

Rozdział I. Dyskrecjonalność w systemie prawa francuskiego

Dorobek francuskiej nauki, zwłaszcza w obszarze ochrony praw jednostki wobec władczych działań administracji, jest ogromny¹. Niezaprzeczalny jest również wpływ francuskiej doktryny na naukę prawa administracyjnego państw europejskich oraz przyjmowane w tym zakresie rozwiązania prawne. Także dla rozwoju polskiego prawa administracyjnego niewątpliwie jednym z najważniejszych systemów był system prawa francuskiego.

Podczas analizy prawnoporównawczej należy jednak mieć na uwadze daleko idącą odmienność polskiego i francuskiego systemu prawa administracyjnego, która uniemożliwia przedstawienie zagadnienia władzy dyskrecjonalnej według schematu stosowanego w polskich opracowaniach. Zagadnienie dyskrecjonalności we Francji ściśle powiązane z problematyką kontroli jego realizowania, sprawowaną przez sądy administracyjne. W efekcie została postawiona teza, że to sąd administracyjny jest dysponentem władzy dyskrecjonalnej administracji, który faktycznie wyznacza granice władzy dyskrecjonalnej². Taki sposób myślenia o władzy dyskrecjonalnej, poprzez ujmowanie problematyki nie od strony budowy norm prawnych, lecz od strony zakresu kontroli sądowej jej wykonywania, jest właściwy także współczesnym francuskim autom. Współczesna doktryna wskazuje, że sposób formułowania norm nadających kompetencję dyskrecjonalną organom administracyjnym odgrywa jedynie pewną rolę w wyznaczeniu zakresu władzy dyskrecjonalnej, ale ostatecznie to sąd administracyjny decyduje o charakterze i zakresie tych uprawnień, gdyż sposób sformułowania normy kompetencyjnej jest jedynie dla sądu „niezbyt zobowiązującą wskazówką”³.

¹ Tak też: W. Jakimowicz, *Prawo administracyjne*, s. 81.

² P. Weil, *Introduction au débat*, s. 45.

³ „Sformułowania przepisów nadających kompetencje organom administracji odgrywa istotną rolę (...). Jednak jest to tylko wskazówka niezobowiązująca dla sądu”. Zob. F. Priet, *Pouvoir discrétionnaire et contrôle*, s. 103.

Sądy administracyjne we Francji odgrywają szczególnie ważną rolę, co szerzej zostanie opisane w dalszej części tego rozdziału. W tym miejscu warto podkreślić, że ich orzeczeniom przypisuje się prawotwórczą rolę. Sąd administracyjny „musi rozwiązywać na bieżąco przedstawiane mu spory (...) i w konsekwencji stanowi prawo”⁴. Z kolei najważniejszą rolą doktryny jest uczynienie orzecznictwa bardziej przystępnym i zrozumiałym zarówno dla administracji, jak i administrowanych poprzez objaśnianie norm, według których następować będzie sądzenie i według których należy postępować w przyszłości⁵. Z tego względu znaczną część aktywności francuskiej doktryny prawniczej stanowi działalność komentatorska, w tym także krytyka orzeczeń sądowych. Z uwagi na powyższe, dalsza część rozważań zostanie skoncentrowana na wypowiedziach doktryny, w których zawiera się także synteza orzecznictwa francuskich sądów administracyjnych dotycząca zagadnienia władzy dyskrecjonalnej.

§ 1. Istota pojęcia *pouvoir discrétionnaire*

Pouvoir discrétionnaire jest tłumaczone w polskiej literaturze jako „uznanie administracyjne” albo szerzej – jako „władza dyskrecjonalna”⁶. Z uwagi na fakt, że zakres pojęcia *pouvoir discrétionnaire* jest szerszy niż rozumienie uznania administracyjnego w polskiej literaturze przedmiotu, poprawnym tłumaczeniem tego wyrażenia będzie określenie „władza dyskrecjonalna”.

W doktrynie prawa francuskiego dość jednolicie wskazuje się, że *pouvoir discrétionnaire* oznacza pewien margines luzu decyzyjnego (swobody) pozostawiony organom administracji publicznej, aby mogły w sposób elastyczny i dostosowany do aktualnych potrzeb wykonywać postawione przed nimi zadania⁷. Oczywiście jest, że działanie w ramach władzy dyskrecjonalnej nie może oznaczać arbitralności i dowolności w żadnym państwie prawnym, ale brakuje jednomyślności co do tego, czy *pouvoir discrétionnaire* to swoboda wyłącznie w ramach obowiązującego prawa, czy także poza nim.

Różnice w podejściu do omawianego zagadnienia wynikają z odmiennego rozumienia zasady legalności, którą w prawie francuskim definiuje się nie jako

⁴ G. Vedel, *Les bases constitutionnelles*, s. 21.

⁵ J. Rivero, *Jurisprudence et doctrine*, s. 30.

⁶ M. Jaśkowska, *Uznanie administracyjne a inne formy władzy dyskrecjonalnej*, s. 239; M. Mincer, *Uznanie*, s. 30; K. Nowacki, *Problem dyskrecjonalności*, s. 102.

⁷ M. Sobol, *Władza dyskrecjonalna w poglądach francuskiej nauki*, s. 73–74.

zgodność z obowiązującym prawem, ale niesprzeczność z nim⁸. W tym ujęciu legalność jest rozumiana jako zgodność z „ideą prawa”, a nie z tekstem ustawy⁹. Takie postrzeganie zasady legalności, bliższe polskiemu prawu cywilnemu niż administracyjnemu – dozwolone jest wszystko, co nie jest wprost zakazane – pociąga za sobą daleko idące konsekwencje prawne. Oznacza to bowiem, szczególnie dla działań podejmowanych w ramach władzy dyskrecjonalnej, że podstawę dla nich może stanowić także sytuacja luki prawnej. Potwierdzają to słowa: „gdy mowa o tym, że działanie w ramach *pouvoir discrétionnaire* to działanie «poza» obowiązującym prawem, nie chodzi bynajmniej o działanie w zupełności pozbawione podstawy prawnej, lecz o takie, które wypełnia lukę w obowiązującym prawie i jedynie w tym sensie pozostaje poza jego zakresem”¹⁰.

