

## Charakter prawny zaleceń pokontrolnych wydawanych przez wojewódzkiego konserwatora zabytków

► **Jakub Kobyliński**<sup>1</sup>

Zgodnie z ustawą z 23.7.2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami<sup>2</sup> organem, któremu powierzono ochronę zabytków, jest m.in. wojewoda. W jego imieniu zadania i kompetencje związane z tym zakresem spraw wykonuje wojewódzki konserwator zabytków jako wyspecjalizowany organ administracyjny. W celu umożliwienia pełnienia swojej funkcji, ww. organ wyposażono w szereg instrumentów prawnych, w tym o charakterze kontrolnym i nadzorczym.

### Zalecenia pokontrolne jako instrument nadzoru konserwatorskiego

Wydawanie zaleceń pokontrolnych należy do kompetencji wojewódzkiego konserwatora zabytków i jest przejawem jego uprawnień nadzorczych. Zastosowanie ww. instrumentu może nastąpić po uprzednio przeprowadzonych czynnościach kontrolnych nakierowanych na sprawdzenie przestrzegania i stosowania przepisów dotyczących ochrony zabytków i opieki nad nimi (art. 38 OchrZabU). Z czynności kontrolnych sporządzany jest protokół, w którym opisywany jest stan faktyczny stwierdzony w toku kontroli. Protokół powinien zawierać opis ewentualnie zaistniałych nieprawidłowości, z uwzględnieniem przyczyny ich powstania, zakresem, opisem skutków oraz wskazaniem osób za nie odpowiedzialnych (art. 39 OchrZabU). W zależności od wyników kontroli mogą zostać zastosowane różne środki nadzoru, o których mowa w art. 40 ust. 1 OchrZabU: „Na podstawie ustaleń wynikających z kontroli, w przypadku ustalenia, że zabytek jest w nieodpowiednim stanie zachowania, wojewódzki konserwator zabytków może wydać kontrolowanej osobie fizycznej lub kierownikowi kontrolowanej jednostki organizacyjnej zalecenia pokontrolne usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości, w określonym terminie, o ile ich charakter nie uzasadnia wydania decyzji, o której mowa w art. 49 ust. 1”. Brzmienie przepisu wskazuje, że preferowanym przez ustawodawcę środkiem nadzoru jest podjęcie aktu administracyjnego o charakterze niewładczym w postaci zaleceń pokontrolnych. Jak wskazują przedstawiciele doktryny, zalecenia stanowią instytucję o znaczeniu podstawowym, choć mają charakter fakultatywny<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Autor jest radcą prawnym.

<sup>2</sup> T. jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 282 ze zm.; dalej jako: OchrZabU.

<sup>3</sup> P. Antoniak, M. Cherka, Rozdział 4. Nadzór konserwatorski [w:] Komentarz do ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, pod red. M. Cherki, Warszawa 2010, Lex/el 2020.

Możliwość wydania zaleceń pokontrolnych jest jednak wyłączona, gdy uzasadnione jest wydanie decyzji administracyjnej (aktu o charakterze władczym) nakazującej przeprowadzenie prac konserwatorskich lub robót budowlanych przy zabytku, jeżeli ich wykonanie jest niezbędne ze względu na zagrożenie zniszczeniem lub istotnym uszkodzeniem tego zabytku. Nawet jeśli okoliczności danej sprawy wskazują, że zasadne jest wydanie zaleceń pokontrolnych, organ posiada uprawnienie do odstąpienia od ich wydania i może wydać decyzję, o której mowa w art. 43, art. 44 ust. 1, art. 45 ust. 1, art. 46 ust. 1, art. 49 ust. 1 lub art. 50 ust. 1 OchrZabU. Na możliwość podjęcia takiego rozstrzygnięcia wskazuje wprost brzmienie art. 40 ust. 2 OchrZabU. Upoważnienie do dokonania wyboru właściwego środka przez organ odbywa się tutaj w ramach tzw. uznania administracyjnego.

Co charakterystyczne, wyniki tej samej kontroli mogą zatem stanowić podstawę do wydania zarówno niewładczych, jak i władczych środków nadzoru<sup>4</sup>.

