

über die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht, Festschrift für H. J. Wolff, 1973, s. 149 nn.; Pestalozza, Formennutzbau des Staates, 1973; idem, Kollisionsrechtliche Aspekte der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht, DÖV, 1974, s. 188 nn.; Bethge, Das Hausrecht der öffentlichen Hand im Dilemma zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. Die Verwaltung, t. X, 1977, s. 313 nn.; D. Schmidt, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 1985; Peine, Öffentliches und Privates Nachbarrecht, JuS, 1987, s. 169 nn. [...] Lorenz, Kirchenglocken zwischen öffentlichem und privatem Recht, Jus, 1994, 492 nn. [...]

§ 4. ŹRÓDŁA PRAWA ADMINISTRACYJNEGO (RECHTSQUELLEN DES VERWALTUNGS- RECHTS)

I. Źródła prawa i normy prawne

1. Niemieckie prawo administracyjne składa się z wielkiej liczby najróżniejszych norm prawnych: formalnych ustaw, rozporządzeń i statutów; prawa federalnego, prawa stanowionego przez landy, prawa autonomicznego, prawa zwyczajowego i zwyczajów administracyjnego, także ogólnych zasad prawa administracyjnego i tzw. prawa sędziowskiego. Do tego dochodzi prawo Wspólnot Europejskich, które po części obowiązuje w Niemczech bezpośrednio, a po części musi być i jest implementowane do prawa niemieckiego przez organy ustawodawcze. Z pomocą nauki źródeł prawa ta różnorodność powinna zostać uporządkowana.

2. 1. *Pojęcie źródeł prawa (Rechtsquellen)* – mimo swojej obrazowości lub właśnie z tego powodu – nie jest jasne, ma bardzo różne znaczenia.

Z punktu widzenia teorii prawa jest w przeważającej mierze rozumiane jako *podstawa poznania czegoś jako prawa stanowionego* (wg formuły Rossa, zob. Wolff, Bachof, Stober, *Verwaltungsrecht*, I § 24 nb. 5; Ossenbühl, [w:] Erichsen, *Verwaltungsrecht*, § 5 nb. 6). W każdym razie źródło prawa pozostaje w ścisłym związku ze sposobem powstania i tym samym formą prawa. W tym sensie jest ona także właściwa, aby służyć jako czynnik porządkujący wielość norm prawnych. Źródło prawa jest zatem formą, w której normy prawne powstają i ujawniają się.

3. 2. *Pojęcie normy prawnej* dotyczy natomiast treści regulacji wyrażonych w źródłach prawa. Także to pojęcie nie jest jednoznaczne – w literaturze jest częściowo zrównane z pojęciami *przepisu prawnego* i *ustawy w sensie materialnym*, a częściowo od nich odróżniane.

Aby osiągnąć jasność i precyzję, stosowana będzie następująca terminologia: *przepisy prawne* są władczymi regulacjami o charakterze generalno-absolutnym. Takie regulacje – stosownie do powyższego rozróżnienia na prawo wewnętrzne i prawo wewnętrzne – istnieją zarówno w stosunku państwo-obywatel, jak również w państwowym obszarze wewnętrznym. Pojęcia *źródła*

prawa i normy prawnej odnoszą się do *prawa zewnętrznego*. *Normy prawne* są zatem przepisami prawnymi *prawa wewnętrznego*. Dają się one definiować jako regulacje o charakterze generalno-abstrakcyjnym, które tworzą, zmieniają lub likwiduje prawa i obowiązki obywateli lub samodzielnymi osob prawnymi. Krótko mówiąc, są to regulacje ogólnie wiążące. *Ustawa w znaczeniu materialnym* pokrywa się zatem pojęciowo z normą prawną, co będzie ukazane także w dalszej części podręcznika.

4. 3. Źródło prawa jako forma innych aktów prawnych. Normy prawne mogą powstawać tylko poprzez źródła prawa. Treść jest związana formą, przy czym treść i forma mogą być rozróżnione tylko w sferze myśli, podczas gdy w rzeczywistości tworzą wzajemnie warunkującą się jedność. Forma może wskazywać stosownie do okoliczności przyjąć inną treść. Z tego powodu formy ustawy, rozporządzenia i statutu są używane nie tylko dla norm prawnych, ale także dla innych aktów prawnych. Na tym polega rozróżnienie między ustawą w znaczeniu formalnym a ustawą w znaczeniu materialnym. Przepisy prawne prawa wewnętrznego powstają także często w formie źródła prawa; nie są jednak ograniczone tylko do tych form, ponieważ mogą zostać wydane jako przepis administracyjny albo regulamin (por. § 24). [...]

II. Tak zwane pisane źródła prawa: Konstytucja, ustawa w znaczeniu formalnym, rozporządzenie i statut

5. Obecnie normy prawne powstają zazwyczaj jako efekt świadomego, uregulowanego proceduralnie procesu **stanowienia prawa**, którego efektem końcowym jest pisemne ustalenie zamierzonej regulacji prawnej.

W tym sensie pisane źródła prawa różnią się od niegdysz częstego, a dziś już rzadkiego *prawa zwyczajowego*, które powstaje dopiero z biegiem lat w drodze rzeczywistej praktyki i poprzez odpowiednie przekonanie prawne zainteresowanych. Forma pisemna służy pewności prawa, ponieważ w ten sposób ustala się czas powstania i treść normy prawnej; nawet jeśli brzmienie normy prawnej jest wieloznaczne lub budzące wątpliwości, to jednak istnieje pisemna podstawa jako punkt zaczepienia.

Pisane źródła prawa stosownie do każdorazowego normodawcy dają się zaklasyfikować do następujących grup:

1. Konstytucja (*Verfassung*)

6. Jest ona prawnym, podstawowym porządkiem państwa, uchwalonym przez zgromadzenie konstytucyjne, powołane wyłącznie w tym celu. Należy tutaj zarówno Ustawa Zasadnicza jako konstytucja federacji, jak również

konstytucje landów. Konstytucja nie jest normą prawa administracyjnego w węższym znaczeniu, tworzy natomiast podstawę i wyznacznik dla administracji i prawa administracyjnego, a ponadto zawiera wiele regulacji, bezpośrednio lub pośrednio istotnych dla administracji.

2. Ustawy (*Gesetze*) w znaczeniu formalnym

7. Charakter ustaw w znaczeniu formalnym mają te normy prawne, które zostały wydane przez konstytucyjnoprawnie określone organy ustawodawcze w drodze konstytucyjnoprawnie określonej procedury ustawodawczej. Należą do nich, zgodnie z naszym stanem konstytucyjnym, normy prawne wydane przez Bundestag (przy współudziale Bundesratu), jak również ustawy uchwalone przez landtagi – krótko mówiąc, ustawy parlamentarne.

8. Pojęcie ustawy (*Gesetz*) ma dwa znaczenia. Ustawą w znaczeniu formalnym jest każdy akt władzy, który dochodzi do skutku w wyżej podany sposób, tj. gdy zostaje wydany w procesie ustawodawczym przez organ ustawodawczy „jako ustawa”. Ustawą w znaczeniu materialnym jest natomiast każda norma prawna w znaczeniu opisanym wyżej w nb. 3, a zatem każda ogólnie wiążąca regulacja. Obydwa pojęcia w znacznej mierze pokrywają się w praktyce, ponieważ przeważająca ilość norm prawnych – przynajmniej najistotniejszych – zostaje wydana w formie ustawy w znaczeniu formalnym. Pojęcia te nie pokrywają się jednak całkowicie, ale tworzą dwa przecinające się kręgi. Istnieją ustawy w znaczeniu formalnym, których treścią nie jest norma prawna, a także istnieją normy prawne, które nie zostały wydane w formie ustawy.