Należy zauważyć, że działanie, które „wypełnia lukę prawną” jest działaniem pozaprawnym, tzn. takim, które nie ma umocowania w obowiązujących przepisach prawnych, a więc pisać wprost – nie ma podstawy prawnej. W nauce francuskiej odmiennie rozumie się pojęcie działania pozaprawnego. Musi to być działanie wyraźnie arbitralne, tzn. nieodnoszące się do przepisów prawnych i niemające na celu realizacji interesu publicznego, lecz odnoszące się do woli osoby stosującej prawo, do jej humorów, kaprysów i preferencji¹¹. Zarówno dyskrecjonalności funkcjonującej poza normami prawnymi, jak i rozumieniu zasady legalności, które determinuje rozumienie *pouvoir discrétionnaire*, zostaną poświęcone osobne punkty w ramach niniejszych rozważań.

Jedną z pierwszych definicji władzy dyskrecjonalnej w prawie francuskim, powstałą w 1913 r., stworzył *L. Michoud*, wskazując, że mamy do czynienia z tą instytucją „za każdym razem, gdy organ administracji działa w sposób nieskrępowany, gdy jego zachowanie nie jest podyktowane wcześniej istniejącą normą prawną”¹². Definicja ta jest bliska polskiej instytucji swobodnego uznania administracyjnego, które wiązało się z nieskrępowanym działaniem w ramach ustaw¹³. Istoty uznania upatrywano wówczas w braku ustawowego określenia skutku przy zaistnieniu pewnej przyczyny. Przy czym owy „brak ustawowego skutku” oznaczał brak jakiegokolwiek ustawowego rozwiązania, czyli

⁸ C. Eisenmann, *Le droit administratif et le principe*, s. 25.

⁹ É. Picard, *La notion de police*, s. 548–550.

¹⁰ M. Sobol, *Władza dyskrecjonalna w poglądach francuskiej nauki*, s. 74.

¹¹ L. Michoud, *Étude sur le pouvoir*, s. 443.

¹² Tamże.

¹³ Zob. m.in.: M. Zimmermann, *Pojęcie administracji publicznej*, s. 70 (wznowienie książki napisanej w 1945 r.).

obejmował sytuację luki prawnej. Do podobnych wniosków doszedł A. Hauriou, który zdefiniował władzę dyskrecjonalną jako tę część inicjatywy i prawnej niezależności administracji, której nie ograniczają reguły prawne¹⁴, czyli wskazał na lukę prawną jako umocowanie do podejmowania działań o charakterze dyskrecjonalnym.

Do dorobku przywołanego wyżej L. Michouda należy również stworzenie koncepcji dyskrecjonalności w wyborze momentu podjęcia działania. Prawo wyboru tego momentu przysługuje administracji niemal zawsze i wynika ze sposobu jej działania. Administracja co do zasady sama decyduje kiedy podjąć określoną aktywność, gdyż w przeciwieństwie do sądów nie działa wyłącznie na wniosek. Stąd autor wywodził, że organy administracyjne dyskrecjonalnie decydują o tym, kiedy daną normę ustawową zastosować, nawet jeśli ta norma jest bezwzględnie obowiązująca¹⁵.

Jedną ze współczesnych definicji zaproponował J.F. Lachaume, który źródła władzy dyskrecjonalnej upatruje w nieprecyzyjności normy, pisząc, że „im bardziej podstawa prawna do wydania aktu jest precyzyjna i jednoznaczna, tym mniejsza jest swoboda autora aktu administracyjnego w określeniu jego treści”¹⁶. Zgodnie z tym stwierdzeniem stopień zdeterminowania treści aktu przez jego podstawę prawną decyduje o istnieniu i zakresie władzy dyskrecjonalnej. Autor, w przeciwieństwie do L. Michouda, wskazuje bardziej na nieprecyzyjność (niejednoznaczność) norm prawnych niż na ich całkowity brak (lukę prawną).

Nowsza literatura niewiele wnosi do omawianego zagadnienia, przedstawiając na ogół definicje sformułowane przez autorów publikujących kilkadziesiąt lat temu. Przykładowo Y. Gaudemet, pisząc o *pouvoir discrétionnaire*, definiuje to pojęcie jako kompetencję wykreowaną przez ustawodawcę w ten sposób, że pozostawia ona organowi swobodę w wyborze sposobu jej realizacji, powierzając mu osąd co do celowości i momentu podjęcia działania. Jej przeciwieństwem jest kompetencja związana, która wprost wskazuje kierunek, w którym powinien zmierzać organ, a tym samym z góry określa merytoryczną zawartość aktu administracyjnego¹⁷. Podobną definicję zaproponował A. de Laubadere, który napisał, że „władza dyskrecjonalna to możliwość

¹⁴ A. Hauriou, *Le pouvoir discrétionnaire*, s. 237.

¹⁵ L. Michoud, *Étude sur le pouvoir*, s. 439.

¹⁶ J.F. Lachaume, *Violation de la règle de droit*, s. 59.

¹⁷ Y. Gaudemet, *Droit administratif*, s. 109.

samodzielnego wartościowania w każdym konkretnym przypadku o celowości użycia w tym czy innym kierunku powierzonej kompetencji¹⁸.