### Zalecenia pokontrolne – istota

Jednak zanim nastąpi wydanie odpowiedniego rozstrzygnięcia w ramach zaleceń pokontrolnych, organ stanie przed wyborem pomiędzy tą formą niewładczego sposobu działania a wydaniem decyzji, o której mowa w art. 49 ust. 1 OchrZabU. W tym celu musi zbadać przesłanki jej wydania na gruncie rozpatrywanego stanu faktycznego. Trzeba bowiem podkreślić, że ustawodawca w uzasadnionych okolicznościach nadaje prymat rozstrzygnięciu w postaci decyzji nakazującej przeprowadzenie określonych prac konserwatorskich lub robót budowlanych. Chodzi tu o przypadki, gdy organ stwierdzi niezbędność ich wykonania ze względu na zagrożenie zniszczeniem lub istotnym uszkodzeniem zabytku.

W sytuacji, gdy jednak organ stwierdza, że nie ma podstaw do wydania decyzji administracyjnej, wojewódzki konserwator zabytków wydaje zalecenia pokontrolne. W tym miejscu powstaje pytanie, czym powinien kierować się wojewódzki konserwator zabytków na etapie wyboru rodzaju środków przymusu służących ochronie zabytku, które należy zastosować w konkretnym stanie faktycznym oraz jak „głęboki” jest potencjalny zakres jego ingerencji w ramach zaleceń pokontrolnych. Nie jest to bowiem wybór zupełnie swobodny. Dokonuje się on w granicach prawa i na podstawie wyraźnego przepisu prawa. Dyrektywy wyboru skutku prawnego zostały zawarte m.in. w art. 40 ust. 1 *in fine* oraz ust. 2 OchrZabU. Z pewnością wpływ na wybór środka mają **okoliczności stanu faktycznego danej sprawy**, ale nie tylko. Oprócz tego organ powinien kierować się **ogólnymi zasadami rządzącymi prawem ochrony zabytków** uregulowanymi zwłaszcza w art. 4 i 5 OchrZabU. Zatem każdorazowo należy przede wszystkim brać pod uwagę konieczność zabezpieczenia i utrzymania zabytku oraz jego otoczenia w jak najlepszym stanie i zapewnienie możliwości korzystania z zabytku w sposób zapewniający trwałe zachowanie jego wartości. Prawnym obowiązkiem organów ochro-

<sup>4</sup> Zob. *ibidem*.

ny zabytków jest również zapobieganie zagrożeniom mogącym spowodować uszczerbek zabytku, udaremnianie jego niszczenia i niewłaściwego korzystania, kontrola stanu zachowania i przeznaczenia zabytków.

Należy zwrócić uwagę, że już sam **stan zagrożenia zniszczeniem lub istotnym uszkodzeniem zabytku powoduje konieczność wydania decyzji z art. 49 ust. 1 OchrZabU** i tym samym wyłącza możliwość wydania zaleceń pokontrolnych. Tak więc, wydanie zaleceń pokontrolnych powinno nastąpić w stanach „mniejszej wagi”, zaś w każdej „poważniejszej” sytuacji i przy spełnieniu ustawowych przesłanek, zachodzi konieczność wydania decyzji z art. 49 ust. 1 OchrZabU.