Do ustaw w znaczeniu wyłącznie formalnym należy zgoda na traktaty międzynarodowe (art. 59 ust. 2 zd. 1 UZ), ustalenie budżetu (art. 110 ust. 1 zd. 2 UZ; por. BverfGE, 38, 121, 127; BverwGE, 58, 45, 48), jak również ustalenie innych planów (np. ustawa o rozbudowie dróg federalnych w latach 1971-1985 z dnia 30 czerwca 1971 r., BGBl. I, s. 873), dalej ustawy dotyczące konkretnych sytuacji (por. BverfGE, 25, 371, 396 nn. – *lex Rheinstaht*). Ustawami w znaczeniu wyłącznie materialnym są rozporządzenia i statuty (por. nb. 10 i 14).

Dualistyczne pojęcie ustawy ma swoje korzenie w nauce prawa państwowego XIX w. i pozostaje w ścisłym związku z kompetencją parlamentu ograniczonego do ustawodawstwa. Pojęcie ustawy we właściwym (materialnym) znaczeniu zostało ograniczone do ingerencji w wolność i własność w ogólnym stosunku państwo-obywatel (por. powyżej § 2 nb. 5). Pojęcie formalnej ustawy służyło wyjaśnieniu i ewentualnie uzasadnieniu dalszych kompetencji parlamentu (w szczególności uchwalanie planu budżetowego). Wraz z rozwojem w kierunku demokracji parlamentarnej rozróżnienie między ustawą formalną i materialną utraciło swoją fundamentalną, rozdzielającą kompetencje funkcję,

ponieważ parlament jako najwyższy organ państwowy jest powołany do regulowania wszystkich istotnych kwestii politycznych, abstrahując od tego, że ograniczenie ustaw materialnych do aktów ingerencji jest przesadzone. Dlatego w literaturze jest częściowo popierane zadanie rozróżnienia (zob. Hesse, *Verfassungsrecht*, nb. 502 nn.). To zadanie wciąż może zostać usprawiedliwione, ponieważ normy prawa odróżniają się od innych aktów parlamentu i mogą być ustanawiane nie tylko przez parlament. Co więcej, także Ustawa Zasadnicza zakłada to rozróżnienie (por. art. 104 ust. 1 UZ).

9. Ustawa formalna posiada *range* i *tytuł demokratycznej decyzji większości* (Ipsen, *VVDStRL*, 10, 75). Konstytucyjnoprawne i konstytucyjnopolityczne znaczenie tej decyzji wynika stąd, że została podjęta przez parlament bezpośrednio reprezentujący naród, w drodze publicznej procedury zapewniającej szczególne gwarancje i dającej opozycji parlamentarnej możliwość wpływu na sytuację. Z powodu swojej szczególnej formy gwarantuje jednoznaczność i długotrwałość.

3. Rozporządzenia (*Rechtsverordnungen*)

10. a) *Pojęcie*. Rozporządzenia są normami prawnymi, wydanymi przez organy wykonawcze (rząd, minister, organ administracji). Od ustawy formalnej różnią się zatem nie pod względem treści czy też mocy wiążącej, ale ze względu na normodawcę. Jako normy prawne (ustawy w znaczeniu materialnym) są one dla obywateli i innych adresatów norm w taki sam sposób wiążące, jak przyjęte przez parlament ustawy. [...]

11. b) *Konstytucyjnoprawne przyporządkowanie i znaczenie*. Kompetencja władzy wykonawczej do wydawania rozporządzeń w sposób oczywisty narusza zasadę podziału władzy, w myśl której ustawodawstwo powinno być w gestii parlamentu. Nie jest to jednak prawdziwe złamanie tej zasady, ponieważ władza wykonawcza nie działa jako ustawodawca na mocy własnych postanowień, ale na podstawie upoważnienia udzielonego w ustawie formalnej, tzn. na podstawie upoważnienia parlamentu. Art. 80 ust. 1 UZ wymaga, aby ustawowe upoważnienie określało treść, cel i zakres wydawanych rozporządzeń. Parlament zatem podejmuje najistotniejsze decyzje – ustala ramy i kierunek, w jakim mają podążać rozporządzenia. Władzy wykonawczej może zostać w ramach programu ustawodawczego przekazane tylko regulowanie szczegółów. Parlament pozostaje więc panem ustawodawstwa; określa, czy i w jaki sposób będą wydawane rozporządzenia. Ponadto, może nie tylko w każdej chwili cofnąć udzielone już upoważnienie, ale poprzez wydanie formalnej ustawy może także uchylić lub zmienić już wydane rozporządzenia prawne (prymat ustawy). [...]

12. Instrument, jakim jest rozporządzenie, jest we współczesnym państwie niezbędny. Służy on w pierwszej linii odciążeniu parlamentu, który ani nie

jest do tego powołany, ani z przyczyn czasowych i merytorycznych nie jest w stanie sam regulować wszystkich szczegółów, zwłaszcza tych o charakterze bardziej technicznym. Co więcej, rozporządzenie umożliwia szybkie dopasowanie do zmieniających się stosunków, co często jest niezbędne właśnie przy szczegółach technicznych. W końcu, rozporządzenia, zwłaszcza niższych instancji, mogą uwzględniać regionalne różnice. Z drugiej strony rozporządzenie nie posiada bezpośredniego demokratycznego umocowania ustawy formalnej i gwarancji procedury ustawodawczej. Ten *deficyt* jest jednak wyrównywany przez zależność od ustawy formalnej. Oczywiście pozostaje także niebezpieczeństwo, że punkt ciężkości stanowienia prawa zostanie przeniesiony na władzę wykonawczą, jako że to, co „zasadnicze”, staje się drażliwe dopiero w szczegółowych regulacjach. [...]

13. Rozporządzenie znajduje się zatem w punkcie przecięcia między władzą ustawodawczą a władzą wykonawczą. Jest ono wykonaniem ustawy, a zarazem – aktem ustawodawczym. Ponieważ zasadniczo każdy organ władzy wykonawczej może zostać upoważniony do wydania rozporządzenia, możliwe są najróżniejsze rozporządzenia – pod względem treści, zakresu obowiązywania i znaczenia. Obejmują one akty od rozporządzenia drogowego federalnego ministra transportu, dotyczącego codziennie każdego uczestnika ruchu drogowego, aż po rozporządzenie policyjne burmistrza o oferowanych w danej okolicy wariantach oczyszczania ulic. Z formalnego punktu widzenia chodzi o tę samą instytucję prawną, mianowicie o rozporządzenie stanowione przez władzę wykonawczą, a jednocześnie wskazuje na drogę od stanowienia prawa do administracji.

4. Statuty (*Satzungen*)

14. a) *Pojęcie*. Statuty są normami prawnymi, wydanymi przez osoby prawne prawa publicznego w celu uregulowania ich organizacji i działalności (*Angeliegenheiten*). Do osób prawnych prawa publicznego (por. § 23) należą przede wszystkim gminy i powiaty, dalej uniwersytety, izby przemysłowe i handlowe, izby lekarskie, organy ubezpieczeń społecznych, ośrodki radio-wolewizyjne. Statut tym różni się od ustawy formalnej i rozporządzenia, że pochodzi nie od państwa (ustawodawcy państwowego czy państwowego organu władzy wykonawczej), ale od prawie samodzielnej organizacji, choćby tak naprawdę była elementem państwa.

Najważniejsze są statuty gminne, ustalające opłaty gminne, korzystanie z prawo budowlane, o wywożeniu śmieci, plan zabudowy (§ 10 niem. ustawy np. dotyczące przewodu doktorstkiego czy habilitacyjnego. Podobnie jak w przypadku ustaw i rozporządzeń w znaczeniu wyłącznie formalnym, mogą występować także statuty w znaczeniu wyłącznie formalnym, np. ustalenie

budżetu gminy w drodze statutu. Nie są statutami regulaminy parlamentów czy innych organów, nie będących organami osób prawnych.