Z kolei według J.M. Woehrlinga administracji przysługuje władza dyskrecjonalna, gdy może ona wybrać, kierując się celowością, między kilkoma prawnie dopuszczalnymi rozwiązaniami¹⁹. Koncepcja tego autora jest najbardziej zbliżona do polskiego rozumienia uznania administracyjnego. W niej również organ ma przyznaną przez ustawodawcę możliwość wyboru konsekwencji prawnych zaistniałego stanu faktycznego²⁰. W tym ujęciu *pouvoir discrétionnaire* dotyczy tylko wąskiego obszaru stosowania prawa, jakim jest ustalanie konsekwencji prawnych, co nie pokrywa się z wcześniej przedstawionymi definicjami, których znaczenie było znacznie szersze.

Wspólnym mianownikiem przedstawionych koncepcji jest wywodzenie dyskrecjonalności z nieprecyzyjności normy (a właściwie – wstępnie wyinterpretowanego wyrażenia normokształtnego²¹) będącej podstawą prawną podejmowanego rozstrzygnięcia. Jednocześnie należy uszczegółowić, że chodzi o taką nieprecyzyjność normy, która nie daje się łatwo zlikwidować w procesie wykładni. Zastosowanie takiej normy zawsze będzie wiązało się z występowaniem elementu subiektywizmu organu stosującego prawo (element ten nazywany jest we francuskiej nauce prawa *pouvoir de vouloir*)²².

Problematykę *pouvoir discrétionnaire* współcześnie omawia się najczęściej z dwóch perspektyw – przez odniesienie do pojęcia kompetencji związanej, będącej przeciwieństwem kompetencji dyskrecjonalnej²³ oraz przez wyznaczenie granic zjawiska na podstawie orzecznictwa Rady Stanu²⁴. Powoduje to, że problem jest w gruncie rzeczy trudno uchwytne. Definicje negatywne rzadko oferują rezultaty zadowalające poznawczo. Z kolei analiza zagadnienia z punktu widzenia sądowej kontroli nad zakończonym działaniem administracji pozwala jedynie na wyznaczenie granic dyskrecjonalności, nie zaś jej istoty.

¹⁸ A. de Laubadere, *Droit administratif* s. 42. Cyt. za: K. Nowacki, Problem dyskrecjonalności, s. 102.

¹⁹ J.M. Woehrling, *Le contrôle*, s. 76.

²⁰ M. Mincer, *Uznanie*, s. 64.

²¹ Wstępnie wyinterpretowane wyrażenie normokształtne to „wypowiedź stanowiąca wynik wstępnej interpretacji językowej przekładającej język przepisów na język wyrażań, w ogólnych zarysach zbliżonych do normy postępowania, a odpowiadająca treściowo przepisowi czy zespołowi przepisów, z którego ją wyinterpretowano”. K. Ziemiński, *Rola i miejsce reguł kolizyjnych*, s. 3.

²² P. Py, *Le rôle de la volonté*, s. 54. Cyt. za: M. Sobol, Władza dyskrecjonalna w poglądach francuskiej nauki, s. 78.

²³ J. Moreau, *Droit administratif*, s. 133.

²⁴ J.M. Woehrling, *Le contrôle*, s. 76.

§ 2. Władza dyskrecjonalna a kompetencja związana

Władza dyskrecjonalna we francuskiej literaturze przedmiotu jest przeciwstawiana pojęciu kompetencji związanej. Warto wskazać, na czym opierają się różnice, które pozwolą na dokładniejsze opisanie dyskrecjonalności przez skonstrastowanie jej z kompetencją związaną.

Na wstępie należy zaznaczyć, że pomiędzy terminami „kompetencja” i „władza” istnieje pewien związek. Pojęcie kompetencji zostało wywiedzione z władzy suwerena, więc jest pochodne i wtórne wobec tejże władzy. Ustanawiając określoną kompetencję, państwo jako suweren jednocześnie przekazuje odpowiedni wycinek władzy podmiotowi, który ma ją wykonywać. Zatem organy administracyjne posiadają władzę (dyskrecjonalną albo związaną), która jest wykonywana w ramach przyznanej kompetencji.

W opisanym kontekście władza bezsprzecznie jest elementem kompetencji, stąd też pojawiają się skrajne stanowiska negujące celowość rozdzielania terminów „władza” i „kompetencja”²⁵. Istnieje zgoda co do stwierdzenia, że kompetencja to władza uprawniająca do podejmowania działań prawnych (*pouvoir legal de faire des actes juridiques*). Nie powinno się jednak wysuwać pochopnych wniosków dotyczących całkowitego pokrywania się zakresu znaczeniowego tych dwóch pojęć. Fakt, że nie można wykonywać kompetencji bez pewnego zakresu władzy²⁶ nie czyni jednocześnie tych pojęć synonimicznymi.

Termin „kompetencja” (*la compétence*) jest wiązany także z pojęciem legalności, gdyż to ona stanowi źródło kompetencji i wyznacza jej przedmiot²⁷. Natomiast pojęcie władzy (*le pouvoir*) jest łączone z suwerennością, a więc czymś pierwotnym w stosunku do prawa. Suwerenność państwowa zakłada możliwość samodzielnego determinowania zakresu działania państwa i jego organów (wyłączność w stanowieniu porządku prawnego). W tym kontekście suwerenność jest pojmowana jako pierwotna kompetencja do stanowienia dalszych kompetencji. W doktrynie francuskiej jest to nazywane obrazowym pojęciem „kompetencji do stanowienia o kompetencjach” (*compétence de la compétence*)²⁸. Suwerenność nie ma źródła w żadnym upoważnieniu, istnieje

²⁵ P. Mayer, *Droit international privé*, s. 9. J. Combacau twierdzi, że kompetencja to eufemistyczne określenie dla władzy, używane po to, by uniknąć niewygodnych skojarzeń – zob. J. Combacau, *Conclusions*, s. 307.

²⁶ Tamże, s. 306.

²⁷ G. Timsit, *Compétence liée*, s. 217.

