POZWOLENIA W ADMINISTRACJI PUBLICZNEJ

DARIUSZ RYSZARD KIJOWSKI

POZWOLENIA W ADMINISTRACJI PUBLICZNEJ

STUDIUM Z TEORII PRAWA ADMINISTRACYJNEGO

Temida 2
Białystok 2000

© Copyright by Temida 2
Białystok 2000

Żadna część tej pracy nie może być powielana i rozpowszechniana w jakiejkolwiek formie i w jakikolwiek sposób (elektroniczny, mechaniczny), włącznie z fotokopiowaniem, bez pisemnej zgody wydawcy.

ISBN 83-86137-74-6

Recenzenci:
Marek Wierzbowski
Eugeniusz Smoktunowicz

Opracowanie graficzne okładki
Jerzy Banasiuk, Krzysztof Kruszewski

Układ typograficzny
Krzysztof Kruszewski

Redaktor techniczny
Jerzy Banasiuk

Korekta: Autor

Wydawca: **Temida 2**

Przy współpracy i wsparciu finansowym Wydziału Prawa
Uniwersytetu w Białymstoku

Druk i oprawa: Orthdruk, Białystok, tel.(085) 742-25-17

Spis treści

Wstęp 13

ROZDZIAŁ PIERWSZY

GENEZA POZWOLEŃ W ADMINISTRACJI PUBLICZNEJ

I. **Praźródła pozwoleń administracyjnych** 17

1. Pozwolenia z okresu Cesarstwa Rzymskiego 17
2. Pozwolenia w prawie kanonicznym 23
3. Stosunek współczesnej doktryny do przywilejów, licencji i dyspens wydawanych w wiekach średnich 26

II. Pozwolenia w okresach poprzedzających epokę idei państwa prawnego 28

4. Zakres wykorzystania instytucji pozwolenia 28
5. Istota i funkcje pozwoleń średniowiecznych 30
6. Początki posługiwania się instytucją koncesji 35

III. Synteza historycznych źródeł instytucji pozwoleń 37

ROZDZIAŁ DRUGI

ISTOTA POZWOLENIA W TEORII I PRAKTYCE PAŃSTWA PRAWNEGO

I. Pozwolenia i dyspensy policyjne w początkowym okresie dominacji zasady państwa prawnego 39

1. Określenie pozwoleń policyjnych 39
2. Pozwolenia policyjne a wolność jednostki 39
3. Geneza koncepcji ogólnego zakazu z zastrzeżeniem możliwości uzyskania zezwolenia 40
4. *Ratio legis* i istota zastrzeżeń uzyskania pozwolenia według Otto Mayer'a 41

5. Pozwolenia policyjne - znoszeniem barier wyznaczonych naturalnym wolnościom jednostki przez prawo policyjne 43
6. Różnice pomiędzy dyspensami a pozwoleniami *zwykłymi* 44
7. Próba opanowania chaosu terminologicznego w posługiwaniu się terminami: pozwolenie, dyspensa, zaświadczenie i koncesja 45
8. Wątpliwości wokół policyjnego charakteru dyspens 46
9. Krytyka „mayerowskiej" teorii ogólnego zakazu 48
10. Zakres kontroli prawnej zezwoleń wyjątkowych 49

II. Stanowisko polskiej doktryny z okresu 20-lecia międzywojennego 50
11. Pozwolenia administracyjne w poglądach T. Hilarowicza i T. Bigo 50
12. Zakres stosowania pozwoleń policyjnych według B. Walawskiego 51
13. Klasyfikacja pozwoleń według B. Walawskiego 52

III. Pozwolenia we współczesnej doktrynie i prawie europejskim 54
14. Główne źródła zmian dotychczasowych koncepcji 54
15. Cel, istota i skutki prawne wymogu uzyskania pozwolenia według powojennej doktryny prawa administracyjnego 56
16. Stosunek orzecznictwa sądowego do rozróżnienia zakazów *prewencyjnych* i *represyjnych* 58
17. Doktrynalne próby rewidowania klasycznych poglądów na temat pozwoleń 62
18. Względność rozróżnienia „prewencyjnych" i „represyjnych" zakazów z zastrzeżeniem pozwolenia 64
19. Koncepcja odrębnego ustalania istoty zakazu i zastrzeżenia uzyskania pozwolenia 64
20. Istota pozwolenia administracyjnego w świetle współczesnego prawa polskiego 67
21. Pozwolenia administracyjne we współczesnej polskiej teorii prawa publicznego 83
22. Próba oceny skuteczności poszukiwań istoty pozwolenia administracyjnego w polskiej doktrynie 87
23. Synteza poglądów współczesnej doktryny na temat istoty pozwolenia 97

ROZDZIAŁ TRZECI

KONCESJE ADMINISTRACYJNE. POJĘCIE, CHARAKTER PRAWNY I ODRĘBNOŚCI

I. Koncesja robót publicznych a koncesja służby publicznej 105

1. Francuskie korzenie europejskiej nauki o koncesjach administracyjnych 105
2. Społeczno-gospodarcze podłoże i specyfika koncesji służby publicznej 106
3. Cechy wspólne koncesji służby publicznej i koncesji robót publicznych 108

II. Koncesje nadające prawa do rzeczy 109

4. Koncesje na zajęcie dobra publicznego 109
5. Koncesje „prywatyzujące" mienie państwowe 110
6. Kolonialna wersja *concession de domaine privé* 111
7. Pokrewieństwo koncesji *de domainé privé* z pozostałymi rodzajami koncesji francuskich 113

III. Pojęcie i cechy charakteryzujace koncesję według doktryny i prawa państw niemieckojęzycznych 114

8. Miejsce koncesji w państwach niemieckiej kultury prawnej 114
9. Mayer'owska teoria koncesji administracyjnych 115
10. Koncesja szczególnych uprawnień do rzeczy publicznych 116
11. Koncesja przedsiębiorstwa publicznego 117
12. Koncesje administracyjne a wolność jednostki 118
13. Chaos terminologiczny w posługiwaniu się terminem „koncesja" 119
14. Poglądy prawników szwajcarskich na istotę i charakter prawny koncesji 122
15. Próby syntezy dorobku niemieckojęzycznej doktryny i praktyki 128

IV. Koncesje w innych państwach 132

16. Państwa strefy *Common Law* 132
17. Koncesja w poglądach przedstawicieli polskiej nauki prawa administracyjnego z okresu poprzedzającego II wojnę światową 135

18. Koncesje administracyjne a zwykłe pozwolenia 137
19. Podsumowanie dorobku nauki europejskiej na temat koncesji na gruncie polskiego prawa administracyjnego 138
20. Wola ustawodawcy a istota koncesji 139
21. Synteza teorii B. Walawskiego 140
22. Poglądy na istotę i praktyczne znaczenie wyodrębniania instytucji koncesji w polskiej literaturze okresu 1945-1989 141
23. Koncesja w świetle aktualnej sytuacji ustrojowej Polski 143
24. Koncesja w polskim prawie pozytywnym 148

V. Koncesje w prawie górniczym 158
25. Różnorodność reżymów prawa górniczego 158
26. Koncesje „górnicze" we Fracji w świetle ustawodawstwa i doktryny ... 161
27. Miejsce koncesji *d'minière* w systemie koncesji francuskich 164
28. Nadawanie uprawnień do wydobywania minerałów w państwach *Common Law* 166
29. Koncesje górnicze według prawa niemieckiego i polskiego 168

VI. Wyniki analizy 173
30. Koncesje francuskie 173
31. Koncesje „niemieckie" 173
32. Celowość wyodrębniania koncesji w polskiej praktyce administracyjnej, ustawodawstwie i teorii 174

ROZDZIAŁ CZWARTY

FUNKCJE POZWOLEŃ I NORM PRAWNYCH USTANAWIAJĄCYCH WYMÓG ICH UZYSKANIA

I. Funkcje 177
1. Konieczność rozważania i wyboru sposobów regulacji prawnej 177
2. Rodzaje funkcji 178

II. Określanie pozycji prawnej jednostki - funkcja regulacyjna 181
3. Właściwe kształtowanie sytuacji prawnej jednostki 181

4. Mechanizm regulowania zachowań jednostek przy pomocy pozwoleń a zasady pewności prawa i równości wobec prawa 185
5. Funkcje regulacyjne tzw. *represyjnych* zakazów z zastrzeżeniem możliwości uwolnienia od nich 193

III. Funkcja nadzorcza 196
6. Cele nadzoru realizowane w procedurze rozpatrywania wniosków o pozwolenie i ich cofania lub ograniczania 196
7. Efekt „oszczędnościowy" i skuteczność nadzoru państwowego realizowanego poprzez procedurę wydawania i odmawiania pozwoleń 199
8. Odpowiedniość terminu załatwienia sprawy a jej złożoność 201
9. Postanowienia dodatkowe w pozwoleniach - pretekst czy podstawa czynności nadzorczych 204
10. Funkcje nadzorcze pozwoleń a interesy nadzorowanych 208
11. Resume 216

IV. Funkcja sterowania 219
12. Dogodność procedury rozstrzygania o pozwoleniu dla sterowania zachowaniami 219
13. Użyteczność decyzji zezwalających 226
14. Ryzyko wywołania zjawisk korupcyjnych 232

ROZDZIAŁ PIĄTY

KONSTYTUCYJNOŚĆ POZWOLEŃ ADMINISTRACYJNYCH

I. **Konstytucyjne ograniczenia ustanawiania wymogu uzyskania pozwolenia** 237
1. Problem konstytucyjności przepisów ustanawiających wymóg uzyskania pozwolenia 237
2. Ograniczanie prawnej wolności jednostki przez wymóg uzyskania pozwolenia oraz odmowę jego wydania 240

II. Współmierność pozwoleń administracyjnych 249
3. Zasada współmierności (adekwatności) jako miernik dopuszczalności ingerencji władzy publicznej w sferę praw i wolności jednostki 249
4. Współmierność wymogu uzyskania pozwolenia - w ogólności 254

5. Zdatność instytucji pozwolenia w procesie ochrony interesów publicznych 261
6. Konieczność wymogów uzyskania pozwolenia oraz kryteriów decydujących o ich udzieleniu 267
7. Proporcjonalność ingerencji 275

III. Pozostałe konstytucyjne ograniczenia stosowania pozwoleń administracyjnych 282
8. Określoność przepisów przewidujących konieczność uzyskania pozwolenia 287
9. Precyzyjność wymogu uzyskania pozwolenia a równość wobec prawa i prawo jednostki do sądowej ochrony jej konstytucyjnych swobód 287
10. Inne konstytucyjne zasady ograniczające ingerencje państwa (zasady demokracji parlamentarnej i podziału władz publicznych, zaufania do państwa i prawa, ochrony praw nabytych) 293

Zakończenie 301

Załączniki 311

Wykaz skrótów

AöR	- „Archiv des öffentlichen Rechts"
BB	- „Der Betriebs-Berater"
BVerfG E	- „Entscheidungen des Bundesverfassunggerichts", (cyfra arabska wystepująca po skrócie oznacza tom urzędowego zbioru orzeczeń)
BverwG E	- „Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts", (cyfra arabska wystepująca po skrócie oznacza tom urzędowego zbioru orzeczeń)
DÖV	- „Die Öffentliche Verwaltung"
DVBl	- „Deutsches Verwaltungsblat"
DVerwBl	- „Deutsche Verwaltungsblätter"
GAP	- „Gazeta Administracji Publicznej"
GewArch	- „Gewerbearchiv"
JuS	- „Juristische Schulung"
JZ	- „Juristische Zeitung"
M.Prawn.	- „Monitor Prawniczy"
NJW	- „Neue Juristische Wochenschrift"
OSP	- „Orzecznictwo Sądów Polskich"
PiP	- „Państwo i Prawo"
PPH	- „Przegląd Prawa Handlowego"
PUG	- „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego"
ST	- „Samorząd Terytorialny"

TK	- Trybunał Konstytucyjny
Vf Slg	- Urzędowy zbiór orzeczeń autriackiego Trybunału Konstytucyjnego, (występująca po skrócie liczba arabska oznacza pozycję orzeczenia w zbiorze prowadzonym od początku jego wydawania w numeracji ciągłej)
Vw Slg	- Urzędowy zbiór orzeczeń autriackiego Federalnego Trybunału Administracyjnego, (występująca po skrócie liczba arabska oznacza pozycję orzeczenia w zbiorze prowadzonym od początku jego wydawania w numeracji ciągłej)
VerwArch	- „Verwaltungsarchiv"
VVDStRL	- „Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer"
WuV	- „Wirtschaft und Verwaltung"
ZN UJ	- „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagielońskiego"
ZN WPiA UG	- „Zeszyty Naukowe Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego"
ZSR	- „Zeitschrift für schweizerisches Recht"

WSTĘP

U podstaw zamiaru zajęcia się tematyką pozwoleń administracyjnych legło przeświadczenie, że jest to jedna z wielu dziedzin nauki prawa administracyjnego wymagająca gruntownego, systematycznego i teoretycznego opracowania, czego nie zastępują, ukazujące się w ostatnich latach, prace zajmujące się tymi zagadnieniami tylko na marginesie lub jedynie w ograniczonym przedmiotowo zakresie (zezwoleń i koncesji na działalność gospodarczą). Od czasu wydania ostatniego dzieła naukowego poświęconego tej problematyce minęło już bowiem sześćdziesiąt lat, a zarówno prawo pozytywne, jak również doktryna, a przede wszystkim - praktyka administracyjna, doznały w tym okresie tak znacznych przeobrażeń, że aktualność i adekwatność usystematyzowanego wówczas materiału w stosunku do obecnego stanu w tych dziedzinach może budzić uzasadnione wątpliwości.

Dodatkowym argumentem uzasadniającym podjęcie tematu jest również znaczne zróżnicowanie zarówno terminologii stosowanej w prawie pozytywnym i piśmiennictwie, jak też i poglądów wyrażanych o takich zjawiskach, jak „koncesja" i „koncesjonowanie" oraz ich stosunku do aktów nazywanych „pozwoleniami", „zezwoleniami" czy „zgodami", jak zależność prawidłowości uregulowania i pewności sytuacji prawnej jednostki od posłużenia się tą lub inną metodą jej unormowania, a zwłaszcza - uzależniania bądź nie pozycji prawnej obywatela od skali zjawiska upoważniania administracji do działania w ramach uznania administracyjnego itp. itd. Wśród wyrażanych stanowisk daje się zauważyć wiele niespójności, nieuzasadnionych wniosków, uproszczonych sądów i bezpodstawnych założeń. Zachęca to do podjęcia próby uporządkowania problematyki ustanawiania wymogów uzyskania pozwolenia organu administracji.

Zamiarem autora jest zaprezentowanie czytelnikom wyników badań teoretycznych i dogmatycznych, prowadzonych również w ujęciu komparatystycznym, nad genezą, istotą, charakterem prawnym, funkcjami i ograniczeniami wszelakich pozwoleń wykorzystywanych przez prawodawców oraz przez administrację publiczną jako instrument służący do realizacji jej zadań. Ich przedmiotem były wszelkiego typu i rodzaju zjawiska polegające na ustanawianiu i stosowaniu przez organy władzy wykonawczej (i inne podmioty wykonujące zadania z zakresu administracji publicznej) kompetencji do uzależniania swobodnych zachowań jednostki od ich uprzedniej akceptacji (niezależnie od tego, w jakim stopniu akt woli jest sformalizowany). Bogactwo i różnorodność zagadnień teoretycznych i praktycznych związanych z wykorzystywaniem instytucji pozwolenia w administracji publicznej nie pozwoliły na objęcie przedmiotem badań całokształtu problematyki. Poza obszarem badawczym pozostawiono w związku z tym bardzo

interesującą tematykę stosowania współcześnie obowiązujących rozwiązań prawnych, zasad i trybu rozdziału pozwoleń, których liczba musi być - z różnych względów - ograniczona, a także - charakterystyki praw i obowiązków wynikających z udzielonego pozwolenia itp. itd. Są to zagadnienia wymagające jednak dalszych badań i nie mają tak uniwersalnego znaczenia dla ustalenia miejsca, jakie pozwolenia administracyjne mogą odgrywać i odgrywają w wykonywaniu administracji publicznej.

Zasięg badań obejmował przede wszystkim polskie prawo pozytywne mające zastosowanie przy ustanawianiu i wykorzystywaniu pozwoleń, orzecznictwo sądów i Trybunału Konstytucyjnego, a także wyniki badań innych autorów zajmujących się tą problematyką. Wykorzystano w nich ponadto o wiele bogatszą od krajowej obcą literaturę prawniczą, a także sto kilkadziesiąt orzeczeń zachodnioeuropejskich sądów (trybunałów) konstytucyjnych i administracyjnych.

Z racji znacznego podobieństwa modelów prawa administracyjnego, opartych na pozytywnym prawie, stanowionym na podstawie i w granicach wyznaczonych ustawami zasadniczymi, zbliżonego ustroju administracji (z wyjątkiem nie występującej w Polsce zasady federalizmu), w największym stopniu wykorzystano w pracy dorobek doktryny, orzecznictwa i prawodawstwa państw niemieckojęzycznych (Austrii, Niemiec i częściowo - Szwajcarii). Nie małe znaczenie w tym zakresie miał również fakt umożliwienia autorowi przez Rząd Republiki Austrii przeprowadzenia rocznych badań w trakcie pobytu stypendialnego na Uniwersytecie Wiedeńskim. Również podstawowe kierunki rozumowania zaprezentowanego w niniejszej książce zawdzięczam światłemu wsparciu, jakiego udzielił mi w tych badaniach Profesor Karl Wenger.

W rozdziale pierwszym ukazane zostały przykłady i analiza najstarszych, ustalonych w badaniach historyków prawa, pozwoleń wymaganych od osób prywatnych, a także od piastujących pewne funkcje publiczne. Okazuje się bowiem, że pomysły i poglądy prawników oraz prawodawców z tak odległych epok, jak okres Cesarstwa Rzymskiego czy późne Średniowiecze, nie odbiegają wcale tak daleko od najbardziej współczesnych. Formułowane wówczas stanowiska i definicje wydają się być nawet bardziej precyzyjne i zrozumiałe, niż wypowiadane w dzisiejszych czasach. Ich znajomość może być zatem bardzo pożyteczna, zarówno dla teoretyków, jak i praktyków prawa.

Rozdział drugi przedstawia rozwój nauki prawa administracyjnego okresu dominacji doktryny państwa prawnego w jej wysiłkach nad ustaleniem istoty swoistego fenomenu techniki prawodawczej, jakim jest instytucja pozwolenia administracyjnego. Usiłowałem w nim ukazać pełną różnorodność zapatrywań na wpływ i znaczenie, jakie ma posłużenie się przez ustawodawcę rozwiązaniami prawnymi, uzależniającymi swobodne zachowania jednostek w różnych dziedzinach od uprzedniej ich akceptacji przez organy i instytucje sprawujące władzę wyko-

nawczą w państwie, dla stanu obowiązującego prawa i pozycji prawnej jednostki. Rozważono w nim także zasadność dokonywania klasyfikacji pozwoleń administracyjnych, a zwłaszcza różnicowania ich na takie, których wymaga się wyłącznie w celach prewencyjnych i te, które są przejawem ustępstwa od zakazów o charakterze „represyjnym".

Rozdział trzeci zawiera usystematyzowany, według kryterium różnorodności systemów prawnych, zestaw koncepcji teoretycznych i normatywnych zbudowanych wokół pewnej szczególnej postaci pozwoleń administracyjnych, jakimi zdają się być koncesje. Usiłowano w nim odpowiedzieć na pytanie czy istnieją cechy uzasadniające twierdzenie, że są to instytucje rodzajowo odmienne od wszystkich pozostałych pozwoleń. Szczególnie potraktowano w nim tzw. koncesje górnicze, stanowiące niejako wyraz zespolenia (konglomerat) wszelkich cech składających się na definicje różnego typu koncesji, a równocześnie odzwierciedlające zarówno różnorodność systemów prawnych, jak też ich wzajemne przenikanie.

Celem rozdziału czwartego jest ukazanie nie tylko różnego rodzaju funkcji, jakie mogą być osiągane przy pomocy techniki regulacji prawnej opartej na ustanawianiu wymogów uzyskania pozwolenia (nadzorczej, regulacyjnej i sterującej), udokumentowanie tych twierdzeń przykładami z prawa pozytywnego, ale również - zalet i wad, jakie w realizacji tych funkcji ma pozwolenie administracyjne w stosunku do alternatywnych instytucji prawnych.

Ostatni rozdział pracy przedstawia problematykę ograniczeń, jakie nakładają na ustawodawcę, zamierzającego wykorzystać regulację stosunków społecznych przy pomocy pozwolenia, konstytucje zawierające zarówno katalogi podstawowych (fundamentalnych) praw i wolności jednostki, jak też postanowienia zakazujące władzom publicznym bezzasadnego ingerowania w swobodne zachowania jednostki, bądź czynienia tego z naruszeniem reguł obowiązujących w demokratycznych państwach prawnych.

ROZDZIAŁ PIERWSZY

GENEZA POZWOLEŃ W ADMINISTRACJI PUBLICZNEJ

I. Praźródła pozwoleń administracyjnych

Ustalenie źródeł i prawzorów instytucji prawnej pozwolenia w administracji publicznej wymaga sięgnięcia do początków systemów prawnych starożytnego Rzymu oraz nowożytnych państw u schyłku epoki średniowiecza. Już wówczas bowiem usiłowano regulować prawa i obowiązki obywateli za pomocą instrumentu pozwolenia wydawanego przez sprawującego władzę na danym terytorium, a metodyka korzystania z takiej techniki regulacji świadczy o właśnie tak głębokim zakorzenieniu instytucji prawnych będących przedmiotem niniejszej pracy.

1. Pozwolenia z okresu Cesarstwa Rzymskiego

Nie usiłując się wgłębiać w meandry rzymskiego prawa publicznego - pozostawiając ich zgłębianie jego badaczom - warto w niniejszej pracy jednak zwrócić uwagę na cel, zakres i sposób wykorzystywania instytucji będącej przedmiotem niniejszej rozprawy. Otóż znane są dzisiaj co najmniej cztery sfery, w których od obywateli rzymskich wymagano uzyskania pozwolenia władcy (cesarza) lub działających w jego imieniu urzędników (pretorów, namiestników etc): prowadzenie prac budowlanych, utrzymanie zabytków kultury antycznej, ochrona środowiska (ochrona krajobrazu oraz troska o warunki sanitarne w miastach) i szkolnictwo. Trzy pierwsze dziedziny niejako się ze sobą łączą, gdyż podejmowane przez poszczególnych cesarzy próby przeciwstawienia się niszczeniu zabytkowych budowli antycznych i doprowadzania do ruiny istniejących obiektów publicznych, a także zapewnienia odpowiednich warunków sanitarnych, wiązało się niemal w całości z procesem budowlanym.

Na pierwsze ślady pozwoleń wydawanych przez władzę publiczną możemy natknąć się w tytule 10 księgi 50 Diagestów, gdzie wspomina się o dwóch rodzajach tego typu aktów, przypisywanych w części Augustowi, a w części Markowi Aureliuszowi. W jednym ze swych reskryptów ten ostatni miał ponoć przypominać urzędnikom cesarstwa o wprowadzonym przez swego poprzednika obowiązku uzyskania cesarskiego zezwolenia na wzniesienie nowego budynku publicznego ze środków publicznych pozostawionych im do dyspozycji.[1] O ile o takim pozwole-

1. Podaję za: C. Kunderewicz: Studia z rzymskiego prawa administracyjnego, Łódź 1991, s. 123 i nast.

niu możemy mówić, że ma charakter wewnętrzny, wykraczający poza przedmiot zainteresowań niniejszej pracy,[2] druga kategoria pozwoleń z tego samego okresu nie powinna już wzbudzać takich obiekcji. Gdy bowiem wybudowania obiektu mającego służyć ogółowi mieszkańców danego miasta (czyli obiektu publicznego) podejmowała się osoba prywatna i zamierzała uczynić to z własnych środków, mogła uczynić to bez jakiegokolwiek pozwolenia, chyba że budowla miała być wzniesiona „dla rywalizacji z innym miastem, gdy jej wzniesienie mogło dać okazję do zamieszek lub gdy miała być postawiona koło teatru lub amfiteatru" (czyli miejsc, w których rozruchy mogły się łatwo zacząć).[3] O przesłankach, którymi miano kierować się przy wydawaniu takich pozwoleń Diagesta milczą. Można sądzić, że były to decyzje w pełni dyskrecjonalne. Nie mniej jednak sposób określenia sytuacji, w których pozwolenia te były wymagane pozwala wnioskować o funkcjach, jakie miały one spełniać. Chodziło zapewne o przeciwdziałanie szerzącej się wówczas wśród arystokracji i w kręgach kupieckich „manii budowania", prowadzącej często do szpecenia miast „niewyszukaną architekturą" wznoszonych budowli[4] oraz - o zapobieganie zakłóceniom porządku i spokoju publicznego.