15. b) *Organ nadający statut*. Kwestia, kto w obrębie osoby prawnej jest upoważniony do wydawania statutu, jest określana według prawa właściwego dla danej osoby prawnej. W przypadku ciał opartych na zasadzie członkostwa są to (rzadko) wszyscy członkowie albo (częściej) gremia reprezentatów, wybrane przez członków.

W przypadku gmin są to bezpośrednio wybrane reprezentacje gminne (np. rada gminy). Nie może to jednak prowadzić do przyjęcia wniosku, że rada gminy jest władzą ustawodawczą w rozumieniu trójpodziału władzy. Jest ona co prawda wybrana „jak parlament” i upoważniona do wydawania norm prawnych, ale przede wszystkim ma realizować – zarówno pod względem ilościowym, jak i jakościowym – zadania administracyjne, abstrahując od faktu, że także statuty mają często charakter wykonawczy.

16. c) *Podstawy i granice nadawania statutow*. Kompetencja do wydawania statutow opiera się na upoważnieniu państwowym. Statuty są zatem, tak jak rozporządzenia, pochodnymi źródłami prawa. W odróżnieniu od rozporządzeń nie potrzebują jednak żadnego specjalnego upoważnienia ustawowego. Art. 80 ust. 1 zd. 2 UZ nie obowiązuje zatem ani bezpośrednio, ani w drodze analogii w stosunku do statutow. Rozporządzenia potrzebują związania ustawą formalną, ponieważ są wydawane przez organy władzy wykonawczej, natomiast statuty są uchwalane przez demokratycznie wybrane organy, które w ramach swoich organizacji przejmują rolę *ustawodawcy*. Wraz z nadaniem kompetencji do nadania statutu zostaje przeniesiony na ciało samorządowe lub inną osobę prawną pewien zakres samodzielnej kompetencji stanowienia prawa, który z powodu demokratycznego ustanowienia organu nadającego statut jednocześnie sam siebie legitymuje. Z tego powodu wydanie rozporządzeń ma charakter *heteronomiczny*, podczas gdy nadawanie statutow jest autonomicznym stanowieniem prawa. W tym sensie kompetencja do nadawania statutu jest określana jako autonomia albo *autonomia statutowa*. Jest ona częścią samorządu.

17. Kompetencja statutowa podlega jednak – abstrahując od ustawowych ograniczeń w konkretnym przypadku, które w każdej chwili (w przypadku gmin jednak tylko przy poszanowaniu gwarancji samorządności, art. 28 ust. 2 UZ) są dopuszczalne i rzeczywiście często mają miejsce – pewnym ogólnym ograniczeniom:

(1) pod względem *rzeczowym* kompetencja statutowa jest ograniczona do każdorazowo ustawowo określonego obszaru zadań i właściwości danej osoby prawnej;

(2) pod względem *osobowym* kompetencja statutowa jest ograniczona do członków danego ciała albo do użytkowników tej instytucji;

(3) *zastřezienie ustawy* (por. § 6) wymaga wreszcie, aby to ustawodawca formalny sam podejmował najistotniejsze regulacje, w szczególności ograniczające prawa podstawowe. [...]

18. d) *Rozgraniczenie*. Rozgraniczenie między ustawą w znaczeniu formalnym a statutem nie sprawia problemów z tego względu, że w każdym przypadku chodzi o odrębny normodawcę. Wątpliwości mogą jednak powstawać w konkretnej sytuacji przy rozgraniczeniu od rozporządzenia, np. gdy uprawniona do nadawania statutu reprezentacja gminy jest także upoważniona do wydawania rozporządzeń. Tu w sposób oczywisty zawodzi kryterium opierające się na normodawcy. Miarodajny pozostaje zatem zakres funkcji. Jeśli reprezentacja gminy działa w zakresie spraw samorządowych, to chodzi o statut; jeśli jednak wypełnia zadanie zlecone i tym samym działa w zakresie spraw państwowych, chodzi o rozporządzenie. Mimo to pozostają w pewnych sytuacjach wątpliwości, jako że granica między zadaniami samorządowymi a zleconymi budzi kontrowersje i staje się płynna (por. § 23 nb. 12 nn.).

III. Prawo zwyczajowe (*Gewohnheitsrecht*)

1. Pojęcie i warunki

19. a) *Prawo zwyczajowe powstaje w drodze*:

– dłuższej i regularnej praktyki (*consuetudo*), – przekonania uczestników, że ta praktyka jest prawnie wskazana (*opinio iuris*).

„Normodawcą” jest zatem sam zainteresowany. [...]

b) *Określenie treściowe*. Jak każda norma prawna także zdanie prawa zwyczajowego musi być pod względem treściowym wystarczająco określone. Jeśli tego brakuje, to nie mamy do czynienia z żadnym (obowiązującym) prawem zwyczajowym. Określenie treści jest zatem nie tyle warunkiem powstania prawa, co jego obowiązywania.

c) *Uznanie sędziowskie* nie jest warunkiem dla prawa zwyczajowego, jak się niekiedy twierdzi. W przypadku sporu wynik jest jednak zależny od tego, czy sąd uzna normę prawa zwyczajowego, na której opiera się jedna ze stron, tak że w praktyce istnienie – przynajmniej w przypadku sporu prawnego – rzeczywiście jest uzależnione od sędziowskiego uznania.

20. d) *Prawo zwyczajowe wygasa*, kiedy traci ważność warunek jego powstania – czy to praktyka, czy opinia prawna. Ponadto, prawo zwyczajowe może zostać pozbawione mocy obowiązującej nie tylko przez późniejszą normę pisaną, ale także przez uchylające je prawo zwyczajowe (por. OVG Münster, DÖV, 1976, 677).

21. e) *Zwyczaj administracyjny* jest szczególną formą prawa zwyczajowego, a mianowicie takim prawem, które wykształciło się w obrębie osoby

prawnej prawa publicznego. Jest on zarazem zwyczajowym przeciwnieństwem statutu.

2. Zakres obowiązywania

22. W odróżnieniu od dawniejszych czasów prawo zwyczajowe odgrywa obecnie mniej rolę. Jest to z jednej strony spowodowane wielością ustaw pisanych, a z drugiej – szybkimi zmianami stosunków i wielością poglądów w pluralistycznym społeczeństwie, które nie sprzyjają prawu zwyczajowemu, wymagającemu dłuższego czasu i wspólnych przekonań prawnych. Prawo zwyczajowe pojawia się w celu wypełnienia luk tam, gdzie brakuje pisanych ustaw albo gdy są one niekompletne; może ono zostać zastosowane nie tylko *praeter legem*, ale także *contra legem*, nawet jeśli obecnie nie ma to znaczenia praktycznego.

Prawo zwyczajowe występuje we wszystkich dziedzinach prawa. Prawo administracyjne ze względu na liczne istniejące luki stwarza nawet szczególne możliwości. Z drugiej strony właśnie tutaj zasada zastrzeżenia ustawowego (por. poniżej § 6) staje się wątpliwa i kontrowersyjna. Powstaje mianowicie pytanie, czy prawo zwyczajowe jest *ustawą* w znaczeniu zastrzeżenia ustawowego (por. BverfGE, 34, 293, 303 nn. – wynikające z prawa zwyczajowego wyłączenie adwokatów z powodu podejrzenia o współzestnictwo w przestępstwie).

Przykład: prawo zwyczajowe zostało potwierdzone w następujących przypadkach: uprawnienie administracji, aby świadczenia publicznoprawne ustalać w drodze aktu administracyjnego (BverwGE, 19, 243, 245); obowiązek adwokatów, aby przed sądem występować w togach (BverfGE, 28, 21, 28 nn.); konieczność wyrażenia zgody, aby stworzyć prywatne miejsce pochówku (OVG Lüneburg, OVGE, 22, 495); utrzymywanie dróg jako zwyczaj administracyjny (OVG Lüneburg, OVGE, 15, 455, 459 nn.). [...]

