

Brytyjski model prywatyzacji zadań publicznych w świetle prawa i orzecznictwa precedensowego

Usługi publiczne w krajach o zaawansowanych gospodarkach są w coraz to większym stopniu świadczone przy wykorzystaniu kombinacji mechanizmów publicznych i prywatnych zamówień. Jak podkreśla się w anglojęzycznej literaturze przedmiotu, ekspansji sektora prywatnego winno towarzyszyć zjawisko równoległego wycofywania się państwa z zarządzania daną gospodarką, czego w chwili obecnej nie można jeszcze nazwać procesem jednostajnym czy strategicznym programem¹. Zdaje się to być raczej rynkową koniecznością lub reakcją na społeczne zapotrzebowania. Doświadczenia krajów rozwiniętych pokazują, że to, co leży w interesie rynku, niekoniecznie odpowiada interesom państwa i *vice versa*², tak więc wspomniany proces jawi się raczej jako konkurencja, czy wręcz ścieranie się interesów poszczególnych stron. W przestrzeni wytworzonej pomiędzy raczej ociężałym wycofującym się państwem, a co za tym idzie, powstrzymywanym naporem sektora prywatnego, uformowały się podmioty mieszanej, publiczno-prywatnej natury. Obszar ten charakteryzuje się aktywnością gospodarczą cechującą podmioty prywatne, przy jednoczesnym ograniczaniu ich swobód przez prawne regulacje wynikające z dyscypliny finansów publicznych. W piśmiennictwie przyjęło się nazywać ten sektor trzecim. Spotyka się też inne próby nazwania tego, mniej lub bardziej skonkretyzowanego w zależności od systemu prawnego, obszaru: mieszana administracja³ bądź rządowa osoba trzecia⁴, przy czym determinantą przynależności do tego

¹ Szerzej: S. Strange, *The retreat of the State. The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge University Press 1996.

² Zob.: Ch. E. Lindblom, *Politics and Markets*, New York 1977, czy *idem*, *Market and Democracy. Obliquely*, [w:] *Political Science and Politics*, Vol. 28, No. 4 (Dec., 1995), s. 684-688, American Political Science Association 1995.

³ Oryg.: *mixed administration*, zob. M. Aronson, *A Public Lawyer's Responses to Privatisation and Outsourcing*, [w:] M. Taggart (red.), *The Province of Administrative Law*, Hart Publishing, Oxford 1997, s. 52-53.

⁴ Oryg.: *third-party government*, zob.: L.M. Salamon, *The Tools Approach and the New Governance: Conclusion and Implications*, [w:] L.M. Salamon (red.), *The Tools of Government*, Oxford University Press 2002, s. 604.

sektora, odmiennie do uregulowań polskich, nie jest status prawny podmiotu⁵, a pełniąca funkcja w danym obszarze gospodarki państwa.

W niniejszym artykule omawiam kwestię podmiotowości publiczno-prawnej w Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, a także analizuję proces powstawania idei i wdrażania w życie prywatyzacji na gruncie brytyjskiego systemu prawnego *common law*. Poniżej zostaną przedstawione kluczowe dla zagadnienia akty prawne, główne precedensowe orzecznictwo oraz stanowiska przedstawicieli środowisk akademickich, interpretacje i wytyczne komisji parlamentarnych i rządu. W polskiej literaturze przedmiotu zajmowano się już ogólnie tą tematyką w latach 90. XX w.⁶ Przedmiotowe rozważania koncentrować się będą raczej na współczesnych problemach i trendach wynikłych na tle implementacji do brytyjskiego systemu prawnego Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w 1998 r., czy kolejnej odsłony reformy konstytucyjnej z 2005 r.

Na wstępie rozważań należy określić, które podmioty cechują się osobowością publiczno-prawną i jakie kryterium stanowi o posiadaniu owej właściwości. Stanowione prawo brytyjskie⁷ definiuje podmiot publiczny⁸ jako sąd lub trybunał⁹ [s. 6(3)(a)], a także jakąkolwiek osobę, której pewne zadania są zadaniami natury publicznej [s. 6(3)(b)]. Wyjątkiem od tej reguły jest wyłączenie spod tej definicji parlamentu lub osób sprawujących funkcje związane z procesami zachodzącymi w parlamencie¹⁰. Literalnie stosowanie przepisu s. 6(3)(b) wyczerpywałoby znamiona każdego działania osoby wykonu-

⁵ Znowelizowane przepisy art. 3 ust. 3 pkt 4 Ustawy o działalności pożytku publicznego i wolańtariacie dopuszczają wprawdzie do tej sfery podmioty z sektora prywatnego, lecz w kontekście rozważań niniejszego artykułu jest to rozwiązanie pośrednie w stosunku do uregulowań brytyjskich.

⁶ Mowa m.in. o takich opracowaniach, jak: J. Klich, *Prywatyzacja w Wielkiej Brytanii. Lata 80.*, Katowice 1993, L. Zacharko, *Prywatyzacja zadań publicznych w Wielkiej Brytanii*, [w:] *Prywatyzacja zadań publicznych gminy. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2000, J. Supernat, *W Anglii*, [w:] J. Jeżewski (red.), *Gmina w wybranych państwach Europy Zachodniej*, Wrocław 1995.