W okresie pryncypatu (wczesnego cesarstwa) natknąć możemy się na jeszcze jedno źródło informujące o wydawaniu pozwoleń, tym razem wprowadzonych w celu zapobiegania szpeceniu miast i ochronie krajobrazu. W konstytucji cesarza Sewera z 224 r. przewidywano wydawanie zezwoleń przez namiestników prowincji - za zgodą władz miejskich oraz sąsiadów - na to, aby „dom całkowicie zrujnowany nie podlegał odbudowaniu w dawnej postaci, lecz został zastąpiony ogrodem".[5] Ogólnie rzecz biorąc, przepisów regulujących kwestie sposobu budowania było w tamtym okresie bardzo mało, a ich stosowanie w praktyce było ponoć niezauważalne. Współcześni znawcy prawa rzymskiego twierdzą, że - poza ograniczoną wydolnością ówczesnej techniki, przyczyną powściągliwości prawodawców w dziedzinie budownictwa było przeświadczenie, że jest to „wyłączna domena właścicieli gruntów i wszelka ingerencja władz w tej dziedzinie stanowi ograniczenie tego prawa, którego Rzymianie strzegli najbardziej pieczołowicie: prawa własności".[6]

2. Jeżeli weźmiemy pod uwagę indywidualną, niemal nieograniczoną odpowiedzialność osobistą lub majątkową Iudicies za wyłamanie się spod nakazów zawartych w konstytucjach cesarskich, porównywalność pozycji tego rodzaju urzędników do osób prywatnych zobowiązanych do uzyskania pozwolenia władzy publicznej nie będzie już taka nieznaczna. Na temat pozycji prawnej urzędników cesarskich w okresie starożytnego Rzymu i Egiptu por. ibidem, s. 15-64.

3. Por. ibidem, s. 124.

4. Por. Y. Janvier: La législation du Bas-Empire Romain sur les édificies publics, Axi-en-Provence 1969, s. 27-29 (to i następne źródła prawa rzymskiego podaję za C. Kunderewiczem, op. cit.).

5. Por. C. Kunderewicz, op. cit., s. 104.

6. Ibidem, s. 105-106.

W późniejszym okresie - dominatu - ingerencja władzy cesarskiej w tę sferę życia właścicieli gruntów była częstsza, chociaż nadal nie zawsze skuteczna. Zdecydowana większość wymaganych pozwoleń odnosiła się jednak nadal do urzędników cesarstwa (*Iudicies*) wznoszących budowle o przeznaczeniu publicznym i za środki publiczne. Ich wielokrotne powtarzanie przez kolejnych cesarzy w wydawanych przez nich konstytucjach świadczy, że respektowanie wcześniej wprowadzonych nakazów uzyskania pozwolenia pozostawiało wiele do życzenia. I tak Walentynian I - chcąc ochronić budynki antyczne przed rujnowaniem wynikającym z pobierania z nich ozdób oraz cennych materiałów budowlanych - przypomniał urzędnikom rzymskim w konstytucji z 364 r., że Iudicies mogą wznosić nowe budynki tylko za zezwoleniem cesarskim.[7] W następnym roku, w trzech konstytucjach skierowanych do wikariusza Afryki, prefekta pretorium Italii i do namiestnika Pinaceum, ten sam cesarz - chcąc nakłonić do „reparacji sławnych budowli" i uzyskania dzięki temu estetyki miast oraz przeciwdziałając ich oszpecaniu - nakazał im pozbawienie urzędników cesarskich możliwości uzyskania pozwolenia na budowę nowych obiektów z wyjątkiem stajni publicznych. Iudicies mieli natomiast uzyskać „życzliwe zezwolenie na przywracanie dawnego wyglądu i właściwego użytku budynkom stanowiącym upiększenie miast, które w jakikolwiek sposób zostały nadwyrężone zębem czasu".[8]

Temu samemu celowi służyć miała konstytucja Walentyniana II, skierowana do prefekta Rzymu w 390 r. Zakazano w niej urzędnikom rzymskim wznoszenia na koszt publiczny bez zezwolenia cesarza nowych budynków przed odrestaurowaniem starych budowli, pod karą 10 funtów złota.[9] Kolejni cesarze, Teodozjusz I i Arkadiusz, w konstytucjach skierowanych do urzędników rzymskich w 393 r. oraz do prefekta Wschodu w 394 r., uzależnili od swego pozwolenia rozbiórkę wszystkich budowli o wartości przewyższających 50 funtów złota (powyżej 16 kg).[10] Zakaz wznoszenia nowych budynków publicznych bez zezwolenia cesarza został po kilku latach złagodzony przez konstytucję Honoriusza z 398 r., w której dopuszczono swobodne wznoszenie - oprócz stajni - składów użyteczności publicznej. W tej samej konstytucji, skierowanej do urzędników rzymskich, wprowadzony też został wymóg uzyskania pozwolenia prefekta na przeniesienie do innego miasta ozdób z brązu, marmuru i innych cennych materiałów, umieszczonych na znajdujących się tam budynkach celem przysporzenia im znakomitości lub służenia użytkowi mieszkańców. Samowolne demontowanie takich ozdób zagrożone było karą 3 funtów złota. Jak stwierdzono w tym dokumencie, ograniczenia te

7. Por. *Codex Theodosianus,* Księga 15 ,tytuł. 1. Rozdział 11 (dalej C. Th 15.1.1 1).
8. Por. C. Th. 15.1.15-17.
9. Por. C. Th. 15.1.27-28 oraz Y. Janvier: op. cit., s. 330.
10. Por. C. Th. 15.1.30-31.

wprowadzono po to, aby *„budynki publiczne nie stawały się ruinami i aby nie znikały"*. Wymóg uzyskania pozwolenia służył tu zarówno celom estetycznym, jak i ochronie zabytków antycznych. Typowym celom policyjnym (głównie przeciwpożarowym i sanitarnym) służyć natomiast miały zawarte w tej konstytucji nakazy i zakazy korzystania z określonych sposobów zabudowy terenów wokół ulic i placów, od których nie przewidywano wyjątków.[11]

Z konstytucji Walentyniana, Teodozjusza i Arkadiusza z 389 r. możemy natomiast dowiedzieć się o istnieniu innego wymogu uzyskania pozwolenia. W akcie tym nakazano prefektowi Konstantynopola „zburzenie **budowli prywatnych przybudowanych do budynków publicznych na podstawie zezwolenia** uzyskanego podstępnie, szpecących i pozbawiających stolicę aspektu publicznej elegancji" (podkr. - D.R.K.).[12] Świadczy to ewidentnie, że tego typu pozwolenia były wymagane. Podobnej materii poświęcona była też konstytucja wspominanego wyżej cesarza Honoriusza i Teodozjusza z 412 r. Przewidywała ona możliwość uzyskania przez osobę prywatną pozwolenia na nadbudowanie istniejącego budynku publicznego, wzniesionego ze środków publicznych.[13]

Starania cesarzy o ukrócenie szerzącej się plagi niszczenia dawnych, antycznych budowli stolicy Cesarstwa Zachodniego nie dały większych rezultatów. W konstytucji Maiorianusa z 458 r., skierowanej do prefekta Rzymu, wprowadzono w związku z tym dalsze, jeszcze bardziej drastyczne środki. Powtórzono w niej zakaz niszczenia i uszkadzania budynków *„wzniesionych przez przodków jako świątynie lub inne monumentalne gmachy dla użytku lub przyjemności ogółu"*, a wyższym urzędnikom pozwalającym na uszkodzenie lub zniszczenie w ten sposób budynku publicznego zagrożono poniesieniem kary w wysokości 50 funtów złota. Niższych urzędników oraz rachmistrzów, jeśli nie przeciwstawili się z własnej inicjatywy takim praktykom i wykonali polecenia swego przełożonego, należało wychłostać, a następnie obciąć im ręce, którymi sprofanowali mające być zachowanymi pomniki przodków.[14] W konstytucji tej przewidziano również, że jeżeli ze względów konieczności coś ma być zdjęte z tego typu budowli, czy to w celu wzniesienia innego obiektu publicznego, czy też dla palącej potrzeby ich naprawy, informacje o takim zamierzeniu powinny być przedłożone senatowi miasta Rzym, a ten musiał swoją decyzję (pozwolenie wyjątkowe !) przedstawić cesarzowi. Dopiero ten, gdy uznał coś za nie nadające się do naprawy, rozkazywał przekazanie tego do ozdobienia innej budowli publicznej.[15]

11. Por. C. Th. 15.1.37.
12. Por. C. Th. 15.1.25.
13. Por. C. Th. 15.1.46.
14. Por. Y. Janvier: op. cit., s. 351.
15. Por. ibidem oraz C. Kunderewicz: op. cit., s. 132-133.

Wykorzystanie instytucji pozwolenia w celach typowo policyjno-prewencyjnych nastąpiło także w konstytucji Zenona z 480 r., skierowanej do prefekta Konstantynopola. Zakazywała ona utrudnianie dostępu do portyków i zabudowywania arkad (przestrzeni między kolumnami) monumentalnych budynków publicznych znajdujących się na przestrzeni między placem zwanym Milion a Kapitolem. W innych miejscach praktyka zabudowy wolnego miejsca między kolumnami, na których wspierały się budynki skierowane frontem do ulic, dopuszczalna była jedynie za pozwoleniem prefekta miasta. Zgodnie z wolą cesarza, prefekt miał „traktować jednakowo wszystkich zainteresowanych". Ograniczenia powyższe wprowadzone zostały w celu zapobieżenia nadmiernemu zwężaniu ulic, co - oprócz względów estetycznych i służenia wygodzie mieszkańców - pomyślane było, jako instrument przeciwdziałający pladze częstych pożarów, łatwo rozprzestrzeniających się przy ogromnym zagęszczeniu zabudowy stolicy wschodniego cesarstwa. Ponadto konstytucji tej przypisuje się służenie - właśnie poprzez omówione zakazy - potrzebom ochrony środowiska (również względom sanitarnym). Gęsta zabudowa i nadmierne zwężanie się ulic, a w szczególności - zabudowa przestrzeni pod arkadami - powodowały bowiem utrudnienia w cyrkulacji powietrza, przesiąkniętego (z braku wystarczających urządzeń kanalizacyjnych) wyziewami i zanieczyszczeniami z kloak, śmietników i grzebalisk oraz cmentarzy.[16]

Współcześni badacze prawa rzymskiego twierdzą, że częstokroć ponawiane wysiłki kolejnych cesarzy skierowane przeciwko niszczeniu zabytków antycznych były próbą walki cesarstwa z siłami przygotowującymi jego upadek. Następcy Konstantyna, inspirowani przez arystokrację rzymską i elitę kulturalną, zdawali sobie bowiem sprawę z faktu, że pokonane wcześniej ludy, które w tej epoce budzą się do życia, mają świadomość łączącej ich więzi: wspólnoty cywilizacji antycznej. Poczucie tej wspólnoty łączyło te ludy z Rzymianami niejako w jedną rodzinę przeciwstawiającą się barbarzyńcom.[17] Dostrzegalnymi symbolami były przede wszystkim zabytki architektury antycznej i to był właśnie powód ich wzmożonych starań o umocnienie wewnętrznej spójności upadającego cesarstwa.[18] Tym samym wymagane pozwolenia władz spełniały rolę instrumentu służącego nie tylko zapobieganiu zagrożeniom dla życia, zdrowia, ładu i porządku publicznego, ale również - celowi politycznemu; zachowaniu państwa i władzy nad nim.

Ślady wykorzystywania instytucji pozwolenia w dziedzinie szkolnictwa odnalezione zostały w Kodeksie Teodozjańskim (księga 13), a pochodzą dopiero z IV wieku. Cesarz Julian (zwany cesarzem-filozofem) w konstytucji z 362 r., skierowanej do prefektów wszystkich prowincji, wprowadził wymóg zatwierdzania

16. Por. H. Driksen: Hinterlassene Schriften, Leipzig 1973, T. II, s. 248.
17. Por. A. Piganiol: L'Empire chretien, Paris 1947, s. 414.
18. Por. C. Kunderewicz: op. cit., s. 78.

przez cesarza udzielanej przez senaty miejskie aprobaty na wykonywanie zawodu profesora nauczającego studentów.[19] Wskazuje to, że wykonywanie tej funkcji uzależnione było już wcześniej od pozwolenia senatu miejskiego. Wymóg zatwierdzania profesorów przez cesarzy doprowadził do uniemożliwienia prowadzenia wykładów przez profesorów chrześcijańskich i był powodem wielu zadrażnień oraz krytycznych opinii.[20] Zakaz wykładania filozofii bez zatwierdzenia profesora przez cesarza zniesiono już po dwóch latach[21], ale po kolejnych trzech - Walentynian I w konstytucji skierowanej do prefekta pretorium Italii nakazał odsyłanie do miejscowości, z których przybyli tych, którzy „bezprawnie i zuchwale przyswoili sobie ubiór profesorów (*himation*) oraz sandały z papirusu i publicznie wykładali studentom filozofię bez pisemnej aprobaty senatu miejskiego, zatwierdzonej przez cesarza".[22]

Motywem takich wymagań stawianych nauczającym młodzież i przygotowujących *de facto* kadry urzędnicze dla cesarstwa (studia klasyczne były wówczas jedynym rodzajem wykształcenia pozwalającego na wykonywanie obowiązków spadających na Iudicies), była - według znawców materii - obawa przed wpływami obcych kultur zagrażających Rzymowi.[23] Miało to też na celu - jak twierdzili już ówcześni prawnicy - uzyskanie lojalności nauczających wobec rządu (władzy cesarskiej), skoncentrowanie ich w większych miastach (głównie w stolicach) i zapewnienie przez to, aby „ścisły i czujny nadzór rządowy nad profesorami był łatwiejszy".[24] Zatem i tutaj mamy do czynienia z wykorzystaniem pozwolenia administracyjnego w celach *stricte* politycznych. O tym, że środki te okazały się niewystarczające świadczyć może powtarzanie tego typu ostrzeżeń w konstytucjach następców Walentyniana. Uczynił tak Teodozjusz Młodszy w konstytucji z 425 r., nazywając nauczających bez pozwolenia cesarskiego uzurpatorami i przewidując dla nich kary wygnania i infamii.[25]

Wspomnianemu wyżej kilkukrotnie Walentynianowi I przypisuje się także autorstwo - wprowadzonych na mocy konstytucji z 370 r., skierowanej do prefekta miasta Rzym - wymogu uzyskania przez studentów pozwolenia namiestnika prowincji na wyjazd do Rzymu celem pobierania nauki. Podlegało ono przedstawieniu kierownikowi odpowiedniego urzędu (zwanemu *magister census*), a oprócz zgody na podjęcie nauki w Rzymie winno zawierać nazwę miejscowości, z której przybywa oraz dane dotyczące jego pochodzenia i dotychczasowych postępów w

19. Por. C. Th. 13.3.5.
20. Por. R. Rèmondon: La crise de L'Émpire Romain, Paris 1964, s. 169.
21. Por. C. Th. 13.2.6.
22. Por. C. Th. 13.3.7.
23. Por. C. Kunderowicz: op. cit., s. 86.
24. Por. ibidem.
25. Por. C. Th. 14.9.3.

nauce. Studenci podlegali urzędowej rejestracji (także podatkowej, gdyż korzystali z pewnych przywilejów), gdzie - oprócz danych z pozwolenia - zapisywano także przedmiot swoich studiów. Tym razem procedura wymagania i posługiwania się pozwoleniami służyć miała kontroli i regulacji ruchu młodych obywateli, czuwaniu nad właściwym wykorzystaniem przysługujących im preferencji, a także - zapewnieniu moralnego prowadzenia się młodzieży przebywającej poza rodzinnym domem.[26]

2. Pozwolenia w prawie kanonicznym

Pierwotnie, w średniowieczu i okresach poprzedzających epokę absolutyzmu oświeconego, na gruncie europejskim nie funkcjonowały jednolite systemy prawa publicznego. Próbując tworzyć taki system, poszczególne państwa miały natomiast do dyspozycji i wykorzystały w praktyce, wzorzec wysoko rozwiniętego, sprawdzonego przez wieki systemu scentralizowanej, jednolitej władzy, opartego na skodyfikowanym prawie (uzupełniającym źródła prawa naturalnego). Był to - funkcjonujący do dnia dzisiejszego - system prawa kanonicznego Kościoła Rzymsko-Katolickiego.[27] Nic zatem dziwnego, że badający początki i proces kształtowania się takich instytucji prawnych jak pozwolenia, dyspensy czy koncesje, sięgają niemal zawsze do piśmiennictwa dotyczącego *Codex Iuris Canonici* (CIC).[28] Posługiwano się w nim trzema terminami prawniczymi, których związek z przedmiotem niniejszej pracy wydaje się być bardzo bliski: dyspensa (*dispensatio*), przywilej (*privilegium*) i zwykła licencja (*simplex licentia*), określana czasami jako pozwolenie (*permissio*).

W prawie kanonicznym Kościoła Rzymsko-Katolickiego przewidywano od początku - z różnorodnych, konkretnych powodów - możliwość stosowania odstępstw i wyjątków od powszechnych przepisów. Instytucje te, pozwalające - tak jak innego typu instrumenty administracyjne - na dokładne rozważenie okoliczności każdego indywidualnego przypadku (stanu faktycznego), nazywano powszechnie dyspensowaniem (*dispensatio*).[29] Z początkiem dwunastego wieku pojęcie dyspensy ograniczone zostało jedynie do tych przypadków, w których odstępowano w

26. Por. C. Th. 14.9.1 oraz A. Chastagnol: La préfecture urbaine a Rome sous le Bas-Empire, Paris 1960, s. 76-77 i 287-288.

27. Wykazuje to w sposób ewidentny, poparty wieloma przykładami Harold J. Berman w pracy pt. Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej, Harvard 1983, wyd. polskie - Warszawa 1995 (tłum. S. Amsterdamski), passim.

28. Pod pojęciem tym (CIC) rozumieć należy zbiór reguł prawa kanonicznego obowiązujących w Kościele w czasach Średniowiecza, opracowany przez Gratian'a i Grzegorza IX... Por. publikacje powołane w przypisach 29-51.

29. P. Hinschius: System des katolischen Kirchenrecht, t. 3, Berlin 1883, Reprint Graz 1959, s. 708, R. Naz: Dictionnaire de Droit Canonique, t. 4, Paris 1949, s. 1284,1286, P. de Palude: Tractatus de potestate Papae, Tuluza 744 (rękopis), opr. przez P.T. Stella, Rom 1966, ss. 135, 149, 192.

indywidualnych sprawach od stosowania ustaw według ich dosłownego brzmienia bądź stosowano je w sposób łagodniejszy. Pojęcie dyspensy zbliżyło się tym samym do *privilegium,* stanowiącego przypadek przyznania szczególnej korzyści.[30] Wówczas to - zgodnie z polityczną tendencją wzmacniania centralnej władzy papieskiej - Gratian uznał prawo papieża do ustanawiania (udzielania) dyspens i przywilejów w stosunku do powszechnych praw Kościoła Katolickiego. Według jego poglądu, prawa Kościoła podlegają uzupełniającej, wprowadzającej odstępstwa i wypełniającej (wykonawczej) regulacji papieskiej nawet wówczas, gdy nie zawierają żadnych wyraźnych, przewidujących to zastrzeżeń. Prawa boskie i naturalne nie mogłyby być zmieniane. Gratian reprezentował pogląd, że dyspensy i przywileje udzielane wbrew dosłownemu brzmieniu powszechnych praw (ustaw) nie naruszają właściwie sensu odpowiednich praw, lecz wyjaśniają je poprzez uzupełnienie lub ukierunkowanie uwzględniające indywidualność danego przypadku.[31]

W drugiej połowie XII w. za Rufin'em z Bolonii upowszechnił się natomiast odmienny pogląd, że *dyspensa* jest szczególnym, następującym z uzasadnionych powodów, indywidualnym przypadkiem (częściowego lub przejściowego) uchylenia mocy obowiązującej ustawy.[32]

Powyższe określenie dyspensy zachowało swą aktualność na wiele lat, w czasie których łagodniejsze traktowanie poddanych powszechnym zakazom czy nakazom albo też niestosowanie ich z racji odrębności indywidualnego przypadku, w którym - przy zastosowaniu ogólnych kryteriów słuszności i sprawiedliwości - należało je uznać za nie podlegające zastosowaniu, nie były już traktowane jako dyspensy lecz jako przejaw interpretacji ustawy.[33]

Dyspensy odróżniano też od licencji - czyli zwykłych pozwoleń *(litentia*), które służyły jako instrumenty nadzorcze do tego, aby zagwarantować działanie zgodne z ustawą.[34]

Poszukując wyjaśnienia istoty takich instytucji prawnych, jak dyspensy i pozwolenia, prawnik hiszpański F. Suarez zwrócił szczególną uwagę na okoliczność, że „ustawa (prawo ludzkie) zmienia się sama z siebie (od wewnątrz), gdy jej moc obowiązująca ustaje ze względu na zniknięcie leżącej u podstaw jej ustanowienia materii, celu lub racjonalnych podstaw danej regulacji. Jeżeli zjawisko takie odnosi się wyłącznie do części ustawy albo - tylko do pewnego, szczególnego przypad-

30. H.E. Feine: Kirchliche Rechtsgeschichte. Die Katholische Kirche, Wyd. 4, Graz 1964, s. 333, J. Lederer: Der Dispensbegriff des kanonischen Rechtes, s. 24 i nast. oraz 37 i nast. München 1957.

31. A. Friedberg: Corpus Iuris Canonici, cz. I. Decretum Magistri Gratiani, Graz 1959, ss. 1111 i nast.

32. podaję za R. Mussgnug: Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften, Heidelberg 1964, s. 36.

33. J. Lederer, op. cit., s. 36.

34. H. Jone: Gesetzbuch der Lateinischen Kirche, t. 1, s. 100 i nast.

ku, to mamy wówczas do czynienia z jej interpretacją. Jeżeli natomiast moc obowiązująca prawa zostaje wyłączona poprzez działanie następujące z zewnątrz, to zjawisko to określa się jako dyspensowanie (*dispensatio*)".[35]

Ograniczenie obowiązywania ustawy wbrew jej dosłownemu brzmieniu w drodze prawidłowej interpretacji nie wymaga wydania przez władcę aktu ją uchylającego. Taka właśnie interpretacja - pisał F. Suarez - powinna następować „w tych szczególnych, nadzwyczajnych przypadkach, których ustawodawca nie mógł przewidzieć albo też nie mógł odpowiednio uwzględnić w tekście ustawy, ponieważ stała by się ona wówczas zbyt pogmatwana lub zbyt rozwlekła. Jeżeli w takich właśnie przypadkach przepisano, że do działania wbrew brzmieniu ustawy uzyskać należy pozwolenie władcy, to takie pozwolenie nie jest dyspensą lecz licencją. Jeżeli jest pewne, że przy prawidłowej interpretacji - pisał dalej F. Suarez - ustawie nie przysługuje żadna moc wiążąca, to działanie zmierzające do zrealizowania dozwolonego przedsięwzięcia nie wymaga przepisanej prawem licencji, chociaż wykracza przeciwko dosłownemu brzmieniu ustawy".[36] Przy wykorzystywaniu zwykłych pozwoleń (*simplex litentia*) dochodzi nie do działania wbrew ustawie, lecz ustawa jest w ten sposób realizowana i przestrzegana. „Podczas gdy udzielenie dyspensy jest aktem jurysdykcji, licencja (zwykłe pozwolenie) - twierdził F. Suarez - jest aktem władztwa i zwierzchniego nadzoru".[37]

Podporządkowanie się poddanego względem ustawodawcy nie wymaga samo w sobie uzyskania pozwolenia. „Jeżeli uzyskanie pozwolenia uznane zostało w sprawie publicznej za konieczne *w celu uniknięcia zgorszenia* albo z innym, podobnych względów - twierdził ten autor - to jest to regulacja *dodatkowa.* Jeżeli licencja uznana została za wymaganą przy określonym zachowaniu, to zachowanie takie nie jest po prostu zakazane, lecz tylko zostało ustalone, że nie może ono nastąpić bez woli zwierzchności".[38]

Udzielenie dyspensy odnosi się - wręcz przeciwnie - do działania w pełni zakazanego.[39] „Jest to akt woli księcia, poprzez który oświadcza on swoje życzenie, aby poddany uwolniony został spod jarzma jego ustawy"[40] - twierdził F. Suarez pisząc dalej, że „poprzez dyspensę ustawa nie zostaje uchylona lecz jedynie częściowo rozluźniona zostaje jej moc wiążąca". Częściowe uchylenie mocy wiążącej ustawy następować mogło ze względu na upływ czasu lub osobę adresata. Z tego też powodu dyspensowanie stanowić mogło przejaw albo przejściowego pozba-

35. Por. F. Suarez, Tractatus de legibus ac Deo legislator, Ks. 6, kolumna 1 (podaję za B. Preusche, Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt als Regulungsinstrumment, Frankfurt an der Men 1980, s. 24.

