München 2021, s. 297.

zawarcia umowy od ukształtowania jej treści w sposób naruszający prawo, co oznacza, że zawarcie umowy ugody może wiązać się z rozluźnieniem zasady legalności, ale nie jest to obligatoryjne.

Użyty w treści § 55 VwVfG termin „słuszne uznanie” również wymaga analizy. Zgodzić się należy z panującym w doktrynie poglądem, w myśl którego instytucja uznania należy do fundamentalnych kwestii ogólnego prawa administracyjnego⁶⁴⁵. Zdaniem E. Schmidt-Aßmanna stanowi ona wręcz trzon dobrej praktyki administracyjnej⁶⁴⁶. Instytucja ta uregulowana została w § 40 VwVfG, w myśl którego jeżeli organ jest upoważniony do działania na podstawie swojego uznania, wykonuje je zgodnie z celem upoważnienia i przestrzega ustawowych granic upoważnienia. W przepisie nie zdefiniowano terminu „uznanie”, ustawodawca ograniczył się jedynie do wyznaczenia prawnych granic jego realizacji. Próby takie podjęto natomiast w doktrynie. Wyróżniono uznanie *sensu largo* oraz *sensu stricto*. W ujęciu szerokim definiuje się je jako „wolną sferę, która wynika dla administracji publicznej, jeżeli jej zachowanie ani nie jest w pełni ustawowo zdeterminowane, ani nie może zostać w całości skontrolowane przez sąd”⁶⁴⁷, z kolei w ujęciu wąskim „pod pojęciem tym należy rozumieć odnoszące się do wypowiedzi w sferze następstw prawnych uprawnienie administracji do określenia wiążącej konkretyzacji i/lub indywidualizacji prawa. Inaczej mówiąc, uznanie oznacza odnoszące się do następstw prawnych uprawnienie administracji do podejmowania decyzji”⁶⁴⁸. Zaakcentowania wymaga brak znaku równości między dowolnością w zakresie podejmowania decyzji i uznaniem. Różnica między tymi pojęciami polega na tym, że uznanie podlega zawsze pewnym ograniczeniom. Jak podkreśla E. Schmidt-Aßmann, „Istnieje (...) znaczny zasób reguł prawnych, które wyznaczają uznaniu ramy i punkty orientacyjne; reguły te są rozproszone w całym prawie administracyjnym”⁶⁴⁹. W podobnym tonie wypowiada się U. Ramsauer, wskazując, że bez względu na treść normy prawnej umożliwiającej organowi działanie w ramach uznania, zawsze musi być to słuszne uznanie (niem. *pflichtgemäßes Ermessen*), a więc takie, które musi uwzględniać cel normy oraz ogólne zasady konstytucyjne (zasady naczelne), jak np. zasada

⁶⁴⁵ K. Gębala, *Uznanie administracyjne w systemie prawa niemieckiego*. „Państwo i Prawo”, nr 1/2011, s. 73; G. Püttner, *Ermessen und Ermessensausübung. Gedanken zur Weiterentwicklung der Ermessenslehre*. „Zeitschrift für öffentliches Recht”, nr 63/2008, s. 345.

⁶⁴⁶ E. Schmidt-Aßmann, *Dogmatyka prawa administracyjnego. Bilans rozwoju, reformy i przyszłych zadań*. Warszawa 2022 (w tłumaczeniu M. Bochwic-Ivanovskiej), s. 124.

⁶⁴⁷ K. Gębala, *Uznanie...*, dz. cyt., s. 74.

⁶⁴⁸ Tamże.

⁶⁴⁹ E. Schmidt-Aßmann, *Dogmatyka...*, dz. cyt., s. 125.

proporcjonalności⁶⁵⁰. Warto zauważyć, że w § 55 VwVfG ustawodawca *expressis verbis* zaznaczył, że organy administracji zawierające umowę ugody zobowiązane są do działania na podstawie słusznego uznania, a nie tylko uznania, o którym mowa w § 40 VwVfG. Przypuszczalnie takie sformułowanie przepisu stanowić ma dodatkową gwarancję dla obywatela, że organy administracji stosujące § 55 VwVfG, nawet jeśli działają w określonym przypadku *contra legem*, nie naruszają naczelných zasad postępowania administracyjnego⁶⁵¹.

Ponieważ zawarcie subordynacyjnej umowy ugody wiąże się z pewnym rozluźnieniem zasady związania administracji prawem, instytucję tę cechuje tzw. przywilej wzmożonego braku wrażliwości na naruszenie prawa (niem. *das Privileg gesteigerter Unempfindlichkeit gegenüber Gesetzverletzungen*)⁶⁵², dzięki któremu strony uzyskują pewną swobodę działania, umożliwiającą im zawarcie kompromisu. Nie ulega wątpliwości, że wspólne wypracowanie treści umowy ugody nie tylko pozytywnie wpływa na jej akceptację, lecz także pozwala kontraktującym stronom uniknąć czasochłonnych i kosztownych działań, których efekt jest trudny do przewidzenia. Taka

⁶⁵⁰ U. Ramsauer, *Kommentar zu § 40 VwVfG...*, dz. cyt., s. 928. Zob. też hasło *pflichtgemäßes Ermessen* na stronie <http://juristischeslexikon.rakdk.de/eintrag/Pflichtgem%E4%DFes+Ermessen.html#:~:text=Pflichtgem%C3%A4%C3%9Fes%20Ermessen...%20ist%20einer%20Beh%C3%B6rde%20einger%C3%A4umt%2C%20wenn%20Rechtsvorschriften,Belange%20und%20der%20Interessen%20des%20einzelnen%20zu%20entscheiden,26.03.2023>.

⁶⁵¹ Wydaje się, że brak zrozumienia konstrukcji instytucji słusznego uznania prowadzi niektórych badaczy do błędnych wniosków. W celu egzemplifikacji tego zjawisko przytoczony zostanie obszerniejsze fragmenty pracy K. Rożka. Autor ten stwierdza, że „w ugodzie (*Vergleichsvertrag*) organ z podmiotem zewnętrznym umawiają się co do niepewnej kwestii prawnej lub faktycznej, aby umożliwić ekonomizację postępowania. Oprócz ogólnej podstawy prawnej zezwalającej na takie działanie nie istnieje żadna inna podstawa, która ustalałaby przesłanki tychże uzgodnień, a w szczególności ustępstw w zakresie prawa. Oznacza to, że strony ugody mogłyby rozstrzygnąć wątpliwości co do prawa również w sposób z nim sprzeczny, co nie powinno być jednak uprawnione. Również przy umowach wymiany (*Austauschvertrag*) dochodzić może do zobowiązywania się administracji do takich świadczeń, które nie są przewidziane przez przepisy prawa materialnego. Wydaje się, że przez taką regulację legitymowane jest działanie organu *contra legem*. Należałoby poddać krytyce takie rozwiązanie, albowiem w demokratycznym państwie prawa, w którym podkreślana jest zasada legalności, nie powinno być miejsca na akceptację zachowania prawem nieuregulowanego (w przypadku prawa publicznego) albo przez nie zakazanego. W takiej sytuacji za każdym razem powstawać by mogło pytanie, dlaczego akurat przy tej instytucji i to w takim, a nie innym zakresie, działanie przeciwko prawu jest dopuszczalne. Mogłoby to też przyczynić się do nadmiernego nadużywania prawa przez organy administracji publicznej, albowiem ich zachowania nie byłyby sankcjonowane, a wręcz przeciwnie – nawet przez ustawodawcę wspierane” (K. Rożek, *Uwarunkowania prawne umowy administracyjnej jako niechcianej przez polskiego ustawodawcę formy działania administracji publicznej*. „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ”, nr 1/2018, s. 103 i n., https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/57267/rozek_uwarunkowania_prawne_umowy_administracyjnej_jako_niechcianej_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y, 25.03.2023).

Powyższe wywody, oderwane w zupełności od kultury prawnej panującej w Niemczech i od utrwalonych w orzecznictwie i doktrynie poglądów, świadczą o pobieżnym zapoznaniu się autora cytowanej pracy z instytucją umów administracyjnych, co skutkuje wnioskami, które nie znajdują poparcia ani w teorii niemieckiego prawa administracyjnego, ani w niemieckiej praktyce administracyjnej.

⁶⁵² Z. Cieślík, *Umowa...*, dz. cyt., Lex/el.

kooperatywna forma współpracy między administracją i obywatelem stanowi z jednej strony przejaw ekonomiki postępowania administracyjnego, a z drugiej wcielenie w życie zasady proporcjonalności. W orzecznictwie sądów niemieckich wskazuje się bowiem, że „przez wzgląd na ekonomię procesową uczestnicy postępowania nie powinni być zmuszani do udziału w czynnościach obejmujących rozległe i kosztowne ustalenia, jeśli spodziewane ich rezultaty będą prawdopodobnie nieproporcjonalne do nakładów i wydatków oraz jeśli nie posunie to naprzód załatwienia sprawy”⁶⁵³.

Podkreślić należy, że treść umowy ugody *contra legem* nie wpływa na jej moc wiążącą, gdyż, jak już wspomniano, cieszy się ona wzmożonym brakiem wrażliwości na naruszenie prawa; umowa taka straci moc wiążącą dopiero wówczas, gdy ziszcza się przesłanki z § 59 VwVfG (dotyczące nieważności umowy) lub z § 60 VwVfG (dotyczące dopasowania umowy do zmieniających się warunków oraz wypowiedzenia umowy). Dzięki rozluźnieniu rygoru związania administracji prawem instytucja uregulowana w § 55 VwVfG stanowi remedium na niepewność co do stanu faktycznego i prawnego i pozwala organom administracji oraz ich partnerom podejmować skuteczne działania, z których wszystkie strony umowy są zadowolone; rozwiązanie takie jest szczególnie ważne ze względu na zmienność prawa administracyjnego oraz coraz szerszy zakres materii, którą ta gałąź prawa reguluje.

W literaturze przedmiotu pojawiają się sporadycznie w odniesieniu do umów administracyjnych wnioski *de lege ferenda*, co nie dziwi, biorąc pod uwagę fakt, że w zakresie regulacji dotyczących umów publicznoprawnych nie dokonano zmian VwVfG od wejścia w życie tej ustawy. Przykładowo M. Reicherzer zwrócił uwagę na fakt, że w obecnym brzmieniu § 55 VwVfG sprawia wrażenie, jak gdyby możliwość rozwiązania konfliktu miała jedynie charakter następczy, tzn. że instytucja umowy ugody może zostać wykorzystana dopiero wówczas, gdy pojawi się konflikt, nie można jej natomiast zastosować prewencyjnie. Trudno nie zgodzić się z autorem, że łatwiej jest przeciwdziałać powstawaniu przeciwnych „frontów”, niż dążyć do ich zburzenia. Mając tę konkluzję na uwadze, M. Reicherzer proponuje, by z obecnego brzmienia komentowanego przepisu usunąć wymóg wzajemnych ustępstw, dzięki czemu umowa ugody mogłaby być stosowana również prewencyjnie, umożliwiając od samego początku uniknięcia sporów⁶⁵⁴.

⁶⁵³ A. Kubiak, *Koncepcja...*, dz. cyt., s. 52.

⁶⁵⁴ M. Reicherzer, *Reform...*, dz. cyt., s. 114.

3.4.2.2.2. Umowa wymiany

Rozważania na temat umowy wymiany poprzedzić warto uwagami wyjaśniającymi różnicę między umową wymiany na gruncie prawa cywilnego i prawa administracyjnego⁶⁵⁵. V. Schlette wyraża pewne zastrzeżenia względem pojęcia „umowa wymiany”, gdyż na gruncie prawa cywilnego kojarzy się ono przede wszystkim z wymianą usług, a więc z działaniami, do których § 56 VwVfG w swojej treści nie nawiązuje⁶⁵⁶. W przeciwieństwie do synalagmatycznego charakteru umowy wzajemnej (*do ut des*) zawieranej na gruncie prawa cywilnego, umowy wymiany w prawie administracyjnym mają charakter warunkowy, ponieważ spełnienie świadczenia przez obywatela nie stanowi celu, lecz warunek podjęcia działania przez organ administracji⁶⁵⁷.

Umowa wymiany stanowi przedmiot regulacji § 56 VwVfG, który odnosi się do umów wymiany o charakterze subordynacyjnym. Zgodnie z ust. 1 przywołanego przepisu umowa ta może zostać zawarta, gdy strona paktująca z organem zobowiąże się do świadczenia wzajemnego, którego określony cel zostanie uzgodniony w umowie i które służyć będzie organowi do realizacji jego zadań publicznych. Świadczenie wzajemne musi być adekwatne do całokształtu sprawy i pozostawać w związku rzeczowym z umownym świadczeniem organu. W myśl ust. 2 jeśli istnieje roszczenie o świadczenie organu, można uzgodnić tylko takie świadczenie wzajemne, które w przypadku wydania aktu administracyjnego mogłoby stanowić treść postanowienia dodatkowego zgodnie z § 36 VwVfG. Zgodnie z ust. 1 przywołanego przepisu wyróżnia się dwie sytuacje, gdy do aktu administracyjnego, o który przysługuje roszczenie, dołączyć można postanowienia dodatkowe. W pierwszym przypadku możliwość taka przewidziana jest w przepisie prawnym, zaś w drugim chodzi o to, by zagwarantować warunki do wydania aktu administracyjnego uprawniającego (niem. *der begünstigende Verwaltungsakt*)⁶⁵⁸. Ponadto w ust. 2 zastrzeżono, że bez uszczerbku dla postanowień zawartych w ust. 1 może zostać wydany akt administracyjny wedle słusznego uznania zawierający: 1. postanowienie dodatkowe, zgodnie z którym korzyść albo obciążenie zaczyna się albo

⁶⁵⁵ W literaturze polskiej można spotkać się również z określeniem „umowa wzajemna” (M. Szewczyk, *Umowy...*, dz. cyt., s. 32) oraz umowa o wzajemne świadczenia (Z. Kmiecik, *Mediacja i koncyliacja w prawie administracyjnym*. Lex/el. 2004).

⁶⁵⁶ V. Schlette, s. 472, przypis nr 23.

⁶⁵⁷ Tamże, s. 474.

⁶⁵⁸ C. Tegethoff, *Kommentar zu § 56 VwVfG*, (w:) F.O. Kopp, U. Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz...*, dz. cyt., s. 1441.

kończy w określonym czasie, albo obowiązuje przez określony czas (czasowe ograniczenie);

2. postanowienie dodatkowe, zgodnie z którym zaistnienie albo brak korzyści albo obciążenia uzależnione jest od nastąpienia zdarzenia przyszłego niepewnego (warunek);

3. zastrzeżenie odwołania

albo akt administracyjny może zostać powiązany z

- postanowieniem dodatkowym nakładającym na uprawnionego obowiązek czynienia, znoszenia lub zaniechania (zobowiązanie);

- zastrzeżeniem następczego podjęcia, zmiany lub uzupełnienia zobowiązania.

Z § 36 ust. 3 VwVfG wynika, że postanowienie dodatkowe nie może być sprzeczne z celem aktu administracyjnego.

Przytoczone wyżej postanowienia § 56 VwVfG zawierają dodatkowe wymogi legalności (niem. *zusätzliche Rechtmäßigkeitsanforderungen*) w odniesieniu do umów subordynacyjnych stanowiących umowę wymiany. Z § 56 ust. 1 VwVfG wynikają pewne ograniczenia umów wymiany pod kątem treści. Ich celem jest z jednej strony przeciwdziałanie wyprzedaży władztwa administracyjnego, a z drugiej ochrona obywatela przez władczą pozycją organu. Ochrona ta polega na zapobieżeniu sytuacji, w której organ żądałby od partnera umowy świadczeń, które w danej sytuacji prawnej byłyby niczym nieusprawiedliwione lub nieadekwatne⁶⁵⁹.

Pierwsze ograniczenie znane jest pod nazwą zakazu sprzęgania świadczeń (niem. *Koppelungsverbot*). Zgodnie z tym zakazem pomiędzy świadczeniem organu i wzajemnym świadczeniem obywatela zachodzić musi związek rzeczowy, polegający na tym, że „wzajemne prawa i obowiązki muszą być przypisane do tej samej podstawy prawnej, na której są oparte”⁶⁶⁰. Innymi słowy, nie można umową administracyjną połączyć świadczeń, które już i tak nie pozostają ze sobą w związku⁶⁶¹. Co do zasady zakaz sprzęgania świadczeń skutecznie uniemożliwia zawieranie uzgodnień w zakresie finansowych świadczeń zwrotnych obywateli, których celem byłaby ogólna poprawa budżetu organów administracji publicznej⁶⁶².

⁶⁵⁹ Tamże, s. 1432; J. Ziekow, *Verankerung...*, dz. cyt., s. 41.

⁶⁶⁰ U. Kunze, *Sozialleistungsrechtlicher Darlehensvertrag über die Gewährung einer Mietkaution*, „Deutsche Verwaltungspraxis”, nr 4/2015, s. 161.

⁶⁶¹ Ch. Schimpf, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag...*, dz. cyt., s. 251.

⁶⁶² V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 479.

Jak pisał W. Spannowsky, zakaz sprzęgania świadczeń stanowi pochodną trzech zakazów wyprowadzonych z zasady państwa prawa: zakazu nadużycia prawa (niem. *Verbot des Rechtsmissbrauchs*), zakazu nadmiaru (niem. *Übermaßverbot*) oraz zakazu samowoli (niem. *Willkürverbot*)⁶⁶³.

Rys. nr 4. Zakaz sprzęgania świadczeń



Źródło: opracowanie własne na podstawie W. Spannowsky, *Grenzen...*, dz. cyt., s. 342.

W orzecznictwie starano nadać się wyraźniejsze kontury zakazowi sprzęgania świadczeń, dlatego opracowane zostały wymogi dopuszczalności zawarcia umowy administracyjnej, których realizacja gwarantować miała nienaruszenie ww. zakazu. Były to nakaz konkretyzacji (niem. *Konkretisierungsgebot*), zakaz nadużycia władzy (niem. *Mißbrauchsverbot*) oraz zakaz nadmiaru (niem. *Übermaßverbot*)⁶⁶⁴.

Nakaz konkretyzacji wiąże się z koniecznością określenia celu ustalonych w umowie świadczeń. Musi być on ustalony w taki sposób, by możliwa była sądowa kontrola związku rzeczowego zachodzącego między celem i ustalonymi świadczeniami⁶⁶⁵. Przestrzeganie zakazu nadużycia władzy ma stanowić gwarancję, że organ administracji publicznej nie doprowadzi do zawarcia umowy poprzez nadużycie pozycji władzy. Z kolei zakaz nadmiaru ma zagwarantować, że obywatel zawierający umowę nie zostanie zmuszony do spełnienia świadczenia niepozostającego w związku rzeczowym ze świadczeniem organu administracji publicznej⁶⁶⁶. Opisane wyżej wymogi

⁶⁶³ W. Spannowsky, *Grenzen...*, dz. cyt., s. 342.

⁶⁶⁴ Tamże, s. 343.

⁶⁶⁵ Tamże.

⁶⁶⁶ Tamże.

dopuszczalności stanowią swoistą operacjonalizację instytucji zakazu sprzęgania świadczeń, która dzięki nabraniu wyraźniejszych konturów może być lepiej stosowana w praktyce sądowoadministracyjnej kontroli umów publicznoprawnych⁶⁶⁷.

Opierając się na analizie orzecznictwa administracyjnego, T. Spitzlei doszedł do wniosku, że zawierając umowę strony nie muszą w niej *expressis verbis* formułować świadczenia wzajemnego organu administracji publicznej, natomiast z zapisów umowy musi wynikać, że takie świadczenie od organu jest oczekiwane⁶⁶⁸. Z reguły stanowi ono podstawę określonej czynności prawnej (niem. *Geschäftsgrundlage*). W praktyce oznacza to, że w odniesieniu do organu w umowie może zostać zawarte sformułowanie, że świadczenie wzajemne spełnione zostanie „w ramach obowiązującego prawa”⁶⁶⁹. Umowę, w której obywatel zobowiązuje się do konkretnego świadczenia, natomiast świadczenie organu wynika z przepisów prawa, w związku z czym nie jest ono dokładnie sprecyzowane, określa się mianem „kulejącej umowy wymiany” (niem. *hinkender Austauschvertrag*)⁶⁷⁰.

Drugie ograniczenie zawarte w § 56 VwVfG narzuca wyrażona w formie klauzuli generalnej zasada adekwatności świadczeń, której przestrzeganie stanowi gwarancję urzeczywistnienia materialnej sprawiedliwości kontraktowej (*iustum pretium*)⁶⁷¹. Zasadzie tej nie nadano wyraźnych konturów prawnych. Taki zabieg legislacyjny wynikał z różnorodności umów publicznoprawnych, które zawierać mogą organy administracji publicznej⁶⁷². E. Gurlit, powołując się na orzecznictwo i doktrynę, stwierdziła, że zasada ta stanowi wyraz konstytucyjnej zasady proporcjonalności (niem. *Verfassungsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit*), która wraz z zakazem sprzęgania świadczeń wywodzona jest z zasady państwa prawa⁶⁷³. Bardziej szczegółowe podejście zakłada, że z konstytucyjnej zasady proporcjonalności wynika zakaz nadmiaru, który w przypadku publicznego prawa umów skutkuje koniecznością przestrzegania wymogu adekwatności⁶⁷⁴. W sposób graficzny powiązanie zasady adekwatności świadczeń z

⁶⁶⁷ Tamże.

⁶⁶⁸ T. Spitzlei, *Nichtiges Verwaltungshandeln*. Tübingen 2022, s. 287.

⁶⁶⁹ <https://verwaltungsrecht-studium.de/hinkender-austauschvertrag/>, 8.06.2023 r.

⁶⁷⁰ T. Spitzlei, *Nichtiges Verwaltungshandeln...*, dz. cyt., s. 287.

⁶⁷¹ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 481.

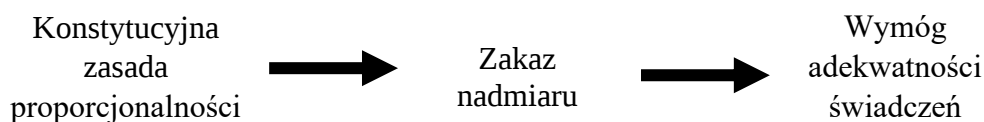
⁶⁷² Tamże, s. 481 i n.

⁶⁷³ E. Gurlit, *Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 336.

⁶⁷⁴ W. Spannowsky, *Grenzen...*, dz. cyt., s. 347. Mimo obowiązywania konstytucyjnej zasady proporcjonalności, do czasu wejścia w życie VwVfG nie przeprowadzano właściwie kontroli umów publicznoprawnych pod kątem zasady adekwatności. O jednym jedynym wyroku kontrolującym przestrzeganie zasady proporcjonalności w umowie administracyjnoprawnej wspomina V. Schlette (V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 481, przypis nr 71).

konstytucyjną zasadą proporcjonalności można przedstawić w sposób następujący (rys. nr 5).

Rys. nr 5. Powiązanie zasady adekwatności świadczeń z konstytucyjną zasadą proporcjonalności



Źródło: opracowanie własne na podstawie W. Spannowsky,
Grenzen..., dz. cyt., s. 347

Z treści § 56 ust. 1 VwVfG *expressis verbis* wynika bardzo szeroki zakres kontroli treści umowy pod kątem przestrzegania zasady adekwatności, gdyż uzyskuje ona kontury prawne przez pryzmat całokształtu sprawy. Jak podkreśla V. Schlette, oznacza to, że badanie treści umowy obejmuje m.in. ustalenia dotyczące poddaniu się egzekucji, kar umownych czy zabezpieczeń. W przypadku, gdy umowa posiada swój wymiar finansowy, wówczas kontrola musi również objąć „ogólne ramy ekonomiczne”⁶⁷⁵.

W doktrynie nie ma zgodności co do możliwości ustalenia pieniężnego ekwiwalentu świadczenia oraz świadczenia pieniężnego. Nie wydaje się słuszne stanowisko, zgodnie z którym każde świadczenie można wycenić w jednostkach pieniężnych. W szczególności w przypadku świadczeń administracji, które nie stanowią przedmiotu obrotu na wolnym rynku, trudno ustalić obiektywną wartość zezwolenia na dokonanie określonej czynności czy zgody na przedłużenie terminu⁶⁷⁶. Zgodzić się zatem należy z poglądem V. Schlette, że „jeśli rzeczywiście chodzi o kwantyfikowalne świadczenia, precyzyjnie matematycznie określona adekwatność mijałaby się z celem, jako że strony do pewnego stopnia same mogą określić, co uważają za adekwatne, gdyż nie są w sposób absolutny związane cenami rynkowymi”⁶⁷⁷. Interpretację zasady adekwatności zobrazować można następującym przykładem: w ramach zamówień publicznych podmiot prywatny godzi się na to, aby w zamian za świadczone usługi otrzymać wynagrodzenie niższe niż wynosi ich wartość rynkowa. Biorąc pod uwagę fakt, że w przypadku zawarcia umowy z organem administracji publicznej podmiot prywatny

⁶⁷⁵ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 482.

⁶⁷⁶ Tamże.

⁶⁷⁷ Tamże, s. 482 i n.

nie musi się obawiać ryzyka bankructwa kontrahenta, uznać należy, że z analizy całokształtu sprawy wynika, iż urzeczywistniona została zasada adekwatności świadczeń⁶⁷⁸.

W doktrynie dyskutowana jest również kwestia podmiotowego zakresu oddziaływania zasady adekwatności. Wykładnia językowa prowadzi do wniosku, że zasada adekwatności odnosi się do świadczenia wzajemnego, a więc do świadczenia, do spełnienia którego zobowiązuje się obywatel. Oznacza to, że zasada ta służy ochronie obywatela. Pojawia się jednak pytanie, czy umowa będzie ważna, gdy świadczenie organu będzie nieproporcjonalnie wysokie do świadczenia wzajemnego obywatela. Regulacja ustawowa nic na ten temat nie mówi. Biorąc jednak pod uwagę cel tej regulacji, którym jest m.in. przeciwdziałanie wyprzedzaży władztwa przez administrację, uznać należy, że również w przypadku, gdy administracja otrzyma świadczenie wzajemne o zbyt niskiej wartości w zamian za własne świadczenie, naruszona zostanie zasada adekwatności, a tym samym umowa taka będzie nieważna⁶⁷⁹. Podobny pogląd reprezentuje C. Tegethoff, którego zdaniem organ administracji może zażądać świadczenia wzajemnego o niższej wartości, o ile nie zostanie w ten sposób naruszona zasada wykorzystywania środków budżetowych zgodnie z zasadą oszczędności⁶⁸⁰. Tak więc w omawianej zasadzie adekwatności zostanie naruszona dopiero w sytuacji, gdy różnica wartości świadczeń kontraktujących stron będzie istotna.

Poza wymogiem adekwatności świadczeń w § 56 ust. 1 VwVfG ustawodawca przewidział jeszcze inne ograniczenia dyskrecjonalnej władzy organów administracji publicznej. Jednym z nich jest nakaz określenia celu świadczenia (niem. *das Gebot der Zweckbestimmung*), do którego spełnienia zobowiązuje się obywatel. Cel świadczenia nie może być dowolny, lecz musi służyć realizacji zadań publicznych. Jednocześnie wskazać należy, iż nie chodzi o wszelkiego rodzaju zadania publiczne, lecz jedynie o takie, do których realizacji powołany jest organ będący stroną umowy⁶⁸¹. Ponadto cel musi być skonkretyzowany. Oznacza to, że przesłanka ta nie zostanie spełniona, jeżeli określenie celu będzie zbyt ogólne, jak np. poprawa infrastruktury. Powołując się na orzecznictwo, C. Tegethoff podkreśla, że „cel musi być na tyle konkretnie oznaczony, żeby można było

⁶⁷⁸ Zob. tamże, s. 483. Różnica między potencjalną ceną rynkową usług a ich faktyczną wartością ustaloną w umowie stanowi cenę redukcji ryzyka bankructwa, a jednocześnie jest kosztem transakcyjnym zawartej umowy publicznoprawnej.

⁶⁷⁹ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 483 i n.

⁶⁸⁰ C. Tegethoff, *Kommentar zu § 56 VwVfG...*, dz. cyt., s. 1437.

⁶⁸¹ E. Gurlit, *Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 337 i n.

stwierdzić wewnętrzny związek między świadczeniem obywatela i świadczeniem organu”⁶⁸², jednak nie jest konieczne zbyt szczegółowe określenie przeznaczenia świadczenia obywatela. Przykładowo jeżeli podmiot administrowany zobowiąże się do postawienia budynku szkolnego, wówczas nie ma obowiązku szczegółowego precyzowania, jaki budynek zostanie wzniesiony (czy będzie to np. hala sportowa czy aula). Możliwe jest również ustalenie celu alternatywnego, jednak pod warunkiem, że określone zostaną zasady ustalające kolejność realizacji poszczególnych alternatyw⁶⁸³.

Ustalenie celu ma dla stron charakter wiążący. Jeżeli jednak po podpisaniu umowy okaże się, że skonkretyzowany w niej cel jest nieosiągalny, wówczas na podstawie § 60 VwVfG kontrahentowi przysługuje roszczenie o dopasowanie umowy do zmienionych okoliczności. W innych przypadkach zmiana celu wymaga realizacji dwóch przesłanek. Po pierwsze, zmiana taka zostanie dokonana za obopólną zgodą. Po drugie, nowy cel zostanie ustalony poprzez zawarcie umowy uzupełniającej do umowy pierwotnej⁶⁸⁴.

Treść § 56 ust. 2 VwVfG stanowi gwarancję przestrzegania zasady legalności działania organów administracji publicznej, dzięki czemu organ nie ma możliwości wykorzystania swojej pozycji władczej, by „zmusić” jednostkę do opłaty za świadczenie, do którego i tak przysługuje jej prawo. Ograniczenie to zatem również dotyczy treści umowy wymiany i pełni funkcję ochronną w stosunku do obywatela nieposiadającego wiedzy prawniczej, który gotów byłby zawrzeć z organem administracji umowę w celu uzyskania określonego świadczenia, mimo iż organ jest zobowiązany do jego realizacji, a obywatelowi przysługuje roszczenie o to świadczenie⁶⁸⁵.

Regulacja umowy wymiany ma zatem szczególne znaczenie ze względu na ochronę kontrahenta administracji. O ile bowiem swoboda kontraktowania organu administracji ograniczona jest przepisami, co oznacza, że organ może zobowiązać się jedynie do takiego świadczenia, którego spełnienie jest ustawowo możliwe, o tyle ograniczenie to nie wiąże podmiotu prywatnego. Jak natomiast podkreśla E. Gurlit, granice obowiązku świadczenia wzajemnego podmiotu administrowanego wytycza treść § 56 VwVfG⁶⁸⁶.

⁶⁸² C. Tegethoff, *Kommentar zu § 56 VwVfG...*, dz. cyt., s. 1435 i n.

⁶⁸³ Tamże, s. 1436.

⁶⁸⁴ Tamże.

⁶⁸⁵ Deutscher Bundestag (7. Wahlperiode), *Gesetzentwurf...*, dz. cyt., s. 81.

⁶⁸⁶ E. Gurlit, *Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 336.

W świetle dotychczasowych rozważań oraz sposobu regulacji umowy ugody i umowy wymiany wydawać by się mogło, że obie konsensualne formy działania administracji stanowią wyraźnie rozgraniczone typy umów, z odrębnymi przesłankami legalności. Jak jednak wskazuje się w literaturze, umowy te mogą się na siebie nakładać. Jeżeli bowiem na podstawie umowy ugody strony zobowiążą się do wzajemnych świadczeń, wówczas będzie ona równocześnie stanowić umowę wymiany. W konsekwencji oznacza to, że ważność takiej umowy ugody:

- w zakresie jej potencjalnej niezgodności z prawem uzależniona jest od ziszczenia się przesłanek przewidzianych w § 55 VwVfG,
- zależy od przestrzegania warunków jej legalności, które reguluje § 56 VwVfG – chodzi przede wszystkim o nakaz adekwatności świadczeń oraz zakaz sprzęgania⁶⁸⁷.

Antycypując nieco rozważania nt. nieważności umowy administracyjnej, podkreślić należy jedynie w tym miejscu, iż naruszenie przedstawionych wyżej dodatkowych wymogów legalności umowy wymiany równoznaczne jest z realizacją przesłanki zawartej w § 54 zd. 1 VwVfG, zgodnie z którą umowa administracyjna może zostać zawarta, gdy przepisy nie stoją temu na przeszkodzie. Zawarcie umowy administracyjnej nieuwzględniającej dodatkowych wymogów legalności skutkuje w myśl § 56 ust. 2 pkt 4 nieważnością umowy.

3.5. Dopasowanie i wypowiedzenie umowy administracyjnej

Jednym z elementów świadczących o elastyczności niemieckiej umowy administracyjnej jest regulacja zawarta w § 60 VwVfG odnosząca się do wpływu zmiany okoliczności na zobowiązanie umowne. Jak słusznie podkreślił W. Pakeerut, rygorystyczne trzymanie się zasady *pacta sunt servanda* w sytuacji pojawienia się nieprzewidzianych zmian mogłoby prowadzić do niesprawiedliwych rezultatów⁶⁸⁸. Dlatego też w doktrynie prawa administracyjnego zwracano od dawna uwagę na zasadę *rebus sic stantibus* i jej znaczenie w przypadku umów publicznoprawnych⁶⁸⁹. O doniosłości tej regulacji świadczy m.in. fakt, iż przepisy dotyczące dopasowania i wypowiedzenia umowy publicznoprawnej stanowią prawo bezwzględnie obowiązujące. Strony nie mogą zatem zrzec się przysługujących im uprawnień w tym zakresie, a

⁶⁸⁷ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 492.

⁶⁸⁸ W. Pakeerut, *Die Entwicklung...*, dz. cyt., s. 152.

⁶⁸⁹ Tamże. W roku 1920 kwestię tę poruszył w swej pracy W. Apelt (W. Apelt, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Ein Beitrag...*, dz. cyt., s. 217 i n.).

działania do tego zmierzające uznać należy za bezskuteczne⁶⁹⁰. Co ciekawe, instytucja dopasowania i wypowiedzenia umowy publicznoprawnej została na gruncie prawa administracyjnego uregulowana w sposób bardziej szczegółowy niż miało to miejsce w odniesieniu do umów w kodeksie cywilnym⁶⁹¹. Ten nietypowy sposób działania ustawodawcy można wyjaśnić specyfiką stosunków prawnych nawiązywanych na podstawie umów administracyjnych. Jak wskazuje V. Schlette, przedmiotem umów publicznoprawnych są bardzo często stosunki prawne o charakterze długoterminowym. „Wraz z wydłużeniem się okresu trwania umowy zwiększa się ryzyko, że faktyczne i/lub prawne zmiany będą wywierały negatywny wpływ (na dotychczasową realizację postanowień umownych – W.J.)”⁶⁹². Ponadto prawo administracyjne podlega częstszym zmianom w przeciwieństwie do prawa prywatnego, w związku z czym „normatywne otoczenie umów administracyjnych narażone jest na ciągłe ryzyko zmian”⁶⁹³. Z powyższych względów ustawodawca przewidział konieczność uelastycznienia mocy wiążącej zawieranych umów administracyjnych, nawet za cenę stabilności stosunków prawnych.

W § 60 VwVfG przewidziano dwa przypadki, w których zmiana okoliczności może wpłynąć na treść umowy administracyjnej. W myśl § 60 ust. 1 zd. 1 VwVfG jeżeli okoliczności, które mają decydujące znaczenie dla ustalenia treści umowy, uległy tak istotnej zmianie od czasu jej zawarcia, że od jednej strony umowy nie można już zasadnie oczekiwać, że będzie przestrzegać pierwotnych postanowień, strona ta może żądać dopasowania treści umowy do zmienionych okoliczności lub rozwiązać umowę, jeśli dopasowanie takie nie jest możliwe lub nie można go zasadnie oczekiwać od strony umowy. Natomiast zgodnie ze zd. 2 powyższego przepisu organ administracji publicznej może rozwiązać umowę w celu zapobieżenia poważnym szkodom dla dobra wspólnego lub w celu ich usunięcia. Z rozważań zawartych w doktrynie wynika, że powyższe regulacje stosuje się zarówno do umów o charakterze subordynacyjnym, jak i koordynacyjnym⁶⁹⁴.

§ 60 ust. 1 zd. 1 VwVfG przewiduje możliwość dopasowania lub rozwiązania umowy na skutek istotnej zmiany okoliczności o charakterze następczym. Ustawodawca

⁶⁹⁰ C. Tegethoff, 1478.

⁶⁹¹ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 606.

⁶⁹² Tamże., s. 609.

⁶⁹³ Tamże.

⁶⁹⁴ C. Tegethoff, 1479, U. Kaminski, *Die Kündigung...*, dz. cyt., s.

posłużył się w przepisie pojęciami nieostrymi „okoliczności mające decydujące znaczenie dla ustalenia treści umowy” oraz „istotne zmiany okoliczności”. Okoliczności mające decydujące znaczenie dla ustalenia treści umowy tworzą podstawę czynności prawnej. Są to „takie okoliczności, których występowanie i trwanie zostało przyjęte jako nieodzowne przy zawieraniu umowy ze względu na ich treść, cel oraz znaczenie gospodarcze”⁶⁹⁵. Zmiany okoliczności mają charakter podwójnie kwalifikowany. Nie chodzi zatem o jakiegokolwiek zmiany, lecz o takie, które po pierwsze są obiektywnie istotne, „przez co rozumie się wykroczenie poza ogólne ryzyko kontraktowe, którego skutki zachwieją równowagę kontraktową, tworząc po jednej ze stron nadmierny ciężar, a po drugiej niesprawiedliwy zysk”⁶⁹⁶. Po drugie, zmiany te są istotne na tyle, że jedna ze stron subiektywnie nie jest w stanie ich zaakceptować, ponieważ „równowaga między wzajemnymi świadczeniami umownymi jest tak silnie zaburzona, że stanowiące immanentną cechę każdej długoterminowej umowy ‘ryzyko zmiany [okoliczności – W.J.]’ zostało dalece przekroczone, a umowa (danej treści) w zmienionych okolicznościach z pewnością nie zostałaby zawarta przez strony”⁶⁹⁷. Istotna zmiana może dotyczyć zarówno okoliczności faktycznych (np. innowacje techniczne, pogorszenie sytuacji gospodarstw domowych), jak i prawnych⁶⁹⁸. Istotną zmianę okoliczności prawnych stanowi w pierwszej kolejności zmiana obowiązujących przepisów, jeżeli wpływa ona na realizację postanowień umowy. Zmiana taka zaistnieć może na skutek bezpośredniego brzmienia przepisu lub w efekcie jego wykładni⁶⁹⁹. Istotna zmiana okoliczności prawnych zajdzie również w przypadku zmiany linii orzeczniczej w sytuacji, gdy strony zawierały umowę w oparciu o wcześniejsze orzecznictwo⁷⁰⁰. Podkreślenia wymaga jednak, że powstałe zmiany nie mogą skutkować niemożnością realizacji umowy. W takiej bowiem sytuacji zastosowanie znajdzie § 275 BGB⁷⁰¹, zgodnie z którym roszczenie o świadczenie jest wyłączone, o ile jest ono niemożliwe dla dłużnika lub jest niemożliwe w ogóle⁷⁰². Jak zwrócił uwagę Ch. Schimpf, w sytuacji niemożności realizacji umowy nie można powołać się na § 60 ust. 1 zd. 1 VwVfG,

⁶⁹⁵ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 610.

⁶⁹⁶ W. Bańczyk, *Alokacja ryzyka zmiany okoliczności podczas wykonywania długoterminowej umowy o dzieło i o roboty budowlane – w kierunku umowy rozwijającej się*. Kraków 2017, s. 83.

⁶⁹⁷ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 614.

⁶⁹⁸ Tamże, s. 611.

⁶⁹⁹ Tamże, s. 612; Ch. Schimpf, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag...*, dz. cyt., s. 304.

⁷⁰⁰ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 613.

⁷⁰¹ Ch. Schimpf, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag...*, dz. cyt., s. 306.

⁷⁰² Tłumaczenie: D. Skrzywanek-Jaworska, *Impossibilium nulla obligatio est celsusa (D. 50,17,185) a początkowa niemożliwość świadczenia w prawie niemieckim*. „Studia Prawno-Ekonomiczne”, nr 81/2010, s. 146.

ponieważ regulacja ta odnosi się do subiektywnej niemożności realizacji świadczenia, natomiast koncepcja *impossibilium nulla est obligatio*, mająca charakter obiektywny, leży u podstaw § 275 BGB, który zastosować należy w omawianej sytuacji w związku z § 62 zd. 2 VwVfG⁷⁰³.

Natomiast w sytuacji, gdy nowe regulacje działają wstecz, ingerując bezpośrednio w istniejący stosunek prawny, zostaje on rozwiązany *ipso iure*, w związku z czym nie ma konieczności stosowania § 60 VwVfG⁷⁰⁴. Z wniosku *a contrario* wynika zatem, że zmiana sytuacji prawnej pozostająca bez wpływu na realizację umowy nie stanowi przesłanki uprawniającej do dopasowania lub wypowiedzenia umowy⁷⁰⁵.

Użyte w treści § 60 ust. 1 zd. 1 VwVfG pojęcia nieostre sprawiają, że kwestię ziszczenia się przesłanek w nim wymienionych należy badać każdorazowo *in concreto*, uwzględniając wszelkie okoliczności mające wpływ na realizację postanowień umownych. W literaturze przedmiotu wskazuje się natomiast na sytuacje, które nie stanowią powyższych przesłanek. § 60 ust. 1 zd. 1 VwVfG nie znajdzie zatem zastosowania m.in. wówczas, gdy⁷⁰⁶:

- ziści się typowe dla danej umowy ryzyko,
- ziści się ryzyko, które od samego początku było brane pod uwagę przez strony,
- gdy zmiany obciążą strony umowy w równym stopniu.

Jak zauważa V. Schlette, w ostatniej z wymienionych sytuacji przytoczony przepis nie zostanie zastosowany, gdyż strony najprawdopodobniej za obopólną zgodą dopasują umowę do nowych okoliczności bądź ją rozwiążą.⁷⁰⁷

Żadna ze stron nie będzie się mogła również powołać na § 60 ust. 1 zd. 1 VwVfG, jeżeli w zawartej umowie uregulowano kwestię zmiany określonych okoliczności. W takiej sytuacji ustalony w umowie podział ryzyka ma pierwszeństwo przed rozwiązaniem kodeksowym⁷⁰⁸. Wyjątek stanowi przypadek, gdy zmiana okoliczności w znacznym stopniu wykracza poza ustalony umownie podział ryzyka⁷⁰⁹.

⁷⁰³ Ch. Schimpf, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag...*, dz. cyt., s. 306, tam także przypis nr 174.

⁷⁰⁴ Tamże, s. 304.

⁷⁰⁵ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 612.

⁷⁰⁶ Tamże, s. 615.

⁷⁰⁷ Tamże, s. 615, przypis nr 198.

⁷⁰⁸ P.-M. Efstratiou, *Die Bestandskraft...*, dz. cyt., s. 299 i n.; U. Kaminski, *Die Kündigung...*, dz. cyt., s. 218 oraz literatura powołana w przypisach nr 307-309.

⁷⁰⁹ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 615.

Dopasowanie umowy do zmienionych okoliczności może przybrać różnorodne formy, takie jak: podwyższenie bądź obniżenie wartości świadczenia umownego lub jego zniesienie, wymiana bądź przystąpienie kolejnego partnera do umowy. Bez względu na formę zmiana taka odnosi się zawsze do przyszłości⁷¹⁰. Z kolei rozwiązanie umowy na podstawie § 60 ust. 1 zd. 1 VwVfG traktowane jest w doktrynie jako *ultima ratio* na wypadek, gdyby niemożliwe było jej dopasowanie.

W literaturze przedmiotu wskazuje się na nie do końca jasną podstawę dogmatyczną § 60 VwVfG. Z redakcji przepisu nie wynika bowiem, czy regulacja ta nawiązuje do instytucji *clausula rebus sic stantibus*, czy bardziej odnosi się do wypracowanej na gruncie prawa cywilnego koncepcji odpadnięcia podstawy prawnej (*niem. Wegfall der Geschäftsgrundlage*). Różnica między tymi instytucjami jest na tyle niewielka, że niektórzy autorzy nawet nie zwracają uwagi na jej istnienie, traktując obie konstrukcje niemal synonimicznie⁷¹¹. Ci, którzy ją dostrzegają, jak np. V. Schlette, czynią to na płaszczyźnie teoretyczno-dogmatycznej, wyjaśniając ją w sposób następujący: *clausula rebus sic stantibus* jest niezależna od woli stron, obiektywnie stanowiąc niepisany element każdej umowy, zaś koncepcja odpadnięcia podstawy prawnej dotyczy subiektywnych wyobrażeń stron w odniesieniu do okoliczności pozaumownych⁷¹². Z kolei K. Redeker zauważył, że zmiana przepisów po zawarciu umowy administracyjnej i ich wpływ na jej treść nie stanowią przypadku, do którego odnosi się *clausula rebus sic stantibus*. Skutki takiego działania nie są bowiem określane zgodnie z zasadą dobrej wiary, lecz stanowią efekt wprowadzonych zmian prawnych⁷¹³. Autor ten również podkreślił, że zarówno *clausula rebus sic stantibus*, jak i doktrynalna konstrukcja odpadnięcia podstawy prawnej skutkują dopasowaniem istniejącej umowy do zmienionych okoliczności, nie umożliwiając natomiast wypowiedzenia umowy. Zgodzić

⁷¹⁰ Tamże, s. 618.

⁷¹¹ M. Bullinger, *Leistungsstörungen beim öffentlich-rechtlichen Vertrag. Zur Rechtslage nach den Verwaltungsverfahrensgesetzen*. „Die Öffentliche Verwaltung”, nr 22/1977, s. 813; P.-M. Efstariou, *Die Bestandskraft...*, dz. cyt., s. 308.

⁷¹² V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 607. P.-M. Efstariou zwraca również uwagę na pierwotną przynależność obu instytucji do odmiennych gałęzi prawa: koncepcja odpadnięcia podstawy prawnej wykształciła się na gruncie prawa cywilnego, podczas gdy zasada *rebus sic stantibus* stosowana jest na gruncie prawa międzynarodowego (P.-M. Efstariou, *Die Bestandskraft...*, dz. cyt., s. 308).

⁷¹³ K. Redeker, *Die Regelung...*, dz. cyt., s. 546. Jako przykład K. Redeker podaje wydany na podstawie umowy akt administracyjny ustalający emeryturę. „Jeśli regulacje dotyczące emerytury (...) zostaną później zmienione, wówczas organ może zmodyfikować akt administracyjny zgodnie z nową regulacją, jeśli ustawa przewiduje działanie z mocą wsteczną; tak samo obywatel w przypadku zmiany przepisów na jego korzyść może bez względu na zgodę wyrażoną na postanowienia zawarte w umowie żądać zmiany tych postanowień” (tamże, s. 547).

się trzeba z poglądem K. Redekera, iż wprowadzenie regulacji umożliwiającej rozwiązanie umowy ze względu na zmianę okoliczności skutkuje wzrostem niepewności sytuacji prawnej kontraktujących stron⁷¹⁴, co jest szczególnie istotne w przypadku umów administracyjnych, wyróżniających się ich długoterminowym charakterem.

Biorąc pod uwagę znaczenie, jakie przypisuje się kwestii równorzędności podmiotów zawierających umowę administracyjną, zaskakiwać może zawarta w § 60 ust. 1 zd. 2 VwVfG klauzula dobra wspólnego, umożliwiająca organowi administracji publicznej nadzwyczajne wypowiedzenie umowy. Jak podkreśla się w literaturze, skorzystanie z tego uprawnienia stanowi działanie o charakterze władczym, ponieważ organ jednostronnie może wpływać na trwałość zawartej umowy administracyjnej⁷¹⁵. Wskazać też należy, iż identyczną klauzulę zawiera § 49 ust. 2 pkt 3 VwVfG w odniesieniu do aktu administracyjnego uprawniającego, a więc w odniesieniu do jednostronnej czynności organu o charakterze władczym. Nie ulega zatem wątpliwości, że przyznanie organowi administracji publicznej prawa do jednostronnego wypowiedzenia umowy istotnie zaburza zasadę równorzędności paktujących stron, ponieważ interes publiczny dominuje nad interesem prywatnym⁷¹⁶. Przeciwnicy tego poglądu wychodzą natomiast z założenia, że interes publiczny stanowi inherentny element umowy administracyjnoprawnej zawieranej przez organ, dlatego też możliwość wypowiedzenia umowy przez organ w sytuacji przewidzianej w § 60 ust. 1 zd. 2 VwVfG postrzegać należy jako gwarancję realizacji zadań przez administrację publiczną⁷¹⁷.

W doktrynie pewne wątpliwości budzi relacja zachodząca między § 60 ust. 1 zd. 1 i 2 VwVfG. Jeszcze w trakcie prac nad VwVfG nie był odosobniony pogląd, że prawo do nadzwyczajnego rozwiązania umowy zawarte w zd. 2 przywołanego przepisu stanowi *de facto* uszczegółowienie treści wyrażonej w zd. 1. Jego przedstawiciele wychodzili bowiem z założenia, że zmiana interesu publicznego (będąca przejawem dobra wspólnego) zawiera się w ogólnym pojęciu zmiany okoliczności, które skutkują subiektywną niemożnością spełnienia świadczenia⁷¹⁸. Taki tok rozumowania prowadził do konkluzji, że zd. 2 w § 60 ust. 1 było zbędne. Nie sposób nie zgodzić się z tą

⁷¹⁴ Tamże, s. 547.

⁷¹⁵ W. Pakeerut, *Die Entwicklung...*, dz. cyt., s. 153 i n.

⁷¹⁶ Problem ten nie pojawia się w przypadku umowy koordynacyjnej, ponieważ w takiej sytuacji każdej ze stron będącej organem administracji publicznej w równym stopniu przysługuje prawo do skorzystania z klauzuli dobra wspólnego.

⁷¹⁷ W. Pakeerut, *Die Entwicklung...*, dz. cyt., s. 155.

⁷¹⁸ N.-Z. Bisek, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag...*, dz. cyt., s. 153.

argumentacją, nawet wychodząc z założenia, że regulacja zawierająca klauzulę dobra wspólnego nawiązuje do poprzedzającego zdania, pełniąc funkcję wyjaśniającą w tym sensie, że zagrożenie interesu publicznego stanowi zawsze przesłankę niemożności spełnienia świadczenia skutkującą w każdym przypadku wypowiedzeniem umowy. O ile zatem w sytuacji, gdy nie jest zagrożone dobro wspólne, możliwe jest dopasowanie umowy do zmienionych okoliczności, o tyle pojawienie się takiego niebezpieczeństwa sprawia, że jedynym możliwym działaniem organu administracji jest rozwiązanie umowy. Jednak podkreślić należy, że takie działanie organu (tj. rozwiązanie umowy) możliwe jest również na podstawie § 60 ust. 1 zd. 1 VwVfG. Innym argumentem przemawiającym za wprowadzeniem klauzuli dobra wspólnego było zamieszczenie w przepisie ją zawierającym możliwości rozwiązania umowy także w sytuacji, gdy niebezpieczeństwo zagrażające dobru wspólnemu istniało w chwili zawierania umowy. Pamiętać bowiem należy, że § 60 ust. 1 zd. 1 VwVfG odnosi się do przypadku, gdy zmiany okoliczności miały charakter następczy⁷¹⁹. W literaturze przedmiotu uznaje się jednak „za praktycznie niemożliwe, aby organ zawarł umowę, nie zdając sobie sprawy z tego, że zawarcie umowy skutkuje bądź skutkować może ‘ciężkimi szkodami’ dla dobra wspólnego”⁷²⁰.

Mając powyższe na uwadze, należy dojść do wniosku, iż treść § 60 ust. 1 zd. 2 VwVfG stanowi przykład kazuistycznego uszczegółowienia uprawnienia, o którym mowa w § 60 ust. 1 zd. 1 VwVfG, będąc zbędnym elementem regulacji prawa umów administracyjnych.

Analiza uprawnienia umożliwiającego organowi jednostronne, władcze rozwiązanie umowy w przypadku zagrożenia dobra wspólnego poważnymi szkodami prowadzi do jeszcze jednego interesującego wniosku, który sformułował W. Spannowsky. Autor ten zwrócił uwagę na fakt, że klauzula dobra wspólnego w przypadku umów administracyjnych skutkuje osłabieniem ich mocy wiążącej. Sytuacja taka nie ma natomiast miejsca, gdy administracja publiczna działa posługując się formą umowy cywilnej, gdyż na gruncie prawa cywilnego organom nie zostały przyznane żadne nadzwyczajne uprawnienia służące ochronie interesu publicznego. Co prawda, jak wskazał W. Spannowsky, zawierając umowę z podmiotem prywatnym organ może dążyć

⁷¹⁹ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 621.

⁷²⁰ Tamże, s. 622.

do zawarcia w niej klauzuli dopasowania lub wypowiedzenia umowy⁷²¹, jednak wówczas klauzula taka stanowić będzie efekt wzajemnego porozumienia stron, a nie, jak ma to miejsce w przypadku prawa administracyjnego, jednostronnego władczego działania administracji wynikającego z woli ustawodawcy.

3.6. Nieważność umowy administracyjnej

Nieważność umowy administracyjnej stanowi zagadnienie, które w pracach naukowych poddawane jest szczególnie chętnie analizom. V. Schlette zainteresowanie to określa jako „fiksację na negatywnej stronie umowy administracyjnej”. I rzeczywiście trudno nie zgodzić się z autorem, że temat ten jest wyjątkowo chętnie podejmowany, jeżeli weźmie się pod uwagę liczbę przytoczonych przez niego prac poświęconych temu zagadnieniu⁷²². Autor ten dochodzi wręcz do przekonania, że kwestia niezgodności z prawem umów administracyjnych oraz ich nieważności stanowi w gruncie rzeczy sedno problemu kontraktowej działalności administracji, w cieniu którego znajdują się inne zagadnienia związane z zawieraniem umów przez organy administracji⁷²³. V. Schlette ten kierunek dociekań naukowych wyjaśnia przez pryzmat uwarunkowań historycznoprawnych, pisząc: „Taką jednowymiarową perspektywę da się wytłumaczyć, jeśli w ogóle, jedynie podświadomie rozpowszechnioną nieufnością do formy umowy, przy czym nieufność tę należy rozumieć jako niekwestionowaną, atawistyczną pozostałość postulowanego wcześniej całkowitego odrzucenia umowy w prawie administracyjnym”⁷²⁴. Z drugiej jednak strony, jak pokażą dalsze rozważania, już przez sam fakt odesłania do przesłanek nieważności wymienionych w BGB oraz powiązania nieważności umowy z nieważnością aktu administracyjnego trudności interpretacyjne się

⁷²¹ W. Spannowsky, *Grenzen...*, dz. cyt., s. 289.

⁷²² Z niewymienionych w niniejszym rozdziale prac warto odnotowania są, przytoczone przez V. Schlette, następujące publikacje: A. Baumanns, *Die Zwangsvollstreckung...*, dz. cyt.; I. Bramsche, *Rechtsfolgen verwaltungsvertraglicher Gesetzesverstöße insbesondere Nichtigkeitsfolge durch entsprechende Anwendung des § 134 BGB im Rahmen des § 59 Abs. 1 VwVfG sowie Vereinbarkeit des § 59 VwVfG mit dem Verfassungsrecht*. Gelsenkirchen 1986; L. Bublitz, *Die Bestandskraft fehlerhafter subordinationsrechtlicher Verwaltungsverträge*. Hamburg 1975; V. Büchner, *Die Bestandskraft...*, dz. cyt.; W. Karehnke, *Die rechtsgeschäftliche Bindung kommunaler Bauleitplanung. Zugleich ein Beitrag zur Wirksamkeit und Rückabwicklung öffentlich-rechtlicher Verträge*. Frankfurt am Main 1983; J. Kottke, *System...*, dz. cyt.; J. Punke, *Verwaltungshandeln durch Vertrag*. Kiel 1988; H. Reckers, *Gesetzwidrige und gesetzesabweichende Regelungen in Verwaltungsverträgen zwischen Bürger und Staat*. Tübingen 1988; H. Schuster, *Wirksame rechtswidrige öffentlich-rechtliche Verträge*. Tübingen 1990; I. Tschaschnig, *Die Nichtigkeit subordinationsrechtlicher Verträge nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz - Die §§54ff. VwVfG im Spannungsfeld von Vertragsfreiheit und Legalitätsprinzip*. Frankfurt a.M., Bern, New York, Nancy 1984 (V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 536 i n., przypis nr 4).

⁷²³ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 537.

⁷²⁴ Tamże.

multiplikują, a brak jednomyslności co do różnych kwestii daje asumpt do porównań, analizowania różnic i podobieństw, a w efekcie do prezentowania autorskich poglądów, którym zarówno orzecznictwo, jak i doktryna zawdzięczają rozwój. Nie bez znaczenia jest również fakt, że nieważność umowy administracyjnej to jedyna sankcja przewidziana dla umowy, która dotknięta jest wadą kwalifikowaną. Inne wady sprawiają co prawda, że umowa jest niezgodna z prawem, ale nawet w przypadku niezgodności z prawem umowa taka jest skuteczna i wiąże strony⁷²⁵, co stanowi „wyraz kompromisu między zasadą pierwszeństwa ustawy i zasadą pacta sunt servanda (*Verträge sind einzuhalten*)”⁷²⁶.

Pod pojęciem nieważności umowy administracyjnej rozumieć należy brak skutków prawnych, do wywołania których zmierzała umowa, brak związania umową stron oraz niemożność wywiedzenia z tak zawartej umowy jakichkolwiek praw przysługujących stronom. Umowa rozporządzająca nie prowadzi zatem do powstania obowiązku świadczenia, zaś umowa zobowiązująca nie wprowadza żadnej zmiany w sytuacji prawnej stron⁷²⁷. Głównym celem tej instytucji jest gwarancja legalności działań podejmowanych przez administrację oraz ochrona prawna podmiotów, których dotyczy czynność prawna dotknięta wadą nieważności⁷²⁸. Jak natomiast zauważa C. Tegethoff, nieważność nie dotyczy ewentualnych roszczeń odszkodowawczych z nią związanych. Ponadto autor ten wskazuje, że w sytuacji, gdy treść umowy dopuszcza kilka odmiennych interpretacji, wybrać należy taką wykładnię, zgodnie z którą umowa nie jest nieważna, co pozostaje w zgodzie z zasadą wykładni zgodnej z prawem (niem. *Grundsatz der gesetzeskonformen Auslegung*)⁷²⁹.

Przed wejściem w życie VwVfG w doktrynie i orzecznictwie toczył się spór co do skutków wywoływanych przez umowę zawartą z naruszeniem prawa. Judykatura, nawiązując do dorobku wypracowanego na gruncie prawa prywatnego, starała się obarczyć umowę zawartą z naruszeniem prawa skutkiem nieważności, powołując się nie tylko na § 134 BGB, lecz również na ogólne niepisane zasady prawa cywilnego⁷³⁰.

⁷²⁵ H. Sauer, *Examinatorium. Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht*. Baden-Baden 2020, s. 139 i n.

⁷²⁶ A. Kubiak, *Koncepcja...*, dz. cyt., s. 54.

⁷²⁷ H. Maurer, Ch. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 441.

⁷²⁸ U. Ramsauer, *Kommentar zu § 44 VwVfG*, (w:) F.O. Kopp, U. Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz...*, dz. cyt., s. 1090.

⁷²⁹ C. Tegethoff, *Kommentar zu § 59 VwVfG*, (w:) F.O. Kopp, U. Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz...*, dz. cyt., s. 1463.

⁷³⁰ P.-M. Efstratiou, *Die Bestandskraft...*, dz. cyt., s. 195. W tym kontekście P.-M. Efstratiou pisze o „nieograniczonym dogmacie nieważności”, który przed wejściem w życie VwVfG sprawił, że zawarcie umowy administracyjnej wiązało się z dużą dozą niepewności co do skutków prawnych wywołanych przez

Podejście takie sprawiło, że umowa administracyjnoprawna postrzegana była jako instytucja o słabszej skuteczności niż akt administracyjny⁷³¹. W doktrynie dążono natomiast do zapewnienia umowie większej ochrony w obrocie prawnym⁷³². Przykładowo J. Martens wskazywał, że § 134 BGB zawierał jedynie normę blankietową i że w żaden sposób nie mógł on ustanawiać sankcji nieważności dla wszystkich czynności prawnych zawartych z naruszeniem prawa⁷³³. Jak dowodził wspomniany autor, „Z § 134 BGB nie wynika w ogóle, czy określona norma prawna stanowi zakaz ustawowy i czy jako sankcji wymaga nieważności sprzecznych z nią czynności prawnych. Na pytanie to należy odpowiedzieć analizując cel konkretnej normy prawnej. Decydujące znaczenie ma to, czy zakaz ma na celu jedynie ochronę osoby uczestniczącej w czynności prawnej w taki sposób, że może ona również zrzec się tej ochrony, czy też nie ma możliwości jej zrzeczenia się”⁷³⁴.

Kres dyskusji na temat skutków umowy administracyjnej naruszającej przepisy prawne położyła regulacja zawarta w VwVfG, dzięki której ustawodawca nie tylko zakończył wyżej opisane spory, ale także przyczynił się do redukcji niepewności wśród stron zamierzających zawrzeć umowę administracyjną, a tym samym do poprawy stabilności prawa. W literaturze wskazuje się na ogromne znaczenie uregulowania przesłanek nieważności umowy administracyjnej, ponieważ to od tej regulacji zależy w znacznej mierze trwałość umowy administracyjnej. Z tego punktu widzenia zrozumiałą wydaje się pogląd, że zrównanie umowy administracyjnej z aktem administracyjnym *de jure* nie mogło nastąpić wcześniej, niż przed określeniem skutków zawarcia umowy obarczonej błędem⁷³⁵.

Nieważność umowy publicznoprawnej uregulowana została w § 59 VwVfG, który, jak mogłoby się wydawać, przewiduje zamknięty katalog przesłanek

tę czynność, ponieważ nie było do końca jasne, czy umowa zawarta z naruszeniem prawa będzie nieważna czy też wywoła zamierzone skutki prawne mimo niezgodności z prawem (tamże, s. 197).

⁷³¹ E. Gurlit, *Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 407.

⁷³² Tamże.

⁷³³ J. Martens, *Normenvollzug...*, dz. cyt., s. 459. Podobny pogląd reprezentował W. Bosse, którego zdaniem wskazanie przez sąd administracyjny w wyroku na § 134 BGB nie może zastąpić uzasadnienia wyroku, a przywołanie ww. przepisu wymaga uzasadnienia wyjaśniającego, że przewidziane w nim przesłanki się ziściły (W. Bosse, *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 83, przypis nr 22).

⁷³⁴ J. Martens, *Normenvollzug...*, dz. cyt., s. 459.

⁷³⁵ Por. P.-M. Efstratiou, *Die Bestandskraft...*, dz. cyt., s. 197 i n.

warunkujących nieważność umów administracyjnoprawnych⁷³⁶. W literaturze podkreśla się, że uregulowanie przesłanek nieważności umowy administracyjnej zawartej z naruszeniem prawa nie oznacza upoważnienia do zawierania tego rodzaju umów⁷³⁷.