⁷ *Human Rights Act 1998 (s. 6)*. Wspomniany akt jest jednocześnie aktem inkorporacyjnym Europejskiej Konwencji Praw Człowieka do brytyjskiego systemu prawnego.

⁸ Oryg. *public authority*, co dosłownie winno tłumaczyć się jako władza publiczna, kompetencja lub nawet decyzja (orzeczenie). Na potrzeby niniejszej pracy przyjęto ujednoznaczniony termin „podmiot publiczny”.

⁹ Ang. *tribunal* oznacza w brytyjskim systemie *common law* zespół orzekający w poszczególnych rodzajach spraw, często składający się z prawników i ławników, lecz niebędący sądem w ścisłym tego słowa znaczeniu (np. *employment tribunal* czy *domestic tribunal*). Orzeczenia trybunałów podlegają kontroli brytyjskich sądów powszechnych.

¹⁰ Taki szeroki zapis sugeruje, że nie chodzi tu wyłącznie o MP's, czyli Członków Parlamentu (*Members of Parliament*), ale też wszelkie osoby uczestniczące w procesach legislacyjnych Wielkiej Brytanii, w tym monarchę, ministrów czy członków rządu, których rozróżnić należy od urzędów (departamentów, ministerstw), na których czele stoją.

jącej jakiegokolwiek zadania publiczne, które byłoby zawsze aktem o charakterze władczym. Stąd w podsekcji (5) druga część definicji, której przedmiotem regulacji jest działalność, która nie jest traktowana jako publiczna, jeśli jest natury prywatnej¹¹. W efekcie osoba sprawująca publiczne funkcje, lecz w danym konkretnym wypadku dokonująca czynu o charakterze prywatnym, nie może być traktowana jak podmiot publiczny i tym samym korzystać z jego przywilejów, a czyn taki skutkować następstwami publiczno-prawnymi. W konsekwencji brytyjski prawodawca rozróżnia dwa typy podmiotów publicznych¹²:

- podmioty publiczne *sensu stricto*, takie jak centralne organy administracji publicznej (ministerstwa oraz centralne i terenowe organy administracji państwowej, samorząd terytorialny), policja, sądy i trybunały;
- zadaniowe (hybrydowe, mieszane) podmioty publiczne, wywodzące się i umiejscowione na gruncie prawa prywatnego, lecz realizujące pewne publiczne zadania¹³.

Granice między nimi próbuje wytyczyć się na gruncie *lex et consuetudo parliamenti*¹⁴ i *case law*¹⁵. Jeszcze podczas głównej debaty parlamentarnej¹⁶ poprzedzającej wejście w życie *Human Rights Act* podniesiono problem statusu prawnego podmiotów należących do sektora prywatnego, lecz realizujących pewne publiczne zlecenia w wyniku wszczętych i wdrożonych uprzednio procesów prywatyzacyjnych. Modelowym tłem dla tych rozważań był przykład statusu brytyjskich kolei w latach 1948-1993. *British Rail-*

¹¹ Oryg.: *the nature of the act is private* [Sekcja 6(5)].

¹² Stosując kryterium zaskarżalności decyzji podmiotów publicznych w drodze instytucji *judicial review* należy spośród podmiotów typu a) wyodrębnić sądy i trybunały z uwagi na wyłączenie ich z tego trybu przez s. 9(2) *Human Rights Act 1998*.

¹³ Podkreślić należy, że *Human Rights Act 1998*, odmiennie od uregulowań polskich, definiuje *expressis verbis* osoby prywatne jako podmioty publiczne w granicach sprawowanych przez nie publicznych funkcji [s. 6(3)(b)]; oryg. (3) *In this section "public authority" includes—(a) a court or tribunal, and (b) any person certain of whose functions are functions of a public nature.*

¹⁴ *Lex et consuetudo parliamenti* – są to szczególne uprawnienia sędownicze brytyjskiego parlamentu, wyłączone spod jurysdykcji sądów powszechnych, w sprawach wynikłych na bazie lub dotyczących przywilejów. Podstawę formalną przedmiotowych uprawnień stanowią zawsze stanowione akty parlamentarne. Przywileje wywodzą się z praktyki i tradycji, są zatem tzw. prawem zwyczajowym. Mimo to w systemie prawnym Wielkiej Brytanii mają one status prawa zwanego właśnie prawami i zwyczajami parlamentarnymi, instytucją nieco szerszą niż prawo zwyczajowe. Szerzej na ten temat: H. Barnett, *Constitutional and Administrative Law*, Cavendish Publishing Limited 2002, 4th edition, s. 550.

¹⁵ Tzw. prawo precedensowe w systemach *common law* – uprawnienia sądów do stanowienia prawa (*ratio decidendi*).