36. Por. ibidem, Kolumna 6, pkt 4 i Kolumna 8, pkt 2 i 3.

37. Por. ibidem, Kolumna 10, pkt 1 i 11.

38. Ibidem, Kolumna 13 pkt 20.

39. Por. ibidem, Kolumna 8, pkt 1 i Kolumna 13, pkt 20.

40. Ibidem, Kolumna 10, pkt 14.

wienia mocy ustawy (*suspensio legis*) albo wyjątek od ustawy (*exceptio a lege*) albo - obydwu tych zjawisk naraz.[41]

Ponieważ dyspensa uchyla moc obowiązującą ustawy - wywodził F. Suarez - ma ona niejako skutki (działanie) dozwalające (*effectus permittendi*). Jednak dyspensa jest czymś innym i czymś więcej niż pozwolenie (*permissio*). Wymóg uzyskania zezwolenia oznacza bowiem nieraz nic innego, jak „*umyślny brak przeszkody*".[42]

Zaprezentowany powyżej sposób rozumienia instytucji prawnej dyspensy - jako częściowego, zamierzonego uchylenia mocy obowiązującej zakazów lub nakazów ustawowych - odpowiadał starającym się o przyznanie prawa dyspensowania od powszechnych ustaw kościelnych wyłącznie papieżowi, a nie innym biskupom i władzom kościelnym. Wszak takie właśnie traktowanie dyspensy zakładało władzę dyspensującego nad ustawami, która nie mogła być udziałem niższych władz Kościoła.[43]

Pojmowanie dyspens jako środka (instrumentu) realizacji ustaw nie zostało nigdy do końca wyparte. Szczególne znaczenie osiągnęło w dążeniach niższych hierarchów do ograniczenia absolutystycznej władzy papieskiej. Opór biskupów przeciwko wzmocnieniu centralnej władzy papieskiej, zamykającej im dostęp do bardzo zasobnych źródeł dochodów płynących z opłat za udzielanie dyspens, spowodował, że także zwykłym biskupom prawo takie zaczęto przyznawać.[44]

Przykładowo, zgodnie z definicją propagowaną przez Rufin'a z Bolonii, udzielanie dyspens mogło być rozumiane zarówno jako regulacja sytuacji jednostkowej dokonywana wbrew ustawie, jak i - jako wykonywanie ustawy. Tłumaczył on, że „dyspensowanie zakłada z jednej strony obowiązywanie ustawy, interpretowanej według zasad prawa i słuszności, we wszystkich szczególnych i indywidualnych sytuacjach, a z drugiej - istnienie usprawiedliwiających to obowiązywanie powodów (podstaw faktycznych)".[45]

3. Stosunek współczesnej doktryny do przywilejów, licencji i dyspens wydawanych w wiekach średnich

Analizujący rozwój poglądów doktryny na temat pojęcia dyspensy w prawie kanonicznym J. Lederer doszedł ostatecznie do wniosku, że nauka prawa - wobec zaprezentowanych powyżej rozbieżności - nie mogła i nie może oferować żadnych

41. Por. ibidem, Kolumna 11, pkt 1.

42. Por. ibidem, Kolumna 11, pkt 3.

43. Por. ibidem, Kolumna 14, pkt 2 i 4, Ch. Besoldus: De Majestate in genere, ejusque Juribus specialibus, Argentorati 1642, Cz. 3, Kolumna 4, pkt 130 i nast. (podaję za B. Preusche, op. cit., s. 25), a także R. Mussgnug, s. 37.

44. Por. P. Hinschius, System..., op. cit., t. 3, s. 800, R. Naz, Dispense..., op. cit., t. 4, s. 1287.

45. R. Naz, op. cit., t. 4, s. 1290 i nast.

jasnych cech lub użytecznych kryteriów pomagających rozgraniczyć dyspensy od innych aktów wyrażających pozwolenia. Pojęcie dyspensy i licencji używane bywało w praktyce prawniczej często bez jakiegokolwiek rozróżnienia i ich rozgraniczanie stało się prawniczym sofizmatem.[46]

W ocenie innych autorów sytuacja w nauce nie jest tak beznadziejna. Inaczej natomiast rysuje się jednolitość prawodawstwa. Są oni zdania, że u podstaw obowiązującego prawa kanonicznego leży nadal definicja dyspensy w wersji propagowanej przez Rufina (*Dispensatio definiri potest: legis in casu speciali relaxatio*).[47] Analizując CIC doszli zaś do stwierdzenia, że termin **przywilej (*privilegium*) występował w nim w znaczeniu „szczególnej normy prawnej, która stwarzała dla określonej osoby lub kręgu osób korzystną, zasadniczo ograniczoną w czasie, sytuację prawną".**[48]

Współcześnie dominuje przekonanie, że **istotna różnica pomiędzy dyspensą a przywilejem polega na tym, że „przywilej stwarza nowe, szczególne prawo, natomiast dyspensa - przeciwnie, jedynie uwalnia adresata od skutków istniejącego prawa w indywidualnym przypadku".**[49] Zwykłe pozwolenie miałoby natomiast różnić się od dyspensy tym, że **pozwolenie** nie uwalnia od wykonywania ustawy ale **zawiera w sobie zgodę władzy zwierzchniej, uznaną wcześniej ze względów prewencyjnych za nieodzowną, na określone zachowanie się.**[50] Do dziś jednak brak jest jednolitości poglądów co do tego, czy poszczególne, przewidziane w CIC dyspensy są rzeczywiście dyspensami, czy też są to w rzeczywistości zwykłe pozwolenia.[51]

46. Por. J. Lederer, op. cit., s. 66 i nast.

47. Por. P. Hinschius, System..., op. cit., t. 3, s. 789, H. Jone: Gesetzbuch der latainischen Kirche, t. 1: Allgemeine Normen und Personenrecht, Paderborn 1950, s. 100, R. Mussgnug, op. cit., s. 38, R. Naz, Dispense..., op. cit., s. 1285.

48. H. Jone, op. cit., s. 86 i nast. Por. J. Lederer, op. cit., s. 66 i nast.

49. Por. H.E. Feine, op. cit., s. 333, Por. P. Hinschius, System..., op. cit., s. 789 i nast. oraz 805 i nast., H. Jone, op. cit., s. 100, J. Lederer, op. cit., s. 64 i nast.

50. Por. H. Jone, op. cit., s. 100-101, J. Lederer, op. cit., s. 69-70 i s. 201, R. Naz, Dispense..., op. cit., t. 4, s. 1284-1285.

51. Por. R. Naz, ibidem, J. Lederer, op. cit., s. 68 i nast. i s. 201.

II. Pozwolenia w okresach poprzedzających epokę idei państwa prawnego

4. Zakres wykorzystania instytucji pozwolenia

W prawie świeckim z końca epoki średniowiecza istniało bardzo wiele przypadków obowiązków uzyskania pozwolenia albo szczególnego przywileju wykonywania działalności zastrzeżonej na rzecz określonego suwerena (monarchy lub jego lenników) i zakazanej dla pozostałych. Traktowane one były też jako oczywiste części składowe statutów różnorakich wspólnot.[52] Jako przykłady warto w tym miejscu wskazać:

- *regalia monarsze* **nadawane** w XI-XV w. na terenach polskich biskupom, klasztorom, wspólnotom komunalnym (były to przywileje wykonywania łowiectwa, rybołówstwa, prowadzenia przewozu przez rzeki, mennic, karczm, wydobywania kopalin, zgoda monarchy na pobieranie myta za korzystanie z dróg lądowych i wodnych);[53]
- udzielanie przez monarchę zgody feudałowi na sprawowanie władzy sądowniczej;[54]

52. B. Preusche (op. cit., s. 27), powołując się na Carl'a Mollwo (w: Das rote Buch der Stadt Ulm, Stuttgart 1905, s. 100 i nast. oraz s. 206) i Klaus'a Beckera (w:) Die behördliche Erlaubnis des absolutischen Fürstenstaates, Margburg 1970, s. 441 i nast.) wskazuje np. na art. art. 185a, 185c,185e Statutu Miasta Ulm z 16 kwietnia 1395 r. i na art. 401 ordynacji budowlanej Miasta Ulm z 23 kwietnia 1427 r., a także na art. 41 ordynacji budowlanej Miasta Monachium. Instytucje prawne tego rodzaju zawierało także tzw. Lustro Saksońskie - por. Sachsenspiegel (Landrecht) w opracowaniu Claus'a von Schwerin, Stuttgart 1959, Ks. 3, cz. 66. Ze źródeł polskiego prawa miejskiego, posługującego się interesującymi nas instrumentami prawnymi wskazać można na tzw. wilkierze - np. Kodeks dyplomatyczny Miasta Krakowa, oprac. F. Piekosiński, Kraków. 1879 i 1882 *(Monnumenta Medii Aeri Historica*, T. V i VII), Przywileje miasta stołecznego Starej Warszawy, oprac. T. Wierzbowski, Warszawa 1913, S. Estreicher: Najstarszy zbiór przywilejów i wilkierzy miasta Krakowa, Kraków 1936, S. Grodzicki: Uwagi o prawach przeciw zbytkowi w dawnej Polsce, ZN UJ, Prawo 5, Kraków 1958, s. 72 i nast.

53. Por. J. Bardach (w:) Historia państwa i prawa polski, pod. red. J. Bardacha t. 1. ss. 119, 142-144, 160-161, 163, 197, 205-207. Nadanie przywileju zastrzeżonego dla monarchy innej osobie można traktować również jako pozwolenie na wykonywanie objętej nim działalności przez jego beneficjanta. Przywilej lokacji miasta na prawie niemieckim (a dokładnie - magdeburskim), otrzymywał np. wójt reprezentujący wspólnotę zamierzającą zbudować miasto albo uzyskać statut miasta dla istniejącej osady. Dokument lokacyjny obejmował też prawo do urządzania targu, określał warunki wykonywania rzemiosła, immunitety ekonomiczne, zwolnienia celne, prawo budowy młynów, połowu ryb i wyrębu drzew we włościach panującego. Por. także H. Conrad: Deutsche Rechtsgeschichte, t. 1, wyd. 2, Karlsruhe 1962, ss. 369-376 oraz H.J. Bermann, op. cit., s. 575.

54. Po raz pierwszy przewidziano go nadanym Księstwu Austrii przez Fryderyka Barbarossę Statucie *Privilegium minus*; por. H. Appelt: Privilegium Minus: Das staufische Keisertum und die Babenberger in Österreich, Wien 1973 oraz M. Spindler: Die Anfange der bayerischen Landesfürstentums (w:) „Schriftenreihe zur bayerischen Landesgeschichte", 1937, s. 120.

- przywilej królewski, nadawany indywidualnie lub grupom osób, zwalniający je - na zasadzie wyjątkowej dyspensy - z obowiązku przestrzegania zwyczajów miejscowych;[55]
- *immunitety ekonomiczne* (zwalniające z obowiązku składania danin i posług przysługujących panującemu na podstawie posiadanego przywileju) i *sądowo-administracyjne* (wyłączające lub ograniczające sądownictwo urzędników książęcych nad ludnością zależną osiadłą w dobrach uprzywilejowanego), **nadawane** w dawnej Polsce przez księcia klasztorom, biskupom, szlachcie oraz miastom;[56] równocześnie z immunitetami sądowo-administracyjnymi nadawano bądź przekazywano uprzywilejowanemu większość regaliów;[57]
- zezwolenia lokacyjne, zwane też przywilejami; przywilej lokacji miasta na prawie niemieckim (a dokładnie - magdeburskim), otrzymywał np. wójt reprezentujący wspólnotę zamierzającą zbudować miasto albo uzyskać status miasta dla istniejącej osady; dokument lokacyjny obejmował też prawo do urządzania targu, określał warunki wykonywania rzemiosła, immunitety ekonomiczne, zwolnienia celne, prawo budowy młynów, połowu ryb i wyrębu drzew we włościach panującego;[58]
- zezwolenie króla na małżeństwo wasala;[59]
- *monopole dworskie* (młynarski i propinacyjny), będące w dawnej Polsce przedmiotem dzierżawy lub aktów nadania[60] (to także zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej wyłączonej ze sfery wolności jednostki);
- *nobilitację* oraz *indygenat* (pierwsza stanowiła akt nadania praw szlacheckich - uszlachetnienie przez panującego monarchę - z czym wiązało się zwolnienie uszlachetnionego z zakazów zachowań i działalności objętych w monopolami monarszymi lub innymi przywilejami feudalnymi na określonym obszarze włości należących do uprzywilejowanego; drugi - to

55. Por. pochodzące z ok. 1283 r. dzieło jednego z baliwów francuskich, opisujące zwyczaje mieszkańców hrabstwa Beauvais - Philippe de Beaumanoir: Coumtumes de Beauvaisis, oprac. A. Salmon, t. 1, Paris 1970, podrozdz. 683.

56. Por. J. Bardach, ibidem, s. 178 i 197. Oba rodzaje immunitetów można uznać za przejaw dyspensowania opisanego w pkt 2 nin. rozdziału.

57. Por. ibidem, s. 180.

58. Por. ibidem, s. 207-210.

59. H.J. Bermann, przytaczający ten przykład (por. op. cit., s. 487) wskazuje, że to uprawnienie królewskie pełniło przeważnie funkcję fiskalną, lecz w szczególnych przypadkach stosowane było bezpośrednio w celach politycznych.

60. Por. B. Leśnodorski (w:) Historia państwa i prawa Polski, pod. red. J. Bardacha, op. cit., t. 2, s. 46.

udzielenie szlachectwa polskiego cudzoziemcowi pochodzenia szlacheckiego);[61]

- ❖ zezwolenie króla na wykonywanie praktyki lekarskiej;[62]
- ❖ zezwolenie króla na sprzedaż i inne kontrakty pomniejszające własność lenną oraz zezwolenie na odbieranie przysiąg lennych od wasali przez spadkobierców seniora;[63]
- ❖ zezwolenia króla oraz sądu królewskiego na występowanie w sądach w charakterze obrońców;[64]
- ❖ nadanie tytułu mistrza czeladnikowi rzemieślniczemu oznaczające w wiekach średnich zezwolenie na samodzielne wykonywanie rzemiosła;[65]
- ❖ pozwolenie pana na opuszczenie ziemi przez poddanego mu chłopa i wyjście ze wsi do miasta[66], pójście do zakonu, do szkoły itp.;[67]
- ❖ pozwolenie pana na zamążpójście córki chłopskiej;[68]
- ❖ akt zwolnienia z poddaństwa (oznaczający de facto zwolnienie od zakazów i pozwolenie swobodnego przemieszczania się i osiedlania na terenach wiejskich lub w miastach).[69]

5. Istota i funkcje pozwoleń średniowiecznych

Ponieważ najdalej idące podobieństwo w stosunku do stanowiących przedmiot zainteresowania niniejszej pracy pozwoleń administracyjnych wykazują - spośród powyższych instytucji - przywileje królewskie (wynikające z prawa domi-

61. Por. ibidem s. 75.

62. Pierwszym w Europie władcą, który wprowadził to zezwolenie był król Roger II. Miało to miejsce w art. 36 Assyzy z Ariano. Jego wnuk - Fryderyk - rozwinął tę regulację; obok wymogu zezwolenia na leczenie wprowadził obowiązek przedstawienia dokumentów potwierdzających *rzetelność wiedzy,* wystawionych przez *mistrzów z uniwersytetu Salerno* oraz przez osoby, którym wcześniej udzielono takie zezwolenia, a ponadto złożenia egzaminu publicznego przed owymi mistrzami. Por. *Liber Augustalis,* Księga 3, tytuł 44 (podaję za H.J. Bermann'em, op. cit. s. 491 i 497).

63. Por. Liber Augustalis, ks. 3 tytuł 1 i 24.

64. Por. ibidem, ks. 1, tytuł 84 (H.J. Bermann, op. cit. s. 497-498).

65. Por. ibidem, s. 64-65.

66. Por. J. Ohryzko, Volumina Legum, t. I, Petersburg 1859, s. 293, H. J. Berman, op. cit., s. 383, 384 (autor ten podaje tam również tak oryginalny przykład pozwolenia jak zezwolenie pana na udział chłopa w wojnie krzyżowej i wskazuje, że odmowa udzielenia takiego zezwolenia groziła feudałowi *wiecznym potępieniem* - por. ibidem oraz s. 396)

67. Por. H.J. Berman, ibidem, s. 395 i 499.

68. Por. ibidem, s. 383 oraz B. Leśnodorski, op. cit., s. 48.

69. Por. H.J. Berman, ibidem, s. 393-394. Autor podaje tam równocześnie inny przykład pozwolenia - udzielanego wasalowi przez suwerena na wyzwolenie poddanego. Jeżeli suweren odmówił pozwolenia, chłop przechodził pod jego władzę dominialną i wasal nie mógł domagać się przywrócenia poprzedniego stanu.

nialnego zezwolenia udzielane poddanym miały zdecydowanie luźniejszy, a czasami - nawet wątpliwy związek ze sprawowaniem władzy państwowej), zasługują one na bliższą analizę ich istoty oraz funkcji.

Podstawą udzielania tych przywilejów były tzw. *jura regalia,* czyli uzyskiwane - w drodze koronacji - przez królów, przez książęta, bądź elektorów (w drodze nadań cesarskich bądź królewskich), prawa do samodzielnego wykonywania zwierzchniej władzy na danym terytorium. Czasowo lokowane były one w Europie na pierwszą połowę XII w. Uprawnienia te obejmowały niektóre rodzaje działalności lub rzeczy, które wyłączane były, poprzez nadania regaliów, ze sfery inicjatywy prywatnej i - od momentu objęcia władzy zwierzchniej przez danego monarchę - mogły być przekazywane, w drodze „nadań" lub „udzieleń" przywilejów, poszczególnym jednostkom. Było przy tym bez znaczenia, czy chodziło w danym przypadku o działalność państwową rozumianą jako sprawowanie władzy prawodawczej, sądowniczej, urzędniczej, celnej, monetarnej bądź wojskowej, czy też o działalność o charakterze czysto majątkowym (np. zarządzania i rozporządzania własnością korony, ograniczania w korzystaniu, zarządzaniu i rozporządzaniu rzeczami będącymi własnością poddanych). Uprawnienia te nadawane były właśnie jednostkom jako *privilegia.* Czyniono to za stosowną opłatą. Praktycznie, przekazaniu na rzecz innych osób podlegały wszystkie uprawnienia książęce czy królewskie i faktycznie przenoszono je, o ile dawało to możliwość uzyskania przez panującego większych pożytków finansowych niż w przypadku samodzielnego wykorzystywania regaliów.[70]

B. Prusche i K. Becker twierdzą, że instytucje wszelkiego rodzaju pozwoleń i przywilejów ustanawiano często po to, aby zabezpieczyć zgodność postępowania jednostek z *interesem ogółu.*[71] Pogląd ten nie wydaje się być precyzyjny i przekonywujący. Po pierwsze, wymogi te nie zawsze były wynikiem działalności prawotwórczej władcy, przeważnie uznawano je za zwyczajowo obowiązujące.[72] Po drugie, znane dziś wyniki badań historyczno-prawnych wskazują, że konieczność uzyskania pozwolenia bądź przywileju od osoby lub osób sprawujących władzę lenną, dominialną, korporacyjną (tj. miejską, cechową, gildową, zakonną itp.) czy królewską wynikała z istoty każdej z tych władz. Niezależnie od tego w jaki spo-

70. Por. O. Potschter: Wesen und Recht der Konzession (Verleihung) in Deutschland und Sowjetrußland, Jena 1928, s. 5.

71. Por. B. Preusche, ibidem, s. 27 oraz K. Becker: Die behördliche Erlaubnis, op. cit., ss. 44 i nast. Koncepcja ustanawiania praw „dla wspólnego dobra wszystkich" wiąże się z teorią Tomasza z Akwinu, który - formułując kanoniczne uzasadnienie normodawczych kompetencji monarchy - definiował prawo jako *przepisy służące dobru powszechnemu, wydawane przez tych, na których spoczywa troska o wspólnotę.* Por. Tomasz z Akwinu: Summa theologiae, 2-1, qu. 90-97.

72. Por. H.J. Berman, op. cit., ss. 361-378, ss. 384-394, ss. 456-464, ss. 489-505 i 510-528, ss. 541-552 i 559-590.

sób dany monarcha czy inny pan feudalny (a w przypadku korporacji - grupa osób) doszli do swojej władzy nad danym terytorium i zamieszkującą go ludnością (czy to przez dobrowolne poddanie się jej i złożone śluby lenne, czy też na skutek zawłaszczenia jej w wyniku podboju, albo też - w wyniku nadania przez swego suwerena), zakres wolności znajdujących się pod jego panowaniem zależał od jego woli.[73]

Możemy zatem twierdzić, że posługiwanie się instytucją pozwolenia było konsekwencją relatywnego (względnego) charakteru wolności każdej osoby żyjącej w tamtych latach. Mogła ona czynić wyłącznie to, na co pozwalał jej suweren. Z racji wzajemnego charakteru praw panujących (byli oni m.in. zobowiązani wobec poddanych do obrony, opieki, a także do pewnych świadczeń rzeczowych[74]) można dostrzegać, w egzekwowaniu obowiązku uzyskania zezwolenia władcy, przejawy działania na rzecz dobra ogółu, ale nie była to bezpośrednia i wyłączna przyczyna posługiwania się tymi instytucjami. Spełniały one również funkcje fiskalne (za pozwolenia i przywileje pobierano wszak opłaty przysparzające majątku panującemu) oraz przede wszystkim - polityczne.[75]

Dopiero w XVIII wieku podjęto się (w państwach niemieckojęzycznych) rozbudowy teorii przywilejów monarszych w kierunku uwzględnienia, w celach regaliów i w ich zakresie, elementów „dobra powszechnego" i służenia zaspakajaniu wzrastających potrzeb państwa i poddanych. Próbowano dokonać wówczas rozgraniczenia pomiędzy „właściwą działalnością państwa", a tzw. administracją fiskalną. Jednolite dotąd regalia rozdzielono na dwie grupy: *regalia majora (essentialia)* i *regalia minora (accidentalia).* Pierwsze traktowano jako przysługujące władzy państwowej ze swej istoty i przeciwstawiano tym drugim, jako pewnym nabytym przypadkowo przez państwo i - wykorzystywanym oraz przekazywanym przezeń w drodze aktów nadawania - uprawnieniom o charakterze zarobkowym. Obie sfery były odebrane inicjatywie prywatnej, zastrzeżone państwu, gdyż wymagało tego dobro ogółu lub interesy publiczne poddanych.[76]

Już według ówczesnych przekonań niemieckojęzycznej doktryny, wprowadzanie zakazów z zastrzeżoną w nich możliwością uzyskania pozwolenia zwal-

73. Por. H.J. Berman, ibidem oraz powoływaną tam bardzo bogatą literaturę. Zasadność tej tezy potwierdzają zwłaszcza słowa zawarte w preambule do *Liber Augustalis* Fryderyka, władcy Królestwa (Obojga) Sycylii z 1231 r.: „Książęta narodów... są panami życia i śmierci ludzkości", „... mają władzę decydowania o majątku i statusie każdego obywatela" (podaję za H.J. Bermann'em, op. cit., s. 497-498.

74. Por. ibidem, ss. 367-370, ss. 386-388.

75. Por. O. Potschter: op. cit., s. 6. Przykład Fryderyka Barbarossy - podawany przez H.J. Bermann'a (por. op. cit., s. 566-567) - wskazuje, że środki te nie zawsze były skuteczne, a wiara we wszechmoc prawa stanowionego - całkowicie bezpodstawna.

