
Eberhard
Schmidt-Aßmann

Dogmatyka
prawa
administracyjnego

Eberhard
Schmidt-Aßmann

Dogmatyka
prawa
administracyjnego

Bilans rozwoju, reformy i przyszłych zadań

Tłumaczenie
Małgorzata Brochwic-Ivanovska

Tytuł oryginału

Verwaltungsrechtliche Dogmatik.

Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben

Tom powstał w ramach współpracy Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie oraz Fundacji im. Karla Dedeciusa przy Uniwersytecie Europejskim Viadrina we Frankfurcie n. Odrą. Projekt (dec. nr 20.20.0.035RE) obejmujący tłumaczenie i wydanie książki został sfinansowany przez Fundację im. Fritza Thyssena z Kolonii (Fritz Thyssen Stiftung)

Redaktorzy naukowci tłumaczenia

Dr Ziemowit Cieślík

Dr Ilona Czechowska

Dr hab. Natalia Kohtamäki, prof. UKSW

Prof. dr hab. Irena Lipowicz

Prof. dr hab. Andrzej Wróbel

Recenzent

Prof. dr hab. Stanisław Biernat

Wydawca

Joanna Dzwonnik

Redaktor prowadzący

Joanna Tchorek

Opracowanie redakcyjne

Katarzyna Szubińska, Violet Design

Projekt okładek serii

Wojtek Janikowski

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2022

ISBN 978-83-8286-384-0

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 728 313 462; e-mail: PL-ksiazki@wolterskluwer.com

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	11
Słowo wstępne do wydania polskiego	I
Wprowadzenie	15

Część pierwsza

Dogmatyka i jej reforma: zagadnienia podstawowe

A. Zadania dogmatyki prawa administracyjnego	17
B. Reformowanie struktury dogmatyki	22
I. Opis stanu rzeczy w szczególnym prawie administracyjnym: „obszary referencyjne”	24
II. Dawne i nowe podejścia metodologiczne	27
1. Tradycyjna „metoda prawnicza”	27
2. Perspektywa aktu prawnego i perspektywa zachowania	31
III. Założenia wstępne i idee wiodące	34
C. Nauka prawa administracyjnego jako nauka sterowania	38
I. Perspektywa nauki sterowania	39
1. Koncepcja analityczna	39
2. Związki i wzajemne oddziaływania	40
II. Uwzględnienie wiedzy pozaprawnej	42
1. Praktyka prawnicza a nauka prawa	42
2. Pojęcia pomostowe	45
III. Nowa rola komparatystyki prawniczej	46
1. Praktyczne zadania dogmatyczne	47

2. Perspektywa problemowa: „wspólne pozyskiwanie wiedzy”	48
--	----

Część druga

Trzy klasyczne obszary tematyczne dogmatyki prawa administracyjnego: źródła prawa, formy prawne, ochrona prawna

Rozdział 1

Nauka o źródłach prawa	55
A. Zadania nauki o źródłach prawa	55
I. Polityczne treści w nauce o źródłach prawa	55
1. Tradycyjne zwężenie perspektywy badawczej	56
2. Analiza krytyczna	56
II. Nauka o źródłach prawa jako „strukturze policentrycznej”	57
1. Różnorodność typów, reżimów i warstw	58
2. Różnorodność rodzajów regulacji i metod konkretyzacji ...	59
3. Monopole prawotwórcze, <i>numerus clausus</i> i nakaz adekwatności – problemy	61
B. Trzy przykładowe kategorie źródeł prawa	63
I. Ustawa parlamentarna jako konieczny filar	63
1. Skutki sterujące różnych typów normowania	64
2. Określoność i otwartość ustawy	66
II. Rosnące znaczenie prawa międzynarodowego dla administracji	69
1. Umowy międzynarodowe	71
2. Ogólne zasady prawa międzynarodowego	74
III. Ogólne zasady prawa jako kategoria obejmująca wiele obszarów	76
1. Znaczenie w prawie niemieckim	76
2. Znaczenie w prawie unijnym	79
3. Funkcje pomocowe ogólnych zasad prawa	83
IV. Dygresja: <i>soft law</i> w prawie administracyjnym	85
1. Formy występujące w praktyce	86
2. O funkcji pojęcia w prawie administracyjnym	88
C. Związki między regulacjami i problemy hierarchii	90
I. Ustawa parlamentarna i prawotwórstwo administracyjne	92

II. Prawo Unii Europejskiej i prawo państw członkowskich	95
1. Pierwszeństwo i wzajemne oddziaływania	96
2. Granice uwspólnotowienia prawa	98

Rozdział 2

Nauka o formach: formy prawne, formy działania

i formy oddziaływania	100
A. Formy prawne: stan obecny i zmiany	103
I. Dywersyfikacje: przykład aktu administracyjnego	104
1. Instrument niezbywalny i możliwy do stosowania w wielu obszarach	104
2. Stabilizacja i elastyczność	106
II. Zmiany perspektywy: przykład aktów normatywnych administracji publicznej	108
1. Akty normatywne jako instrumenty działania administracji	110
2. Akty normatywne administracji publicznej jako źródła prawa administracyjnego	112
B. Formy działania – o dogmatyce działania administracji bez formy prawnej	114
I. Normalność działania administracji bez formy prawnej	115
II. Zarys dogmatyki	117
1. Ogólne warunki ramowe dla zwykłego działania administracji	117
2. Sytuacje szczególnego zagrożenia: „nieformalne działanie administracji”	118
III. Funkcje porządkujące form działania	121
C. Formy oddziaływania: konteksty i wzajemne wpływy	123
I. Formy oddziaływania oraz związki między instrumentami [administracyjnymi]	124
1. Reguły dotyczące związków między instrumentami [administracyjnymi]	125
2. „Uznanie co do opcji”	127
II. Formy oddziaływania w europejskim związku administracyjnym	129
1. Transnarodowe akty administracyjne	131
2. „Zaufanie międzyadministracyjne”	133

Rozdział 3

Ochrona prawna	137
A. Gwarancje ochrony prawnej jako związek oddziaływań	138
I. Nakaz wielowymiarowej skuteczności – spójność ochrony prawnej	139
II. Gwarancje ochrony prawnej w Ustawie Zasadniczej	140
1. Dokonania dostosowawcze art. 19 ust. 4 GG	141
2. Niepewności w ochronie prawnej w przypadkach z kontekstem zagranicznym	143
III. Gwarancje ochrony prawnej w prawie Unii Europejskiej	146
1. Podział odpowiedzialności za ochronę prawną (art. 19 ust. 1 TUE)	148
2. Artykuł 47 KPP jako gwarancja wielowymiarowa	149
3. Przypadek szczególny: ochrona prawna wobec działań faktycznych administracji UE	151
4. Przypadek szczególny: ochrona prawna Unii wobec władczych aktów prawa międzynarodowego	152
IV. Gwarancje ochrony prawnej w prawie międzynarodowym	153
1. Roszczenie o ochronę sądową zgodnie z art. 14 MPPOiP	154
2. Państwa-strony jako podmioty zobowiązane	155
B. Zmiany w parametrach ochrony prawnej	157
I. Ewolucja uprawnień do wniesienia skargi	158
1. Rola prawa podmiotowego	159
2. Nauka o normach ochrony prawnej: osiągnięcia i krytyka	160
3. Indywidualna i ponadindywidualna ochrona prawna: „dobro wspólne w procesie”	163
II. Intensywność kontroli sądowej	168
1. Kryteria prawne i inne „koordynaty normatywne”	168
2. Kontrola wedle kryterium prawa	171
3. Jednolity model struktury kontroli ograniczonej	174
III. Zakres kontroli: kontekst niezgodności z prawem	176
1. Odniesienie do statusu prawnego skarżącego	177
2. Przeniesienie akcentu na wpływ błędu postępowania na skutek działania	178