§ 59 ust. 1 VwVfG reguluje nieważność wszystkich umów administracyjnych, tj. zarówno koordynacyjnych, jak i subordynacyjnych, natomiast w ust. 2 powołanego przepisu zamieszczono przesłanki nieważności umowy publicznoprawnej w rozumieniu § 54 zd. 2 VwVfG, a więc umowy subordynacyjnej. Zgodnie z ogólną zasadą umowy administracyjne są skuteczne, gdy nie są nieważne⁷³⁸. Oprócz nieważności VwVfG przewiduje w pewnych przypadkach również bezskuteczność zawieszoną umów administracyjnych, która, jak podkreśla C. Tegethoff, ma charakter przejściowy. Bezskuteczność zawieszona dotyczy m.in. umów administracyjnych zawartych bez zgody osób trzecich lub z pominięciem współdziałania innego organu⁷³⁹.

Zgodnie z § 59 ust. 1 VwVfG umowa publiczno-prawna jest nieważna, jeśli nieważność wynika z odpowiedniego zastosowania przepisów BGB. Chodzi przede wszystkim o następujące przepisy BGB: § 105, § 108, § 116-118, § 125, § 134, § 138, § 142 (w związku z § 119-124), § 177, § 185, § 306 oraz § 779. Szczególnie ważną rolę odgrywa regulacja zawarta w § 134 BGB, która ze względu na swoją treść zawiera szeroki wachlarz przesłanek nieważności czynności prawnej (a na potrzeby niniejszych rozważań: umowy administracyjnej)⁷⁴⁰. Biorąc pod uwagę fakt, że w myśl przytoczonego przepisu czynność prawna naruszająca zakaz prawny jest nieważna, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, podkreślenia wymaga, że ustawodawca zdecydował się na pozostawienie w BGB otwartego katalogu przesłanek nieważności czynności prawnych, co w dobie przeobrażeń współczesnego prawa pozwala na ich elastyczną wykładnię w zależności od zachodzących zmian społecznych.

Termin „ustawa” na gruncie § 134 BGB interpretować należy szeroko, pod pojęciem tym rozumieć bowiem należy przepisy prawa wspólnotowego, prawa

⁷³⁶ Katalog ten sprawia wrażenie zamkniętego ze względu na sposób zredagowania przepisu. Jednakże dokładniejsza lektura każe dojść do przeciwnego wniosku. Już samo odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisów BGB sprawia, że katalog przesłanek nabiera charakteru katalogu otwartego.

⁷³⁷ M. Werner, *Allgemeine Fehlerfolgenlehre...*, dz. cyt., s. 78.

⁷³⁸ U. Di Fabio, *Vertrag...*, dz. cyt., s. 341.

⁷³⁹ C. Tegethoff, *Kommentar zu § 59 VwVfG...*, dz. cyt., s. 1462.

⁷⁴⁰ Jednocześnie podkreślić należy, że przez lata w doktrynie toczył się spór dotyczący odesłania do odpowiedniego stosowania przepisów BGB w zakresie, w jakim dotyczył on § 134 BGB. Więcej na temat przyczyn tego sporu zob. P.-M. Efstratiou, *Die Bestandskraft...*, dz. cyt., s. 223 i n., przypis nr 184 (tam też odesłania do literatury przedmiotu).

konstytucyjnego, innych ustaw, przepisy rozporządzeń oraz aktów prawa miejscowego⁷⁴¹. Jeżeli określone wytyczne powinny być stosowane bezpośrednio, również ich naruszenie stanowi przedmiot regulacji art. 134 BGB⁷⁴².

W doktrynie wskazuje się na dwa podejścia do sposobu wyrażenia zakazu w normie prawnej. Zgodnie z pierwszym zakaz taki nie musi być wyrażony *expressis verbis*, może on bowiem wynikać z celu regulacji⁷⁴³. Zgodnie z drugim, nawet jeśli zakaz taki jest dosłownie w normie prawnej zawarty, nie wolno ograniczać się do wykładni konkretnej normy zawierającej taki zakaz. Należy go bowiem rozważyć na tle struktury normatywnej danego tekstu prawnego z uwzględnieniem przepisów prawa konstytucyjnego i wspólnotowego⁷⁴⁴.

Przedmiotem szczególnego namysłu uczynić należy sformułowanie „zakaz ustawowy”. Należy bowiem wziąć pod uwagę, że ustawodawca instytucję nieważności przewidział tylko dla wybranych naruszeń przepisów prawa, co oznacza, że w przypadku, gdy umowa została zawarta z naruszeniem innych norm prawnych aniżeli wymienione w § 59 VwVfG, wówczas jest ona skuteczna i nie może zostać zakwestionowana. Pewien wyjątek pod tym względem stanowi regulacja zawarta w § 60 VwVfG, będąca swoistą „klausulą awaryjną”, umożliwiającą organom administracji publicznej wypowiedzenie umowy w celu zapobieżenia poważnym szkodom dla dobra wspólnego lub w celu ich usunięcia. Chociaż regulacja ta przewidziana została na wypadek następczego wystąpienia skutków, którym należy przeciwdziałać, w doktrynie reprezentowany jest pogląd, zgodnie z którym przepis też znajdzie również zastosowanie do rozwiązania umowy administracyjnej w przypadku jej pierwotnej niezgodności z prawem⁷⁴⁵.

Jako że nie każde naruszenie zakazu przewidzianego prawem skutkuje nieważnością umowy, uznać należy, że skutek taki przewidziany został tylko w odniesieniu do naruszeń zakazów o charakterze kwalifikowanym. Biorąc jednak pod uwagę szeroki zakres różnic między prawem prywatnym i prawem publicznym, wydaje

⁷⁴¹ J. Ziekow, *Verwaltungskooperationsrecht (Public Private Partnership). Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz*. Wissenschaftliches Gutachten, erstattet für das Bundesministerium des Innern. Juni 2001, s. 40 (https://www.verwaltung-innovativ.de/SharedDocs/Publikationen/DirekteDownloads/verwaltungskooperationsrecht.pdf;jsessionid=09A2CD60C89CC500667D990E068D1D9A.1_cid373?__blob=publicationFile&v=1, 1.10.2022).

⁷⁴² W. Spannowsky, *Grenzen...*, dz. cyt., s. 306.

⁷⁴³ J. Ziekow, *Verwaltungskooperationsrecht...*, dz. cyt., s. 40.

⁷⁴⁴ W. Spannowsky, *Grenzen...*, dz. cyt., s. 306 i n. Tam też zob. przykład analizy.

⁷⁴⁵ H. Maurer, Ch. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 437.

się niemożliwe zbudowanie wspólnej dla obu porządków prawnych definicji pojęcia „naruszenie zakazu o charakterze kwalifikowanym”. Warto w tym miejscu przypomnieć spostrzeżenie, które poczynił W. Spannowsky: „Co według prawa cywilnego nie jest zakazem ustawowym w rozumieniu § 134 BGB, może jednak stanowić zakaz ustawowy dla administracji ze względu na konieczność wykładni prokonstytucyjnej”⁷⁴⁶. Starając się zatem przybliżyć pojęcie „naruszenie zakazu o charakterze kwalifikowanym”, bez konieczności zamykania go w precyzyjne ramy (niemożliwej do stworzenia) definicji, V. Schlette zaproponował pewne kryteria służące ocenieniu, czy naruszenie zakazu ma charakter kwalifikowany czy też nie.

Po pierwsze, charakter kwalifikowany będzie miało naruszenie takiego zakazu, który chroni istotny interes publiczny lub prywatny. Naruszenie powinno być zatem obiektywnie istotne. Zdaniem pomysłodawcy tego kryterium pozwoli ono wykluczyć z rozważań większość norm formalno-proceduralnych, których naruszenie z założenia nie będzie miało charakteru kwalifikowanego⁷⁴⁷.

Po drugie, z normy musi jasno wynikać, że jej celem jest bezwzględne zapobieżenie określonemu zachowaniu w tym sensie, że dokonanie czynności prawnej z jej naruszeniem pozbawione będzie skuteczności. Jak podaje V. Schlette, zakaz taki powinien spełniać trzy warunki: powinien być jednoznaczny (jasny), nie powinien dopuszczać wyjątków i powinien wiązać się z sankcją bezskuteczności czynności prawnej⁷⁴⁸. Co ciekawe, zdaniem autora omawianej koncepcji, zakaz taki nie musi wynikać wprost z brzmienia przepisu, lecz może stanowić wynik dokonanej wykładni⁷⁴⁹. Pogląd ten wydaje się wewnętrznie sprzeczny. Trudno bowiem na podstawie wykładni wyinterpretować jednoznaczne, niebudzące wątpliwości znaczenie przepisu. Sięgając po reguły wykładni prawa, należałoby dojść do wniosku, że zakaz będzie jednoznaczny, niebudzący wątpliwości wówczas, gdy będzie można w odniesieniu do niego zastosować regułę *clara non sunt interpretanda*⁷⁵⁰. W takiej sytuacji możliwość wywiedzenia zakazu na podstawie wykładni przepisu jest jednak bezcelowa, skoro jest on na tyle jasny, że nie wymaga wykładni. Z drugiej strony można przyjąć, argumentując na korzyść stanowiska

⁷⁴⁶ W. Spannowsky, *Grenzen...*, dz. cyt., s. 306.

⁷⁴⁷ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 553.

⁷⁴⁸ Tamże.

⁷⁴⁹ Tamże.

⁷⁵⁰ Więcej na temat tej paremii oraz rodzajów wykładni w prawie administracyjnym zob. J. Niedźwiedzka, *Wykładnia prawa administracyjnego: wybrane zagadnienia*. „Kwartalnik Prawa Publicznego”, nr 2/1/2, s. 171 i n.

V. Schlette, że celowe jest posłużenie się inną regułą interpretacyjną, a mianowicie *interpretatio cessat in claris*. Wówczas, dzięki posłużeniu się wykładnią, organ będzie mógł wyinterpretować zakaz – pojawia się tylko pytanie, czy zakaz ten będzie na tyle jednoznaczny, by nie wzbudzał wątpliwości. Jak zauważa autor, w oparciu o drugie kryterium z analizy wyłączone zostaną normy dyspozytywne oraz normy uwzględniające uznanie administracyjne.

Niewątpliwą zaletą poznawczą przedstawionej wyżej koncepcji jest możliwość zredukowania liczby przepisów, które mogą zostać poddane analizie w celu ustalenia, czy ewentualne naruszenie zakazu miało charakter kwalifikowany. Natomiast nie dostarcza ona jasnych kryteriów umożliwiających przeprowadzenie takiej analizy w sposób niezawodny, zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę fakt, iż w procesie badania charakteru naruszenia autor postulował uwzględnienie takich kryteriów jak: praworządność działań administracji, pewność prawa oraz ochrona zaufania⁷⁵¹. Postulat ten raczej utrudnia niż ułatwia cały proces analizy charakteru naruszenia zakazu.

Z zadaniem określenia charakteru naruszenia zakazu zmierzili się również H. Maurer oraz Ch. Waldhoff. Rezygnując z przedstawienia określonego sposobu postępowania, także i ci autorzy ograniczyli się do podania istotnych kryteriów, które należy uwzględnić w procesie oceny, czy naruszenie zakazu ma charakter kwalifikowany czy nie. Kryteria te obejmują⁷⁵²:

- treść normy prawnej oraz przyczynę niezgodności z prawem umowy administracyjnoprawnej,
- wagę naruszenia prawa,
- pojawiający się w indywidualnych przypadkach interes publiczny w utrzymaniu porządku prawnego naruszonego przez niezgodną z prawem umowę administracyjną,
- publiczny lub prywatny interes w trwałości umowy mimo jej niezgodności z prawem.

Ponadto wspomniani autorzy uważają, że o naruszeniu zakazu ustawowego można mówić jedynie wówczas, gdy ustawa nie dopuszcza umowy o określonej treści. A *contrario* nie będzie zatem stanowiło kwalifikowanego naruszenia zakazu ustawowego zawarcie umowy z naruszeniem przepisów proceduralnych⁷⁵³.

⁷⁵¹ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 554.

⁷⁵² H. Maurer, Ch. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 439.

⁷⁵³ Tamże.

W myśl § 59 ust. 1 VwVfG w zw. z § 105 BGB nieważna będzie umowa, jeżeli stroną składającą oświadczenie woli, zmierzające do zawarcia umowy publicznoprawnej, będzie osoba nieposiadająca zdolności do czynności prawnych lub gdy strona złożyła oświadczenie woli będąc w stanie nieświadomości lub w stanie przejściowego zaburzenia czynności psychicznych.

§ 116 BGB reguluje sytuację określaną mianem „*reservatio mentalis*”, która „polega na wewnętrznym, nieujawnionym drugiej stronie zastrzeżeniu [niem. *geheimer Vorbehalt* – W.J.] dokonywanym przez osobę składającą oświadczenie woli, że nie wywoła ono wszystkich albo części skutków prawnych w nim wyrażonych lub powstających z mocy prawa w związku ze złożeniem takiego oświadczenia”⁷⁵⁴. Oświadczenie woli, a tym samym umowa dotknięta jest wadą nieważności, jeżeli strona umowy wie o zastrzeżeniu poczynionym przez drugą stronę.

Nieważna będzie także umowa dokonana na podstawie czynności pozornej, co wynika z treści § 117 BGB oraz umowa stanowiąca wynik niepoważnego oświadczenia woli, co przewiduje § 118 BGB.

Zgodnie z § 59 ust. 1 w zw. z § 57 VwVfG w zw. z § 125 BGB nieważna jest umowa, która nie została sporządzona pisemnie lub w innej formie przewidzianej prawem (np. w formie aktu notarialnego, o którym mowa w § 311b BGB)⁷⁵⁵. Nieważna umowa może co prawda zostać uzdrowiona, jeżeli czynność prawna zostanie pisemnie potwierdzona, jednakże potwierdzenie takie nie działa wstecz, lecz jest traktowane jako nowe działanie. Możliwość uzdrowienia umowy nieważnej na skutek niezachowania formy pisemnej wynika z § 62 zd. 2 VwVfG w zw. z § 141 BGB⁷⁵⁶.

Kolejną przesłankę nieważności zawiera § 138 BGB, w myśl którego nieważna jest czynność prawna naruszająca dobre obyczaje. Jak wskazuje M. Werner, na gruncie prawa administracyjnego sytuacja taka będzie miała miejsce m.in. wówczas, gdy organ administracji publicznej dopuści się nadużycia władzy albo gdy świadczenia obu stron ustalone w umowie są względem siebie nieproporcjonalne pod względem ekonomicznym⁷⁵⁷.

⁷⁵⁴ M.J. Nocuń, *Celowa rozbieżność między verba a voluntas – oświadczenie nie na serio, symulacja i reservatio mentalis w prawie rzymskim i europejskiej tradycji prawnej*, (w:) G. Blicharz, K. Stolarski (red.), *Miejsce verba i voluntas w wykładni prawnej*. Kraków 2011, s. 18.

⁷⁵⁵ H. Maurer, Ch. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 438.

⁷⁵⁶ M. Werner, *Allgemeine Fehlerfolgenlehre...*, dz. cyt., s. 101.

⁷⁵⁷ Tamże.

Nieważność uwzględniają zarówno organy administracji publicznej, jak i sądy, ponadto może się na nią powołać podmiot administrowany, jeżeli dotyczy jego interesów⁷⁵⁸.

Raz jeszcze należy podkreślić, że w przeciwieństwie do umowy nieważnej, która nie wywołuje skutków prawnych, umowa zawarta z naruszeniem prawa jest skuteczna, w związku z czym stanowi ona podstawę do dochodzenia określonych w niej zobowiązań, natomiast podniesieniu zarzutu naruszenia prawa nie wpływa na jej skuteczność⁷⁵⁹. Na jeszcze dalej idące konsekwencje związane ze skutecznością umowy zawartej z naruszeniem prawa wskazuje M. Werner, dowodząc, że taka umowa może również stanowić dla organów administracji źródło prawa, np. w sytuacji, gdy organ zobowiązuje się w treści umowy do wydania aktu administracyjnego określonej treści. Jak słusznie wskazuje bowiem autor, w przeciwieństwie do aktu administracyjnego, który może stać się ostateczny, umowa administracyjna jest z dniem jej zawarcia „albo skuteczna i niepodważalna, albo nieważna i tym samym pozbawiona jakichkolwiek skutków prawnych”⁷⁶⁰. Wniosek ten prowadzi M. Wernera do kolejnej konkluzji: dzięki rozwiązaniom zaproponowanym w § 59 VwVfG to umowa administracyjna jest instytucją, która cieszy się większą stabilnością w obrocie prawnym (tę cechę umowy administracyjnej autor określa mianem *Bindungsmehrwert*). Nawet bowiem w przypadku niezgodności umowy z prawem, wywiera ona zamierzone skutki prawne⁷⁶¹.

Biorąc pod uwagę fakt, że strony wyraziły zgodę na umowę określonej treści, nie ulega wątpliwości, że rozwiązanie takie pozytywnie wpływa na poczucie pewności prawa oraz chroni zaufanie do organów administracji publicznej. Z punktu widzenia aksjologii prawa administracyjnego jest to trafne rozwiązanie, nawet jeżeli mogłoby się ono wydawać na pierwszy rzut oka nieakceptowalne⁷⁶². Podkreślić jednak należy, że z perspektywy nauki o skutkach błędów cecha „zwiększonej trwałości” charakteryzuje tylko umowy administracyjne zawarte z naruszeniem prawa niedającego podstaw do uznania umowy za nieważną, pozbawione są jej natomiast umowy administracyjne, których naruszenie prawa skutkuje ich nieważnością⁷⁶³.

⁷⁵⁸ H. Maurer, Ch. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 441.

⁷⁵⁹ Tamże.

⁷⁶⁰ M. Werner, *Allgemeine Fehlerfolgenlehre...*, dz. cyt., s. 86.

⁷⁶¹ Tamże, s. 87.

⁷⁶² Por. (nieaktualny już) pogląd H. Maurera w tamże, przypis nr 434.

⁷⁶³ Tamże, s. 88.

Regulacja zawarta w § 59 ust. 2 nie jest bezsporna, gdyż w doktrynie ścierają się dwa poglądy co do wykładni tego przepisu. Zwolennicy pierwszego uważają, że ust. 2 stanowi *lex specialis* w odniesieniu do ust. 1 przywołanego przepisu, w związku z czym wyłączone jest zastosowanie ust. 1 w odniesieniu do umów subordynacyjnych⁷⁶⁴. Przeciwnicy tego poglądu stoją natomiast na stanowisku, że przesłanki nieważności zamieszczone w ust. 2 stanowią uzupełnienie ust. 1.⁷⁶⁵ Posługując się wykładnią językową, przyznać rację należy zwolennikom drugiego poglądu. Zgodnie bowiem z § 59 ust. 2 zd. 1 umowa w rozumieniu § 54 zd. 2 jest nieważna także wtedy, gdy spełniona zostanie jedna z wymienionych w pkt 1-4 przesłanek. Sformułowanie „także wtedy” (niem. *ferner*) użyte w takim kontekście nie pozostawia wątpliwości co do tego, że oprócz przesłanek wymienionych w ust. 1 ww. przepisu również i przesłanki z ust. 2 skutkują nieważnością umowy subordynacyjnej⁷⁶⁶. Słusznie zatem stwierdza E. Gurlit, rozpatrując przesłanki nieważności umów administracyjnych, że umowa subordynacyjna podlega surowszym obostrzeniom prawnym w porównaniu z aktem administracyjnym czy umową koordynacyjną⁷⁶⁷.

Ustawodawca wskazał, że umowa subordynacyjna skutkuje nieważnością, gdy:

1. akt administracyjny o podobnej treści byłby nieważny;
2. akt administracyjny o podobnej treści byłby niezgodny z prawem nie tylko z powodu błędu proceduralnego lub błędu co do formy w rozumieniu § 46, co było wiadome stronom umowy;
3. nie zaistniały przesłanki do zawarcia umowy ugody, a akt administracyjny o podobnej treści byłby niezgodny z prawem nie tylko z powodu błędu proceduralnego lub błędu co do formy w rozumieniu § 46;
4. organ pozwala na złożenie obietnicy świadczenia, które jest niedopuszczalne w myśl § 56.

Jak wynika z pierwszej przesłanki, nieważność umowy subordynacyjnej została wprost powiązana z nieważnością aktu administracyjnego, co reguluje § 44 VwVfG. Zabieg ten pokazuje, że ustawodawca traktuje akt administracyjny i umowę administracyjną jako równorzędne formy działania administracji publicznej, w związku z czym przesłanki nieważności aktu administracyjnego dotyczą w równym stopniu umów

⁷⁶⁴ Tamże, s. 89.

⁷⁶⁵ C. Tegethoff, *Kommentar zu § 59 VwVfG...*, dz. cyt., s. 1470.

⁷⁶⁶ E. Gurlit, *Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 409.

⁷⁶⁷ Tamże.

administracyjnych. W treści § 44 VwVfG ustawodawca zawarł 7 przesłanek nieważności aktu administracyjnego.

W myśl ust. 1 ww. przepisu akt administracyjny jest nieważny, jeżeli jest obarczony szczególnie poważnym błędem i jeżeli jest to oczywiste przy rozsądnej ocenie wszystkich rozważanych okoliczności. Błąd ten może dotyczyć zarówno zobowiązania organu administracji publicznej, jak i partnera zawierającego umowę. Co ważne, błąd musi mieć charakter kwalifikowany. Jak wyjaśnia M. Werner, błąd tego rodzaju skutkuje absolutną niezgodnością czynności prawnej z porządkiem prawnym⁷⁶⁸. Przykładowo w sytuacji, gdy umowa zostanie zawarta przez pracownika organu, który sam jest stroną postępowania (§ 20 ust. 1 zd. 1 pkt 1 VwVfG), nieważność umowy wynikać będzie z § 59 ust.1 VwVfG w związku z § 181 BGB, który stanowi, że przedstawiciel nie może, w przypadku braku odmiennego zezwolenia, zawrzeć w imieniu reprezentowanego czynności prawnej z samym sobą w imieniu własnym lub jako przedstawiciel osoby trzeciej, chyba że czynność prawna polega wyłącznie na wykonaniu zobowiązania. Istotnym błędem jest także naruszenie przepisów dotyczących właściwości rzeczowej i miejscowej organów⁷⁶⁹.

W § 44 ust 2 VwVfG sprecyzowane zostały przesłanki nieważności aktu administracyjnego bez względu na ziszczenie się przesłanki z ust. 1 przytoczonego przepisu. Akt administracyjny jest więc nieważny, gdy:

1. został wydany w formie pisemnej lub elektronicznej, ale nie wskazuje organu wydającego;
2. zgodnie z przepisem prawa może być wydany wyłącznie przez wręczenie dokumentu, ale forma ta doznaje naruszenia;
3. organ wydał go z naruszeniem swojej właściwości, o której mowa w § 3 ust. 1 pkt 1, nie będąc do tego upoważnionym;
4. nie można go wykonać z przyczyn faktycznych;
5. wymaga popełnienia czynu zabronionego, stanowiącego przestępstwo lub wykroczenie zagrożone karą grzywny;
6. jest sprzeczny z dobrymi obyczajami.

Punkty 1-3 z przywołanego wyżej przepisu regulującego nieważność aktów administracyjnych nie mają właściwie większego znaczenia w przypadku umów

⁷⁶⁸ M. Werner, *Allgemeine Fehlerfolgenlehre...*, dz. cyt., s. 93.

⁷⁶⁹ Tamże, s. 94.

administracyjnych. Biorąc pod uwagę treść § 57 VwVfG, zawierającego wymóg zawarcia umowy w formie pisemnej, o ile przepisy nie wymagają innej formy, trudno sobie wyobrazić, aby w takiej sytuacji zabrakło nazwy organu.

Wydanie aktu poprzez jego wręczenie odnosi się do powołania urzędnika lub nadania obywatelstwa. W przypadku tych czynności prawnych istnieje zakaz stosowania umowy administracyjnej⁷⁷⁰.

Biorąc z kolei pod uwagę fakt, że jednostka aktywnie uczestniczy w kształtowaniu treści zawieranej z organem umowy, nie wydaje się prawdopodobne, by zgodziła się podpisać umowę, której z przyczyn faktycznych nie można wykonać (niem. *tatsächliche objektive Unmöglichkeit*). Dokładniejszego wyjaśnienia wymaga pojęcie „faktyczna obiektywna niemożność spełnienia świadczenia”. Swoim zakresem znaczeniowym obejmuje ono bowiem zarówno takie sytuacje, gdy świadczenie jest niemożliwe ze względu na obecny stan rozwoju techniki, wiedzy itp., jak również i te sytuacje, gdy co prawda obecny stan rozwoju wiedzy i techniki umożliwiają spełnienie umownego świadczenia, jednak wiązałoby się to z tak wysokimi nakładami lub dużymi trudnościami, że po dokonaniu rozsądnej oceny nikt nie podjąłby się realizacji takiego świadczenia⁷⁷¹. Jak podkreśla U. Ramsauer, niemożność spełnienia świadczenia nie musi być oczywista, co oznacza, że może ona mieć charakter następczy, a więc dopiero w chwili podjęcia próby spełnienia świadczenia może okazać się, że obiektywnie patrząc nie możliwe ono zostać zrealizowane.

Od faktycznej obiektywnej niemożności spełnienia świadczenia odróżnić należy niemożność prawną oraz niemożność subiektywną spełnienia świadczenia, które co do zasady nie skutkują nieważnością czynności prawnej⁷⁷².

Zgodnie z § 59 ust. 2 pkt 2 VwVfG umowa subordynacyjna skutkuje nieważnością, gdy akt administracyjny o podobnej treści byłby niezgodny z prawem nie tylko z powodu błędu proceduralnego lub błędu co do formy w rozumieniu § 46, o czym strony wiedziały. Niewątpliwie celem tej regulacji jest przeciwdziałanie próbom obejścia prawa, które mogłyby być podejmowane przez organ administracji w porozumieniu z

⁷⁷⁰ Tamże.

⁷⁷¹ U. Ramsauer, *Kommentar zu § 59 VwVfG...*, dz. cyt., s. 1105.

⁷⁷² Tamże, s. 1105 i n.

obywatelem⁷⁷³. Słusznie jednak zwraca uwagę V. Schlette, iż znaczenie tego przepisu w praktyce jest niewielkie, co wynika z przynajmniej dwóch powodów.

Po pierwsze, ze względu na rozległość i stopień skomplikowania przepisów prawa administracyjnego przeciętny obywatel nie jest w stanie zapanować samodzielnie nad materią prawa administracyjnego, zwłaszcza gdy chodzi o szczegółowe rozwiązania. O ile zatem można zarzucić osobie nieposiadającej wykształcenia prawniczego niedbałość w procesie zawierania umowy ze względu na brak wiedzy w zakresie niezgodności z prawem aktu administracyjnego, o tyle trudne jest udowodnienie świadomego działania zmierzającego do naruszenia prawa⁷⁷⁴.

Po drugie podkreślić należy, że świadomość naruszenia prawa przejawiającą się niezgodnością z prawem aktu administracyjnego posiadać muszą strony umowy. Opierając się na językowej wykładni tego przepisu, uznać należy, że wszystkie strony zawierające umowę powinny wiedzieć o błędzie skutkującym nieważnością aktu administracyjnego (którego następstwem byłaby nieważność umowy administracyjnej). Oznacza to, że strony muszą działać z zamiarem bezpośrednim (*dolus directus*) obejścia prawa, chociaż w doktrynie proponowana jest wykładnia rozszerzająca przesłanki zamiaru, w myśl której regulacja zawarta w § 59 ust. 2 pkt 2 VwVfG powinna obejmować również działania podejmowane z zamiarem ewentualnym (*dolus eventualis*)⁷⁷⁵.

W literaturze przedmiotu wskazywano na wadliwą konstrukcję § 59 ust. 2 pkt 2 VwVfG i proponowano korektę tego przepisu, która zakładała, że do uznania umowy administracyjnej jako nieważnej powinna wystarczać świadomość przynajmniej jednej ze stron co do sprzeczności z prawem zawieranej umowy. Propozycje te jednak nie zostały uwzględnione przez ustawodawcę⁷⁷⁶.

Zdecydowanie lepiej oceniane są kolejne rozwiązania, zawarte w § 59 ust. 2 pkt 3 i 4 VwVfG. Dotyczą one nieważności umowy ugody i umowy wymiany. W myśl § 59 ust. 2 pkt 3 VwVfG nieważna jest umowa subordynacyjna, jeżeli nie istniały przesłanki do zawarcia umowy ugody, a akt administracyjny o podobnej treści byłby niezgodny z prawem nie tylko z powodu błędu proceduralnego lub błędu co do formy w rozumieniu § 46. Nie ma w doktrynie zgody co do interpretacji pojęcia „przesłanki do zawarcia

⁷⁷³ A. Kubiak, *Koncepcja...*, dz. cyt., s. 54.

⁷⁷⁴ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 547; Ch. Schimpf, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag...*, dz. cyt., s. 273.

⁷⁷⁵ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 547, przypis nr 64.

⁷⁷⁶ Tamże, s. 548.

umowy ugody”. Wątpliwości budzi bowiem kwestia, czy pod pojęciem tym należy rozumieć wszystkie przesłanki wymienione w § 55 VwVfG, których spełnienie umożliwia zawarcie umowy ugody, czy też odnosi się ono jedynie do wybranych przesłanek (a więc do niepewności co do sytuacji faktycznej lub prawnej, działania w oparciu o słuszne uznanie, celowości zawarcia takiej umowy, konieczności wzajemnych ustępstw)⁷⁷⁷. Biorąc pod uwagę fakt, że umowa ugody wiąże się z wysokim niebezpieczeństwem nadużycia prawa, przekonujący jest pogląd V. Schlette, zgodnie z którym pod pojęciem „przesłanki do zawarcia ugody” rozumieć należy wszystkie przesłanki uprawniające do zawarcia umowy ugody, tym bardziej że pozostają one ze sobą w ścisłym związku⁷⁷⁸. Także językowa wykładnia tego sformułowania bezsprzecznie prowadzi do wniosku, iż ustawodawca miał na myśli przesłanki w liczbie mnogiej, a nie jedną z nich. W przeciwnym razie, gdyby chodziło tylko o jedną, konkretną przesłankę, wówczas musiałaby ona zostać skonkretyzowana w treści § 59 ust. 2 pkt 3 VwVfG.

Jak już wcześniej wspomniano, § 59 ust. 2 pkt 4 VwVfG dotyczy nieważności umowy wymiany. Zgodnie z jego treścią umowa taka jest nieważna, gdy organ pozwala sobie na obietnicę świadczenia wzajemnego, które jest niedopuszczalne zgodnie z § 56 VwVfG. Regulacja ta ma zatem na celu przede wszystkim ochronę obywatela przed żądaniami administracji, które nie pozostawałyby w związku rzeczowym z otrzymanym od organu świadczeniem (niem. *Verbot sachwidriger Koppelung* – zakaz sprzęgania świadczeń nie pozostających ze sobą w związku rzeczowym) oraz naruszałyby zasadę proporcjonalności⁷⁷⁹. Z tego względu W. Bosse postulował, by w przypadku umów wymiany warunkiem ich zgodności z prawem był bezpośredni związek rzeczowy zachodzący między świadczeniem i świadczeniem wzajemnym⁷⁸⁰. Ponadto omawiany przepis ma również przeciwdziałać zjawisku określanemu mianem „wyprzedaży

⁷⁷⁷ Literaturę na ten temat wraz z poszczególnymi stanowiskami prezentowanymi w dogmatyce zob. P.-M. Efstratiou, *Die Bestandskraft...*, dz. cyt., s. 245, przypis nr 272.

⁷⁷⁸ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 548; W. von Rintelen, *Der verwaltungsrechtliche Vergleichsvertrag: Inhalt, Zweck und Grenzen des Vergleichsvertrages als eigenständiges Rechtsinstitut moderner Verwaltung*. Berlin 2003, s. 163, cyt. za: M. Werner, *Allgemeine Fehlerfolgenlehre...*, dz. cyt., s. 96.

⁷⁷⁹ C. Tegethoff, *Kommentar zu § 59 VwVfG...*, dz. cyt., s. 1473.

⁷⁸⁰ W. Bosse, *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 60. Jedynie na marginesie warto wspomnieć, iż przed pozytywnoprawną regulacją umowy administracyjnej w doktrynie pojawiały się poglądy negujące zakaz sprzęgania świadczeń nie pozostających ze sobą w związku rzeczowym, a główny argument był wyprowadzany z zasady równości kontraktujących stron: skoro strony są równe, to ich wzajemne świadczenia nie muszą pozostawać w jakimkolwiek związku rzeczowym (zob. np. J. Salzwedel, *Die Grenzen...*, dz. cyt., s. 49; W. Scheerbarth, *Das allgemeine Bauordnungsrecht*. 2. Auflage. Köln 1966, s. 143).

władztwa administracyjnego” (niem. *Ausverkauf von Hoheitsrechten*) bądź „monetaryzacji świadczeń administracji” (niem. *Monetarisierung von Verwaltungsleistungen*)⁷⁸¹. Nietrudno sobie wyobrazić sytuację, w której urzędnik zgadza się zrealizować określone działanie w zamian za wygórowane świadczenie. § 59 ust. 2 pkt 4 VwVfG stanowił miał barierę uniemożliwiającą stosowanie takich praktyk⁷⁸².

Nie ulega wątpliwości, że ocena tego, czy świadczenie, do którego zobowiązuje się w umowie obywatel, narusza zakaz sprzęgania świadczeń, dokonywana musi być zawsze *in concreto*, w powiązaniu z regulacjami poszczególnych ustaw szczegółowych oraz przyświecającymi im celami. Wyjaśnieniu tego zagadnienia niech posłuży poniższy przykład. Najbardziej typową umową wymiany jest umowa polegająca na zwolnieniu inwestora z obowiązku budowy miejsc parkingowych, w zamian za opłatę umożliwiającą gminie wybudowanie odpowiedniej liczby miejsc parkingowych w niedalekiej odległości od miejsca budowy. W ten sposób cel regulacji, polegający na uniknięciu niebezpieczeństw spowodowanych ruchem drogowym, zostaje osiągnięty. Z punktu widzenia wspomnianego celu nie jest istotne, przez kogo wybudowane zostaną miejsca parkingowe ani czy powstaną one dokładnie koło miejsca budowy. Najważniejsze jest uniknięcie niebezpieczeństw spowodowanych ruchem drogowym, a realizacja opisaney wyżej umowy wymiany w pełni realizuje ustawowy cel⁷⁸³. Przeprowadzenie takiej analizy wymaga konkretnych ram prawnych, dlatego nie jest ona możliwa *in abstracto*.

Regulacja zawarta w § 59 ust. 2 pkt 4 VwVfG stoi w opozycji do jednej z zasad funkcjonujących na gruncie prawa umów, zgodnie z którą chcącemu nie dzieje się krzywda (łac. *volenti non fit iniuria*). Zgoda obywatela na realizację świadczenia, którego organ nie ma prawa wymagać, nie stanowi podstawy do uzdrowienia umowy. Wola podmiotu administrowanego w takiej sytuacji jest bez znaczenia, ponieważ to charakter obiecanego świadczenia stanowi przesłankę skutkującą nieważnością umowy⁷⁸⁴.

Co ciekawe, realizacja przesłanki nieważności z § 59 ust. 2 pkt 4 VwVfG nie jest w żaden sposób powiązana z naruszeniem przepisów prawa. Słusznie bowiem wskazuje M. Werner, że w omawianym przypadku nie znajdzie zastosowania § 134 BGB,

⁷⁸¹ C. Tegethoff, *Kommentar zu § 59 VwVfG...*, dz. cyt., s. 1473; M. Wienbracke, *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 4. Auflage. Heidelberg 2015, s. 69.

⁷⁸² T. Spitzlei, *Nichtiges Verwaltungshandeln...*, dz. cyt., s. 288; W. Spannowsky, *Grenzen...*, dz. cyt., s. 341.

⁷⁸³ M. Werner, *Allgemeine Fehlerfolgenlehre...*, dz. cyt., s. 97 i n.

⁷⁸⁴ Tamże, s. 98.

ponieważ świadczenie obywatela polegające na zapłacie określonej kwoty nie stanowi naruszenia zakazu ustawowego. Decydujące znaczenie ma natomiast związek kwoty z celem określonej ustawy szczegółowej (który powinien mieć co najmniej charakter pośredni)⁷⁸⁵.

W doktrynie wskazuje się, że wbrew brzmieniu § 59 ust. 2 pkt 4 VwVfG regulacja ta, na podstawie wykładni rozszerzającej, zawiera więcej przesłanek nieważności umowy wymiany, niż tylko niedopuszczalne świadczenie. Po pierwsze (o czym już wspomniano), świadczenie obywatela musi być związane z określonym celem, przy czym sam cel nie musi być w tekście umowy sprecyzowany – wystarczy, jeśli cel taki będzie mógł zostać wyinterpretowany z treści umowy. W doktrynie podnosi się, że cel ten powinien uzasadniać wewnętrzny związek świadczeń ze strony obywatela i organu administracji publicznej. Po drugie, świadczenie ma służyć realizacji zadań o charakterze publicznym. Zadania te powinny być realizowane przez organ zawierający umowę. Po trzecie, zachowana musi być zasada adekwatności świadczeń, która uwzględniać powinna zarówno kontekst ekonomiczny, jak i okoliczności zawierania umowy. *De lege lata* § 56 chroni obywatela, dlatego to świadczenie administracji powinno być proporcjonalne do świadczenia obywatela. Jednak podnoszone są głosy, że w sposób analogiczny traktować należy relację świadczenia obywatela do świadczenia administracji – również w tym wypadku świadczenia te powinny być mniej więcej ekwiwalentne⁷⁸⁶. Uwaga ta stanowi jednak postulat *de lege ferenda*.

Oprócz sankcji w postaci całkowitej nieważności umowy niemiecki ustawodawca w § 59 ust. 3 VwVfG przewidział również częściową nieważność umowy (niem. *Teilnichtigkeit des Vertrags*). Zgodnie z brzmieniem przywołanego przepisu, jeżeli nieważność dotyczy tylko części umowy, jest ona nieważna w całości, jeżeli nie można założyć, że zostałaby zawarta nawet bez części dotkniętej nieważnością. O tym, czy umowa zostałaby zawarta, jeśli nie zawierałaby części dotkniętej nieważności, decyduje domniemana wola stron, która wynikać może „z oczywistego celu umowy, z ogólnego kontekstu przyjętej regulacji, jak również z oceny wszystkich okoliczności towarzyszących zawarciu umowy”. Jak podkreśla C. Tegethoff, zgodnie z *communis opinio* w treści umowy administracyjnej możliwe jest zawarcie klauzul salwatoryjnych, dzięki którym na wypadek nieważności jednej części umowy jej pozostała część nie

⁷⁸⁵ Tamże.

⁷⁸⁶ T. Spitzlei, *Nichtiges Verwaltungshandeln...*, dz. cyt., s. 289-292.

zostaje dotknięta sankcją nieważności. Innym celem klauzuli salwatoryjnej może być zastąpienie nieważnych postanowień umownych postanowieniami dozwolonymi, na drodze dopasowania treści umowy w taki sposób, by nowe postanowienia jak najpełniej służyły realizacji celu postanowienia nieważnego⁷⁸⁷. Ponadto w celu uchronienia przed nieważnością części umowy można również zastosować klauzulę rezerwową (subsydiarną klauzulę generalną) (niem. *Auffangklausel*), „która na wypadek nieważności poszczególnych postanowień lub całej umowy przewiduje określone rozwiązanie zastępcze”⁷⁸⁸.

Wskazać również należy, że podejmowane są próby nowelizacji § 59 VwVfG, których celem jest złagodzenie skutku nieważności w przypadku naruszenia przez kontraktujące strony zakazu sprzęgania oraz zakazu adekwatności. Wysuwane są propozycje uzupełnienia § 59 o ust. 4, który umożliwić powinien dopasowanie umowy do nowych okoliczności, tak jak przewiduje to § 60 ust. 1 VwVfG⁷⁸⁹.

3.7. Prace nad nowelizacją § 54 VwVfG

3.7.1. *Public Private Partnership* jako postulowana forma realizacji zadań publicznych

Prace nad nowelizacją § 54 VwVfG, których celem jest instytucjonalizacja umowy kooperacyjnej, trwają w Niemczech od dłuższego czasu. Zanim omówiona zostanie istota i cel tych dążeń, przybliżona zostanie idea współpracy między podmiotami publicznymi i prywatnymi, która nie daje zamknąć się tak łatwo w tradycyjną formę umowy administracyjnej⁷⁹⁰.

Angażowanie prywatnych podmiotów gospodarczych w proces realizacji zadań publicznych wydaje się obecnie zjawiskiem powszechnym⁷⁹¹. Pionierem instytucjonalizacji współpracy między podmiotami publicznymi i prywatnymi były pod koniec II Wojny Światowej Stany Zjednoczone, natomiast w latach 70-tych minionego wieku pomysł ten implementowała również Wielka Brytania, gdzie rozwinięta została

⁷⁸⁷ C. Tegethoff, *Kommentar zu § 59 VwVfG...*, dz. cyt., s. 1474.

⁷⁸⁸ Tamże.

⁷⁸⁹ Tamże, s. 1461; C. Tegethoff, *Kommentar zu § 56 VwVfG...*, dz. cyt., s. 1441 i n.; H.J. Bonk, *Fortentwicklung...*, dz. cyt., s. 149.

⁷⁹⁰ Zob. H. Schmitz, *Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrensgesetzes: Konkrete Gesetzgebungspläne und weitere Perspektiven*, (w:) W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann (red.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*. Baden-Baden 2002, s. 140.

⁷⁹¹ T. Krumm, K. Mause, *Public-Private Partnerships als Gegenstand der (Politik-)Wissenschaft*. „Politische Vierteljahresschrift”, nr 50/2009, s. 106.

idea *Private Finance Initiative* (PFI, niem. *Öffentlich-Private Finanzierungs-Initiativen*, w skrócie: ÖPFI)⁷⁹². Koncepcja ta była także z powodzeniem realizowana w innych państwach europejskich, m.in. w Holandii, Danii, Szwecji, Francji, Portugalii oraz Grecji⁷⁹³. Ideę tę wcielono również w życie w Japonii i Korei⁷⁹⁴. W literaturze przedmiotu podaje się, że główną determinantą rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego był brak środków budżetowych na realizację zadań publicznych⁷⁹⁵. Nie jest to jednak jedyny powód. Warto w tym miejscu przypomnieć spostrzeżenie poczynione przez H. Mühlenkampa, odnoszące się do polityczno-administracyjnej motywacji w zakresie realizacji partnerstwa publiczno-prywatnego. Otóż zdaniem tego autora to nie chęć zaoszczędzenia środków budżetowych w trakcie realizacji zadań publicznych stanowi pierwszoplanową motywację do podejmowania tego typu inicjatyw, lecz maksymalizacja wyniku wyborczego. „Należy wyjść z założenia, że inwestycje w infrastrukturę lub oddanie do dyspozycji innych usług publicznych zagwarantują głosy wyborców. Restrykcje budżetowe, które wynikają przykładowo z ograniczenia zadłużenia, stoją na przeszkodzie interesom polityków dotyczących ich wyboru lub ponownego wyboru. Z tej perspektywy przydatne są instrumenty, za pomocą których można obejść ograniczenia budżetowe. Jednym z tych instrumentów (...) jest partnerstwo publiczno-prywatne”⁷⁹⁶. Warto zatem w przypadku analiz dotyczących partnerstwa publiczno-prywatnego mieć na uwadze fakt, że system gospodarczy i system polityczny kierują się odmienną racjonalnością (lub nawiązując do języka ekonomii instytucjonalnej – rządzą nimi inne logiki): w przypadku pierwszego liczy się maksymalizacja zysku (a być może także

⁷⁹² H.J. Bonk, *Fortentwicklung...*, dz. cyt., s. 143. Na temat założeń PFI zob. M. Załączna, *Zastosowanie Private Finance Initiative na rynku mieszkaniowym w Wielkiej Brytanii a możliwość wykorzystania tego instrumentu w Polsce*. „Studia Ekonomiczne”, nr 155/2013, s. 49-50.

⁷⁹³ H. Mühlenkamp, *Ökonomische Analyse von Public Private Partnerships (PPP) – PPP als Instrument zur Steigerung der Effizienz der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben oder als Weg zur Umgehung von Budgetbeschränkungen?* (w:) J. Ziekow (red.), *Wandel der Staatlichkeit und wieder zurück? Die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Public Private Partnership) in/nach der Weltwirtschaftskrise*. Baden-Baden 2011, s. 68.

⁷⁹⁴ S.-S. Kim, *Public Private Partnership als neue Form der Erfüllung staatlicher Aufgaben? Unter besonderer Berücksichtigung des koreanischen Gesetzes über Private Finanzierungsinitiativen (KPFIG)*, (w:) J. H. Seok, J. Ziekow (red.), *Die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Vorträge auf dem koreanisch-deutschen Symposium zum Verwaltungsrechtsvergleich vom 13. bis 15. September 2007 am Deutschen Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung Speyer*. Berlin 2008, s. 38.

⁷⁹⁵ H.J. Bonk, *Fortentwicklung...*, dz. cyt., s. 143.

⁷⁹⁶ Tamże, s. 68 i n. Por. S. Alwasiak i in., *Interes publiczny a interesy grupowe w polskim ustawodawstwie*. „Ekonomista”, nr 3/2014, s. 354. Chociaż kwestia ta wydaje się interesująca pod względem badawczym, stanowi ona przedmiot dociekań natury politologiczno-ekonomicznej, dlatego też została ona jedynie zasygnalizowana i nie będzie zgłębianą w dalszej części pracy.

realizacja idei społecznej odpowiedzialności biznesu), natomiast w przypadku drugiego chodzi o maksymalizację poparcia wyborczego.

Rozwój instytucji partnerstwa publiczno-prywatnego uwarunkowany jest szeregiem czynników, które można podzielić na czynniki endogeniczne oraz egzogeniczne. Do pierwszej grupy należą⁷⁹⁷:

- prawo własności,
- relacje pomiędzy stronami kontraktu (relacja pryncypał-agent)⁷⁹⁸,
- koszty transakcyjne,
- gospodarność,
- transparentność i partycypacja.

Wśród czynników egzogenicznych wymieniane są⁷⁹⁹:

- paradygmat polityczny, który warunkuje sposób postrzegania relacji zachodzących pomiędzy gospodarką i państwem, polityką bądź społeczeństwem,
- ekonomizacja sektora publicznego,
- problemy finansowe występujące w sektorze publicznym,
- zaangażowanie społeczne,
- możliwość inwestowania przez kapitał prywatny,
- poszukiwanie nowych zleceń przez kapitał prywatny,
- prawne i polityczne warunki ramowe.

W niemieckiej doktrynie prawa administracyjnego wskazuje się, że w państwie kooperującym partnerstwo publiczno-prywatne (określane również mianem administracyjnoprawnych stosunków kooperacyjnych⁸⁰⁰) odgrywa szczególnie ważną rolę ze względu na wynikający z tej formy współpracy podział odpowiedzialności (niem. *Verantwortungsteilung*) między sektorem publicznym i sektorem prywatnym⁸⁰¹. Podział

⁷⁹⁷ G. Ambrosius, *Die Entwicklung...*, dz. cyt., s. 333-339.

⁷⁹⁸ Czynnik ten nawiązuje do teorii agencji, jednego z filarów nurtu instytucjonalnego w badaniach ekonomicznych (więcej na temat teorii agencji oraz problemów, jakie mogą na jej gruncie występować między stronami kontraktu zob. I. Szwedziak-Bork, *Zastosowania teorii agencji w zarządzaniu*, (w:) K. Klincewicz (red.), *Zarządzanie, organizacje i organizowanie – przegląd perspektyw teoretycznych*. Warszawa 2016, s. 254-257).

⁷⁹⁹ G. Ambrosius, *Die Entwicklung...*, dz. cyt., s. 326-333.

⁸⁰⁰ J. Ziekow, *Verwaltungskooperationsrecht...*, dz. cyt., s. 1.

⁸⁰¹ Zamiast wielu zob. A. Voßkuhle, *Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung*. „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, nr 62/2003, s. 268, przypis nr 1 (<https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110922806/html>, 28.09.2022). Na płaszczyźnie leksykalnej z pojęciem „podział odpowiedzialności” polemizuje R. Pitschas, postulując zastąpienie go pojęciem „partnerska współodpowiedzialność” (niem. *Verantwortungspartnerschaft, Verantwortungskooperation*) (R. Pitschas, *Verantwortungskooperation zwischen Staat und Bürgergesellschaft. Vom hierarchischen zum partnerschaftlichen Rechtsstaat am*

odpowiedzialności rozumiany jest jako „zmiana formy wykonywania władztwa państwowego”⁸⁰², która polega na osiągnięciu efektu synergii dzięki współpracy (kooperacji) sektora publicznego z sektorem prywatnym⁸⁰³. Kooperacja taka jest niezbędna, ponieważ wielu zadaniom (ze względu na wysoki stopień ich złożoności) ani samo państwo, ani sam sektor prywatny nie są w stanie sprostać, natomiast z perspektywy instytucjonalnoekonomicznej w przypadku rezygnacji z rozwiązań o podłożu kooperacyjnym dostrzegalny jest wzrost kosztów transakcyjnych po stronie przedstawicieli każdego z sektorów (tj. państwowego i prywatnego)⁸⁰⁴.

Mówiąc o podziale odpowiedzialności należy mieć na uwadze dwa komponenty: podział pracy między podmioty realizujące zadania publiczne oraz organizację procesu kooperacji umożliwiającą realizację dokonanego podziału pracy. Tym samym podział odpowiedzialności postrzegać należy jako zjawisko dynamiczne, podlegające ciągłej koordynacji, uwzględniającej różne motywy działania poszczególnych podmiotów zaangażowanych w proces realizacji zadania publicznego⁸⁰⁵. Przedstawiciele każdego z sektorów dążą bowiem do realizacji specyficznych interesów. W przypadku sektora publicznego interesem tym jest (najogólniej mówiąc, bez rozpatrywania celów ukrytych) realizacja zadania publicznego przez administrację publiczną, natomiast realizacja interesu w przypadku sektora prywatnego polega na osiągnięciu zysku⁸⁰⁶. Ze względu na odmienną racjonalność działania (niem. *Handlungsrationalität*) organa administracji publicznej i podmiot prywatny napotykają w procesie kooperacji na inne szanse i zagrożenia (zob. tab. nr 7).

Beispiel des Risikoverwaltungsrechts, (w:) K.-P. Sommermann, J. Ziekow (red.), *Perspektiven der Verwaltungsforschung. Beiträge zur Wissenschaftlichen Arbeitstagung aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung vom 8. bis 10. Oktober 2001 in Speyer*. Berlin 2002, dz. cyt., s. 238 i n.).

⁸⁰² J. Ziekow, *Verankerung...*, dz. cyt., s. 27.

⁸⁰³ J. Ziekow, *Verwaltungskooperationsrecht...*, dz. cyt., s. 1; tenże, *Public Private Partnership und Verwaltungsverfahrenrecht*, (w:) K.-P. Sommermann, J. Ziekow (red.), *Perspektiven...*, dz. cyt., s. 269 i n.

⁸⁰⁴ D. Badäus, *Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Public Private Partnership (PPP) bei gewandeltem Funktions- und Rollenverständnis von Staat und Verwaltungen - Innovative Formen der Kooperation zwischen privatem und öffentlichem Sektor*, (w:) H.-J. Bullinger, S. Hermann (red.), *Wettbewerbsfaktor Kreativität. Strategien, Konzepte und Werkzeuge zur Steigerung der Dienstleistungsperformance*. Wiesbaden 2000, s. 191; F. Shirvani, *Das Kooperationsprinzip...*, dz. cyt., s. 145 i n. Przykładową analizę działań podjętych w Berlinie w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego zob. H. Häußermann, *Die Privatisierung der Stadt*, (w:) E. Schröter (red.), *Empirische Policy- und Verwaltungsforschung...*, dz. cyt., s. 43-47.

⁸⁰⁵ J. Ziekow, *Verwaltungskooperationsrecht...*, dz. cyt., s. 4.

⁸⁰⁶ J. Ziekow, *Verankerung...*, dz. cyt., s. 30.

**Tab. nr 6. Szanse i zagrożenia w procesie kooperacji
z punktu widzenia administracji i podmiotu prywatnego**

	Administracja		Podmiot prywatny		Wymagania dotyczące projektu
	Szanse	zagrożenia	szanse	Zagrożenia	
Finanse	Pomoc finansowa		Przejęcie / Zysk / Pomoc finansowa		Wyrównanie rynkowe
Informacja / know how	Wykorzystanie prywatnych zasobów	Asymetria informacji	Wykorzystanie zasobów administracji	Podporządkowanie informacyjne	Porozumienie dotyczące zarządzania informacjami
Zakres działań	Pomoc organizacyjna	Utrata własnej zdolności do kierowania	Wpływ na wyniki	Brak autonomii działania	Zapewnienie efektywnej struktury / Ochrona kontraktowa lub wykluczenie możliwości wpływu
Sektorowa racjonalność	Wykorzystanie podejścia do zysku i efektywności charakt. dla sektora prywatnego	Redukcja mechanizmów kontroli demokratycznej	Dostęp do specyficznych możliwości działania administracji	Forsowanie interesu publicznego / Brak możliwości wykonania kosztorysu	Otwarta ocena interesów / Porozumienie dotyczące pogodzenia interesów

Źródło: J. Ziekow, *Public Private Partnership...*, dz. cyt., s. 278.

W przeciwieństwie do prywatyzacji zadań publicznych, która sprowadza się do całkowitego lub częściowego przeniesienia odpowiedzialności za wykonanie zadania publicznego na podmiot prywatny⁸⁰⁷, w przypadku partnerstwa publiczno-prywatnego

⁸⁰⁷ Tamże. Warto w tym miejscu dokonać rozróżnienia na prywatyzację organizacyjną, funkcjonalną oraz materialną. Jak wyjaśnia D. Styczyński, „w ramach prywatyzacji organizacyjnej zadania publiczne są realizowane przez państwo, jednak przy wykorzystaniu form prawa prywatnego. (...) podmiot publiczny tworzy jednostkę działającą w formie prawa prywatnego w celu realizacji zadania publicznego. Prywatyzacja funkcjonalna polega natomiast na tym, że określone zadania publiczne zostają powierzone podmiotowi w pełni prywatnemu, nie tracąc charakteru publicznego, a przy tym są przez podmiot prywatny wykonywane pod daleko idącym nadzorem władz publicznych. W takim wypadku na podmiotach publicznych nadal spoczywa odpowiedzialność za należyte wykonanie takiego zadania. Odpowiedzialność ta nie obejmuje już czynności wykonawczo-realizacyjnych, lecz przyjmuje postać odpowiedzialności kierowniczej i nadzorczej”. Natomiast prywatyzacja materialna wiąże się z „przekazaniem zadań publicznych wraz z przeniesieniem pełnej odpowiedzialności za ich wykonanie na podmioty niepubliczne. Następuje wówczas przesunięcie zadania do sektora prywatnego, a jednostki publiczne nie mają albo posiadają znikomą bezpośrednią kontrolę nad jego wykonywaniem przed podmiot prywatny” (D. Styczyński, *Umowa o koncesję na roboty budowlane lub usługi jako forma prywatyzacji wykonywania*

współodpowiedzialność za realizację zadania spoczywa cały czas na organie administracji publicznej. Partnerstwo publiczno-prywatne stanowi więc przykład prywatyzacji funkcjonalnej⁸⁰⁸, która może przybierać różnorodne formy. Oscylują one „między modelem zarządcy (prywatny zarządca ponosi ryzyko finansowe i sam występuje w imieniu sektora publicznego), modelem zarządzania (utrzymaniem i konserwacją urządzeń zajmuje się sektor prywatny, na zewnątrz reprezentuje sektor publiczny i ponosi odpowiedzialność za realizację zadań) i modelem doradztwa (sektor publiczny ponosi ryzyko finansowe przy przydzielaniu konkretnych zadań z zakresu doradztwa sektorowi prywatnemu), jak również modelem koncesyjnym (prywatny zarządca świadczy usługę samodzielnie i otrzymuje wynagrodzenie z tego tytułu od osób trzecich, a nie ze środków budżetowych). Te podstawowe modele mogą się zmieniać i być ze sobą łączone”⁸⁰⁹. Ze względu na współodpowiedzialność organu administracji za realizację zadania publicznego połączoną z elementem partnerstwa w dyskursie niemieckim partnerstwo publiczno-prywatne określane jest również jako kooperacja (współpraca) administracji (niem. *Verwaltungskooperation*)⁸¹⁰.

Mówiąc o partnerstwie publiczno-prywatnym podkreślić należy jego zróżnicowany charakter, który sprawia, że ten rodzaj współpracy wymyka się ramom definicyjnym. Najpełniej istotę tej instytucji oddaje spostrzeżenie G. Manssena, którego zdaniem partnerstwa publiczno-prywatnego nie należy postrzegać jako samoistnej kategorii dogmatycznej, lecz jako kategorię fenomenologiczną⁸¹¹. W podobnym tonie wypowiada się G.F. Schuppert, postrzegający partnerstwo publiczno-prywatne jako „praktyczny szyfr obejmujący zróżnicowane formy działań kooperacyjnych podejmowanych przez administrację publiczną i aktorów spoza administracji

zadań publicznych. „Studia Prawnoustrojowe”, nr 35/2017, s. 121 i n.; por. J. Hengstschläger, *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*. „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, nr 54/1995, s. 170, <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110875096.165/pdf>, 26.09.2022). Zaznaczyć należy, że prywatyzacja materialna może mieć miejsce w pełni tylko w przypadku dobrowolnych zadań gminy (M.-E. Geis, *Prywatyzacja zadań publicznych (partnerstwo publiczno-prywatne) w Niemczech*, (w:) B. Dolnicki (red.), *Sposoby realizacji zadań publicznych*. Warszawa 2017, s. 271).

⁸⁰⁸ H. Bauer, *Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei Public Private Partnership*. „Die Öffentliche Verwaltung”, nr 3/1998, s. 90.

⁸⁰⁹ M.-E. Geis, *Prywatyzacja...*, dz. cyt., s. 269 i n.

⁸¹⁰ J. Ziekow, *Verankerung...*, dz. cyt., s. 31. Z zagadnieniem kooperacji administracji wiąże się również kwestia rozwoju w Niemczech prawa administracyjnego prywatnego (niem. *Verwaltungskooperationsrecht, Privatverwaltungsrecht*). Autorstwo tego pojęcia przypisuje się E. Schmidtowi-Aßmannowi (A. Voßkuhle, *Beteiligung...*, dz. cyt., s. 269, przypis nr 4). Więcej na temat pojęcia „prawo administracyjne prywatne” zob. W. Małecki, *Prawo administracyjne prywatne. Propozycja nowego terminu w siatce pojęciowej polskiego prawa administracyjnego*. „Przegląd Prawa i Administracji”, nr 114/2018, s. 151-153.

⁸¹¹ G. Manssen, *Public-private-Partnership...*, dz. cyt., s. 102 i n.

publicznej”⁸¹². O trafności tych spostrzeżeń świadczy mnogość celów, których realizacji służy idea partnerstwa publiczno-prywatnego. Oprócz realizacji założeń w ramach opisanej wyżej prywatyzacji funkcjonalnej, celem współpracujących podmiotów z sektora prywatnego i publicznego może być wymiana informacji służąca rozwijaniu wspólnych pomysłów i planów (jak np. wspieranie gminy w jej dążeniu do uzyskania statutu korzystnego pod względem ekonomicznym miejsca lokalizacji działalności gospodarczej). W takiej sytuacji organ administracji publicznej i podmiot prywatny dążą do osiągnięcia wspólnego celu, nawet jeśli motywy ich działania są odmienne. Taki rodzaj partnerstwa publiczno-prywatnego określa się mianem współpracy sieciowej (niem. *Netzwerk*)⁸¹³.

Również D. Sack zwraca uwagę na trudności definicyjne, które pojawiają się podczas prób wyjaśnienia terminu „partnerstwo publiczno-prywatne”. Badacz ten wskazuje na rozmaite funkcje, które odgrywać może ten instrument, przez co nie daje się go zredukować do definicji niewymagającej dodatkowych komentarzy. Przyjmując za kryterium podziału kategorię funkcji, D. Sack wyróżnia 4 funkcje partnerstwa publiczno-prywatnego⁸¹⁴:

- funkcję współdecydowania,
- funkcję koprodukcji usług,
- funkcję współfinansowania oraz
- funkcję optymalizacji zarządzania.

Jak widać na przykładzie przedstawionych wyżej różnych celów i funkcji partnerstwa publiczno-prywatnego, ukształtowane ramy prawne dla współpracy podejmowanej na podstawie umowy subordynacyjnej okazały się zbyt wąskie dla realizacji nowych inicjatyw o charakterze publicznoprawnym⁸¹⁵. W przypadku wspólnej realizacji projektów w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego większą rolę aniżeli zapisy umowy odgrywają bowiem „miękkie” czynniki, stanowiące podstawę tzw. umów relacyjnych, które zawierane są wówczas, gdy nie można przewidzieć w umowie zmian

⁸¹² G.F. Schuppert, *Verwaltungscooperationsrecht...*, dz. cyt., s. 5.

⁸¹³ J. Becker, *Rechtsrahmen...*, dz. cyt., s. 304.

⁸¹⁴ D. Sack, *Gratwanderung zwischen Partizipation und Finanzengpässen: Ein Überblick über die deutsche Public Private Partnership-Entwicklung*. „Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen”, nr 26/4/2003, s. 357 i n.

⁸¹⁵ Na temat innych instytucji umożliwiających współpracę publiczno-prywatną zob.: M. Heintzen, *Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung*. „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, nr 62/2003, s. 254-256, (<https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110922806/html>, 28.09.2022); A. Voßkuhle, *Beteiligung...*, dz. cyt., s. 299 i n., w szczególności przypisy nr 137-139.

mogących nastąpić w przyszłości⁸¹⁶. Dzięki partnerskiej współpracy umowę relacyjną można kształtować na bieżąco, w oparciu o wzajemne zaufanie⁸¹⁷. Z tego względu podjęto prace zmierzające do nowelizacji § 54 VwVfG, które skutkować miały instytucjonalizacją umowy nowego typu, odpowiadającej lepiej na wyzwania stawiane przed administracją publiczną⁸¹⁸. Instytucja ta miała także stanowić swoisty pomost między prawem prywatnym i publicznym⁸¹⁹.

Z pola widzenia nie można stracić również daleko idących zmian wymagań, które administracja stawia w ramach umów kooperacyjnych stronie lub stronom umowy, a także ewolucji roli, którą w ramach takiej umowy odgrywa podmiot prywatny, który „ze zleceniobiorcy staje się partnerem, z dostawcy usługi staje się współfinansującym i inwestorem” zaangażowanym w cały cykl życia oferowanej usługi⁸²⁰.