76. Por. O. Potschter, op. cit., s. 6.

niającego od obowiązku ich przestrzegania (*Verbote mit Erlaubnisvorbehalt*) służyło jako bardzo wygodna forma ustanowienia i zagwarantowania przez panujących swojej władzy i stanu posiadania. Przecież, inaczej niż w przypadku sztywnego zakazu (bez zastrzeżenia uzyskania zezwolenia), który wkraczał w oczywisty sposób w sferę wolności jednostki i mógł wywoływać niebezpieczny dla władcy opór poddanych, obowiązki zgłoszenia czy uzyskania pozwolenia umożliwiały - jak ujął to B. Preusche - „niezauważalne - i dające się dopasować do wszelakich okoliczności - przejście od stanu wolności do podporządkowania oraz do wykluczenia z jego zakresu wybranych rodzajów zachowań"[77]

W okresie Odrodzenia odnotować można było w wielu państwach europejskich powrót do prawnych teorii ukształtowanych na gruncie prawa rzymskiego. Badacze historii prawa i administracji w Niemczech i Austrii określają nawet w skrócie tę epokę okresem *Recepcji* (w domyśle - prawa rzymskiego).[78] Teorie te sprzyjały wprowadzaniu i uzasadnianiu absolutystycznej władzy państwowej. Z drugiej jednak strony - wywoływały kłopoty w prawniczym uzasadnianiu takiej administracyjnej reglamentacji przez władców zachowań jednostek, która miała obowiązywać jednolicie na całym terytorium państwa i - w wielu dziedzinach - tłumaczona była jako wprowadzana *dla dobra ogółu.* Wszak prawo rzymskie nie poddawało postępowania jednostki obowiązkowi respektowania *dobra ogółu.* Wiele zachowań ludzkich traktowanych było w nim jako obojętne z prawnego punktu widzenia i należało traktować je zgodnie z prawem natury - jako mieszczące się w sferze wolności jednostki.[79]

W gronie nadwornych prawników władców panujących wówczas w licznych księstwach niemieckich największym uznaniem cieszył się pogląd, że „również to, co - zgodnie z prawem natury - jest wolne, podlega różnorakim - wynikającym także z tegoż prawa natury - ograniczeniom, dyrektywom oraz - tak, jak wszystkie zdarzenia w państwie - zwierzchnictwu księcia".[80] Według tych poglądów władca uprawniony i zobowiązany był poddać swemu nadzorowi te zachowania, które wg prawa natury uznawane były za *wolne* i tak je uregulować, aby nie tylko nie szkodziły ale wręcz sprzyjały dobru państwa.[81] Jeżeli zastrzegł on sobie w wydawanych przepisach administracyjnych prawo udzielania dyspens i pozwoleń, to takie zastrzeżenie - pisał K. Becker - było „przejawem wykorzystania jego powszechnej

77. Por. B. Preusche, op. cit., s. 28

78. Por. Carl Friedrich Häberlin: Handbuch des Teutschen Staatsrechts nach System des Herrn Geheimen Justizrath Pütter, Frankfurt u. Leipzig 1794, ss. 126 i nast.

79. Por. Caspar Ziegler: De juribus majestatis tractatus academicus, Wittenberg 1681 (przytaczam za B. Preusche, ibidem, s. 28.

80. Por. C.F. Häberlin, op. cit., ss. 145, 153, 160.

81. Por. B. Preusche, op. cit., s. 28.

kompetencji do troszczenia się, według najlepszej swej woli, o dobro jego krajan".[82] Zatem zachowania, które nie mogły być uznane za zabronione przez prawo natury, uznawane były za *same w sobie prawnie dozwolone*, co nie stało na przeszkodzie zakazać ich poprzez odpowiednie przepisy policyjne.[83]

W regulacjach prawnych wprowadzanych w życie w poszczególnych krajach (w prawie miejskim oraz królewskim) bardzo rzadko zdarzało się, aby - oprócz ustanowienia wymogu uzyskania pozwolenia, możliwości zwolnienia z obowiązujących zakazów czy przyznania szczególnych przywilejów - zamieszczano w nich postanowienia pozwalające obecnie na wyciągnięcie wniosków co do kryteriów i celów ich stosowania.[84] Było to rezultatem swoistości władzy i państwa absolutystycznego, w którym władcom przysługiwały - oprócz uprawnień policyjnych (dziś nazwalibyśmy je raczej administracyjnymi) - kompetencje ustawodawcze. Uważano wówczas, że byli oni upoważnieni do udzielania łaski albo dokonywania wszelkiego rodzaju indywidualnych regulacji, o ile zachowywały one dobrze nabyte prawa osób trzecich.[85] W rezultacie, rozróżnienie dyspens od zwykłych pozwoleń - a tych od przywilejów - wyłącznie na podstawie prawa stanowionego, wywoływać mogło poważne komplikacje.

W odróżnieniu od stanu prawa pozytywnego, w doktrynie istniała dość duża zbieżność wyrażanych stanowisk z teorią rozwijaną na gruncie prawa kanonicznego. I tak, **jako *akt dyspensy* traktowany był taki akt władczy, który podejmowany był w indywidualnym przypadku i częściowo uchylał obowiązujący nakaz lub zakaz.**[86] Pod pojęciem **przywileju** (*privilegium)* rozumiano natomiast **akt władczy, który wydawany był w celu stworzenia szczególnej, korzystniejszej i trwałej sytuacji prawnej osoby (grupy osób), na rzecz której był podejmowany, a skutkujące *erga omnes*.**[87] Uprawnienie do udzielania dyspens i przywilejów traktowano w naukach prawnych jako wyraz sprawowania władzy ustawodawczej.[88]

82. Por. K. Becker, op. cit., s. 121 i nast.

83. Por. Carl Gotlib Svarez: Vorträge über Recht und Staat, oprac. H. Conrad i G. Kleinheyer, Köln-Opladen 1960, ss. 230 i nast. oraz 486 i 489.

84. Potwierdzają to K. Becker, op. cit., ss. 184-185 oraz 169 i nast., C.F. Häberlin, op. cit., t. 2, s. 178 i nast. R. Mussgnug, op. cit., s. 41.

85. Por. K. Becker, op. cit, ss. 117 i nast. oraz 146, C.F. Häberlin, op. cit., t. 2, s. 179 oraz R. Mussgnug, op. cit., s. 41.

86. Por. B. Preusche, op., cit., s. 29 i powoływaną tam literaturę. Pojęcia dyspensa używano do oznaczenia wyjątków i zwolnień przewidzianych w różnych dziedzinach regulacji prawnych. Opisują to K. Becker, op. cit., ss. 58 i nast., 135 i nast., J. Lederer, op. cit., ss. 39 oraz 62-63, R. Mussgnug, op. cit., s. 97.

87. Por. ibidem oraz Nicolaus Thaddäus Gönner: Teutsches Staatsrecht, Landshut 1804, s. 422 i 457, Justus Christoph Leist: Lehrbuch des Teutschen Staatsrecht, Göttingen 1803, s. 272 i 274, Julius Steinitz: Dispensationsbegriff und Dispensationsgewalt auf dem Gebiete des deutschen Staatsrecht, Breslau 1901, s. 47-48.

88. Por. C.F. Häberlin, op. cit., t. 2, s 228, C.G. Svarez, op. cit., s. 13 i 618, J. Bardach, op. cit., s. 160.

6. Początki posługiwania się instytucją koncesji

Z okresu poprzedzającego epokę państwa prawnego wywodzi się również pojęcie *koncesja.* Badający historię tej instytucji wskazują, że już w 1438 r. francuski szlachcic Luis de Bernam otrzymał koncesję rzeczną na pobieranie opłat za towary przewożone po Renie.[89]

Pierwszym typem francuskiej koncesji była tzw. koncesja robót publicznych (*concession de travaux publics*). Zgodnie z jej definicją, przypisywaną Delalleau, rozumiano ją jako „umowę, w której jedna lub kilka osób zobowiązuje się względem administracji państwowej do tego, że wytworzy w interesie publicznym na własny koszt i na własne ryzyko określone w niej urządzenia w zamian za równocześnie umówione świadczenie wzajemne w postaci uprawnień do pobierania opłat (za korzystanie z tych urządzeń - przyp. D.K.) lub za inne finansowo użyteczne prawa". W związku z panującym przekonaniem o niezbywalności dóbr koronnych i respektowaną w pełni zasadą prawa własności *superficies solo cedit*, wzniesione przez koncesjonariusza budowle publiczne czy inne urządzenia umocowane trwale na drogach, placach czy wodach należących do korony, pozostawały własnością państwa.[90]

W swoim słynnym traktacie o koncesjonowaniu A. Blondeau opisywał, że na koncesje robót publicznych w okresie *Ancien Régime* składały się w praktyce: budowa i utrzymanie dróg komunikacyjnych (takich, jak ulice, trakty, kanały), wznoszenie budowli publicznych (takich, jak bramy miejskie, mosty) itp. Za tę działalność prywatnemu przedsiębiorcy przyznawane było przez państwo prawo do pobierania specjalnych opłat, tzw. *péages*.[91] Nie wykluczało to jednak innych form zapłaty. Stosowano także metodę periodycznego wynagradzania koncesjonariusza przez państwo na podstawie odrębnych umów.[92] Zdarzały się też przypadki, że to właśnie prawo wzniesienia określonej budowli traktowane było, jako cena za udostępnienie gruntu publicznego lub praw do korzystania z drogi wodnej.[93]

Powody, dla których tego typu zadania przekazywano na rzecz osób prywatnych tkwiły przeważnie w chronicznym braku kapitału w administracji królewskiej, a ponadto - w długim okresie amortyzowania się niezbędnych na ten cel nakładów. Ponadto - twierdził A. Blondeau - stan organizacji tej administracji nie zawsze gwarantował profesjonalne wykonanie tego typu projektów.[94]

89. Podaję za Peter Fischer: Die Internationale Konzession. Theorie und Praxis der Rechtsinstitute in der internationalen Wirtschaftsbeziehungen, Wien-New York 1974, s. 15.
90. Por. Delalleau: Des droit et des obligations des concessionaires de travaux publics, „Revue de législation et de jurispridence" 1834, t. 1, s. 183.
91. Por. Ange Blondeau: La concession de service public, Wyd. 12, Paris 1933, s. 16 i nast.
92. Por. ibidem, s. 24.
93. Por. ibidem, s. 17.
94. Por. ibidem, s. 10.

Zwrotu *koncesja* używano wszakże w pozostałej części Europy w dość niejednorodnych sytuacjach, a to np. do oznaczania aktu przyznania lub potwierdzenia korzystnej pozycji prawnej, a czasami - wyłącznie do określenia owej pozycji prawnej. Uprawnienie do udzielania *koncesji* (zwanych często *koncesjami policyjnymi*) wyprowadzane było z posiadanej przez panującego kompetencji do sprawowania *zwierzchniego nadzoru.* nad wszelkimi przejawami życia danego kraju czy terytorium.[95] Był to zatem termin prawnie niejednoznaczny, wykorzystywany w okolicznościach zbliżonych do zarówno do klasycznego *privilegium*[96] jak i do zwykłej licencji (pozwolenia).

W końcu XVIII w. w doktrynie niemieckiej wyrażany był pogląd, że wszelkie uwolnienia i wyjątki od ustawowych nakazów i zakazów, powinny być stosowane wyłącznie w szczególnych, indywidualnych przypadkach, gdyż w innym razie *ustawy straciłyby swą powagę.* Reguła ta - jak twierdzi B. Preusche - nie miała mocy prawnej. Była natomiast traktowana jako element *sztuki sprawowania władzy państwowej.*[97] Uważa on, że dopiero z początkiem XIX w. pogląd ten wzmocnił się, nabierając charakteru wymogu ustroju politycznego.[98] Możemy jednak wskazać również na wyniki badań historycznych mogące uzasadnić pogląd przeciwstawny. W powoływanej wcześniej pracy, amerykański historyk myśli prawnej i politycznej, H.J. Berman wywodzi, że obowiązek przestrzegania praw ustanowionych przez monarchę oraz wspólnoty komunalne, a także postępowania w sposób respektujący prawa innych wspólnot, ciążył prawnie nie tylko na poddanych ale także na ustanawiających te prawa i to już w XII i XIII w. Wskazuje on przy tym na prawo nieposłuszeństwa wobec niesprawiedliwych rozkazów i tyranii, obejmujące nawet królobójstwo.[99]

Niewątpliwie rację ma natomiast Preusche dowodząc, że popularność powyższego poglądu o nadzwyczajnym charakterze wyjątków od zakazów prawnych w Europie XVIII wieku, była rezultatem rozpowszechnienie się idei równości wszystkich obywateli wobec ustawy. Zgodnie z tą ideą wszystkie szczególne przywileje powinny być uznawane za niedopuszczalne, a uwolnienia (dyspensy) od powszechnych zakazów i nakazów powinny być udzielane tylko w takich nietypo-

95. Por. C.F. Häberlin, op. cit.,t. 2, s. 160.

96. Por. wyżej - p. 3. Na pokrewieństwo XIX-wiecznej i współczesnej koncepcji koncesji z przywilejami (regaliami) monarszymi wskazywali Otto Potschter, op. cit., s. 8 i nast. oraz Ernst R. Huber: Wirtschaftsverwaltungsrecht, t. 1, Tübingen 1954, s. 480 i nast.

97. Por. Emanuel Friedrich Hagemeister: Auch der Regent ist an die von ihm gegebenen Gesetze gebunden, Leipzig 1795, s. 32.

98. Por. B. Preusche, op. cit., s. 29.

99. Por. H.J. Berman, op. cit., s. 477-488.

wych, indywidualnych przypadkach, w których zastosowanie ustawy pozostaje w sprzeczności z jej istotą i sensem.[100]

U schyłku państwa absolutystycznego uważano jednak jeszcze, że ustawy są w stanie objąć swą regulacją wszelkie konfiguracje stanów faktycznych, a dyspensy od obowiązujących zakazów traktowano jako instrumenty, których można by uniknąć poprzez lepszą konstrukcję samych ustaw.[101]

III. Synteza historycznych źródeł instytucji pozwoleń

Przedstawione przykłady oraz wypowiedzi przedstawicieli doktryny wskazują, że wszystkie interesujące nas typy pozwoleń - tj. dyspensy, pozwolenia proste, zgody, przywileje i koncesje - spełniały od wieków zróżnicowane role. Bywały zarówno instrumentami podporządkowywania jednostek władzy państwowej, środkiem do osiągania dochodów przez tę władzę (bądź osoby ją sprawujące), jak też narzędziem realizacji oraz ochrony interesów jednostkowych i zbiorowych w sytuacjach konfliktowych lub - w warunkach pojawiających się zagrożeń (niebezpieczeństw) dla dóbr uznawanych za wymagające ochrony.

W okresie określanym jako epoka państwa i prawa feudalnego dominowały (zarówno w prawie świeckim, jak i kanonicznym) funkcje polityczne i fiskalne. Wymóg uzyskania pozwolenia (sankcjonowany czasami drakońskimi karami) gwarantował władcom panowanie nad poddanymi oraz stanowił wydajne źródło dochodów. Także wówczas dawało się jednak zauważyć pozwolenia mające służyć dobru ogółu (np. opisywane wyżej pozwolenia na wykonywanie praktyki lekarskiej czy adwokackiej).

Każdą z tych funkcji pozwolenia spełniały z mniejszym lub większym powodzeniem. Skuteczność tego instrumentu uzależniona była - jak się wydaje - od dwóch czynników. Po pierwsze - od realnych możliwości wyegzekwowania przez panującego zarówno obowiązku ubiegania się o wymagane pozwolenie,[102] jak i opłat należnych mu z tytułu jego wydania. Po drugie - od tego, czy ustanowione bariery swobodnego zachowania wasali, poddanych, niższych szczebli hierarchii

100. Por. Robert von Mohl: Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, Wyd. 2, Tübingen 1844, t. 1 s. 36 (dosłownie argument ten brzmiał: *„die Anwendung des Gestetzes seinem Sinn wiederspreche"*) oraz C.G. Svarez, op. cit., s. 16. Porównanie tej myśli z przywołanymi powyżej poglądami wyrażanymi już w XI-XII w. przez prawników papieskich, wyraźnie dowodzi tkwienia doktryny wczesnego państwa prawnego korzeniami w średniowiecznym prawie kanonicznym.

101. Por. E.F. Hagemeister, op. cit., s. 32.

102. W państwach o dużej powierzchni i liczbie ludności oraz wysokim poziomie gospodarki i urbanizacji było to w óczesnych czasach, przy niskim poziomie rozwoju środków komunikacji, nieraz fizycznie niemożliwe. Por. J.H. Bermann, op. cit., s. 378.

władz świeckich czy kościelnych, nie przekraczały granicy nie dającej się zaakceptować tyranii.

O tym, czy i jaką funkcję będą spełniać w rzeczywistości takie instytucje, jak przywileje, koncesje, dyspensy i inne (zwane prostymi lub zwykłymi) pozwolenia w konkretnym przypadku, decydowały różne czynniki. Ogólnie można stwierdzić, że decydujące znaczenie miały kryteria lub przesłanki, od których zaistnienia lub spełnienia uzależnione było w danym czasie i miejscu uzyskanie danego pozwolenia lub - podjęcie decyzji odmownej. Pamiętać jednak należy, że werbalna argumentacja, wykorzystywana wówczas do uzasadniania wymogu uzyskania określonego pozwolenia, do uznania danej dziedziny za wyłączoną ze sfery wolności zachowań jednostki (i *a contrario* - stanowiących obszar wyłączności monarchy lub innego typu władcy feudalnego) czy - dopuszczenia odstępstw od generalnych zakazów bądź nakazów, miewała przeważnie charakter pozorny. Rzeczywiste przesłanki bywały przeważnie inne. Świadczy o tym fakt lakonicznego traktowania przez prawodawców kwestii kryteriów, od których spełnienia uzależniona była decyzja o udzieleniu pozwolenia. Przeważnie były to - z formalnoprawnego punktu widzenia - decyzje w pełni dyskrecjonalne. W systemach totalitarnych, a do takich państwa z okresu feudalnego oraz Kościół Rzymsko-Katolicki mogą być bez większych wątpliwości zaliczone, skala występowania i funkcje spełniane przez interesujące nas instytucje prawne były pochodną zakresu rzeczywistej władzy posiadanej przez danego władcę.

Przeprowadzona analiza pokazuje wszakże jeszcze coś bardziej użytecznego z dzisiejszego punktu widzenia. Rzecz w tym, że instrumenty techniczno-prawne, jakimi są pozwolenia, koncesje czy dyspensy, wykorzystywane kilkaset i nawet tysiąc lat temu, nadal występują w prawodawstwie i praktyce administracyjnej, a - co szczególnie interesujące - sposób wyjaśniania ich charakteru prawnego, funkcji i skutków prawnych przez autorów piszących na ich tematy wcale nie sprawia wrażenia archaicznego. Wręcz przeciwnie. Stosowana retoryka wydaje się być nam bliska i znajoma.

ROZDZIAŁ DRUGI

ISTOTA POZWOLENIA W TEORII I PRAKTYCE PAŃSTWA PRAWNEGO

I. Pozwolenia i dyspensy policyjne w początkowym okresie dominacji zasady państwa prawnego

1. Określenie pozwoleń policyjnych

Pojęcie „pozwolenia policyjnego" traktowane będzie w tym miejscu jako kategoria konwencjonalna, służąca wyróżnieniu bardzo rozbudowanej w okresie XIX w. (w teorii i praktyce) instytucji koncesji od wszystkich pozostałych pozwoleń będących przedmiotem zainteresowania niniejszej pracy. Do grupy tej zaliczam pozwolenia o charakterze prewencyjnym oraz wyjątkowe zezwolenia na odstępstwo od nakazów lub zakazów administracyjnych (dyspensy). Określenie ich łącznie mianem „policyjne" uzasadniać można w dwojaki sposób. Po pierwsze, do ich udzielania upoważnione były władze policyjne.[1] Po drugie, celem ustanowienia wymogu uzyskania pozwoleń administracyjnych - zarówno na działania generalnie nieszkodliwe, jak i na wyjątkowe odstępstwo od nakazów lub zakazów podejmowania działań uznanych przez prawodawców za generalnie szkodliwe dla interesu ogółu albo ze względu na rację stanu - bywała przeważnie troska o zachowanie wartości, których ochrona była zawsze kojarzona z istotą działalności policyjnej (ochrona zdrowia, życia, mienia, bezpieczeństwa i porządku publicznego, dobrych obyczajów etc.).[2]

2. Pozwolenia policyjne a wolność jednostki

Pogląd, że zachowania podlegające zakazom policyjnym, wprowadzanym z równoczesnym zastrzeżeniem możliwości lub konieczności udzielenia pozwolenia, są w przeważającej mierze zachowaniami dozwolonymi (wywodzący się z okresu kształtowania się jednolitej władzy papieskiej i administracyjnej władzy udzielnych książąt XII-XIII w.), okazał się bardzo pożyteczny na przełomie XVIII-XIX

1. Tak właśnie definiował pojęcie pozwolenia policyjnego Adolf Merkl: Allgemeinesverwaltungsrecht, Wien-Berlin 1927, s. 258 oraz - w Polsce - B. Walawski, op. cit., s. 5.

2. Pomijam w tej części prezentację przykładów pozwoleń policyjnych z okresu XVIII-XIX w. Prawodawstwa administracyjne były już wówczas tak rozwinięte, że samo wymienienie reprezentatywnych przykładów pozwoleń wymaganych np. na ziemiach polskich zajęłoby kilkadziesiąt stron pracy. Szeroką prezentację pozwo-

w., gdy zaczęto wysuwać żądania przestrzegania praw człowieka, a w szczególności - przy zmaganiach mieszczaństwa o wolność działalności przemysłowej. Swoją aktualność zachował on w znacznym stopniu również w okresach późniejszych.[3]

Analizujący w poł. XIX w. istotę takich instrumentów prawnych, jak pozwolenia i dyspensy policyjne, Robert von Mohl twierdził, że istotą nowoczesnego państwa uznającego rządy prawa jest uznanie zwierzchności i priorytetu ustaw parlamentarnych we wszystkich dziedzinach władczych działań organów państwa wobec jednostki i przeniesienie kompetencji do ich prawnego regulowania na parlament. Wyłączone z tego miały być - według niego - jedynie tzw. *szczególne stosunki o charakterze władczym.* Wśród nich mieściła się także - bardzo ważna faktycznie dla sprawowania władzy państwowej - sfera *służby publicznej.*[4] Autor ten stwierdzał, że - o ile jakaś dziedzina została uregulowana przez parlament w drodze ustawy - to wszelkie zwolnienia spod jej mocy (dyspensy) oraz decyzje odmawiające udzielenia zezwolenia nie mogły już być podejmowane na tej tylko podstawie, że czyni to podmiot sprawujący na danym terytorium władzę zwierzchnią *(landesherrliche Gewalt).* Jeżeli zatem dana osoba spełniała - przewidziane ustawą wprowadzającą obowiązek uzyskania pozwolenia - przesłanki, to władza miała obowiązek zezwolić jej na podjęcie działań. Teza ta uznawana była za nierozłączny element systemu prawa zakładającego jako zasadę wolność jednostki.[5] Natomiast udzielenie dyspensy od zakazu lub nakazu określonego ustawą uznawano za dopuszczalne wówczas, o ile następowało to *zgodnie z sensem ustawy.* To także wyprowadzano z idei wolności każdego człowieka wykluczającej jakiekolwiek jej ograniczenia nieuzasadnione przepisami lub chociażby celami ustaw prawa materialnego.[6]

3. Geneza koncepcji ogólnego zakazu z zastrzeżeniem możliwości uzyskania zezwolenia

W czasach, gdy parlamenty umocniły swoją pozycję i uznano ich kompetencję do regulowania stosunków gospodarczych obywateli, zmienił się również spo-

leń policyjnych zawierają prace: Constanz Baltz: Preußisches Baupolizeirecht, Wyd. 1 Berlin 1897, passim; Oscar Gluth: Genehmigung und subiektives Recht, „Archiv des öffentlichen Recht" 1888, s. 569 i nast., Nicolaus T. Gönner, op. cit., passim; C.F. Häberlin, op. cit., passim; Julius Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrecht, Wyd. 4 Leipzig 1924, passim; Fritz Lagenstein: Die Gewerbepolizeierlaubnis, Tübingen 1912, passim; J.H. Leist: Lehrbuch..., op. cit.,passim; R. von Mohl: Die Polizei..., op. cit., passim.

3. Por. R. von Mohl, op. cit., t. 2 s. 578.

4. Por. ibidem, t. 1, s. 16 i nast. Należy przy tym zaznaczyć, że pojęcie „służby publicznej" (die öffentliche Dienst) używane było przez tego autora w znaczeniu innym niż powszechnie rozumiane. Służbę publiczną traktował on - wzorem doktryny i orzecznictwa francuskiego - jako wszelkiego rodzaju działalność służącą ogółowi wykonywaną na zasadzie ciągłości, równości i powszechnego do niej dostępu.