IV. Ogólne zasady prawa administracyjnego

(*Allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts*)

1. Podstawa prawna zasad ogólnych prawa administracyjnego

23. Z powodu braku regulacji ustawowych część ogólna prawa administracyjnego była przedtem wyłącznie, a obecnie, po wydaniu ustawy o procedurze administracyjnej, wciąż w znacznej mierze określana przez niepisane zasady ogólne prawa administracyjnego, wykształcone przez orzecznictwo

i doktrynę. Wyrażenie *zasady ogólne* jest oczywiście mylące; chodzi tu często o regulacje, które zostały w szczegółach skonkretyzowane, wykształcone i ulepszone przez literaturę, a przede wszystkim przez orzecznictwo. [...]

Powstaje pytanie, czy i w jaki sposób zasady te stają się obowiązujące. Nie stanowią one samodzielnego źródła prawa, nie dają się też odnieść do konkretnego źródła prawa. O wiele bardziej należy brać pod uwagę następujące podstawy ich obowiązywania:

24. a) *Prawo zwyczajowe.* Niegdyś zasady ogólne były klasyfikowane głównie jako prawo zwyczajowe. To zakłada jednak, że są one od dłuższego czasu respektowane przez praktykę, co tylko w części odpowiada faktycznej sytuacji. Obowiązywanie – nowo powstałych zasad nie może zostać w ten sposób wyjaśnione i uzasadnione.

25. b) *Konkretyzacja prawa konstytucyjnego.* Cały szereg zasad ogólnych prawa administracyjnego daje się wyprowadzić z przepisów i zasad konstytucyjnych; są one *skonkretyzowanym prawem konstytucyjnym*, skutkami i pochodnymi zasad prawa konstytucyjnego.

26. c) *Nawiązanie do istniejących regulacji ustawowych.* Wśród wielkiej ilości norm prawnych poszczególnych działów części szczególnej prawa administracyjnego, a obecnie i ustawy o procedurze administracyjnej, stale nappotyka się regulacje, które dają się przenieść na inne, nie uregulowane stany faktyczne i tym samym dają się uogólnić. Poprzez systematyzujący, abstrahujący i typizujący sposób postrzegania danego materiału prawnego można uzyskać zasady ogólne. Dalsze ich poznanie daje się osiągnąć dzięki wspomnianemu już przywołaniu przepisów prywatnoprawnych. Środkami pomocniczymi, z punktu widzenia metodyki prawa, są przede wszystkim analogia i topika.

27. d) *Pochodne tzw. zasad prawnych.* W myśl jednego z poglądów reprezentowanych w literaturze istnieją zasady prawne (fundamentalne normy prawne), które wynikają bezpośrednio z zasady sprawiedliwości i z powodu swojej powszechności są zrozumiałe dla każdego. Jednak z powodu swojej ogólności nie mogą być stosowane w konkretnej sprawie; stanowią podstawę prawną dla obowiązujących przepisów prawa stanowionego. Takimi przepisami w obrębie prawa administracyjnego są ogólne zasady administracyjne. [...]

28. Rozmaite uzasadnienia wyszczególnione w podpunktach a)-d) nie wykluczają się, ale wzajemnie uzupełniają i często przecinają. [...]

2. Prawo sędziowskie?

29. Sędzia powołany jest do stosowania prawa, a nie do jego tworzenia. To oczywiste zdanie nie może jednak wprowadzać w błąd co do problematyki działalności sędziów. Sędzia, który w przedłożonej sprawie ma rozstrzygać w ramach swojej kompetencji, bardzo często stwierdza, że brakuje regulacji

ustawowej albo że istniejąca regulacja ustawowa zawiera lukę, jest nieokreślona, wieloznaczna lub nawet sprzeczna, albo że istniejąca pozornie właściwa regulacja ustawowa wcale nie odpowiada w danym przypadku – to tylko przykłady trudności. Stosowanie prawa w tej sytuacji nie polega wyłącznie na prostej subsumpcji, lecz wymaga, by sędzia sam wypracował wyznacznik prawny i w tym sensie odegrał twórczą rolę. W ten sposób powstają pewne zasady orzecznictwa, które stale znajdują zastosowanie i uznanie i dlatego mogą zostać określone jako „prawo sędziowskie”. W obrębie prawa administracyjnego należą tu m.in. zasady ogólne prawa administracyjnego, które jednak nie mogą zostać zrównane z prawem sędziowskim w tak prosty sposób, ponieważ posiadają one funkcje zastępowania ustaw, co służy przede wszystkim wykładni, konkretyzacji i dalszemu rozwojowi ustawy. Pojęcie prawo sędziowskie nie może przy tym mylić: podczas gdy ustawodawca w myśl swoich wyobrażeń tworzy prawo, będąc zdeterminowanym z punktu widzenia konstytucyjnoprawnego i w wielu aspektach także z przyczyn faktycznych, sędzia natomiast ma wychodzić od obowiązującego prawa, uzupełniać je i konkretyzować w przypadku luk albo wątpliwości. Prawo sędziowskie może zatem powstawać tylko w ramach prawa ustawowego i występować tylko jako konkretyzujące i uzupełniające, a nie korygujące ustawy. W tych granicach jest ono nie tylko prawnie uzasadnione, ale wręcz niezbędne. [...]

V. Przepisy administracyjne i rozporządzenia specjalne

30. Część literatury do źródeł prawa zalicza także przepisy administracyjne (*Verwaltungsvorschriften*) i rozporządzenia specjalne (*Sonderverordnungen*). Przepisy administracyjne są regulacjami wewnątrzadministracyjnymi, które jednak mogą oddziaływać także na osoby spoza urzędu, rozporządzenia specjalne są regulacjami w tzw. szczególnym stosunku władczym. Pozostaje jednak wątpliwe, czy przepisy administracyjne rzeczywiście stanowią źródła prawa i czy w ogóle istnieją rozporządzenia specjalne. Obydwa pytania dają się wyjaśnić tylko wtedy, kiedy obie instytucje prawne postrzegane są w ich kontekstach. Dlatego najpierw powinny zostać wzmiankowane, a dopiero później omówione.

VI. Prawo federalne i prawo krajowe/landowe (*Bundesrecht und Landesrecht*)

31. Rozróżnienie to wynika z federalistycznego charakteru państwa niemieckiego. Jest ono istotne dla porządku hierarchicznego źródeł prawa (por.

poniżej VII), również w prawie procedury administracyjnej (Federalny Sąd Administracyjny w myśl § 137 ust. 1 procedury administracyjnej może jako instancja rewizyjna badać zasadniczo tylko naruszenie prawa federalnego; administracyjno-sądowa kontrola norm w myśl § 47 ust. 1 Nr 2 tej procedury ogranicza się do rozporządzeń i statutów należących do prawa landowego).

1. Ustawy w znaczeniu formalnym

32. Prawo federalne to ustawy wydane przez Bundestag, natomiast ustawy prawa landowego zostały uchwalone przez landtagi; podział kompetencji ustawodawczych wynika z art. 70 nn. UZ.

2. Rozporządzenia

33. Jest pewne, że przepisy prawne wydane przez organy federalne na podstawie upoważnienia zawartego w ustawach federalnych są prawem federalnym, a przepisy wydane przez organy landów na podstawie upoważnienia zawartego w przepisach landowych są prawem landów. Sporne i dyskusyjne jest natomiast, jak należy oceniać rozporządzenia wydane przez organy landów na podstawie upoważnienia zawartego w ustawie federalnej. Istotne jest to, czy decyduje upoważnienie (prawo federalne), czy organ wydający rozporządzenie (prawo landowe). Federalny Trybunał Konstytucyjny opowiedział się za tą drugą opcją (BverfGE, 18, 407, podobnie Hess. StGH, DÖV, 1970, 132; por. Wilke, [w:] von Mangoldt-Klein, *Grundgesetz*, wyd. II, t. III, 1974, art. 80 uwaga V 4c, s. 1928 nn.).