²⁸ O. Beaud, *Compétence et souveraineté*, s. 5.

pierwotnie. To suwerenność leży u podstaw władzy publicznej i legalności, stąd też nie może być ograniczona normatywnie²⁹.

W doktrynie francuskiej postawiono pytanie o to, czy władza dyskrecjonalna to władza suwerenna. Odpowiedź była przecząca³⁰. Ze względu na powyższe wydaje się, że trafniejsze byłoby używanie pojęcia kompetencji dyskrecjonalnej zamiast władzy dyskrecjonalnej. Wówczas uniknęłoby się nieporozumień związanych z nadmiernie szerokim rozumieniem tego pojęcia. Termin *pouvoir discrétionnaire* ma jednak poważne zaszczości historyczne. Pojęcie to było używane przez francuską doktrynę od czasów, gdy zjawisko dyskrecjonalności zostało dostrzeżone. Jego znaczenie ewoluowało, ale nazwa pozostała niezmienna. To wyjaśnia, dlaczego w użyciu pozostaje mniej adekwatny termin „władza dyskrecjonalna”, zamiast „kompetencja dyskrecjonalna”³¹.

§ 3. Dyskrecjonalność a zasada legalności

Legalność może być różnie rozumiana. Wcześniejsze rozważania wykazały, że luka prawna według niektórych przedstawicieli francuskiej doktryny może stanowić upoważnienie do podjęcia działań dyskrecjonalnych i mieści się to w ramach zasady legalności (*principe de légalité*). Natomiast w polskim systemie prawnym luka prawna jest przejawem niedoskonałości prawa i powinna być postrzegana jako wypaczenie, a nie jako sposób regulacji pewnych stanów faktycznych. Z uwagi na powyższe, pisząc o *pouvoir discrétionnaire*, należy się odnieść także do rozumienia kluczowej dla tego zagadnienia zasady, jaką jest zasada legalności.

Legalność nabrała nowego znaczenia, gdy rozszerzyła swój zakres o normy ustanowione na poziomie ponadnarodowym. Wyrażone w tych normach prawa i wolności uzupełniły i wzmocniły te ustanowione na poziomie krajowo-

²⁹ Może być jednak ograniczana przez porządek ponadnarodowy. Współcześni badacze nauki prawa wskazują, że mamy do czynienia z atrofią suwerenności państw narodowych, która jest związana z powstaniem zróżnicowanych struktur ponadnarodowych, dysponujących coraz częściej realnymi kompetencjami władczymi. Zob. J. Klabbers, A. Peters, G. Ulfstein, *The Constitutionalization*, s. 11–12.

³⁰ C. Eisenmann jednoznacznie wypowiedział się przeciwko utożsamianiu suwerenności z dyskrecjonalnością. W jego ocenie władza dyskrecjonalna nie jest równoznaczna z suwerennością, wręcz przeciwnie – jest ona zawsze w jakimś stopniu związana, gdyż wynika z prawa pozytywnego i jako taka nie może być arbitralna, a więc suwerenna. Zob. C. Eisenmann, *Écrits de droit*, s. 673.

³¹ M. Sobol, *Dyskrecjonalność we francuskim prawie*, s. 42, niepublikowana rozprawa doktorska.

wym, a także przyczyniły się do lepszej ochrony jednostki przed dyskrecjonalnymi działaniami organów administracyjnych. Także w orzecznictwie zaszła zmiana pod wpływem wyroków TSUE – zaczęto stosować rozszerzoną kontrolę w stosunku do rozstrzygnięć dyskrecjonalnych.

Cechą charakterystyczną zasady legalności w systemie prawa francuskiego jest fakt, że odnosi się ona do tzw. bloku legalności, czyli z jednej strony do wszystkich obowiązujących przepisów prawnych, a z drugiej do ogólnych zasad prawa (*principes généraux du droit*)³². W pierwszej grupie obowiązujących przepisów prawa mieszczą się wszystkie akty normatywne, które wiążą administrację publiczną. Należą do nich: konstytucja, traktaty międzynarodowe, rozporządzenia i dyrektywy UE, ustawy, ordonanse, rozporządzenia oraz akty normatywne wydawane przez organy administracji publicznej³³.

Z drugiej strony zasada legalności nakłada na organy administracyjne obowiązek przestrzegania ogólnych zasad prawa, które nie zostały wprost wyrażone w tekstach prawnych. W polskiej doktrynie również mamy do czynienia z tego typu zasadami. Zasady dzielą się na te w znaczeniu dyrektywalnym (normy prawne będące nadrzędnymi w stosunku do innych norm danego systemu prawnego) oraz zasady w znaczeniu opisowym (pewien wzorzec, szkielec ukształtowania jakiejś instytucji prawnej, którego istnienie dedukuje się na podstawie całokształtu przepisów prawnych)³⁴. Zasady w znaczeniu opisowym odpowiadają francuskiej konstrukcji *principes généraux du droit*.

Francuskie orzecznictwo w wyniku interpretacji przepisów prawnych wykształciło takie zasady, które są stosowane bez bezpośredniego oparcia w regulacjach prawnych. Ujmuje się je czasem jako wyraz *quasi*-prawodawczej władzy sędziego. Organy administracyjne są związane zarówno zasadami, które zostały wprost zapisane w przepisach prawnych, jak i zasadami nieznajdującymi bezpośredniego wyrazu w tekście prawnym, ale wynikającymi np. z reguł słuszności czy wypracowanych reguł należytego działania służb publicznych (np. zakaz nadawania mocy wstecznej aktom administracyjnym)³⁵.