3.7.2. Próby instytucjonalizacji umowy kooperacyjnej

Doświadczenia niemieckie pokazały, że tradycyjna umowa publicznoprawna służąca realizacji partnerstwa publiczno-prywatnego na skutek licznych obwarowań prawnych stała się instytucją, której skuteczność mogła stanowić w sądzie przedmiot długich sporów. W dogmatyce wykształciło się wręcz pojęcie „pułapka nieważności” (niem. *Nichtigkeitsfalle*), odnoszące się do regulacji sankcjonujących instytucję nieważności umów administracyjnych⁸²¹. Zdaniem G. Manssena „Dobremu adwokatowi szybko uda się znaleźć błąd, gdy jego klient nie będzie chciał już być związany umową. Dlatego umowy publicznoprawne „funkcjonują” w Niemczech tam, gdzie strony wiedzą, że nie powinny się kłócić i tego nie robią. Można to zaobserwować przede wszystkim w prawie budowlanym”⁸²². Jak wskazuje w dalszej części tekstu autor, dokonując analizy na przykładzie umów publicznoprawnych zawieranych na gruncie prawa budowlanego, skierowanie sprawy do sądu przez potencjalnego inwestora przeciw gminie może

⁸¹⁶ T. Zelt., *Das „zweite P” –Erfolgsfaktoren für private Partner in Public Private Partnerships*. „Verwaltung und Management”, nr 13/4/2007, s. 198.

⁸¹⁷ Więcej na temat zaufania w relacyjnych mechanizmach koordynacji zob. A. Chrisidu-Budnik, *Struktury heterarchiczne w administracji publicznej*, (w:) J. Korczak (red.), *Administracja publiczna pod rządami prawa. Księga pamiątkowa z okazji 70-lecia urodzin prof. zw. dra hab. Adama Błasia*. Wrocław 2016, s. 52-55 (<https://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/78130/download/>, 1.10.2022).

⁸¹⁸ W. Abromeit, *Vertragsgestaltung bei komplexen Verträgen des Staates mit Privaten*. Berlin 2021, s. 29; H. Schmitz, „Die Verträge sollen sicherer werden” – *Zur Novellierung der Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag*. „Deutsches Verwaltungsblatt”, 1. Januar 2005, s. 17.

⁸¹⁹ W. Abromeit, *Vertragsgestaltung...*, dz. cyt., s. 34.

⁸²⁰ T. Zelt, *Das „zweite P”...*, dz. cyt., s. 197.

⁸²¹ H. Schmitz, „Die Verträge...”, dz. cyt., s. 19.

⁸²² G. Manssen, *Public-private-Partnership...*, dz. cyt., s. 102, 104.

skutkować w przyszłości licznymi trudnościami, takimi jak niepodpisanie kolejnej umowy publicznoprawnej lub nieuzyskanie określonego rodzaju oczekiwanych zwolnień. Słuszna jest pod tym względem konkluzja, że regulacje zawarte w VwVfG nie służą kreowaniu poczucia pewności prawa ze względu na decyzje uznaniowe, które podjąć może gmina na przedpolu zawarcia umowy administracyjnej⁸²³. W związku z powyższym nie dziwi postulat konieczności zmiany prawa w zakresie potencjalnych skutków błędów i skutków nieważności umowy administracyjnej, zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę rosnące znaczenie podmiotów prywatnych współpracujących z organami administracji publicznej w celu realizacji zadań publicznych⁸²⁴. Wcieleniem tego postulatu w życie były prace nad nowym typem umowy publicznoprawnej – umową kooperacyjną.

Istotą umowy kooperacyjnej miała być współpraca organów administracji z podmiotami prywatnymi zmierzająca do rozwoju dobra wspólnego⁸²⁵. W przeciwieństwie do tradycyjnej umowy administracyjnej, której niepodpisanie mogło skutkować skierowaniem do podmiotu prywatnego aktu administracyjnego, umowa kooperacyjna stanowić miała instrument, który nie mógł być substytuowany aktem administracyjnym. Instytucja ta miała być zatem stosowana w sytuacji, gdy administracja publiczna niejako uzależniona była od współpracy z podmiotem prywatnym, a jednocześnie nie mogła tych warunków współpracy jednostronnie określić⁸²⁶. Takie podejście wymagało stworzenia nowych ram prawnych określających m.in. wybór partnera umowy oraz ochronę podmiotów korzystających z usług świadczonych przez podmioty spoza administracji w ramach zawartej umowy kooperacyjnej⁸²⁷. Pierwsze prace nad kształtem umów kooperacyjnych podjęte zostały przez zespół doradczy ds. postępowania administracyjnego, który powołany został w roku 1997 przez ówczesnego ministra spraw wewnętrznych – M. Kanthera. Zadaniem zespołu doradczego było wspieranie dialogu między gospodarką, administracją, adwokaturą i

⁸²³ Tamże.

⁸²⁴ H.J. Bonk, *Fortentwicklung...*, dz. cyt., s. 141.

⁸²⁵ Zdaniem M. Bullingera istotę umowy kooperacyjnej stanowiło takie połączenie interesu podmiotu prywatnego z interesem administracyjnym, które skutkowało ich symbiozą (M. Bullinger, *Leistungsstörungen beim öffentlich-rechtlichen Vertrag. Zur Rechtslage nach den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, „Die Öffentliche Verwaltung”, nr 22/1977, s. 819).

⁸²⁶ T. Gas, *Die gesetzliche Normierung des öffentlich-privaten Kooperationsvertrages. Handlungsbedarf im Gewährleistungsstaat*, „Die Verwaltung”, nr 45/2012, s. 44.

⁸²⁷ E. Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz: Perspektiven der Systembildung*, (w:) W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann (red.), *Verwaltungsverfahren...*, dz. cyt., s. 436.

sądownictwem⁸²⁸. Pomysł ten kontynuowano w ramach programu rządowego *Nowoczesne państwo – nowoczesna administracja* zaproponowanego przez koalicję złożoną z Socjaldemokratycznej Partii Niemiec oraz Niemieckiej Partii Zielonych w roku 2001, a jego celem miało być ukształtowanie prawa umów kooperacyjnych na płaszczyźnie federalnej⁸²⁹. Już wcześniej podobne postulaty zgłaszane były w doktrynie, a ich celem było wskazanie na konieczność utworzenia jednolitych regulacji w zakresie zawierania partnerstwa publiczno-prywatnego, tak aby reżim prawny dla tego instrumentu nie stanowił konglomeratu norm prawnych pochodzących z różnych gałęzi prawa, m.in. z prawa europejskiego, prawa konstytucyjnego, prawa budżetowego, prawa komunalnego oraz prawa cywilnego, lecz by stanowił zwartą regulację prawa administracyjnego⁸³⁰.

Wspomniany zespół doradczy przygotował projekt zmian, który w niewielkim stopniu ingerował w materię VwVfG⁸³¹. Mimo podjętych starań prac tych jeszcze nie sfinalizowano⁸³². Wśród powodów braku nowelizacji § 54 VwVfG wymienia się m.in. zmianę rządu oraz wysoki stopień złożoności regulowanej materii⁸³³. A. Leisner-Egensperger wskazuje, iż kwestia nowelizacji instytucji umowy administracyjnej została zepchnięta na dalszy plan przez inne reformy, „które się lepiej sprzedają w walce wyborczej niż ponowna regulacja tradycyjnej formy działania [administracji – W. J.], której wykorzystanie w praktyce – bez względu na podstawę prawną – wydaje się jakoś funkcjonować”⁸³⁴.

Ponadto w literaturze przedmiotu zwraca się również uwagę na fakt, że „czynnikiem decydującym o udanej współpracy między państwem i sektorem prywatnym w przypadku złożonych projektów są każdorazowo okoliczności indywidualnego przedsięwzięcia, które łatwiej można sprecyzować na podstawie umowy regulującej

⁸²⁸ H. Schmitz, *Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrenrechts im schlanken Staat*, s. 11 (<http://schmitz-www.de/SiteH1.data/Komponenten/vwvfg1998.pdf>, 3.10.2022).

⁸²⁹ W. Abromeit, *Vertragsgestaltung...*, dz. cyt., s. 5.

⁸³⁰ H. Bauer, *Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte...*, dz. cyt., s. 92; J. Becker, *Rechtsrahmen...*, dz. cyt., s. 303-308; M. Reicherzer, *Reform des öffentlich-rechtlichen Vertrags*, „Zeitschrift für Rechtspolitik”, nr 4/2004, s. 112-115.

⁸³¹ T. Gas, *Die gesetzliche Normierung...*, dz. cyt., s. 45. Więcej na temat prac nad reformą prawa administracyjnego w zakresie kodyfikacji umowy kooperacyjnej zob. tamże, przypis 3.

⁸³² Uwaga ta odnosi się do prac na płaszczyźnie federalnej. W odniesieniu do krajów związkowych odnotować należy, że Szlezwik-Holsztyn uchwalił własną ustawę regulującą współpracę między organami administracji publicznej i podmiotami prywatnymi [niem. *Gesetz über die Zusammenarbeit zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten (ÖffPrivZusGSH* - GVBl. 2007); tamże, przypis nr 4].

⁸³³ W. Abromeit, *Vertragsgestaltung...*, dz. cyt., s. 5.

⁸³⁴ A. Leisner-Egensperger, *Der Verwaltungsvertrag: Bestandsaufnahme und Reformbedarf. Ein Beitrag zur Kodifikationsdebatte um das Verwaltungsverfahrensgesetz*. „Die Verwaltung”, nr 51/2018, s. 468.

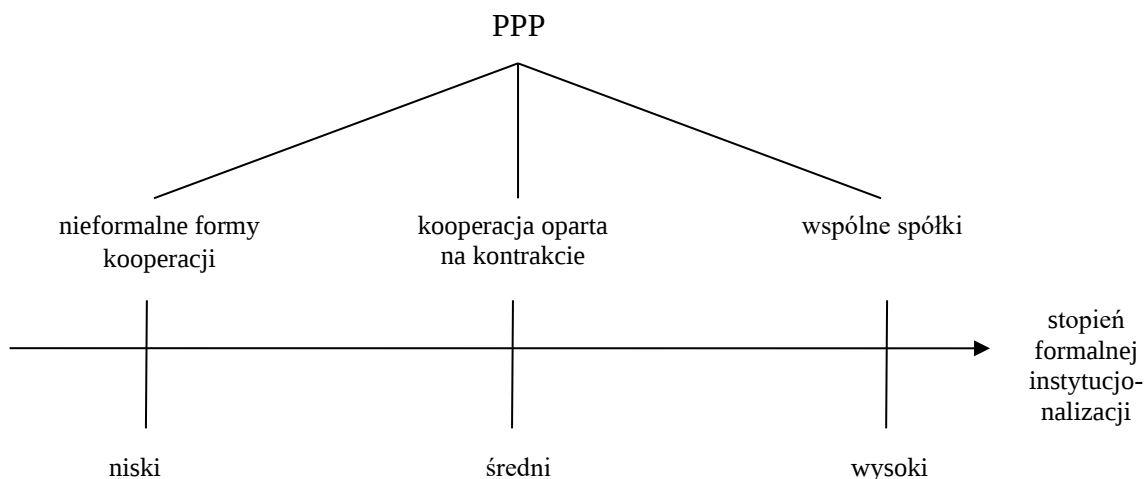
stosunek prawny określający współpracę niż na podstawie regulacji ustawowej”⁸³⁵. Nie ulega wątpliwości, że umowę cechuje większa elastyczność, w przeciwieństwie do sztywnych regulacji prawnych, którymi nie można objąć stanów faktycznych pojawiających się w ciągle zmieniającej się rzeczywistości. Chociaż zatem trudno nie zgodzić się z przytoczonym wyżej argumentem dotyczącym przewagi umowy nad regulacją prawną w zakresie regulacji różnych stosunków prawnych, podkreślić należy, że regulacja ustawowa sprzyjałaby transparentności działań podejmowanych przez administrację publiczną, a tym samym pozytywnie wpływałaby na akceptowalność działań administracji publicznej oraz na wzrost zaufania do niej. Jednak ze względu na konieczność zapewnienia elastyczności nowych form kooperacji, które wciąż się rozwijają, w doktrynie wyrażano obawy, że zbyt szczegółowe unormowanie kooperacji stanęłoby na przeszkodzie dalszemu rozwojowi tej formy współpracy sektora publicznego z prywatnym⁸³⁶. Niewątpliwie zakres normatywizacji umowy kooperacyjnej stanowi wyzwanie dla ustawodawcy, ponieważ trudno w kilku zwięzłe sformułowanych przepisach zawrzeć kwestie, które wyczerpująco uregulowałyby nowy typ umowy administracyjnej. Na zagadnienie to pośrednio wskazał H. Bauer, omawiając (na przykładzie umowy kooperacyjnej dotyczącej odprowadzania ścieków) kwestie klauzul umownych regulujących odpowiedzialność gminy za realizację zadania publicznego⁸³⁷. Postulat o konieczności zagwarantowania umowie kooperacyjnej pewnego stopnia elastyczności znalazł również odzwierciedlenie w typologii form partnerstwa publiczno-prywatnego autorstwa S. Roggencamp (zob. rys. nr 5).

⁸³⁵ W. Abromeit, *Vertragsgestaltung...*, dz. cyt., s. 5.

⁸³⁶ B. Gündling, *Modernisiertes Privatrecht und öffentliches Recht. Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den Verwaltungsvertrag und weitere Verbindungen zwischen den Teilrechtsordnungen*. Berlin 2006, s. 123.

⁸³⁷ H. Bauer, *Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte...*, dz. cyt., s. 93-96.

Rys. nr 6. Kategorie PPP i ich stopień formalnej instytucjonalizacji



Źródło: G.F. Schuppert, *Verwaltungskooperationsrecht...*, dz. cyt., s. 14.

Mimo iż § 54 VwVfG nie został znowelizowany, warto w dalszej części pracy przedstawić proponowane kierunki zmian normatywnych, ponieważ z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością można założyć, iż jedynie kwestią czasu pozostaje fakt podjęcia tej dyskusji na nowo i wprowadzenia odpowiednich regulacji do postępowania administracyjnego na płaszczyźnie federalnej. Punkt wyjścia do dalszych analiz stanowić będą ekspertyzy dotyczące konieczności opracowania przepisów prawa regulujących kooperację administracji publicznej z sektorem prywatnym (niem. *Verwaltungskooperationsrecht*, dalej: VwKR) przygotowane przez G.F. Schupperta i J. Ziekowa na zlecenie Federalnego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych.

Zdaniem G.F. Schupperta opracowanie podstaw VwKR jest niezbędne z punktu widzenia prawa konstytucyjnego, prawa administracyjnego, nauki o administracji oraz praktyki administracyjnej. Badacz ten przedstawił w swojej ekspertyzie autorskie propozycje rozwiązań⁸³⁸. Aby pokazać zakres postulowanej regulacji, przedstawiona zostanie treść poszczególnych przepisów. Rozdział IV projektu VwKR zatytułowany został *Współpraca z podmiotami prywatnymi*. § 54 VwKR regulował kwestię dopuszczalności kooperacji administracji publicznej z podmiotami prywatnymi. W myśl § 54 ust. 1 VwKR organ mógł korzystać ze współpracy osób trzecich przy wykonywaniu

⁸³⁸ Rozwiązania te, które zostaną poniżej przedstawione, zaprezentowane są w pracy: G.F. Schuppert, *Verwaltungskooperationsrecht...*, dz. cyt., s. 124-127 i w założeniu autora stanowią koncepcyjne podstawy prawa administracyjnego prywatnego. Ponieważ zgłoszone propozycje przepisów nigdy nie opuściły fazy projektu, podaję przy nich skrót VwKR.

powierzonych mu zadań, w szczególności nawiązywać współpracę z podmiotami prywatnymi, o ile nadrzędny interes publiczny lub przepisy prawa nie stały temu na przeszkodzie. Zawierane w ramach takiej współpracy umowy, zgodnie z § 54 ust. 2 VwKR nosiły nazwę umów kooperacyjnych. § 55 VwKR regulował warunki wyboru kontrahenta. Zgodnie z tym przepisem zawarcie umowy koordynacyjnej było dopuszczalne tylko wtedy, gdy fachowość i wiarygodność partnera do współpracy były udowodnione w odpowiedni sposób. Problematyczna pozostawała kwestia wykładni pojęć nieostrych „fachowość” i „wiarygodność”, jak również pojęcia „udowodnienie w odpowiedni sposób”. W § 56 VwKR zawarta została gwarancja wpływu organu administracji publicznej na sposób realizacji zadania stanowiącego przedmiot umowy kooperacyjnej. Regulacja ta stanowiła najobszerniejszy zapis w propozycji zgłoszonej przez G.F. Schupperta i podzielona została na cztery ustępy. W myśl ust. 1 w przypadku zawarcia umowy koordynacyjnej umowa taka miała zapewniać w odpowiedni sposób, że organ zachowuje wystarczający wpływ na sposób wykonywania zadań. Zgodnie z kolejnym ustępem jeżeli stosunek współpracy oparty był na prawie spółek, wówczas w umowie spółki, statucie lub w inny sposób należało zapewnić, by organ administracji publicznej posiadał odpowiedni wpływ w szczególności w radzie nadzorczej lub w odpowiednim organie kontrolnym spółki. Ponadto sprawozdawczość zarządu spółki przed odpowiednim organem nadzorczym powinna obejmować nie tylko gospodarność zarządu, ale także sposób realizacji zadań publicznych. Zgodnie z kolejnym ustępem w przypadku gdy stosunek współpracy opierał się na umowie cywilnoprawnej lub umowie administracyjnej, wówczas umowa miała gwarantować organowi wystarczające prawo do informacji, aby mógł wywierać odpowiedni wpływ [na realizację zadań – W.J.]. Ust. 4 przewidywał, że w zakresie, w jakim realizacja zadań publicznych w rozumieniu ust. 3 była przekazywana organom pozarządowym lub osobom prywatnym na podstawie umowy, wykonywały one te zadania na własną odpowiedzialność. Natomiast jeżeli zlecone zadania nie były należycie wykonywane zgodnie z ustaleniami komisji arbitrażowej w rozumieniu § 58 ust. 3 VwKR, organ mógł zażądać zmiany przydziału danego zadania. Zapis zawarty w § 57 VwKR odnosił się do gwarancji jakości usług w przypadku umów o świadczenie usług, zarówno w szerszym, jak i węższym znaczeniu. Jeżeli realizacja zadań publicznych była umownie powierzona osobom trzecim do wykonania w rozumieniu § 56 ust. 3 VwKR (umowy o świadczenie usług w szerszym znaczeniu), w umowie należało uzgodnić kryteria oceny jakości usługi, która miała być świadczona przez osobę trzecią, a także kryteria pomiaru opłat pobieranych przez osobę

trzecią. W celu aktualizacji i przeglądu tych kryteriów mogły zostać ustanowione komitety ds. współpracy, składające się z równej liczby członków reprezentujących strony umowy. Następny ustęp § 57 VwKR odnosił się do umów o świadczenie usług w węższym znaczeniu, tj. takich, w których uzgodniono z instytucjami pozarządowymi lub osobami prywatnymi, że będą one świadczyć usługi na rzecz osób trzecich w imieniu organu. W umowach takich należało zamieścić postanowienia dotyczące:

- treści, zakresu i jakości oferowanych usług (postanowienia o świadczenie usług);
- opłat za oferowane usługi (postanowienie o honorarium) oraz
- zasad i standardów oceny jakości oferowanych usług (postanowienia dotyczące jakości).

Z kolei § 57 ust. 3 VwKR przewidywał, że umowy, o których mowa w ust. 1 i 2, zawierane były z partnerem, który zrealizowałby usługę, spełniając w najwyższym stopniu kryteria gospodarności i efektywności.

W § 58 VwKR, zatytułowanym *Nieważność umowy kooperacyjnej*, zawarte zostały, wbrew tytułowi, nie tylko kryteria nieważności umów (ust. 1), ale także warunki dopasowania umowy do zmieniających się okoliczności oraz warunki wypowiedzenia umowy (ust. 2) oraz kwestia rozwiązywania sporów między stronami (ust. 3 i 4). Zgodnie z § 58 ust. 1 VwKR umowy w rozumieniu art. 54 ust. 2 VwKR są nieważne, jeżeli nie zostały spełnione minimalne wymogi dotyczące zabezpieczenia wpływu (art. 56 ust. 2 i 3) i zapewnienia jakości (art. 57 ust. 1 i 2). W ten sposób pomysłodawca regulacji chciał przełamać dotychczasową regułę nieważności umów administracyjnych, funkcjonującą na zasadzie „wszystko albo nic”⁸³⁹. W myśl § 58 ust. 2 VwKR jeżeli okoliczności, które miały decydujące znaczenie dla ustalenia treści umowy, uległy tak istotnej zmianie od czasu zawarcia umowy, że nie można racjonalnie oczekiwać, że jedna ze stron umowy będzie przestrzegać pierwotnych postanowień umowy, strona ta może zażądać dostosowania treści umowy do zmienionych okoliczności lub, jeżeli dostosowanie nie jest możliwe lub nie można takich zmian racjonalnie oczekiwać od strony umowy, wypowiedzieć umowę. Ponadto organ mógł rozwiązać umowę w celu zapobieżenia poważnym szkodom dla dobra wspólnego lub w celu ich usunięcia. Wypowiedzenie wymagało zachowania formy pisemnej, o ile przepisy prawa nie przewidywały innej formy, oraz uzasadnienia. Kolejny ustęp przewidywał, że w przypadku wystąpienia sporów, odnoszących się w szczególności do zakresu stosowania uzgodnionych w

⁸³⁹ Tamże, s. 133.

umowie kryteriów dotyczących świadczenia usług lub wynagrodzenia (§ 57 ust. 1 i 2), w krajach związkowych powołane zostaną się komisje arbitrażowe ds. sporów i konfliktów, w których zasiadać miały w równej liczbie przedstawiciele obu stron umowy wraz z bezstronnym przewodniczącym. Od decyzji tego organu przysługiwało odwołanie do sądu administracyjnego, przy czym skargę należało skierować przeciwko jednej ze stron umowy, nie przeciw komisji. Ponadto nie była wymagana weryfikacja decyzji w postępowaniu wstępnym.

Swoją rozbudowaną koncepcję zmian G.F. Schuppert uzasadniał koniecznością zaproponowania nowej instytucji (umowy koordynacyjnej), ukształtowanej całkowicie od podstaw, w oderwaniu od ducha subordynacyjnej umowy administracyjnej. Aby cel ten osiągnąć, nie wystarczyło zdaniem badacza uzupełnić dotychczasowej części IV VwVfG o kilka paragrafów wprowadzających nowy typ umowy, obok istniejących już w ustawie umowy ugody i umowy wymiany, lecz należało wprowadzić nowy rozdział poświęcony nowej instytucji⁸⁴⁰. O doniosłości takiego rozwiązania świadczy m.in. fakt., że rozdział poświęcony umowie kooperacyjnej poprzedza rozdział regulujący tradycyjną umowę publicznoprawną.

W literaturze przedmiotu propozycje instytucjonalizacji umowy kooperacyjnej grupuje się w dwa typy postulowanych rozwiązań: są to tzw. małe i duże rozwiązanie. Przedstawiona wyżej koncepcja G.F. Schupperta stanowi przykład dużego rozwiązania, ponieważ jej celem jest rozszerzenie tradycyjnego prawa umów administracyjnych o umowy prawa prywatnego oraz umowy zawierane na gruncie prawa spółek. Innymi słowy można rzecz, że postulaty zmian, które zaliczały się do grupy dużych rozwiązań, miały na celu gruntowną reformę prawa umów administracyjnych, która zmierzać miała do ukształtowania umowy koordynacyjnej będącej instytucją niezależną od dotychczasowych form umowy administracyjnej. Zwolennikiem tego typu rozwiązania był również J. Ziekow, który także przedstawił autorską koncepcję zmian⁸⁴¹. Jak słusznie podkreślił H. Schmitz, zmiany proponowane przez G.F. Schupperta oraz J. Ziekowa zakładały „zasadniczą zmianę wyobrażenia na temat zadań państwa i administracji”⁸⁴². Realizacja tych pomysłów przez ustawodawcę wymagała wyjaśnienia wielu kwestii, a wśród nich jedną z najistotniejszych było zagadnienie podziału odpowiedzialności w

⁸⁴⁰ Tamże, s. 130 i n.

⁸⁴¹ J. Ziekow, *Verwaltungskooperationsrecht...*, dz. cyt., s. 198-211.

⁸⁴² H. Schmitz, *„Die Verträge...”, dz. cyt., s. 20.*

ramach współpracy podjętej przez podmiot prywatny i organ administracji. Z drugiej strony przedstawiciele nauki zwracali uwagę na potencjalne niebezpieczeństwo związane z nadmierną normatywizacją umowy koordynacyjnej, które mogło przybrać formę hamulca utrudniającego dalszy rozwój tej instytucji przy jednoczesnym pozbawieniu jej elastyczności, a więc cechy, która w szybko zmieniającym się otoczeniu pozwala administracji sprawnie reagować na pojawiające się potrzeby społeczeństwa⁸⁴³.

Zespół doradczy ds. postępowania administracyjnego wypowiedział się negatywnie na temat zmian proponowanych w ramach tzw. dużego rozwiązania, a decyzja ta stanowiła pokłosie koncepcji szczupłego państwa, które potrzebowało „szczupłych przepisów prawa”⁸⁴⁴. Podobne stanowisko wyrazili przedstawiciele nauki. Odnotować chociażby można uwagę R.A. Lorza, którego zdaniem zwięzłe przepisy prawa uzupełniane są bogactwem rozważań dogmatycznych⁸⁴⁵ oraz stanowisko H.-U. Gallwasa, uważającego, że przeregulowanie VwVfG doprowadzi do utraty elastyczności działań podejmowanych przez administrację⁸⁴⁶.

Celem propozycji zgłaszanych w ramach małego rozwiązania była „korekta” istniejących zapisów dotyczących umowy administracyjnej, której efektem miała być kodyfikacja umowy kooperacyjnej, stanowiącej nowy typ umowy, obok istniejących już typów umowy ugody i umowy wymiany. W projekcie opracowanym przez Konferencję Urzędników ds. Postępowania Administracyjnego zaproponowano dodanie do § 54 VwVfG ust. 3 w brzmieniu: „Organ administracji publicznej może również zawrzeć umowę publiczną w celu zaangażowania podmiotów prywatnych w realizację obowiązków publicznych; uprawnienia władcze mogą być przenoszone tylko w zakresie przewidzianym przez prawo”⁸⁴⁷. W literaturze podkreślono, że taka redakcja przepisu uwzględniałaby dotychczasową wewnętrzną systematykę § 54, czyniąc z umowy kooperacyjnej kolejną, obok umowy ugody i umowy wymiany, umowę nazwaną na gruncie prawa umów administracyjnych⁸⁴⁸. Na marginesie warto odnotować, iż wśród przedstawicieli doktryny pojawiły się wątpliwości co do poprawności terminu „umowa

⁸⁴³ B. Gündling, *Modernisiertes Privatrecht...*, dz. cyt., s. 123.

⁸⁴⁴ Tamże.

⁸⁴⁵ R.A. Lorz, *Aussprache und Schlussworte*. „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, nr 62/2003, s. 347 (<https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110922806/html>, 12.06.2023 r.).

⁸⁴⁶ H.-U. Gallwas, *Aussprache und Schlussworte*. „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, nr 62/2003, s. 336 (<https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110922806/html>, 12.06.2023 r.).

⁸⁴⁷ B. Gündling, *Modernisiertes Privatrecht...*, dz. cyt., s. 124.

⁸⁴⁸ Tamże, przypis nr 54.

kooperacyjna”. Jak słusznie podkreśla V. Schlette, kooperacja stanowi immanentną cechą każdej umowy, w związku z czym każda umowa administracyjna *per se* stanowi umowę kooperacyjną. Z tego względu zaproponowany w projekcie termin na określenie nowego typu umowy jest zbyt ogólny, by mógł oddawać istotę nowej instytucji⁸⁴⁹. Jako że określenie „umowa kooperacyjna” na stałe weszło do doktryny prawa administracyjnego, wydaje się, że powyższa uwaga, choć niewątpliwie celna, stanowić będzie lingwistyczną ciekawostkę. Z faktu tego prawdopodobnie zdawał sobie sprawę również sam autor, który nie zaproponował nowego pojęcia na określenie trzeciego typu umowy administracyjnej.

Wydaje się, że współcześnie instytucjonalizacja umowy kooperacyjnej stanowi jeden z głównych kierunków rozwoju prawa administracyjnego w Niemczech. Jest to zagadnienie poruszane w artykułach, pracach doktorskich, stanowi ono także przedmiot rozważań podczas konferencji międzynarodowych. Biorąc jednak pod uwagę bogactwo zagadnień, które rozważyć należy w pracach nad projektem ustawy (jak chociażby pogodzenie – wydawać by się mogło – przeciwnych wartości, takich jak transparentność działań administracji vs. zachowanie poufności nt. treści umowy, stabilność vs. elastyczność umowy⁸⁵⁰), spodziewać się można jeszcze wielu opracowań naukowych, ekspertyz i interdyscyplinarnych analiz, zanim umowa koordynacyjna, czy to w postaci kolejnego typu umowy, czy też jako punkt centralny publicznego prawa prywatnego, wzbogaci paletę prawnych form działań administracji.

⁸⁴⁹ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 364.

⁸⁵⁰ W. Abromeit, *Vertragsgestaltung...*, dz. cyt., s. 34.

Rozdział IV

Umowa administracyjna w świetle nauki o prawnych formach działania administracji

4.1. Nauka o prawnych formach działania administracji

Funkcjonowanie administracji publicznej jest zagadnieniem na tyle złożonym, że w dogmatyce prawa administracyjnego rozwinęły się różne kierunki badań skupione na poszczególnych aspektach jej działania, takich jak np. działalność poszczególnych organów administracji publicznej czy zadania administracji publicznej i ich cel. Szczególne miejsce wśród tych badań znajduje nauka o formach działania administracji (niem. *Handlungsformenlehre*), określana również mianem nauki o formach (niem. *Formenlehre*) lub nauki o prawnych formach działania administracji (dalej: nauka o prawnych formach, niem. *Rechtsformenlehre*)⁸⁵¹.

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że przyjęcie założenia o tożsamości zakresu znaczeniowego obu pojęć jest błędne, ponieważ nauka o formach działania administracji jest pojęciem znaczeniowo szerszym, w którym zawiera się nauka o prawnych formach⁸⁵². Przykładowo umowa administracyjna już w XVII w. stanowiła formę działania administracji, ale dopiero w drugiej połowie XX w. przyjęta została wolą ustawodawcy w poczet prawnych form działania administracji. Jak podkreśla E. Schmidt-Aßmann, „pod kątem historyczno-dogmatycznym nauka o prawnych formach działania administracji należy do najstarszych kierunków badań nad administracją. Jednakże również dziś stanowi główny element systemu działań administracji”⁸⁵³. Ze względu na dokonane wyżej rozróżnienie na formy i prawne formy działania administracji (oraz biorąc pod uwagę rozważania poczynione w pierwszym rozdziale) należałoby się zastanowić, czy do najstarszych kierunków badań nad administracją o charakterze historyczno-dogmatycznym nie należą raczej badania nad nieskodyfikowanymi formami działania administracji, które przecież stanowiły prototyp prawnych form działania.

Od czasów O. Mayera nauka o formach działania administracji, ze względu na swoją funkcję porządkującą, stanowi jeden z głównych wątków rozważań administracyjnoprawnych⁸⁵⁴. Na temat roli nauki o formach działania administracji w

⁸⁵¹ T. Spitzlei, *Nichtiges Verwaltungshandeln...*, dz. cyt., s. 14.

⁸⁵² B. Gündling, *Modernisiertes Privatrecht...*, dz. cyt., s. 120.

⁸⁵³ E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 251.

⁸⁵⁴ H. Dreier, *Merks Verwaltungsrechtslehre und die heutige deutsche Dogmatik des Verwaltungsrechts*, (w:) R. Walter i in. *Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit. Ergebnisse eines Internationalen Symposiums*

sposób bardzo literacki wypowiedział się F. Ossenbühl, przyrównując tę naukę do „bram, przez które przemyca się zróżnicowaną, amorficzną działalność administracji do porządkującego świata prawa”⁸⁵⁵. Pogłębiona refleksja na ten temat jest uzasadniona m.in. silnym zróżnicowaniem porządku prawnego oraz segmentacją prawa administracyjnego, skutkującą wykształceniem się relatywnie samodzielnych form działania administracji na gruncie części szczególnej prawa administracyjnego (np. w prawie socjalnym czy w prawie podatkowym)⁸⁵⁶. Rozwój dogmatyki i nowych paradygmatów badawczych sprawia, że zmianie ulega sposób postrzegania nauki o prawnych formach działania administracji.

Takie nowe spojrzenie proponują zwolennicy nauki o stosunku administracyjnoprawnym, którzy wychodzą z założenia, że nauka o formach działania administracji koncentruje się jedynie na pewnym wycinku stosunku prawnego, jaki kreowany jest między obywatelem i administracją⁸⁵⁷. Stanowi tym samym fragment szerszej nauki, którą jest nauka o stosunku administracyjnoprawnym. Co prawda akcentowana jest stabilizująca rola nauki o prawnych formach, poprzez wskazanie na szczególne znaczenie materialnoprawne aktu administracyjnego i umowy publicznoprawnej, które przejawia się w ich funkcji indywidualizacji norm prawnych oraz w funkcji wyjaśniającej. Nie do przecenienia jest również fakt, że nauka o prawnych formach działania administracji służy z aksjologicznego punktu widzenia do urzeczywistnienia wartości, którą jest pewność prawa, „ponieważ administracja i obywatel mogą posłużyć się gotowymi wzorcami prawnymi”⁸⁵⁸. Jednakże zwolennicy nauki o stosunku administracyjnoprawnym podkreślają, że nauka o prawnych formach nie jest w stanie „pojąć proceduralnego charakteru stosunków prawnych między państwem i obywatelem”, ponieważ zgodnie z § 9 VwVfG koncentruje się jedynie na fazie postępowania administracyjnego trwającego „od chwili, gdy organ zdecydował o

in Wien. Wien 1990, s. 79 i n. (https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02160100/Elektronische_Texte/Beitraege_18_Merkls_Verwaltungsrechtslehre_1990.pdf, 15.09.2023).

⁸⁵⁵ F. Ossenbühl, *Die Handlungsformen der Verwaltung*. „Juristische Schulung”, 1979, s. 681, cyt. za: T. Spitzlei, *Nichtiges Verwaltungshandeln...*, dz. cyt., s. 14.

⁸⁵⁶ W. Hoffmann-Riem, *Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen*, (w:) tenże, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts. Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen*. München 2008, s. 886 i n.; H. Maurer, *Der Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 802.

⁸⁵⁷ Główna różnica między nauką o stosunku administracyjnoprawnym i nauką o prawnych formach sprowadza się do tego, że pierwszą z nich interesuje proces podjęcia decyzji, a drugą efekt tego procesu (M. Kellner, *Haftungsprobleme...*, dz. cyt., s. 59). Na temat słabych punktów nauki o formach zob. K.-H. Kretschmer, *Das Recht der Eingliederungsvereinbarung des SGB II. Zugleich ein Beitrag zum Verwaltungsvertrag und zur Rechtsverhältnislehre*. Berlin 2012, s. 156-158.

⁸⁵⁸ F. Shirvani, *Das Kooperationsprinzip...*, dz. cyt., s. 69.

rozpoczęciu postępowania do chwili wydania aktu administracyjnego lub zawarcia umowy administracyjnej. Poza obszarem jej zainteresowania są kwestie proceduralne wzajemnego kontaktu, które występują przed i po tej fazie”⁸⁵⁹. Zagadnienia te obejmują m.in. nawiązanie kontaktu, wymianę informacji oraz wstępne wyjaśnienia, a więc zagadnienia charakterystyczne dla nieformalnego działania administracji⁸⁶⁰. Biorąc pod uwagę rozwój konsensualnych form działań administracji w Niemczech można założyć, że z czasem te nieformalne działania administracji będą zyskiwać coraz bardziej na znaczeniu, a wiedza na ich temat stanowić będzie cenne uzupełnienie nauki o formach prawnych, która ze względu na pełnione funkcje wciąż odgrywać będzie pierwszoplanową rolę wśród badaczy prawa administracyjnego⁸⁶¹. Nie bez znaczenia jest również fakt, że w niemieckim prawie administracyjnym, zdaniem większości przedstawicieli doktryny, nie istnieje *numerus clausus* form działania administracji, gdyż rozwijają się one w zależności od ewoluujących potrzeb organów administracji publicznej⁸⁶², dlatego też tak ważna jest przypisywana nauce o formach funkcja rezerwuaru, która polega na przechowywaniu gotowych wzorców instytucji, cechujących się właściwymi sobie m.in. wymogami legalności, trwałości czy ochrony prawnej⁸⁶³.

Na potrzeby dalszych analiz wybrano naukę o prawnych formach, ponieważ pozwala ona przeprowadzić analizę porównawczą opartą na podobieństwach i różnicach występujących między umową administracyjną i innymi formami prawnymi działania administracji, które ze względu na cel pełnią funkcję podobną do umowy. Z wyjątkiem aktu administracyjnego ich cechą wspólną jest przynależność do tzw. kooperatywnych działań administracji, których cechą szczególną jest konsens wypracowany przez władzę publiczną i obywatela⁸⁶⁴. Jedynie na marginesie warto wspomnieć, że w literaturze coraz częściej zwraca się uwagę na fakt, że również wydanie tradycyjnego aktu administracyjnego nierzadko poprzedzone jest kontaktem organu administracyjnego z adresatem tego aktu w celu sprecyzowania jego treści⁸⁶⁵.

⁸⁵⁹ M. Kellner, *Haftungsprobleme...*, dz. cyt., s. 57.

⁸⁶⁰ Tamże, s. 58.

⁸⁶¹ Na temat funkcji nauki o prawnych formach zob. tamże, s. 56-58; E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 251;

⁸⁶² V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 169, przypis nr 3.

⁸⁶³ E. Gurlit, *Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 3. Por. Ch. Ernst, *Die Verwaltungserklärung. Die einfache verwaltungsrechtliche Willenserklärung als Handlungsform der Verwaltung*. Berlin 2008, s. 49 i n.

⁸⁶⁴ M. Bulling, *Kooperatives Verwaltungshandeln (Vorverhandlungen, Arrangements, Agreements und Verträge) in der Verwaltungspraxis*. „Die Öffentliche Verwaltung”, nr 7/1989, s. 277.

⁸⁶⁵ Tamże, s. 278.

4.2. Umowa administracyjna a inne formy prawne o zbliżonym charakterze

Jedną z możliwości uwypuklenia i lepszego zrozumienia cech charakterystycznych badanej instytucji jest jej przeanalizowanie na tle innych instrumentów⁸⁶⁶. W celu zidentyfikowania podobieństw i różnic występujących między analizowanymi instytucjami zostanie zatem zastosowana metoda komparatystyczna. Biorąc pod uwagę szeroki zakres jej zastosowania można mówić o płaszczyźnie badań prowadzonych w skali makro oraz mikro. W skali makro główną funkcję tej metody zdefiniować można jako „wypracowywanie oraz udostępnianie podmiotom tworzącym i stosującym prawo krajowe narzędzi do właściwego procesu oceny i do dokonywania adekwatnych transplantacji obcych norm prawnych czy innowacji wspartych na zapożyczonych ideach”⁸⁶⁷. Natomiast badania komparatystyczne prowadzone na poziomie mikro polegają na analizowaniu elementów treści konkretnych instytucji występujących w danym porządku prawnym (krajowym lub zagranicznym) na tle innych instytucji występujących w tym samym porządku prawnym (w tej samej lub innej gałęzi prawa) w celu lepszego zrozumienia ich funkcjonowania na tle określonej siatki normatywno-aksjologicznej. Instytucje mogą być porównywane w ramach tej samej (umowa administracyjna a akt administracyjny) lub różnych gałęzi prawa (umowa administracyjna a umowa cywilnoprawna). Dalsze rozważania stanowią efekt badań komparatystycznych prowadzonych na poziomie mikro.

4.2.1. Umowa administracyjna a umowa cywilnoprawna

Rozważania na temat różnicy między umową administracyjną i cywilną rozpocząć należy od przypomnienia, że umowa *per se* jako forma działania ma charakter neutralny, jej charakter prawny wynika ze związku treści umowy z normami prawnymi określonej gałęzi prawa⁸⁶⁸. Jak przed laty podkreślał W. Krebs, „dopóki istnieją publicznoprawne i prywatnoprawne umowy administracyjne, dopóty określenie natury prawnej umów administracyjnych będzie problematyczne”⁸⁶⁹. Kwestię rozróżnienia obu rodzajów umów zawieranych przez administrację dodatkowo komplikuje fakt, że są one

⁸⁶⁶ Por. H. Maurer, *Der Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 798. Autor ten uważa, że politycznoprawne i dogmatycznoprawne znaczenie umowy administracyjnej można zrozumieć prowadząc badania mające na celu porównanie jej z aktem administracyjnym.

⁸⁶⁷ A. Drabarz, *Komparatystyka prawnicza a umiędzynarodowienie obrotu krajowego*, (w:) M. Perkowski, W. Zoń (red.), *Umiędzynarodowienie krajowego obrotu prawnego*. T. 1., Białystok 2016, s. 33.

⁸⁶⁸ Ch. Hamann, *Der Verwaltungsvertrag im Städtebaurecht. Inhaltliche und dogmatische Aspekte der gesetzlichen Regelung des städtebaulichen Vertrages in § 11 BauGB*. Berlin 2003, s. 35, przypis nr 49.

⁸⁶⁹ W. Krebs, *Verträge...*, dz. cyt., s. 276; zob. też pogląd E. Schmidt-Aßmanna przedstawiony w G.F. Schuppert, *Verwaltungskooperationsrecht...*, dz. cyt., s. 90 i n.

do siebie bardzo zbliżone, w związku z czym ze względu na bardzo ogólne uregulowanie prawa umów publicznych § 62 ust. 2 VwVfG przewiduje uzupełniające stosowanie przepisów kodeksu cywilnego w zakresie nieunormowanym przepisami VwVfG. Dochodzi wówczas do sytuacji, w której prywatnoprawne regulacje dotyczące umowy „są modyfikowane przez prawo publiczne, w szczególności przez prawa podstawowe i ogólne zasady prawa administracyjnego”⁸⁷⁰.

Nie ulega natomiast wątpliwości, iż dokonanie podziału umów administracyjnych na prywatnoprawne i publicznoprawne stanowi ważną kwestię, ponieważ w zależności od tego, jakiemu reżimowi prawnemu podlega zawarta umowa, odmienne są⁸⁷¹:

- reguły odpowiedzialności kontraktowej,
- skutki błędów, jeżeli takowe znalazły się w umowie,
- zakres swobody określania wzajemnych świadczeń między stronami.

Szczególnie ważnym zagadnieniem jest ochrona sądowa umożliwiająca dochodzenie ewentualnych roszczeń. Droga sądowoadministracyjna jest dla obywatela korzystniejsza, ponieważ służy ona przede wszystkim ochronie jednostki przed państwem⁸⁷².

Mając powyższe na uwadze warto zastanowić się, co przesądza o charakterze zawieranej umowy. W literaturze konkurują ze sobą cztery stanowiska. Zgodnie z pierwszym z nich charakter prawny umowy zależy od tego, w jaki sposób została ona nazwana przez strony zawierające umowę. Według drugiego poglądu natura prawna umowy zależy od subiektywnych wyobrażeń i intencji stron przystępujących do jej zawarcia. Niewątpliwie największą zaletą obu tych stanowisk jest ich prostota, wyrażająca się w przyjęciu założenia, że to strony umowy własną wolą mogą

⁸⁷⁰ H. Maurer, Ch. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 416. Jeszcze dalej w swych zapatrywaniach posuwa się J. Parchomiuk, którego zdaniem na podstawie § 62 ust. 2 VwVfG do umów administracyjnych można stosować nie tylko przepisy kodeksu cywilnego, lecz również wypracowane na jego gruncie koncepcje teoretyczne (J. Parchomiuk, *Ochrona zaufania w relacjach horyzontalnych w prawie administracyjnym*, (w:) M. Stahl, M. Kasiński, K. Właźlak (red.), *Sprawiedliwość i zaufanie do władz publicznych w prawie administracyjnym*. Warszawa 2015, s. 300).

⁸⁷¹ Tamże; V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 117; W. Spannowsky, *Grenzen...*, dz. cyt., s. 111. Na konieczność rozróżnienia obu porządków prawnych w przypadku umów zawieranych przez organ administracji publicznej wskazuje się również w polskiej literaturze przedmiotu. Przykładem instytucji wywołującej w tym zakresie rozbieżności interpretacyjne może być umowa o dotację lub umowa koncesji (więcej na ten temat zob. A. Ostrowska, *Samorządowe prawo...*, dz. cyt., s. 23-25; R. Szostak, *Charakter prawny umów koncesyjnych*. „Samorząd Terytorialny”, nr 1-2/2017, s. 66-70).

⁸⁷² Na temat różnych procesowych w przypadku postępowania sądowego przed sądem powszechnym i administracyjnym zob. V. Neumann, *Dogmatische und prinzipiengeleitete Argumente bei der Abgrenzung von Verwaltungsverträgen - Zur Rechtsnatur der Pflegesatzvereinbarungen im Sozialhilferecht*. „Die Öffentliche Verwaltung”, nr 4/1992, s. 155.

zdecydować, jaki rodzaj umowy zawarły. W rzeczywistości jednak porządek prawny nie uprawnia stron do decydowania o charakterze prawnym zawartej umowy mocą własnej woli⁸⁷³. V. Schlette zwraca również uwagę na fakt, że strony często nawet nie zastanawiają się nad tym, czy zawarta przez nie umowa ma charakter administracyjny czy cywilny, „a jeszcze rzadziej w sposób wyraźny tę umowę [odpowiednio – W.J.] kwalifikują”⁸⁷⁴.

Kolejna koncepcja (teoria podmiotowa, niem. *Subjektstheorie*) zakłada, że charakter umowy zależy od tego, przez kogo została ona zawarta. Zgodnie z tym czysto formalnym kryterium do zawarcia umowy administracyjnej dojdzie wówczas, gdy przynajmniej jedną ze stron umowy będzie organ administracji. Chociaż podejście takie zdaje się umożliwić dokonanie jasnego podziału umów na administracyjne i cywilne, w rzeczywistości napotyka ono na liczne trudności. Po pierwsze, przyjęcie tego kryterium oznaczałoby, że organy administracji publicznej nie mogą zawierać umów cywilnych między sobą, ani z obywatelami. O tym, że tak nie jest, świadczy np. sytuacja, w której między gminami dochodzi do transakcji kupna-sprzedaży pojazdu – wówczas zawarta zostaje umowa cywilnoprawna⁸⁷⁵. Dla oceny natury prawnej takiej umowy nie ma znaczenia fakt, że stronami umowy są organy administracji publicznej. Ponadto w doktrynie panuje przekonanie, że prywatnoprawna umowa administracyjna należy do form działań administracji tak samo jak akt administracyjny czy umowa publicznoprawna⁸⁷⁶. Po drugie, w doktrynie można znaleźć również pogląd wskazujący na możliwość zawarcia umowy administracyjnoprawnej przez podmioty prywatne⁸⁷⁷. Jak jednak słusznie zauważa H. Maurer, na przeszkodzie do uznania takiego poglądu za uzasadniony stoi treść § 1 VwVfG, zgodnie z którym o działalności administracyjnej (a jednym z jej przejawów jest forma prawna w postaci umowy administracyjnej) można mówić, gdy jest ona sprawowana przez organ administracji publicznej⁸⁷⁸. Wyjątek w tym

⁸⁷³ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 111.

⁸⁷⁴ Tamże.

⁸⁷⁵ H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 381.

⁸⁷⁶ U. Stelkens, *Verwaltungsprivatrecht. Zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen*. Berlin 2005, s. 1190.

⁸⁷⁷ Zagadnieniem tym w swojej dysertacji zajął się A. Gern, *Der Vertrag zwischen Privaten über öffentlichrechtliche Berechtigungen und Verpflichtungen. Zur Dogmatik des öffentlichrechtlichen Vertrages*. Berlin 1977. Zob. też np. Ch. Schimpf, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag...*, dz. cyt., s. 71-74.

⁸⁷⁸ H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 381.

zakresie stanowi sytuacja, gdy umowa zostanie zawarta przez jeden lub więcej „podmiotów upoważnionych” (niem. *Beliehene*)⁸⁷⁹.

Czwarte stanowisko (teoria przedmiotowa, niem. *Gegenstandstheorie*, *Gegenstandslehre*) opiera się na założeniu, że kryterium różnicującym powinien być przedmiot umowy (niem. *Vertragsgegenstand*)⁸⁸⁰. Jeżeli uprawnienia lub zobowiązania stron zawierających umowę dotyczą materii prawa administracyjnego, wówczas istnieją podstawowe przesłanki do dalszego badania charakteru umowy. Kolejny etap wymaga odpowiedzi na pytanie, czy służy ona realizacji norm prawa publicznego. Odpowiedź będzie pozytywna, jeżeli ustalone w umowie uprawnienia i obowiązki stanowią przedmiot regulacji prawa publicznego. Jak podkreśla C. Tegethoff, zbadanie powiązania ustaleń umownych z regulacjami normatywnymi powinno odbywać się na podstawie analizy *in abstracto*. Oznacza to, że przedmiotem analizy uczynić należy nie tyle związek postanowień umownych z konkretną normą prawa publicznego, lecz należy rozważyć kwestię, „czy umownie uregulowane prawa i obowiązki ze względu na swoją naturę lub treść stanowią typowy przedmiot regulacji publicznoprawnych”⁸⁸¹. Jeżeli postanowienia umowne nie służą realizacji konkretnej normy prawa publicznego, wówczas rozważyć należy ich związek rzeczowy z regulacjami prawa publicznego. Związek taki zajdzie, jeżeli postanowienia umowne odnoszą się do stanu faktycznego, który co do zasady regulowany jest normami prawa publicznego. Charakter administracyjnoprawny mają zgodnie z tym podejściem umowy, „które zmierzają do ukształtowania lub zmiany obowiązków lub uprawnień publicznoprawnych, w szczególności poprzez regulacje umowne, które zastępują, zmieniają, uzupełniają lub doprecyzowują prawa i obowiązki występujące w stosunkach nadrzędności i podporządkowania”⁸⁸².

⁸⁷⁹ „Podmiot upoważniony” to osoba fizyczna lub prawna, której państwo na podstawie ustawy, aktu administracyjnego lub umowy administracyjnej przekazało swoje uprawnienia do wykonywania pewnych władczych funkcji (E. Böhne, *Verwaltungswissenschaft. Eine interdisziplinäre Einführung in die Grundlagen*. Wiesbaden 2018, s. 16; por. D.R. Kijowski, *Pozwolenia w administracji publicznej. Studium z teorii prawa administracyjnego*. Białystok 2000, s. 124 i n., https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/7833/1/DR_Kijowski_Pozwolenia_w_administracji_%20publicznej.pdf, 23.04.2022).

⁸⁸⁰ R. Schmidt, *Öffentliches Wirtschaftsrecht...*, dz. cyt., s. 482, przypis nr 314; W. Brohm, *Städtebauliche Verträge zwischen Privat- und Öffentlichem Recht. Zugleich ein Beitrag zu den Einheimischen-Modellen*. „Juristenzeitung”, nr 7/2000, s. 326.

⁸⁸¹ C. Tegethoff, *Kommentar zu § 54 VwVfG...*, dz. cyt., s. 1394.

⁸⁸² Tamże. Poza obszarem zainteresowań prowadzonych tu rozważań pozostaje kwestia stopnia intensywności związku postanowień umownych z prawem publicznym. Pamiętać bowiem należy, że działalność organów administracji z reguły związana jest z realizacją zadań publicznych. Więcej na ten temat zob. V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 119 i n.

Zdaniem niektórych zwolenników koncepcji przedmiotowej kwestię przedmiotu umowy postrzegać należy przez pryzmat docelowych skutków prawnych⁸⁸³. Umowa będzie miała charakter administracyjnoprawny, jeżeli wywoła skutki w dziedzinie prawa publicznego. V. Schlette krytykując to podejście zwraca uwagę przede wszystkim na fakt, że to natura prawna umowy określa naturę prawną skutków prawnych, nie odwrotnie⁸⁸⁴. Z drugiej strony określenie przynależności przedmiotu umowy do określonego porządku prawnego przez pryzmat skutków prawnych może okazać się pomocne wówczas, gdy do określonego stanu faktycznego nie można przyporządkować odpowiedniej normy prawnej ze względu na jej brak w porządku prawnym, a więc gdy „brakuje normy prawnej jako punktu odniesienia”⁸⁸⁵. Inne rozwiązanie w sytuacji braku regulacji prawnej proponowane jest na gruncie teorii fikcji normatywnej (niem. *Normfiktionstheorie*), w myśl której umowa miałaby charakter administracyjnoprawny, gdyby postanowienia umowne, zamienione w abstrakcyjno-generalną regulację normatywną, stanowiły normę prawa publicznego⁸⁸⁶.

Problemem, który może pojawić się przy ocenie charakteru umowy w oparciu o kryterium przedmiotu, jest zamieszczenie w umowie ustaleń, które w części regulowane są przepisami prawa publicznego (np. świadczenie organu administracji), a w części prawa cywilnego (świadczenie podmiotu administrowanego). Zgodnie z przedstawioną wyżej koncepcją kryterium przedmiotu należałoby uznać, że umowa taka ma charakter mieszany (niem. *Mischvertrag*), co skutkowałoby dokonaniem oceny poszczególnych części umowy w oparciu o przepisy właściwej gałęzi prawa⁸⁸⁷. Pomysł taki jednak nie został zaakceptowany ani w orzecznictwie, ani w doktrynie, przyjęto natomiast zasadę jednolitej oceny natury prawnej umowy, jeżeli zawiera ona postanowienia zarówno z zakresu prawa publicznego, jak i cywilnego. Zgodnie z tą zasadą prawną naturę umowy ocenia się ze względu na charakter istotnych ustaleń umowy⁸⁸⁸. Oznacza to, że w umowie mogą być zawarte postanowienia charakterystyczne zarówno dla prawa administracyjnego, jak i prawa cywilnego, jednak nie oznacza to, by świadczenia pozostające ze sobą w związku mogły być oceniane według odmiennych reżimów prawnych. „Powód odrzucenia ‘umów mieszanych’ tkwi przede wszystkim w

⁸⁸³ A. Gern, *Der Vertrag...*, dz. cyt., s. 40.

⁸⁸⁴ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 117.

⁸⁸⁵ W. Bosse, *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 22.

⁸⁸⁶ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 120 i n.

⁸⁸⁷ D. Song, *Kooperatives Verwaltungshandeln...*, dz. cyt., s. 51.

⁸⁸⁸ C. Tegethoff, *Kommentar zu § 54 VwVfG...*, dz. cyt., s. 1396.

praktycznych trudnościach (podział postępowania sądowego!), do których prowadziłyby podzielenie jednolitego umownego stosunku prawnego na część publicznoprawną i prywatnoprawną. Pod względem dogmatycznym przytoczyć można § 56 VwVfG, który ewidentnie zakłada, że ‘samo w sobie’ prywatnoprawne świadczenie wzajemne obywatela w kontekście publicznoprawnego świadczenia organu administracji staje się elementem jednolitej umowy publicznoprawnej⁸⁸⁹. Jak zauważa V. Schlette, w § 56 VwVfG ustawodawca opowiedział się za koncepcją przedmiotową oceny charakteru prawnego umowy, z tego też względu najprawdopodobniej pozostałe stanowiska w orzecznictwie i doktrynie straciły na znaczeniu⁸⁹⁰.

4.2.2. Umowa administracyjna a akt administracyjny

Umowa administracyjna i akt administracyjny to dwie podstawowe formy prawne działania administracji publicznej⁸⁹¹. Wydawać by się mogło, że zgodnie z brzmieniem § 54 VwVfG instytucje te mają charakter substytucyjny, ponieważ organ może w szczególności zawrzeć umowę z podmiotem administrowanym, w stosunku do którego wydałby decyzję administracyjną. Użycie sformułowania „w szczególności” oznacza, że możliwość rozstrzygnięcia sprawy w formie decyzji ma charakter fakultatywny, a nie obligatoryjny. Oznacza to zatem możliwość zawarcia umowy administracyjnej nie tylko wówczas, gdy może zostać wydany akt administracyjny⁸⁹². Mając powyższe na uwadze, warto się zastanowić nad podobieństwami i różnicami występującymi między umową administracyjną i aktem administracyjnym, by móc następnie odpowiedzieć na pytanie, czy umowa jest rzeczywiście instytucją niezbędną dla dokonującego się procesu modernizacji administracji publicznej i czy przyczynia się do optymalizacji postępowania administracyjnego lepiej niż tradycyjny akt administracyjny.

Jednym z badaczy, który skupił się na porównaniu wspomnianych wyżej instytucji prawa publicznego był J. Martens. Stosując metodę problemową (odchodząc od metody systemowej), autor ten poszukiwał odpowiedzi na pytanie, jaką funkcję pełnić miała umowa administracyjna w prawie administracyjnym, a dokładniej mówiąc,

⁸⁸⁹ Ch. Hamann, *Der Verwaltungsvertrag...*, s. 36.

⁸⁹⁰ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 113.

⁸⁹¹ Porównanie intensywności regulacji aktu administracyjnego i umowy publicznoprawnej w VwVfG prowadziło w literaturze przedmiotu niejednokrotnie do wniosku, że umowa jest instytucją atypową, o charakterze zdecydowanie wyjątkowym, w przeciwieństwie do standardowego aktu administracyjnego (W. Fiedler, *Die materiell-rechtlichen Bestimmungen...*, dz. cyt., s. 98).

⁸⁹² M. Grienberger-Zingerle, *Kooperative Instrumente...*, dz. cyt., s. 84.

interesowała go kwestia stosowania prawa za pośrednictwem aktu administracyjnego i umowy administracyjnej. Przede wszystkim podkreślił, powołując się na poglądy doktryny, że umowa administracyjna nie służy obejściu norm prawnych, lecz ich stosowaniu. Na podstawie dokonanej analizy autor ten doszedł do wniosku, że akt administracyjny i umowa administracyjna są instytucjami, które w równym stopniu służą stosowaniu prawa i podlegają takim samym wymogom legalności. Obie instytucje służyły zatem dokonaniu czynności prawnej na gruncie prawa administracyjnego⁸⁹³.

Porównując akt administracyjny z umową administracyjną J. Martens uwzględnił kwestię faktycznej nadrzędności administracji nad obywatelem, stwierdzając, że kwestia ta schodziła na dalszy plan w takim zakresie, w jakim organ administracji podejmował współpracę z obywatelem w celu określenia skutków prawnych aktu administracyjnego. W odniesieniu do aktu administracyjnego współpraca ta mogła przyjąć formę wysłuchania strony przed jego wydaniem, zaś w przypadku umowy mogła ona polegać na przeprowadzeniu negocjacji zmierzających do zawarcia umowy⁸⁹⁴. Dla J. Martensa ważnym zagadnieniem była instytucja współpracy między organem i obywatelem, dzięki której obywatel mógł dowiedzieć się o różnego rodzaju trudnościach związanych ze stosowaniem prawa, co w konsekwencji miało prowadzić do spadku liczby zaskarżanych decyzji. Dlatego też, zdaniem tego badacza, organom administracji przy wyborze formy działania przyświecać powinna zasada celowości⁸⁹⁵.

Chociaż J. Martens poświęcił swoją uwagę przede wszystkim zidentyfikowaniu podobieństw między umową administracyjną i aktem administracyjnym, instytucje te zdecydowanie więcej dzieli niż łączy.

Po pierwsze, akt administracyjny należy do sfery imperium, podczas gdy umowa reprezentuje sferę gestii. Z tej podstawowej różnicy wynika wniosek, że dla zawarcia umowy administracyjnej niezbędne jest mające moc wiążącą zgodne oświadczenie woli dwóch stron złożone w celu wywołania określonych skutków prawnych, natomiast w przypadku aktu administracyjnego wystarczy oświadczenie woli organu administracyjnego. W rzeczywistości jednak akt administracyjny nie stanowi zawsze jednostronnego oświadczenia woli. W doktrynie zwraca się bowiem uwagę na występowanie aktów administracyjnych, których warunkiem wydania jest wola

⁸⁹³ J. Martens, *Normenvollzug...*, dz. cyt., s. 468.

⁸⁹⁴ Tamże, s. 470.

⁸⁹⁵ Tamże.

wywołania skutków prawnych (niem. *Rechtsfolgewille*) wyrażona przez obywatela, która materializuje się w postaci złożonego wniosku. Są to tzw. „akty administracyjne wymagające współdziałania”, określane w doktrynie niemieckiej (w zależności od autora) jako *mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakte* (E. Forsthoff), *Verwaltungsakte auf Unterwerfung* (O. Mayer) oraz *zweiseitige Verwaltungsakte* (W. Jellinek)⁸⁹⁶. Ta różnorodność terminologiczna odzwierciedla znaczenie woli podmiotu administrowanego dla ważności aktu administracyjnego – widać to w szczególności w nazwie instytucji zaproponowanej przez W. Jellinka, który przymiotnikiem „dwustronny” uwypuklił znaczenie dwóch oświadczeń woli będących warunkiem ważności aktu administracyjnego wymagającego współdziałania. Zdaniem W. Jellinka brak oświadczenia woli obywatela skutkowało nieważnością takiego aktu. Pogląd ten został zaakceptowany w doktrynie⁸⁹⁷. Jak wynika z powyższych rozważań, w doktrynie brak zgody adresata w przypadku „aktów administracyjnych wymagających współdziałania” stanowił przyczynę uniemożliwiającą wydanie aktu lub decydował o jego bezskuteczności. Biorąc pod uwagę znaczenie zgodnych oświadczeń woli dla zawarcia umowy, przychylić należy się do poglądu, iż brak zgody adresata w przypadku aktu administracyjnego wymagającego współdziałania powinien skutkować niemożnością jego wydania.

Po drugie, akt administracyjny wydawany jest w typowych sprawach administracyjnych⁸⁹⁸, zaś umowa administracyjna dzięki możliwości daleko posuniętej indywidualizacji treści, w szerokim stopniu uwzględniającej interesy obu stron, nadaje się do regulacji spraw mniej schematycznych⁸⁹⁹.

Po trzecie, schematyczność spraw, które można załatwić aktem administracyjnym, sprawia, że możliwa jest automatyzacja procesu wydawania aktów administracyjnych, polegająca na wydaniu aktu z pominięciem czynnika ludzkiego⁹⁰⁰.

⁸⁹⁶ P. Badura, *Der mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakt mit belastender Auflage*. „Juristische Schulung“, nr 3/1964, s. 104 (<https://core.ac.uk/download/pdf/12169808.pdf>, 15.04.2022). Ponadto u W. Jellinka można również spotkać pojęcie *mitwirkungsbedingte Verwaltungsakte*.

⁸⁹⁷ Tamże; zob. też C.H. Ule, H.-W. Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht...*, dz. cyt., s. 271.

⁸⁹⁸ M. Reicherzer mówi w tym kontekście o standaryzacji władczych działań administracji (M. Reicherzer, *Reform...*, dz. cyt., s. 113).

⁸⁹⁹ B. Höftmann, *Public Private Partnership als Instrument zur Verwaltungsmodernisierung: Kooperative und sektorübergreifende Konzeptionen zwischen staatlicher und privatwirtschaftlicher Aufgabenerfüllung*, (w:) D. Budäus, W. Küpper, L. Streitferdt (red.), *Neues öffentliches Rechnungswesen. Stand und Perspektiven. Klaus Luder zum 65. Geburtstag*. Wiesbaden 2000, s. 806; J. Salzwedel, *Die Grenzen...*, dz. cyt., s. 49.

⁹⁰⁰ F. Holler, F. Schuster, *Staat und Verwaltung im digitalen Zeitalter: Auf dem Weg zu einer Digital Governance*. „Public Governance. Zeitschrift für öffentliches Management“, Frühjahr 2020, s. 6 i n.