5. Por. ibidem, t. 2, s. 578

6. Por. ibidem, t. 1, s. 36, Josef Ulbrich: Lehrbuch des österreichischen Verwaltungsrechtes, Wien 1904, s. 55 i 302 oraz R. Mussgnug, op. cit., s. 45 i nast.

sób traktowania regulacji prawnych przewidujących uzyskiwanie pozwoleń. Zbędne stało się posługiwanie argumentacją, przydatną i wykorzystywaną do uzasadniania i obrony władzy policyjnej absolutystycznych władców, że *zachowania wymagające zezwolenia są same z siebie dozwolone.* Uregulowania prawne dotyczące stosunków władczych pomiędzy jednostką a ogółem, które ustanawiane były w celu zapewnienia dobrobytu i bezpieczeństwa, uznane zostały bowiem za równorzędne (pod względem ich znaczenia prawnego) z regułami prawa prywatnego. Skonstruowana została wówczas teoria **zakazu z zastrzeżeniem pozwolenia** (*Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*), mająca zastosowanie - jak wówczas uważano - zarówno do zakazów o charakterze represyjnym, jak i prewencyjnym.[7]

Autorstwo tej teorii przypisywane jest Otto Mayer'owi, który rozpowszechnił ją w podręczniku niemieckiego prawa administracyjnego z 1883 r. Przeciwstawiał on decyzje o udzieleniu pozwolenia (nazywane też przez niego *koncesjami policyjnymi*) zakazom i nakazom policyjnym. Pisał, że *„koncesjami są akty policyjne, poprzez które dozwala się komuś podejmowanie określonej działalności"*. Według O. Mayer'a przewidziana prawem procedura udzielania pozwoleń zakłada, że dana działalność nie jest dozwolona każdemu, że istnieją *„ustawowe ograniczenia powszechnej wolności* (wszelkich - przyp. D.R.K.) *zachowań"*. Znaczenie *policyjnych koncesji* polegać miałoby na tym, że czynią one dla osób, którym są udzielane, dozwolonymi takie zachowania, które innym są zabronione. *„Ponieważ cechą charakteryzującą owe koncesje* - twierdził O. Mayer - *jest usunięcie ograniczeń ustawowych, muszą one opierać się ciągle na upoważnieniu ustawowym"*.[8]

4. *Ratio legis* i istota zastrzeżeń uzyskania pozwolenia według Otto Mayer'a

Odnosząc się do motywów wykorzystywania przez ustawodawcę instytucji *policyjnego zakazu z zastrzeżeniem pozwolenia* autor tej koncepcji wywodził, że chodzi tu o zastosowanie formy zakazu jako środka wstępnej kontroli przeciw możliwym niebezpieczeństwom. *„Zastrzeżenie konieczności uzyskania pozwolenia* - twierdził O. Mayer - *upoważnia do uwolnienia w indywidualnym przypadku spod generalnego zakazu policyjnego, ale możliwość - a nawet prawna konieczność - udzielenia dochodzonego pozwolenia nie pomniejsza w żaden sposób mocy tego zakazu"*. Obowiązuje on w całej swej rozciągłości. W stosunku do sytuacji jednostkowych, w których pozwolenie miałoby być wydane, policyjny zakaz z zastrzeżeniem pozwolenia traktowany był przez niego jako środek prewencyjnej kontroli. Wobec zachowań, na które - w świetle ustawy - nie można byłoby wydać pozwo-

7. Por. B. Preusche, op. cit., s. 31.
8. Por. Otto Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht, t. 1, Berlin 1924, s. 65.

lenia, *„zakaz taki działałby jako ochrona przed tkwiącymi w nich zakłóceniami dobrego porządku wspólnoty"*. Zakaz ów nie jest zatem *„jedynie zakazem formalnym lecz materialnoprawnym, nie przejściowym, lecz ostatecznym"*[9].

Zdaniem O. Mayer'a akt administracyjny, na mocy którego odmawiano jednostce dochodzonego przez nią pozwolenia, stanowi ingerencję w wolność *poddanego* i jako taki musi opierać się - tak jak rozkaz - na ustawowej podstawie. Nie ma on jednak *samoistnej mocy zakazującej*. Jego wydanie w indywidualnej sprawie powoduje *utrzymanie w mocy (Aufrechterhaltung)* zakazu ustawowego. Nie miał on też rozstrzygać o tym, czy dany zakaz policyjny obejmuje rozpatrywany indywidualny przypadek, czy też nie. Gdyby tak miało być, „odmowa wydania zezwolenia byłaby pozbawiona prawnego znaczenia". Jak bowiem twierdził: *„Przepis prawa policyjnego nie może zasadniczo być przełamany* (indywidualnym - przyp. D.R.K.) *zarządzeniem policyjnym; nie jest on w stanie dozwolić czegoś, co prawo zakazuje czy zakazywać tego, co prawnie dozwolone"*.[10]

Natomiast **udzielenie pozwolenia powoduje** - według O. Mayer'a - ***że „powszechny zakaz staje się w danym przypadku bezskuteczny i przywracany jest taki stan wolności jednostki, jaki istniał przed wprowadzeniem zakazu"***.[11]

Omawiając poglądy O. Mayer'a nie sposób jednak pominąć jego dość oryginalnych i bardzo doniosłych w późniejszych latach, wypowiedzi na temat wpływu udzielanych pozwoleń policyjnych na sferę publicznych praw podmiotowych jednostki. Twierdził on mianowicie - powołując się na Laband'a[12] i Gerber'a[13] - że tzw. prawa podstawowe (*Grundrechte*) nie są żadnymi prawami, a wolność jednostki nie jest żadnym prawem podmiotowym. *„Podmiotami prawa są państwo i ogół jego poddanych. (...) Władza wykonawcza jest - zgodnie z konstytucją - ograniczona poprzez wymóg oparcia się na ustawie. Korzyść, jaką mają z tego poddani, zaraz została uznana za prawa człowieka, prawa wolnościowe, prawa podstawowe. Jest to jednak język aktu konstytucyjnego. Słusznie przeciwstawił się temu przede wszystkim Laband, że nie są to żadne prawa, bo przecież nie mają przedmiotu"*.[14] Zdaniem Mayer'a, z faktu, iż naruszenia chronionych konstytucyjnymi normami interesów wywołują powstanie roszczeń prawnych o odszkodowanie, o zaniechanie zakłóceń, czy konieczność poniesienia kary, nie wynika jeszcze, że są to prawa podmiotowe. Stąd też wywodził, **że pozwolenie nie powoduje powsta-**

9. Por. ibidem, s. 240-241.
10. Por. ibidem, s. 239.
11. Por. ibidem, s. 243.
12. Laband: Das Staatsrechts des Deutschen Reiches, t. 1, wyd. 1, s. 149.
13. Gerber: Über öffentlichen Rechte, s. 79.
14. Por. O. Mayer: op. cit., t. 1,wyd. 1, s. 13, 103 i 106.

nia prawa podmiotowego, gdyż wolność od ingerencji władzy wykonawczej nie jest prawem podmiotowym.[15]

Odnosząc te poglądy do tzw. policyjnych pozwoleń przemysłowych O. Mayer wywodził, że w sytuacjach określonych przepisami prawa pozwolenia takiego nie wolno odmówić. Jeżeli odnoszą się one do konkretnej osoby, z chwilą wniesienia podania rodzi się dla niej prawo podmiotowe do uzyskania pozwolenia. W momencie zaspokojenia tego prawa udzieleniem aktu zezwalającego, wygasa ono. *„Rozszerzenie bądź przywrócenie wolności, jakie w wyniku tego osiągnęła, nie jest z jej strony żadnym prawem".*[16] Wprawdzie w późniejszych wydaniach swego podręcznika O. Mayer skorygował swoje poglądy na temat braku podmiotowości jednostki wobec państwa (uznał, że może ona mieć wynikające z konstytucji prawa wobec władzy wykonawczej), to mimo to nadal wywodził, że wolnościowe, publiczne prawa podmiotowe wynikać mogą tylko z prawa administracyjnego, a nie z konstytucyjnego.[17]

Konsekwencją tych poglądów było nie tylko - jak twierdzi Klaus Haselau - utrzymywanie się przez lata powszechnego przekonania, że udzielenie pozwolenia policyjnego stanowi jedynie przywrócenie jednostce jej naturalnej wolności i nie nadaje jej żadnego nowego prawa. O wiele bardziej doniosłe praktycznie było to, że ustanawianie kolejnych wymogów uzyskania pozwolenia nie było traktowane jako ograniczanie wolności. W stosunku do władzy państwowej (ustawodawczej i wykonawczej) wolność jednostki pozbawiona bowiem w ten sposób została jej prawnego charakteru. Prawnie istniała jedynie w takich granicach, jakie wyznaczały jej ustawy materialnego prawa publicznego (administracyjnego).[18]

5. Pozwolenia policyjne - znoszeniem barier wyznaczonych naturalnym wolnościom jednostki przez prawo policyjne

„Cechą wspólną udzielanych pozwoleń - pisał Paul Schoen w XIX-wiecznej encyklopedii niemieckiej nauki prawa - jest to, że dozwalają one zachowań, które same w sobie zaliczałyby się do sfery naturalnej wolności działania (jednostek - przyp. D.R.K.), ale zakazane zostały w interesie publicznym przez ustawy policyjne z zastrzeżeniem możliwości uzyskania specjalnego urzędowego pozwolenia".[19]

15. Pisał on: „Wprawdzie niezgodna z ustawą ingerencja w nią stwarza prawo do żądania unieważnienia zarządzenia, jednak - gdy temu prawu do unieważnienia zostanie uczynione zadość - wygasa ono i pozostaje tylko konstytucyjnie chroniona wolność, która nie jest żadnym prawem", Por. ibidem, s. 113

16. Por. ibidem, s. 114.

17. Por. ibidem, wyd. 3 Leipzig 1924, s. 13.

18. Por. K. Haselau: Stellt eine Erlabnis oder Ausnahmebewilligung „lediglich natürliche" Freiheit wieder her? DÖV 1965, s. 452-453.

19. Por. Enzyklopädie des Rechtswissenschaft, t. 4, wyd. 7, Berlin 1914, s. 264.

Akty tego rodzaju - twierdził Schoen - znoszą jedynie (w indywidualnych przypadkach) bariery wyznaczone naturalnym swobodom działania przez ustawę. Po uzyskaniu zezwolenia ma ona jedynie negatywne roszczenie względem państwa, aby nie zakłócało jej działalności dopóki pozwolenie pozostaje w mocy. Zupełnie odrębną grupę aktów władczych stanowiły dla niego takie zarządzenia, które nie tyle „otwierały zainteresowanemu wolny tor jego naturalnej wolności postępowania, ale przydawały (nadawały) mu zdolność prawną (*Rechtsmacht*), której nie byłby on w stanie wykorzystywać w ramach swojej ogólnej zdolności działania".[20] Grupa ta określana była zarówno przez P. Schoen'a jak i przez O. Mayer'a mianem ***koncesji*** lub ***aktów nadania*** *(Konzession, Verleihung).*

6. Różnice pomiędzy dyspensami a pozwoleniami *zwykłymi*

Szwajcarski prawnik Fritz Fleiner twierdził, że dyspensowanie i udzielanie pozwoleń policyjnych powinno być rozróżniane. Udzielenie dyspensy traktował on jako „przełamanie sztywnej reguły prawnej, które możliwe jest wyłącznie na podstawie ustawowego upoważnienia" i utrzymywał, że „jest rzeczą zrozumiałą samo przez się, że żadnemu obywatelowi nie przysługuje roszczenie o udzielenie dyspensy". Wypowiadając się o pozwoleniach policyjnych stwierdził on, że „ustawa może uzależnić podejmowanie pewnych - przysługujących jednostce czy to z tytułu własności, czy też jej wolności - zachowań od zezwolenia urzędu. Innymi słowy, ustawodawca może wydać zakaz (lub upoważnić do jego wydania) rozpoczynania pewnej działalności bez uzyskania pozwolenia policji". Uznawał to za dopuszczalne zjawisko ustawowego zakazu podejmowania określonych działań bez uzyskania wcześniejszego zezwolenia i traktował jako przejaw i środek państwowego nadzoru. Obywatel - pisał F. Fleiner - ma podmiotowe prawo do uzyskania pozwolenia, o ile wykonywaniu jego działalności nie stoją na przeszkodzie żadne, określone w ustawie, „policyjne przeszkody" *(polizeiliche Hindernisse)*.[21]

Dyspensa miałaby być czym innym. Zawarte w ustawach nakazy czy zakazy określonych zachowań, uznane przez prawodawcę jako konieczne lub niedopuszczalne, powodują ograniczenie swobód jednostki. W każdym przypadku, gdy z dotychczasowego doświadczenia wynika, że zaniechanie określonych zachowań bądź wykonywanie pewnych czynności (przez określone osoby, w określony sposób lub w określonych okolicznościach) powoduje zagrożenie dla takich dóbr jak ludzkie życie lub zdrowie, bezpieczeństwo i porządek publiczny, ustawodawca może ustanowić normę nakazującą lub zakazującą, mającą służyć eliminacji tego typu niebezpieczeństw. Równocześnie może on wszakże postanowić, że w

20. Por. ibidem.

21. Por. Fritz Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht, Wyd. 8, Tübingen 1913. s. 129-130, 377, 388 oraz C. Baltz, op. cit., s. 55.

wyjątkowych okolicznościach organ władzy wykonawczej upoważniony będzie do zastosowania odstępstwa od takich zakazów czy nakazów i zezwolić na niestosowanie się do nich. Akty, na mocy których takie odstępstwa od definitywnych zakazów (nakazów) były przyznawane, nazywano właśnie dyspensami lub pozwoleniami wyjątkowymi.[22]

Różniły się one od tzw. *zwykłych* pozwoleń tym, że przewidywano i wydawano je w sytuacjach, które w normalnych warunkach uznawano za stwarzające niebezpieczeństwo dla ww. dóbr, a tylko wyjątkowo - wobec zaistnienia nietypowego przypadku - prawodawca dopuszczał niestosowanie wobec nich norm mających zapobiec naruszeniu owych wartości.

Niekiedy zakaz określonego zachowania ustanawiany jest jednak w stosunku do takich przejawów ludzkiej aktywności, które nie zawsze i nie bezwarunkowo muszą stanowić zagrożenie dla porządku publicznego i dobra ogółu, ale które szkodliwymi dla tych dóbr mogą się w przyszłości, w indywidualnych przypadkach, okazać. Może to być rezultatem zarówno sposobu wykonywania takich czy innych działań, jak i okoliczności, w których będzie to miało miejsce. Aby stworzyć administracji możliwość ustalenia i orzeczenia o nieszkodliwości zamierzonych działań, ustawodawca wprowadza wymóg uzyskania urzędowego pozwolenia na ich podjęcie. Zakaz taki ma zatem charakter prewencyjny, a pozwolenie - jak twierdzili klasycy prawa administracyjnego - stanowi jedynie usunięcie formalnej przeszkody korzystania z przysługującej jednostce wolności zachowań.[23]

7. Próba opanowania chaosu terminologicznego w posługiwaniu się terminami: pozwolenie, dyspensa, zaświadczenie i koncesja

Walter Jellinek, dostrzegając zamieszanie w posługiwaniu się przez teorię i praktykę przedmiotową terminologią, zdefiniował interesujące nas instytucje prawne w następujący sposób: „jeżeli zostaje udzielone zwolnienie od zakazu, to mówi się wówczas o pozwoleniu; w przypadku wyjątkowego udzielenia pozwolenia - o dyspensie, zwrocie, który bywa używany także w przypadku nadawania szczególnej zdolności prawnej".[24] Zwracał on uwagę także na odmienny charakter aktów uwalniających spod mocy prawnej ustawowych nakazów, a ponadto - na brak istotnych różnic pomiędzy przewidywanymi w ustawach *zwykłymi* pozwoleniami a niektórymi koncesjami (zwłaszcza tzw. koncesjami przemysłowymi). Wywodził: *„przecież działania objęte tymi ostatnimi także są zakazane do momentu uzyskania zezwolenia. O wiele lepiej byłoby gdyby zwrot koncesja zastrzeżony zo-*

22. Por. R. Thoma: Verweigerung einen Ausnahmebewilligung. „Verwaltungsarchiv" 1927, s. 247 i nast.
23. Por. ibidem.
24. Por. Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, Berlin 1928, s. 248.

stał dla aktów administracyjnych nadających władzę" (machtverleihenden Verwaltungsakten). Zaliczył on również do grupy pozwoleń niektóre zaświadczenia (*Bescheinigungen*), o ile dotyczą przypadków, w których bez urzędowego stwierdzenia braku przeszkód zamierzonej działalności, jej podejmowanie jest - według przepisu prawa - niedozwolone.[25]

Na nieuzasadnioną przemienność posługiwania się takimi terminami jak pozwolenie policyjne i koncesja wskazywał również sam O. Mayer podkreślając, że bezzasadnie używa się tego obcojęzycznego terminu w celu określenia aktów zawierających zwykłe pozwolenia policyjne na wykonywanie różnych przemysłów. Jego zdaniem pojęcie to należało zachować jedynie dla aktów całkiem odmiennego rodzaju (których omówieniu poświęcił poniekąd w swym podręczniku specjalne, pokaźne miejsce).[26]

8. Wątpliwości wokół policyjnego charakteru dyspens

Poglądy O. Meyer'a uwidoczniały się niemal u wszystkich piszących na temat pozwoleń na przełomie XIX i XX w. Były wszakże też kwestionowane. Można wskazać tu np. na publikację R. Scholz'a z 1919 r., który przeciwstawił się stanowisku O. Mayer'a, traktującego pozwolenia wyjątkowe (dyspensy) jako rodzaj pozwoleń policyjnych, na równi z pozwoleniami budowlanymi.[27] Autor ten twierdził - nie bez racji - że zezwolenie wyjątkowe jest aktem publicznoprawnym (dyspensą) usuwającym w indywidualnym przypadku skutek obowiązywania jakiegoś przepisu prawa materialnego. Pozwolenie budowlane jest - według niego - czymś przeciwnym, „wypełnia jedynie wymóg ustawowy, służy kontroli przestrzegania obowiązujących przepisów i - z reguły - nie zmienia prawa materialnego". Te działania, które są w świetle prawa pozytywnego zabronionymi, pozostają nimi nadal, natomiast udzielenie pozwolenia świadczyć ma o tym, że danemu zachowaniu nie przeciwstawia się żaden zakaz prawny. R. Scholz podawał też inny przykład, zbliżony do pozwolenia budowlanego, a mianowicie: pozwolenie na wystawienie sztuki teatralnej. Poprzez wymóg jego uzyskania „powinno się zapobiec naruszeniu przepisów obowiązującego prawa". Inaczej rzecz się miała - zdaniem R. Scholz'a - w przypadku, wydawanego na podstawie pruskiego prawa przemysłowego, zezwolenia na urządzenie zabawy publicznej. W wyniku ustanowienia obowiązku jego uzyskania doszło bowiem do *„materialnego ograniczenia swobody działania* (jednostki - przyp. - D.R.K.*), a to z powodu przyznanego władzy zezwalającej swobodnego uznania*".[28] Wprawdzie autor nie rozwinął tej myśli, ale

25. Por. ibidem.
26. Por. O. Mayer, op. cit., t. 1, wyd. 3 s. 239 (przypis 1).
27. R. Scholz: Die polizeiliche Gefahr, „Verwaltungsarchiv" 1919, s. 54.
28. Por. ibidem.

można przypuszczać, że chodziło mu o to samo, o czym pisał O. Mayer: ustawa policyjna ustanawiająca wymóg uzyskania pozwolenia nie ogranicza wolności jednostki, jeżeli wprowadza taki wymóg łącznie z określeniem przesłanek, w których władza będzie obowiązana wydać lub odmówić pozwolenia; swobody te ograniczane są zaś normami określającymi sytuacje, w których pozwolenia należy odmawiać; natomiast upoważnienie władzy administracyjnej do pozwalania na określone zachowania według własnego uznania powoduje, że to przepis nakazujący uzyskiwanie urzędowych przyzwoleń *redukuje sferę wolności* w wyznaczonym w nim obszarze.

Wprawdzie opozycji R. Scholz'a nie można odmówić racji gdy chodzi o wykazanie istnienia różnicy między dyspensami a pozwolenmiami „policyjnymi" (te ostatnie uwalniają jedynie od wymogu o charakterze formalnym, a dyspensa uwalnia od stosowania się do zakazu lub nakazu o charakterze materialnym), to jednak w jego rozumowaniu dostrzec można błędy. Po pierwsze, dyspensa również nie powoduje zmiany w prawie materialnym. Nakaz czy zakaz, od którego uwalnia, nadal obowiązuje jako norma prawna. Natomiast - z uwagi na indywidualność (odmienność) sytuacji faktycznej, w jakiej znajduje się jej beneficjent - organ administracji publicznej upoważniony zostaje przez ustawodawcę do stwierdzenia dopuszczalności zachowania się zakazanego prawem (bądź zaniechania zachowania nim nakazywanego) i udzielając dyspensy legalizuje takie zachowanie. Po drugie, należy chyba jednak zgodzić się z O. Mayer'em, że dyspensy są odmianą pozwoleń policyjnych. Policyjny motyw mają bowiem nakazy i zakazy, od których uwalniają, ponieważ służą one ochronie typowych dóbr chronionych prawem policyjnym (życie, zdrowie, bezpieczeństwo, ład lub porządek publiczny itp.). Udzielenie dyspensy nie było i nie jest wszak pozostawione wolnemu wyborowi władzy wykonawczej. Jej udzielenie warunkowane bywa niemal w każdym przypadku uprzednim stwierdzeniem, że odstąpienie od danego zakazu lub nakazu nie spowoduje większych szkód w wyżej wymienionych dobrach niż uzasadnia to interes (ogólny lub indywidualny), dla którego realizacji jest ona wydawana. Zdarzało się nawet, że przepisy prawa dopuszczające stosowanie dyspensy uzależniały jej udzielenie od pozostawienia w stanie nienaruszonym tych właśnie dóbr publicznych, dla których ochrony ustanowiono normę będącą przedmiotem dyspensowania.[29]

29. Pisał o tym sam Scholz podając przykład dyspens udzielanych w prawie budowlanym. Por. ibidem, a także R. Thoma: Verweigerung einen Ausnahmebewilligung. „Verwaltungsarchiv" 1927, s. 247 i nast.

9. Krytyka „mayerowskiej" teorii ogólnego zakazu

Innym oponentem teorii O. Mayer'a był R. Thoma, który - omawiając wyrok Wyższego Sądu Administracyjnego Prus z 29 października 1925 r. - przeciwstawił się twierdzeniu, że zakaz z zastrzeżeniem pozwolenia (*Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*) zakazuje działań. Pisał on: „Właśnie o tych, najważniejszych z wszystkich zachowań, które nasz porządek prawny podporządkowuje obowiązkowi zezwalania (jak np. budowa domów, zakładanie określonych urządzeń przemysłowych, prowadzenie szpitali etc.), byłoby niemożliwe mówić, że są one właściwie zabronione". Ważniejsze jest jednak, że konstrukcja ta okazuje się - jego zdaniem - fałszywa również prawniczo. Gdyby była poprawna, to np. wzniesiona bez uprzedniego pozwolenia budowla musiałaby być potraktowana jako rezultat działalności zakazanej, której produkt podlegałby natychmiastowemu usunięciu. Wniosek taki został przez ówczesną doktrynę i orzecznictwo powszechnie odrzucony. Wraz z wnioskiem odpada jednak również założenie wyjściowe. Zachowania wymagające zezwalania, o ile same w sobie są zgodne z ustawą i nie naruszają wartości chronionych policyjnie (*polizeimäßig*), okazują się być nie zakazane, lecz dopuszczalne. Zakazane i karalne jest jedynie rozpoczynanie działania zanim jego zgodność z prawem i porządkiem policyjnym nie zostanie sprawdzona i stwierdzona przez władzę w przewidzianym postępowaniu pozwoleniowym".[30]

Mayer'owska koncepcja zakazu z zastrzeżeniem pozwolenia pasuje natomiast - zdaniem Thoma - do dyspens i zezwoleń wyjątkowych. Tu faktycznie chodzi o zwalnianie - na mocy upoważnienia ustawowego - z obowiązku podporządkowania się, w indywidualnych przypadkach, obowiązującym nakazom lub zakazom.[31]

Zastrzeżenia R. Thoma zdają się być jedynie szermierką słowną z przeciwnikiem, którego nie ma. Wprawdzie O. Mayer faktycznie wywodził, że *Verbot mit Erlaubnisvorbehalt* jest zakazem definitywnym i materialnym, a nie jedynie formalnym i przejściowym, ale w żadnym miejscu nie stwierdził, że ustanowienie wymogu uzyskiwania np. pozwolenia na budowę powoduje uczynienie z zabudowywania nieruchomości gruntowych działalności prawem zakazanej. Jak przytaczałem wyżej, autor ten dostrzegał wyraźnie różnice między stanami faktycznymi,

30. Por. R. Thoma:. ibidem (cyt. - s. 248). To, co wydawało się absurdalne i zupełnie niewyobrażalne w początkach urzeczywistniania zasady państwa prawnego, okazało się jednak nie tylko prawdopodobne ale wręcz wyraźnie przewidziane prawem pozytywnym w trakcie reformy polskiego prawa budowlanego w 1994 r. (por. art. 48 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, Dz.U. Nr 89, poz. 414), w którym właśnie przewidziano bezwzględny nakaz rozbiórki obiektu budowlanego, pobudowanego bez wymaganego pozwolenia, niezależnie od tego, czy istnieją materialnoprawne powody wydania i wykonania takiego nakazu). Mimo zastrzeżeń doktryny TK, w wyroku z 12. stycznia 1999 r. (P 2/98, OTK 1999, Nr 1 poz. 2), uznał to rozwiązanie za zgodne z zasadą proporcjonalności i innymi zasadami Konstytucji RP.