¹⁶ Debata odbyła się w Izbie Gmin dnia 17 czerwca 1998 r. (zob. *HC Deb 17 June 1998 cols. 409-10*).

way Board¹⁷, jako organ publiczny, administrował kolejnictwem w każdym jego aspekcie i wymiarze w Wielkiej Brytanii aż do 1997 r. W latach 1993-1996 dokonano sprzedaży pakietu większościowego udziałów, zamieniając *British Rail*¹⁸ w *Railtrack PLC*¹⁹. Jednak spółka *Railtrack*, oprócz świadczenia szynowych usług transportowych na wolnym rynku, zachowała władczy nadzór nad poszczególnymi przewoźnikami w sprawach dotyczących bezpieczeństwa, co jest zasadniczo zadaniem użyteczności publicznej²⁰.

Punktem wyjścia debaty w Izbie Gmin były wcześniejsze debaty²¹ w Izbie Gmin, Izbie Lordów czy Zgromadzeniu Narodowym²², dość szczegółowo naświetlające problematykę zagadnienia swoistej dychotomii funkcji sprawowanych przez niektóre podmioty prywatne czy grupy tych podmiotów. Wyraźnie zarysowują się w tych rozważaniach dwie kategorie procesów prywatyzacyjnych: prywatyzacja w ścisłym znaczeniu tego terminu i *contracting out*, gdzie pierwsze istotnie oznacza fizyczny transfer pewnego obszaru aktywów dotychczasowej działalności państwa do sektora prywatnego, a drugie transfer pewnych kompetencji, mandat do podejmowania działań przez podmioty prawa prywatnego (w tym organizacje społeczne i kościoły) w interesie publicznym. Warto podkreślić, iż podmioty te, działając w zakresie wspomnianego upoważnienia, nie są podmiotami publicznymi *ipso iure*, ale korzystają z ich przywilejów i podlegają analogicznemu nadzorowi.

Bezpośrednim skutkiem zakwalifikowania podmiotów do kręgu publicznych jest umieszczenie ich działalności w obszarze jurysdykcji administracyjnej²³ brytyjskich sądów, które wykształciły w ciągu dekady poprzedzającej uchwalenie *Human Rights Act* znaczące orzecznictwo w tej materii. Piśmiennictwo przedmiotu jako sztandarowy przykład podaje sprawę *R. v Insurance Ombudsman Bureau (IOB) Ex p. Aegon Life Assuran-*

¹⁷ (BRB) Przedsiębiorstwo państwowe i zarazem centralny urząd utworzony ze znacjonalizowanych w 1947 r. czterech największych spółek kolejowych w Wielkiej Brytanii (tzw. *Big Four British railway companies*) na podstawie *Transport Act 1947*.

¹⁸ Nazwa (firma) pod jaką funkcjonował BRB w obrocie publicznym.

¹⁹ PLC, czyli *public limited company* (szerzej zob. *Companies Act 2006*); spółka prawa prywatnego powstała najczęściej w wyniku przekształcenia przedsiębiorstwa państwowego.

²⁰ Szerzej na temat prywatyzacji brytyjskich kolei zob.: P. Leyland, *Back to Government? Regulating British Railways*, [w:] *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 12, No. 2, Indiana University Press (Summer 2005), s. 435-470.

²¹ Zob. *HC Deb 16 February 1998, col 773 (Home Secretary)*, *HL Deb 24 November 1997, col 800, 811 (Lord Chancellor)*, *HL 77, HC 410, 2006-7, para. 2*.

²² Właściwie chodzi o tzw. *Joint Committee*, czyli obrady obu izb brytyjskiego parlamentu zwoływane w celu rozważań nad konkretnymi problemami.

²³ Tzw. *judicial review*, czyli instytucja sądowej rewizji decyzji administracyjnych mogąca skutkować m.in. unieważnieniem decyzji.

ce²⁴, w której toku postępowania domagano się od *Division Court* rozpoznania apelacji od 23 decyzji IOB w sprawach odszkodowań. W rozstrzygnięciu sąd zwrócił uwagę na kilka istotnych cech pozwalających zaklasyfikować podmioty do grupy publicznych. Oprócz omawianej wyżej natury publicznej sprawowanej funkcji istotnym kryterium okazało się umocowanie podmiotu, czyli źródło jego kompetencji. Uzasadniając oddalenie apelacji w tym przypadku *Division Court* wyraźnie wskazał na cechę dobrowolności członkostwa w IOB, a tym samym umowne poddanie się jego jurysdykcji. Zdaniem sądu, umowa między prywatnymi podmiotami kategorycznie wykluczyła organ nawet wówczas, gdy pełnił funkcje natury publicznej, z grona publicznych, a więc podlegających sądowej rewizji decyzji. Zupełnie przeciwnie, acz konsekwentnie, *Division Court* orzekł w innej sprawie: *R. v Advertising Standards Authority (ASA) Ex p. Insurance Services*²⁵, gdzie postępowanie zostało wszczęte i zakończone decyzją niejako z urzędu przez ASA. W tym przypadku decyzja organu potraktowana została jako wykonywanie władzy publicznej, a sam organ jako publiczny i podlegający kognicji sądu rewizyjnego²⁶.