Automatyzacja taka nie jest możliwa w przypadku umowy administracyjnej, która w celu indywidualizacji treści wymaga kontaktu obywatela z urzędnikiem. Niewątpliwie proces automatyzacji wydawania aktów administracyjnych pozytywnie wpływa na tempo i sposób funkcjonowania administracji (jej wydajność), ponieważ urzędnicy nie muszą wykonywać rutynowych prac, a zaoszczędzony w ten sposób czas mogą poświęcić na współpracę z obywatelem. Zdaniem specjalistów od procesu digitalizacji usług właściwe wdrożenie tego procesu „prowadzi do wzrostu jakości świadczonych usług i redukuje koszty oraz skraca czas trwania rozwoju cyfrowych usług administracyjnych”⁹⁰¹.

Po czwarte, akt administracyjny można zastosować na zasadzie „albo-albo” w takich rodzajach sprawach, w których nie ma wątpliwości co do sytuacji faktycznej i prawnej. Jeżeli zaś takie wątpliwości istnieją, wówczas jedyną dopuszczalną formą załatwienia sprawy (uwzględniającą interes obywatela) jest umowa administracyjna, która pozwala na wspólne wypracowanie rozwiązania zadowalającego obie strony. Dzięki wspólnym negocjacjom można szybko i sprawnie osiągnąć cel (czyli podpisanie umowy zadowalającej obie strony), a więc zwiększa się szybkość rozpoznawania spraw⁹⁰².

Po piąte, przyjmując za kryterium podziału wzajemność świadczeń, strony zawierające umowę zobowiązują się do wzajemnych świadczeń, natomiast prawa (np. przyznanie koncesji) lub obowiązki wynikające z aktu administracyjnego mają charakter jednostronny⁹⁰³.

Po szóste, na co zwrócił uwagę W. Rüfner, kryterium różnicującym może być źródło powstania obowiązku nałożonego na obywatela. Jeżeli obowiązek ten określa norma prawna, wtedy zastosowanie znajdzie konkretyzujący ją akt administracyjny. Jeśli zaś niezbędna jest zgoda obywatela na nałożenie na niego obowiązku niewynikającego z ustawy, wówczas zawrzeć należy umowę administracyjną. Poglądowi temu zarzucono, że nie rozwiązuje on właściwie kwestii rozgraniczenia form działania administracji, ponieważ nałożone na podstawie umowy obowiązki nie są pozbawione podstawy prawnej. Problematyczne okazało się również użycie sformułowania „obowiązki obywatela określone przez normę prawną”, ponieważ w przypadku norm, do których

(https://publicgovernance.de/media/PG_Fruehjahr%202020_Verwaltung_im_digitalen_Zeitalter.pdf, 26.04.2022).

⁹⁰¹ Institut für den öffentlichen Sektor (red.), *Nicht beim Onlinezugang stehen bleiben – Potenziale der Automatisierung nutzen*. Berlin 2018, s. 9 (https://publicgovernance.de/media/Policy_Paper_Automatisierung.pdf, 25.04.2022).

⁹⁰² W. Bosse, *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 44.

⁹⁰³ Tamże, s. 35.

odnosi się uznanie administracyjne, obowiązki nie są określone przez normę, lecz przez organ administracji publicznej, który posiada możliwość wyboru spośród kilku rozwiązań przewidzianych przez ustawę⁹⁰⁴. Z zarzutem tym można jednak polemizować i wykazać brak jego konsekwencji. Stricte językowa wykładnia sformułowania „obowiązki obywatela określone przez normę prawną” prowadzi bowiem do wniosku, że wszystkie obowiązki przewidziane w normach prawnych określane są przez organ administracji publicznej wydający określony akt, konkretyzujący prawa i obowiązki konkretnego adresata. Wydaje się zatem, że mniej dyskusyjny byłby pogląd W. Rüfnera, gdyby zamiast mówić o „obowiązku określonym przez normę prawną” użył sformułowania „obowiązku wywiedzionego z normy prawnej”.

Po siódme, umowa różni się od aktu administracyjnego stopniem wpływu strony umowy na treść czynności prawnej, co stanowi pochodną relacji, w której pozostają podmiot administrujący i administrowany. Jeżeli obopólne oświadczenia woli cechuje przymiot równorzędności, a więc obywatel może współdecydować o treści czynności prawnej, wówczas spełnione są przesłanki do zawarcia umowy. Jeżeli natomiast potrzebne jest tylko współdziałanie obywatela, które nie determinuje treści czynności prawnej, wtedy mamy do czynienia z aktem administracyjnym wymagającym współdziałania⁹⁰⁵. W sytuacji gdy oświadczenie woli nie jest wymagane, organ administracji publicznej wydaje akt administracyjny.

Po ósme, umowa administracyjna cieszy się „zwiększoną trwałością” po jej zawarciu w sytuacji, gdy jest ona dotknięta wadą, która nie ma charakteru kwalifikowanego. O ile niezgodne z prawem akty administracyjne można sprawnie wyeliminować z obiegu prawnego, m.in. wnosząc odpowiedni środek zaskarżenia, o tyle w przypadku umów administracyjnych naruszenie prawa pozbawione charakteru kwalifikowanego nie skutkuje nieważnością umowy. Brak możliwości powołania się na przesłankę nieważności umowy sprawia, że nawet niezgodna z prawem umowa jest skuteczna i właściwie nie można jej wycofać z obiegu prawnego⁹⁰⁶.

Próbując dokonać syntezy przedstawionych wyżej poglądów, można spróbować wytyczyć granicę oddzielającą umowę administracyjną od aktu administracyjnego stosując kryterium nadawania sensu rzeczywistości społecznej poprzez faktyczne

⁹⁰⁴ Tamże, s. 31.

⁹⁰⁵ Tamże, s. 32.

⁹⁰⁶ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 539 i n.

wspólne (tj. przez podmiot administrowany i administrujący) konkretyzowanie norm prawnych stanowiących podstawę do sprecyzowania skutków prawnych, do wywołania których zmierza czynność prawna. W przypadku prawdziwych umów administracyjnych nie chodzi zatem o abstrakcyjny potencjalny stopień wpływu obywatela na treść zawieranej umowy, lecz o faktyczne urzeczywistnienie się komunikacyjnego potencjału prawa, stanowiącego zbiór „reguł, za pośrednictwem których władza i społeczeństwo, organy państwowe, instytucje społeczne i poszczególne jednostki mogą się wzajemnie komunikować i szukać konsensualnych form rozstrzygania swoich konfliktów i problemów”⁹⁰⁷. W tym ujęciu umowa stanowi metodę porozumiewania się ludzi, będąc jednocześnie przeciwieństwem aktu administracyjnego, którego pierwszoplanowa rola polegała na sprawowaniu władzy przez administrację nad obywatelami. Przeciwieństwem komunikacyjnej wizji prawa jest zatem instrumentalna koncepcja prawa, na której opiera się wykreowane w dobie onnipotentnego państwa władcze rozstrzygnięcie, które wymusza na obywatelu określone zachowanie⁹⁰⁸, determinując w ten sposób stosunki społeczne⁹⁰⁹.

Jednocześnie pamiętać należy o takich sytuacjach, w których akt administracyjny nie da się w żaden sposób zastąpić umową administracyjną. Do sytuacji takich zaliczyć można przykładowo egzamin adwokacki czy egzamin na prawo jazdy⁹¹⁰.

Porównanie umowy administracyjnej z aktem administracyjnym pozwala również dostrzec, że pewne elementy konstrukcyjne aktu administracyjnego sprawiają, iż czasami może być on instytucją elastyczniejszą niż umowa administracyjna. Zgodnie z § 37 ust. 2 VwVfG akt administracyjny może być wydany w formie elektronicznej, pisemnej, ustnej lub w inny sposób. Oznacza to, że w sytuacjach nagłych, wymagających przykładowo nakazu policyjnego, akt administracyjny jest narzędziem gwarantującym sprawniejsze działanie organu, ponieważ wybór formy działania uzależniony jest od uznania administracyjnego. Natomiast w myśl art. 57 VwVfG zawarcie umowy administracyjnej wymaga formy pisemnej, o ile przepisy prawa nie przewidują innej formy (np. formy aktu notarialnego)⁹¹¹. Jednocześnie nie wolno stracić z pola widzenia

⁹⁰⁷ A. Nita, *Porozumienia...*, dz. cyt., s. 33.

⁹⁰⁸ Tamże, s. 31.

⁹⁰⁹ Tamże, s. 15.

⁹¹⁰ Zob. wypowiedź G. Püttnera cyt. w W. Spannowsky, *Grenzen...*, dz. cyt., s. 71, przypis nr 42.

⁹¹¹ T. Kalenborn, *Staatliche Kooperation...*, dz. cyt., s. 311 i n. oraz s. 312, przypis nr 1317. Na marginesie warto wspomnieć, że literaturze reprezentowany jest pogląd, w myśl którego w przypadku niezachowania formy pisemnej umowy administracyjnej, skutkującego jej nieważnością, czynność taką można

zalet wynikających z wymogu pisemności charakterystycznego dla umów. Sporządzone na piśmie umowy administracyjne pozwalają bowiem realizować funkcję kontrolną, dowodową oraz ostrzegawczą. Ponadto, jak słusznie zauważa T. Kalenborn, umów administracyjnych nie zawiera się w nagłych sytuacjach, gdyż wymagają one zastanowienia się nad treścią stosunku prawnego, który będzie satysfakcjonował strony podpisujące umowę⁹¹². Natomiast konieczność złożenia podpisu pod umową rodzi kolejne problemy natury prawnej. W doktrynie nie ma bowiem zgody co do kwestii jedności dokumentu (niem. *Urkundeneinheit*). Zagadnieniem spornym jest, czy wszystkie oświadczenia umowne należy przedstawić w jednym dokumencie, który powinien zostać podpisany przez strony zawierające umowy, czy też wystarczające są oddzielne pisma, które się wzajemnie uzupełniają, stanowiąc tym samym spójną umowę⁹¹³.

Nie ulega wątpliwości, że umowa administracyjna jest skutecznym narzędziem służącym modernizacji administracji, w szczególności jeżeli przyjmie się, że jednym z celów tego szeroko zakrojonego działania jest stworzenie administracji bliskiej obywatelowi⁹¹⁴. Pozwala ona bowiem nie tylko na współpracę na linii obywatel – administracja publiczna i na wypracowanie konsensu dotyczącego postanowień umowy, lecz ze względu na swoją elastyczność umożliwia także załatwienie tych spraw, w przypadku których ze względu na stopień ich skomplikowania (bądź ich nietypowość) akt administracyjny nie mógłby spełnić oczekiwań podmiotu administrowanego⁹¹⁵. Pod względem aksjologicznym instytucja umowy administracyjnej najpełniej wciela w życie dwa główne ideały reform administracji niemieckiej: sprawnie działającej administracji publicznej będącej blisko obywatela⁹¹⁶.

W przypadku wątpliwości, czy podjęte przez organ administracji działanie przybrało postać aktu czy umowy administracyjnej, postuluje się zbadanie subiektywnej woli stron. Umowa może bowiem zostać zawarta jedynie za obopólną zgodą stron, która

przekształcić w akt administracyjny (A. Bleckmann, *Zur Dogmatik des Allgemeinen Verwaltungsrechts I. Die Handlungsmittel der Verwaltung in rechtsvergleichender Sicht*. Baden-Baden 1999, s. 268).

⁹¹² T. Kalenborn, *Staatliche Kooperation...*, dz. cyt., s. 312.

⁹¹³ Tamże.

⁹¹⁴ Więcej na temat idei administracji bliskiej obywatelowi zob. H.-U. Derlien, D. Böhme, M. Heindl, *Bürokratietheorie. Einführung in eine Theorie der Verwaltung*. Wiesbaden 2011, s. 191-193.

⁹¹⁵ D. H. Scheuing, *Selbstbindungen der Verwaltung*. „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, nr 40/1982 s. 166.

⁹¹⁶ R. Kusiak-Winter, *W trosce o efektywność: przeobrażenia w kierunku postweberowskiego modelu administracji na przykładzie Niemiec*. „Studia Ekonomiczne Wydziałowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach”, nr 168/2013, s. 135 (<https://www.sbc.org.pl/dlibra/publication/96656/edition/91165/content>, 24.04.2022).

zmierza do wywołania zamierzonych skutków prawnych⁹¹⁷. Brak takiej zgody świadczy o załatwieniu sprawy w formie jednostronnego władczego aktu administracyjnego. Jako nieprzekonujący uznać należy pogląd, w myśl którego cel działania organu administracji i obywatela określić można za pomocą nazwy działania, które nadano określönemu działaniu. Wszak to treść dokumentu determinuje charakter podjętego działania, a nie nazwa dokumentu. Z drugiej jednak strony trudno nie zgodzić się z poglądem, że dysponujący wiedzą specjalistyczną organ potrafi prawidłowo określić podejmowane przez siebie działania⁹¹⁸. Natomiast jako słuszny uznać należy pogląd, że w przypadku, gdy w dokumencie zamieszczono pouczenie o wniesieniu środka zaskarżenia oraz uzasadnienie, wówczas wydany został akt administracyjny⁹¹⁹.

4.2.3. Umowa administracyjna a nieformalne uzgodnienia

Instytucją zbliżoną charakterem do umowy administracyjnej jest instytucja nieformalnych uzgodnień⁹²⁰, które dokonywane są przez administrację publiczną w ramach nieformalnych działań⁹²¹ (niem. *informelles / informales Verwaltungshandeln* lub *informelles Hoheitshandeln*⁹²²). Działania te mają charakter nieformalny, ponieważ

⁹¹⁷ V. Schlette, *Die Verwaltung...*, dz. cyt., s. 184 i n.

⁹¹⁸ Tamże, s. 185.

⁹¹⁹ Tamże; C. Windstoßer, *Vertragsnaturschutz. Ein Verwaltungsinstrument mit ungewisser Zukunft?* Berlin 2008, s. 26.

⁹²⁰ R. Pitschas określa tę formę działania administracji jako „miękkie” formy działania (R. Pitschas, *Verantwortungskoooperation...*, dz. cyt., s. 261). Podkreślić w tym miejscu należy odmiennosć podejść do instytucji nieformalnych uzgodnień w niemieckiej i polskiej doktrynie prawa administracyjnego. O ile doktryna niemiecka podkreśla, że uzgodnienia takie nie mają mocy wiążącej, w polskiej nauce i orzecznictwie przyjmuje się, że „nieformalne uzgodnienie jest rodzajem przyrzeczenia administracyjnego, które dla organu administracji ma charakter prawnie wiążący, którego podstawą prawną będą przede wszystkim zasady ogólne postępowania administracyjnego w postaci obowiązku pogłębiania przez organy administracji zaufania do organów państwa (art. 8 k.p.a.) oraz obowiązku należytego i wyczerpującego informowania przez organy administracji stron o okolicznościach faktycznych i prawnych, mogących mieć wpływ na ustalenie ich praw i obowiązków (art. 9 k.p.a.)” (W. Szydło, *Charakter prawny nieformalnych uzgodnień administracyjnych pomiędzy Prezesem Urzędu Komunikacji Elektronicznej a przedsiębiorcą telekomunikacyjnym i ich sądowa kontrola*. „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu”, nr 495/2017, s. 132).

⁹²¹ Interesującym zagadnieniem związanym z uzgodnieniami nieformalnymi są dokonywane przez strony ustalenia o charakterze z pogranicza legalności, dzięki którym obie strony mogą coś zyskać. Więcej na ten temat zob. W. Hoffmann-Riem, *Selbstbindungen...*, dz. cyt., s. 204-206.

⁹²² Stosowanie przymiotnika „nieformalny” dla określenia tego rodzaju działań administracji spotkało się w literaturze przedmiotu z krytyką, gdyż mogło ono przywozić na myśl działania wątpliwe pod względem prawnym lub etycznym (jak np. kumoterstwo) (D. Song, *Kooperatives Verwaltungshandeln...*, dz. cyt., s. 37, przypis nr 20). W tym kontekście działania nieformalne kojarzono zatem z działaniami, które służyć miały obejściu prawa formalnego. Obecnie jednak pojęcie to tak bardzo rozpowszechniło się w literaturze, że przymiotnik „nieformalny” stracił swoje negatywne konotacje, a ocena działań nieformalnych na linii administracja – obywatel „wypada dziś dużo bardziej pozytywnie niż jeszcze przed kilku laty. Dominuje pogląd, że porozumienia między obywatelem i administracją dotyczące stosowania norm prawnych (...) nie tylko nie są nieświadomie prowokowane przez ustawodawcę, lecz są przez niego zamierzone” (M.

wykraczają one poza typowe prawne formy działania administracji, przybierając postać faktycznych uzgodnień⁹²³. Ponieważ ich podstawę stanowi współpraca organu z obywatelem, określa się je również mianem działań administracyjnych kooperatywnych (kooperacyjnych)⁹²⁴. Działania te załatwiane są bez formalności i nieoficjalnie⁹²⁵. Innymi słowy, ustalenia te podejmowane są w ramach postępowań, które nie są prawnie uregulowane⁹²⁶. Jak podkreśla I.E. Schäfer, działania nieformalne zwiększają autonomię organów administracji publicznej, ponieważ dokonując uzgodnień nieformalnych organy mają szersze pole do działania, które nie podlega politycznemu sterowaniu⁹²⁷. Z drugiej strony możliwość takiego działania rozluźnia zasadę praworządności, która wiąże organy administracji publicznej⁹²⁸.

Wyróżnia się trzy rodzaje uzgodnień, w zależności od celu, któremu służą⁹²⁹:

- uzgodnienia realizujące normy prawne (niem. *normvollziehende Absprachen*), których celem jest praktyczne zastosowanie istniejących regulacji prawnych, jednak bez konieczności posługiwania się przez administrację władczymi formami działania – zmierzają zatem do uniknięcia wydania władczego aktu administracyjnego lub zawarcia umowy administracyjnoprawnej; uzgodnienia tego rodzaju ustalane są na przedpolu postępowania administracyjnego;
- uzgodnienia przygotowujące normy prawne (niem. *normvorbereitende Absprachen*)
- uzgodnienia zastępujące normy prawne (niem. *normvertretende / normersetzende / normvermeidende Absprachen*).

Najbardziej zbliżone do umowy administracyjnej są uzgodnienia zastępujące normy prawne, które zawierane są wówczas, gdy ustawodawca mógłby osiągnąć zamierzony cel uchwalając odpowiednie przepisy prawne, ale zamiast tego dokonuje

Kellner, *Haftungsprobleme...*, dz. cyt., s. 14 i n; zob. też M. Bulling, *Kooperatives Verwaltungshandeln...*, dz. cyt., s. 278).

⁹²³ C. Franzius, *Bundesverfassungsgericht und indirekte Steuerung im Umweltrecht*. „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 126/3/2001, s. 438; H. Maurer, Ch. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 459.

⁹²⁴ K. König, *Rechtliche und tatsächliche Formen des Verwaltungshandelns*, (w:) W. Blümel, W. Bernet (red.), *Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsprozessrecht*. 5 unveränderte Auflage. Speyer 1996, s. 85; J. Rotko, *Działania...*, dz. cyt., s. 52 i n.

⁹²⁵ M. Kellner, *Haftungsprobleme...*, dz. cyt., s. 14.

⁹²⁶ T. Kalenborn, *Staatliche Kooperation...*, dz. cyt., s. 26 i n.

⁹²⁷ I.E. Schäfer, *Bürokratietheorie und Autonomie*, (w:) A. Windhoff-Héritier (red.), *Verwaltung...*, dz. cyt., s. 44.

⁹²⁸ W. Brohm, *Städtebauliche Verträge...*, dz. cyt., s. 321.

⁹²⁹ https://www.soldan.de/media/pdf/d7/7a/ca/9783406714634_LP.pdf, 24.04.2022.

nieformalnych uzgodnień z podmiotami, których dotyczyłyby takie regulacje prawne⁹³⁰. Celem tych uzgodnień jest np. zdefiniowane określonego celu, który musi zostać zrealizowany przez podmioty przystępujące do uzgodnienia. W przypadku, gdy cel ten nie zostanie osiągnięty, nic nie stoi na przeszkodzie, by ustawodawca zaingerował w określoną działalność podmiotów administrowanych poprzez uchwalenie odpowiednich przepisów, których przestrzeganie doprowadzi do osiągnięcia wybranego celu⁹³¹. W przypadku uzgodnień zastępujących normy prawne brane są przez podmiot administrowany pod uwagę regulacje, które jeszcze nie istnieją w porządku prawnym, ale które ustawodawca mógłby uchwalić. Mają one więc charakter norm potencjalnych, a podmiotowi administrowanemu zależy na tym, by nie przekształciły się one w normy faktycznie obowiązujące. O ile zatem umowy administracyjne mogą być zawierane co do zasady wówczas, gdy daną sprawę można załatwić aktem administracyjnym (choć możliwość ta nie stanowi warunku *sine qua non* dla zawarcia umowy administracyjnej) wydanym na podstawie obowiązujących przepisów, o tyle podmioty administrowane zawierające uzgodnienia zastępujące normy prawne zainteresowane są nieobjęciem regulacją prawną określonego stanu faktycznego.

Przeciwieństwem uzgodnień zastępujących normy prawne są uzgodnienia służące przygotowaniu norm prawnych, które stanowią przejaw tzw. „kooperacji ustawodawczej”⁹³². W takiej sytuacji „ustawa ma na celu zrealizować treść wspólnych ustaleń w zakresie szczegółowego katalogu kwestii podlegających regulacji prawnej”⁹³³. Ostatecznym celem tego rodzaju uzgodnienia jest zatem objęcie regulacją prawną określonego stanu faktycznego, przy czym stronami pracującymi nad treścią rozwiązań prawnych są zarówno podmiot administrujący, jak i administrowany. Ten rodzaj uzgodnień jest w literaturze krytykowany przede wszystkim dlatego, że nad treścią ustaw pracuje egzekutywa oraz reprezentanci grup interesów, co oznacza, że rola parlamentu zostaje zredukowana do wyrażenia przewidzianej przepisami prawa zgody na ustalone

⁹³⁰ U. Dempf, *Normvertretende Absprachen. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsverhältnis*. Pfaffenweiler 1994, s. 12.

⁹³¹ F. Shirvani, *Das Kooperationsprinzip...*, dz. cyt., s. 211.

⁹³² D. Hahn, *Der Gesetzgebungsvertrag als Rechtsproblem. Möglichkeiten und Grenzen legislativer Verhaltenszusagen der Bundesregierung gegenüber Privatrechtssubjekten durch Vertrag*. Berlin 2017, s. 56 i n.

⁹³³ F. Shirvani, *Das Kooperationsprinzip...*, dz. cyt., s. 212.

już wcześniej treści⁹³⁴. Taki typ współpracy na przedpolu uchwalania tekstu aktów prawnych określa się w literaturze przedmiotu mianem korporacjonizmu⁹³⁵.

Jak podkreśla U. Dempfle, uzgodnienia mają głównie na celu doprowadzenie do zaniechania wykonywania określonej czynności przez podmiot administrowany negocjujący treść uzgodnienia, choć nie jest wykluczone, że mogą one również zmierzać do wywołania określonego działania podmiotu administrowanego⁹³⁶.

W przeciwieństwie do umów administracyjnych, które zgodnie z § 57 VwVfG muszą być zawierane w sposób pisemny, treść nieformalnych uzgodnień może zostać ustalona w sposób pisemny lub ustny⁹³⁷. Taka dowolność w przypadku uzgodnień nieformalnych łączy się z ich niewiążącym charakterem prawnym oraz z faktem, że nie wywołują one bezpośrednich skutków prawnych⁹³⁸. To z kolei oznacza, że w przypadku uzgodnień jako działań o charakterze faktycznym (a nie prawnym) nie znajdzie zastosowania instytucja nieskuteczności zawartego uzgodnienia, ponieważ uzgodnienia te *per definitionem* nie mają mocy wiążącej⁹³⁹. Nie oznacza to jednak, że jednostka paktująca z organem na przedpolu prawnych działań podejmowanych przez organy administracji publicznej nie podlega żadnej ochronie. Wydaje się, że ochrona zaufania do władzy publicznej stanowi pewnego rodzaju gwarancję wywiązania się administracji ze złożonych obietnic⁹⁴⁰.

Warto również wskazać, iż brak wiążącego charakteru tych uzgodnień nie oznacza braku odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu niewywiązania się strony z ustaleń dokonanych w ramach uzgodnień nieformalnych⁹⁴¹.

⁹³⁴ M. Herdegen, *Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?* „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, nr 62/2003, s. 15 (<https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110922806/html>, 8.11.2022).

⁹³⁵ E.-H. Ritter, *Das Recht...*, dz. cyt., s. 74. Na temat wpływu korporacjonizmu na kulturę polityczną Niemiec zob. D. Dettke, *Grenzen des Korporatismus*, (w:) A. Gourd, T. Noetzel (red.), *Zukunft der Demokratie in Deutschland*. Opladen 2001, s. 197-210.

⁹³⁶ U. Dempfle, *Normvertretende Absprachen...*, dz. cyt., s. 14 i n.

⁹³⁷ Tamże, s. 12. Ze względu na brak wiążącego charakteru prawnego takich porozumień w literaturze pojawiło się pojęcie „wiążącego charakteru faktycznego” takich postanowień (A. Fisahn, R. Viotto, *Formalisierung des informellen Rechtsstaats*. „Kritische Justiz”, nr 39/1/2006, s. 14).

⁹³⁸ H. Maurer, Ch. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 453; T. Siegel, N. Eisentraut, *Der Vertrag im Öffentlichen Wirtschaftsrecht*. „Verwaltungsarchiv”, nr 4/2018, s. 464.

⁹³⁹ M. Kellner, *Haftungsprobleme...*, dz. cyt., s. 132.

⁹⁴⁰ Zob. K. Kłosowska-Lasek, *Działania nieformalne administracji w kontekście jej sprawności*, (w:) D.R. Kijowski, P.J. Suwaj, *Kryzys prawa administracyjnego*. T. I, D.R. Kijowski, A. Miruć, A. Sułwako-Karetko (red.), *Jakość prawa administracyjnego*. Warszawa 2012, s. 132 i n.

⁹⁴¹ M. Kellner, *Haftungsprobleme...*, dz. cyt., s. 329.

Jak podkreśla W. Hoffmann-Riem, niewiążący charakter uzgodnień kompensowany jest ich „pewnym stopniem elastyczności działania”, który w typowych sytuacjach obu stronom daje poczucie bezpieczeństwa, natomiast w sytuacjach kryzysowych i nietypowych pozwala elastycznie reagować. „Partnerzy mogą łatwiej dopasować uzgodnienia do określonych przez siebie ustaleń pod kątem ich optymalizacji, niż byłoby to możliwe w ramach formalnych działań administracji. Z ich punktu widzenia takie ‘podwójnie elastyczne związanie’ stanowi udaną ‘kwadraturę koła’”⁹⁴².

Warto zauważyć, że synalagmatyczny charakter nieformalnych uzgodnień stanowi podstawę kolejnej typologii, która wyróżnia trzy rodzaje intensywności związania stron nieformalnie uzgodnionymi postanowieniami⁹⁴³. Pierwszy rodzaj postanowień (zaliczają się do nich m.in. tzw. *gentlemen's agreements*) ma charakter niewiążący, a ich celem jest sprecyzowanie wspólnych wartości i dążeń⁹⁴⁴. Często cechuje je nieostrość sformułowań, a faktyczna moc wiążąca wynika z poczucia moralności i lojalności⁹⁴⁵. W przypadku drugiego rodzaju postanowień wyróżnionych w ramach tej typologii czynnikiem odgrywającym główną rolę jest czas. Uzgodnienia nieformalne tego rodzaju są bowiem zawierane przede wszystkim w celu utworzenia stabilnej sieci długotrwałych kontaktów. Służą one zapewnieniu „kontynuacji procesów koordynacyjnych, wyważeniu różnych interesów i akceptacji pożądaných rezultatów. Takie relacje [między stronami – W.J.] są często na tyle solidne, że stanowią podstawę stosunku ciągłego, który nie ma na celu wymiany synalagmatycznej i w którym nie ma żadnych podstawowych zobowiązań do wykonania świadczenia, jednak w szczególnych okolicznościach uzasadniona może być należyta staranność”⁹⁴⁶. Przykład tego typu uzgodnień stanowić mogą plany dotyczące rewitalizacji dużych obszarów miejskich. Trzecią grupę postanowień charakteryzują konkretne ustalenia, które mogą przybrać formę umowy zabezpieczającej różne interesy stron (jak np. wzajemne udzielanie informacji czy obowiązek konsultacji), jednak ich cechą charakterystyczną jest to, że nie zawierają sankcji⁹⁴⁷.

⁹⁴² W. Hoffmann-Riem, *Selbstbindungen...*, dz. cyt., s. 203.

⁹⁴³ D. Song w ramach tej typologii wyróżnił tylko dwa rodzaje postanowień: *arrangements* oraz *agreements*. Pierwsze stanowią ustne ustalenia między organem i stroną, których niedotrzymanie nie jest obarczone sankcją. Drugie sporządzane są pisemnie i nierzadko są ogłaszane publicznie, w związku z czym ich niedotrzymanie może wzbudzić negatywne emocje wśród opinii publicznej (D. Song, *Kooperatives Verwaltungshandeln...*, dz. cyt., s. 46).

⁹⁴⁴ M. Kellner, *Haftungsprobleme...*, dz. cyt., s. 12.

⁹⁴⁵ E.-H. Ritter, *Das Recht...*, dz. cyt., s. 75.

⁹⁴⁶ Tamże, s. 75.

⁹⁴⁷ Tamże, s. 75 i n.

Kolejną różnicę między umową administracyjną i nieformalnymi uzgodnieniami stanowi krąg podmiotów, które mogą przystąpić do negocjacji warunków. W przypadku uzgodnień nieformalnych po stronie podmiotu administrowanego nie występuje pojedynczy obywatel, lecz są to z reguły przedsiębiorstwa bądź organizacje sektorowe reprezentujące poszczególne gałęzie przemysłu⁹⁴⁸.

Istotne różnice między dwoma omawianymi instytucjami można stwierdzić również pod kątem materii, które regulują. Uzgodnienia nieformalne dotyczą prawa gospodarczego i prawa ochrony środowiska. Jest to zagadnienie na tyle istotne, że w literaturze przedmiotu regulowana materia stanowiła nawet kryterium podziału uzgodnień nieformalnych. W przypadku prawa gospodarczego nosiły one nazwę gospodarczo-politycznych porozumień samoograniczających (niem. *wirtschaftspolitische Selbstbeschränkungsabkommen*), natomiast w przypadku prawa ochrony środowiska były to porozumienia w zakresie prawa ochrony środowiska (niem. *Absprachen im Umweltrecht*)⁹⁴⁹. Ze względu na różnorodność obszarów prawa administracyjnego, w których zastosowanie mogą znaleźć umowy administracyjne, kryterium przedmiotu regulacji w dogmatyce prawa administracyjnego nie stanowiło kryterium podziału umów.

W literaturze przedmiotu dokonuje się również bardziej szczegółowego podziału uzgodnień nieformalnych, przyjmując za kryterium etap nieformalnej współpracy, na którym znajdują się zawierane uzgodnienia. Pod tym kątem wyróżnia się trzy rodzaje uzgodnień. Uzgodnienia przygotowujące (niem. *Vorbereitungsabsprachen*) mają na celu poinformować wnioskodawcę w kwestii przepisów prawa materialnego i procesowego, w ich ramach wypracowuje się również ustalenia dotyczące najważniejszych punktów współpracy podmiotu administrującego z administrowanym⁹⁵⁰. Kolejnym etapem jest przesłanie przez organ administracji projektu decyzji (niem. *Vorabzuleitung*). Jeśli adresat ma zastrzeżenia co do planowanej treści aktu administracyjnego, na tym etapie współpracy nieformalnej może je zgłosić. Postępowanie kończy się zawarciem uzgodnienia (niem. *Vollzugssubstitut*), w którym podmiot administrowany zobowiązuje się do podjęcia określonych działań na rzecz ochrony środowiska, w zamian za co podmiot administrujący zobowiązuje się do niepodejmowania określonych działań,

⁹⁴⁸ U. Dempfle, *Normvertretende Absprachen...*, dz. cyt., s. 16, 19.

⁹⁴⁹ Tamże, s. 23.

⁹⁵⁰ F. Shirvani, *Das Kooperationsprinzip...*, dz. cyt., s. 210.

których podjęcie ma charakter uznaniowy⁹⁵¹. Ponadto mogą zostać zawarte jeszcze uzgodnienia-ugody (niem. *Vergleichsabsprachen*). Zawierane są one w sytuacji, gdy obie strony uzgodnienia nie mają pewności co do zaistnienia określonych znamion stanu faktycznego (niem. *das Vorliegen bestimmter Tatbestandsmerkmale*), a wydanie obciążającego aktu administracyjnego wiązałoby się z przedłużającymi się sporami prawnymi⁹⁵². Wartością chronioną w tym przypadku jest środowisko, które nie jest narażone na długotrwałe negatywne oddziaływanie ze strony podmiotu administrowanego, ponieważ organ stara się w sposób elastyczny przeciwdziałać niepożądanym skutkom.

Na zakończenie warto wskazać, że jednym z finalnych celów uzgodnień nieformalnych może być zawarcie umowy publicznoprawnej⁹⁵³, a jak zauważa H. Maurer, niektóre uzgodnienia nieformalne na skutek woli stron same z siebie mają charakter umowy⁹⁵⁴.

4.2.4. Umowa administracyjna a faktyczne działania administracji

W przeciwieństwie do wyżej omówionych nieformalnych form działania administracji, które wykazują pewne podobieństwa z instytucją umowy administracyjnej, faktyczne działania administracji (niem. *schlichtes Verwaltungshandeln*) mają z umową najślabszy związek⁹⁵⁵. Na przestrzeni lat w dogmatyce prawa administracyjnego nie wypracowano ogólnie akceptowanej definicji pojęcia „faktyczne działania administracji”, a jak podaje M. Schulte, w orzecznictwie sądów administracyjnych i literaturze spotkać można bogatą paletę określeń stosowanych na oznaczenie tej formy działania administracji, zawierającą m.in. następujące terminy: *Realakte*, *Tatmaßnahmen*, *tatsächliches Verwaltungshandeln*, *tatsächliches Geschehen*, *Tathandlungen*, *tatsächliche Akte*, *schlichtes Verwaltungshandeln*, *schlicht-hochheitliches Verwaltungshandeln*, *die schlichte Verwaltungshandlung*, *die schlichte Verwaltungsäußerung*, *das schlichte Hoheitshandeln*, *die schlichte Hoheitsverwaltung*⁹⁵⁶. Biorąc pod uwagę bogactwo terminologiczne, nie dziwią podejmowane próby stworzenia

⁹⁵¹ Tamże, s. 211.

⁹⁵² Tamże.

⁹⁵³ E. Scheske, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag...*, dz. cyt., s. 450.

⁹⁵⁴ H. Maurer, *Der Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 802.

⁹⁵⁵ Krytycznie na temat różnic pomiędzy nieformalnymi a zwykłymi działaniami administracji wypowiadał się J. Burmeister (J. Burmeister, *Verträge...*, dz. cyt., s. 203 i n.).

⁹⁵⁶ M. Schulte, *Schlichtes Verwaltungshandeln*. Tübingen 1995, s. 19.

typologii faktycznych działań administracji, których celem jest rozgraniczenie wyżej wymienionych pojęć, bez konieczności definiowania odrębnie każdego z nich⁹⁵⁷. Nie bez racji M. Schulte uważa, że główną zaletą takich typologii jest ich wartość heurystyczna, ponieważ pozwalają one m.in. relatywizować pojawiające się problemy oraz służą przygotowaniu ich rozwiązań⁹⁵⁸.

Najogólniej można stwierdzić, że ten rodzaj działań administracji publicznej nie ma na celu wywołania skutku prawnego, lecz zmierza do osiągnięcia pewnego rzeczywistego skutku⁹⁵⁹. Administracja podejmuje tę formę działań, gdy ogłasza publicznie ostrzeżenia określonego rodzaju lub występuje z apelem do obywateli⁹⁶⁰. E. Schmidt-Aßmann do tej grupy działań administracji zalicza również „wstępne porozumienia i uzgodnienia, jakich organy dokonują między sobą lub z osobami prywatnymi, niejako na pograniczu zobowiązań o charakterze umownym”, a także „gromadzenie i przetwarzanie informacji przez administrację”⁹⁶¹. Ustalenia podejmowane w ramach faktycznych działań administracji mają najsłabszą moc wiążącą spośród wszystkich typów działań o charakterze konsensualnym. Jednakże podkreślić należy, że nie są one w tej klasyfikacji traktowane jako formy działania administracji niższej rangi⁹⁶². Po prostu pełnią one inną funkcję na przedpolu stosowania prawa (głównie na przedpolu zawarcia umowy administracyjnej, chociaż działania takie mogą być również podejmowane na przedpolu wydania aktu administracyjnego).

4.3. Funkcje umowy administracyjnej

4.3.1. Istota i podział funkcji instytucji prawnych

W literaturze przedmiotu podkreśla się, że funkcje umowy stanowią pochodną jej celu⁹⁶³. Jak podkreśla J. Wiak, nie dokonując rozróżnienia na rodzaje umów, „Ogólnie pojętym celem umowy jako czynności prawnej jest powstanie, zmiana bądź ustanie stosunku prawnego. Natomiast celem stosunku prawnego jest realizacja obowiązków i

⁹⁵⁷ Omówienie wybranych typologii zob. tamże, s. 21-25.

⁹⁵⁸ Tamże, s. 21 i n.

⁹⁵⁹ C. Schulz, *Staats- und Verwaltungsrecht*, (w:) E. Brandt (red.), *Rechtswissenschaften*. Berlin, Heidelberg 2001, s. 53.

⁹⁶⁰ P.F. Bultmann, *Öffentliches Recht für Wirtschaftswissenschaftler. Verfassungs- und Verwaltungsrechtsökonomik*. Berlin, Heidelberg 2002, s. 154.

⁹⁶¹ E. Schmidt-Aßmann, *Dogmatyka...*, dz. cyt., s. 115.

⁹⁶² E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 269.

⁹⁶³ J. Wiak, *Finansujący jako strona umowy leasingu*. Warszawa 2019, s. 37.

praw stron”⁹⁶⁴. Funkcja może być zatem zdefiniowana jako skutek wywołany przez określone zjawisko (będące na gruncie nauk prawnych określoną instytucją prawną). W zależności od tego, czy określony skutek dzięki zastosowaniu danej instytucji nastąpi czy nie, wyróżnia się instytucje funkcjonalne oraz afunkcjonalne. Jeżeli natomiast instytucja przeciwdziała powstaniu zaplanowanego skutku, wówczas jest dysfunkcjonalna. Ponadto z terminem funkcja wiążą się również zagadnienia ekwiwalentności funkcjonalnej, polegającej na realizacji określonej funkcji przez różne instytucje, oraz wielofunkcyjności, oznaczającej pełnienie różnych funkcji przez określoną instytucję⁹⁶⁵.

W przypadku umów administracyjnych ich funkcję należy postrzegać przez pryzmat działań organów administracji publicznej, zmierzających do realizacji powierzonych im zadań. Przyjmując ideę państwa kooperacyjnego za paradygmatyczny punkt wyjścia dla określenia funkcji umowy administracyjnej, wyróżnić można funkcje o charakterze materialnoprawnym oraz procesowoprawnym, chociaż zaakcentować należy, iż wytyczenie wyraźnej granicy między nimi nie jest możliwe ze względu na ścisły związek prawa materialnego z prawem procesowym.

4.3.2. Materialnoprawne funkcje umowy administracyjnej

Do funkcji realizowanych przez umowę administracyjną na gruncie prawa materialnego należą:

- funkcja normatywna (regulująca), polegająca na regulowaniu stosunków administracyjnoprawnych między podmiotami prawa, ze szczególnym uwzględnieniem stosunków administracyjnoprawnych multipolarnych, dzięki którym zadania administracji publicznej mogą być realizowane w wymiarze makroadministracyjnym⁹⁶⁶;
- funkcja konkretyzacji stosunku administracyjnoprawnego⁹⁶⁷, szczególnie w sytuacji gdy z powodu braku regulacji normatywnej istnieje szerokie pole do negocjacji, które mogą zostać przeprowadzone przez strony⁹⁶⁸;
- funkcja substytucji, polegająca na zastąpieniu jednostronnego władczego aktu administracyjnego lub norm prawnych postanowieniami umownymi;

⁹⁶⁴ Tamże, s. 38.

⁹⁶⁵ K. Sidorkiewicz, *Współczesne ujęcie funkcji państwa*. „Studia Elbląskie”, nr 11/2010, s. 219.

⁹⁶⁶ U. Kaminski, *Die Kündigung...*, dz. cyt., s. 36.

⁹⁶⁷ K. Hoffmann, *Kooperative Raumplanung...*, dz. cyt., s. 20.

⁹⁶⁸ W. Bosse, *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 42.

- funkcja kreacyjna, wiążąca się z przedmiotem zawartej umowy, której treść strony wspólnie ustalają (kreują);
- funkcja uelastycznienia regulacji normatywnych, w ramach których działać może administracja publiczna zgodnie z zasadą praworządności⁹⁶⁹; funkcja ta odgrywa szczególnie ważną rolę w czasach, gdy rzeczywistość społeczna jest coraz bardziej złożona, dlatego „ustawodawca kształtujący sytuację prawną określonego podmiotu nie jest władny dostosować swojej regulacji do sytuacji faktycznej, w której znajduje się każda z jednostek, do których norma jest kierowana”⁹⁷⁰;
- funkcja adaptacyjna, umożliwiająca organom administracji publicznej podejmowanie działań dostosowanych do wymogów zmieniającej się rzeczywistości (której przejaw stanowi wzrost liczby zadań nakładanych na administrację publiczną), m.in. poprzez uzupełnianie za pomocą treści umowy kwestii nieuregulowanych przez ustawodawcę⁹⁷¹,
- funkcja wyrównawcza, polegająca na wyrównaniu pozycji stron, gdy umowę zawierają organ administracji publicznej i jednostka⁹⁷²; realizacja tej funkcji pozwala zredukować występujący z reguły po stronie obywatela (nie będącego zazwyczaj profesjonalistą zawodowo zawierającym umowy na gruncie prawa administracyjnego) deficyt informacji w zakresie skutków prawnych będących następstwem zawartej umowy; funkcja ta stanowi również pochodną zmiany sposobu postrzegania obywatela, który z poddanego administracji przekształcił się w jej partnera będącego samodzielnym podmiotem prawnym, współodpowiedzialnym za treść nawiązywanego stosunku prawnego⁹⁷³;
- funkcja organizacyjna, ponieważ dzięki umowie możliwe jest ustalenie działań partnerów w określonym czasie, z reguły poprzez odniesienie do przyszłości, dzięki czemu działalność administracji nie ogranicza się tylko do interwencji „punktowej”; zawarcie umowy umożliwia stronom określenie okresu trwania umowy (kończącego się

⁹⁶⁹ Por. W. Hoffmann-Riem, *Gesetz und Gesetzesvorbehalt...*, dz. cyt., s. 37.

⁹⁷⁰ A. Nita, *Porozumienia...*, dz. cyt., s. 32. W duchu rozważań przedstawionych przez E.H. Rittera funkcję tę można określić również mianem funkcji dynamizacji prawa (E.-H. Ritter, *Das Recht...*, dz. cyt., s. 71).

⁹⁷¹ Por. W. Krebs, *Verträge...*, dz. cyt., s. 253.

⁹⁷² Strony przystępując do zawarcia umowy cechuje równość stron w ujęciu procesowym. Natomiast nie oznacza to, że strony te dysponują jednakową wiedzą w zakresie przedmiotu umowy, gdyż w procesie zawierania umowy z reguły występuje zjawisko asymetrii informacji (będące efektem przewagi informacyjnej jednej ze stron) (por. E. Gurlit, *Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt., s. 2; W. Hoffmann-Riem, *Gesetz...*, dz. cyt., s. 37; I. Lipowicz, *Nowe zagrożenia...*, dz. cyt., s. 267). Zakres posiadanych informacji obok stopnia opanowania postępowania administracyjnego oraz osobistego prestiżu podmiotu przystępującego do zawarcia umowy administracyjnej zalicza się do niematerialnych zasobów będących w posiadaniu stron i wykorzystywanych w procesie negocjacji postanowień umowy (H. Heinelt, *Vom Verwaltungsstaat...*, dz. cyt., s. 21).

⁹⁷³ H. Maurer, Ch. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, dz. cyt., s. 427.

w przyszłości) oraz przesunięcie realizacji świadczenia na termin określony w przyszłości⁹⁷⁴ albo rozciągnięcie w czasie okresu realizacji świadczenia w przypadku stosunku administracyjnoprawnego o charakterze trwałym⁹⁷⁵,

- funkcja instytucjonalizacji trwałych kontaktów, ponieważ umowa określa wspólnie wypracowane ramowe warunki współpracy, kreując tym samym dobry klimat dla wspólnie podejmowanych działań o charakterze długofalowym⁹⁷⁶,

- funkcja dynamizująca postępowanie administracyjne, polegająca m.in. na usunięciu wątpliwości co do treści umowy i przeszkód utrudniających jej wykonanie na wczesnym etapie kontraktowania oraz na koordynacji interesów i działań stron⁹⁷⁷,

- funkcja kreowania zachowań organów administracji sprzyjających poczuciu pewności prawa, co zmniejsza ryzyko podjęcia niewłaściwej decyzji przez podmiot administrowany, ponieważ sprecyzowanie treści umowy razem z podmiotem administrującym pozwala podmiotowi administrowanemu zapanować nad materią prawną i wyeliminować bądź w znacznym stopniu zmniejszyć niepewność co do znaczenia przepisów prawnych oraz co do interpretacji pojęć nieostrych oraz klauzul generalnych⁹⁷⁸, co w dalszej konsekwencji zapobiega konfliktom między stronami⁹⁷⁹,

- funkcja stabilizacyjna, która wiąże się z normatywizacją umowy administracyjnej, dzięki czemu instytucja ta stanowi transparentną i przewidywalną formę działań administracji publicznej⁹⁸⁰,

- funkcja generatora zaufania związana jest z wiążącą mocą umowy, dzięki której stronom przysługuje prawo do dochodzenia roszczeń z tytułu zawartych umów; w ramach tej funkcji można również mówić o zwiększeniu wśród obywateli stopnia akceptacji dla działań podejmowanych przez organy administracji publicznej⁹⁸¹, co jest szczególnie istotne w sytuacji, gdy organy administracji publicznej mają szeroki margines

⁹⁷⁴ E. Zysset, *Nachträgliche...*, dz. cyt., s. 9.

⁹⁷⁵ Por. P. Krause, *Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung*. „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, nr 45/1987, s. 224 i n. (<https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110892024/html>, 15.01.2022).

⁹⁷⁶ E.-H. Ritter, *Der kooperative Staat...*, dz. cyt., s. 394 i n.

⁹⁷⁷ W. Spannowsky, *Grenzen...*, dz. cyt., s. 50.

⁹⁷⁸ Por. J. Oster, *Das informell-kooperative Verwaltungshandeln...*, dz. cyt., s. 845; F. Shirvani, *Das Kooperationsprinzip...*, dz. cyt., s. 44; W. Spannowsky, *Grenzen...*, dz. cyt., s. 49.

⁹⁷⁹ E. Zysset, *Nachträgliche...*, dz. cyt., s. 9.

⁹⁸⁰ Funkcję tę pełnią wszystkie instytucje prawne (więcej na ten temat zob. H. Klages, *Institutionenentwicklung als Modernisierungsthema*, (w:) A. Benz, H. Siedentopf, K.-P. Sommermann (red.), *Institutionenwandel in Regierung und Verwaltung. Festschrift für Klaus König zum 70. Geburtstag*. Berlin 2004, s. 4).

⁹⁸¹ Tamże; zob. też W. Hoffmann-Riem, *Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe. Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes*. „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 115/3/1990, s. 415 i n.

kształtowania treści umowy; „Regułą jest przy tym to, że im mniej realizacja określonej kwestii przestaje być prostym odzwierciedleniem woli ustawodawcy i zarazem im więcej pozostaje do rozwiązania sprzecznych interesów z nią związanych, to tym bardziej potrzebne jest właśnie opanowanie sztuki osiągania akceptacji podjętej decyzji. Jest to zrozumiałe, jeśli uwzględnić, że w przypadku, gdy porządek prawny nie określa w sposób jasny wzorców postępowania administracyjnego, to na plan pierwszy musi się wysunąć praktykowanie demokracji w jej partycypatywnej odsłonie. Stąd nie zaskakuje, że akceptacja jest tutaj i celem postępowania administracyjnego, i zarazem jego rezultatem”⁹⁸²; w kontekście wzrostu akceptacji działań administracji publicznej warto również przypomnieć spostrzeżenia A. Nity: „(...) w filozofii, teorii oraz w socjologii prawa od dawna dostrzegane są korzyści wynikające z wykorzystywania dialogu dla oddziaływania na treść różnego rodzaju prawnych obowiązków. Dzięki odwołaniu się do takiej metody determinowania stosunków prawnych zwiększa się szansa na to, że zaistniała powinność będzie akceptowana przez podmiot, którego prawa lub obowiązki są przedmiotem regulacji. Porozumiewanie się w procesie kształtowania różnego rodzaju obowiązków sprawia również, że treść w ten sposób wykreowanych powinności jest dostosowana do sytuacji konkretnego podmiotu. To zaś zwiększa prawdopodobieństwo tego, że obowiązek ukształtowany w procesie porozumiewania się zostanie spełniony przez podmiot do tego zobowiązany”⁹⁸³;

- funkcja modernizacji administracji publicznej, gdyż najogólniej rzecz ujmując, zmienia się w powszechnej świadomości sposób postrzegania administracji: obraz władczej administracji zastępowany jest obrazem administracji kooperującej, nastawionej na rozwiązywanie problemów wspólnie z obywatelami, w związku z czym obywatele oczekują nowych form działania administracji umożliwiających poprawę jakości tychże działań⁹⁸⁴,

⁹⁸² T. Würtenberger, J. W. Tkaczyński, *Nowe instrumenty postępowania administracyjnego w Niemczech? Między akceptacją a mediacją*. „Przegląd Prawa Konstytucyjnego”, nr 4 (38)/2017, s. 89 (<https://czasopisma.marszalek.com.pl/images/pliki/ppk/38/ppk3805.pdf>, 8.04.2022). Warto w tym miejscu przypomnieć jeszcze jedno spostrzeżenie zamieszczone w przytoczonej pracy, definiujące instytucję akceptacji działań organów administracji jako narzędzie ich kontroli: „Szczególnie w przypadku postępowania administracyjnego, nie może zatem zabraknąć i tego komentarza, że dla nieostrych uregulowań prawnych możliwość swobody w ich interpretacji lub konkretyzacji powinna jednak znać umiar. (...) Stąd przeciw uznaniowości zakłada się w takim właśnie typie państwa środki jak analizowaną tutaj akceptację i mediację, gdyż zmierzają one w kierunku „maksymalizacji kontroli” sposobu rządzenia” (tamże, s. 99).

⁹⁸³ A. Nita, *Porozumienia...*, dz. cyt., s. 13.

⁹⁸⁴ L. Beyer, *Informationsmanagement...*, dz. cyt., s. 137.

- funkcja aksjologiczna, odzwierciedlająca system wartości kształtujący działalność organów administracji publicznej, które zawierając umowę z obywatelem, podkreślają znaczenie konkretnych wartości, takich jak współpraca i wzajemne zrozumienie na linii administracja publiczna – obywatel⁹⁸⁵,
- funkcja indywidualizacji komunikacji, która przejawiać się może w dwóch aspektach: po pierwsze sprowadza się do indywidualnego podejścia urzędnika do obywatela podczas ustalania treści umowy w procesie komunikacji⁹⁸⁶, po drugie dotyczyć może sposobu komunikacji obywatela z organem administracji publicznej w zależności do stopnia rozwoju społeczeństwa informacyjnego i jego kultury komunikacyjnej⁹⁸⁷,
- funkcja kompensacyjna, ponieważ dzięki umowie można zagwarantować kontraktową ochronę ryzyka planistycznego, uwzględniając w treści umowy możliwość przyznania odszkodowania w sytuacji, gdy oczekiwany wynik planowania nie urzeczywistnił się lub gdy nastąpiła nieoczekiwana zmiana planu⁹⁸⁸,
- funkcja aktywizacyjna, polegająca na zachęcaniu podmiotów gospodarczych do współpracy z organami administracji publicznej, aby w jak najlepszy sposób zaspokoić potrzeby występujące w danym czasie i miejscu lub mogące w określonym miejscu wystąpić w przyszłości oraz obywateli, którzy mogą aktywnie uczestniczyć w kształtowaniu treści decyzji ich dotyczących,
- funkcja informacyjna, która (przede wszystkim w trakcie kształtowania treści stosunku prawnego) sprowadza się do pozyskiwania informacji na temat potrzeb obywateli i podmiotów gospodarczych oraz na temat zasobów będących w ich dyspozycji, a w konsekwencji także do redukcji niepewności w obliczu coraz bardziej złożonej rzeczywistości społecznej⁹⁸⁹,

⁹⁸⁵ Por. S. Kasznica, *Polskie prawo administracyjne. Pojęcia i instytucje*. Poznań 1946, s. 11.

⁹⁸⁶ Proces komunikacji rozumieć należy w przypadku zawierania umowy administracyjnej jako wspólną pracę nad tworzeniem treści zgodnych oświadczeń woli (por. D. Umansky, *Kommunikation kommunaler Verwaltungsbehörden bei der Öffentlichkeitsbeteiligung: Eine qualitative Fallstudie*, (w:) K. Kocks, S. Knorre, J. N. Kocks, *Öffentliche Verwaltung – Verwaltung in der Öffentlichkeit. Herausforderungen und Chancen der Kommunikation öffentlicher Institutionen*. Wiesbaden 2020, s. 143, <https://library.oapen.org/bitstream/id/80397588-bbf2-4ff4-8c61-49c3eaf9603d/1007013.pdf>, 10.04.2022)

⁹⁸⁷ Na temat szans i zagrożeń pod tym względem zob. R. Maier, B. Maier-Schicht, *Verwaltungsombau, Internet, Bürgerdienste und Personalentwicklung als Herausforderungen an die öffentliche Verwaltung*, (w:) C. Thimm (red.), *Soziales im Netz. Sprache, Beziehungen und Kommunikationskulturen im Internet*. Opladen, Wiesbaden 2000, s. 282-284.

⁹⁸⁸ U. Kaminski, *Die Kündigung...*, dz. cyt., s. 38.

⁹⁸⁹ E. Treutner, *Auf dem Weg...*, dz. cyt., s. 50 i n.

- funkcja inicjacyjna, o której można mówić w sytuacji, gdy podmiot administrujący posługuje się umową administracyjną do uregulowania nowych sytuacji⁹⁹⁰.

Z materialnoprawnego punktu widzenia umowa administracyjna może również służyć realizacji zasady ekonomiki postępowania, o której mowa w § 10 VwVfG. Jak podkreśla U. Ramsauer, sytuacja tak może mieć miejsce wówczas, gdy organ podejmuje decyzje np. w ramach uznania administracyjnego uwzględniającego m.in. aspekt gospodarności⁹⁹¹.

4.3.3. Procesowoprawne funkcje umowy administracyjnej

Przedstawienie funkcji procesowoprawnych poprzedzić należy kilkoma uwagami natury dogmatycznej. O ile funkcje materialnoprawne mają charakter ogólny, o tyle funkcje procesowoprawne mają charakter szczególny, ponieważ wiążą się z określonym typem umowy, której charakter prawny w doktrynie jest sporny. Dlatego też warto najpierw przyrzeć się temu szczególnemu rodzajowi umowy, aby móc następnie odpowiedzieć na pytanie, czy instytucja ta jest funkcjonalna czy nie (a jeżeli nie, to czy jest afunkcjonalna czy dysfunkcjonalna) i w jakim zakresie.

Jak już wcześniej wyjaśniono, § 55 VwVfG reguluje administracyjnoprawną umowę ugody, do której odnoszą się również postanowienia § 106 VwGO. Na gruncie VwGO instytucja ta określana jest mianem ugody procesowej (niem. *Prozessvergleich*) lub ugody sądowej (niem. *gerichtlicher Vergleich*). Na potrzeby dalszych rozważań analizie poddana zostanie instytucja umowy procesowej (sądowej), chociaż uwagi poniższe w znacznym zakresie odnoszą się również do administracyjnoprawnej umowy ugody.

Zgodnie z § 106 VwGO spór prawny może być w całości lub części zakończony poprzez zawarcie przez strony postępowania ugody zgłoszonej do protokołu sądu lub upoważnionego sędziego, o ile mogą one dysponować przedmiotem ugody. Ugoda sądowa może być także zawarta w ten sposób, że strony przyjmą propozycję złożoną w formie postanowienia przez sąd, sędziego przewodniczącego albo sprawozdawcę,

⁹⁹⁰ Funkcja ta nawiązuje do typologii odpowiedzialności administracji opracowanej przez E. Schmidt-Aßmanna (E. Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, nr 34/1976, s. 232 i n., <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110902976/html>, 15.08.2022).

⁹⁹¹ U. Ramsauer, *Kommentar zu § 10 VwVfG*, (w:) F.O. Kopp, U. Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz...*, dz. cyt., s. 313. Zob. też M. Reicherzer, *Reform...*, dz. cyt., s. 113.

dokonując tego pisemnie lub w oświadczeniu do protokołu na rozprawie ustnej przed sądem. Obecne brzmienie tego przepisu stanowi efekt dwóch nowelizacji dokonanych na przestrzeni minionych 5 lat, których celem było uproszczenie formy zawarcia ugody sądowej. Przedostatnia nowelizacja tego przepisu wprowadzona została na mocy art. 20 ustawy wprowadzającej akta elektroniczne w wymiarze sprawiedliwości i służącej dalszemu promowaniu elektronicznego obrotu prawnego z dnia 5 lipca 2017 r.⁹⁹² Zmiana dotyczyła zastąpienia w pierwszym zdaniu § 106 VwGO słowa „pisemnie” słowami „do protokołu”. Ostatnia zmiana uregulowana została w art. 5 ustawy regulującej limit kwotowy niedopuszczalności skarg w sprawach cywilnych, rozszerzającej specjalizację w sądach oraz zmieniającej inne przepisy proceduralne z dnia 12 grudnia 2019 r.⁹⁹³ Dotyczyła ona dodania w drugim zdaniu § 106 VwGO po słowie „pisemnie” słów „lub w oświadczeniu do protokołu lub w oświadczeniu do protokołu na rozprawie ustnej”. Celem wprowadzonych zmian było uproszczenie formy zawierania ugody poprzez jej odformalizowanie.

Zawierając ugodę procesową strony dokonują wzajemnych ustępstw, które polegać mogą na rezygnacji z istniejących albo wyrażeniu zgody na nowe zobowiązania bądź na modyfikacji istniejących ustaleń. Dostrzegając znaczenie ugody jako instrumentu optymalizacji postępowania sądowoadministracyjnego ustalono w doktrynie, że postanowienia ugody mogą nie tylko wykraczać poza granice sprawy sądowej, ale także odnosić się do roszczeń prywatnoprawnych, a nawet roszczeń przeciwko osobom trzecim, które nie uczestniczyły w postępowaniu⁹⁹⁴. „Natomiast strony nie mogą w ramach ugody ustalić decyzji sądu polegającej na nałożeniu kary pieniężnej przez sąd w przypadku niespełnienia zobowiązania”⁹⁹⁵.

Dzięki ugodzie procesowej możliwe jest zatem konsensualne rozwiązanie sporu, dzięki czemu dochodzi do deeskalacji konfliktu między stronami. Procesowy skutek zawarcia przez strony ugody przejawia się zatem także w odciążeniu sądu, zwłaszcza w sytuacji gdy to strony zaproponują treść ugody (w ten sposób przejawia się funkcja optymalizacji postępowania sądowoadministracyjnego). Ponadto podkreślić należy, że

⁹⁹² Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 5.06.2017 (BGBl. I 2017, s. 2208).

⁹⁹³ Gesetz zur Regelung der Wertgrenze für die Nichtzulassungsbeschwerde in Zivilsachen, zum Ausbau der Spezialisierung bei den Gerichten sowie zur Änderung weiterer prozessrechtlicher Vorschriften vom 12.12.2019 (BGBl. I 2019, s. 2633).

⁹⁹⁴ W.-R. Schenke, *Gerichtlicher Vergleich* (§ 106), (w:) tenże (red.), *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*. 26., neu bearbeitete Auflage. München 2020, s. 1320 i n.

⁹⁹⁵ Tamże, s. 1321.

zawarta przed sądem umowa ugody nie tylko bezpośrednio kończy postępowanie sądowe (nie trzeba jej w żaden sposób zatwierdzać)⁹⁹⁶, ale także, zgodnie z § 168 VwGO, jako tytuł wykonawczy stanowić może podstawę egzekucji administracyjnej⁹⁹⁷.

Jak już wcześniej wspomniano, charakter umowy ugody zawieranej w postępowaniu sądowoadministracyjnym jest w doktrynie sporny. Wyróżnić można w tej kwestii trzy stanowiska. W zależności od przyjętej perspektywy umowa ta ma charakter⁹⁹⁸:

- wyłącznie materialnoprawny,
- wyłącznie procesowoprawny lub
- charakter mieszany (niem. *die Doppelnatur des Prozessvergleiches*).

Z punktu widzenia materialnoprawnego ugoda procesowa służy do usunięcia materialnoprawnych podstaw sporu, natomiast do zakończenia sporu pod kątem procesowym dochodzi niejako „przy okazji” załagodzenia sporu.

Zwolennicy poglądu o procesowoprawnej naturze analizowanej instytucji uważają, że jej celem jest zakończenie postępowania sądowoadministracyjnego, z którym nie wiążą się żadne skutki materialnoprawne.

Przedstawiciele trzeciego, dominującego, poglądu stoją na stanowisku, że zawarcie umowy ugody wywołuje skutki zarówno na płaszczyźnie prawa materialnego, jak i procesowego.

Biorąc pod uwagę fakt, że celem zawarcia ugody jest zakończenie sporu, słuszność należy przyznać zwolennikom koncepcji o mieszanym charakterze umowy ugody, ponieważ skutki procesowe stanowią następstwo działań podjętych na płaszczyźnie materialnoprawnej, tym samym pozostają ze sobą w nierozdzielalnym związku przyczynowo-skutkowym, w którym zakończenie sporu skutkuje zakończeniem postępowania sądowoadministracyjnego. Jak zauważa M. Dolderer, „Umowa ugody procesowej jako instrument działania konsensualnego zawiera w sobie oba wymiary [tj. materialnoprawny i procesowoprawny – W.J.]. Pod względem procesowym czyni ona

⁹⁹⁶ M. Dolderer, *Gerichtlicher Vergleich* (§ 106), (w:) H. Sodan, J. Ziekow (red.), *Nomos-Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung*. T. III, Baden-Baden 2003, s. 4.

⁹⁹⁷ Tamże, s. 5.

⁹⁹⁸ J. Zeising, *Rechtsfrieden durch Vergleich? – Voraussetzungen und Wirksamkeit von Prozessvergleichen*. „Neue Justiz“, nr 9/2011, s. 353 i n. (https://www.neue-justiz.nomos.de/fileadmin/neue-justiz/doc/Aufsatz_NJ_11_09.pdf, 11.04.2022).

sądowe – autorytatywne – rozstrzygnięcie sporu dlatego zbędnym, że pod względem materialnoprawnym spór już nie istnieje”⁹⁹⁹.