Również w doktrynie można odnaleźć poglądy aprobowujące powyższe stanowisko wypracowane w orzecznictwie. Potwierdzają to słowa G. Vedela, który wskazał, że dopuszczalne jest szerokie ujmowanie legalności jako zgodności

³² Szczegółowo o różnicach pomiędzy modelem francuskiego państwa legalnego a modelem państwa prawnego: R. Carre de Malberg, *Contribution a la theorie*, s. 489–490. Cyt. za: T. Chauvin, „Akt rządowy”, s. 444.

³³ W. Jakimowicz, *Prawo administracyjne*, s. 94.

³⁴ Zob. S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa*, s. 6.

³⁵ W. Jakimowicz, *Prawo administracyjne*, s. 94.

nie tylko z prawem stanowionym, ale również z zasadami wypracowanymi w orzecznictwie sądowym³⁶. Powyższe zasady mają chronić jednostkę przed arbitralnymi działaniami organów, podejmowanymi zwłaszcza w ramach władzy dyskrecjonalnej.

Relację między wymogami legalności a działaniem w ramach władzy dyskrecjonalnej postrzega się dwojako – albo jako nieusuwalną sprzeczność, albo jako kwestie zupełnie oddzielne i niemogące wchodzić ze sobą w konflikt³⁷.

Jedną z najbardziej kontrowersyjnych tez w tym zakresie wysnuł *L. Di Qual*. Autor stwierdził, że istnieje nieusuwalna sprzeczność między zasadą legalności a dyskrecjonalnością, w efekcie czego całkowicie zanegował on istnienie *po-ouvoir discrétionnaire*³⁸. Zdaniem autora organy administracji są związane prawem we wszystkich aspektach podejmowanej przez nie aktywności. Pogląd ten nie spotkał się z aprobatą doktryny. *C. Eisenmann* i *A. Bockel* zajęli w tym zakresie łagodniejsze stanowisko, stwierdzając, że władza dyskrecjonalna istnieje, ale jednocześnie stanowi pewien wyłom od zasady związania administracji prawem³⁹.

W doktrynie prawa francuskiego, podobnie jak w polskiej doktrynie, podkreśla się, że działalność administracji nie ma wyłącznie pasywnego charakteru i nie stanowi jedynie odtwórczego wykonywania prawa⁴⁰. W tym sensie legalność jest rozumiana nie tylko jako stosowanie ustaw przez organy administracji publicznej, ale także jako władcza kompetencja do realizacji tych ustaw. Jest to zbliżone do polskiej konstrukcji tzw. legalności celu⁴¹. Konstrukcja ta pozwala na niezwykle szeroką (a właściwie pełną) kontrolę aktów dyskrecjonalnych, tak aby rozstrzygnięcie nienaruszające wprost określonej normy prawnej, ale w gruncie rzeczy sprzeczne z celami danej ustawy, można było uchylić⁴². Powyższa konstrukcja prawna ma swoje korzenie w nauce prawa

³⁶ G. Vedel, *Droit administratif*, s. 359 i n.

³⁷ J. Rivero, J. Waline, *Droit administratif*, s. 88.

³⁸ Cyt. za: M. Sobol, *Władza dyskrecjonalna w poglądach francuskiej nauki*, s. 81.

³⁹ A. Bockel, *Contribution à l'étude*, s. 355.

⁴⁰ Podobną tezę postawił J. Borkowski, który stwierdził, że administracja ma na celu nie tylko wykonywanie ustaw, ale także podejmowanie działań uwzględniających wszystkie warunki otoczenia i podporządkowujących się założeniom określonej polityki, bowiem administracja publiczna, działając przez swoje organy, prowadzi zawsze określoną politykę administracyjną. J. Borkowski, *Decyzja administracyjna*, s. 18.

⁴¹ Szerzej na ten temat: M. Jędrzejczak, *Koncepcje ograniczające swobodę organu*, s. 11 i n.

⁴² W jednym z wyroków podano, że kryterium legalności celu definiuje się jako: „Sytuacje, w których działanie beneficjenta wydaje się być zgodne z prawidłową interpretacją normy prawnej, ale jednocześnie niezgodne jest z jej istotą i celem, dla którego normę ustanowiono. Istota i cel

niemieckiego, w której to badanie celowości podczas wydawania decyzji uznaniowych jest przesłanką do wzruszenia legalności decyzji dyskrecjonalnej.

Z wyżej zamieszczonych rozważań niektórzy autorzy wywodzą, że zasada legalności nie rozciąga się na wszystkie sfery aktywności administracji. Przykładowo J. Rivero i J. Waline piszą, że „jeżeli wymogi legalności rozciągałyby się na wszystkie aspekty działalności administracji, byłaby ona zupełnie bierna; rola administracji ograniczałaby się do mechanicznego konkretyzowania aktów normatywnych; wszelka wolność oceny i inicjatywy byłaby jej odebrana. W rzeczywistości tak nie jest, poddanie administracji prawu pozostawia jednak pewien margines swobody – jest nią *pouvoir discrétionnaire*”⁴³.

Francuska administracja nie działa wyłącznie na podstawie prawa pozytywnego. Wniosek ten jest poparty licznymi wypowiedziami doktryny i orzecznictwa. W orzeczeniu Rady Stanu z 31.1.1902 r. w sprawie *Grazietti* stwierdzono, że *pouvoir discrétionnaire* zaczyna się tam, gdzie kończą się wymogi stawiane przez legalność⁴⁴. Również współcześnie piszącym autorom ta koncepcja (z pewnymi modyfikacjami) jest bliska. P.L. Frier i J. Petit stwierdzili, że *pouvoir discrétionnaire* obejmuje obszar prawnie nieuregulowany⁴⁵. Autorzy ci piszą jednak, że mechanizm działania władzy dyskrecjonalnej nie pozostaje w sprzeczności z wymogami państwa prawnego, gdyż dyskrecjonalność nie może cechować się arbitralnością, a jej dysponent, czyniąc z niej użytek, powinien dążyć do realizacji interesu publicznego. Ponadto jako ograniczenie działań dyskrecjonalnych należy traktować również fakt, że *pouvoir discrétionnaire* nie dotyczy przekazania kompetencji konkretnemu organowi, sposobu wyboru procedury ani formy rozstrzygnięcia (czyli tzw. legalności zewnętrznej). W tych aspektach administracja zawsze jest związana i w tym zakresie nie może być przyznany żaden luz decyzyjny⁴⁶.