Naturalne staje się pytanie, czy zasadą jest, że dany podmiot, którego sprawowana funkcja jest natury publicznej, lecz źródło umocowania leży w obszarze prawa prywatnego, nie podlega sądowej rewizji decyzji. Kwestią tą zajmował się *Court of Appeal (Civil Division)*, orzekając w sprawie *R. v Panel on Takeovers and Mergers (PTM) Ex p. Datafin PLC*²⁷, gdzie jeden z sędziów trójosobowego składu orzekającego, *sir Timothy Lloyd (L.J.)*, zasugerował, że źródło umocowania podmiotu często, a być może nawet zazwyczaj, jest decydujące, nie dzieląc jednocześnie tezy lorda barona Roberta Alexandra, iż jest ono jedyną przesłanką²⁸. Przewodniczący składu sędziowskiego, *sir John Donaldson (M.R.)*, przychyłając się do stanowiska sędziego Lloyda zauważył, iż pomiędzy wspomnianymi ekstremami jest przestrzeń, w której przydatne jest dostrzeżenie nie tylko źródeł umocowania, ale i natury tego umocowania. Jeśli podmiot, o którym mowa, sprawuje funkcje wynikające z prawa publicznego lub sprawowanie tych funkcji wiąże się z prawno-publicznymi konsekwencjami, wówczas mogłoby to być wystarczające do objęcia takiego podmiotu sądową rewizją decyzji²⁹. Wygląda na to, że sądy brytyjskie,

²⁴ Publ.: [1994] C.L.C. 88.

²⁵ Publ.: [1990] C.O.D. 42

²⁶ Zob. podobne: *R. v Code of Practice Committee of the British Pharmaceutical Industry Ex p. Professional Counselling Aids* [1991] C.O.D. 228, *R. v Lord Chancellor Ex p. Hibbit & Saunders* [1993] C.O.D. 326, *R. v Great Western Trains Ex p. Frederick* [1998] C.O.D. 239.

²⁷ Publ.: [1987] Q.B. 815.

²⁸ Oryg. cyt. *So I would reject Mr. Alexander's argument that the sole test whether a body is subject to judicial review is the source of its power (...) the source of the [body's] power will often, perhaps usually, be decisive*; [1987] Q.B. 847.

²⁹ Publ.: [1987] Q.B. 815, 847; zob. też *sir John Donaldson M.R.*, s. 838.

interpretując status danego podmiotu, zachowują daleko idącą ostrożność, co zważywszy wagę *ratio decidendi* orzeczenia precedensowego w systemie *common law*, jest doskonale zrozumiałe. Deputowani Izby Gmin i Lordowie, implementując Europejską Konwencję Praw Człowieka (EKPC), zdawali sobie doskonale sprawę, iż ostateczny kształt definicji nada orzecznictwo brytyjskich sądów. Z tej przyczyny, a także z uwagi na szczególny charakter prawny *Human Rights Act 1998* w brytyjskim systemie prawnym, ustawowa definicja, która zwyciężyła w Parlamencie, jest swego rodzaju wypadkową kilkunastoletnich procesów prywatyzacyjnych w Wielkiej Brytanii i istniejącego w momencie uchwalania Aktu orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka³⁰. W doktrynie brytyjskiego prawa administracyjnego wyraźnie podkreśla się jednak dychotomię jurysdykcyjną wytworzoną przez *Human Rights Act*, wskazując na przyczyny leżące w samej treści Konwencji³¹.

Kwestia statusu podmiotowości publicznej była, jak można się było tego spodziewać, w 2003 r. przedmiotem rozważań najwyższej instancji brytyjskiego sądownictwa – Izby Lordów³² w sprawie *Aston Cantlow Parochial Church Council v Wallbank*³³. Rozważania Izby co do istoty hybrydowej czy zadaniowej natury podmiotu miały charakter wyłącznie *obiter dictum*, niemniej jednak dokonano pewnej systematyki przedmiotu. I tak, jako niezbędne cechy determinujące charakter zadania wykonywanego przez osobę (podmiot) jako publiczne określono: finansowanie zadań wykonywanych przez podmiot ze środków publicznych, kompetencja podmiotu mająca swoje źródło w akcie parlamentu, umiejscowienie podmiotu w zbiorze administracji publicznej, zarówno centralnej, jak i terytorialnej (w tym samorządowej), a także świadczenie usług publicznych. Sąd najwyższy nie dokonał tu rozszerzającej wykładni przepisów *Human Rights Act* w stosunku do dotychczasowego orzecznictwa precedensowego³⁴, która skutkowałaby możliwością dokonywania subsumpcji statusu podmiotów realizujących zadania publiczne na zasadzie *contracting out* pod normy zawarte w s. 6(3)(b) *Human Rights Act 1998*. Niemniej jednak w rozważaniach tych prywatne zakłady karne, a także inne pod-

³⁰ N. Bamforth, *The application of the Human Rights Act 1998 to public authorities and private bodies*, [w:] Cambridge Law Journal, 58(I), Cambridge University Press 1999, s. 160.

