

INSTYTUCJA MILCZĄCEGO ZAŁATWIENIA SPRAWY PRZEZ ADMINISTRACJĘ PUBLICZNĄ

Joanna Wegner



Wolters Kluwer

INSTYTUCJA MILCZĄCEGO ZAŁATWIENIA SPRAWY PRZEZ ADMINISTRACJĘ PUBLICZNĄ

Joanna Wegner

SERIA **MONOGRAFIE**

Stan prawny na 1 października 2020 r.

Recenzent

Dr hab. Piotr Dobosz, prof. UJ

Wydawca

Izabella Małecka

Redaktor prowadzący

Livia Śpiewak

Opracowanie redakcyjne

Trzy kropki Joanna Maż

Projekt okładek serii

Wojtek Kwiecień-Janikowski, Przemek Dębowski

prawolubni[♥]

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

Szanujemy prawo i własność

Więcej na www.legalnakultura.pl

Polska Izba Książki

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2021

ISBN 978-83-8187-910-1

ISSN 1897-4392

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 22 535 82 19

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Wyrażam wdzięczność za nieocenione wsparcie,
które otrzymałam od moich Przyjaciół
podczas pracy nad niniejszą książką.
Szczególnie dziękuję za wszelkie słowa krytyki, bo to one
stanowiły najbogatsze źródło inspiracji w – będących
esencją pracy naukowej – poszukiwaniach.

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	11
Wstęp	15
Rozdział 1	
Ekspansja instytucji milczącego załatwienia sprawy przez organ administracji.....	23
1.1. Krystalizowanie się idei dorozumianego aktu administracyjnego (konstrukcji fikcji prawnej rozstrzygnięcia)	23
1.2. Konkurencyjność i komplementarność dwóch podstawowych odmian milczenia administracji jako formy załatwienia sprawy	60
1.3. Instytucja milczącego załatwienia sprawy jako remedium na dysfunkcje współczesnej administracji?	79
1.4. W poszukiwaniu zintegrowanej formuły milczącego załatwienia sprawy przez administrację.....	85
Rozdział 2	
Mechanizm milczącego załatwienia sprawy	97
2.1. Prawne aspekty milczącego załatwienia sprawy – ujęcie modelowe.....	97
2.2. Układ podmiotowy milczącego załatwienia sprawy	102
2.3. Przedmiot milczącego załatwienia sprawy	116
2.4. Milczenie w trybie współdziałania organów administracji.....	134
2.5. Umocowanie do milczącego załatwienia sprawy	140

2.6. Przesłanki milczącego załatwienia sprawy	146
2.7. Termin milczącego załatwienia sprawy	154
2.8. Skutki prawne milczenia	161
2.9. Koncepcja pozorności milczenia	167
2.10. Udokumentowanie milczącego załatwienia sprawy	174

Rozdział 3

Czynności postępowania w sprawach załatwianych

milcząco	189
3.1. Kodeksowe i autonomiczne (szczególne) reżimy milczącego załatwienia sprawy	189
3.1.1. Charakter odrębności proceduralnych ustanowionych w przepisach szczególnych	189
3.1.2. Ocena przyczyn i skali odrębności proceduralnych i potrzeba ich utrzymywania	195
3.2. Fazy postępowania poprzedzającego milczące załatwienie sprawy	203
3.2.1. Wniesienie podania	203
3.2.2. Faza instrukcyjna	207
3.2.3. Zakończenie postępowania	220

Rozdział 4

Problem gwarancji proceduralnych w sprawach

załatwianych milcząco	233
4.1. Dostęp do postępowania w sprawach załatwianych milcząco	233
4.2. Gwarancje proceduralne w toku postępowania	239
4.3. Milczące załatwienie sprawy a prawo do odwołania	245
4.4. Podważenie milczącego załatwienia w ramach administracyjnych postępowań nadzwyczajnych	255
4.5. Sądowa kontrola milczenia	268

Rozdział 5

Odpowiedzialność administracji publicznej

i jej funkcjonariuszy w sprawach załatwianych milcząco	277
5.1. Odpowiedzialność za bezprawność w sprawach objętych reżimem milczącego załatwienia sprawy	277

5.1.1. Odpowiedzialność cywilna.....	277
5.1.2. Odpowiedzialność karna.....	294
5.1.3. Odpowiedzialność porządkowa i dyscyplinarna.....	299
5.1.4. Problem nadzoru nad prowadzeniem spraw.....	302
5.2. Odpowiedzialność za zgodne z prawem zachowania	304
Zakończenie	309
Summary	323
Bibliografia.....	341

WYKAZ SKRÓTÓW

Źródła prawa

dyrektywa 2005/36/WE	– dyrektywa 2005/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7.09.2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych (Dz.Urz. UE L 255, s. 22)
dyrektywa 2006/123/WE	– dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/123/WE z 12.12.2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym (Dz.Urz. UE L 376, s. 36)
EKPC	– europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 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.)
EKDA	– Europejski Kodeks Dobrej Administracji (Kodeks Dobrej Praktyki Administracyjnej) przyjęty przez Parlament Europejski 6.09.2001 r. (Dz.Urz. UE C 285 z 2011 r., s. 3)
k.c.	– ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm.)
k.k.	– ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1444)
Konstytucja RP	– ustawa z 2.04.1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)
k.p.a.	– ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 256 ze zm.)
k.p.c.	– ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 1575)
KPP	– Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 303, s. 1)

o.p.	– ustawa z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2020 r. poz. 1325 ze zm.)
p.o.ś.	– ustawa z 27.04.2001 r. – Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2020 r. poz. 1219 ze zm.)
p.p.	– ustawa z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2019 r. poz. 1292 ze zm.)
p.p.s.a.	– ustawa z 30.08.2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2019 r. poz. 2325 ze zm.)
pr. bud.	– ustawa z 7.07.1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2020 r. poz. 1333 ze zm.)
pr. wod.	– ustawa z 20.07.2017 r. – Prawo wodne (Dz.U. z 2020 r. poz. 310 ze zm.)
p.w.p.p.	– ustawa z 6.03.2018 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo przedsiębiorców oraz inne ustawy dotyczące działalności gospodarczej (Dz.U. poz. 650)
r.p.a.	– rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 22.03.1928 r. o postępowaniu administracyjnym (Dz.U. Nr 36, poz. 341 ze zm.)
TFUE	– Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) (Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47)
u.p.z.p.	– ustawa z 27.03.2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. z 2020 r. poz. 293 ze zm.)
u.s.d.g.	– ustawa z 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2017 r. poz. 2168 ze zm.) – nie obowiązuje
VwVfG	– Verwaltungsverfahrensgesetz – niemiecka ustawa z 25.05.1976 r. o postępowaniu administracyjnym (BGBl. I 1976, s. 1253 ze zm.)