31. Por. ibidem, a ponadto - podobnie - Rudolf H. Hernnritt: Grundlehren des Verwaltungsrecht, Tbingen 1921, s. 343.

które - z uwagi na zgodność z porządkiem prawnym - są dopuszczalne i muszą być dozwolone, a tymi, które - jako naruszające *„dobry porządek"* nie mogą być uznane za dozwolone. Można stąd wnioskować, że mówiąc o definitywnym i materialnym zakazie miał raczej na myśli rozpoczynanie działalności wymagającej pozwolenia bez jego wcześniejszego uzyskania niż o zakazie budowy domów, szpitali, dróg itp. pożytecznych obiektów.

10. Zakres kontroli prawnej zezwoleń wyjątkowych

W konkluzji swojej krytyki konstrukcji *Verbot mit Erlaubnisvorbehalt* R. Thoma poszedł jeszcze dalej. Podważył bowiem - w sposób przypominający zaprezentowane powyżej rozumowanie Rufin'a z Bolonii (przytoczone przez o. F. Suarez'a; por. rozdział pierwszy pkt. I) - trafność powszechnego niemal w tym okresie przekonania, że pozwolenia wyjątkowe i dyspensy są aktami nie poddającymi się - jako akty uznaniowe - kontroli prawnej i że nie można dochodzić ich udzielenia na drodze sądowej.

Wywodził on: „rozumując czysto logicznie, faktycznie jest nie do pojęcia w jaki sposób odmowa udzielenia obywatelowi przez władzę policyjną dyspensy od powszechnie obowiązującej normy może być w stanie naruszyć jego prawa (...). Rozstrzygnięcie prośby o zezwolenie wyjątkowe zdaje się być raczej w rzeczywistości aktem *res merae gratie* (...)". I dalej: „Należy jednak zważyć, że na gruncie uporządkowanego państwa prawa nie mogą istnieć swobodne, niejako pozaprawne akty *res merae gratie* i - dosadnie rzecz ujmując - wcale nie istnieją. Również w przypadku próśb o zastosowanie wyjątku, każdy organ ma rozstrzygać według najlepszej swej wiedzy i sumienia, biorąc za wytyczną swego działania interes publiczny. Władza policyjna ma przy tym w swoich rozważaniach i motywach utrzymywać się w granicach ściśle określonych zadań policyjnych. Jeżeli jakaś władza przekroczy granice wyznaczone tymi wytycznymi przy odmowie lub udzieleniu wnioskowanego wyjątkowego zezwolenia, to popełnia naruszenie prawa. Ale czy odmowa narusza prawa wnioskodawcy?"[32]

Odpowiadając na to pytanie Wyższy Sąd Administracyjny Prus, rozumując na zasadzie analogii do odmowy pozwolenia policyjnego, potwierdził istnienie tego naruszenia. Również R. Thoma, mając wprawdzie zastrzeżenia do poprawności zastosowanej konstrukcji rozumowania prawniczego, zgodził się z tym poglądem czyniąc to jednak - na co wskazują powyższe wywody - z racji prawno-politycznych (poprzez odesłanie do idei państwa prawnego) i praktycznych, a nie w drodze rozumowania prawniczego.[33] Tymczasem nie powinno budzić wątpliwości, że

32. Por. R. Thoma, ibidem, s. 249.

33. Por. ibidem. Do zagadnienia tego wrócę w dalszej części tego rozdziału (pkt II. 21).

gdy potwierdzimy zasadność hipotezy o związaniu organu administracji wyznaczonymi w przepisach prawa granicami jego „policyjnych" celów i zadań, gdy uznamy, że odmowa udzielenia dyspensy musi być takimi celami lub zadaniami uzasadniona, to w przypadku podjęcia decyzji negatywnej, mimo braku realnego zagrożenia dla wartości chronionej nakazem lub zakazem, od którego pozwolenie wyjątkowe miałoby uwalniać, mielibyśmy do czynienia z naruszeniem, uznawanej w państwach niemieckiego obszaru kultury prawnej od końca zeszłego wieku, zasady współmierności (*Verhältnismäßigkeitprinzip*)[34] w stosowaniu ustawowych ograniczeń swobód jednostki. Do uznania, że mamy w ten sposób do czynienia z naruszeniem praw podmiotowych zainteresowanej strony wystarczyłoby przyjęcie, że wolność od prawnie nieuzasadnionych ingerencji państwa w ogólną swobodę działania jest dla każdego publicznym prawem podmiotowym. Tym samym, udzielanie dyspens od norm o charakterze policyjnym, podlegałoby kontroli sądowej w całej rozciągłości. Pamiętając wszakże o wstrzemięźliwości ówczesnej doktryny w uznawaniu roszczeń jednostki wobec państwa o zaniechanie ingerencji w ogólną wolność i inne jej konstytucyjne prawa za publiczne prawa podmiotowe, trudności w wywiedzeniu na drodze wykładni prawa roszczenia o udzielenie dyspensy nie powinno zaskakiwać.

II. Stanowisko polskiej doktryny z okresu 20-lecia międzywojennego

11. Pozwolenia administracyjne w poglądach T. Hilarowicza i T. Bigo

W literaturze polskiej okresu poprzedzającego II wojnę światową bliższą uwagę instytucji pozwolenia administracyjnego poświęcili T. Hilarowicz[35] i T. Bigo.[36] Dogłębną analizę tych instytucji przeprowadził natomiast jedynie B. Walawski.[37] Pierwszy z wymienionych autorów wyrażał pogląd, że zezwolenie administracyjne jest przeciwstawieniem zakazu administracyjnego i uważał, że tak jak zakaz administracyjny stwarza wyjątki od ogólnej wolności, tak zezwolenie administracyjne stwarza wyjątki od ogólnego zakazu. Z powyższego T. Hilarowicz wyprowadzał następny wniosek, że „tak, jak zakaz w znaczeniu właściwym możliwy jest tylko tam, gdzie jest wolność ogólna, tak zezwolenie administracyjne może być udzielo-

34. Na temat tej zasady i jej XIX-wiecznych korzeni w niemieckiej doktrynie prawa administracyjnego por. D.R. Kijowski: Zasada adekwatności w prawie administracyjnym, PiP 1990, z. 4. Jej znaczenie i konsekwencje dla regulacji prawnych oraz stosowania pozwoleń administracyjnych omówione zostaną w rozdziale piątym.

35. Por. T. Hilarowicz: Zarys nauki administracyjnej, Warszawa 1930, s. 80 i nast.

36. Por. T. Bigo: Prawo administracyjne polskie. Część ogólna, Lwów 1928, s. 14.

37. Por. B. Walawski: op. cit., s. 23 i nast.

ne tam tylko, gdzie istnieje zakaz ogólny". Według niego nie można bowiem udzielić zezwolenia na to, co w ogóle nie jest zakazane. W swoich rozważaniach autor ten poszedł jednak jeszcze dalej niż O. Mayer, rozciągając powyższe twierdzenie również na te przypadki, w których inni autorzy (oraz protoplasta koncepcji zezwolenia jako wyjątku od zakazu ogólnego) mówili o nadawaniu koncesji.[38]

T. Bigo wyrażał podobne stanowisko i wykazywał, że władza administracyjna udzielając pozwolenia (koncesji przemysłowej), uchyla tylko w konkretnym przypadku zakazy ustawowe stwierdzając, że z punktu widzenia interesu publicznego nie zachodzą przeszkody dla wykonywania danej działalności. Podejście to bliskie jest opisanym powyżej poglądom F. Fleiner'a.

12. Zakres stosowania pozwoleń policyjnych według B. Walawskiego

Teoria pozwoleń administracyjnych skonstruowana przez B. Walawskiego usiłuje w większym stopniu uwzględnić zróżnicowanie tych instytucji i regulujących je norm prawnych. Wychodzi on z założenia, że głównym kierunkiem wykonywania działalności administracyjnej przez władzę państwową jest działalność policyjna rozumiana jako wszelkie działanie organów administracyjnych zmierzające do utrzymania porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego. Dochodząc do wniosku, że wykonywanie tych działań nie może następować wyłącznie na podstawie generalnej klauzuli upoważniającej władze policyjne do zabezpieczania porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego, gdyż nie jest możliwe niewkroczenie nią w sferę wolności jednostek, wskazywał, że musi ona być wykonywana w poszczególnych przypadkach wyłącznie na podstawie ustawowych uregulowań „pewnych gałęzi działalności jednostek". Z tego powodu niemal wszystkie dziedziny działalności jednostek regulowane są w ten sposób, że „albo nie negując zupełnie przysługujących jej uprawnień, żądają dla wykonywania pewnych, szczegółowo w przepisach pozytywnych określonych działań, uzyskania pozwolenia na działanie, albo też zakazują ogólnie wykonywania tych działań zastrzegając równocześnie dla władzy możność uchylenia zakazu w drodze wyjątku dla przypadku konkretnego".[39]

Warto jednak zauważyć, że mimo obowiązywania w polskim prawie administracyjnym z tego okresu szeregu przepisów przewidujących obowiązek uzyskiwania pozwoleń administracyjnych, których odmowa udzielenia wcale nie miała służyć ochronie klasycznych wartości prawa policyjnego, B. Walawski nie dostrzegał ich i praktycznie wszystkie pozwolenia administracyjne nie zaliczane przez niego do grupy „koncesji" traktował jako pozwolenia policyjne. Przykładem

38. Por. T. Hilarowicz, ibidem., s. 80 i nast.
39. B. Walawski, op. cit., s. 25.

mogłoby tu być: pozwolenie na przeprowadzenie zbiórki publicznej bądź, będący *de facto* pozwoleniem, akt rejestracji stowarzyszenia, podejmowane - odpowiednio - na podstawie ustawy z dnia 15 marca 1933 r. o zbiórkach publicznych (Dz.U. Nr 22 poz. 162) i rozporządzenia Prezydenta RP - Prawo o stowarzyszeniach z 1932 r. (Dz.U. Nr 94, poz. 808), których uzyskanie uzależnione było od uznania zamierzonej działalności za odpowiadającej „pożytkowi publicznemu", a ponadto - zezwolenia wydawane na podstawie przepisów wskazanych w wykazie nr 1 pod poz. 1, 3-6 i 9. Większość przewidywanych w tych przepisach pozwoleń miała (i nadal ma, bo przepisy te oprócz Prawa o stowarzyszeniach ciągle obowiązują) być podejmowana bez określenia w ustawie przesłanek decyzji pozytywnej bądź negatywnej i pozostawiona jest swobodnemu uznaniu władzy wykonawczej. Twierdzenie, że zostały one wprowadzone do porządku prawnego tylko w celu ochrony przed niebezpieczeństwami wartości takich, jak zdrowie i życie, porządek, ład i spokój publiczny albo ochrona moralności publicznej, trudno traktować w powyższych okolicznościach za uzasadnione.

13. Klasyfikacja pozwoleń według B. Walawskiego

Pozwolenia administracyjne występują według B. Walawskiego w dwojakiej postaci:

- ❖ jako warunek rozwijania pewnej działalności, która nie jest prawnie zabroniona albo
- ❖ jako uchylenie ogólnego zakazu (pozwolenie jest wyjątkiem od niego).[40]

Oprócz powyżej omówionych kategorii pozwoleń, nazywanych „prostymi" (do których zaliczał on nawet wymagane prawem akty rejestracji[41]), B. Walawski wyróżniał również tzw. pozwolenia złożone. Wywodził mianowicie, że do każdej z powyższych postaci pozwoleń prawo może przewidywać dodawanie specjalnych klauzul, stwarzających adresatowi szczególną pozycję prawną na kształt przywileju. Jako przykład wskazał tu pozwolenia, na mocy których ich posiadaczowi nadaje się prawo do wykonywania zezwolonej działalności na zasadach wyłączności.[42]

Autor ten - podobnie do F. Fleiner'a - twierdził, że wydanie wymaganego prawem pozwolenia pierwszego rodzaju nie będzie niczym innym niż stwierdzeniem, że ze strony państwa nie zachodzą żadne przeszkody do rozwinięcia przez jednostkę zamierzonej działalności. W oparciu o analizę obowiązujących ówcześnie przepisów twierdził jednakże, że wydanie pozwolenia tego rodzaju może leżeć „w granicach swobodnego uznania władzy albo nie, a to w zależności od tego, jak

40. Por. ibidem, s. 26.
41. Por. ibidem, s. 27 i nast.
42. Por. ibidem, s. 31 i nast.

unormuje tę sprawę norma prawna".[43] Sytuacja prawna jednostki, od której prawo wymaga uzyskania takiego pozwolenia, zależeć będzie naturalnie od tego, czy przepisy czynią jego uzyskanie zależnym od swobodnego uznania władzy, czy też nie. Walawski twierdził, że jedynie w przypadku pozwoleń o charakterze związanym zasadne są twierdzenia, że ich wymaganie nie zmienia zakresu sfery wolności jednostki. Tam, gdzie przepisy pozostawiają wydanie pozwolenia swobodnemu uznaniu władzy - ich wydawanie ma już charakter konstytutywny, a nie deklaratoryjny. Pozwolenie jest wówczas źródłem nowych uprawnień osoby, której zostało udzielone.[44]

Inny charakter mają, zdaniem B. Walawskiego - udzielane na zasadzie wyjątku - pozwolenia na wykonywanie działalności objętej zakazem z tego względu, że jej rozwijanie połączone byłoby bezwzględnie z narażeniem interesu publicznego na szkodę.[45] Są one wydawane w przypadku „gdy władza uzna, że zachodzi potrzeba wykonywania czynności objętych zakazem" i zawsze „w granicach swobodnego uznania władzy". Przyjmując, że miarą wolności jednostki jest wprawdzie jej prawo podmiotowe Walawski - w ślad za przytaczanymi powyżej wywodami O. Mayer'a - wywodził, że o tym, czy i o ile jej to prawo przysługuje, stanowi „porządek przedmiotowy". Ustanowienie w nim ogólnego zakazu powoduje ścieśnienie w pewnym kierunku sfery wolności jednostki i ograniczenie jej praw podmiotowych. Po uzyskaniu wyjątkowego zezwolenia jej sytuacja - pisał B. Walawski - będzie inna niż przed jego uzyskaniem: „otrzyma ona prawa, których przed tym w ogóle nie posiadała. Konstytutywność aktu udzielającego takiego pozwolenia wynikać zatem miałaby nie tylko z faktu pozostawienie go w sferze swobodnego uznania władzy.[46]

Twierdzenie B. Walawskiego, że poprzez zezwolenie na podjęcie działalności objętej zakazem jednostka otrzymuje prawa, których przed tym w ogóle nie posiadała, nie wydaje się być bezwzględnie trafne. Wszystko zależy tu od momentu wprowadzenia zakazu, tj. uznania danej działalności za szkodliwą z punktu widzenia interesu publicznego. Jeżeli zakaz taki wprowadzono za życia ubiegającego się o ową dyspensę, twierdzenie Walawskiego trafia w próżnię. Otrzymuje bowiem ona wówczas to, co posiadała przed wprowadzeniem zakazu. Wniosek co do kon-

43. Por. ibidem, s. 25.

44. Por. ibidem, s. 26-27.

45. Jako przykłady podaje tu - wynikający z rozporządzenia Prezydenta Rzeczpospolitej Polskiej z 30 czerwca 1927 r. (Dz.U. RP Nr 62, poz. 544) - zakaz „zakładania fabryk bieli ołowianej", zakaz wytwarzania opium, morfiny i kokainy wprowadzony art. 1 ustawy 22 czerwca 1923 r. (Dz.U. RP Nr 72, poz. 559) czy zakaz „dokonywania transakcyj sprzedaży zwierząt poza targowiskiem w miejscowościach, w których odbywają się targi (art. 3 Rozporządzenia Prezydenta RP z 27 października 1933 r. (Dz.U. RP Nr 85, poz. 639). Por. ibidem, s. 21 i 25.

46. Por. ibidem, s. 25 i 27.

stytutywności aktu pozwolenia zwalniającego z ogólnego zakazu winien brzmieć inaczej: jednostka otrzymująca go uzyskuje prawo, którego nie posiadała przed udzieleniem pozwolenia. Rozumowanie to można nawet - moim zdaniem - zgeneralizować: **wprowadzenie do materialnego prawa administracyjnego każdego zakazu czy nakazu, niezależnie od tego czy przepisy przewidują możliwość uzyskania pozwolenia na niepodporządkowanie się im, czy nie, stanowi uniwersalne ograniczenie swobody zachowania się jednostek** (podmiotów prawa będących adresatami takich norm). Zatem i **w każdym pozwoleniu administracyjnym możemy znaleźć elementy konstytutywności: zmieniają one sytuację prawną tych, którym są przyznawane.**

III. Pozwolenia we współczesnej doktrynie i prawie europejskim

14. Główne źródła zmian dotychczasowych koncepcji

Obie wojny światowe oraz mające miejsce pomiędzy nimi głębokie kryzysy gospodarcze spowodowały znaczny wzrost aktywności współczesnych państw we wszystkich niemal sferach życia społecznego. Prawo kształtowane po 1945 r. uwzględniać musiało i uwzględniało nie tylko ten aspekt, ale również takie zjawiska, jak niespotykane dotąd tempo rozwoju nauki, techniki, narastające konflikty wewnętrzne (społeczne, gospodarcze, narodowościowe) oraz uwarunkowania wynikające z polityki międzynarodowej. Znalazło to swoje odzwierciedlenie w szeroko propagowanej i stosowanej teorii ustroju liberalnego demokratycznego państwa prawnego społecznej gospodarki rynkowej.[47]

Tej zwiększonej aktywności władz ustawodawczych i wykonawczych towarzyszyła z drugiej strony wzmożona inicjatywa społeczeństw w kierunku zapewnienia skutecznej obrony jednostek przed omnipotencją administracji publicznej, zagrażającą podstawowym prawom i wolnościom człowieka, które były nie tylko zagrożone ze strony władzy publicznej, ale wymagały czasami podejmowania przez nią działań niezbędnych przy ich wykorzystywaniu: zapobiegania nadużywaniu tych praw ze szkodą dla innych osób, usuwania sprzeczności i wyważania przeciwstawnych interesów grupowych i indywidualnych. Tendencja ta znalazła swój wyraz zarówno w rozbudowie tych części ustaw konstytucyjnych poszczególnych państw europejskich, które odnosiły się do praw i wolności jednostek oraz ograniczeń swobody działania władz państwowych, jak i w podpisanej oraz ratyfi-

47. Por. Zbigniew A. Maciąg: Kształtowanie zasad państwa demokratycznego prawnego i socjalnego w Niemczech, Białystok 1998.

kowanej przez demokratyczne państwa Starego Kontynentu - Europejskiej Konwencji Podstawowych Praw i Wolności Człowieka (zwana dalej „konwencją").[48] Łącznie z dwoma protokołami dodatkowymi obejmowała on następujące prawa i wolności, których wykorzystywanie bywa w praktyce limitowane koniecznością uzyskiwania i stosowania się do treści pozwoleń administracyjnych:

- ❖ prawo poszanowania życia prywatnego i rodzinnego;
- ❖ wolność myśli, sumienia i wyznania;
- ❖ wolność wyrażania opinii;
- ❖ wolność zgromadzeń i zrzeszeń;
- ❖ prawo własności;
- ❖ swoboda poruszania się (wyboru miejsca pobytu, zamieszkania, pracy, wykonywania zawodu).

Konwencja ta wyznaczyła prawodawcom jej sygnatariuszy pewne ramy, w jakich muszą się mieścić również te regulacje prawne, które polegają na ustanawianiu wymogów uzyskania zezwolenia władzy wykonawczej, oraz praktyka administracyjna ich udzielania. Zawarto w niej bowiem klauzule generalne wskazujące w jakiej formie, w jakim trybie, zakresie i celu, dopuszczalne jest ograniczanie praw i wolności człowieka gwarantowanych konwencją. Przewiduje ona, że poddane jej ochronie prawa i wolności mogą podlegać jedynie takim ograniczeniom, które są przewidziane przez ustawę i konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na takie wartości i dobra ogólne, jak: bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne, ochrona porządku, zdrowia i moralności lub ochrona praw i wolności innych osób, a także - integralność terytorialna lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochrona dobrego imienia i praw innych osób oraz zapobieganie ujawnieniu informacji poufnych lub powaga i bezstronności władzy sądowej (dot. tylko wolności wyrażania opinii). Dodatkowo uznano za dopuszczalne takie ograniczenia prawa własności, które są konieczne do uregulowania sposobu korzystania z niej zgodnie z interesem powszechnym lub w celu zabezpieczenia uiszczania podatków bądź innych należności czy kar pieniężnych.

Poza konwencją znalazła się wolność przemysłu i handlu (zwana w Polsce przeważnie wolnością działalności gospodarczej lub wolnością gospodarczą,[49]) rozumiana jako swoboda jednostek do nieograniczonego rozwijania wszelkiego rodzaju działalności zarobkowej. Niektóre państwa gwarantowały ją jednak we włas-

48. Por. Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, z 1995 r. Nr 36, poz. 175 i 177, z1998 r. Nr 147, poz. 962).

49. Por. C. Kosikowski: Wolność gospodarcza w prawie polskim, Warszawa 1995 i powoływaną tam literaturę.

nych konstytucjach (np. Szwajcaria), inne - wyprowadzały z takich praw konstytucyjnych jak ogólna wolność jednostki (np. Niemcy) czy też - z konstytucyjnych gwarancji prawa własności (np. Austria, Francja). Ten nieodłączny atrybut państwa liberalnego, tak silnie związany (negatywnie) z wprowadzaniem do systemu prawa różnego typu pozwoleń i innego typu ograniczeń, również stanął w obliczu konfrontacji ze współczesnymi tendencjami interweniowania państw w procesy społeczne i gospodarcze. Zarówno doktryna, jak i orzecznictwo sądów prawa publicznego stały się miejscem poszukiwania niejako „złotego środka" mającego zapewnić równowagę pomiędzy wyzwaniami współczesności a „świętą" wolnością działalności gospodarczej. Wprawdzie poszukiwania te w większym stopniu wpływały na ocenę konstytucyjności aktów ustawowych ustanawiających wymogi uzyskania pozwolenia administracyjnego i określających przesłanki jego udzielenia bądź cofnięcia (por. dalej - rozdział piąty), nie pozostały jednak bez wpływu na kształtowanie się poglądów na temat istoty tych pozwoleń.