C. Powiązania sieciowe, konkurujące i komplementarne formy ochrony prawnej	180
I. Ochrona prawna: powiązania sieciowe i formy konkurujące	180
1. Szeroko zakreślony nakaz jasności drogi prawnej	181
2. Krajowe kompetencje kontrolne wobec zagranicznych aktów władczych	183
3. Konkurencje ochrony prawnej oraz „konflikty jurysdykcji”	186
II. Komplementarne formy ochrony	188
1. Ochrona sądowa jako gwarancja standardowa	188
2. Formy komplementarne	189
III. Ochrona prawna w konfliktach opartych na informacji: zarys problemu	193

Część trzecia

Ustrojowe prawo administracyjne – między jednością, różnorodnością a ideą związku

Uwaga wstępna: Wyzwanie, jakie stanowią sieci	197
A. Zadania regulacyjne, modele sterowania i metody	202
I. Polityczny charakter ustrojowego prawa administracyjnego	203
1. Podstawy kształtowania politycznego	203
2. Asymetryczne tworzenie systemu (Otto Mayer)	204
II. Kwestie metodologiczne ustrojowego prawa administracyjnego	206
1. Sterowanie kontekstem i argumentacja prawnicza w prawie ustrojowym	207
2. Szczególne osiągnięcia i granice osiągnięć koncepcji <i>governance</i>	210
B. Związanie zwrotne prawem konstytucyjnym ustrojowego prawa administracyjnego	213
I. Prawo konstytucyjne jako główne medium recepcji	215
II. Kluczowe zagadnienie legitymizacji	217
1. Złożony charakter stawianych kwestii	218
2. Obszar materii: legitymizacja i legitymacja	219

3. Obszar struktury: legitymizacja w związku administracyjnym	224
4. Uwagi szczególne o legitymizacji administracji własnej UE	226
III. Problemy legitymizacyjne agencji	227
1. Agencje administracji własnej UE	227
2. Niezależne agencje w administracjach państw członkowskich	230
3. Ogólne kwestie regulacyjne	234
C. Instytucjonalne i proceduralne komponenty ustrojowego prawa administracyjnego	236
I. Jedność i wielość postaci administracji: refleksje konstytucyjnoprawne	237
1. Ambiwalentne pierwsze wrażenie	237
2. Demokratyczna otwartość	238
II. Europejski związek administracyjny: różnorodność i proceduralna koordynacja działania	239
1. Związek jako schemat analityczny i idea porządkująca	240
2. Proceduralna koordynacja działania w związku administracyjnym	242
3. Prawo proceduralne odnoszące się do ustroju administracji jako perspektywa rozwoju	244
III. Wybór między formami konstrukcyjnymi ustrojowego prawa administracyjnego	247
1. Wolność wyboru formy w ustrojowym prawie administracyjnym oraz jej granice	248
2. Uznanie w dziedzinie ustroju: <i>institutional choice</i>	252
Krótkie uwagi końcowe	255
Literatura	257
Glosariusz	271

WYKAZ SKRÓTÓW

(od redakcji)

1. Akty prawne

BauGB	– Baugesetzbuch z 23.06.1960 r. (niemiecki Kodeks budowlany)
BGB	– Bürgerliches Gesetzbuch z 1896 r. (niemiecki Kodeks cywilny)
BNatSchG	– Bundesnaturschutzgesetz vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2542), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 18. August 2021 (BGBl. I S. 3908) geändert worden ist (federalna ustawa o ochronie przyrody)
EKPC	– Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami Nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem Nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.)
GG	– Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland z 24.05.1949 r. (Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec)
KPP	– Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, uchwalona i podpisana 7.12.2000 r. (Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 389)
LVerfBW	– Verfassung des Landes Baden-Württemberg z 11.11.1953 r. (Konstytucja kraju związkowego Badenia-Wirtembergia)
MPPOiP	– Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19.12.1966 r. (Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167, zał.)
Statut MTS	– Status Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (Dz.U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90 ze zm.)
TEWG	– Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą z 25.03.1957 r.

TFUE	– Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 25.03.1957 r. (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47)
Traktat z Lizbony	– Traktat z Lizbony z 13.12.2007 r. zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz.Urz. UE C 306, s. 1)
TUE	– Traktat o Unii Europejskiej z 7.2.1992 r. (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 13)
TWE	– Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z 25.03.1957 r. (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 321E z 2006 r., s. 37)
VwGO	– Verwaltungsgerichtsordnung z 21.01.1960 r. (niemiecka ustawa o postępowaniu sądowoadministracyjnym)
VwVfG	– Verwaltungsverfahrensgesetz z 25.05.1976 r. (niemiecka ustawa o postępowaniu administracyjnym)
ZPO	– Zivilprozessordnung z 30.01.1877 r. (niemiecki Kodeks postępowania cywilnego)

2. Orzecnictwo, publikatory

BGBL	– Bundesgesetzblatt (Federalny Dziennik Ustaw)
BVerfGE	– Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Orzeczenia Federalnego Trybunału Konstytucyjnego)
BVerfGK	– Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Orzecznictwo Izby Federalnego Trybunału Konstytucyjnego)
BVerwGE	– Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Orzecznictwo Federalnego Sądu Administracyjnego)
Dz.U.	– Dziennik Urzędowy Rzeczypospolitej Polskiej
Dz.Urz. UE/WE	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej / Wspólnot Europejskich
Zb.Orz.	– Zbiór Orzecnictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości

3. Organy orzekające

ETPC	– Europejski Trybunał Praw Człowieka
FSA	– Federalny Sąd Administracyjny (Bundesverwaltungsgericht – BVerwG)

FTK	– Federalny Trybunał Konstytucyjny (Bundesverfassungsgericht – BVerfG)
SPI	– Sąd Pierwszej Instancji
TS	– Trybunał Sprawiedliwości
TSUE	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