Przyjęcie założenia o mieszanym charakterze ugody umowy nie jest prawnie indyferentne, gdyż ma istotne znaczenie z punktu widzenia skuteczności jej zawarcia, a w dalszej kolejności wpływa na określenie jej funkcjonalności. Umowa ugody może zostać skutecznie zawarta wówczas, gdy zostaną spełnione zarówno przesłanki procesowe, jak i wymogi materialnoprawne dotyczące zawarcia umowy administracyjnej. Z procesowoprawnego punktu widzenia, aby ugoda była skuteczna, musi zostać zwarta przed sądem rozpatrującym sprawę, a strony muszą posiadać zdolność sądową i procesową. Pod kątem materialnoprawnym zawierana ugoda musi spełniać wymogi określone w § 54 VwVfG lub w odpowiednich przepisach znajdujących się w krajowych ustawach o postępowaniu administracyjnym. W przypadku braku odpowiednich regulacji zastosować należy § 779 BGB¹⁰⁰⁰.

Oznacza to, że jeśli po zawarciu umowy ugody któryś z wymogów następczo nie zostanie spełniony (np. gdy nie dojdzie do zawarcia umowy administracyjnoprawnej na skutek podważenia złożonego wcześniej umownego oświadczenia woli na podstawie § 55 VwVfG w związku z § 119 BGB), wówczas umowa ugody jest nieważna (§ 119 BGB). Nie ulega wątpliwości, że dopuszczenie możliwości podważenia zawartej umowy ugody na podstawie powołania się na wady oświadczenia woli obniża pewność obrotu prawnego, a także skutkować może spadkiem zaufania do sądu administracyjnego, który w oczach obywatela powinien być gwarantem trwałości umowy ugody, skutkującej realizacją jej postanowień.

Mając powyższe rozważania na względzie wymienić można następujące procesowoprawne funkcje umowy ugody:

- funkcję optymalizacji postępowania, na którą składają się funkcja uproszczenia postępowania sądowoadministracyjnego (a w przypadku umowy ugody uregulowanej na gruncie VwVfG uproszczenia postępowania jurysdykcyjnego) oraz funkcja przyspieszenia postępowania sądowoadministracyjnego (odpowiednio jurysdykcyjnego); zdaje się nie ulegać wątpliwości, że jedną z nadrzędnych wartości prawa administracyjnego (w tym w szczególności prawa umów administracyjnych) powinien

⁹⁹⁹ M. Dolderer, *Gerichtlicher Vergleich...*, dz. cyt., s. 7.

¹⁰⁰⁰ W.-R. Schenke, *Gerichtlicher Vergleich...*, dz. cyt., s. 1321.

być pragmatyzm postępowania administracyjnego¹⁰⁰¹ i sąwodoadministracyjnego przejawiający się m.in. w odformalizowaniu procedur administracyjnych, tak aby przeciętny obywatel, zmuszony do radzenia sobie z różnymi przejawami porządku administracyjnoprawnego w codziennym życiu, nie czuł się zagubiony w gąszczu hermetycznie sformułowanych przepisów;

- funkcję tytułu wykonawczego, dzięki któremu możliwe jest przeprowadzenie egzekucji administracyjnej bez zbędnej zwłoki,

- pochodną właściwie realizowanej funkcji optymalizacji postępowania jest funkcja wizerunkowa – w przypadku ugody procesowej sędziowie sądów administracyjnych (a w powszechnej świadomości sądy administracyjne) dzięki stosowaniu tej instytucji w praktyce mogą budować pozytywne relacje z obywatelami, wskazując na pozytywną rolę kontroli sąwodoadministracyjnej w procesie administrowania; natomiast w przypadku ugody administracyjnoprawnej urzędnicy mogą wcielać w życie aksjologiczny postulat wyrażony przez Z. Duniewską, zgodnie z którym „Prawo administracyjne nie jest prawem administracji, nawet tej wybranej w demokratycznym państwie prawnym. Jest prawem ludzi i dla ludzi, godzących się na jej funkcjonowanie w ich imieniu, nie dla jej pożytku, ale dla dobra wspólnego sprawiedliwie zrównoważonego z dobrem jednostki”¹⁰⁰².

¹⁰⁰¹ W literaturze przedmiotu spotkać można różne definicje pojęcia „pragmatyzm postępowania administracyjnego” (zob. J. Wegner-Kowalska, *Idea pragmatyzmu w postępowaniu administracyjnym*, (w:) J. Zimmermann (red.), *Aksjologia prawa administracyjnego*. Warszawa 2017, Lex/el.). Na potrzeby dalszych rozważań przyjęto, iż pod pojęciem tym rozumieć należy postawę „polegającą na dążeniu do doboru takich narzędzi służących realizacji celów i założeń postępowania, które uwzględniają w najszerszym stopniu wymagania efektywności działania, rozpatrywanej przez pryzmat jego podstawowych składników: skuteczności, sprawności i ekonomiczności” (Z. Kmiecik, *Pragmatyzm postępowania administracyjnego*, (w:) W. Jakimowicz, M. Krawczyk, I. Niżnik-Dobosz (red.), *Fenomen...*, dz. cyt., Lex/el.).

¹⁰⁰² Z. Duniewska, *W kwestii czynników kształtujących prawo administracyjne*, (w:) J. Supernat (red.), *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi*. Wrocław 2009, s. 117.

Rozdział V

Niemiecka umowa administracyjna jako wzorzec regulacji dla polskiego projektodawcy

5.1. Koncepcja umowy administracyjnej w polskiej doktrynie prawa administracyjnego – rys historyczny

Wprowadzenie kodeksowej regulacji umowy administracyjnej do polskiego porządku prawnego od dawna postulowane jest przez przedstawicieli doktryny prawa administracyjnego. Jak zauważają B. Dolnicki i R. Cybulska, szczególną okazją do zmian na płaszczyźnie normatywnej było wejście Polski do Unii Europejskiej, „która stale stosuje formę umów publicznoprawnych podpisanych przez komisję i rządy państw członkowskich”. Przegapienie tej szansy sprawiło, że „coraz bardziej odczuwany jest brak jednolitej koncepcji umów publicznych, a co za tym idzie, brak ustawowej regulacji wielu zagadnień normujących zawarcie i realizację tego typu umów, brak trybu rozpatrywania sporów między stronami oraz wyraźnie określonych konsekwencji niewywiązywania się przez którąś ze stron z zaciągniętych zobowiązań¹⁰⁰³. Pogląd na temat braku jednolitej koncepcji umów administracyjnych w Polsce oraz skutków takiego stanu rzeczy stanowi w krajowej literaturze przedmiotu stały motyw rozważań poświęconych umowie administracyjnej¹⁰⁰⁴.

Jak natomiast pokazuje praktyka administracyjna, instytucja ta jest niezbędna dla prawidłowego funkcjonowania organów administracji, ponieważ daje im możliwość elastycznego działania. Potrzebę tę w pewnym zakresie stara się zaspokoić ustawodawca, wprowadzając punktowo, w pojedynczych aktach prawnych instytucję umowy, która służyć ma załatwieniu określonej sprawy lub realizacji wyodrębnionego zadania. Nie ulega zatem wątpliwości, że współcześnie w administracji publicznej rozwija się zjawisko kontraktualizmu¹⁰⁰⁵, które ze względu na brak charakteru systemowego podlega

¹⁰⁰³ B. Dolnicki, R. Cybulska, *Nowe dwustronne formy działania administracji publicznej – zagadnienia wybrane*, (w:) J. Zimmermann (red.), *Koncepcja...*, dz. cyt., s. 453.

¹⁰⁰⁴ Zob. np. L. Staniszevska, *Umowy publicznoprawne – konstrukcja, metody regulacji i zakres zastosowania w aspektach prawnoporównawczych*, (w:) S. Pawłowski (red.), *Umowy...*, dz. cyt., s. 161; A. Trela, *Powierzanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej a swoboda zawierania umów*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, z. 3/2015, s. 258).

¹⁰⁰⁵ Jak wyjaśnia A. Modrzejewski, „Znaczący wzrost zastosowania umowy jako narzędzia działania administracji publicznej nosi miano kontraktualizmu, a także konsensualizacji, prywatyzacji czy też konwencjonalizacji” (A. Modrzejewski, *Kontraktualizacja w globalnym i europejskim prawie administracyjnym*, (w:) D.R. Kijowski, P.J. Suwaj (red.), *Kryzys prawa administracyjnego?* T. III, A. Doliwa, S. Prutis (red.), *Wypieranie prawa administracyjnego przez prawo cywilne*. Warszawa 2012, s. 220).

krytyce¹⁰⁰⁶. Punktowe rozwiązania nie zastąpią bowiem generalnej regulacji kodeksowej, a jak podkreśla S. Pawłowski, „brak holistycznego podejścia skutkuje niemalże dowolnością ich [tj. umów publicznoprawnych – W.J.] normatywnego ujmowania, co nie sprzyja pewności prawa i nie pogłębia zaufania do państwa i stanowionego przez niego prawa”¹⁰⁰⁷. Z kolei K. Rożek zauważa, że brak regulacji kodeksowej skutkuje tworzeniem się w ramach kategorii umów „trudnych do jednoznacznego sklasyfikowania swoistych hybryd, co niesie za sobą powstanie problemów związanych nie tyle z brakiem możliwości kategoryzacji nowych tworów prawnych, ale przede wszystkim z ich odpowiednim i umiejętnym stosowaniem w ramach konkretnej już sprawy i, co ważniejsze, z zapewnieniem należytej ochrony prawnej, w tym sądowej, stronom takich umów”¹⁰⁰⁸. Mimo licznych argumentów przemawiających za normatywizacją umowy administracyjnej w k.p.a., ustawodawca pomysłu tego nie realizuje. Warto zatem przyrzeć się rozwojowi polskiej myśli dogmatycznej poświęconej instytucji umowy administracyjnej, by zastanowić się, czy ta konsensualna forma działania administracji faktycznie stanowi współcześnie niezbędny element procedury administracyjnej i w jakim stopniu została ona zainspirowana doktryną niemiecką.

W celu przeanalizowania wpływu niemieckiej myśli dogmatycznej¹⁰⁰⁹ na poglądy polskiej doktryny w kwestii znaczenia tej instytucji dla polskiej procedury administracyjnej przedstawione zostaną najpierw poglądy krajowej doktryny na temat normatywizacji umowy administracyjnej w krajowym porządku prawnym, następnie analiza skoncentruje się na relacjach zachodzących współcześnie między decyzją administracyjną i umową cywilną, która w Polsce stosowana jest w ramach postępowania administracyjnego jako zamiennik umowy administracyjnej. Dalsze rozważania poświęcone zostaną recepcji rozwiązań niemieckich w trakcie prac nad projektami ustaw wprowadzających instytucję umowy administracyjnej do krajowego porządku prawnego.

¹⁰⁰⁶ Por. P. Bieś-Srokosz, *Tendencje zmian prawnych form realizacji zadań publicznych*, (w:) J. Jagielski, M. Wierzbowski (red.), *Prawo administracyjne dziś i jutro*. Warszawa 2018, s. 196.

¹⁰⁰⁷ S. Pawłowski, *Wstęp*, (w:) tenże (red.), *Umowy...*, dz. cyt., s. 12.

¹⁰⁰⁸ K. Rożek, *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym jako przykład umowy hybrydowej*, (w:) J. Zimmermann (red.), *Pogranicze...*, dz. cyt., s. 205.

¹⁰⁰⁹ Ograniczenie rozważań do wpływu rozwiązań niemieckich nie oznacza, że inne porządki prawne nie inspirują polskiej myśli dogmatycznej do badań nad umową administracyjną. Zob. np. B. Gryziak, *Umowy podatkowe w państwie prawa – projekt nowej Ordynacji podatkowej na tle doświadczeń włoskich (cz. 2). Państwo prawa*. „Doradztwo Podatkowe - Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych”, nr 9/2019, s. 10-13 (<https://isp-bisp.pl/resources/html/article/details?id=193555>, 6.07.2022); M. Szewczyk, *Umowy...*, dz. cyt., s. 36-38.

Podobnie jak przed laty w niemieckiej doktrynie prawa publicznego (a później prawa administracyjnego) umowa administracyjnoprawna była przedmiotem spornych poglądów, tak i wśród przedstawicieli polskiej doktryny instytucja ta wywoływała i do dziś wciąż wywołuje kontrowersje, a mimo przeważających głosów opowiadających się za jej wprowadzeniem do k.p.a. pozostaje ona jedynie postulatem czekającym na zrealizowanie. Jest to zastanawiające o tyle, że inne koncyliacyjne metody działania administracji publicznej (ugoda i mediacja) zostały już prawnie uregulowane na gruncie ustawy z dnia 14.06.1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (dalej: k.p.a.)¹⁰¹⁰ oraz ustawy z dnia 30.08.2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (dalej: p.p.s.a.)¹⁰¹¹.

Jak przypominał A. Panasiuk, jeszcze w okresie międzywojennym przeciwnikiem koncepcji kontraktu administracyjnego był W.L. Jaworski, który negował „potrzebę tworzenia umów publicznoprawnych, przy możliwości powszechnego stosowania koncepcji aktu administracyjnego”¹⁰¹². W podobnym tonie wypowiadali się S. Kasznica, M. Zimmermann oraz B. Walawski¹⁰¹³.

W okresie powojennym zwolennikami umowy administracyjnej byli m.in. J.S. Langrod oraz J. Filipek¹⁰¹⁴. Jednym z badaczy, który rozważał kwestię umowy administracyjnej jako formy działania administracji w dobie PRL, był J. Łętowski. Wyrażony przez niego w 1978 r. pogląd, zgodnie z którym „Problem tzw. umów administracyjnych w (...) nauce polskiego prawa administracyjnego nie jest dotychczas

¹⁰¹⁰ T.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 775.

¹⁰¹¹ T.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1634. W doktrynie uwagę koncyliacyjnym metodom działania poświęcili m.in.: P. Bieś-Srokosz, P. Błasiak, *Ugoda administracyjna w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania administracyjnego. Refleksje na temat konsensualnej formy działania w administracji publicznej*, „Przegląd Prawa Publicznego”, nr 6/2018, s. 98-102; B. Chludziński, *Regulacja mediacji w postępowaniu sądowoadministracyjnym po nowelizacji z 2017 roku*, „Przegląd Prawa Publicznego”, nr 7-8/2023, s. 103-115; A. Dauter-Kozłowska, *Stosowanie mediacji w postępowaniu administracyjnym i sądowoadministracyjnym*, „Przegląd Prawa Publicznego”, nr 1/2020, s. 71-88; M. Jaśkowska, *Nowe instytucje w kodeksie postępowania administracyjnego a ochrona uprawnień jednostki*, (w:) A. Tarwacka, (red.), *Tempora mutantur cum legibus. Księga jubileuszowa z okazji 20-lecia Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie*, Warszawa 2019, s. 13-18; J. Wegner-Kowalska, *Mediacja w sprawach administracyjnych – pytania i wątpliwości*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego”, nr 6 (75)/2017, s. 40-53. Z opracowań monograficznych na ten temat zob. m.in.: W. Federczyk, *Mediacja w postępowaniu administracyjnym i sądowoadministracyjnym*, Warszawa 2013; A. Kocot-Łaszczyca, G. Łaszczyca, *Mediacja w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 2018; I. Socha, *Ugoda administracyjna a wady oświadczenia woli*, „Przegląd Prawa Publicznego”, nr 1/2018, s. 55-64; M. Wierzbowski, *Mediacja w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, (w:) M. Szewczyk, L. Staniszevska, M. Kruś (red.), *Kierunki...*, dz. cyt., s. 155-160.

¹⁰¹² A. Panasiuk, *Umowa publicznoprawna (próba definicji)*, „Państwo i Prawo”, nr 2/2008, s. 18.

¹⁰¹³ Tamże, przypis nr 2.

¹⁰¹⁴ L. Staniszevska, *Zagadnienia...*, dz. cyt., s. 141.

w zasadzie opracowany, a samo pojęcie „umowy administracyjnej” lub „umowy publicznoprawnej” nie znalazło dotychczas drogi ani do ustawodawstwa, ani do dzieł naukowych”¹⁰¹⁵ [do dziś pozostaje](#) w dużej mierze aktualny. Zainspirowany rozważaniami T. Öhlingera na temat umowy administracyjnoprawnej w Austrii, J. Łętowski już na wstępie swojego opracowania podkreślił, że o ile organy administracji powinny móc zawierać umowy jako takie, o tyle nie dostrzegał on potrzeby „uadministracyjnienia” tej instytucji w Polsce i przychylił się do wyrażanego w dobie PRL przez większość administratywistów poglądu, iż „możliwe i potrzebne jest upowszechnienie tej formy działania bez zmiany jej materialnoprawnego (a szczególnie chyba procesowoprawnego) charakteru: umowa jest i powinna pozostać formą cywilnoprawną (prywatnoprawną)”¹⁰¹⁶. Pogląd taki wydaje się uzasadniony, jeśli weźmie się pod uwagę brak rozróżnienia w prawie administracyjnym okresu PRL administracji władczej i administracji prywatno-gospodarczej (które występowało w Austrii i Niemczech). Jak wyjaśnił J. Łętowski, „W ustroju socjalistycznym podział ten traci w ogóle uzasadnienie, skoro gospodarka jest uspołeczniona, działalność gospodarcza wykonywana jest przede wszystkim przez przedsiębiorstwa państwowe, a sektor prywatny w gospodarce (poza rolnictwem) stanowi w gruncie rzeczy ekonomiczny margines. Stąd też zarządzanie gospodarką jest w socjalistycznym systemie polityczno-ekonomicznym zadaniem administracji państwowej”¹⁰¹⁷. Choć umowa administracyjna mogła regulować szerszy zakres spraw aniżeli tylko kwestie ekonomiczne między administracją i obywatelem, nie podejmowano wówczas prób „przeszczepienia” tej instytucji na grunt prawa administracyjnego, zadowalając się rozwiązaniem, które proponowało prawo cywilne. Ogromne zasługi w tym zakresie miał J. Starościak, dzięki którego pracom zwrócono uwagę na możliwości wykorzystania instrumentów cywilnoprawnych w funkcjonowaniu administracji¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁵ J. Łętowski, *Umowa jako forma działania administracji w PRL*. „Annales UMCS”, Sectio G, nr XXV/11/1978, s. 159.

¹⁰¹⁶ Tamże, s. 160. Dyskusja na temat organów administracji posługujących się w swej działalności prawnymi formami działania charakterystycznymi dla prawa prywatnego toczyła się również w Niemczech. Więcej na ten temat zob. R. Loeser, *Verwaltung in Privatrechtsform?* „Der Staat”, nr 27/3/1988, s. 453-460 (tekst ten stanowi jednocześnie recenzję pracy habilitacyjnej D. Ehlersa (D. Ehlers, *Verwaltung in Privatrechtsform*. Berlin 1984).

¹⁰¹⁷ J. Łętowski, *Umowa...*, dz. cyt., s. 162. Podobne stanowisko reprezentował J. Starościak, który „odrzucał możliwość włączenia umowy administracyjnej (umowy publicznoprawnej) do katalogu form działania administracji w państwie socjalistycznym, stwierdzając, że tego rodzaju konstrukcja prawna nie występuje w prawie żadnego państwa socjalistycznego” (P. Przybysz, *Umowa jako forma działania administracji w świetle poglądów profesora Jerzego Starościaka*, (w:) J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun (red.), *Umowy...*, dz. cyt. s. 127).

¹⁰¹⁸ J. Łętowski, *Umowa...*, dz. cyt., s. 165.

Szczególnie mocno zaakcentować należy fakt, że już w okresie PRL analizowano związki występujące między decyzją administracyjną i umową cywilnoprawną. Ta ostatnia, gdy była zawierana przez organ administracji z obywatelem, nie stanowiła w pełni samodzielnej formy, lecz związana była z aktem administracyjnym. Jako przykład J. Łętowski podał postępowanie w sprawach obrotu nieruchomościami, które składało się z dwóch faz: postępowania administracyjnego oraz zawarcia umowy cywilnoprawnej. Pierwszy etap dotyczył ustalenia osoby przyszłego nabywcy nieruchomości oraz nieruchomości, która miała zostać sprzedana. Faza ta kończyła się wydaniem w trybie k.p.a. decyzji administracyjnej. Druga faza to sprzedaż nieruchomości, do której dochodziło w formie notarialnej umowy cywilnoprawnej, której stronami były organ administracji oraz obywatel legitymujący się decyzją wydaną w pierwszej fazie¹⁰¹⁹. Na tle takiego związku występującego między decyzją administracyjną i umową cywilnoprawną pojawiło się zagadnienie ważności umowy cywilnoprawnej zawartej przed notariuszem w przypadku uchylecia ostatecznej decyzji organu administracyjnego stanowiącej podstawę zawarcia umowy. Jak wskazywał autor, „Wykształciły się dwie grupy stanowisk. Pierwsza sprowadzała się do tego, że uchylene decyzji powoduje niejako automatycznie nieważność opartej na niej umowy; druga — broniła samodzielnego bytu umowy cywilnej, argumentując, że skutki prawne decyzji wyczerpują się z chwilą zawarcia umowy, że w tym momencie rodzi ona samodzielne i niezależne od decyzji stosunki prawne, a wreszcie, że względy pewności obrotu wymagają, aby zawarta notarialnie umowa sprzedaży nieruchomości dawała obywatelowi niejako „mocniejsze” prawo niż tylko to, które płynie dlań z ostatecznej decyzji administracyjnej”¹⁰²⁰. Powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego, J. Łętowski wskazał, że uchylene ostatecznej decyzji organu administracji stanowiącej podstawę zawarcia umowy cywilnej „nie może automatycznie powodować nieważności umowy; niemniej okoliczności, z powodu których uchylene nastąpiło, mogą mieć znaczenie dla oceny w świetle prawa cywilnego ważności umowy sprzedaży lub dopuszczalności uchylene się od skutków prawnych zawartego w niej oświadczenia woli”¹⁰²¹.

Na pojawienie się w polskim porządku prawnym pojedynczych regulacji przypominających umowę administracyjną zwrócił uwagę w roku 1987 D. Kijowski,

¹⁰¹⁹ Tamże, s. 166.

¹⁰²⁰ Tamże, s. 167.

¹⁰²¹ Tamże.

który włączenie tej instytucji do polskiego prawa administracyjnego datuje na rok 1982, kiedy uchwalono ustawę z dnia 26.02.1982 r. o planowaniu społeczno-gospodarczym¹⁰²². W tym okresie „coraz częściej pojawiają się tak w aktach prawnych jak i w praktyce różnego rodzaju umowy o dość nietypowej konfiguracji”¹⁰²³. Ich odmienność charakteryzują dwa elementy. Po pierwsze, jedną ze stron zawierających ten nowy typ umowy jest organ administracji państwowej. Po drugie, każda z tych umów „ma organiczny, bezpośredni związek z wykonywaniem przez organ administracji państwowej ich podstawowych funkcji. Związek ten jest tak silny, że umowy te nie mogłyby być wykorzystywane poza sferą administracji państwowej”¹⁰²⁴. Ten nierozzerwalny związek umowy z realizacją podstawowych funkcji organu administracji państwowej sprawiał, że ich analizę, zdaniem autora, przeprowadzić należało w nawiązaniu do instytucji umowy administracyjnoprawnej. „Tym bardziej że przynależność niektórych, niedawno wprowadzonych konstrukcji do czynności li tylko cywilnoprawnych nie jest wcale taka jednoznaczna”¹⁰²⁵. Na brak takiej jednoznaczności wskazywał np. administracyjny (ustalony władczo i jednostronnie) obowiązek partycypowania przez jednostki gospodarki uspołecznionej w kosztach rozbudowy infrastruktury terenowej. Obowiązek taki wynikał z art. 64 ust. 5 ustawy o systemie rad narodowych i dotyczył umów zawieranych przez wojewodów z jednostkami gospodarki uspołecznionej¹⁰²⁶.

Analizując nowe typy umów, D. Kijowski zwrócił uwagę na jednostronność regulacji, które nie przyznawały ochrony prawnej jednostkom kontraktującym z administracją. Ochronę taką uznał on za niezbędną w następujących sytuacjach¹⁰²⁷:

- gdy organ administracji nie spełnił świadczenia, do realizacji którego się zobowiązał.
- gdy realizowane przez organ administracji świadczenie było niezgodne z zawartą umową.

¹⁰²² Dz.U. z 1982 r., nr 7, poz. 51.

¹⁰²³ D. Kijowski, *W sprawie charakteru prawnego umów zawieranych przez organy administracji*. „Państwo i Prawo”, nr 6/1987, s. 77. W tym kontekście J. Wyporska-Frankiewicz wskazuje także na regulacje zawarte w uchwale nr 180 RM z dnia 12 grudnia 1983 r. w sprawie zamówień rządowych na realizację szczególnie ważnych zadań z zakresu rozwoju nauki i techniki, M.P. Nr 42, poz. 239 (J. Wyporska-Frankiewicz, *Publicznoprawne formy...*, dz. cyt., s. 238, przypis nr 41).

¹⁰²⁴ D. Kijowski, *W sprawie...*, dz. cyt., s. 77.

¹⁰²⁵ Tamże. Odmienne stanowisko w tej kwestii zajął Z. Kmiecik (Z. Kmiecik, *Umowa cywilnoprawna i porozumienie administracyjne jako formy działania organów administracji w sferze zarządzania gospodarką narodową*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, z. 3/1987, s. 161-167).

¹⁰²⁶ D. Kijowski, *W sprawie...*, dz. cyt., s. 79 i n.

¹⁰²⁷ Tamże, s. 80.

- gdy organ administracyjny pozbawił stronę umowy administracyjnoprawnego świadczenia, które przyznane zostało na podstawie umowy.

Trudności z uzyskaniem ochrony prawnej przez samodzielne jednostki gospodarcze miały dwojaką naturę. Z jednej strony świadczenia, do których w umowie zobowiązał się organ administracji, miały charakter jednostronnych władczych działań administracyjnoprawnych, w związku z czym spory powstające na tle niewywiązania się z umowy nie mogły być traktowane jako sprawy cywilne. Z kolei zwykłe środki administracyjne D. Kijowski postrzegał jako niewystarczające, ponieważ o ile samodzielne jednostki gospodarcze mogły znaleźć „ochronę prawną przed działaniami organów administracji przybierających postać decyzji administracyjnej”, o tyle wciąż problematyczna pozostawała kwestia „ochrony przed działaniami przybierającymi inne formy prawne oraz przed uchylaniem się organów administracyjnych od podjęcia rozstrzygnięcia obiecanego w umowie”¹⁰²⁸. Rozwiązań problemów pojawiających się na skutek wprowadzania poszczególnych rodzajów umów autor ten poszukiwał wśród „koncepcji teoretycznych i normatywnych, znanych od wielu lat za granicą, a u nas nie tylko nie stosowanych, ale uznanych wręcz za niedopuszczalne i niemożliwe do pogodzenia z pryncypiami ustrojowymi. Chodzi mianowicie o umowy administracyjne”¹⁰²⁹. Analizie poddane zostały dwa modele umów: francuski (fr. *contrat administratif*) oraz niemiecki. Zastanawiając się nad celowością adaptacji tych koncepcji na grunt polskiego prawa administracyjnego, D. Kijowski zasadniczo odrzucił model francuski, wskazując, że w przypadku regulacji stosunków między równorzędnymi podmiotami administrującymi lepiej niż rozwiązanie francuskie sprawdzają się polskie tradycyjne umowy i porozumienia administracyjne. Natomiast postulował przejęcie rozwiązań wypracowanych na gruncie zachodnioniemieckiej koncepcji umów wymiany, uzasadniając ten pomysł w sposób następujący: „Praktycznie większość wątpliwości i zastrzeżeń zgłoszonych pod adresem zamówień rządowych oraz umów przewidzianych w nowej ustawie o radach narodowych można by rozwiązać przy wykorzystaniu przez orzecznictwo, doktrynę i ustawodawstwo konstrukcji tego rodzaju umowy. Dotyczy to takich kwestii, jak sposób i tryb rozstrzygania sporów powstających na tle realizacji publicznoprawnych obowiązków i uprawnień wynikających z umowy, a także ustalania zakresu dopuszczalności czynienia z kompetencji podmiotów administracji państwowej

¹⁰²⁸ Tamże.

¹⁰²⁹ Tamże, s. 81.

przedmiotu umowy z przedsiębiorstwem państwowym, spółdzielczym, organizacją społeczną, a nawet obywatelem”¹⁰³⁰. Swoje rozważania D. Kijowski zakończył postulatem wprowadzenia do polskiego porządku prawnego kompensacyjnych umów administracyjnych. Proponowana nazwa tej umowy wynikała stąd, że na podstawie wyrażonych oświadczeń woli „samodzielne jednostki gospodarcze rezygnują z części swej swobody, dokonują dobrowolnego swego rodzaju opcji na rzecz interesu społecznego (lokalnego lub ogólnonarodowego), a uzyskują w zamian obietnicę podjęcia takich działań przez organ administracji, które leżą w interesie tej jednostki (...)”¹⁰³¹. Swoboda zawierania takich umów powinna być ograniczona jedynie przepisami, które stałyby na przeszkodzie do jej zawarcia. Do przeniesienia zachodnioniemieckiej koncepcji na grunt polski mogło dojść na dwa sposoby: albo mógł tego dokonać NSA, orzekając o legalności decyzji administracyjnych, które wydane zostały w związku z zawartą umową kompensacyjną, albo można było wprowadzić generalną regulację do k.p.a.¹⁰³² Co się zaś tyczy zakresu kompetencji organów rozstrzygających spory, powinien on wyglądać następująco:

- w zakresie merytorycznego określenia mocy wiążącej oraz treści umowy administracyjnej orzekać powinien sąd administracyjny,
- w kwestii ewentualnego odszkodowania z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy orzekać miały sądy powszechne lub komisje arbitrażowe¹⁰³³.

Celem postulowanych przez D. Kijowskiego zmian było przede wszystkim zabezpieczenie interesów prawnych podmiotów, które przystępowały do zawarcia umowy z administracją, co z kolei mogło zwiększyć ich skłonność do wchodzenia w stosunki umowne z organami administracji¹⁰³⁴. Do dziś postulaty te nie zostały zrealizowane, natomiast rozważania przedstawione przez D. Kijowskiego należą do kanonu literatury administracyjnoprawnej poruszającej problematykę umowy administracyjnoprawnej w polskim porządku prawnym.

Kwestii powrotu polskiej administracji publicznej do niewładczych form działania w latach 90. minionego wieku poświęcił uwagę W. Chróścielewski, podkreślając w tym kontekście znaczenie umów cywilnoprawnych. Opierając się na

¹⁰³⁰ Tamże, s. 86.

¹⁰³¹ Tamże, s. 86 i n.

¹⁰³² Tamże, s. 87.

¹⁰³³ Tamże.

¹⁰³⁴ Tamże.

ogólnych założeniach doktryny, autor ten stwierdził, „że stosunki cywilnoprawne, z uwagi na równorzędną pozycję ich podmiotów, a także możliwość pertraktacji mających na celu ustalenie wszystkich istotnych elementów umowy, o wiele lepiej służą ochronie praw podmiotowych jednostki niż stosunki administracyjnoprawne. Przy zawiązywaniu tych ostatnich stosunków organ administracji publicznej narzuca swoją wolę jednostce – korzysta z uprawnień wypływających z przysługującego mu władztwa”¹⁰³⁵. Samą umowę administracyjną W. Chróścielewski postrzegał jako instytucję z pogranicza prawa cywilnego i administracyjnego. Sama instytucja miała bowiem rodowód prywatnoprawny, natomiast jej charakter administracyjnoprawny wynikał z faktu, iż stroną ją zawierającą był organ administracji, a celem jej zawarcia realizacja zadań nałożonych na ten organ¹⁰³⁶. Natomiast przyjmując za kryterium podziału umów stosowanych przez organy administracji stopień ingerencji norm prawa administracyjnego w treść i formę umowy, autor ograniczył się do stwierdzenia, że wyróżnić można różne typy umów – od regulowanych tylko na gruncie prawa cywilnego do takich, gdzie przeważają elementy regulacji administracyjnoprawnej. Swoje rozważania w kwestii umów administracyjnoprawnych W. Chróścielewski podsumował stwierdzeniem, że „Tego typu umowa w polskim prawie administracyjnym nie występuje”¹⁰³⁷.

W 2001 r. na łamach pisma „Państwo i Prawo” opublikowany został artykuł B. Dolnickiego poświęcony analizie dogmatyczno-prawnej niemieckiej umowy administracyjnej¹⁰³⁸. W podsumowaniu autor słusznie zauważył, że umowa administracyjna „jest obca polskiemu systemowi prawnemu” oraz zwrócił uwagę na fakt, że „w doktrynie nie podjęto dotychczas szerszej dyskusji nad istotą i przydatnością tej instytucji prawnej we współczesnym państwie”¹⁰³⁹. Wśród badaczy, którzy zagadnieniu temu poświęcili uwagę, B. Dolnicki wymienił dwa nazwiska: J. Łętowskiego oraz L. Wengler¹⁰⁴⁰.

¹⁰³⁵ W. Chróścielewski, *Imperium a gestia w działaniach administracji publicznej*. „Państwo i Prawo”, nr 6/1995, s. 50.

¹⁰³⁶ Tamże, s. 53.

¹⁰³⁷ Tamże. Konkluzja ta zostaje jednak zaopatrzona w przypis odsyłający do stanowiska reprezentowanego przez S. Biernata, „który uważa, iż w przypadku umów, w wyniku których następuje przekazanie podmiotowi publicznemu wykonywania zadań publicznoprawnych wraz z kompetencją do stosowania władczych form działania mamy do czynienia z umową administracyjnoprawną” (tamże).

¹⁰³⁸ B. Dolnicki, *Umowa publicznoprawna w prawie niemieckim*. „Państwo i Prawo”, nr 3/2001, s. 79-86.

¹⁰³⁹ Tamże, s. 86.

¹⁰⁴⁰ Tamże, przypis nr 23.

Swoisty brak zainteresowania w krajowej doktrynie konsensualnymi formami działania administracji o charakterze administracyjnoprawnym B. Dolnicki uzasadniał względami metodologicznymi. Jako że polska nauka prawa administracyjnego nie uznawała „powszechnie akceptowanego w doktrynie zachodnioeuropejskiej dualizmu prawa publicznego i prawa prywatnego”, pomijała tym samym „analizę teoretycznych podstaw i konsekwencji owego dualizmu norm prawnych”¹⁰⁴¹. Podsumowując rozważania poświęcone niemieckiej umowie publiczno-prawnej, wspomniany autor wyraził nadzieję, iż jego artykuł zapoczątkuje dyskusję „nad przydatnością w polskim systemie prawnym umowy publicznoprawnej (administracyjnej) zawieranej między organami administracji a obywatelami”¹⁰⁴².

Biorąc pod uwagę liczbę cytowań¹⁰⁴³ wspomnianego wyżej tekstu B. Dolnickiego, niewątpliwie można wyjść z założenia, że do spopularyzowania niemieckiej koncepcji umowy administracyjnej w znacznym stopniu przyczynił się ten właśnie artykuł, w którym omówione zostały następujące kwestie:

- definicja legalną umowy publicznoprawnej,
- charakter umów publicznoprawnych,
- podział umów ze względu na różne kryteria,
- wzajemne relacje między aktem administracyjnym i umową administracyjną,
- warunki zawarcia umowy administracyjnej,
- nieważność umowy administracyjnej,
- wpływ zmiany okoliczności na trwałość umowy administracyjnej,
- roszczenia przysługujące stronom w przypadku niespełnienia świadczenia przez kontrahenta.

W opublikowanym w 2008 r. tekście A. Panasiuka znaleźć można krótki przegląd stanowisk dotyczących kwestii normatywizacji umowy publicznoprawnej w Polsce. Pomysł ten popierali m.in. T. Beresiewicz, J.S. Langrod, S. Biernat, T. Rabska, Z. Cieślik, J. Zimmermann, J. Lemańska, H. Knysiak-Molczyk¹⁰⁴⁴. Niemiecka myśl dogmatyczna przewija się w większości wypowiedzi, na które w swojej pracy powołuje się A. Panasiuk. Jako przykład może posłużyć pogląd E. Ochendowskiego, którego zdaniem

¹⁰⁴¹ Tamże, s. 86.

¹⁰⁴² Tamże.

¹⁰⁴³ Po wpisaniu tytułu artykułu B. Dolnickiego na stronie www.lex.pl pojawia się 30 tytułów prac (głównie monografii), w których powołano się na ten tekst (dane z dnia 6.07.2022).

¹⁰⁴⁴ A. Panasiuk, *Umowa publicznoprawna...*, dz. cyt., s. 19 i n.

„umowa administracyjna charakteryzuje się tym, że może być zawarta z podmiotem, w stosunku do którego w innym przypadku musiałby być wydany akt administracyjny. Jest to więc niejako surogat aktu administracyjnego, występujący zawsze tam, gdzie równocześnie można zastosować formę aktu administracyjnego”¹⁰⁴⁵ – taka definicja umowy administracyjnej to parafraza art. 54 VwVfG.

M. Rypina i M. Wierzbowski w opublikowanym artykule o charakterze postulatywnym, odwołując się do poglądów doktryny, podkreślili, że instytucja umowy administracyjnej, którą ewidentnie należy wprowadzić do polskiego systemu prawa administracyjnego, powinna zostać skonstruowana w oparciu o niemiecką publicznoprawną umowę subordynacyjną¹⁰⁴⁶. Autorzy wskazali, że „Nadanie ram prawnych wzajemnym ustaleniom podmiotu administrującego i administrowanego, a więc usankcjonowanie wzajemnych ustępstw i zobowiązań o charakterze publicznoprawnym, mogłoby w prosty sposób zakończyć niejedną długotrwałą i zawiłą sprawę. Zawarcie jednej umowy administracyjnej mogłoby też kończyć wiele różnych postępowań administracyjnych tej samej strony, toczących się przed tym samym organem administracji publicznej. W praktyce bowiem niektórzy przedsiębiorcy działający w silnie regulowanych obszarach gospodarki bywają - w tym samym czasie - stroną kilkudziesięciu lub nawet więcej postępowań administracyjnych i sądowych (przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, sądami apelacyjnymi i Sądem Najwyższym lub przed sądami administracyjnymi, w zależności od trybu zaskarżania rozstrzygnięć danego organu administracji - regulatora). Prowadzi to do stanu trudno wyobrażalnej niepewności prawnej”¹⁰⁴⁷. Ponadto umowa administracyjna mogłaby również zastąpić decyzję administracyjną (i wówczas przysługiwałaby jej powaga rzeczy osądzonej), gdyby została zawarta między potencjalną stroną postępowania a właściwym organem administracyjnym na etapie przed wszczęciem sformalizowanego postępowania. Ponieważ główna funkcja zasady *res iudicata* sprowadza się do ochrony stabilności prawnej jednostki¹⁰⁴⁸, podmiot administrowany uzyskałby pewność, że jego sytuacja prawna ukształtowana na podstawie umowy w przyszłości nie zostanie

¹⁰⁴⁵ Tamże, s. 20.

¹⁰⁴⁶ M. Rypina, M. Wierzbowski, *Umowa z organem w postępowaniu administracyjnym*. „Państwo i Prawo”, nr 4/2010, s. 15.

¹⁰⁴⁷ Tamże, s. 18.

¹⁰⁴⁸ K. Łuczak, *Konstrukcja rei iudicatae decyzji administracyjnej (w kodeksie postępowania administracyjnego)*. „Kwartalnik Prawa Publicznego”, nr 12/4/2012, s. 97.

zmieniona na drodze decyzji administracyjnej zawierającej odmienne ustalenia¹⁰⁴⁹. Ponadto autorzy postulowali, by¹⁰⁵⁰:

- uczynić przedmiotem umowy administracyjnej pewne zobowiązania, które dotyczyłyby przyszłych rozstrzygnięć organów administracji,
- rozważyć kwestię, czy przedmiotem umowy nie mogłyby być zobowiązania wykraczające poza sferę prawa publicznego (jak np. dokonanie przez stronę określonych inwestycji),
- zastanowić się, czy strony w umowie mogą dobrowolnie poddać się karze.

Wprowadzenie do polskiego porządku prawnego instytucji umowy administracyjnej M. Rypina i M. Wierzbowski uzasadniają koniecznością zwiększenia ochrony prawnej podmiotu administrowanego¹⁰⁵¹. Potrzeba ta jest konieczna zwłaszcza w sytuacji, gdy w sposób konsensualny dochodzi do zakończenia sporu między organem i obywatelem na drodze porozumienia ustnego, które później nie jest respektowane. Ponadto, jak podkreślają autorzy, „O ile jeszcze stosunkowo łatwo jest „wypracować” obopólną zgodę strony i organu na treść mającej zapasć określonej decyzji administracyjnej w toczącym się już postępowaniu administracyjnym, to zupełnie niemożliwe do wyegzekwowania są porozumienia, które mogłyby, korzystając z zasady *res iudicata*, zamykać podmiotowi administrującemu drogę do wydania w przyszłości decyzji o określonej treści”¹⁰⁵².

Na liczne zalety związane z zawarciem umowy administracyjnej przez organ administracji z obywatelem wskazywała również A. Krawczyk w artykule zamieszczonym w *Gazecie Prawnej*, co można potraktować jako formę popularyzacji tej konsensualnej formy działania wśród prawników i innych osób zainteresowanych prawem. Jak stwierdziła autorka na podstawie analizy obcych systemów prawnych, umowa administracyjna sprawdza się w sytuacjach złożonych i nietypowych. Ponadto obywatel kontraktujący z administracją aktywnie uczestniczy w procesie kształtowania treści umowy, dzięki czemu czuje się współodpowiedzialny za kształt kontraktu, co z

¹⁰⁴⁹ M. Rypina, M. Wierzbowski, *Umowa...*, dz. cyt., s. 18 i n.

¹⁰⁵⁰ Tamże, s. 19.

¹⁰⁵¹ Tego rodzaju rozważania wpisują się w szerszą dyskusję na temat ochrony praw nabytych przez jednostkę, która w polskiej literaturze przedmiotu prowadzona jest głównie w oparciu o prawa nabyte na podstawie aktu administracyjnego (zob. np. Ł. Prus, *Zmiana i uchylenie aktów administracyjnych organów Unii Europejskiej – modele teoretyczny i normatywny*. „Rocznik Administracji Publicznej”, nr 3/2017, s. 109-127. Zob. też E. Skorczyńska, *Pogranicze administracyjno-cywilne*, (w:) J. Zimmermann (red.), *Integralność prawa administracyjnego. Perspektywa polska*. Warszawa 2019, s. 236.

¹⁰⁵² M. Rypina, M. Wierzbowski, *Umowa...*, dz. cyt., s. 26.

kolei skutkuje zwiększoną skłonnością do akceptacji wypracowanych wspólnie z organem administracji ustaleń. A. Krawczyk zwróciła również uwagę na aspekt ekonomiczny kontraktowania, podkreślając, że zawarcie umowy administracyjnej może sprzyjać oszczędności kosztów w sytuacji, gdy wyeliminowane zostaną spory na tle ukształtowanego nią stosunku administracyjnoprawnego¹⁰⁵³.

J. Wyporska-Frankiewicz uzasadniała konieczność wzbogacenia katalogu prawnych form działania administracji o umowę postępującymi przeobrażeniami ustrojowymi. Ich efektem było m.in. reaktywowanie samorządu terytorialnego i nałożenie na niego znacznej części zadań publicznych, których realizacja ze względu na brak dostatecznych środków finansowych wiązała się z ich prywatyzacją¹⁰⁵⁴. To z kolei wymagało przyjęcia postawy partnerskiej wobec podmiotów, które zainteresowane były realizacją tychże zadań¹⁰⁵⁵. Jednocześnie zauważyć należy, iż przywiązanie autorki do istniejącego porządku administracyjnoprawnego sprawia, że postuluje ona uzupełnienie prawnej formy działania administracji w postaci umowy cywilnoprawnej oraz porozumień o umowę subordynacyjną, dzięki której z jednej strony możliwe byłoby określenie uprawnień bądź obowiązków obywatela, z drugiej zaś zobowiązanie się organu administracji do wydania aktu administracyjnego określonej treści¹⁰⁵⁶. Biorąc pod uwagę fakt, iż (ze względu na brak dbałości ustawodawcy o zachowanie czystości konstrukcji prawnych we wprowadzanych rozwiązaniach normatywnych) już obecnie porozumienia administracyjne przypominają bardziej umowy cywilnoprawne¹⁰⁵⁷, uzasadniona może okazać się obawa, iż wprowadzenie do porządku prawnego kolejnej instytucji, bez nakreślenia wyraźnych konturów konstrukcji już istniejących, przyczyni się do większego chaosu w sposobie regulacji konsensualnych form działania administracji publicznej¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵³ A. Krawczyk, *Reforma KPA: Umowa alternatywą dla decyzji w sprawie indywidualnej*. „Gazeta Prawna”, 29 lipca 2015 r. (<https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/885665,reforma-postepowania-administracyjnego-umowa-jako-alternatywa-dla-decyzji-w-sprawie-indywidualnej.html>, 30.06.2022).

¹⁰⁵⁴ J. Wyporska-Frankiewicz, *Publicznoprawne formy...*, dz. cyt., s. 16.

¹⁰⁵⁵ M. Krawczyk, *Podstawy władztwa administracyjnego*. Warszawa 2016, s. 334.

¹⁰⁵⁶ J. Wyporska-Frankiewicz, *Publicznoprawne formy...*, dz. cyt., s. 243 i n.

¹⁰⁵⁷ Ł. Mikowski, *Prawne formy działania w sferze zarządzania drogami publicznymi*. „Zeszyty Naukowe Dolnośląskiej Wyższej Szkoły Przedsiębiorczości i Techniki w Polkowicach. Studia z nauk społecznych”, nr 6/2013, s. 239 (<http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.cejsh-bdc7cd99-e6bc-41eb-95ec-ac4c74fe620e?q=bwmeta1.element.cejsh-344fbf6f-694d-4b74-b152-39f4286ddb62;11&qt=CHIL-EN-STATELESS>, 30.07.2023).

¹⁰⁵⁸ Zob. np. pogląd P. Wojewskiego, postulującego wprowadzenie wyraźnego rozróżnienia między porozumieniem administracyjnym i umową administracyjną (P. Wojewski, *Porozumienie administracyjne jako prawna forma działania administracji w świetle systemu wdrażania funduszy strukturalnych i*

Z kolei R. Szczepaniak zauważył, że posługiwanie się umową cywilnoprawną przez podmioty prawa publicznego może skutkować omijaniem konstytucyjnych standardów demokratycznego państwa prawa. Autor ten wskazał na dominujący wśród praktyków prawa administracyjnego (w tym wśród sędziów) pogląd, w myśl którego organ administracji posługujący się umową cywilnoprawną „staje się takim samym uczestnikiem obrotu cywilnoprawnego jak jednostka prywatna”¹⁰⁵⁹, co skutkuje zwolnieniem podmiotu administrującego z ograniczeń narzucanych normami prawa administracyjnego organom władzy publicznej¹⁰⁶⁰, w tym wyłączeniem działań stanowiących przedmiot umowy cywilnoprawnej spod kontroli sądowoadministracyjnej¹⁰⁶¹.

Warto także wskazać, że to właśnie umowa administracyjna stanowiła w pewnym zakresie remedium na problemy, z którymi administracja niemiecka borykała się w drugiej połowie XX w., co mogłoby stanowić argument koronny przemawiający za wyposażeniem polskiej administracji w tę konsensualną formę działania. Tym bardziej, że problemy te, jeśli nie są identyczne, to są bardzo podobne. Warto zatem mieć w pamięci słowa A. Panasiuka, który podkreślił, że m.in. w Niemczech „potrzeba kompleksowego oraz elastycznego uregulowania działań administracji w warunkach dynamicznie zmieniających się potrzeb społeczno-ekonomicznych, przy jednoczesnej coraz mniejszej efektywności administracji, znalazła wyraz w regulacji i teorii umowy publicznoprawnej”¹⁰⁶².

W związku z niechęcią polskiego ustawodawcy do kodeksowej instytucjonalizacji umowy administracyjnej pojawia się pytanie, skąd współcześnie bierze się negatywne do niej nastawienie, skoro z aksjologicznego punktu widzenia umowa administracyjna pozwala urzeczywistnić wiele zasad zakotwiczonych w polskim porządku prawnym, takich jak zasada pomocniczości, zasada demokratycznego państwa prawnego czy zasada polubowności¹⁰⁶³.

Funduszu Spójności przez jednostki sektora finansów publicznych. „Białostockie Studia Prawnicze”, nr 25/1/2020, s. 160, http://bsp.uwb.edu.pl/wp-content/uploads/2020/04/BSP25-1_141.pdf, 30.07.2023).

¹⁰⁵⁹ R. Szczepaniak, *Węzłowe problemy stosowania prawa prywatnego w sektorze publicznym.* „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, nr 4/2016, s. 117.

¹⁰⁶⁰ Tamże.

¹⁰⁶¹ S. Gajewski, *Model postępowania w sprawach udzielania świadczeń ze środków publicznych w drodze umowy.* „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego”, nr 2 (59)/2015, s. 34.

¹⁰⁶² A. Panasiuk, *Umowa publicznoprawna...*, dz. cyt., s. 20.

¹⁰⁶³ D. Cendrowicz, *Koncepcja umowy administracyjnej na przykładzie umowy w sprawie realizacji indywidualnego programu wychodzenia z bezdomności*, (w:) M. Szewczyk, L. Staniszevska, M. Kruś (red.), *Kierunki...*, dz. cyt., s. 372.

W przeciwieństwie do Niemiec, gdzie od lat pojawiają się monografie analizujące różne aspekty funkcjonowania umowy administracyjnej, w Polsce zasadniczo brakuje tego typu opracowań. Następstwem tej luki jest „m.in. zróżnicowane nazewnictwo używane na oznaczenie tej prawnej formy działania administracji publicznej, wielość jej rodzajów oraz brak zgodności poglądów na temat możliwości poddania jej kontroli sądów administracyjnych”¹⁰⁶⁴. Warto przypomnieć w tym miejscu zdanie A. Wesołowskiego, który przed laty przyrównał monografię do fotografii rejestrującej aktualny stan określonego przedmiotu badań. „Kilka fotografii tego przedmiotu wykonanych w różnych odstępach czasu pozwala uważnemu obserwatorowi na porównywanie ich, analizowanie i zauważenie zmian, jakie zaszły w tym przedmiocie. Należy więc zadbać o to, aby opis monograficzny określonego przedmiotu był co pewien czas powtarzany”¹⁰⁶⁵. Dotychczas monografia na temat umowy administracyjnej, czy też jej przejawów w polskim porządku prawnym nie powstała. Podkreślić jednak należy, że tematyka ta chętnie jest podejmowana w artykułach przyczynkarskich lub w podrozdziałach prac nt. prawa administracyjnego. Biorąc pod uwagę treść publikowanych na przestrzeni minionych kilkunastu lat opracowań, wyróżnić można dwa główne nurty badawcze:

- pierwszy obejmuje prace analizujące wybrane przepisy z ustawodawstwa zagranicznego (głównie niemieckiego i francuskiego) regulujące umowę administracyjną¹⁰⁶⁶;
- w drugim znajdują się prace określające charakter umów wprowadzanych przez polskiego ustawodawcę *ad causam* do polskiego prawa¹⁰⁶⁷ (głównie przez pryzmat rozwiązań niemieckich, stanowiących ujęcie modelowe, choć nie jest to zasadą).

¹⁰⁶⁴ Tamże, s. 365). Z kolei L. Staniszevska zwraca uwagę na fakt, że niejednolitość poglądów doktryny „na charakter, miejsce oraz konstrukcję umów publicznoprawnych (...) niewątpliwie wpływa na stanowienie tych umów w przepisach prawnych w sposób niekompletny, a czasem nawet niekonstytucyjny, a także na obniżenie ochrony praw jednostek, które zawierają takie umowy z organami administracji publicznej” (L. Staniszevska, *Zagadnienia...*, dz. cyt., s. 140).

¹⁰⁶⁵ A. Wesołowski, *O potrzebie monograficznych opracowań przedsiębiorstw*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, nr 1/1987, s. 275.

¹⁰⁶⁶ Zob. np.: K. Klonowski, *Alternatywne metody rozwiązywania sporów...*, dz. cyt., s. 346-349; L. Staniszevska, *Umowy...*, dz. cyt., s. 167-169 (autorka ta uwzględniła również uregulowania przyjęte w Chorwacji; tamże s. 169-171); J. Zimmermann, *Alfabet prawa administracyjnego*. Warszawa 2022, s. 262; L. Zacharko, *Umowa administracyjna (umowa publicznoprawna)*, (w:) J. Blicharz, L. Zacharko (red.), *Administracja. Prawo administracyjne. Część ogólna*. Katowice 2018, s. 208-213.

¹⁰⁶⁷ Zob. np.: D. Biniasz-Celka, *Cywilnoprawne aspekty umów zawieranych pomiędzy organem administracji publicznej a organizacją pozarządową w celu realizacji zadań publicznych*. „Studia Prawa Publicznego”, nr 4 (28)/2019, s. 53-78; G. Głanowski, *Umowa o świadczenie zdrowotne*. Warszawa 2019, s. 188-190; M. Grześków, *Stosunek zatrudnienia w służbie kontraktowej Policji*. „Przegląd Prawa Publicznego”, nr 7-8/2019, s. 136-141; M. Porębska, *Problematyka procesu inwestycyjnego w świetle charakteru prawnego umowy partnerstwa publiczno-prywatnego*, (w:) I. Niżnik-Dobosz, *Przestrzeń i nieruchomości jako przedmiot prawa administracyjnego. Publiczne prawo rzeczowe*. Lex/el. 2012; K. Rożek, *Umowa...*, dz. cyt., s. 210-218; P. Sancewicz, *Umowa o dofinansowanie jako szczególny typ umowy*

W odniesieniu do pierwszego z wymienionych nurtów badań wskazać należy na niewykorzystany potencjał w nim tkwiący, przejawiający się w braku prac wykorzystujących metodologiczne założenia komparatystyki prawniczej w zakresie poszukiwania „lepszego rozwiązania dla określonej krajowej jurysdykcji, przez badanie rozwiązań przyjętych w innych krajach”¹⁰⁶⁸.

Wydaje się, iż w obliczu niechęci ustawodawcy do umowy publicznoprawnej szczególnie ważne są te prace, w których autorzy kładą nacisk na prowadzoną w sposób kazuistyczny analizę problemową opracowywaną w ujęciu monograficznym, która dzięki eksploracji praktycznych przykładów osadzonych na tle aktualnego dorobku doktryny może dostarczyć nie tylko nowych argumentów przemawiających za normatywizacją umowy administracyjnej, lecz także istotnie wzbogacić polski dyskurs poświęcony konsensualnym formom działania administracji¹⁰⁶⁹. Nie bez znaczenia jest również fakt, iż w pracach tego rodzaju (także przyczynkarskich) autorzy niejednokrotnie dochodzą do wniosku, iż umowa administracyjna jest wprowadzana do porządku prawnego przez ustawodawcę na potrzebę chwili¹⁰⁷⁰, natomiast brak jest regulacji ramowej, pełniącej głównie funkcję porządkującą i gwarancyjną.

Kształt dyskursu na ten temat determinuje niewątpliwie specjalistyczna siatka pojęciowa. Zdaniem R. Szczepaniaka trudności związane z badaniami nad umową administracyjną w polskiej doktrynie stanowią m.in. brak ukształtowanych definicji pojęć

stosowanej przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości w postępowaniu w sprawie udzielenia wsparcia w świetle koncepcji umowy administracyjnej w polskiej i w niemieckiej doktrynie prawa. Studium przypadku. „Zeszyty Prawnicze”, nr 20/3/2020, s. 191-196; I. Sierpowska, *Pomoc społeczna jako administracja świadcząca. Studium administracyjnoprawne*. Warszawa 2012, s. 323-326, 328-334; E. Stupienko, *Zakres, formy stosowania i charakter prawny tzw. umowy dotacyjnej*. „Krytyka Prawa”, t. 6/1/2014, s. 436-444; R. Talaga, *Charakter prawny umowy o dofinansowanie projektu ze środków europejskich w ramach polityki spójności*. „Studia Prawnicze”, nr 1 (223)/2021, s. 37-45; H. Wolska, *Umowne powierzenie zadań z zakresu gospodarki komunalnej*, (w:) M. Biliński, W. Gonet, H. Wolska, *Gospodarka komunalna. Problematyka realizacji zadań publicznych*. Warszawa 2020, s. 80 i n. oraz przypis nr 25.

¹⁰⁶⁸ J. Supernat, *Z zagadnień komparatystyki prawniczej*. „Przegląd Prawa i Administracji”, nr 114/2018, s. 223. Jedynym tekstem napisanym w oparciu o tę metodę, z którym autor niniejszej pracy miał się zapoznać, jest praca A. Kubiak, *Koncepcja...*, dz. cyt. W opracowaniu tym autorka poddaje analizie niemieckie regulacje umowy administracyjnoprawnej, a następnie szczegółowo omawia powody przeszczepienia na grunt polski wybranych rozwiązań oraz przyczyny modyfikacji innych. Badania pod tym kątem są mogą być niezwykle płodne poznawczo, jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że umowa administracyjna funkcjonuje w porządku prawnym wielu państw europejskich, m.in. Estonii, Finlandii, Grecji czy Hiszpanii (J. Wyporska-Frankiewicz, *Publicznoprawne formy...*, dz. cyt., s. 235 i n. oraz przypisy nr 35 i 36).

¹⁰⁶⁹ Z zadowoleniem należy stwierdzić, że taka problematyka zaczyna się powoli pojawiać wśród krajowych opracowań poświęconych analizie umowy administracyjnej. Przykładowo D. Chaba klasyfikuje kontrakt terytorialny jako umowę administracyjną. „Decyduje o tym między innymi przedmiot kontraktu, pozycja jego stron czy system kontroli nad nim” (D. Chaba, *Kontrakt terytorialny*. Warszawa 2022, s. 28).

¹⁰⁷⁰ J. Wyporska-Frankiewicz, *Publicznoprawne formy...*, dz. cyt., s. 244; M. Krawczyk, *Podstawy...*, dz. cyt., s. 340.

„umowa publicznoprawna” oraz „umowa administracyjna”¹⁰⁷¹, gdyż „sami administratywiści (...) nie są w stanie jak dotychczas stworzyć samodzielnej spójnej koncepcji umowy publicznoprawnej”¹⁰⁷². Trudności te w opinii autora stanowią efekt braku badań podejmowanych wspólnie przez cywilistów i administratywistów, co z kolei jest pokłosiem zakorzenionego w świadomości polskich prawników dychotomicznego podziału prawa na prawo prywatne i publiczne¹⁰⁷³. W roku 2023 niemal identyczny pogląd wyrazili B. Brzeziński, A. Franczak oraz J. Pustuł, twierdząc, że „w polskim prawie administracyjnym nie wypracowano spójnej, systemowo ugruntowanej koncepcji” umowy administracyjnej¹⁰⁷⁴, co wynikać może z liczebności artykułów o charakterze przyczynkarskim oraz opracowań monograficznych i podręczników do prawa administracyjnego, w których coraz częściej jeden rozdział poświęca się zagadnieniu umowy administracyjnej, analizując ją przez pryzmat cech uznawanych przez danego autora za istotne. Pogląd ten nie oznacza jednak, że w literaturze przedmiotu nie wykształciła się *communis opinio* co do głównych cech typowych dla umowy administracyjnej. Jakościowa analiza treści o charakterze strukturalnym opracowań poświęconych umowie administracyjnej przeprowadzona w oparciu o metodę zaproponowaną przez P. Mayringa¹⁰⁷⁵ pozwala wyodrębnić te cechy omawianej instytucji, które pojawiają się w większości dotyczących jej analiz (zob. tab. nr 8) i są to: strony umowy, przedmiot umowy, cel zawarcia umowy, swoboda zawierania umowy, nadzór i kontrola, rozstrzyganie sporów.

Mając na uwadze powyższe cechy omawianej instytucji, w sposób ustrukturyzowany przeanalizować można wybrane definicje pojawiające się w literaturze przedmiotu. O ich wyborze zadecydowały dwa kryteria: czas oraz rodzaj publikacji. Zaprezentowane zostały definicje, które pojawiły się w czasopismach naukowych oraz opracowaniach monograficznych na przestrzeni lat 2008-2022.

¹⁰⁷¹ R. Szczepaniak, *Swoboda umów w sektorze publicznym*, (w:) Z. Kuniewicz, D. Sokołowska (red.), *Prawo kontraktów*. Warszawa 2017, s. 428. L. Staniszevska z kolei zwraca uwagę na fakt, „że stosunkowo rzadko w doktrynie polskiej podejmowane są próby ujęcia umów publicznoprawnych w sposób kompleksowy, zwłaszcza w zakresie wskazania ich definicji i kategoryzacji” (L. Staniszevska, *Zagadnienia...*, s. 139).

¹⁰⁷² R. Szczepaniak, *Węzłowe problemy...*, dz. cyt., s. 113.

¹⁰⁷³ Tamże, s. 112 i n.

¹⁰⁷⁴ B. Brzeziński, A. Franczak, J. Pustuł, *O (nie)porozumieniu inwestycyjnym*. „Przegląd Podatkowy”, nr 5/2023, s. 9.

¹⁰⁷⁵ P. Mayring, *Qualitative Inhaltsanalyse* (w:) U. Flick i in. (red.), *Handbuch qualitative Forschung: Grundlagen, Konzepte, Methoden und Anwendungen*. München 1991, s. 210-213.

**Tab. nr 7. Katalog cech charakteryzujących umowę administracyjną
w poglądach wybranych autorów**

Strony	Przedmiot	Cel	Swoboda zawierania umów	Nadzór i kontrola	Rozstrzygnięcie sporów
A. Panasiuk ¹⁰⁷⁶					
podmiot publiczny i podmiot prywatny lub podmioty publiczne	realizacja zadań publicznych	urzeczywistnienie interesu publicznego	ograniczona konkurencyjno-eliminacyjnymi procedurami wyboru partnera	jasno określone w umowie	sądy administracyjne
A. Kubiak ¹⁰⁷⁷					
organ administracji publicznej I instancji i podmiot prywatny	sprawy z zakresu administracji publicznej załatwiane w drodze decyzji albo takie, w których podejmowane są inne akty lub czynności władcze	w przypadku układu ustalenie stanu faktycznego lub stanu prawnego w sprawie, jeżeli ich ustalenie na podstawie środków dowodowych w postępowaniu wyjaśniającym, prowadzonym według mających zastosowanie przepisów o postępowaniu administracyjnym, okazałoby się niemożliwe albo wymagałoby poniesienia kosztów niewspółmiernych wobec celu postępowania; w przypadku umowy wymiany świadczenie jednostki wspomagające realizację publicznych zadań administracji	generalna swoboda kontraktowania w sprawach administracyjnych, jednak pod warunkiem, że nie sprzeciwiają się temu przepisy szczególne	kontrola instancyjna, uprawnienie organu wyższego stopnia do orzekania o bezskuteczności umowy, zawartej w sprawie podlegającej załatwieniu w trybie unormowanym kodeksem postępowania administracyjnego lub ordynacją podatkową	sądy administracyjne i powszechne

¹⁰⁷⁶ A. Panasiuk,

¹⁰⁷⁷ A. Kubiak, *Koncepcja...*, dz. cyt., s. 49-57.