Organy i instytucje

NSA	– Naczelny Sąd Administracyjny
SA	– sąd apelacyjny
SN	– Sąd Najwyższy
TK	– Trybunał Konstytucyjny
TS	– Trybunał Sprawiedliwości
TSUE	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
WSA	– wojewódzki sąd administracyjny

Publikatory i czasopisma

BGBI I, Bundesgesetzblatt	–	dziennik urzędowy Republiki Federalnej Niemiec
BOE, Boletín Oficial del Estado	–	dziennik urzędowy Królestwa Hiszpanii
G.U., Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana	–	dziennik rządowy Republiki Włoch
JORE, Journal Officiel de la République Française	–	dziennik rządowy Republiki Francuskiej
ONSAiWSA	–	Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego i wojewódzkich sądów administracyjnych
OSNC	–	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
OSNC-ZD	–	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna; Zbiór Dodatkowy
OSNKW	–	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Woj- skowa
OSNPG	–	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Wydawnictwo Prokuratury Generalnej
OSNwSK	–	Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Kar- nych
OSP	–	Orzecznictwo Sądów Polskich
OSPika	–	Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażo- wych
OTK	–	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
OTK-A	–	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego – Seria A
PiP	–	Państwo i Prawo
PPP	–	Przegląd Prawa Publicznego
SPE	–	Studia Prawno-Ekonomiczne
ZNSA	–	Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego

WSTĘP

(...) not speaking and speaking are both human ways of being in the world, and there are kinds and grades of each. (...) the silence of listening to another speak, catching the drift and helping him be clear; the noisy silence of resentment and self-recrimination, loud with subvocal speech but sullen to say it; baffled silence; the silence of peaceful accord with other persons or communion with the cosmos.

(P. Goodman, *Speaking and Language: Defence of Poetry*, Nowy Jork 1971, s. 15)

Cisza, brak dźwięków kojarzyć się może rozmaicie, towarzyszy bowiem człowiekowi w różnych sytuacjach, relacjonowanych od wieków w literaturze. Poszukiwanie w ciszy leśnej źródła tak powszechnej dziś potrzeby odpoczynku, barwnie opisane niegdyś przez W. Goethego, to tylko jeden z tego przykładów¹. To jednak nie tego rodzaju bodźce

¹ „Cisza w wyżynie, „Über allen Gipfeln

Ze szczytów drzew Ist Ruh,

Żaden nie płynie In allen Wipfeln

Ku tobie wiew; Spürest du

Wśród sennej mgły Kaum einen Hauch;

Ptactwo w gęstwinie przycichło. Die Vögelein schweigen im Walde.

Zaczekaj, rychło Warte nur, balde

Spoczniesz i ty”. Ruhest du auch”.

J.W. Goethe, *Ein Gleiches (Wandrer's Nachtlid II)* [w:] J.W. Goethe, *Goethes Werke*, Stuttgart-Tübingen 1827, s. 7; Toż samo w przekładzie M.G. Karskiego, J.W. Goethe, *Poezje wybrane*, Wrocław 1968; zob. na ten temat G. Igliński, *Odsłony zmęczenia i spoczynku. Nocna pieśń wędrowca Johanna Wolfganga Goethego, Michaila Lermontowa i Jarosława*

zewewnętrzne, ale milczenie będące przejawem świadomego zachowania człowieka wzbudza najwięcej zainteresowania nauki, stanowi bowiem podstawowe narzędzie komunikacji społecznej. Milczenie – jak opisał to W. Heinemann – może być wymowne, buntownicze, sprytne, nienaruszone; bywa też milczenie ludzi zdesperowanych i zgorzkniałych². Fundamentalną cechą ludzkiego milczenia w systemach społecznych dobrze ujął P. Goodman, dostrzegając jego komplementarność w stosunku do wyraźnego formułowania myśli i potrzebę przeciwstawiania sobie tych form dla najpełniejszego ich zrozumienia (*For human beings silence and speaking are complementary and are best understood together, as limits of each other or contrasted, as I have been contrasting them*)³. W naukach społecznych podkreśla się równoważny innym formom aktywnej komunikacji udział milczenia w tworzeniu łańcuchów znaczeń (*chains of communication*) i sytuowania jednostek w społeczeństwie⁴. Milczenie stanowić może także reakcję zbiorową, społeczną, zwykle ocenianą negatywnie, czego przykładem jest opisane w literaturze niemieckiej zjawisko milczenia komunikacyjnego (*communicative silence, kommunikativen Beschweigen*), oznaczające koniunkturalny brak sprzeciwu wobec

Marka Rymkiewicza, Wiek XIX. Rocznik Towarzystwa Literackiego im. Adama Mickiewicza, rok VIII (L)2015, s. 467 i n.

Ukojenia w ciszy poszukiwał też inny klasyk – W. Blake w utworze „Noc” (*Night*), opublikowanym w 1789 r. zbiorze „Pieśni o niewinności i doświadczenia” (*Songs of Innocence and Experience*):

„Krań słońca na zachodzie zgasł, „*The sun descending in the west,*
ale wieczorna płonie gwiazda; *The evening star does shine;*
ucichły ptaki w swoich gniazdach *The birds are silent in their nest.*
i na mnie – szukać łoża – czas. *And I must seek for mine.*
Księżyc kwiatem płynie *The moon, like a flower*
po niebios wyżynie, *In heaven's high bower,*
w rozkosznej bezmocy *With silent delight*
uśmiecha się nocy... (...)” *Sits and smiles on the night... (...)*”

W. Blake, *The Complete Poems*, Londyn 2004, s. 112 – w przekładzie J. Czechowicza, J. Czechowicz, *Pisma zebrane*, t. 6, *Przekłady*, Lublin 2011; zob. też D. Pachocki, *Tłumacz – rywal poety. O przekładach Józefa Czechowicza*, „Ruch Literacki” 2011/6, s. 617.

² W. Heinemann, *Das Schweigen als linguistisches Phänomen* [w:] «... wortlos der Sprache mächtig» *Schweigen und Sprechen in der Literatur und sprachlicher Kommunikation*, red. H. Eggert, J. Golec, Stuttgart-Weimar 1999, s. 301.

³ P. Goodman, *Speaking and Language...*, s. 16.

⁴ R.P. Clair, *Organizing Silence. A World of Possibilities*, Nowy Jork 1998, s. 40–41.

moralnie naganego zachowania ludzkiego⁵. W pokrewnej socjologii lingwistyce zwrócono uwagę na powszechność milczenia w komunikacji; wspomniany W. Heinemann określił ją jako odpowiednik mowy (*Das Schweigen ist allgegenwärtig in jeglicher Kommunikation. Es ist ein Pendant zum Reden*), zwracając uwagę na złożoność wskazanej relacji. Wcześniej siłę tej zależności dostrzegł U. Schmitz, gdy pisał, że nie ma mowy bez milczenia ani milczenia bez mowy (*Es gibt kein Sprechen ohne Schweigen, kein Schweigen ohne Sprechen*)⁶. Komunikacyjną funkcję milczenia akcentuje się także w lingwistyce rodzimej⁷.

Milcząco kreowane są również te relacje społeczne, które regulowane są przepisami prawa. Ustalenie przebiegu granicy pomiędzy milczeniem w znaczeniu potocznym a milczeniem kwalifikowanym, prawnie relewantnym, jest skomplikowane. Kiedy więc mamy do czynienia z milczeniem w rozumieniu zwyczajnego braku działania ludzkiego, a więc bezczynności, a kiedy stan ten wywołuje skutek prawny? Podjęcie próby uchwycenia istoty milczenia funkcjonującego w prawie administracyjnym stanowiło zasadniczy cel badawczy niniejszej książki. Przyczynkiem do jej napisania było włączenie w 2017 r. do polskiego Kodeksu postępowania administracyjnego przepisów poświęconych tej instytucji. W polskiej literaturze bezczynności i milczącemu załatwieniu sprawy poświęcono już wiele opracowań. Z tych monograficznych należy wymienić przede wszystkim książkę P. Dobosza, która jednak powstała na kilka lat przed wspomnianą nowelizacją Kodeksu i z oczywistych przyczyn nie odnosi się do problemów związanych z omawianą regulacją, a także przedwojenne opracowanie J.S. Langroda⁸. Niektóre problemy kodeksowego milczącego załatwienia sprawy zostały omówione w przygotowanej w 2019 r. publikacji zbiorowej⁹. Ustalenia w niej

⁵ H. Brunkhorst, S. Müller-Doohm [w:] *The Habermas Handbook. New Directions in Critical Theory*, red. H. Brunkhorst, R. Kreide, C. Lafont, Nowy Jork 2017, s. 4–5.