Z problematyką dopuszczalnego prawem stopnia ingerencji przez organ w ramach zaleceń pokontrolnych ściśle wiąże się kwestia osoby **adresata** tej formy działania administracji. Nie ma bowiem wątpliwości, że na gruncie OchrZabU krąg podmiotów zobowiązanych do szeroko ujętej dbałości o zabytek jest dość szeroki. Z art. 5 OchrZabU wynika, że należy do niego posiadacz zabytku. Zalecenia konserwatorskie (art. 27 OchrZabU) mogą być wydane także na wniosek posiadacza zabytku. W umowie dzierżawy zabytku stanowiącego własność Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego można nałożyć na dzierżawcę obowiązek wykonania w określonym terminie niezbędnych prac konserwatorskich (art. 26 OchrZabU). Pozwolenia konserwatorskie, o których mowa w art. 36 ust. 1 i 1a OchrZabU, wydaje się na wniosek osoby fizycznej lub jednostki organizacyjnej posiadającej tytuł prawny do korzystania z zabytku wpisanego na Listę Skarbów Dziedzictwa albo do rejestru, wynikający również z użytkowania wieczystego, trwałego zarządu, ograniczonego prawa rzeczowego lub nawet stosunku zobowiązaniowego. Jednak nieuprawnione i niedopuszczalne byłoby kierowanie do wszystkich tych podmiotów, których przecież związek z zabytkiem jest dość znacznie zróżnicowany, identycznych środków przymusu. Na aprobatę zasługuje stanowisko wyrażone przez WSA we Wrocławiu<sup>5</sup>, który dostrzegł ten problem i stwierdził, że **zakres zaleceń pokontrolnych powinien być dostosowany do uprawnień i obowiązków posiadacza zabytku wynikających z rodzaju tytułu prawnego do korzystania z zabytku**. W tym orzeczeniu stwierdzono, że zbyt daleko idącym obowiązkiem nałożonym na posiadacza przez konserwatora zabytków w ramach zaleceń pokontrolnych jest podjęcie działań zmierzających do sprzedaży zabytkowego budynku w celu wprowadzenia innej funkcji przez przedstawienie programu zagospodarowania zabytku, przygotowanie nieruchomości do obrotu cywilnoprawnego (wydzielenie działki, zapewnienie zjazdu z drogi publicznej, miejsc parkingowych). Powyższe rozstrzygnięcie zapadło pomimo faktu, że art. 40 ust. 1 OchrZabU wskazuje, iż zalecenia pokontrolne mogą zostać wydane w stosunku do kontrolowanej osoby fizycznej lub kierownika kontrolowanej jednostki organizacyjnej. Wydawać by się zatem mogło, że literalne brzmienie przepisu dopuszczałoby możliwość zastosowania ww. in-

strumentu w stosunku do każdego kontrolowanego bez względu na to, jakim tytułem prawnym do zabytku jest w stanie się wykazać. Dodatkowo, wydawać by się mogło, że wskazanie takiego podmiotu jako właściwego adresata, niejako „wyprzedza” w kolejności właściciela zabytku. Jednak w tym wypadku za słuszością powyższego rozstrzygnięcia przemawiają wyniki wykładni funkcjonalnej, która na gruncie OchrZabU, obok wykładni literalnej i systemowej, nabiera szczególnego znaczenia<sup>6</sup>. To właściciel zabytku powinien być adresatem tak daleko idącego zalecenia ingerującego już w sferę prawa własności.

Dalsze przepisy (art. 40 ust. 2a OchrZabU) przewidują prawo kontrolowanego do polemiki z organem polegającej na możliwości zgłoszenia pisemnych zastrzeżeń do zaleceń pokontrolnych, a także prawo do zgłoszenia dodatkowych wyjaśnień lub przedstawienia dodatkowej dokumentacji. W odpowiedzi na zgłoszone do organu zastrzeżenia (art. 40 ust. 2b OchrZabU), wojewódzki konserwator zabytków zmienia zalecenia pokontrolne i przekazuje je wraz z uzasadnieniem kontrolowanemu – w przypadku stwierdzenia zasadności całości lub części zastrzeżeń albo odmawia zmiany zaleceń pokontrolnych i przekazuje swoje stanowisko kontrolowanemu – w przypadku nieuwzględnienia zastrzeżeń w całości.

Wreszcie, w art. 40 ust. 3 OchrZabU, ustawodawca wyposażył wojewódzkiego konserwatora zabytków w kompetencję żądania przeprowadzenia postępowania służbowego lub innego przewidzianego prawem przeciwko osobom winnym dopuszczenia do powstania uchybień i poinformowania go w określonym terminie o podjętych działaniach do ich usunięcia.

Przegląd praktyki orzeczniczej organów pozwala stwierdzić, że wydawane zalecenia są znacznie zróżnicowane co do swej treści – w zależności od studium przypadku. W orzecznictwie spotkać można następujące przykłady zaleceń: konieczność usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości przez zabezpieczenie zabytku polegające na wykluczeniu niekontrolowanego dostępu do niego i zamurowanie wszystkich otworów okiennych z zapewnieniem możliwości wentylacji pomieszczeń, podjęcie działań prowadzących do remontu zabytku, podjęcie działań prowadzących do wprowadzenia do obiektu nowej funkcji, zobowiązanie inwestora do usunięcia wszystkich urządzeń zamontowanych bez zezwolenia organu i przywrócenia drewnianych skrzydeł stolarki okiennej, polecenie przeprowadzenia prac konserwatorskich polegających na wykonaniu napraw uszkodzonych rynien, uzupełnieniu brakujących odcinków rur spustowych oraz wykonaniu odprowadzenia wody z rur spustowych, polecenie wykonania remontu elewacji wraz z gankiem, werandą i schodami, nakazanie wykonania określonych robót budowlanych i konserwatorskich (wymiana więźby dachowej, wymiana pokrycia dachu, uzupełnienie ubytków kamieni i spoin podmurówki, wykonanie izolacji fundamentów), wykonanie impregnacji i dezynfekcji porażonych przez grzyby i drewnojady elementów konstrukcji i detali snycerskich.