J. Wyporska-Frankiewicz ¹⁰⁷⁸					
podmiot administracji współ ze stroną toczącego się postępowania	objęty zakresem prawa administrac yjnego	wypełnianie służby publicznej	organ administracji publicznej jako „silniejsza” strona umowy ostatecznie decydująca o jej zawarcu		sądy administra- cyjne i powszechne
I. Sierpowska ¹⁰⁷⁹					
jedna to zawsze podmiot administracji publicznej	sprawy z zakresu ad- ministracji publicznej	realizacja interesu publicznego	swoboda kontraktowania ograniczona normami prawa publicznego	organowi administracji przysługują uprawnienia o charakterze koordynacyjny m, kontrolnym i nadzorczym	
L. Staniszevska ¹⁰⁸⁰					
przynajmniej jedna to organ administracji publicznej	skonkrety- zowane uprawnie-nia i obowiązki podmiotów prawa zaangażo- wanych w stosunek admini- stracyjno- prawny	zaspokojenie potrzeb publicznych wynikających z ustawowo nałożonych zadań do wykonania	brak swobody kontraktowania, tj. kształtowania treści umów oraz wyboru kontrahenta organu administracji publicznej		

¹⁰⁷⁸ J. Wyporska-Frankiewicz, *Publicznoprawne formy...*, dz. cyt., s. 245-247.

¹⁰⁷⁹ I. Sierpowska, *Pomoc społeczna jako administracja świadcząca. Studium administracyjnoprawne*. Warszawa 2012, s. 320.

¹⁰⁸⁰ L. Staniszevska, *Umowy...*, dz. cyt., s. 163-167.

G. Glanowski ¹⁰⁸¹					
przynajmniej jedna to organ administracji publicznej	wykonanie zadania publicznego, za którego spełnienie odpowiedzialność ponosi władza publiczna	realizacja interesu publicznego	ograniczona postępowaniem eliminacyjnym, umożliwiającym wyłonienie podmiotów dających gwarancję jak najlepszej realizacji zadania publicznego; zakres kształtowania treści umowy jest mocno ograniczony aktami powszechnie obowiązującego prawa; inicjatywa kontraktowa przysługuje tylko organowi	możliwość władczej ingerencji organu administracji publicznej w proces wykonania umowy; wewnętrzne środki ochrony prawnej (kontrola instancyjna rozstrzygnięć kierowanych pod adresem kontrahenta organu)	zewnętrzne środki ochrony prawnej (możliwość odwołania się kontrahenta do sądu)

Źródło: Opracowanie własne na podstawie prac przywołanych w przypisach 1049-1054.

Z przedstawionej wyżej tabeli jasno wynika, iż wbrew często przytaczanemu pogładowi o braku wśród administratywistów zgody co do definicji pojęcia „umowa administracyjna”, konsensus taki istnieje w odniesieniu do kluczowych kwestii. Tak więc przedmiotem umów administracyjnych są sprawy z zakresu administracji publicznej, a celem ich zawarcia jest realizacja szeroko rozumianego interesu publicznego. Konsekwencją zasady legalności działań administracji publicznej jest ograniczenie swobody zawierania umów pod względem kształtowania ich treści oraz wyboru kontrahenta¹⁰⁸², natomiast skutkiem kasatoryjnego orzekania sądów administracyjnych jest poddanie sporów wynikających z umów administracyjnych dwutorowej kontroli: kwestiami odszkodowawczymi zajmują się sądy powszechne, natomiast w pozostałym zakresie orzekają sądy administracyjne. Zdaniem większości autorów umowę administracyjną mogą zawrzeć organ administracji z podmiotem

¹⁰⁸¹ G. Glanowski, *Umowa o świadczenie zdrowotne*. Warszawa 2019, s. 186 i n.

¹⁰⁸² Więcej na temat ścierania się zasady legalizmu z zasadą wolności umów w ramach kontraktowych działań administracji zob. Z. Cieślak, *Konstytucyjne podstawy kontraktowych działań administracji publicznej*, (w:) J. Jagielski, M. Wierzbowski (red.), *Prawo administracyjne...*, dz. cyt., s. 179 i n.

prywatnym albo organy administracji między sobą. Odmienne zdanie reprezentuje A. Kubiak, która wyraźnie podkreśla, iż instytucja umowy administracyjnej przewidziana jest do regulowania stosunków prawnych między organem administracji publicznej i podmiotem prywatnym. Pogląd ten należy podzielić, a mając na uwadze przejrzystość i stabilność systemu prawa administracyjnego w Polsce przypomnieć warto, że konsensualną formą służącą nawiązaniu stosunku prawnego między organami administracji publicznej jest funkcjonujące od lat w rodzimym porządku prawnym porozumienie administracyjne¹⁰⁸³. Rozmywanie konturów tej instytucji, która na stałe wpisała się do siatki pojęciowej w nauce prawa administracyjnego, poprzez przypisywanie umowie publicznoprawnej strony podmiotowej porozumienia, wydaje się niczym nieuzasadnione. Kwestia „rozmywania pojęć” w kontekście niewładczych form działania administracji jest od lat aktualna w doktrynie, a jej przyczyną może być m.in. stosowanie pojęcia „umowa administracyjna” jako pojęcia nadrzędnego w stosunku do innych form konsensualnych (umowy cywilnej i porozumienia)¹⁰⁸⁴. Rozwiązaniem tego problemu może być zmiana terminologiczna polegająca na określeniu kategorii nadrzędnej pojęciem „formy konsensualne działania administracji”, w ramach których wyróżnić można umowy administracyjne, umowy cywilne oraz porozumienia. Takie rygorystyczne podejście terminologiczne stanowi ważny krok w opracowaniu spójnego systemu konsensualnych form działania administracji.

Na konieczność wyraźnego rozgraniczenia porozumienia administracyjnego i umowy publicznoprawnej wskazywali m.in. B. Dolnicki i R. Cybulska, podkreślając, że „Umowa publicznoprawna nie jest formą atrakcyjną, jeśli jest zawierana pomiędzy podmiotami administracji. Znacznie prostszym rozwiązaniem jest wtedy porozumienie. Jednakże jeśli jedną ze stron stosunku prawnego jest podmiot spoza administracji, uzasadnienie znajduje zastosowanie formy umowy, szczególnie ze względu na ewentualne roszczenia pomiędzy podmiotami prawa publicznego i prawa prywatnego, sposób i kontrolę wykonania umowy, a przede wszystkim charakter przedmiotu owej umowy”¹⁰⁸⁵.

Kwestia aspektu podmiotowego umowy administracyjnoprawnej ma istotne znaczenie ze względu na sprecyzowanie celu tej czynności prawnej. Wychodząc z

¹⁰⁸³ M.J. Klimaszewski, *Porozumienie administracyjne?* „Kwartalnik Prawa Publicznego”, nr 3/2002, s. 155 i n.

¹⁰⁸⁴ Zob. np. tamże, s. 167.

¹⁰⁸⁵ B. Dolnicki, R. Cybulska, *Nowe dwustronne formy...*, dz. cyt., s. 464.

założenia, że umowa administracyjna może zostać zawarta między organami administracji publicznej, nie budzi wątpliwości, że jej celem jest realizacja interesu publicznego. Zmiana konstelacji kontraktujących podmiotów istotnie będzie rzutować na cel umowy, który odrębnie postrzegać należy przez pryzmat podmiotu administrowanego i administrującego. O ile dla tego ostatniego nic się nie zmienia, o tyle w przypadku podmiotów prywatnych celem będzie albo załatwienie indywidualnej sprawy albo (w przypadku umów, których przedmiotem jest np. rozbudowa infrastruktury) osiągnięcie wymiernych korzyści. Pamiętać bowiem należy, iż celem funkcjonowania podmiotów prywatnych jest maksymalizacja zysku.

Z powyższych ustaleń wyłania się definicja umowy administracyjnej następującej treści: umowa administracyjna to czynność prawna dokonywana przez organ administracji publicznej oraz podmiot prywatny, której przedmiot stanowią sprawy z zakresu administracji publicznej, a jej cel jest dwojaki: realizacja zadań publicznych (z punktu widzenia organu administracji) oraz załatwienie indywidualnej sprawy albo osiągnięcie wymiernych korzyści (z punktu widzenia podmiotu prywatnego). Umowa administracyjna zawierana jest w ograniczonych warunkach swobody kontraktowania, organowi administracji publicznej przysługują uprawnienia kontrolne, a spory z niej wynikające (z wyjątkiem kwestii odszkodowawczych) rozstrzygają sądy administracyjne¹⁰⁸⁶.

Poprawa dynamiki dyskursu naukowego skoncentrowanego na umowie administracyjnej powinna również objąć swym zasięgiem wzbogacenie preferowanej przez polskich administratywistów metody dogmatycznoprawnej o szereg innych metod, jak np. metodę socjologicznoprawną, która umożliwi „rozszerzenie perspektywy badawczej także na kwestię społecznej genezy i społecznego działania prawa, w szczególności warunków jego skuteczności”¹⁰⁸⁷. W przypadku umowy administracyjnej istotne znaczenie w tym kontekście ma kwestia akceptacji działań organów administracji przez podmioty administrowane. Wskazane jest również uwzględnienie w badaniach nad umową publicznoprawną głównych trendów

¹⁰⁸⁶ Jest to definicja uwzględniająca tylko aspekt prawny badanej instytucji. Podkreślić jednak należy, że holistyczne ujęcie umowy administracyjnej wymaga uwzględnienia również wymiaru psychologicznego, społecznego, ekonomicznego, gdyż tylko multidyscyplinarne badania nad omawianą instytucją pozwolą dostrzec jej potencjał i znaczenie dla systemu prawa administracyjnego, organów administracji publicznej oraz podmiotów prywatnych.

¹⁰⁸⁷ W. Jedlecka, *O metodzie socjologicznej w badaniu prawa*. „Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Rozprawa o metodzie prawa i polityki”, z. VIII/2014, s. 182.

występujących w prawie administracyjnym (zwrot aksjologiczny w badaniach nad prawem administracyjnym, prawo do dobrej administracji), jak i w naukach pomocniczych prawa administracyjnego (kwestia globalizacji zaufania do organów administracji publicznej, *Public Value Management*, zagadnienie redukcji kosztów transakcyjnych oraz zmniejszenia asymetrii informacji).

Na konieczność uzupełnienia dotychczasowych badań nad umową administracyjną o kwestię umocowania administracji publicznej do zawierania umów wskazał Z. Cieślik, którego zdaniem „kluczem do trafnego rozeznania cech obowiązującej regulacji w dziedzinie kontraktowania publicznego – i do jej miarodajnej oceny prawnej – są badania pionowe, odwołujące się do podstawowych, źródłowych założeń zhierarchizowanego systemu prawnego. Uzasadnione jest zatem podjęcie próby uchwycenia konstytucyjnych wymogów dotyczących podstaw kontraktowego działania administracji, które mogą zostać określone w ustawach zwykłych. W takim ujęciu ustalenia dotyczące legitymacji do zawierania umów przez administrację publiczną odnoszą się, co do zasady, w równej mierze do wszelkich przejawów kontraktowego działania tej administracji, bez względu na typ umowy, która miałaby zostać przez nią zawarta. Tak sformułowany cel badawczy jest oczywiście celem dalekosiężnym. Finalnym efektem takich ustaleń powinno być bowiem określenie – możliwego do wyodrębnienia – wspólnego mianownika normatywnych wymogów dotyczących wszelkich form kontraktowania publicznego”¹⁰⁸⁸.

W literaturze przedmiotu znaleźć można również opracowania, w których autorzy starają się zaprezentować nowe spojrzenie na umowę administracyjną, stosując odmienne od tradycyjnych metody badań, co biorąc pod uwagę niekwestionowaną hegemonię metody dogmatyczno-prawnej na gruncie nauk prawnych stanowi nie lada wyzwanie. Autorem takiego opracowania jest P. Kominek, który domysłem czytelnika pozostawił identyfikację metody, którą posłużył się pracując nad tekstem pt. *Wartości publiczne w prawie administracyjnym*¹⁰⁸⁹. Moim zdaniem, identyfikując wartości, realizacji których może służyć w procesie stosowania prawa umowa administracyjna, przywołany autor posłużył się metodą aksjologiczną¹⁰⁹⁰. Pozwoliła mu ona dojść do wniosku, że umowa

¹⁰⁸⁸ Z. Cieślik, *Konstytucyjne podstawy...*, dz. cyt., s. 178.

¹⁰⁸⁹ P. Kominek, *Wartości publiczne w prawie administracyjnym*. „Przegląd Prawa Publicznego”, nr 1/2020.

¹⁰⁹⁰ Wśród badaczy prawa administracyjnego występują różne zapatrywania na metodę aksjologiczną. Przykładowo W. Piątek nie postrzega metody aksjologicznej jako odrębnej metody, lecz uważa, że rozważania natury aksjologicznej prowadzi się w oparciu o metodę dogmatycznoprawną, ponieważ ich

publicznoprawna umożliwia realizowanie wartości publicznej, którą jest harmonizowanie konfliktów interesów¹⁰⁹¹. Biorąc pod uwagę swoisty impas, który istnieje od kilku lat w procesie normatywizacji umowy administracyjnej w Polsce, być może należy zastanowić się nad zmianą kierunków badań nad instytucją umowy administracyjnoprawnej. Być może w przypadku tej konkretnej instytucji metoda dogmatycznoprawna już się wysłużyła, w związku z czym administratywistom nie pozostaje nic innego, jak tylko zastosować w praktyce, z metodologicznego punktu widzenia godną przytoczenia, radę D. Kubinowskiego, który nie tak dawno stwierdził, „że humanistyczno-społeczne nauki stosowane, (...) aby ocalić i rozwinąć swoje cywilizacyjne znaczenie w adekwatnym poznawaniu, rozumieniu i interpretowaniu nowych procesów i zjawisk społecznych, muszą na bieżąco i intensywnie dostosowywać metody swoich badań do aktualnej sytuacji kulturowej oraz gwałtownej dynamiki jej przemian, rozpoznając i rozwiązując szczegółowe problemy badawcze, a przez to przyczyniając się do kreowania lepszego świata”¹⁰⁹².

5.2. Umowy na gruncie polskiego prawa administracyjnego jako instytucja z pogranicza prawa administracyjno-cywilnego

Jak już wykazano, współczesna administracja publiczna, zarówno niemiecka, jak i polska, posługuje się w praktyce administracyjnej formami konsensualnymi. Jako że dogmatyka niemiecka kładzie nacisk na rozwój spójnego systemu prawa administracyjnego, ze względu na konieczność instytucjonalnej elastyczności tej gałęzi prawa już przed laty w Niemczech dostrzeżono zalety umowy administracyjnej, dzięki której organy administracji publicznej mogą załatwiać sprawy „w sposób akceptowalny dla obu stron umowy, bez angażowania w sprawę organu odwoławczego i sądu administracyjnego, przy oszczędności kosztów i czasu”¹⁰⁹³. Przypomnieć warto, że dzięki poszerzeniu katalogu prawnych form działań administracji o umowę administracyjną zatroszczono się z jednej strony o jednolitość systemu niemieckiego prawa

przedmiot stanowi tekst aktów prawnych (W. Piątek, *Recenzja rozprawy doktorskiej pana mgr Pawła Króla pt. Koncepcja détournement de pouvoir, przygotowanej pod kierunkiem naukowym prof. dr hab. Wojciecha Jakimowicza*. Kraków 2017, maszynopis s. 504, s. 5 (<https://wpia.uj.edu.pl/documents/41601/138070319/Recenzja.Krol.Prof.Piatek.pdf>, 19.03.2023 r.).

¹⁰⁹¹ P. Kominek, *Wartości...*, dz. cyt., s. 59.

¹⁰⁹² D. Kubinowski, *Trajektorie legitymizacji naukowej innowacyjnych metod pedagogicznych badań jakościowych: badanie w działaniu, badanie przez sztukę, autoetnografia*, (w:) J. Madalińska-Michalak, A. Wilkomirska (red.), *Pedagogika i edukacja wobec kryzysu zaufania, wspólnotowości i autonomii*. Warszawa 2020, s. 443 i n.

¹⁰⁹³ A. Krawczyk, *Umowa administracyjna*, (w:) Z. Kmiecik (red.), *Raport...*, dz. cyt., s. 130.

administracyjnego, a z drugiej o elastyczność form działania administracji. Trudno dziś wyobrazić sobie w Niemczech organy administracji publicznej, starające się załatwić sprawę zgodnie z zasadą ekonomiki postępowania administracyjnego, pozbawione możliwości wypracowania wspólnego rozwiązania z podmiotem administrowanym.

Ponieważ elastyczność instytucji umowy pozwala organom administracji na bieżąco szybko i sprawnie reagować na zmiany zachodzące w otoczeniu społeczno-gospodarczym, nie dziwi fakt, że również wśród rozwiązań normatywnych na gruncie rodzimego prawa administracyjnego znaleźć można instytucję umowy, a właściwie umów. Co do zasady są to umowy cywilnoprawne¹⁰⁹⁴, których stosowanie w praktyce administracyjnej uzależnione jest głównie od woli ustawodawcy. Ograniczenie możliwości ich wykorzystywania stanowi pochodną charakteru zadań publicznych, realizacji których umowy takie miałyby służyć, jak również kompetencji organów administracji publicznej¹⁰⁹⁵.

Jako że umowy wykorzystywane przez administrację nie stanowią jednolitej grupy form działań administracji, trudno jednoznacznie określić ich charakter prawny. W literaturze przedmiotu już od lat wskazuje się, że pojęcie „umowa administracyjna” wykorzystywane jest w nauce prawa administracyjnego do oznaczenia „rozmaitych, wykształconych w praktyce funkcjonowania administracji postaci dwustronnych form jej działania. Kwalifikowano tak różne przejawy osiągania konsensu w prawie administracyjnym: poczynając od umów prawa cywilnego, w tym regulowanych w przeważającym stopniu przez przepisy prawa administracyjnego, wywołujących skutki w tej sferze bądź nastawionych na realizację zadań publicznych, na porozumieniach administracyjnych, kontraktach wojewódzkich oraz umowach nienazwanych skończywszy”¹⁰⁹⁶. Z problemem mieszanego charakteru umów wykorzystywanych do regulowania stosunków administracyjnoprawnych nie zawsze również radzą sobie przedstawiciele rodzimej doktryny, określając taki rodzaj postępowań mianem

¹⁰⁹⁴ Przed laty D.R. Kijowski obliczył, że w ponad 200 ustawach regulujących wykonywanie zadań przez administrację publiczną prawa i obowiązki podmiotów administrowanych ustalane są za pomocą form prawa cywilnego (D.R. Kijowski, *Ucieczka administracji publicznej w sferę prawa cywilnego*, (w:) M. Wierzbowski, J. Jagielski, A. Wiktorowska, E. Stefańska (red.), *Współczesne zagadnienia prawa i procedury administracyjnej. Księga jubileuszowa dedykowana prof. zw. dr hab. Jackowi M. Langowi*. Warszawa 2009, s. 118 i n.).

¹⁰⁹⁵ A. Puczek, *Umowy cywilnoprawne w prawie administracyjnym i praktyce organów administracji publicznej jako instrumenty służące jednostce i wspólnocie*, (w:) Z. Duniewska, M. Karcz-Kaczmarek, P. Wilczyński (red.), *Prawo administracyjne w służbie jednostki i wspólnoty*. Warszawa-Lódź 2022, s. 200.

¹⁰⁹⁶ A. Kubiak, *Koncepcja...*, dz. cyt., s. 46 i n.

postępowania hybrydowych, postępowań trzeciej generacji¹⁰⁹⁷ lub, nawiązując do doktryny niemieckiej, przypominają o funkcjonującym na jej gruncie pojęciu „*Mischformen und Kombinationen von Handlungsformen*”, nie tłumacząc jednak tego terminu na język polski¹⁰⁹⁸.

S. Pawłowski obecny stan rzeczy w tym zakresie określa mianem „chaosu rozwiązań prawnych” wywołanego kilkoma modelami wprowadzania do systemu prawnego umów, które mogą być zawierane przez administrację¹⁰⁹⁹. „Po pierwsze, mogą to być kompleksowe ustawowe regulacje, np. partnerstwo publiczno-prawne, po drugie, uzupełnianie postanowień ustawowych ogólnymi warunkami zawartymi w rozporządzeniu, po trzecie, umowy, których szczegółowa treść zawiera się wyłącznie w akcie wykonawczym i wreszcie zauważalne są regulacje szcątkowe, tzn. takie, które dopuszczając możliwość zawarcia umowy, nie wypowiadają się w ogóle co do jej kluczowych elementów”¹¹⁰⁰. Sprawę komplikuje dodatkowo fakt, że w przypadku większości umów zawieranych przez administrację stwierdzić można ich mieszany, cywilno-administracyjny, charakter. Chyba najpopularniejszym przykładem tego rodzaju umowy mieszanej jest instytucja partnerstwa publiczno-prywatnego. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że nie jest możliwe jednoznaczne określenie jej charakteru prawnego. Z jednej strony bowiem umowa *per se* stanowi na gruncie polskiego prawa umowę prawa cywilnego, w związku z czym partnerstwo jest umową prywatnoprawną. Jednak z drugiej strony cel i treść tej umowy określa podstawa publicznoprawna, w związku z czym partnerstwo publiczno-prywatne „jest instytucją wielowymiarową, niedającą się jednoznacznie zakwalifikować do wypracowanych przez doktrynę prawnych form działania administracji publicznej”¹¹⁰¹.

Z kolei E. Piechota-Ołoś stwierdza, że jedną z niewładczych form działania administracji „jest umowa znana prawu cywilnemu, z tym że jej treść i sposób

¹⁰⁹⁷ E. Szewczyk, *Umowa...*, dz. cyt., s. 114. Do charakterystycznych cech postępowania trzeciej generacji „zalicza się odformalizowanie działań aparatu urzędniczego, m.in. przez dopuszczenie wstępnych negocjacji (...), prowadzenie konsultacji i doradztwa, utrzymywanie otwartej komunikacji między podmiotami postępowania (...), płynną partycypację w nim (...) czy stosowanie metody dialogu przez wymianę doświadczeń i dobrych praktyk, z myślą o uzyskaniu porozumienia” (Z. Kmieciak, *Postępowanie administracyjne na rozdrożu?* „Państwo i Prawo”, nr 10/2019, s. 11).

¹⁰⁹⁸ M. Szewczyk, *Umowy...*, dz. cyt., s. 34.

¹⁰⁹⁹ Metafora chaosu dość często pojawia się w pracach poświęconych tematyce umów administracyjnych w Polsce. Zob. np. E. Szewczyk, *Umowa w administracji na przykładzie umowy o dofinansowanie*, (w:) S. Pawłowski (red.), *Umowy...*, dz. cyt., s. 115; L. Staniszevska, *Zagadnienia...*, dz. cyt., s. 144.

¹¹⁰⁰ S. Pawłowski, *Wstęp...*, dz. cyt., s. 14.

¹¹⁰¹ A. Panasiuk, *Umowa publicznoprawna...*, dz. cyt., s. 24.

wykorzystania jest w znacznym stopniu normowany przepisami prawa administracyjnego. Niezależnie jednak od stopnia tej ingerencji umowy te będą zawsze umowami cywilnymi, a nie administracyjnymi. Umowa cywilnoprawna nie może zastąpić umowy administracyjnej, gdyż jej istota nie odpowiada stosunkom administracyjnym¹¹⁰². To kategoryczne stwierdzenie ulega jednak w trakcie dalszych wywodów znacznemu osłabieniu, gdyż, jak podnosi autorka, „Czasem jednak w działaniach ustawodawcy można odnotować tak daleką ingerencję umów cywilnoprawnych na potrzeby prawa administracyjnego, że faktycznie czyni z takiej umowy namiastkę umowy administracyjnej”¹¹⁰³. W taki oto sposób autorka przeszła od braku w polskim prawie umów administracyjnych do umów stanowiących ich namiastkę, by w podsumowaniu swych rozważań stwierdzić, że umowa o współdziałanie, która w roku 2020 została uregulowana w ustawie z dnia 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa¹¹⁰⁴, nie jest tożsama z umową cywilnoprawną. Unikając sformułowania umowa administracyjnoprawna, autorka stwierdza, że „przyjąć należy publicznoprawny model zaproponowanej umowy o współdziałanie”¹¹⁰⁵.

Natomiast A. Piskorz-Ryń, podsumowując dokonaną analizę charakteru umowy o ponowne wykorzystanie informacji sektora publicznego, doszła do wniosku, iż jest to umowa cywilna nasycona elementami regulacji administracyjnej¹¹⁰⁶.

Z powyższych ustaleń wynika, że umowa cywilnoprawna występująca w obrocie prywatnoprawnym w istotny sposób różni się od umowy cywilnoprawnej stanowiącej prawną formę działania administracji publicznej, a podstawową różnicę stanowi zmodyfikowany zakres swobody zawierania umów charakterystyczny dla kontraktujących organów administracji publicznej. Mając na uwadze porządkującą funkcję dogmatyki prawa administracyjnego warto w tym miejscu przypomnieć postulat zgłoszony przez M. Szewczyka, zgodnie z którym „Umowy, których skutkiem jest cedowanie zadań publicznych na podmioty prywatne, powinny być traktowane tak przez ustawodawcę, jak i przez podmioty stosujące prawo jako umowy administracyjne w tym sensie, że na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania tych umów

¹¹⁰² E. Piechota-Ołoś, *Umowa o współdziałanie na tle umów w administracji*. „Kwartalnik Prawno-Finansowy”, nr 2/2020, s. 65.

¹¹⁰³ Tamże.

¹¹⁰⁴ T.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1325 ze zm.

¹¹⁰⁵ E. Piechota-Ołoś, *Umowa...*, dz. cyt., s. 79.

¹¹⁰⁶ A. Piskorz-Ryń, *Ponowne wykorzystanie informacji sektora publicznego. Zagadnienia administracyjnoprawne*. Lex/el. 2018.

ustawodawca powinien zapewnić możliwość uruchomienia drogi prawnej właściwej dla administracyjnej metody regulacji stosunków prawnych. Konsekwencją tego powinno być traktowanie ewentualnych sporów, jakie mogą wynikać na tle takich umów, jako niepodlegających kognicji sądów powszechnych, lecz jako podlegających kognicji sądów administracyjnych¹¹⁰⁷. Z postulatu tego jasno wynika, że elementem rozstrzygającym o charakterze umowy jest rodzaj drogi sądowej. Realizacja tego postulatu wymaga ingerencji ustawodawcy w materię przepisów regulujących postępowanie przed sądami administracyjnymi w ten sposób, by formułą kontroli administracji publicznej objąć również umowy administracyjnoprawne.

Kolejnym zagadnieniem z pogranicza prawa administracyjno-cywilnego jest współwystępowanie umowy cywilnej oraz decyzji administracyjnej¹¹⁰⁸. Jak podkreślił M. Kamiński, w polskim porządku prawnym można wyróżnić kilka konstelacji, w jakich występują względem siebie te instytucje:

- umowa cywilna może zastąpić wydanie decyzji administracyjnej¹¹⁰⁹,
 - umowa cywilna może zastąpić wydaną decyzję administracyjną, która na skutek czynności konsensualnej wygaśnie¹¹¹⁰,
 - skuteczność i wykonalność decyzji administracyjnej może być uzależniona od następczego zawarcia umowy cywilnej¹¹¹¹,
 - zawarcie umowy cywilnej poprzedza decyzję administracyjną, „stając się warunkiem pełnej konkretyzacji normy materialnoprawnej i stosunku administracyjnoprawnego”¹¹¹².
- Występowanie różnych relacji między umownym zobowiązaniem organu administracji i aktem administracyjnym stanowi na gruncie niemieckiej dogmatyki administracyjnoprawnej od dawna przedmiot zainteresowania. Zagadnieniu temu poświęcili uwagę m.in. J. Fluck¹¹¹³, H. Kreuzer¹¹¹⁴ oraz G. Butterwegge¹¹¹⁵. Inaczej

¹¹⁰⁷ M. Szewczyk, *Umowy...*, dz. cyt., s. 42.

¹¹⁰⁸ Ze względu na jakość stanowionego prawa warto również odnotować, iż w polskim porządku prawnym występują sytuacje, gdy zawarcie umowy cywilnoprawnej przez wnioskodawcę z organem administracji publicznej poprzedzone jest aktem administracyjnym lub czynnością materialno-techniczną (S. Gajewski, *Model...*, dz. cyt., s. 35).

¹¹⁰⁹ M. Kamiński, *Konsensualne formy działań administracyjnoprawnych zastępujące lub uzupełniające decyzje administracyjne*. „Zeszyty Naukowe KUL”, nr 4 (244)/2018, s. 94. Zob. też A. Miruć, *O roli i specyfice umów w działaniach administracji pomocy społecznej*, (w:) J. Korczak (red.), *Cywilizacja...*, dz. cyt., s. 330-332.

¹¹¹⁰ Tamże, s. 96.

¹¹¹¹ Tamże, s. 97 i n.

¹¹¹² Tamże, s. 101. Por. A. Miruć, *O roli...*, dz. cyt., s. 332 i n.

¹¹¹³ J. Fluck, *Die Erfüllung...*, dz. cyt.

¹¹¹⁴ H. Kreuzer, *Der vertragswidrige Verwaltungsakt*. München 1988.

¹¹¹⁵ G. Butterwegge, *Verwaltungsvertrag...*, dz. cyt.

jednak niż w niemieckim systemie prawa administracyjnego, który ze względu na spójność wewnętrzną konsekwentnie rozwija instytucję umowy administracyjnej, w prawie polskim występują różne typy relacji między umową cywilną i decyzją administracyjną. Dla przykładu warto wskazać kilka takich sytuacji.

Alternatywność umowy cywilnej względem decyzji administracyjnej może polegać m.in. „na połączeniu zasady pierwszeństwa załatwienia sprawy w formie konsensualnej z subsydiarnym zastosowaniem formy decyzji administracyjnej w razie niedojścia alternatywnej formy do skutku”. Przykładem takiej umowy jest tzw. umowa ekspropriacyjna (art. 114 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami), która funkcjonuje jako „administracyjnoprawny instrument realizacji celów publicznych”¹¹¹⁶. Biorąc pod uwagę fakt, że rokowania stron nie odbywają się w warunkach swobody kontraktowania, należy zastanowić się, czy rzeczywiście umowa ekspropriacyjna jest umową cywilną. Biorąc pod uwagę cel jej zastosowania, jej alternatywny charakter wobec decyzji administracyjnej oraz brak równorzędności podmiotów przystępujących do rokowań, dodatkowo spotęgowany warunkami przymusu, w jakich działa właściciel nieruchomości, należy dojść do wniosku, że jest to *de facto* umowa administracyjna. Podobny charakter ma umowa cywilna, która może zostać zawarta przez organ administracji z podmiotem administrowanym w sprawach dotyczących odszkodowań za nieruchomości wywłaszczone lub przejęte przez Skarb Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego¹¹¹⁷.

Inny typ alternatywności umowy cywilnej względem decyzji administracyjnych polega na fakultatywnym zawarciu umowy cywilnej, która eliminuje konieczność wydania decyzji administracyjnej, „jeżeli podmioty ustawowego obowiązku konkretyzowanego w drodze decyzji wyrażą wolę dobrowolnego ustalenia jego zakresu zanim dojdzie do wydania decyzji załatwiającej sprawę. Reprezentatywnym przykładem takiego rozwiązania są zawierane przez kierownika ośrodka pomocy społecznej umowy ustalające wysokość opłat za pobyt mieszkańca domu pomocy społecznej wnoszonych przez jego małżonka, zstępnych lub wstępnych”¹¹¹⁸. Jeżeli czynność konsensualna nie dojdzie do skutku, wysokość opłaty ustalana jest w administracyjnym trybie rozstrzygania. Podobnie zatem jak miało to miejsce w przypadku umowy

¹¹¹⁶ M. Kamiński, *Konsensualne formy...*, dz. cyt., s. 94.

¹¹¹⁷ Tamże.

¹¹¹⁸ Tamże, s. 95.

ekspropriacyjnej, gdy tryb umowny zawiedzie, sprawa zostaje załatwiona w ramach administracyjnego postępowania jurysdykcyjnego. Niewątpliwie kryterium odróżniającym umowę cywilną od umowy administracyjnej jest możliwość jednostronnej konkretyzacji stosunku prawnego przez organ administracji w sytuacji, gdy umowa nie zostanie zawarta.

Jak wynika z powyższego przeglądu możliwych relacji zachodzących między umową cywilną i decyzją administracyjną, w regulacjach prawa administracyjnego pojawiają się *de iure* umowy cywilne, pełniące *de facto* funkcje umów administracyjnych. Istniejące na gruncie polskiego prawa administracyjnego rozwiązania normatywne, które łączą procedurę administracyjną z instytucjami prawa cywilnego, doprowadziły do wykształcenia się pogranicza prawa administracyjno-cywilnego. Ten fenomen prawny, niczym umowa administracyjna, jest w doktrynie skrajnie odmiennie oceniany. Jak jednak słusznie podkreśla J. Zimmermann, zadaniem doktryny jest rozgraniczenie tych dwóch porządków prawnych, zwłaszcza wówczas gdy ich łączenie jest niczym nieuzasadnione¹¹¹⁹, a osiągnięty efekt bardziej szkodzi podmiotowi administrowanemu niż służy współpracy z organami administracji publicznej, co wynika z niedostatecznej recepcji regulacji zawartych w kodeksie cywilnym. Z taką sytuacją mamy obecnie do czynienia w Polsce. Jak zauważa E. Skorczyńska, nierzadko „podmiot zewnętrzny zawiera z organami administracji publicznej umowę cywilnoprawną, którą z punktu widzenia prawa cywilnego powinna być nazywana umową adhezyjną, tymczasem prawo administracyjne w ogóle tego faktu nie uwzględnia, tj. nie zapewnia podmiotom zewnętrznym w stosunku do administracji takiej ochrony, jaka jest przewidziana dla umów adhezyjnych w prawie cywilnym”¹¹²⁰. Brak dbałości o interes podmiotu zewnętrznego wspomina autorka dostrzega także w przypadku umowy zawieranej z zarządcą drogi zgodnie z art. 16 ustawy z 21.03.1985 r. o drogach publicznych – mowa jest o umowie zawieranej w celu realizacji inwestycji niedrogowej. W przypadku tego rodzaju umowy cywilnoprawnej inwestor ma bardzo ograniczone możliwości negocjowania warunków umowy z administracją, co wynika z uprzywilejowanej pozycji administracji, która dzięki swoistemu „monopolowi” stara się przerzucić „na inwestorów przedsięwzięć budowlanych w nieproporcjonalnym zakresie koszty budowy

¹¹¹⁹ J. Zimmermann, *Zagadnienie repartycji sfer u J.S. Langroda i we współczesnym polskim prawie administracyjnym*, (w:) J. Niczyporuk (red.), *Teoria instytucji prawa administracyjnego. Księga pamiątkowa Profesora Jerzego Stefana Langroda*. Paryż 2011, s. 257 i n.

¹¹²⁰ E. Skorczyńska, *Pogranicze...*, dz. cyt., s. 236.

infrastruktury komunikacyjnej (potrzebnej do prawidłowego obsłużenia inwestycji, ale i przydatnej np. mieszkańcom gminy, co często nie jest uwzględniane w podziale kosztów)”¹¹²¹.

Opisane wyżej przypadki niezbiecie dowodzą, że współcześnie trudno sobie wyobrazić działalność organów administracji pozbawionych możliwości zawierania umów, co z kolei sprawia, że przeplatają się ze sobą metody regulacyjne typowe dla prawa cywilnego i administracyjnego. Warto w tym miejscu przypomnieć uwagę poczynioną przez R. Godlewskiego i H. Kisilowską, zgodnie z którą „Dostrzegając pozytywną tendencję do odchodzenia od przymusu administracyjnego na rzecz rozwiązań koncyliacyjnych i konsensualnych, trzeba jednak pamiętać, że prawo powinno chronić podstawowy system wartości i – aby nie doprowadzić do chaosu kompetencyjnego – to prawu administracyjnemu przede wszystkim należy przypisać ochronę dobra wspólnego, interesu publicznego, która może być niemożliwa bez użycia środków władczych”¹¹²².

Troska o instytucjonalną przejrzystość prawa administracyjnego sprawia, że w polskiej doktrynie prawa administracyjnego nie bez racji postuluje się wprowadzenie ramowej regulacji umowy administracyjnej, przewidując dla niej miejsce w ramach k.p.a. Mimo podejmowanych dotąd aż trzykrotnie prób normatywizacji tej instytucji, kwestia ta pozostaje jednak nadal w sferze postulatów. Skłania to do postawienia pytania o przyczyny tego stanu rzeczy.

5.3. Próby normatywizacji umowy administracyjnej w Polsce

Idea umowy administracyjnej nie jest obca polskiemu ustawodawcy, który od lat stara się usprawnić postępowanie administracyjne, dokonując co i rusz nowelizacji k.p.a.¹¹²³ Mogąca służyć temu celowi konstrukcja umowy administracyjnej budzi jednak opory ustawodawcy, o czym świadczą podejmowane cyklicznie przez przedstawicieli nauki próby zainteresowania ustawodawcy tą instytucją.. Pierwsza taka próba podjęta

¹¹²¹ Tamże.

¹¹²² R. Godlewski, H. Kisilowska, *Przenikanie się prawa administracyjnego i prawa cywilnego na przykładzie gospodarkinieruchomościami i prawa budowlanego*, (w:) D. Kijowski i in. (red.), *Kryzys prawa administracyjnego. Wypieranie prawa administracyjnego przez prawo cywilne*. T. III. Warszawa 2012, s. 34.

¹¹²³ W. Piątek, *Kodeks postępowania administracyjnego w świetle ustawy nowelizującej z dnia 7 kwietnia 2017 r. – ogólna charakterystyka zmian*. „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego”, nr 5 (74)/2017, s. 21 i n. oraz przypis nr 9; tenże, *Uproszczenia w postępowaniu administracyjnym z perspektywy 60-lecia kodeksu postępowania administracyjnego*. „Gdańskie Studia Prawnicze”, nr 2 (46)/2020, s. 95 i n.

została w ramach prac nad drugim projektem ustawy *Przepisy ogólne prawa administracyjnego* (dalej: POPA), którego ostatnia wersja pochodziła z dnia 15 grudnia 1996 r. W art. 24 tego projektu zaproponowano wprowadzenie do procedury administracyjnej układu administracyjnego, który, jak wskazał D. Kijowski, pełnił funkcję umowy administracyjnej zawieranej między organem i podmiotem administrowanym. Układ miał zastępować decyzję administracyjną. W regulacji tej przewidziano dwie przeszkody uniemożliwiające zawarcie układu. Były to:

- sprzeczność rozstrzygnięcia zawartego w układzie z interesem społecznym oraz
- sprzeczność rozstrzygnięcia zawartego w układzie ze słusznym interesem partnerów kontraktujących z organem.

Kontrolę nad przestrzeganiem postanowień układu strony mogły powierzyć sądowi powszechnemu. Jeśli tego nie zrobiły, wówczas odbywała się ona w trybie przewidzianym przez k.p.a.¹¹²⁴

Instytucja układu administracyjnego wpisywała się w nurt działań promujących koncyliacyjne i mediacyjne metody unikania sporów i stanowiła ona krajowy pomysł na uregulowanie sposobu paktowania administracji z obywatelem, który odbiegał od niemieckiej koncepcji, na której opierały się rozwiązania w wielu krajach europejskich. Krytyce poddano szczególnie kwestię rozstrzygania konfliktów wynikających z zawartego układu. Jak podkreślił D. Kijowski, „o ile odesłanie kwestii rozstrzygania konfliktów na tle wykonania układu na drogę przed sądem powszechnym oznacza zapewnienie temu procesowi pełnej regulacji, to generalna zasada stosowania w takich przypadkach Kpa może okazać się rozwiązaniem „kulawym”. Bez wyraźnego upoważnienia określonego ustawą organu do podejmowania w takich przypadkach decyzji administracyjnych rozstrzygających spór odesłanie na drogę administracyjną nie dawałoby szans efektywnego rozpatrzenia sporu. Kodeks możemy zastosować do skontrolowania prawidłowości treści układu oraz procedury zastosowanej przy jego zawarciu, ale gdy strony układu nie realizują konieczna jest raczej droga egzekucyjna, a nie orzecznicza”¹¹²⁵.

Po raz drugi prace nad instytucjonalizacją umowy administracyjnej podjęte zostały przez zespół ekspercki powołany w dniu 14 czerwca 2006 r. przez Rzecznika

¹¹²⁴ D. Kijowski, *Przepisy ogólne prawa administracyjnego – trzecie podejście*, (w:) tenże, *Prawo do dobrej administracji*. „RPO-MAT.”, nr 60/2008, s. 44 (<https://bip.brpo.gov.pl/pliki/12124042030.pdf>, 29.06.2022).

¹¹²⁵ Tamże, s. 44 i n.

Praw Obywatelskich – J. Kochanowskiego. W skład zespołu, któremu przewodniczył D. Kijowski, weszli: J. Borkowski, W. Chróścielewski, B. Gruszczyński, Z. Kmiecik, J. Świątkiewicz. W początkowym etapie prac uczestniczył także Z. Leoński¹¹²⁶. Efektem prac zespołu był projekt ustawy *Przepisy ogólne prawa administracyjnego* z 2008 roku (dalej: POPA z 2008 r.).

Zdaniem D. Kijowskiego w projekcie ustawy zawrzeć należało regulacje dotyczące umowy administracyjnej, która z powodzeniem była już stosowana w wielu krajach europejskich, m.in. w Grecji, Gruzji i Estonii¹¹²⁷. Pomysł ten został zrealizowany w art. 41-46 opracowanego projektu ustawy, a podstawowym celem wprowadzenia nowej instytucji do polskiego prawa administracyjnego było ułatwienie załatwienia tych spraw, w przypadku których „treść rozstrzygnięcia (innej czynności władczej) organu administrującego nie jest jednoznacznie przesądzona w zaistniałych, ustalonych okolicznościach faktycznych przez przepisy obowiązującego prawa, a równocześnie wykluczy naruszanie bądź obchodzenie bezwzględnie wiążących przepisów prawa”¹¹²⁸. W uzasadnieniu *expressis verbis* wskazano, że regulacje dotyczące umowy administracyjnej recypują rozwiązania wypracowane i sprawdzone na gruncie niemieckiego prawa administracyjnego¹¹²⁹. Punktem wyjścia dla polskiego prawodawcy były regulacje zawarte w § 54–62 VwVfG, które dotyczyły niemieckiej umowy ugody oraz umowy wymiany. Jednocześnie podkreślić należy, że nie wszystkie kwestie zostały uregulowane zgodnie z niemieckim wzorcem. Recypowano przepisy dotyczące kwestii terminologicznych oraz regulujące zagadnienie dopuszczalności umowy administracyjnej, jej zakresu podmiotowego i przedmiotowego oraz typów umów, odmiennie natomiast uregulowano skutki sprzeczności z prawem umowy administracyjnej: niemiecką koncepcję nieważności umowy zastąpiono instytucją bezskuteczności umowy¹¹³⁰.

Funkcję umowy w POPA z 2008 r. pełniły dwie instytucje: umowa administracyjna oraz układ. Zgodnie z art. 41 ust. 1 projektu, prawo do zawarcia umowy z osobami, których interesów prawnych lub obowiązków sprawa dotyczyła,

¹¹²⁶ J. Kochanowski, *O dobrą administrację*, (w:) D. Kijowski, *Prawo...*, dz. cyt., s. 16.

¹¹²⁷ D. Kijowski, *Przepisy ogólne...*, dz. cyt., s. 36.

¹¹²⁸ *Przepisy ogólne prawa administracyjnego – uzasadnienie projektu ustawy*, (w:) D. Kijowski, *Prawo...*, dz. cyt., s. 101.

¹¹²⁹ Tamże.

¹¹³⁰ A. Krawczyk, *Umowa administracyjna w kodeksie postępowania administracyjnego (propozycja regulacji)*. „Państwo i Prawo”, nr 2/2015, s. 100.

przysługiwało organowi administracji publicznej właściwemu do załatwienia sprawy administracyjnej w drodze decyzji albo poprzez podjęcie innego aktu lub czynności władczej, pod warunkiem że na przeszkodzie zawarcia umowy nie stały przepisy szczególne. W myśl art. 41 ust. 2 celem zawartej umowy było określenie treści i sposobu wykonania uprawnień i obowiązków, które organ administracji mógł sprecyzować posługując się formą władczą. Zawarta umowa mogła zastąpić władczą formę działania organu, jeżeli strony tak postanowiły.

Definicję celowościową układu zamieszczono w art. 41 ust.3. Jako układ zdefiniowano umowę administracyjną, która służyć miała ustaleniu stanu faktycznego lub prawnego w sprawie, w której do ich ustalenia na podstawie środków dowodowych w postępowaniu wyjaśniającym nie doszło z dwóch powodów: albo okazało się to niemożliwe albo wiązało się z poniesieniem kosztów, które były niewspółmierne wobec celu postępowania.

Kwestia bezskuteczności umowy uregulowana została w art. 42. Bezskuteczność zachodziła w trzech przypadkach:

- gdy była ona sprzeczna z przepisami prawa,
- gdy służyła obejściu prawa,
- gdy służyła nadużyciu prawa.

O trybie orzekania bezskuteczności decydował charakter sprawy. Jeżeli umowa dotyczyła sprawy, która podlegała załatwieniu w trybie uregulowanym w k.p.a. lub w Ordynacji podatkowej, wówczas o bezskuteczności orzekał organ wyższego stopnia w stosunku do organu administracji publicznej, który zawarł umowę. W przypadku innych spraw do orzekania o bezskuteczności umowy upoważniony był organ nadrzędny nad organem administracji publicznej, który był stroną umowy. Gdy organu takiego nie było, kompetencja ta przysługiwała organowi uprawnionemu do sprawowania nadzoru nad danym organem administracji publicznej. Bezskuteczność miała być orzekana w drodze decyzji administracyjnej¹¹³¹.

W kolejnym artykule uregulowana została kwestia niewykonania umowy przez organ administracji. W takiej sytuacji stronie umowy przyznano prawo do wniesienia skargi na bezczynność organu administracji do sądu administracyjnego. Gdyby natomiast z umowy nie wywiązał się partner organu administracji, wówczas należało uruchomić

¹¹³¹ *Przepisy ogólne...*, dz. cyt., s. 102.

tryb postępowania egzekucyjnego. Z kolei roszczeń odszkodowawczych dochodzić należało w drodze powództwa cywilnego.

Koncepcja umowy przedstawiona w projekcie POPA z 2008 r. nie wyszła poza ramy postulatów modernizacji postępowania administracyjnego.

Kolejna próba normatywizacji umowy administracyjnej podjęta została przez Zespół do opracowania koncepcji modyfikacji postępowania administracyjnego, który został powołany decyzją Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego nr 8 z dnia 10 października 2012 r. W skład zespołu, któremu przewodniczył Z. Kmiecik, weszli: W. Chróścielewski, J. Drachal, R. Hauser, R. Suwała, A. Skoczylas oraz J. P. Tarno. W pracach zespołu trwających w latach 2012-2016 uczestniczyli także przedstawiciele praktyki i środowiska naukowego¹¹³². Czytając o powodach modernizacji instytucji k.p.a. trudno nie dojść do wniosku, że polska doktryna prawa administracyjnego mierzy się z problemami podobnymi do tych, w obliczu których stanęła niemiecka myśl administracyjnoprawna w latach 60. XX w. i kolejnych. Do najważniejszych zaliczyć należy m.in.¹¹³³:

- liczne nowelizacje k.p.a. powodujące wzrost kazuistyki regulacji kodeksowej,
- zwiększający się formalizm procesowy czynności, które podejmowane były w ramach jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego,
- wzrost kosztów postępowania administracyjnego,
- przewlekłość w załatwianiu spraw,

¹¹³² Z. Kmiecik, *Słowo wstępne*, (w:) tenże (red.), *Raport...*, dz. cyt., s. 11.

¹¹³³ Tamże, s. 12 i n. Częściowo odmienne poglądy w kwestii współczesnych problemów związanych z kodyfikacją postępowania administracyjnego oraz działalnością organów administracji wyraża m.in. J. Zimmermann, którego zdaniem „niewątpliwie celna jest analiza obecnej sytuacji, która dowodzi – może z pewną przesadą – że „kodeks zaczął być spychany na margines”, a woluntaryzm ustawodawcy jest tak wielki, że mnoży postępowania szczególne. Te zjawiska nie zależą jednak od samego kodeksu i powinny być naprawiane innymi drogami. Nie potwierdzam tego, że rzekomo wzmogła się kazuistyka rozwiązań kodeksowych oraz stopień ich formalizacji, a tym samym nastąpił wzrost kosztów postępowania administracyjnego. Te akurat elementy nie są zauważalne i nie mogą wpływać na istotne zmiany w kodeksie” (J. Zimmermann, *Kilka refleksji o nowelizacji kodeksu postępowania administracyjnego*. „Państwo i Prawo”, nr 8/2017, s. 4). W innym miejscu autor ten powołuje argumenty podobne lub identyczne do tych, które wymienił Z. Kmiecik. Jest tak, gdy J. Zimmermann wypowiada się na temat motywów wprowadzenia zmian w kodeksie: „Myślę, że uprawnione jest twierdzenie, że kodeks postępowania administracyjnego w wersji pierwotnej z 1960 r. był bardziej spójny i wartościowszy jako całość niż ten sam kodeks w chwili obecnej. Kolejne nowelizacje dodawały do niego lepiej lub gorzej pomyślane instytucje, tworząc całość eklektyczną i trudną w interpretacji” (tamże, s. 6). Por. też A. Wróbel, *Głęboka modernizacja kodeksu jest nieuzasadniona*. „Dziennik Gazeta Prawna”, nr 160/2015, s. 85.

- „legalizm urzędniczy” (jak wyjaśnia Z. Kmiecik, zjawisko to obejmuje także ukrywanie się „za parawanem procedury, stosowanej często bez zastanowienia się nad celem i skutkami podejmowanych działań)”¹¹³⁴,
- zawodność i ułomność instytucji kodeksowych pochodzących z przełomu XIX i XX w. w obliczu tempa zmian charakteryzującego wiek XX,
- ustrojowe przeobrażenia administracji (w szczególności proces jej decentralizacji),
- rozwój tzw. globalnego prawa administracyjnego.

W literaturze przedmiotu zwrócono również uwagę na fakt, że polski ustawodawca praktykuje „obchodzenie” przepisów kodeksowych tworząc porządek prawny traktowany jako *lex specialis*¹¹³⁵.

Zespołowi powołanemu przez Prezesa NSA przyświecały następujące cele¹¹³⁶:

- zwiększenie efektywności procedury administracyjnej,
- zmniejszenie społecznych kosztów uruchamiania procedury administracyjnej,
- zerwanie z anachronicznym schematem regulacji kodeksowej,
- implementacja wybranych zasad koncepcji *good governance*,
- debiurokratyzacja postępowania administracyjnego,
- wzbogacenie procedury administracyjnej o formy konsensualne umożliwiające współpracę organu administracji z obywatelem.

Realizacja tych celów miała zapobiec „nasilającemu się zjawisku przewlekłości postępowań administracyjnych, a jednocześnie krążenia przez dłuższy czas niekiedy zupełnie błahych spraw w obrębie instancji administracyjnych oraz pomiędzy nimi a instancjami sądowymi. Skrócenie i uproszczenie drogi uzyskania tego, o co zabiega obywatel, niewątpliwie przyczyni się do zauważalnej oszczędności środków publicznych i redukcji obciążeń administracji, mierzonych jednostkowymi nakładami ponoszonymi na załatwienie sprawy oraz czasem jej rozpatrzenia, i zarazem podniesie standard świadczeń na rzecz jednostki”¹¹³⁷. W gruncie rzeczy podobną myśl wyraził J. Zimmermann, zastrzegając jednak, że idei odformalizowania i pragmatyzmu postępowania administracyjnego nie należy popierać w sposób bezwzględny, lecz dążyć

¹¹³⁴ Z. Kmiecik, *Słowo wstępne*, (w:) tenże (red.), *Raport...*, dz. cyt., s. 12.

¹¹³⁵ Z. Kmiecik, *Współczesne oblicze kodyfikacji postępowania administracyjnego w Polsce*. „Gdańskie Studia Prawnicze”, nr 2/2020, s. 58.

¹¹³⁶ Z. Kmiecik, *Słowo wstępne...*, dz. cyt., s. 13.

¹¹³⁷ Tamże, s. 13.

należy do zachowania równowagi między nadmiernym formalizmem i zbyt daleko posuniętym pragmatyzmem postępowania administracyjnego¹¹³⁸.

Główną różnicą, którą można dostrzec między działaniami polskiego i niemieckiego prawodawcy, była kwestia ekonomiczna. O ile w Niemczech stanowiła ona jeden z ważniejszych powodów modernizacji administracji, dzięki któremu miała zwiększyć się konkurencyjność gospodarki niemieckiej na arenie międzynarodowej, o tyle kwestie *stricte* gospodarcze nie miały dla polskiego prawodawcy większego znaczenia.

Instytucją, która umożliwiała realizację wielu celów przyświecających modernizacji k.p.a. była umowa administracyjna. Jej normatywizacja w proponowanym projekcie ustawy traktowana była jako jedno z kierunkowych założeń modernizacji kwestii proceduralnych¹¹³⁹. Zdaniem J. Zimmermanna umowa administracyjna także „rozszerzyłaby gwarancje ochrony obywatela w postępowaniu, ustalając jego względnie równy status z organem prowadzącym postępowanie”¹¹⁴⁰.

W projekcie przygotowanym przez zespół powołany przez Prezesa NSA dokonano bardziej szczegółowej selekcji rozwiązań niemieckich niż miało to miejsce w przypadku projektu POPA z 2008 r., co uzasadnione było przekonaniem, „że mimo bogatego dorobku niemieckiej nauki i doświadczeń praktyki w tym zakresie nie można tracić z pola widzenia różnic między strukturą polskiej i niemieckiej administracji, odmienności w ujęciu podstawowych instytucji prawa procesowego oraz odrębności w ukształtowaniu zakresu uprawnień orzeczniczych sądów administracyjnych. Wynikające stąd problemy z adaptacją umowy administracyjnej w naszych warunkach sprawiły, że odstąpiono od propozycji przejęcia nieznacznie tylko zmodyfikowanych rozwiązań niemieckich na rzecz wypracowania własnej, choć uwzględniającej obce doświadczenia, koncepcji”¹¹⁴¹.

W pierwszej kolejności należało ustalić wzajemne relacje między umową administracyjną i ugodą administracyjną. W projekcie przyjęto, że umowa administracyjna, ugoda oraz decyzja administracyjna miały być alternatywnymi

¹¹³⁸ J. Zimmermann, *Kilka refleksji...*, dz. cyt., s. 9.

¹¹³⁹ Z. Kmiecik, *Słowo wstępne...*, dz. cyt., s. 14.

¹¹⁴⁰ J. Zimmermann, *Kilka refleksji...*, dz. cyt., s. 23.

¹¹⁴¹ A. Krawczyk, *Umowa administracyjna*, (w:) Z. Kmiecik (red.), *Raport...*, dz. cyt., s. 124.

względem siebie formami załatwienia sprawy, co znalazło odzwierciedlenie w projekcie nowego k.p.a. w treści art. 14:

§1. Organy administracji publicznej na każdym etapie postępowania i w granicach obowiązującego prawa, są obowiązane dążyć do polubownego rozstrzygania kwestii spornych oraz ustalania praw i obowiązków będących przedmiotem postępowania w należących do ich właściwości sprawach, w szczególności poprzez:

- 1) nakłanianie stron do zawarcia ugody – w sprawie, w której uczestniczą strony o spornych interesach;
- 2) podejmowanie czynności niezbędnych do załatwienia sprawy w formie umowy administracyjnej – w sprawie, w której zawarcie umowy jest możliwe;
- 3) podejmowanie czynności niezbędnych do przeprowadzenia mediacji – w sprawie, której charakter na to pozwala.

§ 2. Organy administracji publicznej, na każdym etapie postępowania, udzielają wyjaśnień o możliwości i korzyściach wynikających z zastosowania środków, o których mowa w § 1, a także stwarzają warunki do ich zastosowania¹¹⁴².

Umowie administracyjnej poświęcony został rozdział 10 projektu nowego k.p.a.¹¹⁴³ W art. 144 § 1 określona została strona podmiotowa – umowa mogła zostać zawarta między organem prowadzącym postępowanie a stroną tego postępowania. Tym samym rozwiane zostały wątpliwości co do możliwości zawarcia umowy administracyjnej przez dwa organy administracji publicznej. W myśl § 2 przywołanego artykułu umowa w postaci układu mogła polegać na wzajemnych ustępstwach co do ustaleń stanu faktycznego lub prawnego, jeżeli dokonanie tych ustaleń w postępowaniu wyjaśniającym okazało się niemożliwe lub wiązałoby się z nadmiernymi trudnościami lub kosztami.

Zgodnie z art. 145 zawarcie umowy uniemożliwiało wydanie decyzji w tej samej sprawie, z wyjątkiem sytuacji, gdy umowa była nieważna. W projekcie przyjęto zatem, że umowa zastępowała akt administracyjny, natomiast nie mogła być wydawana obok niego¹¹⁴⁴.

¹¹⁴² *Projekt nowego Kodeksu postępowania administracyjnego*, (w:) Z. Kmiecik (red.), *Raport...*, dz. cyt., s. 246.

¹¹⁴³ Tamże, s. 277 i n.

¹¹⁴⁴ A. Krawczyk, *Umowa administracyjna*, (w:) Z. Kmiecik (red.), *Raport...*, dz. cyt., s. 128.

Kwestię nieważności regulował art. 149, w myśl którego umowa była nieważna, gdy została zawarta z naruszeniem przepisów prawa, w tym w przypadkach uzasadniających wznowienie postępowania administracyjnego lub stwierdzenie nieważności decyzji, a także w celu obejścia lub nadużycia prawa. Jak wyjaśnia A. Krawczyk, „Nie dostrzeżono potrzeby wprowadzania osobnego trybu stwierdzania nieważności umów ani upoważniania do orzekania w tym zakresie w sposób bezpośredni jakiegokolwiek organu. Stan nieważności byłby stanem „obiektywnym” , na który każda ze stron umowy mogłaby się powołać w określonych granicach czasowych. Uznanie umowy za nieważną pociągałoby za sobą „odżycie” uprawnienia organu do wydania decyzji, tak jakby do zawarcia umowy nigdy nie doszło. Jej wydanie powinno być zorientowane na przywrócenie stanu poprzedniego”¹¹⁴⁵.

Z inicjatywą zawarcia umowy mógł wystąpić zarówno organ prowadzący postępowanie, co wynikało z art. 14 §1 pkt 2, jak również strona. Zgodnie bowiem z art. 146 organ administracji publicznej zobowiązany był do odroczenia wydania decyzji, jeżeli strona złożyła oświadczenie o zamiarze zawarcia umowy, a organ uznał to za możliwe i celowe.

Mimo podjętych prac nad ramową regulacją umowy administracyjnej w ostatecznym projekcie ustawy nowelizującej nie zamieszczono tych przepisów. Zgodzić się należy z poglądem wyrażonym przez Z. Kmiecika, iż „Odrzucenie przez ustawodawcę pomysłu wyznaczenia procesowych ram dla korzystania z instytucji umowy administracyjnej z pewnością obniżyło praktyczne znaczenie i rangę zasady koncyliacyjności (polubowności), zwiększając stopień jej niedookreśloności”¹¹⁴⁶.

Biorąc pod uwagę skuteczne rozwiązania niemieckie w zakresie funkcjonowania umowy administracyjnej oraz nieudane próby ich recepcji na grunt rodzimego prawa administracyjnego, warto zastanowić się, czy przed przystąpieniem do kodyfikacji tej instytucji nie należy w pierwszej kolejności opracować spójnego systemu prawa umów administracyjnych, wzorując się na gotowych, sprawdzonych i utrwalonych rozwiązaniach zagranicznych, zwłaszcza niemieckich. Proponowane dotychczas przez projektodawców rozwiązania legislacyjne nie uwzględniały m.in. kwestii dopasowania umowy na skutek nieoczekiwanej zmiany warunków ani możliwości rozwiązania umowy

¹¹⁴⁵ Tamże, s. 132.

¹¹⁴⁶ Z. Kmeciak, *Komentarz do art. 13*, (w:) Z. Kmeciak, J. Wegner, M. Wojtuń, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*. Warszawa 2023, s. 131.

przez strony. Ostatnie doświadczenia związane z wybuchem pandemii COVID – 19 wyraźnie pokazują, że rozwiązania takie są niezbędne. Rozważyć również należy kwestię wprowadzenia zwornika bezpieczeństwa w postaci przyznania organowi administracji uprawnienia do rozwiązywania umowy w przypadku zagrożenia dobra wspólnego poważnymi szkodami. Zagadnienia powyższe nie stanowiły przedmiotu rozważań w pracach nad zgłaszanymi projektami, przez co propozycje te mogły wydawać się niekompletne i obarczone nadmiernym ryzykiem obciążającym organ administracji publicznej.

ZAKOŃCZENIE

Badania prowadzone nad niemiecką umową administracyjną miały na celu ocenę jej przydatności dla administracji i funkcji w procesie administrowania.

Tezą wyjściową niniejszej rozprawy było twierdzenie, że umowa administracyjna jest instytucją pozwalającą administracji publicznej w sposób elastyczny i efektywny realizować coraz bardziej zróżnicowane i złożone (kompleksowe) zadania publiczne.

W pierwszym rozdziale poszukiwano odpowiedzi na pytanie, dlaczego umowa administracyjna stała się przedmiotem zainteresowania doktryny niemieckiej. Jak wykazały badania, instytucja ta była stosowana przez organy administracji publicznej w celu załatwienia różnego rodzaju spraw w ramach prawa zwyczajowego na długo przed ujęciem jej w ramy prawne. Poglądy przedstawicieli doktryny co do możliwości stosowania tej konsensualnej formy działania przez organy administracji były silnie spolaryzowane, przede wszystkim ze względu na stanowisko O. Mayera, który w utworzonym przez siebie systemie prawa administracyjnego nie widział miejsca na umowę administracyjną. Instytucja ta kojarzona była przede wszystkim z prawem cywilnym, dlatego też jej recepcja na grunt prawa publicznego mogłaby zagrażać rozwojowi doktryny nowej gałęzi prawa, której przedstawiciele zmuszeni byłaby korzystać z dorobku doktryny prawa cywilnego. Długoletnia walka z tym poglądem oraz podejmowane w doktrynie próby przekonania zwolenników koncepcji O. Mayera, że umowa może stanowić alternatywę dla aktu administracyjnego zaowocowały włączeniem tej konsensualnej formy działania administracji w ramy VwVfG. Spory doktrynalne zostały więc zakończone wolą ustawodawcy, zgodnie z którą postępowanie administracyjne mogło skończyć się zawarciem umowy publicznoprawnej lub wydaniem aktu administracyjnego.