⁶ W. Heinemann, *Das Schweigen...*

⁷ P. Dobosz, *Milczenie i bezczynność w prawie administracyjnym*, Kraków 2011, s. 61–62.

⁸ P. Dobosz, *Milczenie...*; J.S. Langrod, O tzw. *milczeniu władzy*, „Gazeta Administracji” 1938/20–21 i 1939/1–6 i 1939/9–12.

⁹ *Milczące załatwienie sprawy przez organ administracji publicznej*, red. Z. Kmiecik, M. Gajda-Durlik, Warszawa 2019.

zawarte nie mają jednak charakteru całościowego, koncentrowały się bowiem na analizie wybranych problemów związanych z milczącym załatwieniem sprawy.

Jak się okazuje, milczenie stanowi popularny i znany od dawna mechanizm kształtowania stosunków prawa prywatnego. Obserwacja ta skłoniła do postawienia pytania o to, kiedy, w jakich okolicznościach ta charakterystyczna dla prawa cywilnego instytucja została przeniesiona na płaszczyznę prawa administracyjnego i co było tego przyczyną? Jakie właściwości milczenia przesądziły o jego przydatności w dziedzinie prawa administracyjnego? Oparta na zasadzie legalizmu działalność aparatu publicznego wymaga zachowania prawem przewidzianej formy i dlatego wydawało się interesujące zbadanie tego, w jaki sposób wolne od formalizmu milczenie zaadaptowało się w sferze prawa administracyjnego.

Odwołując się do komparatystyki prawniczej, a także wykorzystując metody historyczną i dogmatyczną, starałam się w pierwszej kolejności wskazać źródła milczącego załatwienia sprawy i zwrotne w jego rozwoju momenty. W tym celu analizie poddane zostały te porządki europejskie, w których milczące załatwienie sprawy zrodziło się i ukształtowało jako dojrzała instytucja procesowa, a więc hiszpański, włoski i francuski. Wypracowana w warunkach prawa romańskiego instytucja milczenia przeniknęła poza nie, upowszechniając się między innymi w państwach sukcesji monarchii austro-węgierskiej czy w Niemczech. Zjawisko to zdaje się dowodzić tego, że milczenie stanowi instytucję uniwersalną, a zarazem elastyczną, bo poddającą się niezbędnym, wynikającym ze specyfiki poszczególnych systemów modyfikacjom. Warto było zastanowić się nad tym, czy mamy do czynienia wciąż z jedną instytucją prawną czy też wieloma, choć korzystającymi z tej samej nazwy.

Metoda porównawcza służyła również do wyodrębnienia cech konstrukcyjnych milczenia i identyfikacji pewnych ogólnych przesłanek, które muszą być spełnione, by sprawa została w ten sposób załatwiona. Ich wskazanie musiało być poprzedzone określeniem właściwego dla milczenia mechanizmu działania prawa, a więc ustaleniem tego, w jaki sposób dochodzi do załatwienia sprawy. Czy prawo działa tu bezpośrednio, czy też mamy do czynienia z jakąś postacią aktu stosowania

prawa? Widoczna już na pierwszy rzut oka zależność pomiędzy formami decyzji administracyjnej i milczenia skłania do zastanowienia się nad charakterem tej relacji. W szczególności warte rozważenia wydawało się to, czy w każdym przypadku niewydanie takiej decyzji bezwzględnie uwalnia skutek milczącego załatwienia sprawy, czy też muszą jeszcze zostać spełnione jakieś warunki dodatkowe.

Włączenie do polskiego Kodeksu postępowania administracyjnego przepisów o milczącym załatwieniu sprawy spowodowało podjęcie rozważań na temat przyjętych w tej regulacji rozwiązań na tle dorobku tych systemów, w których milczenie funkcjonuje od lat. Przyzwyczajonemu do czerpania z tradycji austriackiej polskiemu ustawodawcy z trudem przychodzi posługiwanie się instytucjami wykształconymi w obcych naszej kulturze prawnej warunkach. Odwoływanie się przy konstruowaniu dedykowanych milczeniu przepisów do utrwalonych u nas rozwiązań okazuje się zawodne. Warto więc zadać pytanie o to, z jakich wzorów korzystał ustawodawca rodzimy, przygotowując przepisy rozdziału 8a działu II Kodeksu postępowania administracyjnego. Skoro milczenie oceniono jako przydatne w załatwianiu spraw przez administrację także w Polsce, zasadne było zaczerpnięcie z dorobku orzecznictwa i doktryny tych porządków prawnych, dla których stanowi ono dobrze znaną, utrwaloną od lat instytucję. Czy w tym przypadku tak właśnie się stało? Czy pośpiech w konstruowaniu przepisów ramowych o milczącym załatwieniu sprawy nie obniżył ich jakości?

Wraz z wejściem w życie kodeksowej regulacji milczącego załatwienia sprawy nie nastąpiło uchylenie przepisów odrębnych normujących wskazaną formę zakończenia postępowania. Ten stan rzeczy przywołuje na myśl pytanie o zachodzące pomiędzy tymi reżimami relacje, w szczególności o zakres zastosowania przepisów Kodeksu. Jak należy rozumieć zamieszczone w art. 122a § 1 k.p.a. sformułowanie „przepis szczególnie”? Jakie przyjąć kryteria dla ustalenia katalogu objętych tym przepisem norm odniesienia?

Ocenie poddałam również wyrażany niekiedy w piśmiennictwie rodzimym pogląd, zakładający, że do milczenia dochodzi bez uprzedniego wszczęcia i przeprowadzenia postępowania administracyjnego. Według

utrwalonego w orzecznictwie sądów administracyjnych stanowiska do wszczęcia postępowania dochodzi dopiero wraz z wydaniem, zamiast milczenia, decyzji administracyjnej. Stanowisko to budzi zasadnicze wątpliwości już choćby dlatego, że przepisy o milczeniu zamieszczono w dziale II Kodeksu, regulującym przecież tok postępowania administracyjnego oraz zaliczenie w art. 1 pkt 1 k.p.a. milczenia do form załatwienia sprawy indywidualnej, co zresztą w doktrynie postulowano¹⁰.

To, że ustawodawca nie wprowadził odrębnych środków prawnych przeciwko milczeniu, skłoniło do postawienia pytania o zaskarżalność tego sposobu załatwienia sprawy. Starałam się zweryfikować formułowany przez niektórych przedstawicieli nauki prawa pogląd o dopuszczalności wniesienia w takiej sytuacji odwołania, a w dalszej kolejności – uruchomienia sądowej kontroli. Zagadnienie to wiąże się ściśle z tym, jak rozumiemy mechanizm działania prawa w reżimie milczącego załatwienia sprawy. Rozstrzygnięcie tej, kluczowej dla uchwycenia sensu milczenia, kwestii determinuje także zakres posługiwania się trybami nadzwyczajnymi w sprawach załatwianych milcząco. Już przecież zawarte w art. 122g k.p.a. zastrzeżenie o odpowiednim stosowaniu poświadczonych im przepisów sugeruje, że o automatyzmie nie może tu być mowy. Nasuwa się w związku z tym pytanie o to, czy nasz ustawodawca zapewnił jednostce, której sprawa została milcząco załatwiona, dostateczne środki dla ochrony jej praw. Jaką rolę dla „trwałości” milczenia odgrywa jego udokumentowanie w formach adnotacji i ewentualnie sporządzonego w postaci postanowienia zaświadczenia?