<sup>5</sup> Wyrok WSA we Wrocławiu z 23.8.2018 r., IV SA/Wr 239/18, Legalis.

<sup>6</sup> K. Zalaśńska, K. Zeidler, Wykład prawa ochrony zabytków, Gdańsk 2015, Lex/el 2020.

## Zalecenia pokontrolne a stosowanie przepisów KPA

W praktyce stosowania przepisu art. 40 OchrZabU organy stają przed dylematem, czy ich działanie polegające na wydaniu zaleceń pokontrolnych powinno odbywać się w oparciu o przepisy KPA. W mojej opinii, należy jednoznacznie opowiedzieć się za stanowiskiem, że **wydanie rozstrzygnięcia nie podlega regulacjom KPA**. Przemawia za tym kilka argumentów.

Po pierwsze, przemawiają za tym **wyniki wykładni literalnej art. 40 ust. 1 i 2 OchrZabU zestawione z treścią art. 1 pkt 1 KPA**. Ustawodawca wskazuje bowiem wyraźnie (dwukrotnie), że mamy do czynienia z wyborem pomiędzy wydaniem zaleceń pokontrolnych albo decyzją, o której mowa w art. 49 ust. 1 OchrZabU (ust. 1) oraz pomiędzy możliwością wydania zaleceń pokontrolnych a odstąpieniem od ich wydania (w ramach uznania administracyjnego, o czym poniżej) i wydaniu innego rodzaju decyzji wymienionych enumeratywnie w przepisie. Przytoczyć w tym miejscu wypada wspomniany art. 1 pkt 1 KPA: „Kodeks postępowania administracyjnego normuje: 1) postępowanie przed organami administracji publicznej w należących do właściwości tych organów sprawach indywidualnych rozstrzyganych w drodze decyzji administracyjnych albo załatwianych milcząco”.

Tym samym, zalecenia pokontrolne należy traktować jako działania organu administracji podjęte w trybie pozaprocesowym, tj. jako akty lub czynności z zakresu administracji publicznej dotyczące uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa, inne niż decyzja lub postanowienie, o których mowa w art. 3 § 2 pkt 4 ustawy z 30.8.2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi<sup>7</sup>. Takie też stanowisko potwierdza większość orzeczeń sądów administracyjnych<sup>8</sup>. Powołują się one na wypracowane w doktrynie i orzecznictwie poglądy, że akty lub czynności, o których mowa w art. 3 § 2 pkt 4 PostAdmU, mają charakter publicznoprawny, podejmowane są w sprawach indywidualnych, w których nie orzeka się w drodze decyzji administracyjnej lub postanowienia i kierowane są do konkretnych adresatów niepodporządkowanych służbowo i organizacyjnie organowi wydającemu dany akt lub podejmującemu daną czynność. W korelacji z powyższym pozostaje także chociażby samo literalne brzmienie przepisu wskazujące na wybór pomiędzy zaleceniem a decyzją. Mając zaś na uwadze zasadę racjonalności ustawodawcy, należy przyjąć, że dla dwóch różnych trybów świadomie przyjął dwa różne określenia. Po drugie, należy zwrócić uwagę, że **zalecenia pokontrolne stanowią element nadzoru** (niewładczej formy nadzoru) i są **wydawane w następstwie przeprowadzonych czynności kontrolnych**. Z założenia instrument ten ma służyć kontroli przestrzegania i stosowania przepisów do-

tyczących ochrony zabytków i opieki nad nimi. Pomimo braku jednolitej definicji pojęcia „kontrola” można jednak przyjąć, że kontrola to porównanie tego, co jest, z tym co być powinno. Celem kontroli jest więc sprawdzenie, czy przewidziany stan został urzeczywistniony. Aby można było to zweryfikować, trzeba zbadać stan istniejący oraz znać stan postulowany<sup>9</sup>. Rzecz jasna, celem postulowanym jest w tym wypadku realizacja naczelnnej zasady OchrZabU, a mianowicie zasady ochrony zabytków. Tradycyjnie kontrola jest postrzegana jako działania o niewładczym charakterze, niezawierające w swych treściach możliwości wiążącego oddziaływania na działalność podmiotów poddanych kontroli<sup>10</sup>.