4. Piśmiennictwo

- Bonner Kommentar** – W. Kahl, Ch. Waldhoff, Ch. Walter (red.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz* (wydanie luźnokartkowe)
- Erichsen, Ehlers, Verwaltungsrecht** – H.-U. Erichsen, D. Ehlers (red.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin 2010
- Festgabe 50 Jahre** – E. Schmidt-Aßmann, D. Sellner, G. Hirsch (red.), *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, Köln–Berlin–Bonn–München 2003
- Grundlagen** – W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (red.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, t. I, München 2012, t. II, München 2012, t. III, München 2013
- Handbuch der Grundrechte** – D. Merten, H.-J. Papier (red.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, t. VI/1, München 2010, t. VI/2, München 2009
- Handbuch des Staatsrechts** – J. Isensee, P. Kirchhof (red.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. II, München 2004, t. III, München 2005, t. V, München 2007, t. IX, München 2011, t. X, München 2012, t. XI, München 2013
- Ius Publicum Europeum** – A. von Bogdandy, S. Cassese, P.M. Huber (red.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, t. III, Heidelberg 2010, t. IV, Heidelberg 2011, t. V, Heidelberg 2014
- Maunz, Dürig, Grundgesetz Reform** – T. Maunz, G. Dürig, *Grundgesetz. Kommentar* (beck-online)
- *Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts*: t. I, W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, G.F. Schuppert (red.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Baden-Baden 1993; t. II, W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann (red.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, Baden-Baden 1994; t. III, E. Schmidt-Aßmann, W. Hoffmann-Riem (red.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, Baden-Baden 1997; t. VII, W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann (red.), *Verwaltungsrecht*

in der Informationsgesellschaft, Baden-Baden 2000; t. VIII, E. Schmidt-Aßmann, W. Hoffmann-Riem (red.), *Verwaltungskontrolle*, Baden-Baden 2001; t. IX, W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann (red.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, Baden-Baden 2003; t. X, E. Schmidt-Aßmann, W. Hoffmann-Riem (red.), *Methoden Verwaltungsrechtswissenschaft*, Baden-Baden 2004

SŁOWO WSTĘPNE DO WYDANIA POLSKIEGO

Dogmatyka prawa administracyjnego powinna – jak wskazuje Eberhard Schmidt-Aßmann – zapewnić przewidywalność stosowania prawa i jednocześnie kierować niezbędnymi działaniami dostosowawczymi w ramach systemu prawnego. W obu przypadkach służy ona zapewnieniu elementarnych konstytucyjnych wymogów pewności prawnej, skuteczności prawa i racjonalności. Udostępniona obecnie polskiemu Czytelnikowi pozycja koncentruje się na czterech centralnych obszarach prawa administracyjnego: źródłach prawa, formach działania, ochronie prawnej i ustroju administracji publicznej. Z ograniczeń tradycyjnej metody prawa administracyjnego wyprowadzono założenia jego proponowanej reformy.

Wielu współczesnych autorów traktuje dogmatykę prawa administracyjnego jako tę część nauki prawa publicznego, w której możemy mówić o wspólnej kulturze prawnej i tradycjach konstytucyjnych. Dla powodzenia przyszłych wspólnych badań i swobodnego krążenia idei niezbędna jest znajomość pozycji, które są powszechnie uznane za najważniejsze. Tak wysoki stopień recepcji dotyczy przykładowo dzieł klasycznych autorów niemieckich XIX w. Tylko niewielu współczesnych uczonych osiągnęło za życia pozycję powszechnie uznanych autorytetów – takich, których dzieła tłumaczone są niezwłocznie na wiele języków, a ugruntowane przez nich szkoły wpływają na rozwój prawa w różnych krajach. Taką wyjątkową pozycję we współczesnej nauce prawa administracyjnego zajmuje E. Schmidt-Aßmann, co jest – w szczególności – związane ze sformułowaną po latach debat reformatorskich, prowadzonych z jego bliskimi współpracownikami i uczniami, a przedstawioną w tej

książce koncepcją metodologiczną, określaną mianem „Nowej nauki prawa administracyjnego”. O naukowej pozycji Autora świadczą liczne tłumaczenia jego prac, m.in. na język hiszpański, japoński i koreański, a także doktoraty *honoris causa* Uniwersytetu Narodowego im. Kapodistriasa w Atenach, Uniwersytetu w Huelvie i Uniwersytetu La Sapienza w Rzymie.

Przetłumaczona książka ma charakter unikalny na polskim rynku wydawniczym. Stanowi ona aktualną odpowiedź na podstawowe wyzwania dyskursu o państwie prawnym, zwłaszcza w naszym kraju. Praca stanowi tłumaczenie tekstu oryginalnego, który ukazał się nakładem Wydawnictwa Mohr Siebeck z Tybingi w 2013 r. (*Verwaltungsrechtliche Dogmatik. Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben*, ISBN-10: 316152926X).

Książka została przetłumaczona przez zespół składający się z germanistów i prawników – tłumaczkę Małgorzatę Bochwic-Ivanovską oraz zespół naukowy w składzie: dr Ziemowit Cieślík, dr Ilona Czechowska, dr hab. Natalia Kohtamäki, prof. UKSW, prof. dr hab. Irena Lipowicz, prof. dr hab. Andrzej Wróbel. Wydanie książki współfinansowała Fundacja Fritza Thyssena na rzecz Wspierania Nauki z Kolonii, której, podobnie jak Wydawnictwu Wolters Kluwer Polska, należy się nasze szczególne podziękowanie.

Irena Lipowicz

WPROWADZENIE

Dogmatyka to nieustanne dostrajanie tradycyjnych pojęć do nowych ustaleń naukowych i wyzwań, odnoszenie się do tego, co już znane w konfrontacji z argumentami, które nakazują dalszy rozwój¹. Na niwie dogmatyki prawa administracyjnego procesy te realizują się w codziennym stosowaniu prawa przez urzędy i sądy, a także jednak w zakrojonej bardziej długofalowo i perspektywicznie refleksji nauki prawa nad strukturami samej dogmatyki. Refleksja ta przebiega w obszarze wypowiedzi dogmatycznych. Nie sięgałaby ona jednak wystarczająco głęboko, gdyby nie obejmowała także historii prawa i komparatystyki prawniczej. Szczęśliwie, wraz z ukończeniem w 2012 r. wybitnego dzieła Michaela Stolleisa pt. *Geschichte des Öffentlichen Rechts* („Historia prawa publicznego”)² i zainicjowanego przez Armina von Bogdandy’ego, szeroko zakrojonego projektu *Ius Publicum Europaeum*, który zaowocował dotychczas publikacją dwóch tomów³, nastąpił znaczny rozwój właśnie badań nad komparatystyką. Dysponujemy zatem podstawami, z których warto i należy skorzystać. W obszarze wykraczającym poza granice

¹ Podobnie Ch. Engel, *Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition – Das Proprium des Rechts aus der Perspektive des öffentlichen Rechts* [w:] Ch. Engel, W. Schön (red.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, s. 205 (237): dogmatyka jako „instrument permanentnej rekonstrukcji chwilowej pewności na podstawie dotychczas zrozumiane-go”. W odniesieniu do tego, prezentując szerokie rozumienie dogmatyki, D. Grimm, *Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*, s. 69 i n.