Wątpliwości w tym zakresie wywołały także pytania o podstawy i zakres odpowiedzialności administracji w przypadku związanego z milczącym załatwieniem sprawy naruszenia prawa. Czy, a raczej w jaki sposób, możemy tu poszukiwać przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej, gwarantowanej przecież przez art. 77 ust. 1 Konstytucji RP? Czy doprowadzenie do milczącego załatwienia sprawy z naruszeniem prawa może wyczerpywać znamiona czynu zabronionego? Jak kształtuje się odpowiedzialność urzędnicza z tego tytułu?

¹⁰ P. Dobosz, *Milczenie...*, s. 86.

Problematyka milczącego załatwienia sprawy jest złożona, budzi wiele pytań na płaszczyźnie teoretycznej i w praktyce. Milczenie jawi się jako instytucja prosta w formie, ale wyrafinowana co do konstrukcji. Trudność w jej zrozumieniu kryje się, jak sądzę, w posługiwaniu się nieprzystającymi do niej, właściwymi decyzji administracyjnej i utrwalonymi u nas przez lata, ustaleniami. Uchwycenie sensu milczenia wymaga spojrzenia na załatwienie sprawy z zupełnie innej perspektywy, uwzględniającej doświadczenia państw obcych. Wiele problemów milczącego załatwienia sprawy przez organ administracji, nad którymi w tej chwili zastanawiamy się w Polsce, orzecznictwo i nauka tych państw dawno już rozwiązały. Czas wyciągnąć z tego właściwe wnioski.

Rozdział 1

EKSPANSJA INSTYTUCJI MILCZĄCEGO ZAŁATWIENIA SPRAWY PRZEZ ORGAN ADMINISTRACJI

1.1. Krystalizowanie się idei dorozumianego aktu administracyjnego (konstrukcji fikcji prawnej rozstrzygnięcia)

Milczące załatwienie sprawy należy do tych instytucji prawnych, które, ujawniając swój uniwersalny wymiar, wykorzystywane są w różnych systemach. Nie jest ono konstrukcją jednorodną, a wykształcenie poszczególnych jej odmian wynika nie tylko z uwarunkowań danego porządku prawnego, ale także celów, którym w danym przypadku ma ona służyć. Dość powszechnie przyjmuje się, że milczące załatwienie sprawy – eliminując bezczynność administracji – należy do instytucji realizujących prawo jednostki do dobrej administracji, choć – jak wyjaśniono dalej – problematyka celów milczenia jest o wiele bardziej złożona. Najogólniej rzecz ujmując, polega ona na załatwieniu sprawy indywidualnej na skutek upływu określonego terminu na wydanie decyzji bądź też bez potrzeby wyczerpania takiego terminu; jego sens nie wyczerpuje się w usuwaniu ryzyka bezczynności administracji.

W ustawodawstwach, w których instytucja ta upowszechniła się, nazywana jest ona aktem dorozumianym¹, aktem fikcyjnym (*acta ficta*)² czy też prawdziwym milczeniem (*faux silcences*) skutkującym przeobrażeniem milczenia w decyzję (*la transformation du silence en décision*)³. Pojęcie domniemanego aktu silniej kojarzy się z rozstrzygnięciem o prawach lub obowiązkach niż nazwy: milczenie czy milczące załatwienie sprawy, na co zwrócił uwagę hiszpański Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 14.04.2014 r. W motywach tego orzeczenia dostrzeżono, że posługiwanie się przez ustawodawcę, w nieobowiązującej już ustawie z 1992 r., pojęciem domniemanego aktu w zakresie milczenia negatywnego składania do wniosku, że mamy w tym przypadku do czynienia z merytorycznym, odmownym załatwieniem sprawy. Tymczasem konstrukcji milczenia negatywnego trudno jest – jak zaznaczono – przypisać skutki materialne⁴. W niniejszej pracy sformułowania „milczące załatwienie sprawy” oraz „milczenie” traktuję jako synonimiczne⁵.

Milczące załatwienie sprawy przez organ administracji uważane jest powszechnie za wytwór nowożytnego prawa rzymskiego, choć niektórzy upatrują jego korzeni jeszcze w prawie rzymskim, wywodząc je z paremii *qui tacet, consentire videtur, sed tamen verum est, eum non negare* (kto milczy, wydaje się zgadzać, ale to prawda, bo nie zaprzecza temu, co słyszy). Pojawienie się tej instytucji w poszczególnych syste-

¹ Tak w szczególności określano milczenie w orzecznictwie francuskiej Rady Stanu, wypracowanym na gruncie przepisów ustawy z 17.07.1900 r., zob. np. wyrok nr 16173 z 7.08.1905 r.; M. Deguerge, *Le silence de l'Administration en droit administratif français*, „Les Cahiers de droit” 2015/56/3–4, s. 396.

² Tak np. w art. 28 obowiązującej w Hondurasie ustawy o postępowaniu administracyjnym, *Ley de procedimiento administrativo*, Decreto numero 152-87, opublikowany w Diario Oficial La Gaceta nr 25391 z 1.12.1987 r. czy w przepisach § 4.1.3.3. holenderskiej ustawy o ogólnym postępowaniu administracyjnym z 2.04.1994 r. (*Positieve fictieve beschikking*).

³ C. Broyelle, *Le silence de l'administration en droit administratif français* [w:] *Silenzio e procedimento amministrativo in Europa: Una comparazione tra diverse esperienze*, red. V. Parisio, Mediolan 2006, s. 4–8.

⁴ Pojęciem domniemanego aktu (*acto presunto*) ustawodawca hiszpański posługiwał się w przepisach ustawy z 1992 r. W wyniku nowelizacji z 1999 r. zrezygnowano z tego określenia, poprzestając na terminologii milczenia (*silencio*).

⁵ Na posługiwanie się pojęciem „milczenie” w odniesieniu do milczącego załatwienia sprawy zwrócił uwagę P. Dobosz, *Milczenie...*, s. 53.

mach prawnych kojarzyć można z tzw. drugim okresem recepcji prawa rzymskiego, przypadającym na wiek XIX. Badacze prawa rzymskiego zwracają uwagę na to, że ówczesni pandektyści wypracowali „szereg konstrukcji teoretycznych i praktycznych ważnych dla dzisiejszej nauki prawa cywilnego”⁶.

Milczenie jako wywierający skutek substytut pewnego działania kojarzyć się może ze znaną od lat prawu cywilnemu konstrukcją dorozumianego oświadczenia woli, na co zdaje się zwracać uwagę B. Adamiak, gdy odwołuje się do kształtującego charakteru formułowanego w reżimie milczenia żądania⁷. Rzadko przełamywana, właściwa dla sfery stosunków prawa prywatnego zasada braku formalizmu zakłada, że oświadczenie woli może być złożone w dowolny sposób, poprzez każde zachowanie, które dostatecznie ujawnia zamiar jego autora. Do takiego wniosku prowadzi analiza art. 60 i art. 65 § 1 i 2 k.c. Drugi z tych przepisów precyzuje, iż na treść oświadczenia woli składa się nie tylko jego celowe zachowanie, ale ponadto całokształt okoliczności, w których ono zostało złożone, a także zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W odniesieniu do tych spośród oświadczeń woli, które stanowią część umów, badać ponadto należy w pierwszej kolejności zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Pierwowzoru tego uregulowania poszukiwać można w unormowaniach Kodeksu Napoleona⁸. Według przepisów tego aktu wyjątki od wskazanej wolności

⁶ W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 2014, s. 3, zob. też P. Furmanek, *Recepcja prawa rzymskiego – średniowiecze i czasy nowożytne*, „Studenckie Zeszyty Naukowe” 2001/4/6, s. 46–54; na romański rodowód milczenia zwracał uwagę J.S. Langrod, *O tzw. milczeniu władzy. Ciąg dalszy*, „Gazeta Administracji” 1939/5, s. 239 i podana tam literatura.