³¹ J. Alder, *Constitutional and Administrative Law*, Palgrave Macmillan 2009, s. 319-320.

³² *Appellate Committee of the House of Lords* w roli Sądu Najwyższego zastąpił od 2009 r. *The Supreme Court of United Kingdom* wyodrębniony z Parlamentu przepisami *Constitutional Reform Act 2005*.

³³ Publ.: [2003] UKHL 37.

³⁴ Głównie chodzi tu o kontrowersyjne orzeczenie w sprawie *R. v Leonard Cheshire Foundation (A Charity)* [2002] 2 All ER 936, gdzie *Court of Appeal, Civil Division* odmówił statusu podmiotu publicznego fundacji (*charity*) prowadzącej dom pomocy społecznej na mocy umowy (*contracting out*) z podmiotem administracji samorządowej, który z kolei zobowiązany był utrzymywać ów obiekt na mocy s. 21a *National Assistance Act 1948*.

mioty sektora prywatnego spełniające pewne funkcje regulujące (np. *Law Society*), zostały wprost zaliczone do podmiotów publicznych spełniających kryteria wspomnianego Aktu³⁵. Jednakowoż wciąż są to jedynie tendencje, być może też uwagi *de lege ferenda*, gdyż przytaczane rozważania mają w brytyjskim prawie status *obiter dictum*, a więc opinii niewiążącej sądów niższych instancji, które pozostają związane precedensem *Leonard Cheshire Foundation*, dopóki *Supreme Court* lub parlament nie zmienia obowiązującego prawa.

Joint Committee on Human Rights w 2004 r. opublikował raport³⁶ określający obowiązującą wykładnię brytyjskich sądów jako „wysoce problematyczną”³⁷ i wytwarzającą lukę prawną pomiędzy założeniami Aktu a faktycznymi ramami jego obowiązywania. W dokumencie tym postulowano zastąpienie dotychczasowej procedury badania statusu podmiotu domniemaniami podmiotowości publiczno-prawnej wywodzonym z zakresu ciężących na podmiocie obowiązków, których wykonywanie leży w publicznym interesie określonym przez publiczną administrację centralną. W wymiarze praktycznym omawianego zagadnienia rząd zaczął współuczestniczyć w postępowaniach sądowych dotyczących podmiotowości publiczno-prawnej w charakterze strony oraz sporządził i opublikował wytyczne dla samorządów terytorialnych zlecających usługi publiczne na zasadzie *contracting out*. Po trzech latach wspomniany *Joint Committee* dokonał ponownej oceny działań rządu, publikując kolejny raport³⁸, w którym negatywnie odniósł się do ich efektywności. Dnia 20 czerwca 2007 r. ukształtowała się też linia wiążącego orzecznictwa Izby Lordów (jako sądu najwyższego)³⁹, przesądzająca w pewien sposób o węższej definicji podmiotu publicznego, wzbudzając tym samym niezadowolenie Izby Gmin. Cytowane orzeczenie było małym krokiem naprzód, choć wydaje się, że jeszcze nie definitywnym ze względu na jego bierny charakter. Sąd najwyższy ograniczył się do utrzymania w mocy orzeczenia sądu niższej instancji, nie rozpatrując ponownie meritum sprawy. Tym samym jasne stało się, że chcąc rozszerzyć krąg podmiotów publicznych, członkowie parlamentu będą musieli raczej wdrożyć procedurę uchwalenia nowych przepisów, niż czekać na kolejny krok sądu najwyższego.

³⁵ Zob. Lord D. Nicholls, *Baron Nicholls of Birkenhead*, [w:] UKHL 37, [2003], akapit 9.

³⁶ *The Meaning of Public Authority under the Human Rights Act*, HL 39/HC 382, publ. *Stationery Office Limited* 2004.

³⁷ Oryg. *highly problematic*.

³⁸ *The Meaning of Public Authority under the Human Rights Act*, HL 77/HC 410 (2006-7), publ. *Stationery Office Limited* 2007.

³⁹ Sąd najwyższy utrzymał w mocy rozstrzygnięcie *Court of Appeal* z dnia 30 stycznia 2007 r. *Johnson v The London Borough of Havering, Y v Birmingham City Council* [2007] EWCA Civ 26.

W raporcie z dnia 28 marca 2007 r. *Joint Committee* stwierdziła istnienie tendencji do zachowywania prawa do wykonywania pewnych publicznych kompetencji dla podmiotów publicznych *sensu stricto* w porównaniu do tych działających na podstawie zlecenia wykonania zadań publicznych (*contracting out*). Jednak mimo zapewnień rządu, że prywatne podmioty świadczące publiczne usługi o charakterze władczym, takie jak więziennictwo, czy urzędy imigracyjne, będą przedmiotem regulacji w kontekście podmiotowości publiczno-prawnej, nadal pozostają w obszarze jurysdykcji sądów, których linia orzecznicza jest jednoznacznie wytyczona, lecz wciąż ostatecznie nieukształtowana⁴⁰.