² Por. M. Stolleis, *Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland*, t. I, 1988, t. II, 1992, t. III, 1999, t. IV, 2012.

³ Por. A. von Bogdandy, P.M. Huber, S. Cassese (red.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, t. III, 2010 oraz t. IV, 2011. Wydawcy uprzejmie udostępnili mi treść t. V [obecnie (2022 r.) seria liczy dziewięć tomów – przyp. red.; dalej wszelkie dopiski w nawiasach kwadratowych pochodzą od tłumacza oraz redakcji].

krajowego porządku prawnego zadania rozwojowe dogmatyki prawa administracyjnego zarysował niedawno Sabino Cassese⁴.

Poniższe rozważania poświęcone są dogmatyce niemieckiego prawa administracyjnego. Nawiązują one do monografii *Grundlagen des Verwaltungsrechts* („Podstawy prawa administracyjnego”), której nowe wydanie niedawno się ukazało⁵. To wspólne dzieło zostało zainspirowane dziesięcioma konferencjami o reformie prawa administracyjnego, które odbyły się w latach 1991–2003⁶. Po omówieniu pewnych kwestii zasadniczych (część 1) zajmiemy się analizą obecnego stanu dogmatyki w trzech klasycznych dziedzinach, czyli w źródłach prawa, formach prawnych oraz ochronie prawnej (część 2), by – konkludując – zastanowić się nad perspektywami rozwoju prawa ustroju administracji publicznej (część 3). Przedstawione rozważania opierać się będą na konkretnych wynikach badań. W związku z tym cytaty będą oszczędne, często z odwołaniem się jedynie do odpowiednich fragmentów w *Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts* i *Grundlagen*. Podsumowanie stanowić będzie tymczasowy bilans, gdyż reformy prawa administracyjnego nie rozpoczęły się nagle i nie zakończą się także na ich obecnym etapie⁷. Stanowią one trwałe zadanie⁸.

⁴ Por. S. Cassese, *New paths for administrative law: A manifesto*, „International Journal of Constitutional Law” 2012/10, s. 603 i n.

⁵ Por. W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (red.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, t. I i II, 2012 oraz t. III, 2013.

⁶ Książki z serii dalej cyt. jako *Reform*. Zob. wykaz skrótów piśmiennictwa [przypr. red.].

⁷ Por. E. Schmidt-Aßmann, *Die Integration von Reformimpulsen in die Systematik des Verwaltungsrechts* [w:] W. Hoffmann-Riem, *Offene Rechtswissenschaft...*, s. 1011 i n. ze wskazaniem m.in. na W. Brohma, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer” 1972/30, s. 245 i n.

⁸ A. Voßkuhle [w:] *Grundlagen*, t. I, § 1, nb 12 i n.

Część pierwsza

DOGMATYKA I JEJ REFORMA: ZAGADNIENIA PODSTAWOWE

A. Zadania dogmatyki prawa administracyjnego

„Reforma prawa administracyjnego” od samego początku była reformą dogmatyki prawa administracyjnego. Dogmatyka to „sfera operacjonalizacji między tekstem prawa a jego stosowaniem” przez administrację (wykonywanie prawa) i sądy (orzecznictwo)¹. Stanowi strukturę „normatywnych instytucji prawnych i kontekstów znaczeniowych, które są rozwijane na podstawie prawa pozytywnego, ale które nie zależą od treści poszczególnych norm prawnych (*Rechtssätze*)”². W państwie prawa dogmatyka jest zawsze dopełnieniem prawa³, bez niej państwo

¹ Por. M. Eifert, *Zum Verhältnis von Dogmatik und pluralisierter Rechtswissenschaft* [w:] G. Kirchhof, S. Magen, K. Schneider, *Was weiß Dogmatik?*, s. 79 (96). Dalsze definicje w literaturze por. Ch. Waldhoff, *Kritik und Lob der Dogmatik*, [w:] G. Kirchhof, S. Magen, K. Schneider, *Was weiß Dogmatik?*, s. 17 (22 i n.).

² W nawiązaniu do Ch. Möllersa [w:] *Grundlagen*, t. I, § 3, nb 35. Podobnie J.H. Klement, *Verantwortung*, s. 34 i n. o rozróżnieniu między dwoma rodzajami zdań prawnych (*Rechtssätze*): stanowiącymi i konstatuującymi. Dogmatyczne zdania prawne należą do tej drugiej kategorii; „z wypowiedzi normatywnych, należących do pierwszej grupy, tworzą one wypowiedzi ogólne, podlegające konkretyzacji” (s. 39). Relację obu tych grup względem siebie należy „rozumieć jako całkowicie wzajemną” (s. 40).

³ Por. C. Waldhoff [w:] G. Kirchhof, S. Magen, K. Schneider, *Was weiß Dogmatik?*, s. 17 (27).

prawa utraciłoby jeden ze swych najistotniejszych elementów: przejrzystość prawa i racjonalność jego stosowania.

Dogmatyka prawa administracyjnego jest osiągnięciem wspólnym – przede wszystkim judykatury i nauki prawa⁴. Współdziałają one w różny sposób: sądy poprzez konkretne orzeczenia, a nauka poprzez systematyzujące porządkowanie⁵. To, który z tych dwóch elementów wysuwa się na pierwszy plan, a który na drugi, nie zostało z góry określone, lecz zmienia się w różnych okresach i obszarach⁶. Przyjrzyć należy się również powiązaniom między orzecznictwem a nauką⁷. Opierając się na tej podstawie i poruszając się w tychże ramach, nauka prawa jest legitymowana⁸ nie tylko do komentowania wydanych rozstrzygnięć prawnych, ale też do twórczego wkładu. Wynika to z charakteru samego prawa, które jest czymś więcej niż tylko uchwalonym przez parlament

⁴ Nie należy jednak lekceważyć udziału także administracji i ustawodawcy. Trafnie M. Eifert, *Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch*, „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer” 2008/67, s. 286 i n.: „Dogmatyka jako punkt odniesienia wszystkich funkcji i aktorów w systemie prawnym”; podobnie A. Voßkuhle, *Was leistet Rechtsdogmatik?* [w:] G. Kirchhof, S. Magen, K. Schneider, *Was weiß Dogmatik?*, s. 111 (112); M. Jestaedt, *Die deutsche Staatsrechtslehre im europäisierten Rechtswissenschaftsdiskurs*, „Juristen Zeitung” 2012/67(1), s. 1 i n. Z punktu widzenia prawa cywilnego zob. C. Höpfner, *Die systemkonforme Auslegung*, s. 109 (129 i n.).

⁵ Por. E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideo...*, rozdział 1, nb 1 i n. W odniesieniu do prawa cywilnego: W. Ernst, *Gelehrtes Recht – Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechts* [w:] Ch. Engel, W. Schön (red.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, s. 3 (28 i n.).