⁷ B. Adamiak [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 647.

⁸ Chodzi o zamieszczony w dziale III „O skutkach zobowiązań” oddziale I „Urządzenia ogólne” art. 1135: „Umowa obowiązuje nie tylko do tego, co w niej wyrażone, ale też jeszcze i do wszystkich następujących wypadków, które słuszność, zwyczaj, albo prawo, nadaie zobowiązaniu podług jego natury”, znajdujące się w oddziale V „O tłumaczeniu umów” art. 1156: „Potrzeba poszukiwać w umowach więcej tego, iaki był zamiar stron kontraktujących, aniżeli zatrzymywać się nad literalnym znaczeniem wyrazów” i art. 1160: „Dopełnić potrzeba zwyczajnych zastrzeżeń w kontrakcie, chociażby wyrażonemi nie były”.

od formy oświadczenia woli wynikać musiały z jednoznacznych przepisów prawa⁹. Współczesnym tego przykładem jest choćby art. 158 k.c., przewidujący dla zbycia nieruchomości formę notarialną zapewniającą nie tylko wysoki poziom formalizmu dokonywanej czynności prawnej, ale i jej wyraźnie i precyzyjnie wysłowioną w tekście aktu treść.

Scharakteryzowana tu swoboda wyrażania woli obejmuje również bierność jednostki, a więc i jej milczenie, przy czym w nauce podkreśla się, że jako takie samoistnie wyrażać ono niczyjej woli nie może¹⁰. Do wywołania takiego skutku konieczne jest, by nabrało ono cech milczenia kwalifikowanego. To zaś ziszczyć się może wówczas, gdy milczenie występuje w sytuacji określonej przez przepisy prawa bądź wypracowanej w orzecznictwie – z reguły w odpowiedzi na prawnie definiowane oświadczenie innego podmiotu, albo gdy tego rodzaju sposób porozumiewania się przyjęty jest w danych stosunkach gospodarczych, nawet tylko w relacjach dwustronnych¹¹. Uregulowania zrównujące milczenie ze złożeniem określonego oświadczenia woli obowiązują np. w Niemczech czy Szwajcarii¹²; podobne reguły panujące w porządku francuskim

⁹ Przykład stanowił odnoszący się do instytucji pełnomocnictwa art. 1985 zdanie drugie: „Przyjęcie przez pełnomocnika może być niewyraźne i wynikać z wykonania tego, co mu zlecił pełnomocnik dający”, regulujący poręczenie art. 2015: „Zaręczenie domniemywanem nie bywa; powinno być wyraźne, i nie można go rozciągać nad granice, w jakich było zawarte”, dotyczący kwestii zrzeczenia się przedawnienia art. 2221: „Zrzeczenie się przedawnienia wyraźne jest, lub niewyraźne: zrzeczenie się niewyraźne wpływa z czynu, który daie poznać odstąpienie od prawa nabytego”, normujący przyjęcie spadku art. 778: „Przyjęcie może być wyraźne, lub niewyraźne: spadku, zobowiązanie solidarne”, czy dotyczący instytucji solidarności art. 1202: „Solidarność domniemywaną nie bywa, trzeba, aby wyraźnie ułożoną była”. Warto dodać, że konstrukcje te przetrwały w zasadniczo niezmiennym kształcie do dziś.

¹⁰ Zob. np. A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2012, s. 309; G. Wolak, *Milczenie jako dorozumiane złożenie oświadczenia woli. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2017 r., I CSK 203/16*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2017/2 (21), s. 267.

¹¹ M.A. Zachariasiewicz, *Procedura zawierania umów według znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, Warszawa 2004, s. 954; M. Wojewoda [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, red. P. Księżak, M. Pyziak-Szafnicka, LEX 2014, komentarz do art. 68².

¹² § 362 niemieckiego Kodeksu handlowego – ustawa z 10.05.1897 r., *Handelsgesetzbuch*, <https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/BjNR002190897.html> przewiduje, że kontrahent zgodził się na propozycję transakcji pochodzącą od kontrahenta, z którym

czy brytyjskim stanowią dzieło judykatury¹³. Funkcjonują one także w relacjach transgranicznych, na podstawie art. 18 ust. 1 Konwencji Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów (konwencji wiedeńskiej)¹⁴. W polskim prawie prywatnym analogiczne rozwiązania były zamieszczone w Kodeksie zobowiązań (art. 68)¹⁵, Kodeksie handlowym (art. 526)¹⁶, art. 400 pierwotnego tekstu Kodeksu cywilnego¹⁷. Konstrukcja ta, po przemianach ustrojowych, została przeniesiona do art. 386 k.c.¹⁸, a następnie po nowelizacji tego

pozostaje on w stałych stosunkach, jeżeli bezzwłocznie nie udzielił odpowiedzi: *Geht einem Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von jemand zu, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, so ist er verpflichtet, unverzüglich zu antworten; sein Schweigen gilt als Annahme des Antrags.*

¹³ M. Dróżdż, *Zawarcie umowy w drodze oferty na podstawie Konwencji Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów*, Warszawa 2016, s. 160–164.

¹⁴ Dz.U. z 1997 r. Nr 45, poz. 286. Oświadczenie lub inne postępowanie adresata, wyrażające jego zgodę na ofertę, stanowi jej przyjęcie. Milczenie lub brak działania same w sobie nie stanowią przyjęcia oferty, zob. M. Dróżdż, *Zawarcie umowy w drodze oferty na podstawie Konwencji Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów*, Warszawa 2016, rozdział 5 § 6.

¹⁵ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.10.1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. Nr 82, poz. 598 ze zm.), przepis ten nosił brzmienie: „Jeżeli czyniący ofertę żąda niezwłocznego wykonania umowy, albo jeżeli zgodnie z treścią oferty lub zwyczajem zawiadomienie o przyjęciu jest niepotrzebne, umowę uważa się za zawartą, skoro druga strona w czasie właściwym przystąpi do jej wykonania”.

¹⁶ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.06.1934 r. – Kodeks handlowy (Dz.U. Nr 57, poz. 502 ze zm.), przepis ten nosił brzmienie: „Jeżeli kupiec, którego przedsiębiorstwo obejmuje załatwianie cudzych interesów, otrzyma ofertę do załatwienia takiego interesu od osoby, z którą pozostaje w stałych stosunkach handlowych, obowiązany jest do bezzwłocznej odpowiedzi; jego milczenie uważa się za przyjęcie oferty”.

¹⁷ „Jeżeli jednostka gospodarki uspołecznionej zobowiązana do zawarcia umowy nie odpowiada na złożoną jej ofertę, jej milczenie uważa się za przyjęcie oferty. W wypadku takim umowę poczytuje się za zawartą z upływem czternastu dni od otrzymania oferty”.