W kontekście relacji pomiędzy zasadą legalności a dyskrecjonalnością szczególnie ciekawy jest pogląd S. Rialsa, który źródła dyskrecjonalności upatruje w niemożności ustalenia normy (*indéterminabilité*) i z tego wyprowa-

wiąż tak samo jak konkretna norma prawna stanowiąca podstawę określonego działania. W takiej sytuacji przyjmuje się, że działanie niezgodne z celem jest też niezgodne z prawem”. Wyr. WSA we Wrocławiu z 19.11.2010 r., III SA/Wr 346/10, Legalis.

⁴³ J. Rivero, J. Waline, *Droit administratif*, s. 87.

⁴⁴ Orzeczenie Rady Stanu z 31.1.1902 r. w sprawie *Grazietti*, Nr 01919, Rec. 55, <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/conseil-detat-31-janvier-1902-grazietti-requete-numero-01919-publie-au-recueil/>, dostęp: 29.10.2017 r. W orzeczeniu stwierdzono, że w dekrecie doszło do przekroczenia władzy (*le décret attaqué est entaché d'excès de pouvoir*).

⁴⁵ P.L. Frier, J. Petit, *Précis de droit*, s. 318.

⁴⁶ W. Jakimowicz, *Prawo administracyjne*, s. 107.

dza wniosek o dwóch rodzajach władzy dyskrecjonalnej – przez powierzenie (*par commission*) oraz przez pominięcie legislacyjne (*par omission*). Koncepcja upoważnienia do władzy dyskrecjonalnej udzielonego w drodze pominięcia legislacyjnego ujawnia się wówczas, gdy brakuje normy prawnej regulującej dany stan faktyczny, a nadto podmiot stosujący prawo nie może powołać się na ogólne zasady prawa (sytuacja luki prawnej). Autor stwierdza wprost, że jest to władza dyskrecjonalna poza „blokiem legalności”, przez który rozumie się nie tylko źródła prawa powszechnie obowiązującego, lecz także zasady prawa w znaczeniu opisowym oraz reguły wypracowane przez orzecznictwo. Natomiast przyznanie władzy dyskrecjonalnej przez powierzenie (*par commission*) następuje przez użycie w tekście prawnym słowa „może”. W takiej sytuacji podmiot po dokonaniu wykładni normy prawnej nie uzyskuje jednoznacznych rezultatów⁴⁷. Jest to zgodne z wolą prawodawcy i mieści się w ramach wspomnianej przez S. Rialsa niemożności ustalenia normy⁴⁸.

Przyjęcie, że źródłem władzy dyskrecjonalnej jest niemożność jednoznacznego ustalenia treści normy, nie pociąga za sobą stwierdzenia, że każdy element aktu administracyjnego wydanego na podstawie takiej normy jest dyskrecjonalny. Nie ma aktów w całości związanych albo w całości dyskrecjonalnych, jak trafnie stwierdził C. Eisenmann. Autor uważa nawet, że przeciwstawianie związania i dyskrecjonalności nie jest do końca uzasadnione, gdyż elementy obu mogą współistnieć w jednym akcie⁴⁹.

Wyjaśnieniu tej swoistej relacji zachodzącej pomiędzy pojęciem władzy dyskrecjonalnej a legalnością w prawie francuskim może posłużyć odwołanie się do ogólnej koncepcji relacji między parlamentem a administracją. Relacja ta jest ukształtowana w dalece odmienny sposób niż w polskim systemie prawnym. W świetle obowiązującej Konstytucji Republiki Francuskiej⁵⁰ administracja czerpie legitymację do sprawowania władzy wprost z Konstytucji, a nie z nadania parlamentu. Zwężenie znaczenia władzy ustawodawczej jest widoczne chociażby w tym, w jaki sposób uregulowano kompetencje parlamentu – może on wydawać ustawy mieszczące się wyłącznie w zamkniętym katalogu spraw wymienionych w art. 34 Konstytucji Republiki Francuskiej.

⁴⁷ S. Rials, *Le pouvoir discrétionnaire*, s. 4.

⁴⁸ Pogląd ten jest szczególnie interesujący w zakresie interpretacji pojęć niedookreślonych, podczas której zabiegi wykładni mogą ostatecznie nie przynieść jednoznacznych rezultatów.

⁴⁹ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, t. 2, s. 295.

⁵⁰ Konstytucja Republiki Francuskiej (*Constitution de la République Française*) z 4.10.1958 r., tłumaczenie: W. Skrzydło, http://biblioteka.sejm.gov.pl/wp-content/uploads/2015/10/Francja_pol_010711.pdf, dostęp: 16.6.2017 r.

Regulowanie zagadnień spoza tego katalogu należy do władzy wykonawczej⁵¹. Należy wspomnieć, że egzekutywa z upoważnienia parlamentu może również wkraczać w materie zarezerwowane dla władzy ustawodawczej⁵².

Silna pozycja egzekutywy przejawia się w sporym zakresie niezależności władzy wykonawczej od ustawodawczej. Mówi się nawet o „autonomicznej władzy prawodawczej egzekutywy”. Wynika stąd, że władza wykonawcza dysponuje własną, niepochoǳącą od parlamentu, ale wprost z przepisów konstytucyjnych, legitymacją do rządzenia, z której można wywodzić uzasadnienie dla tej swoistej relacji między dyskrecjonalnością a legalnością⁵³.