3. Statuty

34. Są one często określane jako *prawo autonomiczne* i przeciwstawiane prawu państwowemu (ustawy formalne, rozporządzenia). Nie oznacza to wcale, że statuty tworzą trzeci krąg prawny, niezależny od prawa federalnego i prawa landowego. Wydające te statuty osoby prawne prawa publicznego należą do państwa, tzn. są przypisane federacji albo landom; tym samym statuty należy klasyfikować jako prawo federalne albo prawo landowe.

4. Prawo zwyczajowe

35. Prawo zwyczajowe jako „porządek uboczny”, istniejący obok pisanych źródeł prawa, nie daje się umiejscowić w porządku prawa landowe – prawo federalne, ponieważ ten porządek dotyczy prawa stanowionego. Z powyższych przyczyn zaklasyfikowanie prawa zwyczajowego wydaje się jednak

niezbędne. Prezentowane są różnorodne punkty zaczeptenia; różni się np. w zależności od tego, czy chodzi o materię należąca do kompetencji federacji czy też landów, czy prawo zwyczajowe obowiązuje na terenie całego państwa, czy też tylko w jednym lub kilku landach, albo czy np. prawo zwyczajowe uzupełnia prawo federalne (por. Ule, *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, wyd. II, 1972, § 137 uwaga I 2d.). FTK opowiedział się za pierwszym poglądem (BVerfGE, 61, 149, 203 nn.). Tej opinii należy przyznać rację.

5. Ogólne zasady prawa administracyjnego

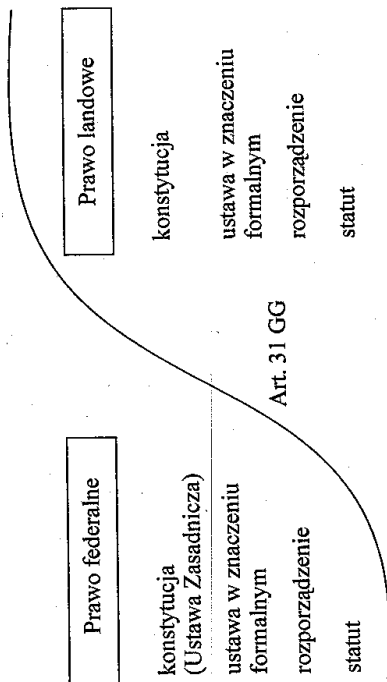
36. Umiejscowienie tych zasad napotyka podobne problemy jak te związane z klasyfikowaniem prawa zwyczajowego. Ze względu na *Revisibilität* (kryterium sprawdzalności w postępowaniu rewizyjnym przed Federalnym Sądem Administracyjnym) ma jednak istotne znaczenie, ponieważ tylko wciągnięcie do orzecznictwa FSA gwarantuje jednolity rozwój tych zasad, wywierających swój wpływ na całe prawo administracyjne. FSA klasyfikuje je jako prawo federalne, jeśli uzupełniają ustawy federalne albo jako prawo landowe, jeżeli uzupełniają prawo landowe. To zakwalifikowanie zostaje złagodzone przez to, że zasady, które można wyprowadzić z federalnego prawa konstytucyjnego, zawsze są przypisywane prawu federalnemu.

VII. Hierarchia źródeł prawa

37. Zróżnicowane pochodzenie norm prawnych może prowadzić do merytorycznej sprzeczności norm prawnych, np. kiedy statut postanawia coś innego niż rozporządzenie albo ustawa w znaczeniu formalnym. Porządek prawny musi być jednak wolny od sprzeczności, nie może postanawiać rzeczy przeciwnych. Kollizje między normami prawnymi pochodzącymi z różnych źródeł usuwa się w ten sposób, że źródła prawa umieszcza się w pewnej hierarchii, a źródła o wyższej pozycji przyznaje się pierwszeństwo wobec niższych. Pierwszeństwo oznacza, że w razie kollizji obowiązuje norma posiadająca pierwszeństwo, co powoduje, że norma prawa sprzeczna ze źródłem wyższej rangi nie jest brana pod uwagę, jest nieważna. [...]

1. Hierarchia pisanych źródeł prawa

38. Wynika ona z następującego przeglądu:



Konstytucje (UZ i konstytucje landowe) mają pierwszeństwo przed wszystkimi innymi przepisami prawnymi swojego zakresu, ustawy formalne mają pierwszeństwo przed rozporządzeniami i statutami, a rozporządzenia przed statutami. Prawo federalne dowolnej rangi ma pierwszeństwo przed prawem landów (art. 31 UZ).

Ponadto należy zwrócić uwagę na to, że:

39. a) reguły kollizyjne wynikające z nauki o hierarchii norm mają zastosowanie wówczas, gdy kollidujące normy (postrzegane jako takie) obowiązują. Dlatego np. ustawa federalna, która jest sprzeczna z przepisami o kompetencji ustawodawczej w myśl art. 70 i nn. UZ, a z tego powodu nieważna, nie może wycofać zastosowania istniejącej ustawy landowej.

b) reguły kollizyjne art. 31 UZ określające stosunek między prawem federalnym a prawem landowym są ograniczone przez art. 28 ust. 1 i art. 142 UZ. W myśl art. 28 ust. 1 UZ landy są przy tworzeniu swoich konstytucji związane wyłącznie zasadami republikańskiego, demokratycznego i socjalnego państwa prawa, a zatem naruszenie prawa federalnego następuje tylko wówczas, gdy te zasady zostają naruszone (por. BVerfGE, 36, 342, 360 nn.). Stosunek między federalnymi prawami podstawowymi a landowymi prawami podstawowymi jest określany przez przepis art. 142 UZ (por. von Olshausen, *Landesverfassungsbeschwerde und Bundesrecht*, 1980, s. 105 nn. z dalszymi wskazówkami), który budzi jednak pewne wątpliwości i spory.

40 c) *Zastępujące ustawę rozporządzenia*, tzn. rozporządzenia posiadające rangę formalnej ustawy, są w myśl obowiązującego prawa konstytucyjnego zasadniczo niedopuszczalne. Wyjątek stanowi – przesadzony w treści – art. 119 UZ (sprawy uchodźców i wypędzonych), a w razie obrony art. 115k ust. 1 UZ. Od rozporządzeń zastępujących ustawy należy odróżnić rozporządzenia zmieniające ustawy, które nie mają wprawdzie rangi ustawy formalnej, ale zmieniają przepis o charakterze ustawy formalnej. Ich dopuszczalność jest jednak sporna. Większość opinii opowiada się za rozwiązaniem różniącym sytuację (por. Lücke, [w:] Sachs, *Grundgesetz*, art. 80 nb. 8 z dalszymi wskazówkami). Inny wariant proponuje art. 80 ust. 4 UZ w brzmieniu z 1994 r.: jeśli ustawa federalna upoważnia rządy landów do wydania rozporządzenia, to zamiast rozporządzenia można wydać ustawę landową, a zatem zamiast rządu może działać parlament w drodze procedury ustawodawczej. [...]

41. d) W obrębie poszczególnych grup źródeł prawa mogą występować dalsze różnice hierarchiczne.

W obszarze ustaw w znaczeniu formalnym: ustawy abstrakcyjno-generalne mają pierwszeństwo przed ustawami o charakterze wykonawczym, tak jak regulamin gminy ma pierwszeństwo przed operacyjnymi się na niej ustawami o włączeniu do gminy (por. Püttner, *Unterschiedlicher Rang der Gesetze?* DÖV, 1970, s. 322 nn.; Maurer, *Festschrift für Obermayer*, 1986, s. 95 nn., w szczególności s. 101 nn.).