¹⁸ W art. 1 pkt 58 ustawy z 28.07.1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 55, poz. 321) uchylono przepis art. 400 k.c., zaś mocą punktu 57 wprowadzono nowe brzmienie art. 386 k.c.: „Jeżeli osoba prowadząca działalność gospodarczą otrzyma ofertę zawarcia umowy w ramach swej działalności od osoby, z którą pozostaje w stałych stosunkach, brak odpowiedzi uważa się za przyjęcie oferty”. W uchwale Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 5.02.1992 r., III CZP 154/91, „Wokanda” 1992/5, s. 4, przyjęto, że przepis

aktu – do art. 68² k.c.¹⁹. Cechą wspólną tych uregulowań jest określenie skutku pewnych zachowań albo bierności pomimo braku wyraźnego oświadczenia woli jego autora. Mamy więc do czynienia z pewnego rodzaju fikcją prawną, a więc konstrukcją mającą swój rodowód jeszcze w prawie rzymskim, a wykorzystywaną dla ochrony uznanych za istotne wartości, takich jak dobro, słuszność i humanizm (*bonum, aequitas, humanitas*)²⁰.

Wywołanie przez milczenie skutku wyrażenia woli wymaga upływu pewnego czasu, liczonego od określonego zdarzenia, stanowiącego impuls do stosownej nań reakcji. Od sytuacji i kategorii stosunku prawnego, z jakim mamy do czynienia, zależy długość odcinka czasu, w jakim wola może zostać wyrażona. Obiektywny w rzeczywistości czynnik czasu determinuje regulację rozmaitych stosunków prawnych. Czas ograniczać może realizację określonych uprawnień ustawowych, np. z tytułu rękojmi za wady, bądź umownych, np. z tytułu umownego prawa pierwokupu, uwalniać od odpowiedzialności karnej. Stanowi on jednak także faktor służący obliczaniu określonych uprawnień, wyznaczanych jednostkami czasu, np. urlopu pracowniczego, zasiłku chorobowego czy wakacji szkolnych. Nie ma takiej gałęzi prawa, w której brakowałoby tego rodzaju odniesień²¹. Upływ czasu wywoływać może rozmaite skutki, zarówno w sferze procesowej, jak i uprawnień bądź obowiązków z zakresu prawa materialnego, czego doskonałą ilu-

ten „nie wyklucza możliwości przyjęcia w innych także sytuacjach, że milczenie adresata oferty wyraża jego wolę przyjęcia tej oferty; w sytuacjach nie objętych tym przepisem zaniechanie milczenia adresata oferty podlega ocenie na podstawie art. 60 k.c.”.

¹⁹ Dokonanej art. 1 pkt 11 ustawy z 14.02.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 49, poz. 408), przepis ten nosił następującą treść: „Jeżeli przedsiębiorca otrzymał od osoby, z którą pozostaje w stałych stosunkach gospodarczych, ofertę zawarcia umowy w ramach swej działalności, brak niezwłocznej odpowiedzi poczytuje się za przyjęcie oferty”.

²⁰ W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo...*, s. 20–22; wyrok NSA z 12.05.2000 r., III SA 957/99, OSP 2001/9, poz. 131.

²¹ Zob. na przykład poświęcone prawu karnemu i administracyjnemu monografie: *Czas i jego znaczenie w prawie karnym*, red. J. Warylewski, Gdańsk 2010; *Czas w prawie administracyjnym*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2011; zob. też A. Wasilewski, *Upływ czasu jako zdarzenie prawne w prawie administracyjnym*, PiP 1966/1, s. 57 i n.

stracą jest instytucja przedawnienia²². Niezmienny i jednokierunkowy bieg czasu nie tylko musi być przez ustawodawcę brany pod uwagę, ale może mu także służyć do regulowania niektórych stosunków prawnych, upraszczania obrotu. Czas staje się więc instrumentem w rękach ustawodawcy, który potrzebę złożenia wyraźnego oświadczenia woli dla wywołania określonego skutku prawnego zastępuje odpowiednio długim milczeniem adresata.

Choć, jak akcentuje – nie bez racji – P. Dobosz, milczenie cywilistyczne i to, które obserwujemy w dziedzinie prawa administracyjnego, posiadają wspólne jądro znaczeniowe ujawniające się w ukształtowaniu skutków materialnoprawnych w wyniku milczenia (braku działania) określonego podmiotu, właściwy prawu prywatnemu sposób składania i wykładni oświadczeń woli nie poddaje się prostemu przełożeniu na grunt prawa publicznego, a jedynie *mutatis mutandis*, a to z uwagi na dwa argumenty²³.

Pierwszy z nich, który podniósł już wiele lat temu J.S. Langrod, odwołuje się do niemożności poszukiwania u władczo działającej administracji „woli rzeczywistej”. Zwracał on uwagę, że pomiędzy procesami myślowymi strony stosunku regulowanego prawem prywatnym a organu administracji zachodzą „ważkie różnice: i w przyczynie, i w celu, i w trybie motorycznym, i w zakresie autonomii woli, i odnośnie wpływu poszczególnych etapów tych procesów na ważność przejawu woli, i wreszcie o ile chodzi o stosowanie niektórych domniemań”²⁴. Kwestia ta nie uszła uwadze analizującego te relacje H. de Walla, który zaakcentował potrzebę obowiązywania podstawy prawnej dla zastąpienia milczenia jednostki bądź organu w sferze stosunków publicznoprawnych. Podzielam wątpliwości tego autora co do możliwości posługiwania się

²² Na ten temat zob. M. Wincenciak, *Przedawnienie w polskim prawie administracyjnym*, Warszawa 2019 i W. Piątek, *Przedawnienie w prawie administracyjnym*, Warszawa 2018.

²³ P. Dobosz, *Milczenie...*, s. 63.

²⁴ J.S. Langrod, O tzw. *milczeniu władzy. Ciąg dalszy*, „Gazeta Administracji” 1938/20, s. 1273.

w stosunku do wynikających z obowiązku ustawowego działań organu cywilistycznymi metodami wykładni oświadczeń woli²⁵.

Autor ten podkreślał, że: „Znaczenie «milczenia» władzy podlega wykładni różnorodnej, nie liczącej się zgola ani z wysnutym z okoliczności wnioskiem o kierunku woli, ani w ogóle z czynnikami rzeczywistej woli podmiotu działającego, a natomiast tkwiącej genetycznie we względach natury oportunistycznej, w celowości społecznej, w momentach dobra publicznego i techniki administrowania”²⁶. Dodać należy, że zdecydowanie przeciwny posługiwaniu się „na terenie prawa administracyjnego” analogią cywilistycznej instytucji oświadczenia woli w odniesieniu do zachowania organu i milcząco wykreowanego skutku załatwienia sprawy J.S. Langrod akcentował jednocześnie potrzebę przejściowego, bo do momentu „zdobycia prawa obywatelstwa” własnych instytucji, korzystania przez prawo administracyjne z konstrukcji właściwych prawu cywilnemu²⁷. W jego ocenie, posłużenie się konstrukcją milczenia „podyktowane jest li tylko oportunistem ustawodawcy, opartym na ustaleniu pewnej przeciętnej, zaobserwowanej w przeważającej liczbie wypadków praktycznych; i tutaj wreszcie charakter fikcji ustawowej uwidacznia się także w tym, że na przykład wady oświadczenia woli (tj. błąd itp.) nie mogą wywierać żadnego wpływu na tłumaczenie milczenia strony²⁸.

Drugi argument przeciwko posługiwaniu się w prawie administracyjnym analogią odnoszącą się do oświadczeń woli wywieść można z tej cechy czynności administracji, którą jest ich formalizm. O ile, jako nurt teorii i filozofii prawa doczekał się on wielu opracowań w nauce światowej, o tyle formalizmowi postępowania administracyjnego po-

²⁵ H. de Wall, *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht*, Tübingen 1999, s. 123–124.