Prócz wspomnianego uprzednio przykładu prywatyzacji brytyjskich kolei państwowych istotne dla formowania się koncepcji prywatyzacji w Zjednoczonym Królestwie były jeszcze przypadki *British Telecommunications* (1984 r.), *British Gas* (1986 r.), *British Airways* i *British Airports Authority* (1987 r.), *British Petroleum* (1987 r.), *British Steel Corporation* (1988 r.), *Water Authorities* (1989 r.), *Electricity Industry* (lata 1990-91) i *British Energy* (1996 r.). Prywatyzacja podczas ostatnich rządów torysów odbywała się w dwu nurtach: przekształcaniu przedsiębiorstw państwowych w podmioty prawa prywatnego i sprzedaż udziałów na wolnym rynku (*sales of shares*) oraz zlecenie wykonywania kluczowych zadań publicznych podmiotom sektora prywatnego (*contracting out*). Co więcej, brytyjskim samorządom polecano zarówno zlecenie wykonania zadań publicznych na zewnątrz sektora publicznego w trybie przetargowym, jak i transfer aktywów (głównie majątku nieruchomości w postaci komunalnych lokali mieszkalnych) do majątków najemców lub odpowiednich organizacji pozarządowych⁴¹. *Private Finance Initiative*, brytyjski program prywatyzacyjny, zakładał też jako jeden z kolejnych etapów prywatyzacji nabywanie nowych aktywów przez prywatne podmioty uczestniczące w procesie prywatyzacji i pozostawianie tych aktywów w zarządzie wspomnianych podmiotów nawet przez kilkadziesiąt lat, przy jednoczesnym finansowaniu przedsięwzięć ze środków publicznych i opłat użytkowników tych aktywów. Inicjatywa ta, nazwana *public/private partnership*⁴², jest w brytyjskim systemie prawnym istotna z punktu widzenia budowy nowych szpitali, szkół czy utrzymywania i rozwijania londyńskiego metra. W latach 1997-2010, czyli w trakcie rządów laburzystów, wprowadzono też w pewnym stopniu deregulację brytyjskiej służby zdrowia⁴³ poprzez utworzenie specjalnych

⁴⁰ *The Meaning...* (2006-7), paragraf 72.

⁴¹ Oryg.: *non-profit housing associations*.

⁴² W Wielkiej Brytanii nie ma jednego aktu prawnego regulującego instytucję partnerstwa publiczno-prywatnego czy programu *Private Finance Initiative*. Kwestie te każdorazowo rozstrzygają przepisy uchwalane przez parlament do celów konkretnego programu prywatyzacyjnego.

⁴³ *National Health Service*.

funduszy⁴⁴, instytucji w dużej mierze niezależnych od *Department of Health*⁴⁵, pełniących w systemie opieki zdrowotnej głównie funkcje zarządcze⁴⁶. Rozszerzono też korzystanie z prywatnych zakładów karnych i w pewnej mierze kurateli skazanych⁴⁷.

Wskazano powyżej, iż instytucja partnerstwa publiczno-prywatnego nie jest kwestią jednoznacznie uregulowaną prawnie. Istotnie, w systemie praw stanowionych próżno szukać aktu prawnego stanowiącego o fundamentalnych zasadach procesów prywatyzacyjnych. Każdorazowo odbywa się to na mocy odrębnej uchwały parlamentu. Wytlumaczeniem tego może być niechęć członków Izby Gmin, czyli kluczowego organu stanowiącego prawo w Wielkiej Brytanii, do rewizji decyzji rządu na gruncie *case law*, czyli zaskarżalności. Jedną z fundamentalnych zasad systemu prawnego *common law* jest suwerenność parlamentu⁴⁸, czyli niepodważalność jego uchwał w drodze postępowania sądowego. Co prawda niewzruszalność tej zasady została poddana pod dyskusję po głośnym orzeczeniu precedensowym, mającym jednak status *dicta*, w sprawie *Jackson v Attorney-General*⁴⁹, lecz jak dotąd do żadnego z brytyjskich sądów powszechnych nie wpłynęła skarga zawierająca żądanie unieważnienia konkretnej decyzji w sprawie prywatyzacji. Co ciekawe, brak fundamentalnych (konstytucyjnych) zapisów regulujących prawo własności nie powoduje w przeprowadzanych procesach prywatyzacyjnych sporów kompetencyjnych, jak to ma miejsce w krajach Europy Centralnej i Wschodniej. Jeśli już dochodzi do rozstrzygnięć na drodze postępowania sądowego w przedmiocie własności prywatyzowanych aktywów, są to zazwyczaj procesy o charakterze bardziej formalnym, technicznym, niż konstytucyjnym⁵⁰. Niewykluczone, że na gruncie *Human Rights Act* wykiełkują problemy pochodne prywatyzacji, na przykład w relacji do prawa do poszanowania prawa własności wynikającego z art. 1 Protokołu dodatkowego do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Trzeba podkreślić jednak, że przepis cytowanego artykułu nie narusza *prawa [danego] Państwa do wydawania takich ustaw, jakie uzna za konieczne dla uregulowania sposobu korzystania*

⁴⁴ Np.: *NHS Foundation Trusts, NHS Hospital Trusts* czy *NHS Primary Care Trusts*.