W obszarze rozporządzeń: rozporządzenia wyższych władz administracyjnych mają pierwszeństwo przed rozporządzeniami niższych władz administracyjnych, jak *expressis verbis* w ustawach policyjnych, por. § 11 ustawy policyjnej Badenii-Wirtembergii.

41a. e) Co do *statutów*: zasada nieważności norm sprzecznych z prawem obowiązuje tylko w sposób ograniczony. Według § 214 nn. ustawy prawo budowlane, które zmieniają i rozszerzają § 155a i 155b federalnej ustawy prawo budowlane, pewne określone błędy (przede wszystkim formalne, ale także materialne) w planach zabudowania i innych statutach dotyczących prawa budowlanego są z góry pomijane (absolutna nieistotność) albo tylko wtedy, gdy nie zostaną wzruszone w stosunku do gminy w pewnym terminie po wydaniu statutu (względna nieistotność – *Unbeachtlichkeit*). W przypadku braków formalnych lub proceduralnych termin ten wynosi rok, a merytorycznych – 7 lat. *Nieistotność* oznacza, że wskazane naruszenie prawa nie może już być uwzględniane i dlatego z ich jakiegokolwiek sprzeczności z prawem nie można wyciągać żadnych konsekwencji prawnych. Statut zawierający pewne pomijalne błędy należy zatem przyjmować jako prawnie wiążący. Pomijalność przyznaje statutowi pewny rodzaj siły przetrwania, która prowadzi przede wszystkim do ograniczenia kontroli sądowej. Z tego powodu zasługuje ona na rozważenie zarówno w aspekcie państwowoprawnym, jak i prawnohistorycznym. Równocześnie większość landów przejęła regulację wzruszenia aktu z

prawa budowlanego i przeniosta ją na wszystkie statuty gminne i pozostałe normy prawne o charakterze komunalnoprawnym. Wzruszalność ograniczono do naruszenia błędów formalnych lub proceduralnych albo co do zasady, albo co do enumeratywnie wyliczonych błędów. Pomijalność oraz związane z nią ograniczenia nieważności, a dokładniej: stwierdzenie sprzeczności z prawem i nieważności stanowią zatem wyjątki. Jeśli nie zostały przewidziane w sposób ustawowy, to i dla statutów obowiązuje zasada nieważności norm sprzecznych z prawem. [...]

41b. Ustawa o porządku budowlanym i przestrzennym z 1997 r. wprowadziła w tym celu wyrażenie *zachowanie planu*. Nagtówek § 214 ustawy prawo budowlane, który dotychczas brzmiał *warunki ważności* został odpowiednio zmieniony. § 10 ustawy o zagospodarowaniu przestrzennym zobowiązuje ustawodawcę landowego, aby dla planów zagospodarowania przestrzennego wydawać przepisy „dla zachowania planu”, które zmirzają w podobnym kierunku.

42. Hierarchia uzasadnia pierwszeństwo obowiązywania, ale nie pierwszeństwo stosowania norm o wyższej randze. W konkretnych sytuacjach częstokroć stosuje się najpierw normę prawną niższej rangi. Tak np. władza administracyjna nie może powołać się bezpośrednio na konstytucję, jeśli istnieje jednoznaczna regulacja ustawowa. Tylko wtedy, jeśli takiej regulacji brakuje albo gdy wykazuje ona luki, administracja jest uprawniona i zobowiązana, aby sięgnąć do konstytucji i to w ten sposób, że stosuje bezpośrednio normę konstytucji albo że wprowadza z zasad konstytucyjnych odpowiednie konsekwencje (np. wystuchanie w procesie administracyjnym, wprowadzenie z zasady państwa prawa). Pierwszeństwo stosowania wynika ze związania się ustawą, zwykle sformułowaną konkretnie i wyczerpująco, a z której stosowania zrezygnowałby organ, gdyby od razu sięgnął do ogólnie ujętych praw podstawowych i zasad konstytucyjnych. Tym samym administracja nie jest zwolniona od norm ujętych w art. 1 ust. 3 i 20 ust. 3 UZ. To związanie pozostaje aktualne nie tylko w przypadku brakującej regulacji ustawowej, ale wymaga także, by ustawy powoływane w razie wątpliwości były badane pod kątem swojej konstytucyjności i interpretowane w świetle konstytucji. [...]

2. Przyporządkowanie prawa zwyczajowego

43. Prawo zwyczajowe ma zazwyczaj rangę ustawy formalnej, ale może mieć także rangę prawa konstytucyjnego (*konstytucyjne prawo zwyczajowe*) albo rangę statutów (*Observanz*); pojawia się zatem na wszystkich poziomach, za wyjątkiem poziomu rozporządzenia. Zgodnie z tym przyporządkowaniem określone zostaje także pierwszeństwo w razie kolizji. [...]

3. Kompetencja do badania i wzruszenia norm

44. Hierarchia norm prawnych reguluje tylko kwestie materialnoprawne dotyczące rangi i obowiązywania. Nie mówi jednak nic o tym, kto jest uprawniony do tego, aby badać zgodność normy prawnej z prawem wyższej rangi (kompetencja do badania), a w przypadku sprzeczności między normami (wiążąc stwierdzić nieważność – ogólną lub w konkretnym przypadku (kompetencja do wzruszenia). Jest to kwestia proceduralna, ma jednak konsekwencje materialnoprawne. W przypadku braku kompetencji do badania norma niższa musiałaby być stosowana bez względu na jakkolwiek sprzeczność w stosunku do prawa o wyższej randze (która to sprzeczność w ogóle nie mogłaby zostać stwierdzona), a przy braku kompetencji do wzruszenia nie mogłaby zostać w sposób prosty zignorowana jako nieważna.

45. a) Sądy (włącznie z istotnymi tu sądami administracyjnymi) mogą w zasadzie badać wszystkie normy prawne, ważne dla ich orzeczeń, pod kątem ich zgodności z prawami wyższej rangi, a w przypadku normy prawnej sprzecznej z prawem wyższej rangi – nie stosować jej.

Reguła ta nie obowiązuje w sposób nieograniczony. W myśl art. 100 ust. 1 UZ sądy mają kompetencje do badania pokonstytucyjnych ustaw formalnych (tzn. wydanych po wejściu w życie konstytucji albo zmiany konstytucji). Sądy nie mają jednak kompetencji do wzruszania aktów prawnych. W przypadku gdy uważają taką ustawę za sprzeczną z konstytucją, muszą uzyskać orzeczenie odpowiedniego trybunału konstytucyjnego, a w razie naruszenia UZ – orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (ta wyłączność FTK określana jest jako *Verwerfungsmonopol*). Odpowiednie regulacje obowiązują, kiedy ustawa landowa jest sprzeczna z prawem federalnym. Niektóre konstytucje landowe rozszerzyły ponadto kompetencje do wzruszenia przez landowe trybunały konstytucyjne o ustawy wydane przed konstytucją (art. 88 konstytucji Badenii-Wirtembergii), względnie na rozporządzenia (art. 133 konstytucji Hesji). [...]

Wyłączność Trybunału Konstytucyjnego w zakresie wzruszenia aktów ma na celu ochronę ustawodawcy parlamentarnego; powinno to chronić przed sytuacją, kiedy każdy sąd, powołując się na sprzeczność z konstytucją, mógłby się stawiać ponad wolą ustawodawcy. Z tego powodu możliwość wzruszenia ograniczona jest tylko do ustaw wydanych później niż konstytucja (por. BVerfGE 1, 184 197 nn.; 2, 124, 129 nn.).

46. b) Kwestia, czy urzędnicy administracji posiadają kompetencję do badania i wzruszenia aktów, jest wyjątkowo sporna. Na pierwszym planie stawiano konstytucyjność ustaw formalnych, wydanych po konstytucji. Pojawiało się w tej sprawie wiele opinii. [...]