²⁶ J.S. Langrod, *O tzw. milczeniu władzy. Ciąg dalszy*, „Gazeta Administracji” 1939/2, s. 88.

²⁷ J.S. Langrod, *O tzw. milczeniu...*

²⁸ J.S. Langrod, *O tzw. milczeniu władzy. Ciąg dalszy*, „Gazeta Administracji” 1939/3, s. 169.

święcono mniej uwagi²⁹. Spójną koncepcję formalizmu odnoszącego się do decyzji administracyjnej zaprezentowano w literaturze francuskiej i orzecznictwie Rady Stanu. Wyróżniono katalog wymagań formalnych, których spełnienie przesądza o ważności aktu, nazywając je istotnymi, materialnymi (*formalités substantielles*), oraz zbiór formalności o charakterze nieistotnym (*formalités non substantielles*), zwanych też akcesoryjnymi (*accessoires*), których naruszenie samo w sobie do takiego skutku nie prowadzi. Cech materialnych nie można przypisywać takim „formalnościom”, które nie noszą znamion gwarancyjnych dla ochrony praw jednostki³⁰. W odróżnieniu od sfery prawa prywatnego, w której panuje zasada „to co nie jest zakazane, jest dozwolone”, działania związanej zasadą legalizmu administracji wymagają wyraźnej podstawy w przepisach prawa. Uprawnione tutaj jest tylko takie zachowanie, które pozostaje nie tylko w granicach, ale i na podstawie przepisu prawa.

Wymagania te relatywizuje się jednak pod względem możliwości bądź racjonalności ich zachowania. Idea formalności niemożliwych (*théorie des formalités impossibles*) wyraża – jak przyjęła Rada Konstytucyjna – zasadę, iż nikt nie może być zobowiązany do niemożliwego (*la théorie dite de la „formalité impossible”, comme une application du principe selon lequel „à l'impossible nul n'est tenu”*)³¹. Z kolei formalności niepotrzebne, zbędne (*formalités impossibles inutiles*) to takie, których pominięcie nie wywoła żadnego skutku dla prawidłowości wydanego aktu, z uwagi na ich zbędność w konkretnej sprawie³². Przykład stanowić może pominięcie dopuszczalnych w sprawie pertraktacji ugodowych, w sytuacji, gdy stanowisko stron wskazuje, iż nie mają zamiaru polubownie zakończyć postępowania.

²⁹ J. Wegner-Kowalska, *Między formalizmem a niezawisłością sędziowską (rozważania na tle koncepcji nowej metodologii pracy sędziego Edmunda Waltera Thomasa)*, „Gdańskie Studia Prawnicze. Przegląd Orzecznictwa” 2015/4, s. 131–155.

³⁰ Wyrok Rady Stanu z 27.07.1984 r., nr 39728, *Publié au recueil Lebon* 2/6 SSR; J.M. Auby, M. Fromont, *Les recours juridictionnels contre les actes administratifs spécialement économiques dans le droit des États membres de la Communauté économique, européenne Rapport Final*, Bruksela 1971, s. 31; Z. Kmiecik, *Odwołania w postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 2011, s. 162–163 i podana tam literatura.

³¹ Wyrok Rady Konstytucyjnej z 4.06.1998 r., JORF nr 152 z 3.07.1998 r., s. 10149.

³² M. Cotelie, *Droit administratif, appliqué aux travaux public, ou traité théorique et pratique de législation et de jurisprudence*, Paryż 1839, s. 102.

Opisaną tu właściwość prawa administracyjnego i wydawanych przez administrację aktów doskonale uchwyciła francuska Rada Stanu w wyroku z 28.01.1977 r.³³, akcentując, że różnice pomiędzy prawem cywilnym i publicznym wykluczają automatyczne przenoszenie odformalizowanych instytucji właściwych temu pierwszemu reżimowi do systemu tego drugiego³⁴. W odróżnieniu od oświadczeń wyrażanych swobodnie w sferze prawa prywatnego, z natury rzeczy podlegających interpretacji na podstawie szerokiego katalogu okoliczności, kreowana w drodze aktu stosowania prawa norma indywidualno-konkretna spełniać musi niezbędny poziom formalizmu oraz precyzji. Wykładnia, wyjaśnienie treści decyzji odbywa się także na podstawie ściśle określonych reguł procesowych.

Daje się więc zaobserwować, że wyodrębnieniu prawa administracyjnego wobec pierwotnego w stosunku do niego prawa cywilnego towarzyszyło obciążenie działań administracji wysokim poziomem formalizmu, realizowanym przede wszystkim przez zasadę pisemności³⁵. Poddanie administracji prawu zobligowało ją między innymi do pisemnego formułowania kierowanych do jednostek decyzji. Daje się jednak zauważyć, że zaostrzone wymagania formalne stwarzać mogą przeszkody w szybkim i efektywnym załatwianiu rozlicznych, powierzonych administracji spraw. Usuwaniu tych barier sprzyjać ma korzystanie z odformalizowanych konstrukcji cywilistycznych. Ustalenia historyczne świadczące o długim już okresie rozwoju milczenia prowadzą do konkluzji, że prawo administracyjne nadal korzysta z dorobku prawa cywilnego, co skądinąd utwierdza nas w przekonaniu o konwencjonalności podziału prawa na gałęzie. O prawidłowości tego spostrzeżenia świadczyć mogą uwagi H. de Walla, weryfikujące oczekiwanie O. von Mayera o zdecydo-

³³ 99449 N° 304802, zob. też wyrok Rady Stanu z 28.12.2009 r., N° 304802.

³⁴ *Le formalisme du droit administratif, et tout spécialement le caractère absolu des règles de compétence des autorités administratives, font obstacle à ce que votre jurisprudence puisse retenir des nuances de cette nature (...) la théorie du mandat apparent, utilisée par les civilistes pour protéger les droits des tiers, ne saurait être transposée dans le droit des marchés publics, lequel est dominé par un formalisme inconnu du droit civil ou commercial.*

³⁵ O procesie wyłaniania się gałęzi prawa administracyjnego z prawa cywilnego zob. O. von Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht. I*, Lipsk 1985, s. 20 i n.

wanym odłączeniu się prawa administracyjnego od prawa cywilnego³⁶. Ten ostatni autor opowiadał się za potrzebą wypracowania przez naukę prawa administracyjnego instytucji autonomicznych – w procesie walki z przeszłością państwa policyjnego (*Die Verwaltungsrechtswissenschaft ist aber eine junge Wissenschaft ganz im Gegensatze zur Civilrechtswissenschaft (...). Ihre Rechtsinstitute kann sie nur herausarbeiten in beständigem Kampfe mit einem großen Gegner: das ist unsere eigene Vergangenheit, die Rechtsanschauung des Polizeistaates*)³⁷. Za jednolitością systemu prawnego i trudnością wskazania przekonujących, poza ekonomicznym, kryteriów podziału prawa na prywatne i publiczne, dzieląc *notabene* stanowisko zajmowane w tej kwestii przez L. Duguity, F. Weyera czy H. Kelsena, opowiadał się w naszej literaturze niegdyś W. Jaworski³⁸.