Z kolei, emanacją władczego działania administracji jest nadanie mu formy aktu administracyjnego (np. decyzji). Od rozstrzygnięcia w nim zawartego przysługuje zawsze środek ochrony prawnej zapewniający instancyjną weryfikację aktu. W odróżnieniu zaś od działań władczych administracji, w przypadku działań niewładczych interes podmiotów administrowanych jest słabiej zabezpieczony i chroniony. Dlatego, w przypadku wydawania zaleceń pokontrolnych, uzasadniona wydaje się być obawa dotycząca poziomu zabezpieczenia praw i wolności obywatela. W konsekwencji wydaje się, że ustawodawca świadom istnienia powyższych zagrożeń związanych z niewładczymi formami działania administracji, w art. 40 ust. 2a i 2b OchrZabU podjął próbę zniwelowania różnic pomiędzy tymi dwoma reżimami i stworzył swoisty system „weryfikacji” zaleceń pokontrolnych. Adresat zaleceń pokontrolnych ma możliwość wniesienia umotywowanych zastrzeżeń oraz dodatkowych wyjaśnień lub przedstawienia dodatkowej dokumentacji. System ten nie jest oczywiście pełnym systemem instancyjnym ze wszystkimi gwarancjami, jakie powinien on stwarzać w ramach postępowania administracyjnego. Jednak jego stworzenie jest przejawem dbałości o interes podmiotu administrowanego i wzmocnieniem poziomu jego ochrony.

Powyższa analiza pozwalająca zrozumieć *ratio legis* przepisów art. 40 ust. 2a i 2b OchrZabU i wspiera jednocześnie tezę o niepodleganiu zaleceń pokontrolnych regulacjom KPA, bowiem gdyby zamierzenie ustawodawcy było odwrotne, wówczas sens istnienia ww. przepisów zostałby podważony.

## Uznanie administracyjne na gruncie art. 40 OchrZabU

Omawiany przepis art. 40 OchrZabU zawiera interesujący przykład konstrukcji mechanizmu uznania administracyjnego, którym dość chętnie posługuje się polski ustawodawca.

W myśl art. 40 ust. 1 OchrZabU każdorazowo, gdy sytuacja uzasadnia wydanie decyzji, o której mowa w art. 49 ust. 1 OchrZabU, organ ma obowiązek ją wydać. Mylnie

<sup>7</sup> Ustawa z 30.8.2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, t. jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 2325 ze zm.; dalej jako: PostAdmU.

<sup>8</sup> Por. wyrok WSA z 18.11.2015 r., VII SA/Wa 505/15, Legalis; wyrok WSA w Poznaniu z 11.5.2016 r., II SA/Po 113/16, Legalis; wyrok WSA w Gdańsku z 24.4.2019 r., II SA/Gd 895/18, Legalis.

<sup>9</sup> J. Lang [w:] Prawo administracyjne, pod red. M. Wierzbowskiego, Warszawa 2003, s. 312.

<sup>10</sup> A. Błaś [w:] System Prawa Administracyjnego. T. 5. Prawne formy działania administracji, pod red. R. Hausera, Z. Niewiadomskiego, A. Wróbla, Warszawa 2013, s. 230.



jest jednak przekonanie, że na gruncie ust. 1 mamy do czynienia z uznaniem administracyjnym<sup>11</sup>. Błędem jest interpretowanie użytego przez ustawodawcę sformułowania „wojewódzki konserwator zabytków może wydać (...)” jako upoważnienia do uznania administracyjnego, pomimo tego, że jest to najczęściej stosowany zwrot wprowadzający tę instytucję. Dokładniejsza analiza przepisu pozwala stwierdzić, że w zestawieniu z jego dalszą częścią, ta „możliwość” jest w istocie obowiązkiem organu, co przesądza o tym, że nie mamy do czynienia z upoważnieniem do uznania administracyjnego<sup>12</sup>. Tym samym organ pozabawiony jest w takim wypadku luzu charakterystycznego dla uznania administracyjnego.