W zasadniczej części dyskusja dotyczyła art. 100 ust. 1 UZ, dotyczyła jednak i innych punktów widzenia (konstytucyjnoprawnych i konstytucyjno-

proceduralnych, jak również administracyjnoprawnych), które nie będą w ramach tego podrozdziału bliżej przedstawiane. [...]

Jeśli chodzi o rozwiązanie tej kwestii, należy jeszcze dodać, że w razie wątpliwości co do obowiązywania normy prawnej, którą miałyby zastosować, urzędnik zwróci się – podobnie jak w innych przypadkach – do swojego przełożonego, aby w ten sposób uzyskać ogólne wyjaśnienie. Nie pomaga to jednak, gdy decyzja musi zapasć błyskawicznie lub w krótkim terminie, jak np. w sprawie zatrzymania osoby, dopuszczalności zgromadzenia albo zgody na sprzedaż. W sytuacjach, kiedy konflikt między konstytucją a ustawą wydaje się dla urzędnika nie do uniknięcia, może on nie stosować ustawy, którą po możliwie wnikliwej analizie uważa za sprzeczną za konstytucją (1 może tak uważać). Przeciwno takiemu postępowaniu nie przemawia także art. 100 I UZ, który nawiązuje do ostatecznej kompetencji sądów co do podejmowania decyzji w tych kwestiach (por. poniżej § 7 nb. 4), ale nie obejmuje działań władz administracyjnych, podejmowanych z zastrzeżeniem sądowego potwierdzenia.

47. c) Ostatnio dyskusja objęła zagadnienie badania i wzruszenia rozporządzeń i statutów, w szczególności planów zabudowy, przez władze administracyjne. Art. 100 ust. 1 UZ nie odgrywa przy tym już żadnej roli. Znacząca jest natomiast zasada związania się prawem, wynikająca z hierarchicznej struktury administracji i podziału kompetencji, opierająca się na pewności prawa, która zakazuje sytuacji, w której urzędnik administracji odrzuca normę prawną i nie stosuje jej w konkretnym przypadku. Opowiedzenie się za tezę, że normy prawne sprzeczne z prawem są nieważne, powoduje, że normy te – właśnie z powodu swej nieważności – rzeczywistość nie mogą zostać zastosowane, o ile nie zostało to inaczej przewidziane. Ponadto jest możliwe i zdarza się często, że władza mająca zastosować normę w jej opinii nieważną, zawiesi postępowanie i zwróci się do instancji, która tę normę wydała albo do jej organu nadzoru w celu uchylecia danej normy. Niekiedy wnosi też o sądowo-administracyjną kontrolę normy w myśl § 47 u.p.a. Jest to dopuszczalne, o ile nie spowoduje niepowetowanych opóźnień. Z drugiej strony obywatel albo instancja, która wydała tę normę prawną, mogą wnieść skargę, jeśli dana norma nie została zastosowana z powodu (rzekomej) niezgodności z prawem. Uszczerbek co do pewności prawnej ma zatem tak czy inaczej charakter tymczasowy.

W literaturze i orzecznictwie pojawiają się różnorodne poglądy. Ogólnie o statutach: Kopp, DVBl., 1983, 821 nn.; Pietzcker, DVBl., 1986, 806 nn.; OVG Saarland, DÖV, 1990, 152; o planach zabudowy: von Mutius, Hill, Die *Behandlung fehlerhafter Bebauungspläne durch die Gemeinde*, 1983, Volhard, NVwZ, 1986, 105 nn.; Jäde, BayVBl., 1988, 5 nn.; BVerwGE, 75, 142 = DVBl., 1987, 481 z uwagami Steinera; BVerwGE, NVwZ, 1990, 57; wg BVerwGE, 75, 142 ani gmina, ani organ nadzoru nie są uprawnione, aby stwierdzić nieważność sprzecznego z prawem planu zabudowy; gmina powinna raczej

uchylić sprzeczny z prawem plan, zgodnie z przepisami o sporządzaniu planów zabudowy.

VIII. Prawo Wspólnot Europejskich i prawo międzynarodowe

48. Obok prawa niemieckiego coraz większą rolę odgrywiają prawo Wspólnot Europejskich i prawo międzynarodowe, choć są one różnicowane. Z tego powodu muszą zostać odpowiednio zaklasyfikowane w doktrynie źródeł prawa.

1. Prawo Wspólnot Europejskich

49. *Prawo Wspólnot Europejskich* (por. powyżej § 2 nb. 25) dzieli się na dwie grupy: prawo pierwotne i prawo pochodne (wtórne).

50. *Na pierwotne prawo wspólnotowe* składają się nie tylko traktaty założycielskie, na mocy których powołano w drodze prawnomiędzynarodowego porozumienia Wspólnoty Europejskie, określające jednocześnie bliżej ich cele, struktury, organy, kompetencje, a zatem będące ich konstytucją. Obowiązują one wraz z późniejszymi zmianami i rozszerzeniami, w szczególności o Traktat z Maastricht i Traktat Amsterdamski. Uzupełnienie prawa pierwotnego stanowią ogólne zasady prawa wspólnotowego, wykształcone przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości.

51. *Pochodne (wtórne) prawo wspólnotowe* obejmuje przepisy prawne wydane przez organy Wspólnot Europejskich na podstawie traktatów założycielskich. Muszą one być zgodne z owymi traktatami; jeśli tak nie jest, to są one nieważne. Akty prawne Wspólnot Europejskich, które ze względu na uproszczenie zostaną przedstawione częściowo, bliżej są omówione w art. 189/249 TWE (w stosunku do pozostałych wspólnot obowiązują podobne regulacje). Należy rozróżnić:

– *rozporządzenie* obowiązujące powszechnie. Wiąże ono nie tylko państwa członkowskie, ale obowiązuje także wewnątrz państw członkowskich i dlatego powinno być respektowane przez krajowe urzędy i sądy oraz przez obywateli. Rozporządzenie może być podstawą bezpośrednich praw i obowiązków obywateli;

– *dyrektywę (Richtlinie)*, które jest skierowana tylko do państw członkowskich. Określa ona w sposób wiążący cele, ale wybór formy i środków pozostawia organom wewnątrzpaństwowym. Dyrektywa wymaga ponadto implementowania przez państwa członkowskie. Jeśli państwa nie spełnią tego obowiązku w określonym terminie albo nie zrobią tego w sposób zadowo-

lający, to dyrektywa może obowiązywać bezpośrednio na korzyść obywatela, o ile jest wystarczająco określona pod względem treściowym, bezwarunkowa i nie wymaga żadnego aktu wykonawczego (por. ETS, 1982, 53, 70 nn.; ETS, 1984, 1075, 1083 nn.; ETS, DVBl., 1992, 1017; BverfGE, 75, 223, 235 nn.);

– *decyzję (Einscheidung)*. Ujęta w art. 189 ust. 4/249 ust. 4 TWE dotyczy natomiast, jak akty administracyjne prawa niemieckiego, tylko konkretnych przypadków i jest wiążąca tylko dla danych, konkretnych adresatów (np. państwo członkowskie, osoba fizyczna). Ponadto organy Wspólnot Europejskich mogą w myśl art. 189 ust. 5/249 ust. 5 TWE wydawać *zalecenia i opinie*, które wprawdzie nie są prawnie wiążące, ale jako oficjalne oświadczenia mogą zyskiwać znaczenie polityczne.

52. [...]

2. Stosunek prawa niemieckiego do prawa Wspólnot Europejskich

53. Prawo Wspólnot Europejskich stanowi co prawda odrębny porządek prawny, ale nie pozostaje w izolacji lub bez punktów stykowych z prawem niemieckim. Coraz częściej okazuje się, że przy ocenie prawnej i rozstrzygnięciu konkretnych przypadków należy uwzględnić zarówno prawo niemieckie, jak i prawo wspólnotowe, które się uzupełniają lub przecinają. Z tego powodu należy wyjaśnić, która norma prawna – niemiecka czy wspólnotowa jest w razie kolizji miarodajna i musi zostać zastosowana. Jak zatem ma rozstrzygnąć sędzia, jeśli w konkretnej sytuacji właściwe przepisy prawa niemieckiego są sprzeczne z prawem Wspólnot Europejskich?