⁶ Por. H. Schulze-Fielitz, *Das Bundesverwaltungsgericht als Impulsgeber für die Fachliteratur* [w:] *Festgabe 50 Jahre*, s. 1061 (s. 1071), który jednak w mojej opinii nadmiernie wysuwa na pierwszy plan wkład orzecznictwa.

⁷ W zakres nauki wchodzi również publicystyczne artykuły sędziów, w odniesieniu do sądownictwa także dokonania profesorów jako sędziów w sądownictwie konstytucyjnym czy też w wymiarze sprawiedliwości. Współistnienie „dogmatyki profesorów” oraz „dogmatyki sędziów”, jakie możemy zaobserwować w rozwoju francuskiego prawa administracyjnego (por. O. Jouanjan [w:] *Ius Publicum Europaeum*, t. IV, § 69, nb 70), nie występuje w przypadku Niemiec. Na szczególnie problem „analizy naukowej towarzyszącej orzecznictwu” przeprowadzanej przez sędziów wskazuje H. Schulze-Fielitz, *Das Bundesverwaltungsgericht...*, s. 1061 (1083 i n.).

⁸ W tym wbrew opinii O. Lepsiusa, *Kritik der Dogmatik* [w:] G. Kirchhof, S. Magen, K. Schneider, *Was weiß Dogmatik?*, s. 39 (43 i n.) nie zachodzi też autolegitymizacja nauki.

tekstem ustawy. Przepisy i rozstrzygnięcia prawne należy nie tylko zbierać, ale też opracowywać według kryteriów porządkujących, formować w instytucje prawne i wpisywać w większe linie rozwojowe⁹. W tych operacjach myślowych wyraźnie widoczne stają się założenia własnej normatywności¹⁰.

Dogmatyka prawa niekoniecznie musi łączyć swoje wypowiedzi w jeden całościowy system; wymaga jednak choćby punktowych prac systematyzujących. Jej podstawy nie stanowi w żadnym razie pojęcie hermetycznie zamkniętego systemu. Idea systemu dogmatyki prawnej wynika raczej z założenia „generalizującej tendencji sprawiedliwości”¹¹ oraz z dążenia prawa do tego, by zagwarantować swoją własną skuteczność. Hierarchizacja źródeł prawa i wymóg „niesprzeczności prawa” są szczególnie istotnymi środkami do tego celu¹². A jednak tworzenie systemu w nauce prawa nie opiera się na tych postulatach. Działanie systematyzujące pożądane jest także tam, gdzie są aktywne różne podmioty ustanawiające normy, a porządki prawne nakładają się na siebie na skutek różnych procesów stanowienia prawa bez ściśle określonych zasad hierarchii¹³. Również w policentrycznych porządkach prawnych przepisy trzeba analizować i porównywać pod kątem przepracowanych w nich konstelacji interesów, minimalizować konflikty i rozwijać reguły, które służą zestawieniu ze sobą różnych centrów regulacyjnych i określaniu ich wzajemnych relacji. Czy określi się to jako „wypracowanie argumentów analogicznych do struktury” i przeciwstawi pojęciu systemu jako

⁹ Precyzyjny opis tego *modus operandi* i jego trzy etapy zob. M. Jestaedt, *Die deutsche Staatsrechtslehre...*, s. 1 (3): „dekontekstualizacja”, „konsystencjalizacja” oraz „(re)konkretyzacja”.

¹⁰ Por. A. Scherzberg, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht zwischen Praxis und Reflexion – Theoretische Grundlagen der Verwaltungsrechtswissenschaft* [w:] H.-H. Trute, T. Groß, H.Ch. Röhl, Ch. Möllers (red.), *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, s. 837 (855 i n.).

¹¹ Por. C.-W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff...*, s. 12 i n.

¹² Wyczerpująco o niesprzeczności prawa C. Höpfner, *Die systemkonforme Auslegung*, s. 12 i n.

¹³ Dokładniej zob. część druga, rozdział 1, pkt A.II i C. Por. C. Höpfner, *Die systemkonforme Auslegung*, s. 54 i n. Właśnie o systematycznych strukturach europejskiego prawa administracyjnego T. von Danwitz, *Europäisches Verwaltungsrecht*, s. 8 i n.; T. von Danwitz, *Verwaltungsrechtliches System...*, zwłaszcza s. 161 i n.

„hierarchicznej architekturze wiedzy”¹⁴, czy też – jak ja uważam – wprowadzi do szeroko zakrojonego pojęcia systemu, wydaje mi się drugorzędne. Ważne jest to, że obie te operacje myślowe są wykorzystywane do tworzenia dogmatów¹⁵.

Dogmatyka prawa nazywana jest „głównym elementem” nauki prawa; precyzyjniej byłoby określić ją jako „część wspólną obszarów praktycznego stosowania prawa i nauki prawa”¹⁶. Jej najważniejsze funkcje to stabilizacja, odciążanie praktycznego stosowania prawa i wyznaczanie jego kierunku¹⁷. Dogmatyka prawa koncentruje się tym samym głównie na stosowaniu prawa – ustalając sens wydawanych rozstrzygnięć i udostępniając ten sens działalności orzeczniczej w kolejnych sprawach. Ważna jest jednak również dla tworzenia prawa, jego krytyki i dalszego rozwoju, ponieważ umożliwia porównywanie modeli regulacji i w ten sposób ukazuje opcje przyszłych zmian. Dogmatyka prawa jest zatem jednocześnie korzystaniem z systemu i tworzeniem systemu. Można rozumieć ją jako proces wymiany, „jako wspólny format komunikacji między nauką a praktyką prawa”¹⁸ i „w żadnej mierze nie ma jedynie funkcji analitycznej, lecz bywa wysoce kreatywna”¹⁹. Już choćby rozumienie tego aspektu powinno powstrzymywać przed błędnym pojmowaniem dogmatyki jako tworu pozbawionego jakiejkolwiek elastyczności. Dogmatyka prawa jest zachowawcza, o ile w ogóle zadaniem prawa jest stabilizowanie relacji, lecz jednocześnie reaguje na nowe wymagania i wchłania nowe impulsy do myślenia.

¹⁴ Por. Ch. Möllers [w:] *Grundlagen*, t. I, § 3, nb 37. O różnych pojęciach systemu także Ch. Bumke, *Relative Rechtswidrigkeit*, s. 23 i n.

¹⁵ O „poszerzonej perspektywie systemu” mówi słusznie A. Voßkuhle [w:] *Grundlagen*, t. I, § 1, nb 46.

¹⁶ Tak Ch. Möllers [w:] *Grundlagen*, t. I, § 3, nb 35. Obie strony porozumiewają się w dyskursie, „nie ograniczając się z tego powodu do dogmatyki”. Zastrzeżenie to jest istotne, by nie pomijać obszarów i zadań nauki i praktyki, wykraczających poza dogmatykę.