Rozważania przedstawione w rozdziale pierwszym i drugim pozwoliły udzielić odpowiedzi na pytanie, w jakim stopniu zmiany społeczno-polityczne zachodzące na przestrzeni minionych stuleci wpłynęły na naukę o prawnych formach działania administracji pod kątem funkcjonowania instytucji umowy administracyjnej. Przede wszystkim okazuje się, iż metodologia prowadzenia badań nad materią prawa państwowego, a później administracyjnego stanowiła w znacznym stopniu pochodną przyjętej koncepcji państwa. O ile w państwie policyjnym organy administracji stosowały prawo, nie będąc nim związane, i postrzegały podmioty administrowane jako poddanych,

o tyle w państwie prawa sytuacja diametralnie się zmieniła – obywatel przestał być poddanym, a prawo coraz bardziej zaczęło krępować władzę.

Szczególne znaczenia umowa administracyjna nabrała w państwie kooperującym, które stanowiło efekt zmian instytucjonalnych wprowadzanych systematycznie w oparciu o różne koncepcje państwa w ramach modernizacji administracji. Jedną z najważniejszych zmian zaszła na linii organ administracji publicznej – obywatel, gdyż jednostkę zaczęto postrzegać jako partnera, z którym można było wspólnie dążyć do załatwienia sprawy. Dzięki reinterpretacji zasady legalizmu możliwe stało się kształtowanie stosunków administracyjnoprawnych w ramach działań konsensualnych. Władczy, jednostronny akt administracyjny był zastępowany niewładczą, dwustronną umową administracyjną, o ile nie sprzeciwiały się temu przepisy prawa. Instytucja ta stanowiła remedium na liczne patologie występujące w administracji publicznej, do których w drugiej połowie XX w. zaliczały się przede wszystkim nadmierna biurokracja i inflacja prawa. Także zmiany zachodzące w rzeczywistości społecznej sprawiały, że tradycyjne instytucje prawa administracyjnego przestały spełniać swoją rolę, w związku z czym organy administracji publicznej musiały zostać wyposażone w narzędzia pozwalające elastycznie realizować nakładane na nie, coraz bardziej zróżnicowane i kompleksowe, zadania, które nierzadko wymagały współpracy z podmiotami spoza administracji: zarówno obywatelami, jak i podmiotami gospodarczymi. Umowa administracyjna stała się narzędziem kooperatywnej konkretyzacji prawa, a legitymizacja działań organów administracji wzrastała dzięki zwiększonej akceptacji treści umów zawieranych z obywatelami, którzy współpracowali nad ich treścią. Umowa administracyjna stanowi szczególnie wygodny instrument kooperacji w sytuacjach, gdy nie może zostać wydany jednostronny władczy akt administracyjny, a więc w szczególności wtedy, gdy organowi nie została przyznana kompetencja do załatwienia danej sprawy lub gdy stan faktyczny jest niejasny. Ostatnia z wymienionych sytuacji typowa była w powojennych Niemczech, gdy nie zawsze możliwe było usunięcie wszelkich wątpliwości co do stanu faktycznego i prawnego.

Umowa administracyjna sprawdza się również w procesie stosowania przepisów zawierających pojęcia nieostre lub klauzule generalne. Nie ulega wątpliwości, że przepisy takie są niezbędne ze względu na zapewnienie administracji pewnej swobody działania. Dzięki współpracy z podmiotem administrowanym organ może powziąć wiedzę, jakie rozwiązanie jest najlepsze w danej sytuacji z punktu widzenia partnera umowy, dzięki

czemu w znacznym stopniu ograniczony zostaje automatyzm w kształtowaniu stosunków administracyjnych.

Na wzrost efektywności działań administracji wpływa również fakt zdobywania przez organy informacji od obywateli w ramach wypracowywanych wspólnie z nimi rozwiązań. Pod tym względem umowa administracyjna odgrywa ważną funkcję informacyjną, gdyż pozwala organom w trakcie rozmów dotrzeć do informacji, które w przeciwnym razie byłyby trudne do pozyskania.

Z przedstawionych w drugim rozdziale analiz wynika, że czynnikami wspierającymi rozwój umowy administracyjnej były:

- inflacja prawa w latach 60. i 70. minionego wieku, skutkująca zawodnością tworzonego prawa,
- redukcja obciążeń państwa poprzez prywatyzację części zadań publicznych,
- zmiany na poziomie instytucji nieformalnych (odnoszące się do zmiany kultury administracyjnej),
- rozluźnienie rygorów związania administracji prawem,
- trwała zmiana sięgająca w głąb systemu wartości leżących u podstaw prawa administracyjnego,
- dążenie do podniesienia poziomu akceptacji działań podejmowanych przez administrację publiczną,
- coraz trudniejsze kierowanie społeczeństwem przy pomocy norm prawnych o charakterze abstrakcyjno-generalnym,
- realizacja zadań publicznych w oparciu o podejście sieciowe, oparte na współpracy, nie na działaniach władczych,
- dążenie do kooperatywnej konkretyzacji prawa,
- traktowanie administracji w kategoriach przedsiębiorstwa,
- promowanie założeń państwa aktywizującego w ramach działań politycznych partii rządzącej (plan Socjaldemokratycznej Partii Niemiec),
- dostrzeżenie w badaniach naukowych i praktyce administracyjnej znaczenia komunikacji na linii obywatel – organ administracji publicznej, usprawniającej proces administrowania,
- dostrzeżenie w kooperacji szansy na pozyskiwanie informacji przez administrację,
- dążenie do zwiększenia sprawności postępowania administracyjnego,

- ograniczenie ingerencji państwa w procesy rynkowe na rzecz rozwoju sektora prywatnego, z którym administracja publiczna miała coraz ściślej kooperować w celu realizacji zadań publicznych,
- promowanie ekonomicznej logiki działania administracji państwowej kosztem efektywności społecznej i współpracy opartej na wartościach,
- rozwój nowego wzorca kooperacyjnej współpracy, wykraczającego poza ciasny gorset umowy subordynacyjnej, nieprzystającej do zadań, które realizować musi współcześnie administracja publiczna,
- dehierarchizacja relacji między państwem i społeczeństwem,
- konieczność uzupełniania luk prawnych,
- podniesienie jakości lokalnego układu instytucjonalnego.

Rozdział trzeci i czwarty służyły odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób na gruncie prawa pozytywnego została skodyfikowana umowa administracyjna. W pierwszej kolejności zidentyfikowane zostały stymulanty rozwoju umowy administracyjnej. Z punktu widzenia ustawodawcy głównym czynnikiem przemawiającym za instytucjonalizacją umowy publicznoprawnej było usunięcie sporów doktrynalnych dotyczących dopuszczalności podejmowania przez administrację działań w formie umowy administracyjnej. Ujęcie tej instytucji w ramy prawne miało położyć kres fragmentaryczności i braku przejrzystości niepisanych reguł opracowanych w doktrynie i orzecznictwie. W trakcie prac nad treścią przepisów regulujących umowę administracyjną wyłoniły się następujące czynniki hamujące proces wzbogacenia form działania administracji o formę umowy:

- niechęć administratywistów do dorobku prawa cywilnego w zakresie funkcjonowania umowy w obiegu prawnym,
- niechęć do zastosowania szerokiej klauzuli umożliwiającej stosowanie umowy w praktyce administracyjnej,
- obawy przed naruszeniem idei sprawiedliwości kontraktowej umowy przez organy administracji,
- obawy przed legitymacją działań niezgodnych z prawem,
- pozorna równorzędność podmiotów negocjujących umowę, skutkująca przewagą jednego z nich (niekoniecznie organu administracji państwowej),

- relacja substytucji, która skutkować może przymusem kontraktowania, który odczuwał będzie obywatel, a z drugiej strony świadczy o zbędności umowy, skoro administracja może zrealizować stawiane przed nią cele za pomocą jednostronnych działań władczych
- brak swobody kontraktowania organu administracji publicznej,
- naruszenie zasady równości obywateli wobec prawa,
- przepisy regulujące nieważność umowy naruszające zasadę stabilności prawa.

Natomiast za wprowadzeniem umowy administracyjnej po obrocie prawnego przemawiały następujące czynniki:

- możliwość regulowania sytuacji nietypowych i skomplikowanych,
- realny wpływ obywatela na intensywność i kierunek działań administracji publicznej dzięki negocjacji treści umowy,
- umożliwienie obywatelowi korzystania z jego praw podstawowych w obrębie granic wytyczonych przez zasadę związania administracji prawem,
- wzrost transparentności działań administracji na skutek zwiększenia dostępności do danych gromadzonych przez organy administracji publicznej,
- wzrost poziomu zaufania do organów udostępniających dane, a także poprawa wizerunku administracji publicznej w świadomości społecznej.

Przeprowadzona analiza dogmatycznoprawna wykazała z jednej strony, że przepisy regulujące umowę administracyjną podlegają ciągłej ewolucji, o czym świadczą trwające w Niemczech prace nad poszerzeniem katalogu nazwanych umów administracyjnych o umowę koordynacyjną. Z drugiej zaś strony obowiązujące regulacje odnoszące się do umowy ugody oraz umowy wymiany sprawdzają się w praktyce. Mają one charakter kompleksowy, co wynika przede wszystkim z faktu, iż na długo przed regulacją normatywną kwestię umów szeroko dyskutowano w doktrynie prawa administracyjnego – zarówno na łamach pism specjalistycznych, jak i w monografiach naukowych (pracach doktorskich i habilitacyjnych). Ustawodawca dostrzegając konieczność zapewnienia administracji publicznej pewnej swobody działania, zezwolił na zawieranie w określonych okolicznościach umów ugody *contra legem*, rozluźniając nieco tym samym rygor zasady legalności na korzyść ekonomiki postępowania administracyjnego oraz zasady proporcjonalności. Z kolei w uregulowaniach dotyczących umowy wymiany zawarte zostały postanowienia uniemożliwiające organowi wykorzystanie swej pozycji celem osiągnięcia nienależnych świadczeń (tzw. zakaz sprzęgania świadczeń). Ponadto ustawodawca niemiecki zawarł w VwVfG

przepisy regulujące zasadę *rebus sic stantibus*, w postaci dopasowania i wypowiedzenia umowy publicznoprawnej, które stanowią prawo bezwzględnie obowiązujące. Ze względu na ważkość zagadnienia, jakim jest trwałość umowy administracyjnej, zagadnienie jej nieważności powiązано w sposób systemowy z nieważnością aktu administracyjnego oraz regulacjami BGB.

Podkreślić należy, że umowa administracyjna nie stanowi jedynej konsensualnej formy działania administracji. Z tego względu przeprowadzono analizę porównawczą umowy administracyjnej z innymi władczymi i niewładczymi formami pozostającymi w dyspozycji organów administracji, takimi jak akt administracyjny oraz nieformalne uzgodnienia, uwzględniając również . W ramach kompleksowego ujęcia badanej problematyki uwzględniono również faktyczne działania administracji. Jak się okazuje, umowa administracyjna nierzadko stanowi najbardziej optymalny sposób załatwienia sprawy. W przeciwieństwie do uzgodnień nieformalnych cechuje się bowiem mocą wiążącą, natomiast w przeciwieństwie do aktu administracyjnego cieszy się „zwiększoną trwałością” po jej zawarciu, jeśli jest dotknięta wadą niekwalifikowaną. Jej znaczenia dla praktyki dowodzą formułowane w nauce opinie, że współcześnie trudno wyobrazić sobie sprawnie działające organy pozbawione możliwości konsensualnego nawiązywania stosunków administracyjnoprawnych.

Rozważania przedstawione w piątym rozdziale służyły poszukiwaniu odpowiedzi na pytanie, czy, a jeżeli tak, to w jakim zakresie niemiecki model umowy administracyjnej może stanowić inspirację dla przedstawicieli polskiej doktryny prawa publicznego dostrzegających konieczność kodyfikacji tej instytucji na gruncie rodzimego prawa. Wyniki badań wykazały, że to właśnie model niemiecki stanowi punkt odniesienia dla polskich rozważań dotyczących umowy administracyjnej. Większość analiz dotyczących tej problematyki czerpie z dorobku doktryny niemieckiej. Także dotychczasowe projekty nowelizacji k.p.a. opierały się w znacznej mierze na wybranych, sprawdzonych przepisach VwVfG. Wydaje się jednak, że polskie rozwiązania w tym zakresie w zbyt wąskim stopniu recypowały rozwiązania niemieckie. O ile bowiem na gruncie VwVfG wypracowano spójny system prawa umów administracyjnych, o tyle polski projektodawca skupił się na wybranych zagadnieniach – głównie definicyjnych. Choć niewątpliwie ustalenia definicyjne są ważne i pozwolą rozwiązać niejedną istniejący spór doktrynalny dotyczący istoty i roli umowy administracyjnej, z pewnością

nie są one wystarczające, by ta konsensualna forma działania administracji mogła stać się codziennym elementem praktyki administracyjnej.

Bibliografia

A

1. Abromeit W., *Vertragsgestaltung bei komplexen Verträgen des Staates mit Privaten*. Berlin 2021
2. Abt J. i in., *Einführung: heute das Morgen gestalten – veränderte Formen der Zusammenarbeit in den Gemeinden, Städten und Regionen*, (w:) tenze i in. (red.), *Von Beteiligung zur Koproduktion. Wege der Zusammenarbeit von Kommune und Bürgerschaft für eine zukunftsfähige Kommunale Entwicklung*. Wiesbaden 2022
3. Abegg A., *Die Evolution des Verwaltungsvertrags zwischen Staatsverwaltung und Privaten. Der kontrahierende Staat in Deutschland, Frankreich und der Schweiz seit dem 18. Jahrhundert*. Bern 2010
4. Abegg A., *Die Verbannung von Verwaltungsverträgen aus dem Recht – Kooperationen zwischen Staat und Privaten in der deutschen Rechtswissenschaft des 18. Jahrhunderts*. „Ancilla Iuris”, 25.03.2012 (<https://www.anci.ch/categories/article>)
5. Abegg A., *Die Vertragsfreiheit der Verwaltung. Verträge zwischen Verwaltung und Privaten im Schatten des Staates* (https://doc.rero.ch/record/12785/files/Vertragsfreiheit_der_Verwaltung.pdf)
6. Achterberg N., *Der öffentliche-rechtliche Vertrag*. „Juristische Arbeitsblätter”, 1979
7. Adamiak B., Borkowski J., *Postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne*. Warszawa 2016
8. Alwasiak S. i in., *Interes publiczny a interesy grupowe w polskim ustawodawstwie*. „Ekonomista”, nr 3/2014
9. Ambrosius G., *Die Entwicklung Öffentlich-Privater Partnerschaften seit den 1980er Jahren, die fördernden und die hindernden Faktoren*. „dms – der moderne staat – Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management”, nr 2/2013
10. Apelt W., *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*. „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 84/3/1959
11. Apelt W., *Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Rechte*. Leipzig 1920
12. Appel I., *Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichen Anspruch*. „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, t. 67/2008
13. Arnould von A., *Beteiligung des Deutschen Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen*. „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 141/2/2016
14. Ast S., *Chancen und Grenzen des Neuen Steuerungsmodells im öffentlichen Bereich*. „Verwaltung und Management“, nr 6/5/2000

B

15. Bachof O., *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*. „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer“, t. 30/1972
16. Badäus D., *Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Public Private Partnership (PPP) bei gewandeltem Funktions- und Rollenverständnis von Staat und Verwaltungen - Innovative Formen der Kooperation zwischen privatem und öffentlichem Sektor*, (w:) H.-J. Bullinger, S. Hermann (red.), *Wettbewerbsfaktor Kreativität. Strategien, Konzepte und Werkzeuge zur Steigerung der Dienstleistungsperformance*. Wiesbaden 2000, s. 191.
17. Badura P., *Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates. Methodische Überlegungen zur Entstehung des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts*. Göttingen 1967 (<https://pub.ub.uni-muenchen.de/8889/1/8889.pdf>)
18. Badura P., *Der mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakt mit belastender Auflage*. „Juristische Schulung“, nr 3/1964 (<https://core.ac.uk/download/pdf/12169808.pdf>)
19. Baer S., *„Der Bürger im Verwaltungsrecht“. Subjektkonstruktion durch Leitbilder vom Staat*. Tübingen 2006
20. Baller O., *Der öffentlich-rechtliche Vertrag als Grundlage für Public-private-Partnership im deutschen Recht?*(w:) G. Manssen, A. Himmelreich, E. Gricenko (red.), *Public-private-Partnership im kommunalen Bereich. Deutsche und russische Erfahrungen*. Frankfurt am Main 2015
21. Banafsche M., *Die Eingliederungsvereinbarung zwischen Subordination und Koordination — Ausdruck eines alten verwaltungsrechtlichen Diskurses*. „Soziales Recht“, nr 3/4/2013
22. Bandemer von S., Hilbert J., *Vom expandierenden zum aktivierenden Staat*, (w:) B. Blanke i in. (red.), *Handbuch zur Verwaltungsreform*. Wiesbaden 1998
23. Barocka E., *Verträge und Vereinbarungen im Wasserrecht unter besonderer Berücksichtigung von Wasserentnahme-Gestattungsverträgen zur Bewässerung*. „Verwaltungsarchiv“, nr 51/1960
24. Batt H.-L., *Regionale und lokale Entwicklungsgesellschaften als Public-Private Partnerships: Kooperative Regime subnationaler Politiksteuerung*, (w:) U. Bullmann, R.G. Heinze (red.), *Regionale Modernisierungspolitik. Nationale und internationale Perspektiven*. Opladen 1997
25. Battis U., *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 3. Auflage. Heidelberg 2002
26. Battis U., *Entlastung des Staates durch Outsourcing?* (w:) Ch. Mecking, M. Schulte (red.), *Grenzen der Instrumentalisierung von Stiftungen*. Tübingen 2003
27. Bauer H., *Verwaltungskooperation. Public Private Partnerships und Public Public Partnerships – Einführende Problemskizze*, (w:) H. Bauer, Ch. Büchner, F. Brosius-

- Gersdorf (red.), *Verwaltungskooperation. Public Private Partnerships und Public Public Partnerships*. Potsdam 2008
28. Baumanns A., *Die Zwangsvollstreckung aus öffentlich-rechtlichen Verträgen – zugleich ein Beitrag zur Frage der Wirksamkeit rechtswidriger Verträge*. Düsseldorf 1978 (niepublikowana praca doktorska, wersja online: <https://dnb.info/988209314/34>)
 29. Bärsch C.-E., *Politische Institutionen und das Recht*, (w:) G. Göhler (red.), *Grundfragen der Theorie politischer Institutionen. Forschungsstand – Probleme – Perspektiven*. Opladen 1987
 30. Becker U., *Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht*, (w:) tenze (red.), *Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht I*. Baden-Baden 2010
 31. Becker J., *Rechtsrahmen für Public Private Partnership: Regelungsbedarf für neue Kooperationsformen zwischen Verwaltung und Privaten?* „Zeitschrift für Rechtspolitik“, nr 35/7/2002
 32. Behr Chr., *Vom Rechte des Fiskus*. „Archiv des öffentlichen Rechts“, nr 2/4/1918
 33. Beinhardt G., *Der öffentlich-rechtliche Vertrag im deutschen und französischen Recht*. „Verwaltungsarchiv“, nr 55/1964
 34. Beinhardt G., *Der öffentlich-rechtliche Vertrag als Regelungsbefugnis der öffentlichen Verwaltung im deutschen, französischen und spanischen Recht*. München 1960
 35. Berka W., *Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat*. „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer“, nr 55/1996 (<https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110898491/html>)
 36. Beyer L., *Informationsmanagement und öffentliche Verwaltung. Perspektiven und Grenzen*. Wiesbaden 1992
 37. Beyer J., *Pfadabhängigkeit. Über institutionelle Kontinuität, anfällige Stabilität und fundamentalen Wandel*. Frankfurt, Main 2006
 38. Bickert E., *Der Bauvertrag als symbiotischer Interessenwahrungsvertrag. Ein Beitrag zur Institutionenbildung im Bauvertragsrecht unter Berücksichtigung von PPP/BOT-, Projektfinanzierungs- und Partnering-/Alliancingmodellen*. Berlin 2014
 39. Bieś-Srokosz P., *Tendencje zmian prawnych form realizacji zadań publicznych*, (w:) J. Jagielski, M. Wierzbowski (red.), *Prawo administracyjne dziś i jutro*. Warszawa 2018
 40. Bieś-Srokosz P., Błasiak P., *Uгода administracyjna w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania administracyjnego. Refleksje na temat konsensualnej formy działania w administracji publicznej*. „Przegląd Prawa Publicznego“, nr 6/2018

41. Biniasz-Celka D., *Cywilnoprawne aspekty umów zawieranych pomiędzy organem administracji publicznej a organizacją pozarządową w celu realizacji zadań publicznych*. „Studia Prawa Publicznego”, nr 4 (28)/2019
42. Bisek N.-Z., *Der öffentlich-rechtliche Vertrag – nach dem Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes in der Fassung von 1963, in der „Münchener Fassung“ von 1966 und dem schleswig-holsteinischen Landesverwaltungsgesetz*, Münster 1970
43. Bitner M., Kulesza M., *Zasada legalizmu a zdolność kontraktowa jednostek samorządu terytorialnego*. „Samorząd Terytorialny”, nr 6/2009
44. Blanke B., Bandemer von S., Nullmeier F., Wewer G., Vorwort, (w:) ciż (red.), *Handbuch zur Verwaltungsreform*. Wiesbaden 1998
45. Bleckmann A., *Subordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*. „Verwaltungsarchiv”, nr 63/1972
46. Bleckmann A., *Zur Dogmatik des Allgemeinen Verwaltungsrechts I. Die Handlungsmittel der Verwaltung in rechtsvergleichender Sicht*. Baden-Baden 1999
47. Boehme-Neßler V., *Das Ende des Staates? Zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf den Staat*. „Zeitschrift für öffentliches Recht”, nr 64/2009
48. Bogumil J., Jann W., *Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland. Eine Einführung*. Wiesbaden 2020
49. Bohne E., *Verwaltungswissenschaft. Eine interdisziplinäre Einführung in die Grundlagen*. Wiesbaden 2018
50. Bonk H.J., *Fortentwicklung des öffentlich-rechtlichen Vertrags unter besonderer Berücksichtigung der Public Private Partnerships*. „Deutsches Verwaltungsblatt”, nr 3/2004
51. Borgetto B., *Aktivierender Staat und aktive Bürgergesellschaft im deutschen Gesundheitswesen*. „Sozial- und Präventivmedizin”, nr 49/2004
52. Borkowska B., *Idee, organizacje, instytucje*, (w:) S. Rudolf (red.), *Nowa ekonomia instytucjonalna a nauki o zarządzaniu*. Gdańsk 2016
53. Borysiak W., *Wyzysk i instytucje do niego zbliżone w prawie prywatnym Niemiec, Austrii oraz Szwajcarii*. Warszawa 2019 (https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2020/04/IWS_Borysiak-W._Wyzysk-i-instytucje-do-niegozbli%C5%BCone-w-prawie-prywatnym-Niemiec-Austrii-oraz-Szwajcarii.pdf)
54. Bosse W., *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung. Unter besonderer Berücksichtigung der Subventionsverhältnisse*. Berlin 1974
55. Bramsche I., *Rechtsfolgen verwaltungsvertraglicher Gesetzesverstöße insbesondere Nichtigkeitsfolge durch entsprechende Anwendung des § 134 BGB im Rahmen des § 59 Abs. 1 VwVfG sowie Vereinbarkeit des § 59 VwVfG mit dem Verfassungsrecht*. Gelsenkirchen 1986

56. Brohm W., *Städtebauliche Verträge zwischen Privat- und Öffentlichem Recht. Zugleich ein Beitrag zu den Einheimischen-Modellen*. „Juristenzeitung“, nr 7/2000
57. Brox H., Walker W.-D., *Allgemeiner Teil des BGB*. 35., neu bearbeitete Auflage. München 2011
58. Brühl R., *Überblick über das Verwaltungsverfahren* (https://www.bakoev.bund.de/SharedDocs/Publikationen/LG_2/Werkpapier_Verwaltungsverfahren.pdf?__blob=publicationFile)
59. Brzeziński B., Franczak A., Postuł J., *O (nie)porozumieniu inwestycyjnym*. „Przegląd Podatkowy”, nr 5/2023
60. Bublitz L., *Die Bestandskraft fehlerhafter subordinationsrechtlicher Verwaltungsverträge*. Hamburg 1975
61. Buddeberg T., *Rechtssoziologie des öffentlich-rechtlichen Vertrages*. „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 47/1925
62. Büchner V., *Die Bestandskraft verwaltungsrechtlicher Verträge*. Düsseldorf 1979
63. Bull H.P., *Vom Auf- und Abbau der Bürokratie*. „Verwaltung und Management”, nr 11/5/2005
64. Bulling M., *Kooperatives Verwaltungshandeln (Vorverhandlungen, Arrangements, Agreements und Verträge) in der Verwaltungspraxis*. „Die Öffentliche Verwaltung”, nr 7/1989
65. Bullinger M., *Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung*. „Juristenzeitung”, nr 39/1984
66. Bullinger M., *Leistungsstörungen beim öffentlich-rechtlichen Vertrag. Zur Rechtslage nach den Verwaltungsverfahrensgesetzen*. „Die Öffentliche Verwaltung”, nr 22/1977
67. Bullinger M., *Vertrag und Verwaltungsakt*. Stuttgart 1962
68. Bullinger M., *Zur Notwendigkeit funktionalen Umdenkens des öffentlichen und privaten Vertragsrechts im leistungsintensiven Gemeinwesen. Bemerkungen zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes*, (w:) H. Conrad i in. (red.), *Gedächtnisschrift Hans Peters*. Berlin, Heidelberg, New York 1967
69. Bultmann P.F., *Öffentliches Recht für Wirtschaftswissenschaftler. Verfassungs- und Verwaltungsrechtsökonomik*. Berlin, Heidelberg 2002
70. Bumke Ch., *Rechtsdogmatik: Überlegungen zur Entwicklung und zu den Formen einer Denk- und Arbeitsweise der deutschen Rechtswissenschaft*. „Juristenzeitung”, nr 13/2014
71. Burmeister J., *Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten*. „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, nr 52/1993 (<https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110891270/html>)

72. Butterwegge G., *Verwaltungsvertrag und Verwaltungsakt. Probleme der Überschneidung von Verwaltungsakten und Verwaltungsverträgen unter besonderer Berücksichtigung des Verfügungsvertrages*. Berlin 2001

C

73. Cendrowicz D., *Koncepcja umowy administracyjnej na przykładzie umowy w sprawie realizacji indywidualnego programu wychodzenia z bezdomności*, (w:) M. Szewczyk, L. Staniszevska, M. Kruś (red.), *Kierunki rozwoju jurysdykcji administracyjnej*. Warszawa 2022
74. Chaba D., *Kontrakt terytorialny*. Warszawa 2022
75. Chauvin T., Stawecki T., Winczorek P., *Wstęp do prawoznawstwa*. Warszawa 2009
76. Cheba Sz., Niemcy, (w:) B. Majchrzak (red.), *Elementy ustrojowo-funkcjonalne sądownictwa administracyjnego w wybranych państwach europejskich*. Warszawa 2020 (https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2020/10/IWS_-B.-Majchrzak-red._Elementy-ustrojowo-funkcjonalne-s%C4%85downictwa-administracyjnego-w-wybranych-pa%C5%84stwach-europejskich.pdf)
77. Chludziński B., *Regulacja mediacji w postępowaniu sądownoadministracyjnym po nowelizacji z 2017 roku*. „Przegląd Prawa Publicznego”, nr 7–8/2023
78. Chmielewski P., *Nowa analiza instytucjonalna. Logika i podstawowe zasady*. „Studia Socjologiczne”, nr 3-4 (134-135)/1994
79. Chrisidu-Budnik A., *Relacja agencji w procesach kontraktualizacji usług publicznych*, (w:) J. Zimmermann (red.), *Pogranicze prawa administracyjnego*. Warszawa 2019
80. Chrisidu-Budnik A., *Struktury heterarchiczne w administracji publicznej*, (w:) J. Korczak (red.), *Administracja publiczna pod rządami prawa. Księga pamiątkowa z okazji 70-lecia urodzin prof. zw. dra hab. Adama Błasia*. Wrocław 2016 (<https://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/78130/download/>)
81. Chróścielewski W., *Imperium a gestia w działaniach administracji publicznej*. „Państwo i Prawo”, nr 6/1995
82. Chróścielewski W., Tarno J.P., Dańczak P., *Postępowanie administracyjne i postępowanie przed sądami administracyjnymi*. Warszawa 2021
83. Cieślak Z., Lipowicz I., Niewiadomski Z., *Prawo administracyjne, część ogólna*. Warszawa 2002
84. Cieślak Z., *Konstytucyjne podstawy kontraktowych działań administracji publicznej*, (w:) J. Jagielski, M. Wierzbowski (red.), *Prawo administracyjne dziś i jutro*. Warszawa 2018
85. Cieślak Z., *Umowa administracyjna w państwie prawa*. Lex/el. 2004

86. Csigó M., *Institutioneller Wandel durch Lernprozesse. Eine neo-institutionalistische Perspektive*. Wiesbaden 2006
87. Czada R., *Der „kooperative Staat“ im Prozeß der deutschen Vereinigung* (<https://www.politik.uni-osnabrueck.de/POLSYS/Archive/voigt1995.htm#fn1>)
88. Czada R., *Modernisierung des Staates*. Vortrag auf dem Internationalen Bodenseesymposium in Bregenz am 8.07.1999 (<https://www.politik.uni-osnabrueck.de/POLSYS/Archive/staatsmodernisierung.html>)
89. Czajer A., *Elementy jednostronnego działania i pozycja organu administracyjnego jako strony umowy subordynacyjnoprawnej*. „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ”, nr 5/2016 (http://www.tbsp.wpia.uj.edu.pl/documents/4137545/134214335/7.+Czajer_5_2016.pdf/458bb51c-0753-448a-a4b5-7b7ff61fa074)

D

90. Daniel P., *Wstrzymanie wykonania aktu lub czynności w postępowaniu sądowoadministracyjnym*. Warszawa 2013
91. Dauter-Kozłowska A., *Stosowanie mediacji w postępowaniu administracyjnym i sądowoadministracyjnym*. „Przegląd Prawa Publicznego”, nr 1/2020
92. Dąbek D., Lemańska J., *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*. „Państwo i Prawo”, nr 6/2007
93. Demandt A., *Über die Deutschen. Eine kleine Kulturgeschichte*. Berlin 2007
94. Dempfle U., *Normvertretende Absprachen. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsverhältnis*. Pfaffenweiler 1994
95. Derkacz A.J., *W poszukiwaniu efektywności inwestycji publicznych. Koncepcja optymalizacji inwestycji publicznych a wybrane teorie Nowej Ekonomii Instytucjonalnej*. B.m., 2018 (<https://depot.ceon.pl/handle/123456789/15022?show=full>)
96. Derlien H.-U., Böhme D., Heindl M., *Bürokratietheorie. Einführung in eine Theorie der Verwaltung*. Wiesbaden 2011
97. Detterbeck S., *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*. 19. Auflage. München 2021
98. Detterbeck S., *Öffentliches Recht*. München 2013
99. Dettke D., *Grenzen des Korporatismus*, (w:) A. Gourd, T. Noetzel (red.), *Zukunft der Demokratie in Deutschland*. Opladen 2001
100. Deutscher Bundestag, *Staatsrechtliche Verträge zwischen den Kirchen und dem Staat Eine Darstellung der vertraglichen Verflechtung auf Bundes- und Landesebene* (<https://www.bundestag.de/resource/blob/630138/1ce0a4e51d8d31ab3cc46f944d2ff2cf/WD-10-008-19-pdf-data.pdf>)

101. Deutscher Bundestag (6. Wahlperiode), *Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG)*. Drucksache VI/1173 (<https://dserver.bundestag.de/btd/06/011/0601173.pdf>)
102. Deutscher Bundestag (7. Wahlperiode), *Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG)*. Drucksache 7/910 (<https://dserver.bundestag.de/btd/07/009/0700910.pdf>)
103. Dewitz R.M., *Der Vertrag in der Lehre Otto Mayers*. Berlin 2004
104. Dietrich M., Hilgers D., *Die Bilanzierung von Public Private Partnership in der öffentlichen Verwaltung – Eine Untersuchung anhand nationaler und internationaler Standards*. „Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen”, nr 1/2/2014
105. Di Fabio U., *Vertrag statt Gesetz?* „Deutsches Verwaltungsblatt”, 1. April 1990
106. Dolderer M., *Gerichtlicher Vergleich (§ 106)*, (w:) H. Sodan, J. Ziekow (red.), *Nomos-Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung*. T. III. Baden-Baden 2003
107. Dolnicki B., *Umowa publicznoprawna w prawie niemieckim*. „Państwo i Prawo”, nr 3/2001
108. Dose N., *Kooperative Verwaltung - Ausdruck einer demokratisierten Verwaltung?* (w:) E. Czerwick, W.H. Lorig, E. Treutner (red.), *Die öffentliche Verwaltung in der Demokratie der Bundesrepublik Deutschland*. Wiesbaden 2009
109. Dose N., *Muster von Verhandlungsprozessen mit Ordnungsverwaltungen*, (w:) A. Windhoff-Héritier (red.), *Verwaltung und ihre Umwelt. Festschrift für Thomas Ellwein zum 60. Geburtstag*. Opladen 1987
110. Döhler M., *Hierarchie*, (w:) A. Benz i in. (red.), *Handbuch Governance. Theoretische Grundlagen und empirische Anwendungsfelder*. Wiesbaden 2007
111. Drabarz A., *Komparatystyka prawnicza a umiędzynarodowienie obrotu krajowego*, (w:) M. Perkowski, W. Zoń (red.), *Umiędzynarodowienie krajowego obrotu prawnego*. T. 1., Białystok 2016
112. Dreier H., *Merkls Verwaltungsrechtslehre und die heutige deutsche Dogmatik des Verwaltungsrechts*, (w:) R. Walter i in. *Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit. Ergebnisse eines Internationalen Symposions in Wien*. Wien 1990 (https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02160100/Elektronische_Texte/Beitraege_18_Merkls_Verwaltungsrechtslehre_1990.pdf)
113. Druk nr 3942, Sejm RP IV kadencji ([http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/8F21C6C714261B99C1257849003B79D6/\\$file/3942.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/8F21C6C714261B99C1257849003B79D6/$file/3942.pdf))
114. Duniewska Z., *Prawo administracyjne materialne w obliczu zmieniającej się rzeczywistości – kilka refleksji*, (w:) M. Wierzbowski, J. Piecha, P. Gołaszewski, M. Cherka (red.), *Kryzys, stagnacja, renesans? Prawo administracyjne przyszłości. Księga jubileuszowa Profesora Jacka Jagielskiego*. Warszawa 2021

115. Duniewska Z., *W kwestii czynników kształtujących prawo administracyjne*, (w:) J. Supernat (red.), *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi*. Wrocław 2009
116. Duniewska Z., *Z refleksji nad pojęciem i charakterem zasad prawa*, (w:) Z. Duniewska, A. Krakala, M. Stahl, *Zasady w prawie administracyjnym. Teoria, praktyka, orzecznictwo*. Warszawa 2018
117. Dyk van S., *Die Ordnung des Konsenses*. „Berliner Journal für Soziologie”, nr 17/2007
118. Dziadzio A., *Koncepcja państwa prawa w XIX wieku – idea i rzeczywistość*. „Czasopismo Prawno-Historyczne”, nr 1/2005

E

119. Eberhard H., *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*. Wien 2005
120. Efstratiou P.-M., *Die Bestandskraft des öffentlichrechtlichen Vertrags. Eine vergleichende Untersuchung zum griechischen, französischen und insbesondere deutschen Verwaltungsvertragsrecht*. Berlin 1988
121. Ehlers D., *Verwaltung in Privatrechtsform*. Berlin 1984
122. Eichhorn P., *ABC. Glossar. XYZ. Bürokratisierung*. „Deutsche Verwaltungspraxis”, nr 9/2015
123. Eichhorn P., *Institutionenökonomie und Verwaltungsreformen*, (w:) V. Mehde, U. Ramsauer, M. Seckelmann (red.), *Staat, Verwaltung, Information. Festschrift für Hans Peter Bull zum 75. Geburtstag*. Berlin 2011
124. Ellwein T., *Anstelle eines Schlußwortes: Zu den Eigentümlichkeiten deutscher Verwaltungsstaatlichkeit*, (w:) W. Seibel, A. Benz (red.), *Regierungssystem und Verwaltungspolitik. Beiträge zu Ehren von Thomas Ellwein*. Wiesbaden 1995
125. Engert M., *Fichte, Robby, Die Begründung des Militärdienstverhältnisses (1648-1806). Ein Beitrag zur Frühgeschichte des öffentlich-rechtlichen Vertrages (= Rheinische Schriften zur Rechtsgeschichte 13)*. Nomos, Baden-Baden 2010. „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung“, nr 128/1/2011
126. Epskamp H. i in., *Lernende Organisation. Verwaltungsmodernisierung am Beispiel eines Bezirksamts in Hamburg*. Wiesbaden 2001
127. Erichsen H.-U., Martens W., *Das Verwaltungshandeln*, (w:) ciż (red.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Berlin, Nowy Jork 1979
128. Ernst Ch., *Die Verwaltungserklärung. Die einfache verwaltungsrechtliche Willenserklärung als Handlungsform der Verwaltung*. Berlin 2008

F

129. Faust T., *Vom aktivierenden zum aktivierten Staat? Lobbying zwischen Korruption und Kooperation*. „Verwaltung und Management“, nr 15/5/2009
130. Federczyk W., *Mediacja w postępowaniu administracyjnym i sądowoadministracyjnym*. Warszawa 2013
131. Felder M., *Die Transfortnation von Staatlichkeit. Europaisierung und Bürokratisierung in der Organisationsgesellschaft*. Wiesbaden 2001
132. Felix D., *Der öffentlich-rechtliche Verwaltungsvertrag und seine Bedeutung im Sozialrecht*, (w:) V. Mehde, U. Ramsauer, M. Seckelmann (red.), Staat, Verwaltung, Information. Festschrift für Hans Peter Bull zum 75. Geburtstag. Berlin 2011
133. Fiedler W., *Die materiell-rechtlichen Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die Systematik der verwaltungsrechtlichen Handlungsformen*. „Archiv des öffentlichen Rechts“, nr 105/1/1980
134. Filipczyk H., *Negocjacje z organami podatkowymi jako forma rozwiązywania sporów. Czy negocjonowanie podatków jest sprawiedliwe*. Warszawa 2023
135. Filipek J., *Ontologiczne źródło porządku prawnego*, (w:) M. Grzybowski (red.), *Państwo demokratyczne, prawne i socjalne. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Zbigniewowi Antoniemu Maciągowi*. Kraków 2014
136. Fisahn A., Viotto R., *Formalisierung des informalen Rechtsstaats*. „Kritische Justiz“, nr 39/1/2006
137. Fleiner F., *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*. Tübingen 1913 (<https://archive.org/details/institutionendes00flei/page/166/mode/2up>)
138. Fleischmann M., *Das Völkerrecht*. Berlin 1925
139. Fluck J., *Die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsvertrages durch Verwaltungsakt*. Berlin 1985
140. Fontana S., *Umweltschutz durch öffentlich-rechtlichen Vertrag*. „Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht“, nr 15/4/2017 (https://eurup.lexxion.eu/data/article/11951/pdf/eurup_2017_04-007.pdf)
141. Frank G., *Nichtigkeit des substituierenden Verwaltungsvertrages nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*. „Deutsches Verwaltungsblatt“, nr 92/1977
142. Franzius C., *Bundesverfassungsgericht und indirekte Steuerung im Umweltrecht*. „Archiv des öffentlichen Rechts“, nr 126/3/2001
143. Friauf K.H., *Zur Problematik des verfassungsrechtlichen Vertrages*. „Archiv des öffentlichen Rechts“, nr 88/3/1963
144. Fundowicz S., *Korporacje prawa publicznego w teorii i praktyce prawa niemieckiego*. „Roczniki Nauk Prawnych“, t. IX, z. 1/1999

145. Funke A., *Perspektiven subjektiv-rechtlicher Analyse im öffentlichen Recht*. „Juristenzeitung”, nr 8/2015
146. Fürst D., *Regional governance - ein neues Paradigma der Regionalwissenschaften?* „Raumforschung und Raumordnung“, nr 59/2001

G

147. Gallwas H.-U., *Aussprache und Schlussworte*. „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, nr 62/2003, s. 336 (<https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110922806/html>, 12.06.2023 r.)
148. Gas T., *Die gesetzliche Normierung des öffentlich-privaten Kooperationsvertrages. Handlungsbedarf im Gewährleistungsstaat*. „Die Verwaltung”, nr 45/2012
149. Gerber von C.F.W., *Ueber öffentliche Rechte*. Tübingen 1852 (https://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/b.sb10559326_00007.html)
150. Gerhardt E., *Strategische Steuerung in der Öffentlichen Verwaltung: Umsetzung durch ganzheitlichen Einsatz betriebswirtschaftlicher Methoden und Informationstechnologie*. „Verwaltung und Management”, nr 8/6/2002
151. Gerlach I., *Der schlanke Staat - Perspektiven der Deregulierung*, (w:) N. Konegen, P. Kevenhörster, W. Woyke (red.), *Politik und Verwaltung nach der Jahrtausendwende - Plädoyer für eine rationale Politik. Festschrift für Gerhard W. Wittkämper zum 65. Geburtstag*. Opladen 1998
152. Gern A., *Der Vertrag zwischen Privaten über öffentlichrechtliche Berechtigungen und Verpflichtungen. Zur Dogmatik des öffentlichrechtlichen Vertrages*. Berlin 1977
153. Gern A., *Neuansatz der Unterscheidung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht*. „Zeitschrift für Rechtspolitik“, nr 18/2/1985
154. Gerstlberger W., Schmittel W., *Public Private Partnership als neuartiges Regelungsmuster zwischen öffentlicher Hand und Unternehmen*. Düsseldorf 2004 (https://www.boeckler.de/fpdf/HBS-003215/p_edition_hbs_121.pdf)
155. Gębala K., *Uznanie administracyjne w systemie prawa niemieckiego*. „Państwo i Prawo”, nr 1/2011
156. Giacometti Z., *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*. Bd. 1. Zürich 1960
157. Giese F., *Recht und Rechtswissenschaft. Einführung und Grundbegriffe*. Wiesbaden 1962
158. Glanowski G., *Umowa o świadczenie zdrowotne*. Warszawa 2019

159. Godlewski R., Kisilowska H., *Przenikanie się prawa administracyjnego i prawa cywilnego na przykładzie gospodarkinieruchomościami i prawa budowlanego*, (w:) D. Kijowski i in. (red.), *Kryzys prawa administracyjnego. Wypieranie prawa administracyjnego przez prawo cywilne*. T. III. Warszawa 2012
160. Godłów-Legiędź J., *Współczesna ekonomia. Ku nowemu paradygmatowi?* Warszawa 2000
161. Goldammer G., *Informatik für Wirtschaft und Verwaltung. Einführung in die Grundlagen*. Wiesbaden 1994
162. Göldner D., *Gesetzmäßigkeit und Vertragsfreiheit im Verwaltungsrecht*. „Juristenzeitung”, nr 11/12/1976
163. Göhler G., *Institution*, (w:) G. Göhler, M. Iser, I. Kerner (red.), *Politische Theorie. 22 umkämpfte Begriffe zur Einführung*. Wiesbaden 2006
164. Grande E., *Governance-Forschung in der Governance-Falle? – Eine kritische Bestandsaufnahme*. „Politische Vierteljahresschrift“, nr 53/4/2012
165. Gretscher S., *Die "allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts" und die deutsche Rechtsquellenlehre Eine Untersuchung anhand des Aufopferungs- und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes* (https://www.dbthueringen.de/servlets/MCRFileNodeServlet/dbt_derivate_00003081/Gretschner.pdf)
166. Grienberger-Zingerle M., *Kooperative Instrumente der Arbeitsverwaltungen in England und Deutschland*. München 2009
167. Grohs S., *Participatory Administration and Co-production*, (w:) S. Kuhlmann i in. (red.), *Public Administration in Germany*. b.m. 2021 (https://library.oapen.org/bitstream/id/fecf05b2-1d66-4c70-ae7c-e7dcac64af99/2021_Book_PublicAdministrationInGermany.pdf)
168. Grudniewski J., *Biurokracja a lokalne elity władzy w powiatach górnośląskich w okresie Cesarstwa Niemieckiego*. „Szkice Archiwalno-Historyczne. Region w państwie – Państwo w regionie. Górny Śląsk w państwie Habsburgów i Hohenzollernów (1742–1918)”, nr 12/2015 (<https://katowice.ap.gov.pl/images/uploads/pliki/szkice12.pdf>)
169. Gryziak B., *Umowy podatkowe w państwie prawa – projekt nowej Ordynacji podatkowej na tle doświadczeń włoskich (cz. 2). Państwo prawa*. „Doradztwo Podatkowe - Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych”, nr 9/2019 (<https://isp-bisp.pl/resources/html/article/details?id=193555>)
170. Grześków M., *Stosunek zatrudnienia w służbie kontraktowej Policji*. „Przegląd Prawa Publicznego”, nr 7-8/2019
171. Gurlit E., *Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen*, (w:) H.-U. Erichsen, D. Ehlers (red.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 13. völlig neu bearbeitete Auflage. Berlin 2006

172. Gurlit E., *Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen*, (w:) D. Ehlers, H. Pünder (red.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 15. Auflage. Berlin 2016
173. Gurlit E., *Verwaltungsvertrag und Gesetz*. Tübingen 2000

H

174. Häberle P., *Der kooperative Verfassungsstaat*, (w:) tenze, *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. 3. Auflage. Berlin 1998
175. Hahn D., *Der Gesetzgebungsvertrag als Rechtsproblem. Möglichkeiten und Grenzen legistischer Verhaltenszusagen der Bundesregierung gegenüber Privatrechtssubjekten durch Vertrag*. Berlin 2017
176. Hamann Ch., *Der Verwaltungsvertrag im Städtebaurecht. Inhaltliche und dogmatische Aspekte der gesetzlichen Regelung des städtebaulichen Vertrages in § 11 BauGB*. Berlin 2003
177. Hans-Böckler-Stiftung (red.), *Forschungsförderungsprogramm*. Düsseldorf 2002 (https://www.boeckler.de/pdf/fofoe_programm2002.pdf)
178. Haug V.M., *Verwaltungsverträge*, (w:) R. Voigt (red.) *Handbuch Staat*. Wiesbaden 2018
179. Hauser R., Niewiadomski Z., Wróbel A. (red.), *System Prawa Administracyjnego*. T. 5, *Prawne formy działania administracji*. Warszawa 2012
180. Häußermann H., *Die Privatisierung der Stadt*, (w:) E. Schröter (red.), *Empirische Policy- und Verwaltungsforschung. Lokale, nationale und internationale Perspektiven. Für Hellmut Wollmann zum 65. Geburtstag*. Wiesbaden 2001
181. Heberlein I., *Auswirkungen der Verwaltungsverfahrensgesetze auf die Dogmatik des Verwaltungsrechts*. Band 2. Speyer 1981
182. Heilborn P., *Der Staatsvertrag als Staatsgesetz*. „Archiv für öffentliches Recht“, nr 12/2/1987
183. Heinelt H., *Vom Verwaltungsstaat zum Verhandlungsstaat*, (w:) B. Blanke i in. (red.), *Handbuch zur Verwaltungsreform*. Wiesbaden 1998
184. Heintzen M., *Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung*. „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer“, nr 62/2003 (<https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110922806/html>)
185. Hengstschläger J., *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*. „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer“, nr 54/1995 (<https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110875096.165/pdf>)

186. Henke W., *Allgemeine Fragen des öffentlichen Vertragsrechts*. „Juristenzeitung“, nr 10/1984
187. Henke W., *Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht*. Tübingen 1979
188. Henke W., *Praktische Fragen des öffentlichen Vertragsrechts. Kooperationsverträge*. „Die Öffentliche Verwaltung“, nr 2/1985
189. Henke W., *Wandel der Dogmatik des öffentlichen Rechts*. „Juristenzeitung“, nr 11/1992
190. Herdegen M., *Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?* „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer“, nr 62/2003
191. Hill H., *Auf dem Weg zu einer neuen Verwaltungskultur*. „Deutsches Verwaltungsblatt“, nr 22/2021
192. Hill H., *Das hoheitliche Moment im Verwaltungsrecht der Gegenwart*. „Deutsches Verwaltungsblatt“, nr 7/1989
193. Hillgruber Ch., *Der Vertrag als Rechtsquelle*. „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“, nr 85/3/1999
194. Hoffmann-Riem W., *Justizdienstleistungen im kooperativen Staats*. „Juristenzeitung“, nr 9/1999
195. Hoffmann K., *Kooperative Raumplanung: Handlungsformen und Verfahren*. Zürich 2021 (https://library.oapen.org/bitstream/handle/20.500.12657/50270/oa_pdf-018-1626289017.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
196. Hoffmann-Riem W., *Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch. Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen*. „Archiv des öffentlichen Rechts“, nr 130/1/2005
197. Hoffmann-Riem W., *Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen*, (w:) tenze, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts. Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen*. München 2008
198. Hoffmann-Riem W., *Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe. Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes*. „Archiv des öffentlichen Rechts“, nr 115/3/1990
199. Hoffmann-Riem W., *Selbstbindungen der Verwaltung*. „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer“, nr 40/1982
200. Hoffmann-Riem W., Schmidt-Aßmann E., Voßkuhle A., *Grundlagen des Verwaltungsrechts. Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen*. Band II. München 2008
201. Holler F., Schuster F., *Staat und Verwaltung im digitalen Zeitalter: Auf dem Weg zu einer Digital Governance*. „Public Governance. Zeitschrift für öffentliches Management“, Frühjahr 2020 (https://publicgovernance.de/media/PG_Fruehjahr%202020_Verwaltung_im_digitalen_Zeitalter.pdf)

202. Howlett M., *Designing Public Policies. Principles and Instruments*. Abingdon, New York 2011
203. Höftmann B., *Public Private Partnership als Instrument zur Verwaltungsmodernisierung: Kooperative und sektorübergreifende Konzeptionen zwischen staatlicher und privatwirtschaftlicher Aufgabenerfüllung*, (w:) D. Budäus, W. Küpper, L. Streitferdt (red.), *Neues öffentliches Rechnungswesen. Stand und Perspektiven. Klaus Lüder zum 65. Geburtstag*. Wiesbaden 2000
204. https://www.soldan.de/media/pdf/d7/7a/ca/9783406714634_LP.pdf
205. Huber J., *Ökologische Modernisierung: Zwischen bürokratischem und zivilgesellschaftlichem Handeln*, (w:) V. von Prittwitz (red.), *Umweltpolitik als Modernisierungsprozeß. Politikwissenschaftliche Umweltforschung und -lehre in der Bundesrepublik Deutschland*. Wiesbaden 1993
206. Hueber A., *Otto Mayer – Die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht*. Berlin 1982
207. Humboldt W., *Idee o granicach działalności państwa*, cyt. za: M. Sobolewski, *Koncepcja państwa prawnego (Rechtsstaat) w doktrynie niemieckiego liberalizmu epoki klasycznej (do 1866 r.)*, „Państwo i Prawo”, nr 2/1980
208. Huner E. R., *Verträge zwischen Staat und Kirche im Deutschen Reich*. Breslau 1930
209. Hüther P., Blänsdorf J., Lepej A., *Der öffentlich-rechtliche Vertrag gem. §§ 54ff. VwVfG – Teil 2*, „Juristische Ausbildung”, nr 5/2022

I

210. Imboden M., *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*. Basel 1958
211. Institut für den öffentlichen Sektor (red.), *Nicht beim Onlinezugang stehen bleiben – Potenziale der Automatisierung nutzen*. Berlin 2018 (https://publicgovernance.de/media/Policy_Paper_Automatisierung.pdf)
212. Izdebski H., *Historia administracji*. Warszawa 1996

J

213. Jagodziński W., *Instytucjonalna samoorganizacja bezpieczeństwa ekonomicznego Specjalnych Stref Ekonomicznych i ich interesariuszy*, (w:) K. Kuciński (red.), *Samoorganizacja bezpieczeństwa ekonomicznego przedsiębiorstw*. Warszawa 2019
214. Jagodziński W., *Umowa administracyjna a publiczne koszty transakcyjne w świetle nowej ekonomii instytucjonalnej*, „Przegląd Prawa Publicznego”, nr 3 (144)/2019
215. Jagodziński W., *Wybrane aspekty badań instytucji formalnych. Ekonomia instytucjonalna wobec wyzwań geografii ekonomicznej*, (w:) J. Misiuna, M.

- Dworakowska, R. Wosiek (red.), *Nauki społeczno-ekonomiczne. Nieprzetarte ścieżki czy utarte szlaki*. Warszawa 2018
216. Jahn G.R., *Eine Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg*. „Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft”, nr 91/2/1931
217. Jakubek-Lalik J., Sześciło D., *Kontraktualizm jako metoda sterowania w administracji rządowej*, (w:) J. Korczak (red.), *Cywilizacja administracji publicznej. Księga jubileuszowa z okazji 80-lecia urodzin prof. nadzw. UWR dra hab. Jana Jeżewskiego*. Wrocław 2018 (<https://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/publication/95307/edition/89600/content>)
218. Jänicke M., *Ökologische und politische Modernisierung in entwickelten Industriegesellschaften*, (w:) V. von Prittwitz (red.), *Umweltpolitik als Modernisierungsprozeß. Politikwissenschaftliche Umweltforschung und -lehre in der Bundesrepublik Deutschland*. Wiesbaden 1993
219. Jansen L., *Gruppen und Institutionen. Eine Ontologie des Sozialen*. Wiesbaden 2017
220. Jaschkowitz E.J., *Der Vertrag im Beamtenrecht*. „Archiv des öffentlichen Rechts“, nr 56/3/1929
221. Jaśkowska M., *Nowe instytucje w kodeksie postępowania administracyjnego a ochrona uprawnień jednostki*, (w:) A. Tarwacka, (red.), *Tempora mutantur cum legibus. Księga jubileuszowa z okazji 20-lecia Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie*. Warszawa 2019
222. Jedlecka W., *O metodzie socjologicznej w badaniu prawa*. „Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Rozprawa o metodzie prawa i polityki”, z. VIII/2014
223. Jellinek W., *Verwaltungsrecht*. Berlin 1931 (<https://archive.org/details/jellinek-1931-verwaltungsrecht/page/n103/mode/2up?q=vertrag>)
224. Jellinek W., *Zum Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg*. „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 60/1/1932
225. Jochum H., *Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsprozeßrecht*. Tübingen 2004
226. Johlen H., *50 Jahre öffentliches Recht*. „Anwaltsblatt”, nr 12/2006

K

227. Kacprzak P., *Geneza, rozwój i nauka prawa administracyjnego w Polsce*. „PWSZ IPiA Studia Lubuskie”, nr 5/2009
228. Kadelbach S., Guntermann U., *Vertragsgewalt und Parlamentsvorbehalt. Die Mitwirkungsrechte des Bundestages bei sogenannten Parallelabkommen und die völkerrechtlichen Konsequenzen ihrer Verletzung*. „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 126/4/2001

229. Kaiser A.-B., *Die ‚Entdeckung‘ der Kooperation von Staat und Gesellschaft in der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts seit den 1960er Jahren*. „Rechtsgeschichte“, nr 17/2010 (http://data.rg.mpg.de/rechtsgeschichte/rg17_127kaiser.pdf)
230. Kalenborn T., *Staatliche Kooperation zwischen Partnerschaft, Konkurrenz und Interdependenz*. Baden-Baden 2018
231. Kamiński M., *Konsensualne formy działań administracyjnoprawnych zastępujące lub uzupełniające decyzje administracyjne*. „Zeszyty Naukowe KUL”, nr 4 (244)/2018
232. Kaminski U., *Die Kündigung von Verwaltungsverträgen. Zugleich ein Beitrag zur Gestaltung verwaltungsvertraglicher Kündigungsregelungen*. Berlin 2005
233. Karehnke W., *Die rechtsgeschäftliche Bindung kommunaler Bauleitplanung. Zugleich ein Beitrag zur Wirksamkeit und Rückabwicklung öffentlichrechtlicher Verträge*. Frankfurt am Main 1983
234. Kasten H.-H., Rapsch A., *Der öffentlichrechtliche Vertrag zwischen Privaten – Phänomen oder Phantom*. „Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht”, nr 9/1986
235. Kasznica S., *Polskie prawo administracyjne. Pojęcia i instytucje*. Poznań 1946
236. Keller R., *Wissenssoziologische Diskursanalyse*, (w:) tenże i in. (red.), *Handbuch Sozialwissenschaftliche Diskursanalyse. Band I: Theorien und Methoden*. Opladen 2001
237. Kellner M., *Haftungsprobleme bei informellem Verwaltungshandeln. Zur Haftpflicht in den verwaltungsrechtlichen Anbahnungsverhältnissen*. Berlin 2004
238. Kewenig W., *Zur Rechtsproblematik der Koalitionsvereinbarungen*. „Archiv des öffentlichen Rechts“, nr 90/2/1965
239. Kijowski D.R., *Pojęcie prawnych form działania administracji*, (w:) J. Korczak (red.), *Administracja publiczna pod rządami prawa. Księga pamiątkowa z okazji 70-lecia urodzin prof. zw. dra hab. Adama Błasia*. Wrocław 2016 (<https://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/78130/download/>)
240. Kijowski D.R., *Pozwolenia w administracji publicznej. Studium z teorii prawa administracyjnego*. Białystok 2000 (https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/7833/1/DR_Kijowski_Pozwolenia_w_administracji_%20publicznej.pdf)
241. Kijowski D., *Przepisy ogólne prawa administracyjnego – trzecie podejście*, (w:) tenże, *Prawo do dobrej administracji*. „RPO-MAT.”, nr 60/2008 (<https://bip.brpo.gov.pl/pliki/12124042030.pdf>)
242. Kijowski D.R., *Ucieczka administracji publicznej w sferę prawa cywilnego*, (w:) M. Wierzbowski, J. Jagielski, A. Wiktorowska, E. Stefańska (red.), *Współczesne zagadnienia prawa i procedury administracyjnej. Księga jubileuszowa dedykowana prof. zw. dr hab. Jackowi M. Langowi*. Warszawa 2009

243. Kijowski D., *W sprawie charakteru prawnego umów zawieranych przez organy administracji*. „Państwo i Prawo”, nr 6/1987
244. Kim S.-S., *Public Private Partnership als neue Form der Erfüllung staatlicher Aufgaben? Unter besonderer Berücksichtigung des koreanischen Gesetzes über Private Finanzierungsinitiativen (KPFIG)*, (w:) J. H. Seok, J. Ziekow (red.), *Die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Vorträge auf dem koreanisch-deutschen Symposium zum Verwaltungsrechtsvergleich vom 13. bis 15. September 2007 am Deutschen Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung Speyer*. Berlin 2008
245. Kimmerle Ch., *Die Reform der öffentlichen Verwaltung: Modernisierung als Chance für Enthierarchisierung?* (w:) S. Andresen, I. Dölling, Ch. Kimmerle, *Verwaltungsmodernisierung als soziale Praxis. Geschlechter-Wissen und Organisationsverständnis von Reformakteuren*. Wiesbaden 2003
246. Kirstein R., Schmidtchen D., *Störung der Vertragsparität*. CSLE Discussion Paper, No. 2004-05 (https://www.econstor.eu/bitstream/10419/23046/1/2004-05_vertragspar.pdf)
247. Klages H., *Institutionenentwicklung als Modernisierungsthema*, (w:) A. Benz, H. Siedentopf, K.-P. Sommermann (red.), *Institutionenwandel in Regierung und Verwaltung. Festschrift für Klaus König zum 70. Geburtstag*. Berlin 2004
248. Klatt M., *Integrative Rechtswissenschaft. Methodologische und wissenschaftstheoretische Implikationen der Doppelnatur des Rechts*. „Der Staat”, nr 54/4/2015
249. Klaus S., *Prozeßmanagement für die öffentliche Verwaltung*. Wiesbaden 1998
250. Kleinfeld R., *Kommunalpolitik. Eine problemorientierte Einführung*. Opladen 1996
251. Klessmann J., *Soziale Medien in der öffentlichen Verwaltung vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit partizipativer Verwaltung: Eine Untersuchung am Beispiel des Open Government Projekts Peer To Patent*. „Verwaltung und Management”, nr 16/4/2010
252. Klimecki R., *Governance – Wandel als Lernprozess*, (w:) R. Koch, J. Dixon (red.), *Public Governance and Leadership. Political and Managerial Problems in Making Public Governance Changes the Driver for Re-Constituting Leadership*. Wiesbaden 2007
253. Klopfer M., *Zu den neuen umweltrechtlichen Handlungsformen des Staates*. „Juristenzeitung”, nr 15/16/1991
254. Klonowski K., *Alternatywne metody rozwiązywania sporów w postępowaniu administracyjnym i sądownoadministracyjnym*, (w:) K. Pleszka, J. Czapska M. Araszkiewicz, M. Pękala (red.), *Mediacja. Teoria, normy, praktyka*. Warszawa 2017
255. Kluth W., *Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht*. „Juristenzeitung”, nr 15/16/1991

256. Kłosowska-Lasek K., *Działania nieformalne administracji w kontekście jej sprawności*, (w:) D.R. Kijowski, P.J. Suwaj, *Kryzys prawa administracyjnego*. T. I, D.R. Kijowski, A. Miruć, A. Sułwako-Karetko (red.), *Jakość prawa administracyjnego*. Warszawa 2012
257. Kmiecik Z., Wegner J., Wojtuń M., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*. Warszawa 2023
258. Kmiecik Z., *Mediacja i concyliacja w prawie administracyjnym*. Lex/el. 2004
259. Kmiecik Z., *Postępowanie administracyjne na rozdrożu?* „Państwo i Prawo”, nr 10/2019
260. Kmiecik Z., *Pragmatyzm postępowania administracyjnego*, (w:) W. Jakimowicz, M. Krawczyk, I. Niżnik-Dobosz (red.), *Fenomen prawa administracyjnego: księga jubileuszowa Profesora Jana Zimmermanna*. Lex/el. 2019
261. Kmiecik Z., *Umowa cywilnoprawna i porozumienie administracyjne jako formy działania organów administracji w sferze zarządzania gospodarką narodową*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, z. 3/1987
262. Kmiecik Z., *Współczesne oblicze kodyfikacji postępowania administracyjnego w Polsce*. „Gdańskie Studia Prawnicze”, nr 2/2020
263. Kmiecik Z., *Zarys teorii postępowania administracyjnego*. Warszawa 2014
264. Kneihls B., *Vom Wert einer neuen Lehre des Verwaltungsprivatrechts*. „Zeitschrift für öffentliches Rechts”, nr 62/2007
265. Knobel U., *Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit*. Berlin 2000
266. Knöpfle F., *Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern*. „Der Staat”, nr 8/1/1969
267. Kobak M., *Idea prawa administracyjnego a zmiany cywilizacyjne – uwagi aksjologiczno-prawne*, (w:) J. Zimmermann, P.J. Suwaj (red.), *Wpływ przemian cywilizacyjnych na prawo administracyjne i administrację publiczną*. Warszawa 2013
268. Kocot-Łaszczyca A., Łaszczyca G., *Mediacja w ogólnym postępowaniu administracyjnym*. Warszawa 2018
269. Kominek P., *Wartości publiczne w prawie administracyjnym*. „Przegląd Prawa Publicznego”, nr 1/2020
270. Konat G., Smuga T. (red.), *Paradoksy ekonomii. Rozmowy z polskimi ekonomistami*. Warszawa 2016
271. Konzendorf G., *Verwaltungsmodernisierung in den Ländern. Überblick und Einblicke*. Speyer 2003
272. Kopeć-Jakimiec J., *Działalność uchwałodawcza sądów administracyjnych w Polsce i Niemczech*. Łódź 2019 (https://www.archaegraph.pl/lib/l231bv/Sady-administracyjne_ebook-jxg1mdj2.pdf)