Jednak konstrukcji uznania administracyjnego należy dopatrywać się w art. 40 ust. 2 OchrZabU, gdzie swoboda doboru narzędzia prawnego powierzona organowi nie jest w ten sposób skrupowana – wojewódzki konserwator zabytków może odstąpić od wydania zaleceń pokontrolnych i wydać jedną z decyzji wymienionych w przepisie. Oczywiście chodzi tu o takie sytuacje, gdy organ uprzednio rozstrzygnął, że wydanie zaleceń pokontrolnych będzie wystarczające w konkretnym stanie faktycznym (ust. 1).

W celu zrozumienia istoty zaleceń pokontrolnych warto przybliżyć konstrukcję uznania administracyjnego. Aktualny jego kształt jest wynikiem długoletniej ewolucji poglądów przedstawicieli nauki. Dzisiejsze rozumienie uznania administracyjnego jest głęboko zakorzenione w koncepcji państwa prawnego. Jednak historycznie wcześniejszą konstrukcją, pochodzącą jeszcze z okresu państwa policyjnego, było tzw. „swobodne uznanie” rozumiane jako swobodna działalność administracji, nieskrępowana ustawami. Wraz z upływem czasu i pod wpływem progresywnych poglądów przedstawicieli świata nauki, takich jak m.in. *W.L. Jaworskiego*, *W.S. Wachholza*, *M. Zimmermanna*, *T. Bigi* czy autorów zagranicznych, koncepcja ta ewoluowała.

Wypada nadmienić, że we współczesnej nauce prawa administracyjnego mamy do czynienia z dwoma zasadniczymi nurtami doktrynalnymi, a mianowicie szerszym i węższym ujęciem uznania administracyjnego. Do grona przedstawicieli pierwszego kręgu zwykle zaliczać się *K. Nowackiego*, *A. Wiktorowską*, *E. Ochendowskiego*, *Z. Duniewską*, *M. Króla* i *L. Leszczyńskiego*. Wspólnym mianownikiem teorii zaliczanych do tego zbioru jest założenie, że omawiana instytucja odnosi się do wszelkich przejawów działalności administracji, nie zaś dokonywaniem przez te organy oceny stanu faktycznego oraz utożsamianie go z pojęciem władzy dyskrejonalnej.

Z kolei koncepcje wąskie wiążą uznanie z istotą jurysdykcji administracyjnej (tak *J. Zimmermann*), lokując uznanie na ostatnim etapie stosowania prawa materialnego – tj. wyborze rozstrzygnięcia indywidualnej sprawy administracyjnej, który nie jest jednak wyborem dowolnym, ale mieszczącym się w pewnych granicach (przede wszystkim determinowanym przez zasady państwa prawnego)<sup>13</sup>.

Uznanie administracyjne w ujęciu wąskim ma służyć zwiększeniu elastyczności w stosowaniu prawa celem wydania najlepszego (najbardziej sprawiedliwego) rozstrzygnięcia w realiach konkretnej sprawy.

Dotychczas nie została sformułowana żadna definicja legalna uznania administracyjnego i równocześnie brak jest jednolitej jego koncepcji w doktrynie prawa administracyjnego. Jednak od lat podejmowane są próby zdefiniowania tego pojęcia. I tak np. *M. Wierzbowski* i *A. Wiktorowska* przez uznanie administracyjne rozumieją takie uregulowanie kompetencji organu administracji, że organ ten może rozstrzygnąć sprawę w różny sposób przy tym samym stanie faktycznym i każde rozstrzygnięcie sprawy jest legalne<sup>14</sup>. Ciekawą koncepcję uznania prezentuje *J. Zimmermann* odnosząc uznanie administracyjne do aktów swobodnych, których normy pozostawiają organowi administracyjnemu pewien (szerszy lub węższy) „luz decyzyjny”, czyli wyposażają go w prawo wyboru konsekwencji prawnych aktu, który podejmie. Ta możliwość wyboru konsekwencji prawnych jest nazywana właśnie uznaniem administracyjnym<sup>15</sup>. Innymi słowy – zdaniem tego autora – polega ono na przyznaniu organom administracji publicznej możliwości dokonania wyboru spośród dwóch lub więcej dopuszczanych przez ustawę, a równoważących prawnie rozwiązań, przy czym wybór ten nie jest zupełnie dowolny i swobodny, ale jest ograniczony przez ustawodawcę w samej normie wprowadzającej uznanie<sup>16</sup>.