¹⁷ Por. A. Voßkuhle, *Was leistet Rechtsdogmatik? Zusammenführung und Ausblick in 12 Thesen* [w:] G. Kirchhof, S. Magen, K. Schneider, *Was weiß Dogmatik?*, s. 111, nt 3.

¹⁸ Por. M. Jestaedt, *Wissenschaftliches Recht – Rechtsdogmatik als gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis* [w:] G. Kirchhof, S. Magen, K. Schneider, *Was weiß Dogmatik?*, s. 117 i n.

¹⁹ Por. A. von Bogdandy [w:] *Ius Publicum Europaeum*, t. IV, § 57, nb 58. Trafne stwierdzenia na temat znaczenia kreatywności w dogmatyce także w: J.H. Klement, *Verantwortung*, s. 39 i n.

Dogmatyka prawa nie jest jakąś „niemiecką drogą odrębną”²⁰. Wprawdzie rzeczywiście rozwinęła się wyjątkowo w niemieckim porządku prawnym, obecna jest jednak także w innych kontynentalnych porządkach prawnych i znana jest nawet w anglo-amerykańskim kręgu prawa. Nie ma więc ona podstaw, by wątpić we własne możliwości. Historia prawa i komparatystyka prawnicza pokazują, że nauka prawa administracyjnego w innych państwach nierzadko obierała sobie za punkt odniesienia dogmatyczny dorobek niemieckiego myślenia prawnego, podejmowała i samodzielnie formowała na własny sposób²¹. Znaczenie prac dogmatycznych będzie raczej wzrastać w kontekście europejskiego rozwoju, ponieważ właśnie fragmentaryczne prawo Unii Europejskiej nie jest w stanie na dłuższą metę zagwarantować ani przejrzystości, ani akceptacji dla swoich rozwiązań bez dogmatycznego opracowania²². „Stąd też ukierunkowanie dogmatyczne stanowi rozsądny kompromis dla wspólnej nauki o prawie administracyjnym w obszarze prawa europejskiego”²³.

²⁰ Tak również G. Kirchhof, S. Magen, *Rechtliche Notwendigkeit und Grundlage fächerübergreifenden Dialogs; – eine systematisierende Übersicht* [w:] G. Kirchhof, S. Magen, K. Schneider, *Was weiß Dogmatik?*, s. 151 (158); inaczej O. Lepsius, tamże, s. 39 i n. Kto twierdzi inaczej, może wprawdzie znaleźć już w recenzjach Gierkego na temat *Staatsrecht* P. Labanda z 1883 r. (przedruk Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1961, s. 3) pewne sarkastyczne sformułowania dotyczące „ducha niemieckiego i jego typowego doktrynerstwa”, komparatystyka prawna pokazuje jednak, że myślenie dogmatyczne jest głównym rysem historii administracji również w innych częściach Europy. Na ten temat prawno-porównawcze raporty z państw europejskich w: *Ius Publicum Europaeum*, t. IV, § 58–67.

²¹ Por. O. Jouanjan [w:] *Ius Publicum Europaeum*, t. IV, § 69, nb 47 i n.; A. Sandulli, tamże, § 61, nb 14 i n. (Włochy); Edelstam, tamże, § 64, nb 18 i n. (Szwecja).

²² Por. T. von Danwitz, *Verwaltungsrechtliches System...*, s. 187 i n.; T. von Danwitz, *Europäisches Verwaltungsrecht*, s. 9 i n.

²³ Por. A. von Bogdandy [w:] *Ius Publicum Europaeum*, t. IV, § 57, nb 50; też Ch. Schönberger, tamże, § 71, nb 28 oraz rozważania w „kontekście europejskiego rozwoju” w: E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee...*, rozdział 1, nb 64 i n.; M. Ruffert, *Was kann die deutsche Europarechtslehre von der Europa Rechtswissenschaft im europäischen Ausland lernen?* [w:] H. Schulze-Fielitz (red.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, „Die Verwaltung” 2007/40(7), s. 253 (262).

B. Reformowanie struktury dogmatyki

Kompromis, o którym mowa wyżej, wymaga jednak stałego kontrolowania dotychczasowego zasobu dogmatyki i w razie potrzeby jego korekty. Chodzi przy tym – w drodze stałej pracy nad poszczególnymi dogmatami – o strukturę samej dogmatyki. Jakie założenia wstępne ją określają? Na jakie pola i zagadnienia zwraca ona uwagę, jakimi metodami się posługuje oraz jakie są jej cele? Refleksja dotycząca tych pytań jest przede wszystkim ważnym zadaniem nauki²⁴. I tak Stowarzyszenie Niemieckich Wykładowców Prawa Państwowego (*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*) zajęło się tym jako głównym tematem podczas swoich corocznych konferencji, które odbyły się w Ratyzbonie w 1971 r. i we Fryburgu w 2007 r.²⁵ Także dyskusja o reformie prawa administracyjnego oraz „Nowa nauka prawa administracyjnego” stawiają sobie za cel zgłębienie kwestii związanych ze strukturą samej dogmatyki. Również i w tym zakresie kontrola, uzupełnienie i ewentualna korekta kierunku stanowią centralny punkt rozważań.

W odniesieniu do dogmatyki, która musi czynić zadość wymogom myślenia systemowego, działania te nie mogą kończyć się na punktowych zmianach czy uzupełnieniach, ponieważ w systemie, na skutek interwencji w poszczególnych miejscach, przesuwają się również punkty ciężkości całej konstrukcji. Pogląd, że dogmatyka prawa administracyjnego zreformuje się sama, małymi krokami, poprzez praktycznie codzienne rozwijanie prawa, opiera się wprawdzie na słusznym założeniu, nie sięga jednak dostatecznie daleko²⁶. W przypadku kwestii strukturalnych niezbędne są szerzej zakrojony opis stanu rzeczy i bardziej gruntowna

²⁴ Z serii pism habilitacyjnych, które już w tytule wskazują na tę tematykę, zob. R. Schröder, *Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel* oraz M. Pöcker, *Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik*.

²⁵ Zob. *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, z referatami O. Bachofa i W. Brohma, „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer” 1972/30, s. 193 i 245 i n. oraz *Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch*, z referatami I. Appela i M. Eiferta, „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer” 2008/67, s. 226 i n. oraz 286 i n.

²⁶ Trafnie Ch. Engel [w:] Ch. Engel, W. Schön (red.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, s. 205 (229): „Kto po prostu kontynuuje to, co było dobrze uzasadnione

refleksja naukowa. Konieczne są precyzyjne określenie podstawowych założeń dotychczasowej dogmatyki, kryjących się za treścią dogmatów, krytyczne zawężenie perspektywy oraz jasne wskazanie działań, które są niezbędne do dalszego rozwoju. W zadaniu tym zawarte są kontrasty i pewne przerysowania. „W nauce, jak w życiu, postęp nie odbywa się bez jednostronnej przesady w formułowaniu poglądów, które same w sobie są całkiem uprawnione”²⁷. To samo odnosi się też do formuły „od – do”, wykorzystywanej w dyskusji o reformie prawa administracyjnego: jest łatwa do zapamiętania i może sprzyjać kreatywności, ale jest też zbyt obrazowa, by wykluczała nieporozumienia. W każdym razie nie wypowiadano dotychczas żadnego historyczno-teleologicznego poglądu o tym, jakie obszary i formy działania prawa administracyjnego będą w przyszłości jedynie istotne, a jakie przestały już mieć znaczenie²⁸.