§ 4. Dyskrecjonalność poza normami prawnymi – dopuszczalne wyjątki

We francuskiej doktrynie nie było jednomyślności co do tego, czy władza dyskrecjonalna to swoboda wyłączna w ramach obowiązującego prawa, czy także swoboda poza nim. Wynikało to z problemów powstałych na przełomie XIX i XX w., związanych z ogromnymi wyzwaniami legislacyjnymi. Niewydolność ustawodawcza parlamentu i powolność procesu legislacyjnego były główną przyczyną rozrostu działalności rządu w oparciu o liczne blankietowe upoważnienia ustawowe, a z czasem również doszło do rozwoju działalności prawotwórczej rządu bez podstawy ustawowej⁵⁴.

Z działalności administracji bez podstawy prawnej powstała koncepcja przyznania władzy dyskrecjonalnej poprzez tzw. pominięcie legislacyjne, czyli lukę prawną (*pouvoir discrétionnaire par omission*), która jest nadal aktualna⁵⁵. Co istotne, działanie w ramach luki prawnej nie może być sprzeczne z obowią-

⁵¹ Zgodnie z art. 37 Konstytucji Republiki Francuskiej: „Materie nienależące do zakresu ustawy są regulowane aktami władzy wykonawczej (...)”.

⁵² Zgodnie z art. 38 Konstytucji Republiki Francuskiej: „Rząd może w celu wykonania swego programu zwrócić się do Parlamentu o upoważnienie na czas ograniczony do wydawania ordonansów w dziedzinach normalnie należących do zakresu ustawy”.

⁵³ M. Sobol, Władza dyskrecjonalna w poglądach francuskiej nauki, s. 83.

⁵⁴ A. Stępkowski, Zasada proporcjonalności, s. 101.

⁵⁵ S. Rials, Le pouvoir discrétionnaire, s. 4; G. Cahin, La notion de pouvoir discrétionnaire, s. 544–545.

zującymi przepisami prawnymi – może jedynie, w drodze analogii do obowiązujących regulacji, wypełnić istniejącą lukę⁵⁶.

Pouvoir discrétionnaire z upływem czasu ewoluowało, coraz bardziej dostosowując się do wymogów państwa prawnego. Jednakże potrzeby praktyki oraz orzecznictwo Rady Stanu pozostawiło pewne wyjątki w postaci rozstrzygnięć, które można nazwać rozstrzygnięciami „poza normami prawnymi”. Podobnie jak w przypadku rozstrzygnięć dyskrecjonalnych, których podstawą jest brak jednoznacznej i precyzyjnej normy prawnej, w przypadku poniżej wymienionych aktów również dochodzi do niezdeterminowania prawnego, ale o szerszym zakresie – akty te są wydawane nie tyle „na podstawie prawa”, co „w granicach prawa”. Charakterystyczne jest również to, że kontrola sądowa w odniesieniu do poniżej przywołanych aktów jest znacząco ograniczona albo w ogóle wyłączona. Można je traktować jako pozostałość po instytucji swobodnego uznania.

I. Akty rządowe (*les actes de gouvernement*)

Akty rządowe to rodzaj rozstrzygnięć naczelných organów władzy wykonawczej, pozostający poza zakresem kontroli sądowej, zarówno tej sprawowanej przez sądy administracyjne, sądy powszechne, jak i Radę Konstytucyjną⁵⁷. Ich szczególna pozycja oraz wybitnie polityczny charakter powodują niemożność sformułowania jednoznacznej, pozytywnej definicji.

Początkowo za akty rządowe uznawane były wszystkie akty podejmowane z pobudek politycznych (teoria tzw. *mobile politique*). Zatem wyłącznie polityczny cel podjęcia aktu decydował o tym, czy można go zaliczyć do tej kategorii aktów. W wyniku znaczącej ewolucji, którą przeszła koncepcja aktów rządowych od początków datowanych na pierwszą połowę XIX w.⁵⁸, wyłączono

⁵⁶ Na tej podstawie nadawano przymiot legalności wydawaniu pozwoleń na pobyt dla osób towarzyszących hospitalizowanemu cudzoziemcowi. Mimo, że na podstawie poprzednio obowiązującego kodeksu regulującego pobyt cudzoziemców na terenie Francji (*Code de l'entree et du sejour des etrangers et du droit d'asile*) karty pobytu w celach leczniczych były przyznawane dla chorych cudzoziemców, to brakowało analogicznej regulacji dla osoby towarzyszącej (opiekuna) chorego. Potrzeby praktyki wymogły, że karty pobytu dla opiekunów osób chorych także były wydawane, ale wyłącznie w drodze analogii do ogólnej normy kompetencyjnej pozwalającej organom administracyjnym wydawać karty pobytu dla cudzoziemców. Zob. *M. Sobol*, *Dyskrecjonalność we francuskim prawie*, s. 164–165.

⁵⁷ *A. de Laubadere, J.C. Venezia, Y. Gaudemet, Droit administratif*, s. 654.

⁵⁸ Pojęcie aktów rządowych wykształciło się w czasach II Cesarstwa Francuskiego (lata 1852–1870), choć wcześniej też pojawiało się w orzecznictwie Rady Stanu (wyr. Rady Stanu z 1.5.1822 r.

z ich zakresu np. prezydenckie prawo łaski. Współcześnie akty rządowe można podzielić na dwie grupy⁵⁹:

- 1) akty dotyczące relacji między naczelnymi organami władzy publicznej:
 - a) decyzje rządu dotyczące jego udziału w funkcji legislacyjnej, np. odmowa przedstawienia projektu ustawy parlamentowi, decyzja o promulgacji ustawy, decyzja o złożeniu lub wycofaniu projektu ustawy;
 - b) decyzje Prezydenta podjęte w ramach jego konstytucyjnych uprawnień (prerogatyw), np. decyzja o przedłożeniu projektu ustawy pod referendum, decyzja o zastosowaniu art. 16 Konstytucji Republiki Francuskiej⁶⁰, decyzja o rozwiązaniu Zgromadzenia Narodowego;
- 2) akty dotyczące stosunków międzynarodowych Francji, np. ochrona osób i interesów francuskich za granicą, odmowa oddania sporu do Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, utworzenie strefy bezpieczeństwa na wodach międzynarodowych podczas prób nuklearnych.