Istotne zasługi dla współczesnego rozumienia uznania administracyjnego należy przypisać także *M. Mincer*, która odnosi je do obszaru stosowania prawa rozumianego jako proces ustalania przez organ administracyjny konsekwencji prawnych faktów w sposób wiążący na podstawie norm prawa obowiązującego, czego rezultatem jest decyzja stosowania prawa polegającego na sformułowaniu normy jednostkowej<sup>17</sup>. Zdaniem autorki, uznanie następuje po subsumpcji faktu uznanego za udowodniony pod wyinterpretowaną normę prawa, a tym samym po poprzedzających tę subsumpcję etapach swobodnej oceny i wykładni<sup>18</sup>. Jednocześnie, aby mówić o uznaniu administracyjnym, norma prawna nie może jednoznacznie determinować konsekwencji prawnych, lecz powinna wyraźnie oddawać wybór w ręce organu<sup>19</sup>. To ostatnie stwierdzenie potwierdza zatem tezę o tym, że na gruncie art. 40 ust. 1 OchrZabU nie może być mowy o konstrukcji uznania administracyjnego.

Nie jest jednak tak, że organ ma całkowitą swobodę wyboru sposobu działania. **Organ administracji zawsze musi działać w pewnych granicach, którymi w przypadku uznania administracyjnego są właściwość rzeczowa organu, normy zadaniowe, stan faktyczny, cel**

<sup>11</sup> Zob. wyrok WSA w Warszawie z 17.1.2019 r., VII SA/Wa 1226/18, *Legalis*.

<sup>12</sup> Tak słusznie *M. Mincer*, *Uznanie administracyjne*, Toruń 1983, s. 81.

<sup>13</sup> *J. Zimmermann*, *Polska jurysdykcja administracyjna*, Warszawa 1996.

<sup>14</sup> *M. Wierzbowski*, *A. Wiktorowska* [w:] *Prawo...*, pod red. *M. Wierzbowskiego*, *op. cit.*, s. 281.

<sup>15</sup> *J. Zimmermann*, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2010, s. 309.

<sup>16</sup> *Z. Janowicz*, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa-Poznań 1992, s. 270–271 (cyt. za: *J. Zimmermann*, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 309).

<sup>17</sup> *M. Mincer*, *op. cit.*, s. 45.

<sup>18</sup> *Ibidem*, s. 55–63.

<sup>19</sup> *Ibidem*, s. 63.

**ustawy i ogólne zasady prawa.** Ponadto, organ **dokonując wyboru stosownego środka działania, musi wziąć pod uwagę zasady wynikające z art. 7 KPA**, tj. nakaz uwzględnienia przez organ w procesie decyzyjnym interesu publicznego i słusznego interesu obywateli<sup>20</sup>.

Dlatego, podejmując określoną decyzję w ramach uznania administracyjnego, wojewódzki konserwator zabytków, przed dokonaniem wyboru środka działania, powinien gruntownie zbadać w jakich granicach może operować.

Ponadto, oprócz problemu granic uznania administracyjnego, pewien problem stanowi zawsze sam proces prowadzący do wyboru konkretnego rozwiązania. Kluczowe jest pytanie o to, czym powinien kierować się organ dokonując wyboru konsekwencji prawnych w ramach uznania administracyjnego. Z aktualnie obowiązujących poglądów wynika, że pojęcie uznania należy sprowadzać do ostatniego etapu stosowania prawa<sup>21</sup>. Choć zakres swobody uznania jest dość znaczny, to jednak musi podlegać pewnym ograniczeniom, którymi są tzw. dyrektywy wyboru konsekwencji. Mogą one zarówno odwoływać się do określonych czynników faktycznych, np. rozmiaru szkody, jak i odsyłać do zasad celowości, słuszności, zasad sprawnego działania, itp. Organ administracyjny powinien wtedy wybrać taki wariant zachowania, na który, jego zdaniem, wskazują obowiązujące dyrektywy<sup>22</sup>. Jasne jest, że dyrektywy te mają charakter ogólny, wskazując jedynie pewne kierunki działań i nie mogą narzucać w sposób do określony konkretnych konsekwencji. Zdaniem *M. Jaś-*

*kowskiej*, mogą one przybierać postać **dyrektyw faktycznych** bądź odsyłających, jednak niedeterminujących.