273. Kormann K., *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Verwaltungs- und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts.* Berlin 1910
274. Korunka Ch. i in., *Die wahrgenommene Kundenorientierung von Mitarbeitern in der öffentlichen Verwaltung.* „Der Markt”, nr 4/2002
275. Kostrubiec J., *Georg Jellinek – klasyk niemieckiej nauki o państwie (w 95. rocznicę śmierci).* „Studia Iuridica Lublinensia”, nr 7/2006 (https://depot.ceon.pl/bitstream/handle/123456789/10160/Georg_Jellinek__Klassiker_der_deutschen%20%282%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
276. Kottke J., *System des subordinationsrechtlichen Verwaltungsvertrages.* Hamburg 1966
277. Kozak A., *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej.* Wrocław 2010
278. König K., *Rechtliche und tatsächliche Formen des Verwaltungshandelns,* (w:) W. Blümel, W. Bernet (red.), *verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsprozessrecht.* 5 unveränderte Auflage. Speyer 1996
279. Krause P., *Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung.* „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, nr 45/1987 (<https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110892024/html>)
280. Krawczyk A., *Umowa administracyjna,* (w:) Z. Kmiecik (red.), *Raport zespołu eksperckiego z prac w latach 2012-2016. Reforma prawa o postępowaniu administracyjnym.* Warszawa 2017
281. Krawczyk A., *Umowa administracyjna w demokratycznym państwie prawnym – w poszukiwaniu modelu regulacji prawnej.* „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego”, nr 6 (75)/2017
282. Krawczyk A., *Umowa administracyjna w kodeksie postępowania administracyjnego (propozycja regulacji).* „Państwo i Prawo”, nr 2/2015
283. Krawczyk A., *Reforma KPA: Umowa alternatywą dla decyzji w sprawie indywidualnej.* „Gazeta Prawna”, 29 lipca 2015 r. (<https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/885665,reforma-postepowaniaadministracyjnego-umowa-jako-alternatywa-dla-decyzji-w-sprawie-indywidualnej.html>)
284. Krawczyk M., *Podstawy władztwa administracyjnego.* Warszawa 2016
285. Krebs W., *Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten* „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, nr 52/1993 (<https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110891270/html>)
286. Kretschmer K.-H., *Das Recht der Eingliederungsvereinbarung des SGB II. Zugleich ein Beitrag zum Verwaltungsvertrag und zur Rechtsverhältnislehre.* Berlin 2012

287. Kreuzer H., *Der vertragswidrige Verwaltungsakt*. München 1988
288. Kropp S., *Modernisierung des Staates in Deutschland. Konturen einer endlosen Debatte*. „Politische Vierteljahresschrift”, nr 45/3/2004
289. Krumm T., Mause K., *Public-Private Partnerships als Gegenstand der (Politik-)Wissenschaft*. „Politische Vierteljahresschrift”, nr 50/2009
290. Kruś M., *Umowa urbanistyczna jako przykład umowy administracyjnej na tle polskiego i europejskiego porządku prawnego*. „Studia Prawa Publicznego”, nr 3 (27)/2019
291. Kubiak A., *Koncepcja umowy administracyjnej (na tle projektu Przepisów ogólnych prawa administracyjnego)*. „Państwo i Prawo”, nr 4/2009
292. Kubinowski D., *Trajektorie legitymizacji naukowej innowacyjnych metod pedagogicznych badań jakościowych: badanie w działaniu, badanie przez sztukę, autoetnografia*, (w:) J. Madalińska-Michalak, A. Wiłkomirska (red.), *Pedagogika i edukacja wobec kryzysu zaufania, wspólnotowości i autonomii*. Warszawa 2020
293. Kuncevičius G., *Administracinės sutarties institutas. Ir jo teorinis pagrindimas*, Vilnius 2011 (<https://vb.mruni.eu/object/elaba:1965591/>)
294. Kunze U., *Sozialleistungsrechtlicher Darlehensvertrag über die Gewährung einer Mietkaution*. „Deutsche Verwaltungspraxis”, nr 4/2015
295. Kusiak-Winter R., *Reformy w administracji z perspektywy konkurencyjnych wizji państwa*. „Samorząd Terytorialny”, nr 11/2014
296. Kusiak-Winter R., *W trosce o efektywność: przeobrażenia w kierunku postweberowskiego modelu administracji na przykładzie Niemiec*. „Studia Ekonomiczne Wydziałowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach”, nr 168/2013 (<https://www.sbc.org.pl/dlibra/publication/96656/edition/91165/content>)
297. Kutscha M., „*Schlanker Staat*“ mit Januskopf – ein Zwischenruf. „Kritische Justiz“, nr 31/3/1998

L

298. Laband P., *Max Wenzel, Zur Lehre der vertragsmäßigen Elemente der Reichsverfassung*. „Archiv für öffentliches Recht“, nr 26/1910 (https://www.digizeitschriften.de/dms/img/?PID=GDZPPN000227803&physid=p_hys380#navi)
299. Laband P., *Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts*. „Archiv für öffentliches Recht“, nr 2/1/1887
300. Lammasch H., *Die Grenze der Vertragstreue im Völkerrecht*. „Die Friedens-Warte”, nr 18/4/1916
301. Lange H.-J., Schenck J.-C., *Polizei im kooperativen Staat. Verwaltungsreform und Neue Steuerung in der Sicherheitsverwaltung*. Wiesbaden 2004

302. Langrod G., *Administrative Contracts. A comparative Study*. „The American Journal of Comparative Law”, nr 4/3/1955
303. Larenz K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4. ergänzte Auflage. Berlin, Heidelberg 1979
304. Leisner W., *Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht*. „Juristenzeitung”, nr 61/18/2006
305. Leisner W., *Vertragsstaatlichkeit. Die Vereinbarung – eine Grundform des Öffentlichen Rechts*. Berlin 2009
306. Leisner-Egensperger A., *Der Verwaltungsvertrag in Deutschland – Gesetzliche Grundlagen, praktische Anwendungsfelder, rechtsvergleichende Bezüge*, (w:) M. Knauff, Ch. Liu (red.), *Grundfragen des Verwaltungsverfahrensrechts im deutsch-taiwanesischen Rechtsvergleich*. Berlin 2019
307. Leisner-Egensperger A., *Der Verwaltungsvertrag: Bestandsaufnahme und Reformbedarf. Ein Beitrag zur Kodifikationsdebatte um das Verwaltungsverfahrensgesetz*. „Die Verwaltung”, nr 51/2018
308. Lemańska J., *Umowa administracyjna a umowa cywilnoprawna*, (w:) I. Niżnik-Dobosz i in. (red.), *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego: księga jubileuszowa profesora zw. dra hab. Józefa Filipka*. Kraków 2001
309. Lerche P., *Die verwaltungsrechtliche Klage aus öffentlich-rechtlichen Verträgen*, (w:) E. von Caemmerer, E. Friesenhahn, R. Lange (red.), *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*. Bd. II. Karlsruhe 1960
310. Leszczyński L., Maroń G., *Zasady prawa. Ujęcie dogmatyczno-porównawcze*. „Studia Iuridica Lublinensia”, nr 25/1/2016
311. Lipowicz I., *Nowe zagrożenia paradygmatu administracji publicznej demokratycznego państwa prawnego*, (w:) J. Korczak (red.), *Cywilizacja administracji publicznej. Księga jubileuszowa z okazji 80-lecia urodzin prof. nadzw. UWR dra hab. Jana Jeżewskiego*. Wrocław 2018 (<https://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/publication/95307/edition/89600/content>)
312. Lipowicz I., *Prawo administracyjne wobec nowych potrzeb społecznych*, (w:) W. Jakimowicz, M. Krawczyk, I. Niżnik-Dobosz (red.), *Fenomen prawa administracyjnego: księga jubileuszowa Profesora Jana Zimmermanna*. Lex/el. 2019
313. Lischke A., *Tauschgerechtigkeit und öffentlich-rechtlicher Vertrag. Zur Auslegung der Angemessenheit im Sinne des § 56 Abs. 1 VwVfG*. Berlin 2000
314. Loening E., *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*. Leipzig 1884
315. Loeser R., *Verwaltung in Privatrechtsform?* „Der Staat”, nr 27/3/1988
316. Lorenz D., *Verwaltungsprozessrecht*. Berlin, Heidelberg 2000

317. Lorig W.H., *Modernisierung des Öffentlichen Dienstes. Politik und Verwaltungsmanagement in der bundesdeutschen Parteiendemokratie*. Wiesbaden 2001
318. Lorz R.A., *Aussprache und Schlussworte*. „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, nr 62/2003 (<https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110922806/html>)
319. Löffler E., *Koproduktion mit Bürgern und gemeinnützige Öffentlich-Private Partnerschaften: Ein transsektoraler Ansatz für eine wirkungsorientierte Verwaltungswissenschaft*. „Verwaltung und Management”, nr 21/6/2015
320. Lucke von J., Gollasch K., *Open Government. Offenes Regierungs- und Verwaltungshandeln – Leitbilder, Ziele und Methoden*. Wiesbaden 2022
321. Luhmann N., *Funktionen und Folgen formaler Organisation*. Berlin 1964
322. Luhmann N., *Theorie der Verwaltungswissenschaft*. Köln 1966

L

323. Łętowski J., *Umowa jako forma działania administracji w PRL*. „Annales UMCS”, Sectio G, nr XXV/11/1978

M

324. Maas R., *Die Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg. Ein Versuch der Emanzipation des öffentlichen Rechts vom Privatrecht*. Pfaffenweiler 1996
325. Maciejewski T., *Historia administracji i myśli administracyjnej. Czasy nowożytne i współczesne*. Warszawa 2013
326. Mäding H., *Methoden und Methoden Anwendung als Gegenstand der Verwaltungswissenschaft*, (w:) A. Windhoff-Héritier (red.), *Verwaltung und ihre Umwelt. Festschrift für Thomas Ellwein zum 60. Geburtstag*. Opladen 1987
327. Maier H., *Gott als Grund von Verfassungen. Der Streit um den Namen des Allmächtigen in Verfassungen und Verträgen*, (w:) P. W. Hildmann, S. Röble (red.), *Staat und Kirche im 21. Jahrhundert*. München 2012 (https://www.hss.de/download/publications/Berichte_und_Studien_96_1_02.pdf)
328. Maier R., Maier-Schicht B., *Verwaltungsombau, Internet, Bürgerdienste und Personalentwicklung als Herausforderungen an die öffentliche Verwaltung*, (w:) C. Thimm (red.), *Soziales im Netz. Sprache, Beziehungen und Kommunikationskulturen im Internet*. Opladen, Wiesbaden 2000
329. Malec J., Malec D., *Historia administracji i myśli administracyjnej*. Kraków 2003
330. Małajny R. M., *Rząd i sprawy zagraniczne w konstytucjonalizmie niemieckim*. „Przegląd Sejmowy”, nr 1 (132)/2016

331. Małecka-Łyszczek M., Mędrzycki R., *Znaczenie efektywności w prawie administracyjnym – uwagi wybrane*, (w:) M. Szewczyk, L. Staniszevska, M. Kruś (red.), *Kierunki rozwoju jursydycji administracyjnej*. Warszawa 2022
332. Małecki W., *Prawo administracyjne prywatne. Propozycja nowego terminu w siatce pojęciowej polskiego prawa administracyjnego*. „Przegląd Prawa i Administracji”, nr 114/2018
333. Manssen G., *Innovation durch Verwaltungsrecht – Auftrag oder Utopie*. „Deutsch-Polnische Juristenzeitschrift“, nr 1/2018 (<http://www.dpjz.de/wp-content/uploads/2018/08/DPJZ-01-18.pdf>)
334. Manssen G., *Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt Verfassungsrechtliche und verwaltungsrechtliche Grundfragen*. Tübingen 1994 (https://epub.uni-regensburg.de/9324/1/ubr05483_ocr.pdf)
335. Manssen G., *Public-private-Partnership – Die Karriere eines Rechtsinstituts*, (w:) G. Manssen, A. Himmelreich, E. Gricenko (red.), *Public-private-Partnership im kommunalen Bereich. Deutsche und russische Erfahrungen*. Frankfurt am Main 2015
336. Mańko R., *W stronę krytycznej filozofii orzekania. Polityczność, etyka, legitymizacja*. Łódź 2018
337. Markopoulos T., *Der EU-Verwaltungsvertrag*. Frankfurt am Main i in. 2012
338. Martens J., *Der Bürger als Verwaltungsuntertan?* „Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”, nr 1 (69)/1-2/1986
339. Martens J., *Normenvollzug durch Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag*. „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 89/4/1964
340. Matthias W., *Allgemeine Fehlerfolgenlehre für den Verwaltungsvertrag*. Baden-Baden 2008
341. Maurer H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 18., überarbeitete und ergänzte Auflage. München 2011
342. Maurer H., *Der Verwaltungsvertrag – Probleme und Möglichkeiten*. „Deutsches Verwaltungsblatt”, 15.08.1989
343. Maurer H., Waldhoff Ch., *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 20., überarbeitete und ergänzte Auflage. München 2020
344. Mayer F., *Ustawa o postępowaniu administracyjnym Republiki Federalnej Niemiec* [tł. B. Kordasiewicz]. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, nr 40 (4)/1978
345. Mayer O., *Deutsches Verwaltungsrecht*. Bd. I. Leipzig 1895 (https://www.deutschestextarchiv.de/book/view/mayer_verwaltungsrecht01_1895?p=13)
346. Mayer O., *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*. Strasburg 1886

347. Mayer O., *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge*. „Archiv für öffentliches Recht“, nr 3/1/1887 (https://www.digizeitschriften.de/dms/toc/?PID=PPN345574729_0003)
348. Mayntz R., *Governance im modernen Staat*, (w:) A. Benz (red.), *Governance - Regieren in komplexen Regelsystemen. Eine Einführung*. Wiesbaden 2004
349. Mayring P., *Qualitative Inhaltsanalyse* (w:) U. Flick i in. (red.), *Handbuch qualitative Forschung: Grundlagen, Konzepte, Methoden und Anwendungen*. München 1991
350. Mehde V., *Die Modernisierung der öffentlichen Verwaltung als Standortfaktor*. „Verwaltung und Management“, nr 6/2016
351. Metschke A., *Wahrnehmung und Bedeutung des Verwaltungsverfahrensrechts aus der Sicht des Anwenders: Verwaltung*, (w:) H. Hill i in. (red.), *35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – Bilanz und Perspektiven. Vorträge der 74. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung vom 9. bis 11. Februar 2011 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*. Berlin 2011
352. Meyer G., *Paul Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches. Zweiter Band*. „Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik“, Jahrgang 1878 (<https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.35112103090041&view=1up&seq=383>)
353. Meyer G., *Staatsrechtliche Literatur. Buchbesprechung des Buches „Paul Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches. Bd. II, 1878“*, (w:) G. Hirth (red.), *Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik*. München 1878 (<https://digital.slub-dresden.de/werkansicht/dlf/58381/393>)
354. Meyer H., *Vertragsstrafe und Unterwerfungserklärung im öffentlichen Recht*. „Juristenzeitung“, nr 2/1996
355. Mazur S., *Historia administracji publicznej*, (w:) J. Hausner (red.), *Administracja publiczna*. Warszawa 2005
356. Meier-Branecke H., *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Normen im Verwaltungsrecht*. „Archiv des öffentlichen Rechts“, nr 50/2/1926
357. Mergel I., *Digitale Transformation als Reformvorhaben der deutschen öffentlichen Verwaltung*, „dms – der moderne staat – Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management“, nr 1/2019
358. Michael L., *Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat. Normprägende und normersetzende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft*. Berlin 2002
359. Michalczyk J., *Sila negocjacyjna jako istotne zagadnienie w negocjacjach*. „Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy“, z. 4/2004
360. Miemiec M., *Umowa administracyjna wg prawa niemieckiego*, (w:) J. Korczak (red.), *Cywilizacja administracji publicznej. Księga jubileuszowa z okazji 80-lecia*

- urodzin prof. nadzw. UWR dra hab. Jana Jeżewskiego. Wrocław 2018 (<https://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/publication/95307/edition/89600/content>)
361. Mikowski Ł., *Prawne formy działania w sferze zarządzania drogami publicznymi*. „Zeszyty Naukowe Dolnośląskiej Wyższej Szkoły Przedsiębiorczości i Techniki w Polkowicach. Studia z nauk społecznych”, nr 6/2013 (<http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.cejsh-bdc7cd99-e6bc-41eb-95ec-ac4c74fe620e?q=bwmeta1.element.cejsh-344fbf6f-694d-4b74-b152-39f4286ddb62;11&qt=CHILDREN-STATELESS>)
 362. Miruć A., *O roli i specyfice umów w działaniach administracji pomocy społecznej*, (w:) J. Korczak (red.), *Cywilizacja administracji publicznej. Księga jubileuszowa z okazji 80-lecia urodzin prof. nadzw. UWR dra hab. Jana Jeżewskiego*. Wrocław 2018 (<https://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/publication/95307/edition/89600/content>)
 363. Modrzejewski A., *Kontraktualizacja w globalnym i europejskim prawie administracyjnym*, (w:) D.R. Kijowski, P.J. Suwaj (red.), *Kryzys prawa administracyjnego? T. III*, A. Doliwa, S. Prutis (red.), *Wypieranie prawa administracyjnego przez prawo cywilne*. Warszawa 2012
 364. Mohr J., *Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht. Domestizierung wirtschaftlicher Macht durch Inhaltskontrolle der Folgeverträge*. Tübingen 2015
 365. Mühlenkamp H., *Ökonomische Analyse von Public Private Partnerships (PPP) – PPP als Instrument zur Steigerung der Effizienz der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben oder als Weg zur Umgehung von Budgetbeschränkungen?* (w:) J. Ziekow (red.), *Wandel der Staatlichkeit und wieder zurück? Die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Public Private Partnership) in/nach der Weltwirtschaftskrise*. Baden-Baden 2011
 366. Müller-Tschumi T., *Leistungsstörungen bei verwaltungsrechtlichen Verträgen*, (w:) I. Häner, B. Waldmann (red.), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis*. Zürich, Basel, Genf 2007
 367. Mussgnug R., *Das allgemeine Verwaltungsrecht zwischen Richterrecht und Gesetzesrecht*. „Studia Universitatis Babes-Bolyai Jurisprudentia”, nr 2/2009

N

368. Nałęcz A., *Společna odpowiedzialność administracji a siatka pojęciowa nauki prawa administracyjnego*, (w:) A. Jurkowska-Gomułka (red.), *Společna odpowiedzialność administracji: perspektywa teoretyczna i praktyczna*. Rzeszów, Warszawa 2019
369. Nanz P., Fritsche M., *Handbuch Bürgerbeteiligung. Verfahren und Akteure, Chancen und Grenzen*. Bonn 2012

370. Naschold F., Bogumil J., *Modernisierung des Staates. New Public Management in deutscher und internationaler Perspektive*. 2., vollständig aktualisierte und stark erweiterte Auflage. Wiesbaden 2000
371. Neumann V., *Dogmatische und prinzipiengeleitete Argumente bei der Abgrenzung von Verwaltungsverträgen - Zur Rechtsnatur der Pflegesatzvereinbarungen im Sozialhilferecht*. „Die Öffentliche Verwaltung”, nr 4/1992
372. Niedobitek M., *Rechtsbindung der Verwaltung und Effizienz des Verwaltungsverfahrens*. „Die Öffentliche Verwaltung”, nr 18/2000
373. Niedzwiedzka J., *Wykładnia prawa administracyjnego: wybrane zagadnienia*. „Kwartalnik Prawa Publicznego”, nr 2/1/2
374. Nippold O., *Der völkerrechtliche Vertrag, seine Stellung im Rechtssystem und seine Bedeutung für das internationale Recht*. Bern 1894
375. Nita A., *Porozumienia w prawie podatkowym. Horyzontalne metody determinacji powinności podatkowej*. Warszawa 2014
376. Nocuń M.J., *Celowa rozbieżność między verba a voluntas – oświadczenie nie na serio, symulacja i reservatio mentalis w prawie rzymskim i europejskiej tradycji prawnej*. (w:) G. Blicharz, K. Stolarski (red.), *Miejsce verba i voluntas w wykładni prawnej*. Kraków 2011

O

377. Offe C., *Governance – „puste pojęcie” czy naukowy program badawczy*. „Zarządzanie Publiczne”, nr 3 (21)/2012
378. Ohler Ch., *Der institutionelle Vorbehalt des Gesetzes*. „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 131/3/2006
379. Oleś M., *Prawo jako czynnik powinnościowy układu administracyjnego*, (w:) J. Korczak (red.), *Układ administracji publicznej*. Warszawa 2020
380. Orzeszyna K., *Podstawy relacji między państwem a kościołami w konstytucjach państw członkowskich i traktatach Unii Europejskiej*. Lublin 2007
381. Ossenbühl F., *Die Handlungsformen der Verwaltung*. „Juristische Schulung”, 1979
382. Oster J., *Das informell-kooperative Verwaltungshandeln im Umweltrecht. Begriffliche Abgrenzung, Erscheinungsformen und rechtliche Bewertung*. „Natur und Recht”, nr 30/2008
383. Ostrowska A., *Samorządowe prawo dotacyjne. Dotacje jako wydatki jednostek samorządu terytorialnego*. Warszawa 2018

P

384. Pakeerut W., *Die Entwicklung der Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrages*. Berlin 2000
385. Panasiuk A., *Umowa publicznoprawna (próba definicji)*. „Państwo i Prawo”, nr 2/2008
386. Parchomiuk J., *Ochrona zaufania w relacjach horyzontalnych w prawie administracyjnym*, (w:) M. Stahl, M. Kasiński, K. Wlaźlak (red.), *Sprawiedliwość i zaufanie do władz publicznych w prawie administracyjnym*. Warszawa 2015
387. Pawłowska A., *Partnerstwo międzysektorowe jako forma współzrządzenia w świetle badań*, (w:) J. Zimmermann, P.J. Suwaj (red.) *Wpływ przemian cywilizacyjnych na prawo administracyjne i administrację publiczną*. Warszawa 2013
388. Pawłowski S., *Pojęcie, przedmiot i charakter prawny umowy wyłączeniowej (ekspropriacyjnej)*. „Zeszyty Naukowe KUL”, nr 4 (244)/2018
389. Pawłowski S., *Wstęp*, (w:) tenże (red.), *Umowy w administracji publicznej*. Warszawa 2022
390. Peetz P., *New Public Management in Mexiko: Vom Klientelismus zur Kundenorientierung in der öffentlichen Verwaltung?* „Verwaltung und Management”, nr 18/5/2012
391. Pellert A., *Was ist New Public Management?* (w:) R. Grossmann, Besser. Billiger. Mehr. *Zur Reform der Expertenorganisationen Krankenhaus, Schule, Universität*. Wien 1997
392. Pestalozza Ch., *Privatverwaltungsrecht: Verwaltungsrecht unter Privaten*. „Juristenzeitung”, nr 2/1975
393. Peters H., *Lehrbuch der Verwaltung*. Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949
394. Piątek W., *Kodeks postępowania administracyjnego w świetle ustawy nowelizującej z dnia 7 kwietnia 2017 r. – ogólna charakterystyka zmian*. „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego”, nr 5 (74)/2017
395. Piątek W., *Recenzja rozprawy doktorskiej pana mgr Pawła Króla pt. Koncepcja détournement de pouvoir, przygotowanej pod kierunkiem naukowym prof. dr hab. Wojciecha Jakimowicza*. Kraków 2017, maszynopis s. 504 (<https://wpia.uj.edu.pl/documents/41601/138070319/Recenzja.Krol.Prof.Piatek.pdf>)
396. Piątek W., *Uproszczenia w postępowaniu administracyjnym z perspektywy 60-lecia kodeksu postępowania administracyjnego*. „Gdańskie Studia Prawnicze”, nr 2 (46)/2020
397. Piechota-Ołoś E., *Umowa o współdziałanie na tle umów w administracji*. „Kwartalnik Prawno-Finansowy”, nr 2/2020
398. Piskorz-Ryń A., *Ponowne wykorzystanie informacji sektora publicznego. Zagadnienia administracyjnoprawne*. Lex/el. 2018

399. Pitschas R., *Entbürokratisierung durch Beratung? - "Beratung" als bürokratisch-distanzierte Regulierungsform des Verwaltungsstaates*, (w:) R. Voigt (red.), *Gegentendenzen zur Verrechtlichung*. Opladen 1983
400. Pitschas R., *Entwicklung der Handlungsformen im Verwaltungsrecht - Vom Formendualismus des Verwaltungsverfahrens zur Ausdifferenzierung der Handlungsformen*, (w:) W. Blümel, R. Pitschas (red.), *Reform des Verwaltungsverfahrensrechts. Vorträge und Diskussionsbeiträge des Forschungsseminars am Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer vom 3. bis 5. März 1993*. Berlin 1994
401. Pitschas R., *Verantwortungskoooperation zwischen Staat und Bürgergesellschaft. Vom hierarchischen zum partnerschaftlichen Rechtsstaat am Beispiel des Risikoverwaltungsrechts*, (w:) K.-P. Sommermann, J. Ziekow (red.), *Perspektiven der Verwaltungsforschung. Beiträge zur Wissenschaftlichen Arbeitstagung aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung vom 8. bis 10. Oktober 2001 in Speyer*. Berlin 2002
402. Pitschas R., *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren. Strukturprobleme, Funktionsbedingungen und Entwicklungsperspektiven eines konsensualen Verwaltungsrechts*. München 1990
- A. Podgórnik-Krzykacz, *Wpływ governance i good governance na strukturę administracji samorządowej*. „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Oeconomica”, nr 3 (321)/2016
403. Poggi G., *Państwo*. Warszawa 2010
404. Porębska M., *Problematyka procesu inwestycyjnego w świetle charakteru prawnego umowy partnerstwa publiczno-prywatnego*, (w:) I. Niżnik-Dobosz, *Przestrzeń i nieruchomości jako przedmiot prawa administracyjnego. Publiczne prawo rzeczowe*. Lex/el. 2012
405. Przybysz P., *Umowa jako forma działania administracji w świetle poglądów profesora Jerzego Starościa*, (w:) J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun (red.), *Umowy w administracji*. Wrocław 2008
406. Pszczyński M., *Trzy modele reform administracji publicznej a legitymizacja służby publicznej*. „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Lublin – Polonia. Sectio G”, nr 64/2/2017 (<https://journals.umcs.pl/g/article/view/5866?msclid=6f18135cbeaa11eca8185729bccdef55>)
407. Puczek A., *Umowy cywilnoprawne w prawie administracyjnym i praktyce organów administracji publicznej jako instrumenty służące jednostce i wspólnocie*, (w:) Z. Duniewska, M. Karcz-Kaczmarek, P. Wilczyński (red.), *Prawo administracyjne w służbie jednostki i wspólnoty*. Warszawa-Lódź 2022
408. Puczek A., *Wpływ przemian cywilizacyjnych na paradygmat administrowania przez prawo*, (w:) J. Zimmermann, P.J. Suwaj (red.) *Wpływ przemian*

cywilizacyjnych na prawo administracyjne i administrację publiczną. Warszawa 2013

- 409. Püttner G., *Ermessen und Ermessensausübung. Gedanken zur Weiterentwicklung der Ermessenslehre.* „Zeitschrift für öffentliches Recht”, nr 63/2008
- 410. Püttner G., *Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen Staat und Bürger.* „Deutsches Verwaltungsblatt”, 1/15 Februar 1982

R

- 411. Raap Ch., *Leitfaden des öffentlichen Rechts.* Wiesbaden 2019
- 412. Raczyńska R., Krukowski K., *Zarządzanie w administracji publicznej. Od idealnej biurokracji do zarządzania procesowego.* Kraków 2020
- 413. Radwański Z., Olejniczak A., *Prawo cywilne – część ogólna.* 14. wydanie, Warszawa 2017
- 414. H. Reckers, *Gesetzwidrige und gesetzesabweichende Regelungen in Verwaltungsverträgen zwischen Bürger und Staat.* Tübingen 1988
- 415. Redeker K., *Die Regelung des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Musterentwurf.* „Die öffentliche Verwaltung”, nr 15-16/1966
- 416. Reichard Ch., Röber M., *Konzept und Kritik des New Public Management,* (w:) E. Schröter (red.), *Empirische Policy- und Verwaltungsforschung. Lokale, nationale und internationale Perspektiven. Für Hellmut Wollmann zum 65. Geburtstag.* Wiesbaden 2001
- 417. Reicherzer M., *Reform des öffentlich-rechtlichen Vertrags.* „Zeitschrift für Rechtspolitik”, nr 4/2004
- 418. Reuter B., *Transparenz öffentlicher Einkaufsdaten in Deutschland. Anforderungen und Handlungsfelder im Kontext von Open Government.* Wiesbaden 2021 (<https://library.oapen.org/handle/20.500.12657/43297>)
- 419. Rhinow R., Schindler Benjamin. *Verwaltungsermessen. Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz.* „Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht”, nr 8/2011 (<http://wp.rene-rhinow.ch/wp-content/uploads/2017/03/3-e-8-Rezension-Benjamin-SchindlerVerwaltungsermessen.pdf>)
- 420. Richter P., *Es werde Licht! Und es ward Licht? – Zur Wirkung von Transparenz auf die Legitimität öffentlicher Verwaltung.* „Politische Vierteljahresschrift”, nr 58/2/2017
- 421. Rienaß U., *Ansätze einer geänderten Verwaltungssteuerung in der Praxis,* (w:) R. Koch, J. Dixon (red.), *Public Governance and Leadership. Political and Managerial Problems in Making Public Governance Changes the Driver for Re-Constituting Leadership.* Wiesbaden 2007

422. Rintelen W. von, *Der verwaltungsrechtliche Vergleichsvertrag: Inhalt, Zweck und Grenzen des Vergleichsvertrages als eigenständiges Rechtsinstitut moderner Verwaltung*. Berlin 2003
423. Ritter E.-H., *Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat*, (w:) D. Grimm (red.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*. Baden-Baden 1990
424. Ritter E.-H., *Der kooperative Staat: Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Wirtschaft*. „Archiv des öffentlichen Rechts“, nr 104/3/1979
425. Rogas K., *Ostdeutsche Verwaltungskultur im Wandel. Selbstbilder von Kommunalverwaltern 1992 und 1996 im Vergleich*. Wiesbaden 2000
426. Rostkowski T., *Strategiczne zarządzanie zasobami ludzkimi w administracji publicznej*. Warszawa 2012
427. Rotko J., *Działania nieformalne w praktyce administracji niemieckiej na przykładzie ochrony środowiska*. „Państwo i Prawo”, nr 6/1996
428. Rottenwallner T., *Der Rechtsstaat. (Super-)Phantombegriff oder tragendes Strukturprinzip des modernen Verfassungsstaates?* „Deutsche Verwaltungspraxis”, nr 10/2015
429. Rożek K., *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym jako przykład umowy hybrydowej*, (w:) J. Zimmermann (red.), *Pogranicze prawa administracyjnego*. Warszawa 2019
430. Rożek K., *Uwarunkowania prawne umowy administracyjnej jako niechcianej przez polskiego ustawodawcę formy działania administracji publicznej*. „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ”, nr 1/2018
431. Rölle D., *Nummer, Kunde oder Bürger? – Der Beitrag der wahrgenommenen Responsivität der öffentlichen Verwaltung zur Erklärung von Verwaltungszufriedenheit*. „Zeitschrift für Politik“, nr 64/2/2017
432. Ruck E., *Kirchenrecht*. 2. Auflage. Berlin, Heidelberg 1931
433. Rürup B., *Effizienzrevolution in der öffentlichen Verwaltung: Wann, wenn nicht jetzt?* „Verwaltung und Management”, nr 6/5/2000
434. Rypina M., Wierzbowski M., *Umowa z organem w postępowaniu administracyjnym*. „Państwo i Prawo”, nr 4/2010

S

435. Sack D., *Gratwanderung zwischen Partizipation und Finanzengpässen: Ein Überblick über die deutsche Public Private Partnership-Entwicklung*. „Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen”, nr 26/4/2003
436. Salzwedel J., *Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages*, Berlin 1958

437. Sancewicz P., *Die Rechtsformen und Instrumente der staatlichen Subventionierung von innovativen Tätigkeiten. Studien zu Handlungsformen der Subventionierung im polnischen Recht* (https://publishup.uni-potsdam.de/opus4ubp/frontdoor/deliver/index/docId/44524/file/sancewicz_mono.pdf)
438. Sancewicz P., *Swoboda wyboru prywatnoprawnej formy działania administracji gospodarczej w polskiej i niemieckiej doktrynie prawa publicznego*. „Studia Prawa Publicznego”, nr 3 (27)/2019 (<https://pressto.amu.edu.pl/index.php/spp/article/view/22119/21132>)
439. Sancewicz P., *Umowa jako prawna forma działania administracji publicznej w polskiej i niemieckiej doktrynie prawa publicznego*. „Studia Prawa Publicznego”, nr 1 (25)/2019
440. Sancewicz P., *Umowa o dofinansowanie jako szczególny typ umowy stosowanej przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości w postępowaniu w sprawie udzielenia wsparcia w świetle koncepcji umowy administracyjnej w polskiej i w niemieckiej doktrynie prawa. Studium przypadku*. „Zeszyty Prawnicze”, nr 20/3/2020
441. Sauer H., *Examinatorium. Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht*. Baden-Baden 2020
442. Sauer W., *Juristische Methodenlehre. Zugleich eine Einleitung in die Methodik der Geisteswissenschaften*. Stuttgart 1940
443. Schäfer I.E., *Bürokratietheorie und Autonomie*, (w:) A. Windhoff-Héritier (red.), *Verwaltung und ihre Umwelt. Festschrift für Thomas Ellwein zum 60. Geburtstag*. Opladen 1987
444. Scheerbarth W., *Das allgemeine Bauordnungsrecht*. 2. Auflage. Köln 1966
445. Schenke W.-R., *Gerichtlicher Vergleich (§ 106)*, (w:) tenze (red.), *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*. 26., neu bearbeitete Auflage. München 2020
446. Scheske E., *Der öffentlich-rechtliche Vertrag. Eine Herausforderung für den Rechtsanwender in der Verwaltungspraxis*. „Deutsche Verwaltungspraxis”, nr 11/2015
447. Scheuing D. H., *Selbstbindungen der Verwaltung*. „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, nr 40/1982
448. Schimanke D., *Das Konzept des aktivierenden Staates als deutsches Muster von Governance. – Zur Stabilität und zum Wandel von öffentlichen Institutionen*, (w:) R. Koch, J. Dixon (red.), *Public Governance and Leadership. Political and Managerial Problems in Making Public Governance Changes the Driver for Re-Constituting Leadership*. Wiesbaden 2007
449. Schimpf Ch., *Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit*. Berlin 1982

450. Schindler B., *Verwaltungsrechtswissenschaft und Geschichtsschreibung. Narrative über Vergangenes – Versuch einer Typologie*. „Administory. Zeitschrift für Verwaltungsgeschichte“, nr 1/2016 (<https://www.alexandria.unisg.ch/249494/1/Schindler-Administory.pdf>)
451. Schindler B., *100 Jahre Verwaltungsrecht in der Schweiz*, „Zeitschrift für Schweizerisches Recht“, nr 130 (2)/2011
452. Schindler G., *Das Programm "Moderner Staat – moderne Verwaltung"*, (w:) Enquete-Kommission „Zukunft des Bürgerschaftlichen Engagements“ des Deutschen Bundestages (red.), *Bürgerschaftliches Engagement und Zivilgesellschaft*. Wiesbaden 2002
453. Schlette V., *Die Verwaltung als Vertragspartner. Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger*. Tübingen 2000
454. Schliesky U., *Das Verhältnis von Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungsrechtspraxis*, (w:) W. Kahl, U. Mager (red.), *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungsrechtspraxis*. Baden-Baden 2019
455. Schlink B., *Zwischen Identifikation und Distanz. Zur Stellung des Beamten im Staat und zur Gestaltung des Beamtenrechts durch das Staatsrecht*. „Der Staat“, nr 15/3/1976
456. Schmidt M.G., *Demokratietheorien. Eine Einführung*. Wiesbaden 2006
457. Schmidt R., *Öffentliches Wirtschaftsrecht. Allgemeiner Teil*. Berlin, Heidelberg 1990
458. Schmidt-Aßmann E., *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*. Berlin, Heidelberg 1998
459. Schmidt-Aßmann E., *Dogmatyka prawa administracyjnego*. Warszawa 2022 (w tłumaczeniu M. Bochwic-Ivanovskiej)
460. Schmidt-Aßmann E., *Ogólne prawo administracyjne jako idea porządku. Założenia i zadania tworzenia systemu prawnoadministracyjnego*. Warszawa 2011 (w tłumaczeniu A. Wasilewskiego)
461. Schmidt-Aßmann E., *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*. „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer“, nr 34/1976 (<https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110902976/html>)
462. Schmidt-Aßmann E., *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz: Perspektiven der Systembildung*, (w:) W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann (red.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*. Baden-Baden 2002
463. Schmidt-Aßmann E., Dagron S., *Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen*. „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht“, nr 67/2007

464. Schmitt-Lermann H., *Der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes*. „Juristenzeitung“, nr 13/1964
465. Schmitz G., *Metropolregion Rhein-Neckar - Modellregion für einen kooperativen Föderalismus*. „Raumforschung und Raumordnung“, nr 63/2005
466. Schmitz H., *Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrensgesetzes: Konkrete Gesetzgebungspläne und weitere Perspektiven*, (w:) W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann (red.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*. Baden-Baden 2002
467. Schmitz H., *Kooperationsverträge – Zur bevorstehenden Novellierung des Vertragsrechts im Verwaltungsverfahrensgesetz*, (w:) H. Bauer, Ch. Büchner, F. Brosius-Gersdorf (red.), *Verwaltungskooperation. Public Private Partnerships und Public Public Partnerships*. Potsdam 2008
468. Schoen P., *Deutsches Verwaltungsrecht. Allgemeine Lehren und Organisation*, (w:) F. von Holzendorf, J. Kohler (red.), *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*. 4. Band, 7. Auflage. München, Leipzig, Berlin 1914
469. Schulte M., *Schlichtes Verwaltungshandeln*. Tübingen 1995
470. Schulte M., *Wandel der Handlungsformenlehre der Verwaltung und der Handlungsformenlehre in der Informationsgesellschaft*, (w:) W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann (red.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*. Baden-Baden 2000
471. Schulz C., *Staats- und Verwaltungsrecht*, (w:) E. Brandt (red.), *Rechtswissenschaften*. Berlin, Heidelberg 2001
472. Schuppert G. F., *Verfassungsrecht und Verwaltungsorganisation*. „Der Staat“, nr 32/4/1993
473. Schuster H., *Wirksame rechtswidrige öffentlich-rechtliche Verträge*. Tübingen 1990
474. Seer R., *Verständigungen in Steuerverfahren*. Köln 1996
475. Sendler H., *Zum Stand der Erörterungen über ein Verwaltungsverfahrensgesetz*. „Archiv des öffentlichen Rechts“, nr 1/94/1969
476. Seifert K., *Prozeßmanagement für die öffentliche Verwaltung*. Wiesbaden 1998
477. Seyfert R., *Das Leben der Institutionen. Zu einer Allgemeinen Theorie der Institutionalisierung*. Weilerswist 2011
478. Shirvani F., *Das Kooperationsprinzip im deutschen und europäischen Umweltrecht*. Berlin 2005
479. Sidorkiewicz K., *Współczesne ujęcie funkcji państwa*. „Studia Elbląskie“, nr 11/2010
480. Siegel T., Eisentraut N., *Der Vertrag im Öffentlichen Wirtschaftsrecht*. „Verwaltungsarchiv“, nr 4/2018

481. Sierpowska I., *Pomoc społeczna jako administracja świadcząca. Studium administracyjnoprawne*. Warszawa 2012
482. Sitek M., *Zmiana instytucjonalna w teorii nowego instytucjonalizmu – nowe koncepcje teoretyczne i ich zastosowania w analizie polityk publicznych*, (w:) A. Wojciuk (red.), *Analiza polityki publicznej. Podejście teoretyczno-metodologiczne*. Warszawa 2013
483. Skorczyńska E., *Pogranicze administracyjno-cywilne*, (w:) J. Zimmermann (red.), *Integralność prawa administracyjnego. Perspektywa polska*. Warszawa 2019
484. Skrzywanek-Jaworska D., *Impossibilium nulla obligatio est celsusa (D. 50,17,185) a początkowa niemożliwość świadczenia w prawie niemieckim*. „Studia Prawno-Ekonomiczne”, nr 81/2010
485. Smyk G., *Próby zdefiniowania pojęć „administracja” i „prawo administracyjne” w piśmiennictwie prawno-administracyjnym przełomu XIX i XX w.* „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska”, Sectio G, nr 66/1/2019
486. Socha I., *Uгода administracyjna a wady oświadczenia woli*. „Przegląd Prawa Publicznego”, nr 1/2018
487. Song D., *Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts*. Berlin 2000
488. Sontheimer J., *Der verwaltungsrechtliche Vertrag im Steuerrecht*. Köln 1987
489. Spanner H., *Der Regierungsentwurf eines Bundes-Verwaltungsverfahrensgesetzes*. „Juristenzeitung”, nr 21/1970
490. Spannowsky W., *Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen*. Berlin 1994
491. Spitzlei T., *Nichtiges Verwaltungshandeln*. Tübingen 2022
492. Staniszevska L., *Umowy publicznoprawne – konstrukcja, metody regulacji i zakres zastosowania w aspektach prawno-porównawczych*, (w:) S. Pawłowski (red.), *Umowy w administracji publicznej*. Warszawa 2022
493. Staniszevska L., *Zagadnienia konstrukcyjne umów publicznoprawnych*. „Studia Prawa Publicznego”, nr 3 (27)/2019
494. Starościak J., *Prawne formy działania administracji*. Warszawa 1957
495. Stasikowski R., *Umowa cywilna jako instrument działania administracji regulacyjnej*. „Samorząd Terytorialny”, nr 11/2009
496. Stefaniuk M., *Działanie administracji publicznej w ujęciu nauk administracyjnych*. Lublin 2009
497. Stein E., *Der Verwaltungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*. „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 86/1961

498. Steiner U., *Öffentliche Aufgabenerfüllung durch Private aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts*, (w:) G. Manssen, A. Himmelreich, E. Gricenko (red.), *Public-private-Partnership im kommunalen Bereich. Deutsche und russische Erfahrungen*. Frankfurt am Main 2015
499. Stelkens U., *Verwaltungsprivatrecht. Zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen*. Berlin 2005
500. Stern K., *Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages*. „Verwaltungsarchiv”, nr 49/1958
501. Stern K., *Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrags*. „Archiv des öffentlichen Rechts”, nr 84/2/1959
502. Stoker G., *Governance as theory: five propositions*. „International Social Science”, nr 50/155/1998
503. Stolleis M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Zweiter Band: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*. München 1992
504. Storbeck D., *Grenzüberschreitende kommunale Zusammenarbeit*. Göttingen 2016 (https://www.univerlag.uni-goettingen.de/bitstream/handle/3/isbn-978-3-86395-276-1/GSOER9_storbeck.pdf)
505. Stöhr A., *Die Vertragsbindung: Legitimation, Herkunft, Grenzen*. „Archiv für die civilistische Praxis”, nr 214/3/2014
506. Stupienko E., *Zakres, formy stosowania i charakter prawny tzw. umowy dotacyjnej*. „Krytyka Prawa”, t. 6/1/2014
507. Styczyński D., *Umowa o koncesję na roboty budowlane lub usługi jako forma prywatyzacji wykonywania zadań publicznych*. „Studia Prawnoustrojowe”, nr 35/2017
508. Suleimenov M., *Der Vertrag im Zivilrecht. Theoretische und praktische Probleme*, (w:) R. Knieper, L. Chanturia, H.-J. Schramm (red.), *Probleme des Vertragsrechts und der Vertragssicherung in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens*. Berlin 2009
509. Supernat J., *Publicznoprawne formy działania administracji o charakterze dwustronnym*. Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010, s. 362. „Samorząd Terytorialny”, nr 10/2020
510. Supernat J., *Z zagadnień komparatystyki prawniczej*. „Przegląd Prawa i Administracji”, nr 114/2018
511. Szczepaniak R., *Swoboda umów w sektorze publicznym*, (w:) Z. Kuniewicz, D. Sokołowska, *Prawo kontraktów*. Warszawa 2017
512. Szczepaniak R., *Węzłowe problemy stosowania prawa prywatnego w sektorze publicznym*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, nr 4/2016
513. Sześciło D., *Niemiecki Neues Steuerungsmodell. Nowe zarządzanie publiczne w samorządzie lokalnym*. „Samorząd Terytorialny”, nr 5/2012

514. Szewczuk A., *Funkcjonowanie sektora publicznego w Polsce – dylematy jakości, mierników i metod oceny*. „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Ekonomiczne Problemy Usług”, nr 60/2010
515. Szewczyk M., *Umowy jako forma aktywności administracji publicznej*, (w:) S. Pawłowski (red.), *Umowy w administracji publicznej*. Warszawa 2022
516. Szostak R., *Charakter prawny umów koncesyjnych*. „Samorząd Terytorialny”, nr 1-2/2017
517. Szreniawski P., *Psychologicznoadministracyjne aspekty umów*, (w:) J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun (red.), *Umowy w administracji*. Wrocław 2008
518. Szwedziak-Bork I., *Zastosowania teorii agencji w zarządzaniu*, (w:) K. Klincewicz (red.), *Zarządzanie, organizacje i organizowanie – przegląd perspektyw teoretycznych*. Warszawa 2016
519. Szydło W., *Charakter prawny nieformalnych uzgodnień administracyjnych pomiędzy Prezesem Urzędu Komunikacji Elektronicznej a przedsiębiorcą telekomunikacyjnym i ich sądowa kontrola*. „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu”, nr 495/2017
520. Szyszkowska M., *Zarys filozofii prawa*. Białystok 2000 (https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/7792/1/M_Szyszkowska_Zarys_filozofii_prawa.pdf)

T

521. Talaga R., *Charakter prawny umowy o dofinansowanie projektu ze środków europejskich w ramach polityki spójności*. „Studia Prawnicze”, nr 1 (223)/2021
522. Tarno J.P., Król M.A., *Przyznanie sumy pieniężnej jako środek dyscyplinowania w postępowaniu sądowoadministracyjnym*. „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego”, nr 1 (82)/2019
523. Tegethoff C., *Kommentar zu § 54 VwVfG*, (w:) F. O. Kopp, U. Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*. 22. Auflage. München 2021
524. Teshima T., *Über den Verwaltungsstaat*, (w:) H. Conrad i in. (red.), *Gedächtnisschrift Hans Peters*. Berlin, Heidelberg, New York 1967
525. Thaler M., *Vom Wesen und Wert der Verwaltungsverfahrensgesetze*. „Zeitschrift für öffentliches Recht”, nr 64/2009
526. Thouvenin F., *Der Kooperationsvertrag*, (w:) R.H. Weber i in. (red.), *Aktuelle Herausforderungen der Gesellschafts- und Finanzmarktrechts. Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag*. Zürich, Basel, Genf 2017 ([https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:679c4302fdd242df91a8fe247f4df856/Der%20Kooperationsvertrag%20\(in%20a%20nutshell\).PDF](https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:679c4302fdd242df91a8fe247f4df856/Der%20Kooperationsvertrag%20(in%20a%20nutshell).PDF))

527. Timmermann M., *Effizienzsteigerung in der öffentlichen Verwaltung: Management versus Bürokratie*, (w:) W. Seibel, A. Benz (red.), *Regierungssystem und Verwaltungspolitik. Beiträge zu Ehren von Thomas Ellwein*. Wiesbaden 1995
528. Töller A. E., *Die Rückkehr des befehlenden Staates? Muster und Ursachen der Veränderung staatlicher Handlungsformen in der deutschen Abfallpolitik*. „Politische Vierteljahresschrift“, nr 48/1/2007
529. Tönnißen U., *Alltägliche Lebensführung und Verwaltungsmodernisierung*, (w:) U. Mückenherger (red.), *Bessere Zeiten für die Stadt Chancen kommunaler Zeitpolitik*. Wiesbaden 2001
530. Trela A., *Powierzanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej a swoboda zawierania umów*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, z. 3/2015
531. Treutner E., *Auf dem Weg zum Verhandlungsstaat? Zum Verhältnis von Strukturen und handelnden Subjekten im staatlich-administrativen Bereich: Stand der Diskussion, aktuelle Entwicklungen und Perspektiven*, (w:) G. Günter Voß, H.J. Pongratz (red.), *Subjektorientierte Soziologie. Karl Martin Bolte zum siebzigsten Geburtstag*. Opladen 1997
532. Trnka K., *Neuroprawo – integracja neurobiologii i prawoznawstwa w wybranych obszarach*, (w:) „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis”, nr 7 (2)/2018 (https://repozytorium.uni.wroc.pl/Content/95734/PDF/01_05_K_Trnka_Neuroprawo%E2%80%93integracja_neurobiologii_i_prawoznawstwa.pdf)
533. Tschaschnig I., *Die Wichtigkeit subordinationsrechtlicher Verträge nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz - Die §§54ff. VwVfG im Spannungsfeld von Vertragsfreiheit und Legalitätsprinzip*. Frankfurt a.M., Bern, New York, Nancy 1984

U

534. Ule C. H., Laubinger H.-W., *Verwaltungsverfahrenrecht*. Köln, Berlin, Bonn, München 1977
535. Umansky D., *Kommunikation kommunaler Verwaltungsbehörden bei der Öffentlichkeitsbeteiligung: Eine qualitative Fallstudie*, (w:) K. Kocks, S. Knorre, J. N. Kocks, *Öffentliche Verwaltung – Verwaltung in der Öffentlichkeit. Herausforderungen und Chancen der Kommunikation öffentlicher Institutionen*. Wiesbaden 2020 (<https://library.oapen.org/bitstream/id/80397588-bbf2-4ff48c6149c3eaf9603d/1007013.pdf>)

V

536. *Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg. Entwurf eines Gesetzes mit Begründung*. 1931

537. Vierling M., *Aktuelle Verwaltungsmodernisierung in Frankreich und Deutschland Zur Bedeutung der Verwaltungskulturen*, (w:) L. Albertin i in. (red.), *Frankreich. Jahrbuch 2003*. Wiesbaden 2004
538. Volkmann U., *Sicherheit und Risiko als Probleme des Rechtsstaats*. „Juristenzeitung”, nr 14/2004

W

539. Waechter K., *Der öffentlich-rechtliche Vertrag. Zum Wettstreit zwischen juridischem politischem und ökonomischem Paradigma*. „Juristenzeitung”, nr 4/2006
540. Waechter K., *Kooperationsprinzip, gesellschaftliche Eigenverantwortung und Grundpflichten. Verrechtlichung von ethischen Pflichten durch indirekte Steuerung*. „Der Staat”, nr 38/2/1999
541. Wahl A., *Kooperationsstrukturen im Vertragsarztrecht*. Berlin 2001
542. Walenia A., *Systemowe metody monitorowania jakości pracy w urzędach administracji publicznej*. „Annales. Ethics in Economic Life”, nr 23/2/2020
543. Wallerath M., *Der ökonomisierte Staat*. „Juristenzeitung“, nr 5/2001
544. Walz G.A., *Die ‚Vereinbarung‘ als Rechtsfigur des öffentlichen Rechts*. „Archiv des öffentlichen Rechts“, nr 53/2/1928
545. Weber A., *Rechtsstaatsprinzip als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip*. „Zeitschrift für öffentliches Recht”, nr 63/2008
546. Weber M., *Wirtschaft und Gesellschaft*. 5. Auflage. Tübingen 1972
547. Weber M., *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Sozialökonomik*. Tübingen 1922 (<https://archive.org/details/wirtschaftundges00webeuoft/page/n5/mode/2up?view=theater>)
548. Wegner-Kowalska J., *Mediacja w sprawach administracyjnych – pytania i wątpliwości*. „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego”, nr 6 (75)/2017
549. Wegner J., *Umowy publicznoprawne w europejskim porządku prawnym*, (w:) S. Pawłowski (red.), *Umowy w administracji publicznej*. Warszawa 2022
550. Wegner-Kowalska J., *Idea pragmatyzmu w postępowaniu administracyjnym*, (w:) J. Zimmermann (red.), *Aksjologia prawa administracyjnego*. Lex/el. 2017
551. Wehling H.-G., *Kommunale Selbstverwaltung*, (w:) T. Ellwein, E. Holtmann (red.), *50 Jahre Bundesrepublik Deutschland. Rahmenbedingungen - Entwicklungen – Perspektiven*. „Politische Vierteljahresschrift”, nr 30/1999
552. Weinbach Ch., *Extra-vertragliche Zumutungen im New Public Contractualism: die doppelte Logik der Eingliederungsvereinbarung und die Rechtsstellung des Klienten im Sozialgesetzbuch II*. „der moderne staat - dms: Zeitschrift für Public

- Policy, Recht und Management“, 5(2)/2012 (<https://api.deutsche-digitale-bibliothek.de/binary/1c494801-e603-44ef-9d44-6d5c72ef2576.pdf>)
553. Weiß F., *Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes – eine Bestandsaufnahme und Kritik*. Tübingen 1971
 554. Wenzel M., *Zur Lehre der vertragsmäßigen Elemente der Reichsverfassung*. Tübingen 1909
 555. Werle R., *Pfadabhängigkeit*, (w:) A. Benz i in. (red.), *Handbuch Governance. Theoretische Grundlagen und empirische Anwendungsfelder*. Wiesbaden 2007
 556. Werner M., *Allgemeine Fehlerfolgenlehre für den Verwaltungsvertrag. Unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung der Rechtsprechung*. Berlin 2007
 557. Wesel U., *Wenn der Staat verhandelt*. „Die Zeit“, nr 47/1999 (https://www.zeit.de/1999/47/Wenn_der_Staat_verhandelt/komplettansicht#print)
 558. Wiak J., *Finansujący jako strona umowy leasingu*. Warszawa 2019
 559. Wiener A., *Institutionen*, (w:) A. von Bogdandy, *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*. Berlin, Heidelberg 2003
 560. Wierzbowski M., *Mediacja w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, wybrane, (w:) M. Szewczyk, L. Staniszeńska, M. Kruś (red.), *Kierunki rozwoju jurysdykcji administracyjnej*. Warszawa 2022
 561. Wiktorowska A., *Kierunki zmian w teorii prawnych form działania administracji*, (w:) J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego. Zakopane 24-27 września 2006 r.* Warszawa 2007
 562. Wilkin J., *Instytucjonalne i kulturowe podstawy gospodarowania*. Warszawa 2016
 563. Winter G., *Bartering Rationality in Regulation*. „Law & Society Review”, nr 19/2/1985
 564. Witkowski W., *Historia administracji w Polsce 1764-1989*. Warszawa 2007
 565. Wojewski P., *Porozumienie administracyjne jako prawna forma działania administracji w świetle systemu wdrażania funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności przez jednostki sektora finansów publicznych*. „Białostockie Studia Prawnicze”, nr 25/1/2020 (http://bsp.uwb.edu.pl/wp-content/uploads/2020/04/BSP25-1_141.pdf)
 566. Wolska H., *Umowne powierzenie zadań z zakresu gospodarki komunalnej*, (w:) M. Biliński, W. Gonet, H. Wolska, *Gospodarka komunalna. Problematyka realizacji zadań publicznych*. Warszawa 2020
 567. Woratschek H., Roth S., *Kooperation: Erklärungsperspektive der Neuen Institutionenökonomik*, (w:) J. Zentes, B. Swoboda, D. Morschett (red.), *Kooperationen, Allianzen und Netzwerke. Grundlagen – Ansätze – Perspektiven*. Wiesbaden 2003

568. Woźniak-Jęchorek B., *J.R. Commons vs. O.E. Williamson : dwie szkoły instytucjonalne i ich dorobek z punktu widzenia ekonomiki rynku pracy*. „Studia Prawno-Ekonomiczne”, nr 92/2014
569. Wróbel A., *Głęboka modernizacja kodeksu jest nieuzasadniona*. „Dziennik Gazeta Prawna”, nr 160/2015
570. Wrzecień R., *Pojęcie obrotu prawnego – próba systematyki*. „Dyskurs Prawniczy i Administracyjny”, nr 1/2021
571. Wunder B., *Bürokratie: Die Geschichte eines politischen Schlagwortes*, (w:) A. Windhoff-Héritier (red.), *Verwaltung und ihre Umwelt. Festschrift für Thomas Ellwein zum 60. Geburtstag*. Opladen 1987
572. Würtenberger T., Tkaczyński J. W., *Nowe instrumenty postępowania administracyjnego w Niemczech? Między akceptacją a mediacją*. „Przegląd Prawa Konstytucyjnego”, nr 4 (38)/2017 (<https://czasopisma.marszalek.com.pl/images/pliki/ppk/38/ppk3805.pdf>)
573. Wyporska-Frankiewicz J., *Publicznoprawne formy działania administracji o charakterze dwustronnym*. Warszawa 2010

Z

574. Zacharko L., *Umowa administracyjna (umowa publicznoprawna)*, (w:) J. Blicharz, L. Zacharko (red.), *Administracja. Prawo administracyjne. Część ogólna*. Katowice 2018
575. Zeising J., *Rechtsfrieden durch Vergleich? – Voraussetzungen und Wirksamkeit von Prozessvergleichen*. „Neue Justiz“, nr 9/2011 (https://www.neue-justiz.nomos.de/fileadmin/neue-justiz/doc/Aufsatz_NJ_11_09.pdf)
576. Zelt T., *Das „zweite P“ –Erfolgsfaktoren für private Partner in Public Private Partnerships*. „Verwaltung und Management”, nr 13/4/2007
577. Ziekow J., *Auswirkungen der Modernisierung der Verwaltung auf das Verwaltungsverfahren*. „Verwaltung und Management”, nr 6/4/2000
578. Ziekow J., *Public Private Partnership und Verwaltungsverfahren*, (w:) K.-P. Sommermann, J. Ziekow (red.), *Perspektiven der Verwaltungsforschung. Beiträge zur Wissenschaftlichen Arbeitstagung aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung vom 8. bis 10. Oktober 2001 in Speyer*. Berlin 2002
579. Ziemowit C., *Umowa administracyjna w państwie prawa*. Zakamycze 2004
580. Zilleßen H., *Das politische, gesellschaftliche und rechtliche Umfeld für Umweltmediation in Deutschland*, (w:) tenże (red.), *Mediation - Kooperatives Konfliktmanagement in der Umweltpolitik*. Opladen, Wiesbaden 1998
581. Zimmer A., *Verwaltungsmodernisierung zwischen New Public Management und aktiver Bürgergesellschaft*, (w:) N. Konegen, P. Kevenhörster, W. Woyke (red.),

Politik und Verwaltung nach der Jahrtausendwende - Plädoyer für eine rationale Politik. Festschrift für Gerhard W. Wittkämper zum 65. Geburtstag. Opladen 1998

- 582. Zimmermann J., *Aksjomaty postępowania administracyjnego*. Lex/el. 2017
- 583. Zimmermann J., *Alfabet prawa administracyjnego*. Warszawa 2022
- 584. Zimmermann J., *Kilka refleksji o nowelizacji kodeksu postępowania administracyjnego*. „Państwo i Prawo”, nr 8/2017
- 585. Zimmermann J., *Przedmowa*, (w:) tenże (red.), *Pogranicze prawa administracyjnego*. Warszawa 2019
- 586. Zimmermann J., *Zagadnienie repartycji sfer u J.S. Langroda i we współczesnym polskim prawie administracyjnym*, (w:) J. Niczyporuk (red.), *Teoria instytucji prawa administracyjnego. Księga pamiątkowa Profesora Jerzego Stefana Langroda*. Paryż 2011
- 587. Zimmermann M., *Pojęcie administracji publicznej a „swobodne uznanie”*. Warszawa 2009
- 588. Zysset E., *Nachträgliche staatliche Einwirkung auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag mit Privaten*. Basel 2020

Ż

- 589. Żak M., *Role zawodowe prawników w świetle modelu good governance*. „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej”, nr 1 (16)/2018 (<https://archiwum.ivr.org.pl/1441/role-zawodowe-prawnikow-w-swietle-modelu-good-governance/>)

Akty prawne niemieckie

- 1. Abgabenordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 1.10.2002, BGBl. I, 2002; BGBl. I, 2003, die zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 20.12.2022 (BGBl. I, 2022) geändert worden ist
- 2. Beamtenversorgungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 24.02.2010, BGBl. I, 2010
- 3. Bundesbesoldungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.06.2009, BGBl. I, 2009
- 4. Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2.01.2002, BGBl. I, 2002; BGBl. I, 2003
- 5. Deutsches Richtergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.04.1972, BGBl. I, 1972
- 6. Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 5.07.2017, BGBl. I, 2017

7. Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8.06.1967, BGBl. I, 1967
8. Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern vom 17.06.2008, BGBl. I, 2008
9. Gesetz zur Regelung der Wertgrenze für die Nichtzulassungsbeschwerde in Zivilsachen, zum Ausbau der Spezialisierung bei den Gerichten sowie zur Änderung weiterer prozessrechtlicher Vorschriften vom 12.12.2019, BGBl. I, 2019
10. Gesetz zur Ordnung des Handwerks, neu gefasst am 24.09.1998, BGBl. I, 1998, s. 3074
11. Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.03.1991, BGBl. I, 1991
12. Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.01.2003 (BGBl. I, 2003), das zuletzt durch Artikel 24 Absatz 3 des Gesetzes vom 25.06.2021 (BGBl. I, 2021) geändert worden ist

Akty prawne polskie

1. Ustawa z dnia 14.06.1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 775)
2. Ustawa z dnia 26.02.1982 r. o planowaniu społeczno-gospodarczym (Dz. U. z 1982 r., nr 7, poz. 51.
3. Ustawa z dnia 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1325 ze zm.)
4. Ustawa z dnia 30.08.2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1634)

Spis tabel

Tab. nr 1.	Założenia idealnej biurokracji i ich implikacje dla funkcjonowania administracji publicznej	73
Tab. nr 2.	Fazy, główne idee i koncepcje teoretyczne wpływające na rozwój Republiki Federalnej Niemiec	75
Tab. nr 3.	Modele administracji wyróżnione w oparciu o kryterium obrazu normatywnego	77
Tab. nr 4.	Zmiany instytucjonalne w procesie modernizacji administracji	87
Tab. nr 5.	Różnice między wybranymi podejściami do zarządzania publicznego	96
Tab. nr 6.	Szanse i zagrożenia w procesie kooperacji z punktu widzenia administracji i podmiotu prywatnego	184
Tab. nr 7.	Katalog cech charakteryzujących umowę administracyjną w poglądach wybranych autorów	247

Spis rysunków

Rys. nr 1.	Podział umów administracyjnych	13
Rys. nr 2.	Poziomy instytucji wyodrębnione na potrzeby analizy administracyjnoprawnej i relacje zachodzące między nimi	67
Rys. nr 3.	Proces zmian instytucjonalnych	69
Rys. nr 4.	Zakaz sprzęgania świadczeń	152
Rys. nr 5.	Powiązanie zasady adekwatności świadczeń z konstytucyjną zasadą proporcjonalności	154
Rys. nr 6.	Kategorie PPP i ich stopień formalnej instytucjonalizacji	191