Autor ten pisał: „Jeżeli więc chcemy w prawie poczynić pewne rozróżnienia, jeżeli prawo chcemy podzielić na pewne rodzaje, to przeprowadzić moglibyśmy albo w dziedzinie sytuacji faktycznych, albo w dziedzinie przymusu. Jest rzeczą uznaną, że w dziedzinie faktów nie da się przeprowadzić tego rozróżnienia. Ale i w dziedzinie przymusu (sądy a inne władze) podział na prawo prywatne i publiczne nie da się skutecznie zadowalniająco, raz wraz bowiem przełamuje go pozytywne ustawodawstwo, a wskutek tego «teorię» czyni niemożliwą. Wreszcie podział tradycyjny wedle *utilitas* nie jest prawniczym, bo wprowadza pierwiastek wartości. Z tych powodów teoria prawa nie może uznać podziału prawa na prywatne i publiczne. Powiedzielibyśmy: «czysta» teoria prawa, gdybyśmy się nie obawiali, że ktoś uwierzy, iż może być jakaś inna teoria, jak tylko czysta»³⁹. Autor ten dostrzegał jednocześnie użyteczność praktyczną takich podziałów, podobnie zresztą jak J.S. Langrod, który jego źródeł upatrywał w sferze faktów, rzeczywistości ustrojowej, po-

³⁶ H. de Wall, *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht*, Tübingen 1999, s. 15.

³⁷ O. von Mayer, *Deutsches...*, s. 104–119.

³⁸ H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, New Jersey 2005, s. 281–284; L. Duguit, *Law in the Modern State*, Woking–London 1921, s. 49–50, 244 i n.; C. Martyniak, *Moc obowiązująca prawa a teoria Kelsena*, Lublin 1938, s. 26–27 i podana tam literatura.

³⁹ W. Jaworski, *Nauka prawa administracyjnego: zagadnienia ogólne*, Warszawa 1924, s. 196.

dyktowanej z kolei zasadą podziału władz⁴⁰. Z kolei F. Longchamps de Bérrier zwracał uwagę na wzajemne przenikanie się wskazanych dziedzin, nazywając to zjawisko „stapianiem się” elementów obu działów⁴¹.

Zjawisko pozyskiwania przez prawo administracyjne konstrukcji cywilistycznych determinować musi zakres przydatnych metod posługiwania się nimi. Mające bardziej uniwersalny walor instytucje wymagają wysublimowanych, złożonych technik wykładni statuujących je przepisów. Traktowanie tego rodzaju „transcendentnych” instytucji w sposób autonomiczny skazane jest, jak sądzę, na niepowodzenie. Prawo administracyjne nie opiera się wpływom także innych dziedzin, należących do sfery prawa publicznego. Już dawno temu w nauce dostrzeżono, że normy prawa administracyjnego wykazują pod pewnymi względami podobieństwo do norm przedmiotowego prawa karnego, skoro odnoszą się one także do nakładania obowiązków, w tym – sankcji⁴². A zatem rozwój prawa administracyjnego dokonywał się pod wpływem rozmaitych, płynących z różnych stron impulsów, niekiedy drogą zapożyczeń i adaptacji.

Nie bez racji zwrócono w piśmiennictwie uwagę na to, że instytucja milczenia nie może podlegać prostemu recypowaniu na płaszczyznę prawa publicznego, a to dlatego że w tej sferze obowiązuje nakaz rozpatrzenia sprawy indywidualnej, a jakakolwiek beczynność nie może być premiowana⁴³. Niekiedy jednak potrzeba realizacji przez ustawodawcę określonych celów uzasadnia wyręczenie administracji pozostającej

⁴⁰ J.S. Langrod, *Instytucje prawa administracyjnego. Zarys części ogólnej*. Reprint, Kraków 2003, s. 55–56 i podana tam literatura.

⁴¹ F. Longchamps de Bérrier, *Problemy pogranicza prawa administracyjnego*, „Studia Prawnicze” 1967/16, reprint [w:] Franciszek Longchamps de Bérrier. *Pisma wybrane z lat 1934–1970*, red. Z. Kmiecik, Warszawa 2019, s. 339.

⁴² J. Filipek, *Prawo administracyjne. Instytucje ogólne*, cz. 1, Kraków 1995, s. 33–38; J. Borkowski, *Normy materialne i formalne a pojęcie procedury administracyjnej*, SPE 1982/28, s. 34; Z. Kmiecik, *Glosa do wyroku NSA z 18 stycznia 1988 r., sygn. akt III SA 964/87*, OSP/5–6, poz. 251.

⁴³ M. Pilar Galindo Morell, *El régimen del silencio administrativo*, Estudio QDL, 17. Junio de 2008, s. 21; treść wspomnianej maksymy znalazła się w Księdze 50. Digestów Justyniana, tytuł XVII, fragment 142; J. Broscheit, *Rechtswirkungen von Genehmigungsfiktionen im Öffentlichen Recht*, Berlin 2015, s. 23.

w opóźnieniu w wykonaniu spoczywającego na niej obowiązku podjęcia aktu stosowania prawa, bądź – jak wyjaśniono dalej – dzieje się tak nawet pomimo braku naruszenia terminu wydania decyzji. Charakteru tej instytucji nie determinują nadawane jej, wymienione wcześniej, różne nazwy ani wykorzystywane techniki legislacyjne; dowodzą jedynie trudności językowych i metodologicznych, przed którymi stanęła teoria i praktyka prawa w recypowaniu milczenia do dziedziny prawa publicznego. W istocie, w każdym przypadku chodzi o to samo – o coś, czego materialnie nie ma, o zaprzeczenie istnienia pewnego przyjmującego tradycyjną formę bytu – aktu stosowania prawa i wywoływanie w ten sposób skutków prawnych. Ta niewysłowiona forma, w dużym uproszczeniu nazywana aktem dorozumianym nie stanowi przecież decyzji stosowania prawa, skoro norma prawna działa w tym przypadku bezpośrednio, o czym dalej.

Współczesne funkcjonowanie administracji, poza kryterium legalności, poddane jest również trudno uchwytnemu paradygmatowi efektywności. Jego niekwestionowane, rosnące znaczenie, związane z multiplikacją zadań administracji i wywołanym tym wysokim poziomem jej obciążenia, wymusiło poszukiwanie alternatyw w stosunku do tradycyjnie pojmowanego postępowania jurysdykcyjnego i wieńczącego je aktu stosowania prawa. Należą doń upowszechniające się w wielu systemach zastępujące decyzję administracyjną formy konsensualne, a także instytucje sprzyjające polubownemu załatwianiu sporów w administracji, zwłaszcza mediacja. Problematyki tej nie rozwijam, bowiem stała się już przedmiotem innych opracowań doktrynalnych⁴⁴. Zaliczane do tych rozwiązań milczące załatwienie sprawy, rozumiane jako usankcjonowany

⁴⁴ Zob. Z. Kmiecik, *Mediacja i koncyliacja w prawie administracyjnym*, Kraków 2004; Z. Kmiecik, *Trybunały administracyjne w Kanadzie*, PiP 2012/11, s. 67; I.M. Conradsen, M. Gotze, *Administrative Appeals and ADR in Danish Administrative Law* [w:] *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, red. D.C. Dragos, B. Neamtu, Heidelberg–Nowy Jork–Dordrecht–Londyn 2014, s. 173; K.J. de Graaf, A.T. Marseille, H.D. Tolsma, *Mediation in Administrative Proceedings: A Comparative Perspective* [w:] *Alternative...*, red. D.C. Dragos, B. Neamtu, s. 591 i n.; H. Pünder, *Mediation in Verwaltungsverfahren* [w:] *Allgemeines Verwaltungsrecht*, red. H.-U. Erichsen, D. Ehlers, Berlin–Nowy Jork 2010, s. 570 i n.; J. Wegner-Kowalska, *Idea mediacji w postępowaniu administracyjnym*, PPP 2016/10; J. Wegner-Kowalska, *Koncepcja włączenia instytucji mediacji do kodeksu postępowania administracyjnego*, PPP 2016/11.