Pierwszy rodzaj dyrektyw ma na celu uwzględnianie specyficznych sytuacji. Z reguły stosowane są w aktach prawnych dyrektywy faktyczne, wskazujące fakty, które należy uwzględnić. Niekiedy jednak formułowane są one za pomocą pojęć niedookreślonych, dopuszczających spore możliwości ocenne organu. Odsyłają one np. do „uzasadnionych przypadków” czy zagrożenia obronności i bezpieczeństwa państwa i obywateli.

Z kolei **dyrektywy odsyłające** odwołują się do pewnych zasad lub norm. Granice pomiędzy nimi a dyrektywami faktycznymi mogą być nieostre. Mogą być one umieszczone we wstępach do aktów prawnych bądź w przepisach ogólnych<sup>23</sup>.

Na gruncie art. 40 ust. 2 OchrZabU dyrektywą faktyczną będzie w istocie stan zachowania zabytku stwierdzony w toku ustaleń kontroli. Natomiast dyrektywy odsyłających należy doszukiwać się w zasadach ogólnych OchrZabU, a mianowicie w art. 4. Przede wszystkim zatem chodzi o trwałość zachowania zabytków, ich zagospodarowanie i utrzymanie, zwalczanie wszelkich zagrożeń mogących spowodować uszczerbek dla wartości zabytku, udaremnienie jego niszczenia. W praktyce osiągnięcie tych celów odbywa się poprzez polecenie wykonania odpowiednich prac konserwatorskich, restauratorskich, robót budowlanych. Zatem organ dokonując wyboru w ramach uznania administracyjnego na gruncie art. 40 ust. 2 OchrZabU powinien kierować się szeroko pojętą dbałością o zabytek. Dopiero w zależności od wyników analizy, organ powinien zdecydować czy w danej sprawie bardziej właściwe będzie skorzystanie z narzędzia „miękkiego” (zalecenia pokontrolne) czy też skuteczniejsze będzie wydanie decyzji związanej. ▣

<sup>20</sup> *M. Kotulski*, *Uznanie administracyjne – wybrane zagadnienia* [w:] *Funkcjonowanie administracji publicznej*. Praca zbiorowa, pod red. S. Niteckiego, Bielsko-Biała 1999, s. 147–148.

<sup>21</sup> *M. Jaśkowska* [w:] *System Prawa Administracyjnego*. T. 1. Instytucje prawa administracyjnego, pod red. R. Hausera, A. Wróbla, Z. Niewiadomskiego, Warszawa 2015, s. 271.

<sup>22</sup> *Ibidem*, s. 271.

<sup>23</sup> *Ibidem*, s. 275.

## Abstract:

### Charakter prawny zaleceń pokontrolnych wydawanych przez wojewódzkiego konserwatora zabytków

Publikacja dotyczy charakteru prawnego zaleceń pokontrolnych wydawanych przez wojewódzkiego konserwatora ochrony zabytków. Auto ukazuje zalecenia pokontrolne jako element środków nadzoru, ale również jako elastyczne narzędzie organów administracji służące do osiągnięcia celów założonych przez ustawodawcę.

**Słowa kluczowe:** ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, środki nadzoru, opieka nad zabytkami, niewładcza forma działania, uznanie administracyjne

### The legal nature of post-inspection recommendations issued for protection of historical monuments by a specialized administrative body

The publication concerns the legal nature of post-inspection recommendations issued for protection of historical monuments by a specialized administration body. The author presents such recommendations as an element of supervisory measures, but also as a flexible tool to be used by administrative bodies to achieve the goals set by the legislator.

**Key words:** Act on Protection and Care of Historical Monuments, supervisory measures, care of historical monuments, non-beneficial ownership form of operation, administrative discretion