Również zjawisko, które poniżej będziemy określać mianem „klasycznej” lub „tradycyjnej” dogmatyki, nie stanowi zamkniętego kanonu twierdzeń, lecz strukturę założeń normatywnych, które w swoich indywidualnych przejawach mają pewne warianty. To samo dotyczy też dogmatyki „Nowej nauki prawa administracyjnego”. Przedwczesne próby harmonizacji tych dwóch – zasadniczo odmiennych od siebie – obszarów nie są jednak planowane. Pokażemy to na przykładzie trzech tematów, którymi zajmować się musiał program reformy prawa administracyjnego, a mianowicie (I) opisu stanu rzeczy w obszarach szczególnego prawa administracyjnego jako „obszarach referencyjnych” dla ogólnego prawa administracyjnego, (II) unaocznienia różnych podejść metodologicznych dawnej i nowej dogmatyki oraz (III) analizy aksjomatów dogmatyki tradycyjnej.

w przeszłości, ten niekoniecznie dostrzega, jak wiele zmieniło się w jego przedmiocie”. Także M. Pöcker, *Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik*, s. 183 i n.

²⁷ O. von Gierke, *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft* (przedruk Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1961), s. 2.

²⁸ Przykłady: „przejścia od imperatywnych do kooperatywnych form interakcji”, „od sterowania programami do sterowania zasobami”. Por. W. Hoffmann-Riem, *Tendenzen der Verwaltungsrechtsentwicklung*, „Die Öffentliche Verwaltung” 1997, s. 433 i n.; tamże jednak wyraźnie określone jako „trendy” i opatrzone następującym dodatkowym komentarzem: „Jak zawsze, gdy opisuje się (tylko) trendy, zasadne jest ograniczenie do meritum sprawy” (s. 434). Odniesienie do tych formuł por. E. Schmidt-Aßmann [w:] W. Hoffmann-Riem, *Offene Rechtswissenschaft...*, s. 1011 (1018 i n.).

I. Opis stanu rzeczy w szczególnym prawie administracyjnym: „obszary referencyjne”

Opis stanu rzeczy rozpoczyna się od materiału normatywnego prawa administracyjnego. Należą do niego przede wszystkim właściwe uregulowania sektorowe, ustawy szczególnego prawa administracyjnego, jak również regulacja podstawowa, z właściwymi przepisami administracyjnymi włącznie. Pojawiają się tu pytania, jakie konstelacje interesów zostały utrwalone w tych aktach prawnych, jakie ustanawiają one stosunki prawne oraz jakie stosuje się formy prawne i procedury. Chodzi przy tym nie tyle o krytykowanie szczegółów, ale o uświadomienie sobie całego bogactwa ustawowych technik regulacji. Ustawodawstwo często jest o wiele bardziej kreatywne, niż oczekiwaliśmy tego od niego teoria. Odnosi się to w szczególności do wpływów prawa europejskiego, które nakazuje uwzględnianie reguł i instytucji prawnych, przejętych z innych porządków prawa administracyjnego w drodze komparatystyki prawniczej.

Drugi główny obszar opisu stanu rzeczy stanowi materiał orzeczniczy. Wyroki sądowe nadają wszelkim dogmatycznym rozważaniom wyrazistości i chronią je przed przedwczesnymi uogólnieniami²⁹. Dla każdego, kto potrafi odczytywać szczególny sposób ujmowania przedmiotu, przyjmowany w orzeczeniach sądowych, orzeczenia te dokumentują w syntetycznej formie kwestie stosowania prawa administracyjnego, ukazując je jako *law in action*. Jako rezultaty „systemowego rozstrzygnięcia na rzecz ochrony praw jednostki” (art. 19 ust. 4 GG) orzeczenia te gromadzą oczekiwania dotyczące ochrony prawnej. W ten sposób są gwarantami niezbywalnej, skupionej na jednostce orientacji prawa administracyjnego w państwie konstytucyjnym³⁰.

²⁹ Por. F. Schoch, *Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Verwaltungsrechtslehre und Staatsrechtslehre* [w:] H. Schulze-Fielitz (red.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, „Die Verwaltung” 2007/40(7), s. 177 (203 i n.). Odnośnie do przewag amerykańskiego prawa administracyjnego zob. O. Lepsius, *Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?* [w:] H. Schulze-Fielitz (red.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, „Die Verwaltung” 2007/40(7), s. 319 i n.

³⁰ O konieczności takiego zorientowania E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideo...*, rozdział 1, nb 27 i n. W kwestii „systemowego rozstrzygnięcia na rzecz ochrony praw jednostki” por. W. Krebs, *Kontrolle in staatlichen...*, s. 59 i n.

Badania materiału obejmującego normy i wyroki, które służą opisowi stanu rzeczy, nie wymagają uwzględnienia całego systemu prawnego, nieodzowne jest jednak poszerzenie obszaru badań i przykładów rozstrzygnięć indywidualnych. W badaniach tych trzeba ująć dziedziny reprezentatywne dla współczesnego działania administracji, a tym samym – świadomie lub nieświadomie – służące jako „obszary referencyjne” dla tworzenia dogmatów³¹. To, co do tego należy, określa się na podstawie różnych kryteriów, np. znaczenia danej dziedziny, częstotliwości stosowania określonego instrumentu, podatności danych interesów na konflikty, ale także innowacyjności danego obszaru. Dla analizy porównawczej związanej z opisem istniejącego stanu rzeczy istotny jest wybór takich obszarów, które pokazują różne typy konstelacji interesów: dwu-, trój- i wielostronne stosunki administracyjnoprawne, modele sterowania osobowego i rzeczowego, sytuacje problemowe o charakterze statycznym i dynamicznym. Dobór i ocena właściwych obszarów referencyjnych wymagają nie tylko umiejętności analitycznych, ale także intuicji. W dyskusji o reformie prawa administracyjnego od samego początku dużą wagę przywiązywano do pracy z obszarami referencyjnymi³². Tego rodzaju działanie stanowi formę specjalnie przygotowanej analizy danego obszaru. Nowsze monografie ukazują na konkretnych przykładach, że tego rodzaju postępowanie jest w dogmatyce owocne³³. Również prawo administracyjne Unii Europejskiej można na tej podstawie przejrzyście rozwijać³⁴.

³¹ Por. E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideo...*, rozdział 1, nb 12 i n. oraz rozdział 3, nb 1 i n.