15. Cel, istota i skutki prawne wymogu uzyskania pozwolenia według powojennej doktryny prawa administracyjnego

Początkowo, w latach czterdziestych i pięćdziesiątych, w poglądach doktryny na temat istoty pozwoleń i wymogów ich uzyskania nie dały się zauważyć nowe tendencje. Nadal dominowało przekonanie, oparte na wywodach R. Thoma, że ustalanie wymogu uzyskania pozwolenia ma służyć albo prewencyjnej kontroli administracji publicznej i przeciwdziałaniu podejmowania zachowań ze swej istoty społecznie nieszkodliwych lub nawet pożądanych, które jednak uzna ona za szkodliwe lub zagrażające dobrom chronionym prawem administracyjnym z uwagi ich indywidualne cechy albo - eliminowaniu nadmiernej sztywności nakazów i zakazów ustawowych obejmujących zachowania uznane za szkodliwe dla tych samych wartości przez samego prawodawcę. Oba przypadki wiązano z **ogólnym zakazem z zastrzeżeniem pozwolenia** (*Verbot mit Erlaubnisvorbehalt).* Przy czym, w pierwszym przypadku zakaz ten nazywano *prewencyjnym*, a w drugim - *represyjnym.*

Jak twierdził E. Forsthoff „*Zakaz prewencyjny* nie służy temu celowi aby zakazać podporządkowanej zakazowi działalności, choćby np. wznoszenia budowli, (...) lecz ma jedynie spowodować, żeby działalność związana z wymogiem uzyskania pozwolenia poddana została skutecznej, uprzedniej kontroli władzy administracyjnej. Inaczej *zakazy represyjne*. Mają one wyeliminować podejmowanie zakazanej działalności".[50]

50. Por. E. Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrecht, wyd. 9, München-Berlin 1966 s. 258.

Natomiast E.R. Huber wywodził, że: „Szczególność zakazu z zastrzeżeniem pozwolenia nie polega w swej istocie na tym, że - poprzez zakaz - niepożądana, szkodliwa społecznie działalność powinna zostać powstrzymana albo wyłączona z indywidualnej przedsiębiorczości i zastrzeżona państwu lub innemu uprzywilejowanemu związkowi. Zakaz nie powinien w tym przypadku być traktowany jako wykluczający działalność prywatną, lecz tylko jako podporządkowujący dostęp do niej prewencyjnej kontroli. Zakaz ma zatem nie funkcję dyskryminacyjną lecz zwykłą funkcję porządkową". Huber odróżniał wszakże *zakaz z zastrzeżeniem pozwolenia* od *ścisłego zakazu, nazywanego prawdziwym* (*echte Verbot*), poprzez który określona działalność powinna stać się w zupełności niemożliwa. Dostrzegał przy tym, że również w przypadku prawdziwych zakazów może dojść do udzielenia przez administrację dyspensy (*wyjątkowego zezwolenia - Ausnahmebewilligung*), a to w takich przypadkach, których „powszechne uzasadnienie normy zakazującej nie dotyczy". Konstrukcja *prawdziwego zakazu z możliwością uzyskania dyspensy* powinna być - jego zdaniem - koniecznie odróżniana od policyjnego zakazu z zastrzeżeniem pozwolenia, gdyż ma charakter represyjny, a nie prewencyjny.[51]

Dominującą pozostała także myśl wskazująca na to, że w wyniku udzielenia pozwolenia zwalniającego spod zakazu *prewencyjnego* jednostka nie nabywa żadnego nowego prawa (co ma natomiast miejsce w przypadku nadania koncesji), a ustanowienie wymogu uzyskania pozwolenia na określone działania czy zachowania samo przez się nie powoduje, że stają się one prawnie zakazane.[52] Jak stwierdzono w podstawowym niemieckim podręczniku prawa policyjnego z lat 60-ych, sytuacja prawna występującego z wnioskiem o pozwolenie jest taka, że zwraca się on do władzy o umożliwienie mu podjęcia działań lub zachowania się w sposób, który nie jest zabroniony prawem lecz - zgodnie z ogólnymi zasadami wolności działania i swobodnego korzystania z własności - dopuszczalny. Uzyskane pozwolenie przywróci mu jedynie ogólną, naturalną wolność, z której - ze względu na prewencyjny zakaz - nie mógł przejściowo korzystać. Przyznając pozwolenie władza policyjna albo porządkowa nie nadaje obywatelowi nowego prawa podmiotowego, a jedynie oświadcza, że „według aktualnego stanu prawnego i na podstawie znanych policji okoliczności faktycznych nie istnieje żaden policyjny powód zakazania w rozpoznawanym przypadku działań lub zachowań, których dotyczy postępowanie i że ogólna wolność działania i własności zostaje w przedłożonej sprawie skutecznie przywrócona".[53] Z tych spostrzeżeń autorzy wyprowadzali

51. Por. E.R. Huber: Wirtschaftsverwaltungsrecht, wyd. 2, Tübingen 1953, t. 1, s. 698.
52. Por. publikacje powołane w przyp. 50, 51, 53, 55 i 57.
53. Por. B. Drews, G. Wacke: Allgemeines Polizeirecht, wyd. 7, Berlin, Köln, München, Bonn 1961, s. 304-305.

właśnie wniosek, że przyznanie pozwolenia nie stwarza jednostce żadnego nowego publicznego prawa podmiotowego.[54]

Różnicę pomiędzy zakazami *prewencyjnymi* a *represyjnymi* dostrzegano nadal również w tym, że w przypadku tego pierwszego jednostka miała roszczenie o uwolnienie spod niego, o ile spełniała określone prawem przesłanki uzyskania pozwolenia, natomiast o zwolnienie spod zakazu *represyjnego* roszczenie jej nie przysługiwało, a władza administracyjna udzielać miała dyspensy według swobodnego uznania.[55] Th. Fleiner-Gerster wywodzi nawet, że istotą pozwoleń policyjnych (zwalniających spod mocy prewencyjnych zakazów) jest ograniczenie się przy ich wydawaniu przez policję jedynie do stwierdzenia, czy pożądany przez wnioskodawcę sposób wykonywania swoich praw odpowiada przesłankom ustawowym.[56]

16. Stosunek orzecznictwa sądowego do rozróżnienia zakazów *prewencyjnych* i *represyjnych*

Pogląd o jakościowej odrębności pozwoleń zwalniających spod zakazów represyjnych i prewencyjnych utrzymywał się nie tylko w doktrynie Niemiec, Szwajcarii czy Austrii.[57] Przez kilka dziesiątek lat powielany był także w orzecznictwie tamtejszych sądów i trybunałów prawa publicznego.[58]

Zasadność argumentacji opierającej się na związanym bądź uznaniowym charakterze pozwoleń potwierdził w jednym z wyroków niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny w 1966 roku. Ocenie trybunału poddano wówczas postanowienia ustawy o zbiórkach publicznych z 1943 r., przewidujące obowiązek uzyskania pozwolenia na przeprowadzenie zbiórki. Oceniając zgodność owych przepisów z postanowieniami konstytucji bońskiej z 1949 roku Trybunał oparł się na założeniu, że ustawodawcy wolno zarządzić przeprowadzenie prewencyjnego postępowania

54. Por. ibidem. Mimo używania nieco innej terminologii poglądy autorów tego podręcznika są - w interesującym nas zakresie - niemal identyczne z prezentowanymi wcześniej poglądami F. Fleiner'a.

55. Por. E.R. Huber, ibidem, Th. Fleiner-Gerster: Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrecht, Zürich 1977, op. cit., s. 146 (autor ten zastrzega jednak, że tylko co do zasady pozwolenia prewencyjne mają charakter związany, a pozwolenia wyjątkowe - uznaniowy).

56. Por. ibidem.

57. Por. W. Antoniolli: Allgemeine Verwaltungsrecht, Wien 1954, s. 204, P. Badura: Die mitwirkungsbedurftige Verwaltungsakt mit belastender Auflage, „Juristische Schulung" 1964, s. 105, idem: Wirtschatsverwaltungsrecht (w:) Besonderes Verwaltungsrecht, pod red. I. von Münch, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1969, s. 278; H-U. Erichsen, W. Martens: Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin New York 1975, s.180 i nast., Th. Fleiner-Gersters: op. cit. 145 i nast; K.H. Friauf: Das Verbot mit Erlabnisvorbehalt, JuS 1962, s. 423, idem: Polizei- und Ordnungsrecht (w:) Besonderes Verwaltungsrecht, op. cit. s. 197; F. Ossenbühl: Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenlehre, DÖV 1968, s. 624; H.J. Wolf, O. Bachof: Verwaltungsrecht, wyd. 9, München 1974, t. 1, s. 403, 406.

58. Por. np. 14 wyroków wskazanych przez B. Preusche, op. cit., s. 38-39.

kontrolnego i uzależnić możliwość korzystania przez jednostki z praw i wolności od urzędowego pozwolenia. Warunkiem dopuszczalności takiej regulacji ustawowej - stwierdził Trybunał w wyroku z dnia 5 sierpnia 1966 r. - jest jednak to, aby zastosowane środki odpowiadały zasadom działania administracji w państwie prawa, a w szczególności - nakazowi współmierności (*Gebot der Verhältnismässigkeit*):[59]

- ❖ postępowanie sprawdzające musi być dostosowane do niebezpieczeństwa, któremu ma zapobiegać oraz
- ❖ rodzaj i zakres kontroli państwowej muszą być adekwatne względem rzeczywistej sytuacji, dla której została ona ustanowiona.

W ocenie Trybunału, ukształtowane zgodnie z zasadami państwa prawnego zastrzeżenie uzyskania pozwolenia ma - w dziedzinie regulacji prawnej zbiórek i podobnych im przedsięwzięć - za zadanie włączenie, w odpowiednim czasie, prewencyjnej kontroli władzy w takich okolicznościach, które - jak uczy doświadczenie - często niosą ze sobą zakłócenia porządku. Dlatego też uznał, że wprowadzenie ustawowego wymogu uzyskania prewencyjnego pozwolenia na zbiórkę publiczną samo przez się nie powoduje, że jest to działalność jako taka zakazana, lecz tylko, że wykorzystanie prawa do jej prowadzenia może nastąpić dopiero gdy jej zgodność z ustawami zostanie sprawdzona i stwierdzona w zarządzonym postępowaniu. Znaczenie prawne pozwolenia polega tu - według Trybunału - na tym, że usuwa ono, ustanowioną uprzednio, przeszkodę w wykonywaniu praw jego beneficjanta. Ponieważ jednak wyprowadzał on z art. 2 ust. 1 konstytucji bońskiej - gwarantującego każdemu prawo swobodnego rozwijania swej osobowości (*freie Entfaltung der Persönlichkeit*) - nie tylko ogólną wolność działania jako taką ale również - prawo do wykorzystywania zawartych w niej uprawnień (praw fundamentalnych - *Grundrechte*), przeto uznał, że podmiotowi praw podstawowych służyć musi roszczenie prawne uzyskania pozwolenia, o ile tylko spełnione zostaną ustawowe przesłanki określone prawem przedmiotowym. Wymóg uzyskania pozwolenia - wywodził dalej Trybunał - odpowiada zatem istocie prawa podstawowego (czyli nie narusza jej) wówczas, gdy pozostawia to prawo jako takie w stanie nienaruszonym oraz gdy podmiotowi tego prawa (każdemu, komu ustawa zasadnicza dane prawo gwarantuje - przyp. D.R.K.) ustawa zwykła, w której taki

59. Na temat tego nakazu, występującego w doktrynie i orzecznictwie niemieckojęzycznych państw europejskich również pod nazwą zasady proporcjonalności, zakazu samowoli, zakazu przesadzania (Übermassverbot), por. D. Kijowski: Zasada adekwatności w prawie administracyjnym, „PiP" 1990, z. 4; idem: Zasada proporcjonalności (adekwatności) jako miernik dopuszczalności ingerencji państwa w prawa i wolności obywateli, „Biuletyn RPO" 1990 r. Nr 6, ss. 64 i nast., K. Walaszek-Pyzioł: Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, „PUG" 1995, Nr 1.

wymóg jest zawarty, przyzna uprawnienie do żądania zniesienia owej formalnej bariery w korzystaniu z niego.[60]

Odnosząc powyższe ustalenia do rozpoznawanego przypadku, Trybunał doszedł do wniosku, że zastrzeżenie uzyskania pozwolenia na urządzenie zbiórki lub podobnego do niej przedsięwzięcia, przewidziane ww. ustawą o zbiórkach publicznych, sprzeczne jest w wielu miejscach z postawionymi powyżej wymaganiami. Uznał, że - ze względu na brzmienie przepisów prawa materialnego[61] - jest to raczej represyjny zakaz z możliwością uwolnienia od niego. Ustawa ta nie traktuje przeprowadzania zbiórek jako działań z zasady prawnie dozwolonych z zastrzeżeniem możliwości zakazania tych, które byłyby sprzeczne z prawem, lecz - jako zasadniczo zakazanych, z „szansą" uwolnienia od tego zakazu. Pozwolenie nie oznacza już tylko, że przedsięwzięciu nie stoją na przeszkodzie żadne ustawowe przeszkody, lecz samo dopiero uznaje je za dozwolone. Pozwolenie nie jest w tym przypadku jedynie formalnym, przewidzianym w celu uruchomienia prewencyjnej kontroli zgodności z prawem danego zamierzenia, warunkiem podjęcia samej w sobie nie zakazanej działalności, ale - w swojej rzeczy - uchyleniem, przewidzianego prawem przedmiotowym, represyjnego zakazu. Poprzez pozwolenie na urządzenie zbiórki prawo do jej przeprowadzenia zostaje dopiero konstytutywnie ustanowione. Wynikające z art. 2 ust. 1 niemieckiej konstytucji uprawnienie do urządzania charytatywnych zbiórek zostaje - zdaniem trybunału - w ten sposób usunięte na podstawie ustawy zwykłej, chociaż nie wymaga tego żaden interes publiczny. Regulacja ta zawiera zatem generalny zakaz zachowań, do których konstytucja uprawnia.[62]

W literaturze przedmiotu niejednokrotnie wskazywano również na - mający oddawać istotę rzeczy - wyrok niemieckiego Federalnego Trybunału Administracyjnego z 28 maja 1963 r.[63] Sąd ten wywodził w nim, że:

„Zakładane tu (w niemieckim prawie budowlanym oraz w ustawie o autostradach - przyp. D.R.K.) jako nieodzowne pozwolenie budowlane jest aktem administracyjnym, w którym zostaje stwierdzone istnienie roszczenia budowlanoprawnego. Nie nadaje on dopiero ubiegającemu się o budowę prawa do zabudowy (własnego terenu - przyp. D.R.K.), lecz raczej zakłada jego istnienie. W celu zabezpieczenia interesów publicznych (*öffentliche Belange*) wykonywaniu prawa do zabudowy postawiono jednak - w drodze ustanowienia prewencyjnego zakazu z zastrzeżeniem uzyskania pozwolenia - przejściową przeszkodę, która zostaje zniesiona poprzez jego wydanie. Osoba chcąca budować, której zamiar pozostaje w zgod-

60. BverfG E 1966, t. 1 poz. 20, s. 150 i nast.

61. Wspomniana ustawa uzależnia zgodę na zbiórkę od pozytywnej oceny jej celu przez władzę wykonawczą.

62. Por. ibidem, ss. 153-155.

63. Por. Klaus Haselau: Stellt eine Erlaubnis..., op. cit., s. 450, B. Preusche, op. cit., s. 46.

ności z przepisami prawa materialnego, ma wobec władzy budowlanej roszczenie o udzielenie pozwolenia budowlanego. Materialnoprawne przesłanki określające okoliczności faktyczne, w których istnieje prawo wzniesienia budowli, określone zostały przez całokształt wchodzących w danym przypadku w grę przepisów publicznoprawnych. W indywidualnym przypadku zamierzający budować ma wówczas roszczenie o udzielenie pozwolenia budowlanego, gdy spełnione zostaną wszystkie warunki prawa przedmiotowego, które są miarodajne dla danego zamierzenia budowlanego. Pod tymi samymi warunkami - w przypadku wydania decyzji odmownej - urząd może zostać przez sąd zobowiązany do udzielenia pozwolenia."[64]

W dalszych swych wywodach sąd poszedł jednak nieco dalej, niż dotychczasowa doktryna i orzecznictwo. Dostrzegając pewne modyfikacje w stosunku do rozwiązań prawa budowlanego, zawarte w § 9 ust. 2 i 3 ustawy o autostradach, zauważył on bowiem, że „Uzupełnienia te nie polegają jednak na tym, że ustawa - obok **wynikającego z wolności budowy** (podkr. - D.R.K.) roszczenia budowlanoprawnego, co do którego ma zajmować się organ właściwy w sprawach pozwolenia na budowę - zawiera podstawę do dalszych roszczeń, o których rozstrzygać ma wyższy krajowy urząd do spraw budowy dróg. Ustawa wychodzi raczej z założenia, że **istnieje bezpośrednie, ogólne roszczenie o prawo do budowania, które może być wykorzystane w postępowaniu w sprawie pozwolenia** (podkr. D.R.K.) budowlanoprawnego i które może być samodzielnie dochodzone na drodze sądowej."[65]

Jest to chyba pierwszy przypadek, w którym zrewidowano w praktyce powszechnie stosowane poglądy O. Mayer'a o relacjach pomiędzy prawami podmiotowymi jednostki a prawem i praktyką administracyjną, posługującymi się wymogami uzyskania pozwolenia oraz aktami rozstrzygającymi o jego udzieleniu bądź o odmowie. Wprawdzie nieco na marginesie i bez głębszej refleksji, jednak jednoznacznie zauważono w tym wyroku, że źródłem prawnym roszczeń o pozwolenie jest nie tylko materialne prawo administracyjne ale także - zasady i postanowienia prawa konstytucyjnego.[66]

64. Por. „Die Öffentliche Verwaltung" 1964, s. 668.

65. Por. ibidem.

66. Por. Haselau, op. cit., s. 450. Autor ten wskazuje ponadto na inne, jeszcze wcześniejsze orzeczenie tamtejszego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 1957 r., w którym - jak twierdzi - tkwią korzenie współczenego orzecznictwa sądowego zajmującego się sporami na tle roszczeń o udzielenie pozwoleń administracyjnych. W wyroku tym Trybunał wyprowadził, ze wspominanego już art. 2 ust. 1 konstytucji bońskiej, podstawowe prawo wolności podejmowania wszelkich działań przez każdą jednostkę i tym samym ograniczył znacznie pole, na którym ustawodawca zwykły rozwijać może instrumenty prawne w rodzaju zakazu i pozwolenia administracyjnego, por. ibidem. s. 450-451.

17. Doktrynalne próby rewidowania klasycznych poglądów na temat pozwoleń

Pierwszą próbę zdecydowanie odmiennego spojrzenia na istotę pozwoleń oraz rozróżnienia prewencyjnych i represyjnych zakazów z zastrzeżeniem uzyskania pozwolenia, podjął Herbert Krüger w swoich dwóch publikacjach z 1956 i 1958 r.[67] Autor ten stwierdził, że prewencyjny *„zakaz z zastrzeżeniem pozwolenia ma swoje miejsce w sferze stanowienia prawa"*. W tym przypadku - stwierdził - „norma składa się nie z jednego elementu ale unormowanie odbywa się w dwóch częściach". Ustanawiając zakaz z zastrzeżeniem pozwolenia prawodawca wykonał - zdaniem Krügera - tylko częściową, tymczasową „pracę", przy której rozciągnął granice tego, co zakazane, świadomie za szeroko. Ustanowienie właściwej i ostatecznej granicy zachowań faktycznie zakazanych ustawodawca miał niejako pozostawić administracji w taki to sposób, że zdarzenie ustanowienia prawa zachodzi dopiero w tym momencie, w którym administracja rozstrzyga o zastosowaniu wyjątku od zakazu. Dopiero przyznanie lub odmowa przyznania „wyjątku" *(Ausnahme)* dopełnia - jego zdaniem - pozostawiony przez ustawodawcę w stanie niedokończonym zakaz ostateczną, konkretną treścią. Inaczej miałoby być w przypadku dyspensowania, czyli uwalniania od tzw. zakazu represyjnego. Jak twierdzi Krüger, zastosowanie takich „wyjątków" odnosi się już nie do treści normy lecz do jej obowiązywania.[68]

Prezentując swe poglądy na interesujący nas temat, Krüger skonfrontował ustawową konstrukcję *zakazu z zastrzeżeniem pozwolenia* z konkurującą z nią instytucją *przyznania z zastrzeżeniem cofnięcia („Gewährung mit Auslesevorbehalt")*. Zwrotu tego użył do oznaczenia sytuacji prawnej, w której określone zachowanie uznane zastało prawnie za dopuszczalne i przyznano jednostce uprawnienie do jego przejawiania ale równocześnie określono sytuacje, w których możliwe będzie zakazanie jej kontynuowania. Również i w tym wypadku prawodawca daleki był od konkretności i ostateczności - ustanowił katalog zakazów świadomie za wąsko pozostawiając administracji możliwość ostatecznego zakreślenia granic swobody obywatela. Także w tego rodzaju przypadkach indywidualne akty administracji Krüger traktował jako przejawy jej działalności prawodawczej.[69] Wprawdzie jego rozważania o wadach i zaletach obu technik regulacji są bardzo twórcze i cenne, to zarówno koncepcja doszukiwania się istoty pozwoleń w sferze

67. Por. H. Krüger: Rechtsstaatliche Gesetzgebungtechnik, DÖV 1956, s. 550 i nast. oraz idem: „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" und „Gewärung mit Auslesevorbehalt, DÖV 1958, s. 673 i nast.

68. Por. H. Krüger: „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt"..., op. cit., s. 673. Wypowiadając się na temat tzw. pozwoleń prewencyjnych autor ten posunął się bardzo daleko stwierdzając m.in.: *„rozstrzygnięcia te są stanowieniem prawa a nie żadnym wykonywaniem prawa"*; por. ibidem s. 674.

69. Por. ibidem oraz krytyczną ocenę tej koncepcji K.H. Friauf: Das Verbot..., op. cit., s. 424.

zjawisk tworzenia prawa, jak i trafność przyjętych przez niego założeń nie znalazła potwierdzenia w doktrynie i orzecznictwie zachodnim. Nie można wykluczyć, że miało to swoje źródła także w braku logicznej konsekwencji w upowszechnianej argumentacji, jakoby pozwolenia wyjątkowe - odnosząc się, jak sam autor twierdził, do obowiązywania normy, a nie do jej treści - miały inny charakter od pozwoleń *prewencyjnych*. Nie wyjaśnił on bowiem dlaczego „ustanowienie prawa", mające miejsce podczas wydawania pozwoleń prewencyjnych, miałoby być czymś innym od rozstrzygania o nieobowiązywaniu normy w danym przypadku.

W zupełnie innym kierunku zmierza krytyka „klasycznych" poglądów na temat zastrzeżeń uzyskania pozwolenia oraz istoty samych pozwoleń, przeprowadzona przez Klaus'a Haselau. Główny nacisk położył on na kontrowersyjność założenia, że pozwolenie przywraca jednostce jedynie naturalną wolność, jaką dysponowała ona przed ustanowieniem *zakazu z zastrzeżeniem pozwolenia* i co za tym idzie - traktowania udzielonych pozwoleń jako aktów nie mających znaczenia dla zakresu posiadanych przez jednostkę praw podmiotowych. Po pierwsze, zarzucił on zarówno O. Mayer'owi jak i E. Forsthoff'owi (a także - opierającemu się na tych poglądach orzecznictwu), że niejako pozbawiają ogólną wolność jednostki jej prawnego charakteru, uzależniając jej posiadanie m.in. od brzmienia przepisów materialnego prawa administracyjnego. Posłużył się nawet terminem „odprawnienia" przez nich (*Entrechtlichung*) tej wolności oraz argumentacją odwołującą się do zasad logicznego rozumowania.[70]

Zdaniem K. Haselau, poza względami natury prawno-konstytucyjnej,[71] poważne wątpliwości wzbudza to, w jaki sposób miałaby zostać przywrócona „naturalna wolność" jednostki, za pomocą będącego aktem prawnym pozwolenia administracyjnego, bez równoczesnego przywrócenia wolności prawnej. I odwrotnie: *«jakże to miała by zostać uchylona „prawnym" zakazem „naturalna" wolność działania bez równoczesnego uchylenia prawnej wolności działania».*[72] Uważa on, że nie jest to logicznie i terminologicznie możliwe, aby ustanawiając zakaz prawny ustawodawca, usuwając w pewnym zakresie wolność naturalną, nie pozbawił jednostki jej prawnej wolności. I tak samo nie jest możliwe przywrócenie - poprzez wydanie pozwolenia - „naturalnej" wolności bez równoczesnego przywrócenia jej wolności prawnej. W rezultacie tych rozważań doszedł Haselau do wniosku, że posługiwanie się, w celu scharakteryzowania sensu prawnego pozwoleń administracyjnych, argumentem o „przywracaniu - poprzez ich udzielenie - jedy-

70. Por. K. Haselau, op. cit., s. 451-452.

71. Czyli - zakotwiczeniu od 1949 roku ogólnej wolności każdego człowieka w przytaczanych powyżej postanowieniach art. 2 ust. 1 konstytucji bońskiej, co wykluczało dalsze traktowanie tej wolności jako nie mającej charakteru prawnego. Por. ibidem, s. 452.

72. Por. ibidem.

nie naturalnej wolności jednostki, którą posiadała przed ustanowieniem zakazu", jest zwodnicze i w żaden sposób nie przyczynia się do wyjaśnienia istoty tych instytucji prawnych.[73]

Ustanawianie wymogów uzyskania różnych **pozwoleń administracyjnych** K. Haselau traktuje **jako konieczne w społecznym państwie prawnym ograniczenie** - traktowanej jako publiczne prawo podmiotowe - **ogólnej wolności jednostki przed jakimikolwiek pozaustawowymi ingerencjami władzy wykonawczej**. Jej wykorzystywanie może być ograniczane ustanawianiem - zgodnym z zasadami takiego państwa - zarówno zakazów prewencyjnych, jak i represyjnych. Uwalnianie od zakazów represyjnych może być nawet - bez szkody dla owej ogólnej wolności - uzależnione od uznania administracyjnego, o ile rozstrzygnięcie o udzieleniu lub odmowie dyspensy odbywać się będzie zgodnie z wymogami konieczności i proporcjonalności oraz przy poszanowaniu istoty tej wolności, czy - jak się wyraził - przy założeniu, że „ustanowienie zakazu represyjnego nie narusza egzystencji tej wolności".[74] Jak wyżej wykazano - przytaczając przykładowe orzeczenia niemieckich trybunałów prawa publicznego, to ostatnie założenie trudne jest do obrony w tych przypadkach, gdy charakter pozwolenia wyjątkowego przybierze pozwolenie na podejmowaniu działań mieszczących się w granicach któregokolwiek z konstytucyjnych praw podstawowych (*Grundrechte*).