⁴⁵ Urząd centralny, na którego czele stoi *Secretary of State for Health*, członek rządu w ścisłym tego słowa znaczeniu (*Cabinet of the United Kingdom*).

⁴⁶ Szerzej na temat reformy i funkcjonowania brytyjskiej służby zdrowia: P. Vincent-Jones, *The New Public Contracting: Public Versus Private Ordering?*, [w:] *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 14, No. 2 (Summer 2007), s. 259-278, Indiana University Press 2007.

⁴⁷ Zob.: *Offender Management Act 2007*, sekcje 3-5 (*probation*) i 16-20 (*prisons and secure training centres*).

⁴⁸ Tzw. zasada *Parliamentary sovereignty*.

⁴⁹ Publ.: [2005] UKHL 56.

⁵⁰ Zob. np.: *Ross v Lord Advocate* [1986] 1 WLR 1077 (HL) czy *Sheffield City Council v Yorkshire Water Services* [1991] 2 All ER 290.

z własności zgodnie z interesem powszechnym. Jednocześnie *Human Rights Act 1998*, będący formalną inkorporacją EKPC do brytyjskiego systemu prawnego, nie daje brytyjskim sądom kompetencji unieważniania aktów parlamentu, tym samym stwarza dla rządu szerokie pole manewru co do tego, co i jak chce prywatyzować. W kompetencji sądu leży zatem możliwość orzeczenia niezgodności danego aktu wyłącznie z Konwencją skutkującego ponownym poddaniem tego aktu pod obrady parlamentu.

Jak wspomniano powyżej, system brytyjskiego prawodawstwa nie reguluje jakichś szczególnych zasad, na jakich przedsiębiorstwo może być prywatyzowane, choć rozważano wprowadzenie norm o charakterze bezwzględnie obowiązującym w 1984 r. przy okazji prywatyzowania *British Telecommunications*⁵¹. Prawodawca wprowadza natomiast do obrotu prawnego całą masę *iuris dispositivi*, które pozwalają na legalny transfer aktywów przedsiębiorstwa państwowego do spółki prawa prywatnego umożliwiające przyszłą sprzedaż udziałów, czy regulują tryb przetargowy w procesie *contracting out* przeprowadzanym przez administrację publiczną niższego szczebla⁵². W tym duchu kształtuje się również orzecznictwo. W sprawie *R. v Secretary of State for Transport, ex parte Port of London Authority Police Federation*⁵³ sąd wyraźnie zaakcentował, że transfer kompetencji policyjnych na rzecz podmiotu prywatnego wymaga szczególnego umocowania w akcie prawa stanowionego. Brak norm bezwzględnie obowiązujących konsekwentnie skutkuje także możliwością przekształcenia przedsiębiorstwa bez uchwalania jakiegokolwiek szczególnego aktu. Dokonano tego w przypadku *British Petroleum* w 1987 r., którego udziały zostały po prostu sprzedane na wolnym rynku bez wcześniejszej, legalnej zmiany statusu. Podstawą prawną były tu obowiązujące wówczas przepisy *Companies Act*. Podobnie postąpiono w przypadkach znacjonalizowanych po II wojnie światowej firm motoryzacyjnych: *Jaguara* (1984 r.) i *Rolls-Royce'a* (1987 r.).

Analogicznie przedstawia się kwestia *contracting out*. Zasadą jest, że zlecenie realizacji zadań publicznych podmiotom prywatnym odbywa się bez konkretnego umocowania w akcie stanowionym *ius cogens*. Od tej zasady istnieją dwa wyjątki. Pierwszym z nich było uchwalenie *Civil Service (Management Functions) Act 1992* będącego pierwszym krokiem w kierunku decentralizacji władzy publicznej. Bezpośrednim skutkiem aktu był transfer zarządczych funkcji urzędów ministerialnych do służb cywilnych, a następnie szerokiego spektrum funkcji administracyjnych do rządowych agencji spoza jednak ścisłego kręgu *Cabinet*. Pozwoliło to na zachowanie administracyjnych funkcji pań-

⁵¹ T. Prosser, *Public Service Law: Privatisation's Unexpected Offspring*, [w:] *Law and Contemporary Problems*, Vol. 63, No. 4, Duke University School of Law, 2000, s. 65-66.

⁵² Zob. *Local Government Planning, and Land Act 1980* cz. III, *Local Government Act 1988* i *Local Government Act 1992* cz. I.

⁵³ Niepublikowane orzeczenie *High Court, Queen's Bench Division* z dnia 17 stycznia 2002 r.

stwowych wewnątrz sektora publicznego, przy jednoczesnym uwolnieniu samych ministerstw od zajmowania się sprawami formalnymi⁵⁴. Drugim, o wiele ważniejszym wyjątkiem, były przepisy części II. *Deregulation and Contracting Out Act 1994*, zezwalające na transfer ustawowych kompetencji ministrów na rzecz prywatnych zleceniobiorców⁵⁵. Przedmiotowy Akt stanowił tym samym podwaliny pod przyszłą prywatyzację więziennictwa, czego nie zdołano uchwalić w *Criminal Justice Act 1991*⁵⁶.