Każdy akt zakwalifikowany jako rządowy jest wyłączony spod kontroli sądowej. Jednocześnie należy zaznaczyć, że to sąd decyduje o tym, które akty władzy wykonawczej włączyć do grupy aktów rządowych. Wyłączenie tej grupy aktów spod kontroli sądowej wynika z restrykcyjnie pojmowanej zasady trójpodziału władzy, która uniemożliwia sędziemu zajęcie stanowiska w sprawach *stricte* politycznych, jakie są przedmiotem regulacji w aktach rządowych wydawanych przez konstytucyjne organy władzy wykonawczej⁶¹. Władza sądowa nie może wykonywać żadnej funkcji zarezerwowanej dla rządu, ani nawet formułować na ten temat opinii i ocen. Znamienne jest też to, że we francuskim systemie prawnym wyraźnie oddziela się funkcje rządzenia od funkcji administrowania⁶², co dodatkowo ma uzasadniać wyjątkowy charakter aktów rządowych mieszczących się w funkcji rządzenia i niemożność ich kontroli.

w sprawie Laffitte, Nr 5363, Rec. 1821–1825, s. 202). *M. Sobol*, Dyskrecjonalność we francuskim prawie, s. 156.

⁵⁹ Podział za: *T. Chauvin*, „Akt rządowy”, s. 445.

⁶⁰ Zgodnie z art. 16 Konstytucji Republiki Francuskiej: „Jeżeli instytucje Republiki, niepodległość państwa, integralność jego terytorium bądź wykonywanie zobowiązań międzynarodowych są zagrożone w sposób poważny i bezpośredni oraz gdy regularne funkcjonowanie określonych w Konstytucji władz publicznych zostało przerwane, Prezydent Republiki podejmuje środki, jakich wymagają okoliczności po oficjalnej konsultacji premiera, przewodniczących izb i Rady Konstytucyjnej. Informuje on o tym Naród w drodze orędzia (...)”.

⁶¹ *T. Chauvin*, „Akt rządowy”, s. 448–449.

⁶² Rządzenie wiąże się z realizacją potrzeb ogółu społeczeństwa, czuwaniem nad przestrzeganiem Konstytucji Republiki Francuskiej, nad właściwym funkcjonowaniem naczelných organów

Pojęcie aktów rządowych było stopniowo ograniczane, tak aby umożliwić jak najszerszą kontrolę sądową rozstrzygnięć podejmowanych przez władzę wykonawczą⁶³. Dawniej akty rządowe mogły dotyczyć bezpośrednio sytuacji prawnej jednostki, a jednocześnie nie podlegając kontroli sądowej ze względu na ich polityczny charakter, uniemożliwiały jakąkolwiek ochronę jednostki. Współcześnie akty te odnoszą się wyłącznie do relacji między państwami albo do relacji między rządem a innymi konstytucyjnymi organami państwa. Kategoria aktów rządowych nie reguluje sytuacji między administracją a obywatelami⁶⁴.

Należy zauważyć, że w polskim systemie prawnym mamy do czynienia z odpowiednikiem francuskich aktów rządowych – chodzi tu o prerogatywy Prezydenta RP, które niewątpliwie posiadają polityczny charakter, a jednocześnie pozostają poza kontrolą sądową. Jedyń, ale niezwykle znaczącą różnicą jest to, że prerogatywy Prezydenta RP mogą bezpośrednio dotyczyć sytuacji prawnej jednostki. Należałoby się zastanowić nad możliwością przyjęcia w Polsce francuskiego rozwiązania, które wyłączyłoby możliwość ingerowania w sytuację prawną jednostki w drodze niepodlegających żadnej kontroli prerogatyw⁶⁵.

II. Akty wewnętrznego kierownictwa (*mesures d'ordre interieur*)

Akty wewnętrznego kierownictwa dotyczą wewnętrznej organizacji aparatu administracji publicznej i stanowią przejaw dyskrecjonalnej oceny organów administracyjnych co do celowości przyjęcia takich aktów oraz ich treści. W zakresie tej grupy mieści się wiele aktów o różnorodnych nazwach m.in.

władzy publicznej oraz czuwaniem nad bezpieczeństwem (wewnętrznym i zewnętrznym) państwa. Natomiast administrowanie oznacza zagwarantowanie stosowania ustaw, czuwanie nad relacjami na linii państwo-jednostka oraz przestrzeganie właściwych relacji wewnątrz administracji publicznej. *M.J. Redor, De l'Etat legal*, s. 208.

⁶³ W tym zakresie pojawiła się koncepcja tzw. aktów oderwanych (*l'acte detachable*), które są kontrolowane, mimo iż dotyczą stosunków międzynarodowych. Przykładem jest tutaj przyjęcie i rozpatrzenie skargi na dekret wydany przez rząd francuski na podstawie postanowień Traktatu Wersalskiego. Rada Stanu uznała ten dekret za „oderwany” od umowy międzynarodowej i tym samym możliwy do skontrolowania (wyr. Rady Stanu z 29.6.1924 r. w sprawie *Goldschmidt et Strauss*, Nr 76205, Rec. Lebon s. 607).

⁶⁴ *M. Combarous, Progrès récents*, s. 168–170.

⁶⁵ Szerzej na temat prerogatyw prezydenckich w polskim systemie prawnym w części II niniejszego opracowania (§ 11 w rozdziale II oraz § 3 w rozdziale IV).