54. Przeważająca część doktryny wychodzi ze słusznego założenia, że *prawo wspólnotowe zasadniczo posiada pierwszeństwo* w stosunku do prawa narodowego. W perspektywie prawa europejskiego wynika to przede wszystkim z traktatów założycielskich, a w szczególności z art. 189 ust. 2/249 ust. 2 TWE i z ogólnej zasady gwarancji funkcjonowania Wspólnot, która to zasada byłaby naruszona, gdyby ustawodawca krajowy (narodowy) mógł dowolnie przekreślać regulacje wspólnotowe poprzez własne przepisy prawne. Z punktu widzenia prawa państwowego pierwszeństwo prawa wspólnotowego wynika ze zgody ustawodawcy na traktaty wspólnotowe i upoważnienia integracyjnego, wyrażonego w art. 24 ust. 1 UZ, względnie art. 23 ust. 1 UZ w brzmieniu z 1992 r. Pierwszeństwo prawa wspólnotowego nie oznacza jednak pierwzeństwa obowiązywania, a jedynie pierwszeństwo stosowania. Niemiecki przepis prawny, niezgodny z regulacją wspólnotową, nie jest zatem nieważny, ale w konkretnym przypadku nie jest po prostu stosowany. W przypadku uchylecia normy wspólnotowej przepis krajowy jest nadal stosowany, o ile jego pierwotne okoliczności nie zmieniły się w sposób znaczący. [...]

55. Odrębne postrzeganie przepisów niemieckich i wspólnotowych, jak również odnoszące się do tego odrębne stosowanie reguł kolizyjnych nie zawsze prowadzi do zadawających rozwiązań, ponieważ wszystkie przepisy należy postrzegać w kontekście, do którego przynależą. Jeśli chodzi o różnice koncepcyjne, to niemieckiemu ustawodawcy nie pozostaje właściwie nic innego, jak w drodze nowych regulacji podążać za koncepcją wspólnotową. [...]

56. Dyskutuje się, czy pierwszeństwo prawa wspólnotowego obowiązuje także wtedy, kiedy naruszone zostają fundamentalne zasady konstytucyjne albo prawa podstawowe Ustawy Zasadniczej, np. jeśli wskutek zastosowania przepisu wspólnotowego doszłoby do naruszenia praw podstawowych, zagrożonych w UZ. Kwestia ta może być postrzegana zarówno pod względem raczej teoretycznym, jak również raczej praktycznym. Z teoretycznego punktu widzenia można śmiało powiedzieć, że to, co w drodze art. 79 ust. 3 UZ zostało wyłączone nawet z możliwości zmiany przez ustawodawcę, powołanego do zmiany konstytucji, nie może zostać przez art. 24 ust. 1 UZ przeniesione na Wspólnoty Europejskie. Art. 23 ust. 1 UZ w brzmieniu z 21 grudnia 1992 r. potwierdza tę tezę. Zgoda na traktaty założycielskie, ich zmiany i uzupełnienia, jak również na inne porozumienia europejskie, jest ograniczona zastrzeżeniem, że zasady zawarte w art. 79 ust. 3 UZ, a w szczególności istota praw zasadniczych (art. 1, i 19 ust. 2 UZ), nie mogą zostać naruszone. Jeśli potwierdzi się to zastrzeżenie i uzna się jego prawną skuteczność, to oznacza to, że na tym poziomie ponownie zmienia się stosunek pierwszeństwa i te przepisy wspólnotowe, które są sprzeczne z zasadami art. 79 ust. 3 i art. 23 ust. 1 UZ, nie powinny być w prawie niemieckim respektowane i nie są wiążące. Można by pójść ewentualnie krok dalej i żądać oraz przyjmować konstytucyjnie zagwarantowaną ochronę praw podstawowych w stosunku do wszystkich aktów władczych obowiązujących w niemieckim porządku prawnym, także w stosunku do aktów wydanych przez organy Wspólnot Europejskich. Z drugiej strony to przekonanie ma znaczenie dla praktyki tylko wtedy, gdy nie istnieją jeszcze odpowiednie zabezpieczenia i gwarancje w sprawie Wspólnot. Na tym opiera się tzw. orzecznictwo *Solange* („jak długo, o ile”) Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. Początkowo FTK brakowało wystarczającej ochrony praw podstawowych we Wspólnotach Europejskich i dlatego zaakcentował swoją kompetencję do badania (wtórnego) prawa Wspólnot na bazie niemieckich praw podstawowych, później jednak FTK wyraził opinię, że obecnie Wspólnoty Europejskie, a w szczególności orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zapewniają wystarczającą ochronę praw podstawowych, która pod względem koncepcji, treści i działania prawnego może być w zasadzie postrzegana jako równoważna w stosunku do standardu praw podstawowych, wyrażonego w Ustawie Zasadniczej. Z tego powodu (obecnie) traci znaczenie badanie prawa Wspólnot według kryterium praw podstawowych Ustawy Zasadniczej.

3. Prawo międzynarodowe

57. Prawo międzynarodowe obowiązuje w krajowym porządku prawnym tylko wtedy, gdy zostanie przejęte przez nie w drodze wewnątrzpaństwowego aktu prawnego. W stosunku do ogólnych zasad prawa międzynarodowego następuje to już poprzez art. 25 UZ, a dla innych reguł prawa międzynarodowego wymagana jest ustawa wyrażająca zgodę, w myśl art. 59 ust. 2 UZ. Ogólne zasady prawa międzynarodowego mają w hierarchii miejsce pomiędzy ustawą formalną a konstytucją (por. art. 25 zd. 2 UZ), a pozostałe regulacje prawa międzynarodowego mają tę samą rangę, co ustawa ratyfikacyjna.

Literatura: Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929; Hensel, *Die Rangordnung der Rechtsquellen*, HdbStR, t. II, 1932, s. 313 nn.; Wolff, *Rechtsgrundlagen und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquelle*, [w:] *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, 1955, s. 33 nn.; Höhn, *Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht*, 1960; Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, 1961, s. 9 nn.; Bachof, *Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz*, AöR, t. LXXXVIII, 1962, s. 1 nn.; Menger, *Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts als Rechtsquellen*, [w:] *Festschrift für Bogs*, 1967, s. 89 nn.; Starck, *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes*, 1970; Meyer-Cording, *Die Rechtsnormen*, 1971; Dreier, *Probleme der Rechtsquellenlehre*, [w:] *Festschrift für Hans J. Wolff*, 1973, s. 3 nn.; P. Kirchhof, *Rechtsquellen und Grundgesetz*, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, t. II, 1976, s. 50 nn.; Pietzcker, *Zur Inzidentverwerfung untergesetzlicher Rechtsnormen durch die vollziehende Gewalt*, AöR, t. CI, 1976, s. 374 nn.; Schmidt-A(mann), *Die kommunale Rechtsetzung im Gefüge der administrativen Handlungsformen und Rechtsquellen*, 1981; Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, wyd. II, 1981, s. 210 nn.; Schneider, *Gesetzgebung*, 1982; von Olshausen, *Die (Rechts-) Quellen des Verwaltungsrechts*, JA, 1983, s. 177 nn.; Wahl, *Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts*, NVwZ, 1984, s. 401 nn.; Kirchhof, *Revisibles Verwaltungsrecht*, Festschrift für Menger, 1985, s. 813 nn.; Tettinger, *Normtypen im deutschen Verwaltungsrecht*, „Die Verwaltung” 22/1989, s. 291 nn. [...]

§ 5. [...]