Zbliżając się do końca niniejszych rozważań, trzeba postawić pytanie o granice prywatyzacji – czy istnieje jakikolwiek obszar publicznych obowiązków, który nie mógłby być poddany prywatyzacji w Wielkiej Brytanii? Jednoznacznym rozstrzygnięciem tej kwestii próbowała zająć się komisja parlamentarna w 1994 r., według opinii której sam rdzeń obowiązków publicznych⁵⁷ nie podlega prywatyzacji, a zaliczałyby się doń takie funkcje państwa, jak sądownictwo, prawodawstwo, sprawowanie władzy wykonawczej na najwyższym szczeblu ministerialnym, a także funkcje związane z ograniczaniem wolności jednostki i bezpośrednim użyciem sił zbrojnych. Częściowe potwierdzenie powyższego znaleźć można w sekcji 71(1) *Deregulation and Contracting Out Act 1994*, który definiuje dwa kryteria stanowiące o wyłączeniu podmiotu z obszaru podlegającego prywatyzacji: kryterium podmiotowe i przedmiotowe. Pierwsze wyklucza właśnie sądy i trybunały „sprawujące sądowniczą władzę państwa”, drugie zaś funkcje, których wykonanie lub zaniechanie „nieuchronnie ingerowałoby w, czy w inny sposób naruszałoby wolności jednostki”, wliczając w to prawo do wejścia, przeszukania lub zajęcia mienia, a także kompetencje stanowienia prawa na mocy delegacji aktu wyższej rangi⁵⁸. Cytowany precedens *R. v Secretary of State for Transport, ex parte Port of London Authority Police Federation* zdaje się potwierdzać do pewnego stopnia tę regułę.

W kwestii innych niż wspomniane powyżej usług publicznych podtrzymano stanowisko, które można by nazwać zachowawczym. Próby sztywnego zdefiniowania owego rdzenia, a więc wyznaczenia przynajmniej jednej z granic prywatyzacji, określono mar-

⁵⁴ M.R. Freedland, *Government by Contract and Public Law*, [w:] *Public Law*, 1994, s. 86-104.

⁵⁵ *Idem*, *Privatising Carltona: Part II of the Deregulation and Contracting Out Act 1994*, [w:] *Public Law*, 2005, s. 21-26.

⁵⁶ *Idem*, *Government by Contract and Public Law*, [w:] *Public Law*, 1994, s. 88.

⁵⁷ Oryg. *a core of public responsibilities*.

⁵⁸ Oryg.: (a) *its exercise would constitute the exercise of jurisdiction of any court or of any tribunal which exercises the judicial power of the State*; (b) *its exercise, or a failure to exercise it, would necessarily interfere with or otherwise affect the liberty of any individual*; (c) *it is a power or right of entry, search or seizure into or of any property*; (d) *it is a power or duty to make subordinate legislation*.

nowaniem filozoficznego wysiłku i zarzucono jako bezowocne⁵⁹. Wydaje się, że osiągnięcie pewnego założonego celu przedmiotowych dyskusji, właśnie poprzez danie zielonego światła prywatyzacji więziennictwa i kwestii pochodnych, zdezaktualizowało potrzebę dalszych sporów.

Być może z powodu skrajnej elastyczności aktów prawa stanowionego brytyjskie sądy napotkały poważne trudności w zdefiniowaniu relacji pomiędzy *Human Rights Act* a obszarem konstytucyjnych praw podstawowych, którą należałoby przyjąć jako kryterium do określania statusu podmiotów prywatnych świadczących usługi publiczne na zasadzie *contracting out*. Inną istotną przyczyną powyższych trudności może być brak wyraźnego rozgraniczenia pomiędzy sferą prawa publicznego a prywatnego w brytyjskim systemie prawnym, gdzie właściwość rzeczowa tego samego sądu może obejmować oba typy postępowań. Problemy wymagające natychmiastowych rozstrzygnięć mogą być relatywnie w łatwy sposób wyjaśnione przez sąd najwyższy bądź uchwałę parlamentu, jednak wydaje się, że najpierw musi zaistnieć społeczna czy polityczna potrzeba ich wyjaśnienia. Dotychczasowe zachowanie sądownictwa najwyższego świadczy, że brytyjscy parlamentarzyści nie mogą raczej liczyć na pozytywne *ratio decidendi* z jego strony, choć wejście 1 października 2009 r. w życie reformy tego sądownictwa⁶⁰ otwiera nowy, trudny do przewidzenia rozdział w tej materii. Z pewnością można antycypować, że dopóki sędziowie *Supreme Court* zachowują swoje dotychczasowe stanowiska w Izbie Lordów, istnieją raczej znikome szanse na rewolucyjne zmiany.

⁵⁹ Treasury and Civil Service Committee, *The Role of the Civil Service*, HC 27, 1993-1994, paragraf 175.

⁶⁰ Zob. przyp. 28.