³² Por. A. Voßkuhle [w:] *Grundlagen*, t. 1, § 1, nb 43 i n.; K.-H. Ladeur, *Die Bedeutung des Allgemeinen Verwaltungsrechts für ein Europäisches Verwaltungsrecht* [w:] H.-H. Trute, T. Groß, H.Ch. Röhl, Ch. Möllers (red.), *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, s. 795 (796 i n.).

³³ Por. T. Siegel, *Entscheidungsfindung...*, s. 48 i n.; F. Wollenschläger, *Verteilungsverfahren*, w szczególności s. 6 i n. oraz 195 i n. W odniesieniu do europejskiego prawa administracyjnego J.P. Terhechte [w:] J.P. Terhechte (red.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, § I, nb 62 i n. Jeśli chodzi o odwrotny sposób konstituowania nowego obszaru szczególnego prawa administracyjnego poprzez kierowanie się wzorcami porządkującymi ogólnego prawa administracyjnego por. Thym, *Migrationsverwaltungsrecht*, s. 45 i n.

³⁴ Na ten temat w znaczącej wypowiedzi J.P. Terhechte: „Centralną tezą niniejszej książki jest to, że europejskie prawo administracyjne w swym rozwoju i w swojej ewentualnej konsolidacji jest równie mocno określone przez swoje obszary referencyjne, jak prawo administracyjne praw członkowskich” – J.P. Terhechte (red.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, § 1, nb 62.

Poprzez obszary referencyjne dogmatyka prawa administracyjnego łączy się w pożądaną sposób także z zadaniami administracji. Okresowo pojawiający się postulat „ukierunkowania systematyki na zadania”³⁵ można wypełnić jedynie wówczas, gdy zredukuje się dystans między zadaniem a prawem w kilku etapach pośrednich³⁶. Również nieco już starsza nauka o typach administracji kierowała się tym założeniem³⁷. Nauka o obszarach referencyjnych zaczyna się od określania typowych zadań administracji poprzez opis i analizę obszarów szczególnego prawa administracyjnego, gdyż są to te obszary prawa, które prawnie nadają formę poszczególnym zadaniom administracji oraz wyposażają je w procedury i instrumenty umożliwiające realizację zadania zgodnie z dotychczasowym doświadczeniem. Wyroki sądowe, typowe dla danego obszaru, wskazują na dysharmonię i rozbieżność w wykonywaniu prawa. Na tej podstawie można wywnioskować, jakie instrumenty, układy i ustalenia okazują się skuteczne (lub nie) dla wykonania konkretnego zadania administracyjnego. Jest to sposób pozyskania dogmatycznego wglądu przynajmniej na „poziomie średnim”, a ewentualnie nawet na poziomie ogólnego prawa administracyjnego – w zmodyfikowany kształt form prawnych oraz postępowania administracyjnego.

Reasumując, już sam opis stanu rzeczy, ów pierwszy stopień reformy, okazał się przedsięwzięciem wymagającym, lecz koniecznym. Ma on prowadzić do tego, by ogólne prawo administracyjne dostosowało swój tradycyjny arsenał form do nowych elementów regulacji, dla których istnieją już wzorce w poszczególnych obszarach części szczególnej prawa administracyjnego, by w ten sposób – dzięki nowym lub odpowiednio rozwiniętym formom i procedurom – móc reagować w razie pojawienia się porównywalnych problemów także w innych obszarach sektorowej regulacji prawa administracyjnego³⁸.

³⁵ Tak znacząco np. P. Badura, *Verwaltungsrecht im liberalen...*, s. 20 i n. Por. odniesienia do podobnych postulatów sięgających XIX w. w: H. Mohnhaupt, *Vorstufen der Wissenschaften von „Verwaltung“ und „Verwaltungsrecht“ an der Universität Göttingen (1750–1830)*, „Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte” 1989/1, s. 73.

³⁶ Podobnie R. Wahl [w:] *Reform*, t. I, s. 177 (w szczególności 209 i n.).

³⁷ O tym E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidea...*, rozdział 3, nb 98 i n.

³⁸ Por. N. Wiesinger, *Innovation im Verwaltungsrecht durch Internationalisierung. Eine rechtsvergleichende Studie am Beispiel der Aarhus-Konvention*.

II. Dawne i nowe podejścia metodologiczne

Pytania o metodę pojawiają się w odniesieniu do prawa administracyjnego przede wszystkim w dwóch kontekstach³⁹: są to kwestie stosowania prawa i kwestie nauki prawa. Stosowanie prawa należy rozumieć przy tym nie tylko jako wykonywanie ustaw w poszczególnych orzeczeniach, ale również jako twórcze rozstrzygnięcia administracji oraz planowanie i stanowienie norm przez administrację. W takim zakresie, w jakim nauka prawa i stosowanie prawa odnajdą się i połączą w dogmatyce, pojawią się szczególnie interesujące punkty styczne: kształtowanie pojęć i systemu, które powinno stanowić podstawę dogmatyki, oraz kwestia uwzględniania rezultatów poznawczych innych dziedzin naukowych. „Za pytaniem o metodę naukową prawa administracyjnego kryją się więc ostatecznie dwa związane ze sobą zagadnienia. Jedno odnosi się do zmiany w metodzie pracy dogmatycznej; drugie do przekształceń w podejściu do dyscyplin naukowych, które nie korzystają z metody dogmatycznej”⁴⁰.

1. Tradycyjna „metoda prawnicza”

Tradycyjną dogmatykę utożsamia się na ogół z „metodą prawniczą” (*Juristische Methode*)⁴¹. Odnosi się ona do programu badawczego, który w Niemczech łączy się z nazwiskami Carla Friedricha von Gerbera oraz Paula Labanda⁴², i który jednocześnie znalazł uznanie i przyjął się także w innych krajach europejskich⁴³. W metodzie prawniczej chodzi

³⁹ W sposób usystematyzowany, o poniższym Ch. Möllers [w:] *Grundlagen*, t. 1, § 3, nb 18 i n.; I. Augsberg [w:] J.P. Terhechte (red.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, § 4.

⁴⁰ Ch. Bumke [w:] *Reform*, t. X, s. 73 (78); por. także M. Pöcker, *Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik*, s. 65 i n.

⁴¹ Por. I. Appel [Dritter Beratungsgegenstand: Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch], „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer” 2008/67, s. 226 (236 i n.); A. Voßkuhle [w:] *Grundlagen*, t. I, § 1, nb 2 i n.

⁴² Por. M. Stolleis, *Geschichte...*, t. II, s. 322 (330 i n.); W. Pauly [w:] *Ius Publicum Europaeum*, t. II, 2008, § 27, nb 7 i n.; na temat relacji obu por. C. Kremer, *Die Willensmacht des Staates...*, s. 41 i n. oraz 289 i n.

⁴³ Por. A. von Bogdandy [w:] *Ius Publicum Europaeum*, t. II, § 39, nb 14 i n.