18. Względność rozróżnienia „prewencyjnych" i „represyjnych" zakazów z zastrzeżeniem pozwolenia

J. Schwabe, odnosząc się do wyobrażeń „klasyków" powszechnego prawa administracyjnego na temat pozwoleń wymaganych ze względów prewencyjnych oraz dyspens (zezwoleń wyjątkowych) od tzw. zakazów represyjnych, wyraził pogląd, że nie odpowiadają one istocie rzeczy. Stwierdzenie, jakoby zakazy „prewencyjne" wprowadzane były jedynie w celu poddania objętej nimi działalności lub zachowań uprzedniej kontroli władzy administracyjnej, a nie w celu zabronienia zachowań nimi objętych, zaś zakazy „represyjne" - w celu zapobieżeniu zakazanej działalności, jest bowiem niedokładne.[75]

Także ustanawiane prawem wymogi uzyskania tych pozwoleń, które miałyby mieć - zdaniem panującej doktryny - charakter „prewencyjny", mają na celu zakazanie podejmowania pewnych, prawem określonych działań. Posługując się najbardziej powszechnie wskazywanymi przykładami pozwoleń budowlanych J. Schwabe stwierdził, że prewencyjny zakaz zabudowy nieruchomości bez wcze-

73. Por. ibidem.

74. Por. ibidem.

75. Por. Jürgen Schwabe: Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, „Juristische Schulung" 1973, Z. 3, s. 134.

śniejszego pozwolenia ma również na celu zabronienie takiej zabudowy, która ma - chociażby - niewystarczającą statykę.[76] Jedynie odnośnie prawnie dopuszczalnych robót i obiektów budowlanych ów prewencyjny zakaz ogranicza się tylko do kontroli, czy spełnione są przesłanki tej dopuszczalności. W pozostałym zakresie nie jest to - jego zdaniem żaden prewencyjny zakaz. Pod względem techniki prawotwórczej podstawowa struktura regulacji przedstawia się następująco:

Dana działalność zostaje pod pewnymi, prawem określonymi, uwarunkowaniami dozwolona, a pod innymi - zakazana. Nie dzieje się to jednak w sposób abstrakcyjno-generalny, lecz wymaga ustalenia w konkretnym przypadku. Ponieważ powyższe ustalenie musi mieć miejsce przed rozpoczęciem budowy, konieczna staje się *figura prawna* („*Rechtsfigur*") *zakazu z zastrzeżeniem pozwolenia.* **Pozwolenie stwierdza w konkretnej indywidualnej sprawie co jest dozwolone i tylko w takim zakresie zakaz zabudowy bez pozwolenia jest tylko zakazem prewencyjnym**, przejściowym, mającym na celu tylko umożliwienie skontrolowanie tego, co zostało dozwolone pod względem jego normatywnej dopuszczalności. **Tam, gdzie pozwolenie nie może być wydane rozciąga się** - według J. Schwabe - **sfera, na której mamy do czynienia** nie **z zakazem** prewencyjnym, lecz ostatecznym i dlatego - **represyjnym**.

W przypadku tzw. *zakazujących norm „represyjnych"* przewidujących możliwość zastosowania dyspensy miałoby być z kolei odwrotnie. „Nie mają one wyłącznie na celu - jak twierdził E. Forsthoff - zapobieżenie zakazanej działalności". Poprzez taki *represyjny* zakaz w ostateczny sposób powinny zostać wyeliminowane tylko takie zachowania, które okażą się szkodliwe w danym konkretnym przypadku, a nie takie, które wprawdzie najpierw muszą być uznane za objęte tym zakazem, ale jednak mogą albo nawet muszą być dozwolone jako nieszkodliwe, a nawet pożyteczne.[77]

Z powyższego wyprowadza J. Schwabe wniosek, że oba rodzaje zakazów są do siebie podobne (nie różniąc się od siebie materialnie), gdyż w obu przypadkach mają na celu uniemożliwienie podejmowania zachowań zakazanych z uwagi na ich niebezpieczność. Przyczyny braku precyzji w dotychczasowym definiowaniu obu konstrukcji normatywnych upatrywał on w tym, że pojęcie zakazu „*prewencyjnego*" budowano opierając się tylko na takich sytuacjach, w których zamierzona działalność była zgodna z prawem i niekontrowersyjna, natomiast zakazu „*re-*

76. Ze swojej strony uzupełniłbym tę myśl stwierdzeniem, że zakaz zabudowy bez pozwolenia ma na celu definitywne zabronienie wznoszenia obiektów budowlanych niezgodnie z obowiązującymi normami prawa budowlanego.

77. J. Schwabe wskazuje tu na przykład zakazu noszenia broni i zauważa, że w przypadku konwojentów transportów pieniężnych noszenie przez nich broni powinno być traktowane nie jako zachowanie, któremu należy zapobiegać, ale reczej uznawane - również przez państwo - jako wskazane, a nawet pożądane, por. ibidem.

presyjnego" - na działaniach, które w konkretnych przypadkach są szkodliwe i z tego powodu uznane za sprzeczne z prawem. Doprowadzić to miało do wprowadzającego w błąd zasugerowania istnienia sprzeczności pomiędzy obydwoma rodzajami zakazów.[78]

Błędem jest również - zdaniem J. Schwabe - doszukiwanie się różnic pomiędzy obydwoma rodzajami sytuacji w tym, że pozwolenie zwalniające spod zakazu „*prewencyjnego*" musi być udzielone, zaś zwolnienie spod zakazu „*represyjnego*" następuje na podstawie dyspensy wydawanej w ramach uznania administracyjnego. Wprawdzie - co do zasady - pozwolenia uwalniającego od zakazu „*prewencyjnego*" nie można odmówić w przypadku spełnienia określonych prawem przesłanek, jednak w prawie pozytywnym dostrzeżono przykłady pozostawienia decyzji o udzieleniu takiego pozwolenia uznaniu organu.[79] Także w przypadku dyspens, coraz częstsze są sytuacje stwierdzania przez sądy prawa publicznego istnienia obowiązku prawnego udzielenia stosownego zezwolenia na odstępstwo od „*represyjnego*" zakazu. Wskazywałoby to, że w stosunku do zakazów obu rodzajów z obowiązującego prawa da się wyprowadzić roszczenie o uwolnienie od nich.[80]

Rzeczywistą różnicę pomiędzy obydwoma typami zakazów i zwalniającymi spod nich pozwoleniami, dostrzegł J. Schwabe natomiast w odmiennościach techniki legislacyjnej. W przypadku zakazów „*represyjnych*" zakaz wyrażany jest na początku, a towarzyszy mu postanowienie, że (zawsze lub w określonych przypadkach) może (ewentualnie - musi) zostać wydana od niego dyspensa albo, że organ może (musi) zezwolić na wyjątkowe niezastosowanie się do ustanowionego zakazu. Takie sformułowanie ustawy wskazywać ma na to, że zakaz powinien być w danej sferze regułą, a pozwolenie - wyjątkiem. Dlatego też jest ono używane tylko wówczas, gdy dotyczy takich sytuacji, o których z góry wiadomo, że podejmowanie zakazanej działalności (wznoszenie obiektów budowlanych na drogach, noszenie broni itp.) będzie mogło być dozwolone tylko tak małej liczbie zainteresowanych, aby zwrot „wyjątek" zachował swój znaczeniowy sens. Gdy skala wydawanych dyspens przekroczy pewną granicę, chociażby 10 czy 20%, odmienność techniki legislacyjnej przestanie być praktycznie efektywnym kryterium rozgraniczającym.

78. Por. ibidem.

79. Por. R. Mussgnug, op. cit., s. 88. Również przedstawiciele przedwojennej polskiej doktryny podnosili tę kwestię wskazując na przykłady uznaniowych pozwoleń uwalniających od zakazów o charakterze prewencyjnym - por. B. Walwski: op. cit., s. 26-27. Niektóre z takich pozwoleń przetrwały do dnia dzisiejszego, por. przypadki z przepisów zawartych w wykazie nr 1 pod poz. 1, 2, 3-7, 10 w wykazie nr 2 - pod poz. 1-3 i w wykazie nr 3 - pod poz. 1, 2, 4 i 5 - zaznaczone kursywą lub podkreslone linią ciągłą.

80. Por. J. Schwabe, ibidem. Przykłady orzeczeń, o których pisze J. Schwabe omówiłem w punkcie 17.

Poza ową granicą rozpoczyna się sfera zakazów *„prewencyjnych"*, do których stosuje się odmienną technikę prawodawczą. Na początku zamieszczane jest sformułowanie, że „zachowanie X wymaga pozwolenia". Jest ono następnie uzupełniane stwierdzeniem, że „zachowanie X bez zezwolenia jest zakazane" albo też zakaz ten nie jest w ogóle sformułowany, przyjmowany jest natomiast - jako obowiązujący - milcząco. W dalszej kolejności wprowadza się do aktu przewidującego ten typ pozwoleń sformułowanie, że „pozwolenie musi (lub może) być wydane w takich a takich przypadkach (w szczególności wówczas, gdy nie spowoduje to naruszenia żadnej normy zakazującej)". W sferze zakazów *„prewencyjnych"* to, co jest zakazane definitywnie - twierdzi J. Schwabe - nawet „optycznie" schodzi na plan dalszy w stosunku do działań, które wprawdzie wymagają uzyskania pozwolenia, ale jednak przewidziane są do dopuszczenia. Zakłada się w niej, że większość zainteresowanych spełni określone prawem przesłanki i uzyska oczekiwane pozwolenie, zaś odmowy ich wydania należeć będą do rzadkości.[81]

Na podstawie powyższych spostrzeżeń J. Schwabe doszedł do wniosku, że różnica pomiędzy obydwoma, rozpatrywanymi typami regulacji ma - wbrew panującym przekonaniom - charakter ilościowy, a nie jakościowy. O tym, że wskazane powyżej odmienności w technice legislacyjnej nie są oznaką różnorodności jakościowej świadczyć miałoby - jego zdaniem - to, że są one wymienialne przynajmniej w jedną stronę. Autor ma tu na myśli możliwość uzyskania tego samego efektu, jaki zamierza się osiągnąć przy pomocy pozwoleń uwalniających od tzw. zakazów *prewencyjnych,* techniką regulacji właściwą pozwoleniom uwalniającym od zakazów *represyjnych.*[82] Wprawdzie w sytuacjach, w których liczba pozytywnych rozstrzygnięć wniosków o udzielenie pozwolenia miałaby być znaczna, profesjonalny prawodawca nie powinien się posługiwać techniką regulacji właściwą dla dyspens, to jednak zdarzają się przypadki, że zakazy *„represyjne"* wyrażane są, wskazaną powyżej, terminologią właściwą dla zakazów *„prewencyjnych"*.[83]

19. Koncepcja odrębnego ustalania istoty zakazu i zastrzeżenia uzyskania pozwolenia

Przedstawione poprzednio koncepcje H. Krügera i J. Schwabe mają pewne cechy wspólne. W obu przypadkach autorzy ci traktują akt pozwolenia lub odmowę jego wydania, jako przejaw definitywnego rozstrzygania o tym, co - w świetle obowiązującego prawa - jest dozwolone, bądź co jest zabronione. Wprawdzie J. Schwabe nie mówi tego wprost, ale używane przez niego, przytoczone powyżej,

81. Por. ibidem, s.134-135.

82. Przykładowo, ustawa stanowiłaby, że „1. Zakazuje się prowadzenia pojazdów mechanicznych. 2. Osoby spełniające wymagania a, b, c d mogą uzyskać pozwolenie na prowadzenie pojazdów określonych w ust. 1."

83. Por. ibidem, s. 135.

argumenty mogą świadczyć, że również on traktuje akt pozwolenia uwalniający od zakazu „*prewencyjnego*" bądź odmowę udzielenia dyspensy od zakazu „*represyjnego*" jako końcowy etap procesu stanowienia prawa. W opozycji do takiego rozumienia interesujących nas zjawisk B. Preusche zaproponował, aby istoty zakazów ustanawianych z zastrzeżeniem możliwości (bądź konieczności) udzielenia pozwolenia doszukiwać się odrębnie dla samego zakazu i odrębnie - dla zastrzeżenia uzyskania pozwolenia.[84]

Otóż, zaczerpując nieco z koncepcji przedstawionej przez J. Schwabe, B. Preusche również jest zdania, że oba typy zakazów (zarówno ten, od którego ustawa dopuszcza wyjątki, jak i zakaz określany powyżej mianem „prewencyjnego") jakościowo się od siebie nie różnią. „Jeżeli ustawa stwierdza, że określone działanie wymaga pozwolenia, to zakazuje ona podejmowania tegoż działania bez uzyskania pozwolenia". Tak samo należy - jego zdaniem - traktować przypadki, w których ustanowiono zakaz z równoczesnym zastrzeżeniem udzielenia „wyjątkowego pozwolenia" *(Ausnahmebewilligung)* albo - „zwalniania spod zakazu w wyjątkowych przypadkach" (*Befreiungen für Ausnahmefälle).* Przemawiać ma za tym to, że w porządku prawnym, opartym na zasadzie działania administracji publicznej na podstawie i zgodnie z ustawą, akt administracyjny nie może pozwalać na coś, czego ustawa zakazuje. „Nazwa, której ustawodawca użył do określenia aktu zezwalającego na działanie objęte takim wymogiem, jest tu obojętna".[85]

Ponieważ sam, tego typu zakaz, od którego ustawa przewiduje możliwość uwolnienia, nie czyni objętych nim działań zabronionymi, ocena skutków prawnych jego ustanowienia winna być dokonywana - według B. Preusche - w oparciu o badanie sposobu ujęcia zastrzeżenia uzyskania pozwolenia." Jeżeli dane działania - w świetle obowiązującego prawa - kwalifikują się do udzielenia pozwolenia (czy dyspensy, wyjątkowego zezwolenia itp.), to zakaz z zastrzeżeniem możliwości jego uzyskania skutkuje jako tymczasowe ograniczenie natury procesowej. Jeżeli - odwrotnie - na dane działania pozwolenie nie może być wydane, działa on jako zakaz ostateczny".[86] Rzecz w tym, że postanowieniom aktów normatywnych, w myśl których na daną działalność będzie wydane pozwolenie, a inne będą musiały pozostać jako niedozwolone, przyporządkowane jest różnorodne ich wartościowanie przez ustawodawstwo. Wyrażający poglądy, że prewencyjne zakazy z zastrzeżeniem pozwolenia nie są żadnymi prawdziwymi, rzeczywiście działającymi zakazami materialnymi, często mieszają ze sobą istotę i skutki prawne takich zakazów.[87] Ocenę powyższą uzasadnia B. Preusche wskazując na argu-

84. Por. B. Preusche, op. cit., s. 41 i nast.
85. Por. ibidem, s. 41-42.
86. Ibidem.
87. Por. ibidem, s. 42 wraz z powoływaną tam literaturą i orzecznictwem.

mentację, którą posłużył się przed laty Tohma. Autor ten podważał *czystość* prawną mayer'owskiej konstrukcji policyjnego zakazu z zastrzeżeniem pozwolenia twierdząc, że gdyby była ona poprawna, to - przykładowo - budowla wzniesiona bez wymaganego prawem pozwolenia winna być potraktowana jako rezultat działalności zakazanej, której produkt - jako stan sprzeczny z prawem - powinien być natychmiast usunięty.[88]

B. Preusche celnie spostrzega, że prawna kwalifikacja („wartościowanie prawne" - *rechtliche Wertung*) określonego stanu nie wynika w bezwzględny sposób z tego, czy zachowania do niego prowadzące były sprzeczne z prawem. Pewne działania mogą być bowiem - z uwagi na tkwiące w nich zagrożenia - zabronione, a ich podejmowanie prowadzić będzie do naruszenia prawa, chociaż sytuacje (lub stany) stworzone w ich rezultacie - ze względu na nie ziszczenie się niebezpieczeństwa - nie będą pozostawały w sprzeczności z porządkiem prawnym. Może też zdarzyć się, że zniweczenie rezultatu działalności prowadzonej niezgodnie z prawem naruszy wartości uznane w porządku prawnym za bardziej cenne niż interesy chronione naruszonymi przepisami. Jego zdaniem, tok myślowy R. Tohma nie jest wprawdzie przekonywujący, ale odpowiada większości przypadków działań niezgodnych z prawem. Zakazy służą bowiem zasadniczo temu, aby zapobiegać naruszaniu - w toku objętych nimi zachowań - wyżej cenionych interesów. Generalnie można zatem twierdzić, że z owego celu zakazu wynika, iż rezultaty zakazanych działań będą się kwalifikowały do usunięcia. Efekt taki nie jest jednak bezwarunkowy.[89]

Powyższemu sposobowi rozumowania odpowiada - zdaniem B. Preusche - pogląd, że *zakaz z zastrzeżeniem pozwolenia* zawiera prawdziwy, rzeczywiście działający zakaz. Jeżeli ustawa postanawia, że dane działanie nie może być podjęte bez pozwolenia, to dzieje się tak z uwagi na to, że takie działania mogą prowadzić lub - z reguły - prowadzą do niepożądanych rezultatów. „Interes w usunięciu tego zagrożenia, poprzez sprawdzenie i odpowiednie uregulowanie tych działań w postępowaniu pozwoleniowym, przeważa interesy jednostkowe w podejmowaniu tych działań jako wolnych od pozwoleń i nieograniczonych. Decyduje o tym prawna wartość *zakazu z zastrzeżeniem pozwolenia*. Jeżeli wymagające pozwolenia działanie podjęte będzie bez niezbędnego pozwolenia, stworzona tym samym zostanie sytuacja zagrożenia, która sprzeczna jest z wartością interesu chronionego wymogiem uzyskania przedwstępnej aprobaty władzy wykonawczej. Z tego względu stan taki jest niezgodny z prawem i wymaga usunięcia poprzez wyegzekwowanie zakazu".[90]

88. Por. R. Thoma, op. cit., s. 248
89. Por. B. Preusche, ibidem, s. 43.
90. Por. ibidem, s. 43-44.

Cechą charakterystyczną *zakazu z zastrzeżeniem pozwolenia* jest również - według B. Preusche - to, że uzależnia on nie tylko zapoczątkowanie objętych nim działań od uprzedniego uzyskania pozwolenia, ale zakazuje podejmowania ich bez posiadania ważnego pozwolenia na trwałe (w przypadku utraty mocy pozwolenia objęta nim działalność ponownie staje się zabroniona).[91] Uważa on również, że z techniczno-prawnego punktu widzenia *zakaz z zastrzeżeniem pozwolenia* traktować należy jako zakaz definitywny, a nie przejściowy czy tymczasowy. Aby uznać jego prawną skuteczność niepotrzebna jest decyzja w sprawie pozwolenia. „Jeżeli ktokolwiek działa wbrew temu zakazowi, należy wobec niego stosować sankcje przewidziane w celu zapobiegania takim zachowaniom i nie wymaga to wydawania odrębnej decyzji odmawiającej pozwolenia".[92]

Odnosząc się z kolei do zastrzeżenia uzyskania pozwolenia B. Preusche przypomina, że określa ono treść zakazu w ten sposób, iż tylko działanie, które - stosownie do jego brzmienia - nie może być dozwolone, jest zakazane. Kształtowanie brzmienia zastrzeżenia uzyskania pozwolenia polega na tym, że *„ustawodawca określa pod jakimi warunkami dane działania mogą, a pod jakimi nie mogą być dozwolone"*.[93]

Pozwolenie, którego udzielenie jest zastrzeżone przy ustanawianiu zakazu jest dla B. Preusche oświadczeniem woli, które zezwala na określone działanie i uwalnia - w związku z tym - jego beneficjenta od ustanowionego zakazu. „W tym sensie można uznać, że **pozwolenie kończy obowiązywanie zakazu, uchyla go** (podkr. - D.R.K.), zaś zakaz jest w stosunku do pozwoleń czymś subsydiarnym. Odmowa wydania pozwolenia oznacza natomiast tylko tyle, że wydano oświadczenie woli, na mocy którego nie doszło do uchylenia zakazu".[94]

20. Istota pozwolenia administracyjnego w świetle współczesnego prawa polskiego

W celu udzielenia odpowiedzi na pytanie o prawną istotę pozwoleń administracyjnych, miarodajnej dla naszego ustawodawcy oraz administracji publicznej, należałoby poprzedzić ją analizą obowiązującego w Polsce prawa i dotychczasowych poglądów wypowiadanych w publikacjach na ten temat. Ze względu na

91. Bez znaczenia jest tu, czy działalność objęta uprzednio posiadanym pozwoleniem okazała się rzeczywiście szkodliwa czy nie. Por. ibidem, s. 44.

92. Por. ibidem.

93. Por. ibidem.

94. Por. ibidem, s. 44-45. W tym zakresie wywody R. Preusche nie odbiegają od tradycyjnej doktryny prawa w państwach germańskich; por. F. Fleiner: op. cit., s. 408, W. Jellinek: Verwaltungsrecht, Berlin 1928, s. 248, K. Korman: System des rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910, s. 84 i 103, R. Scholz: Zur Lehre von Bauerlaubnis, „Verwaltungsarchiv" 1915 (23), s. 212, 234 i nast.

ogrom materiału normatywnego (w załączonych do pracy czterech wykazach przedstawiam 1125 przypadków wszelkiego rodzaju aktów administracyjnych, których przedmiotem jest wyrażenie, wymaganej prawem, aprobaty organu administracji publicznej dla różnorakich zachowań i działalności ludzkiej), nie sposób jest wyczerpująco omówić - chociażby w największym skrócie - wszelkie aspekty mogące decydować o istocie prawnej tego typu aktów. Koniecznym jest jednak ukazanie kwestii najistotniejszych, obrazujących miejsce, jakie w polskim systemie prawa spełniają pozwolenia administracyjne, rozważenia możliwości ich klasyfikacji i potwierdzenia bądź zaprzeczenia aktualności poglądów reprezentowanych w innych państwach o bardziej rozbudowanej teorii na ten temat.

Wprowadzanie do polskiego porządku prawnego instytucji pozwolenia administracyjnego odbywa się w różnoraki sposób i przy wykorzystaniu bardzo niejednorodnej nomenklatury, w tym także - nazw. Stosuje się w tym celu takie zwroty, jak „zezwolenie" (641 przypadków odnotowanych w aktach prawa wewnętrznego opublikowanych w „Dzienniku Ustaw"), „pozwolenie" (82 przypadki), „zgoda" (315 przypadków), „koncesja" (44 przypadki), „licencja" (29 przypadków), a także - sporadycznie - „uprawnienie",[95] „upoważnienie",[96] „zatwierdzenie",[97] „akceptacja",[98] „zaszeregowanie",[99] „uzgodnienie",[100] a nawet - „wpis do ewidencji" czy „wpis do rejestru" itp.[101] Żadnej z tych nazw nie da się jednak przyporządkować chociażby jednej cechy, która wyróżniałaby ją spośród wszystkich innych. W ograniczonym stopniu spostrzeżenie to odnosi się do aktów zwanych „koncesjami". Charakteryzują się one bowiem tym, że wydawane są przeważnie na podstawie jednej ustawy. Jest to jednak tylko cecha formalna i - co wykazuję w następ-

95. Por. np. art. 20 ust. 1 ustawy o usługach turystycznych (wykaz Nr 1, poz. 177), art. 8 ust. 1 ustawy o dozorze technicznym (wykaz Nr 4, poz. 5).

96. Por. np. art. 51 ust. 2, art. 52 ust. 4 i art. 53 ust. 4 ustawy o kinematografii (wykaz Nr 4 poz. 4).

97. Por. np. art. 13 ust. 2 i 3 ustawy o grach losowych i zakładach wzajemnych (wykaz Nr 1 poz. 108).

98. Por. np. ustawy z dnia 14 grudnia 1982 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników indywidualnych i członków ich rodzin (Dz.U. Nr 40, poz. 268, z 1984 r. Nr 52, poz. 269, z 1986 r. Nr 42, poz. 202 i z 1988 r. Nr 19, poz. 132), art. 42 ust. 4.

99. Por. np. wkaz Nr 1, poz. 177, art. 38 ust. 1.

100. Por. np. art. 8 ust. 3 i 8 ustawy o odpadach (wykaz Nr 1, poz. 163). Pogląd, że przewidziane tymi przepisami „uzgodnienia" są *de facto* pozwoleniami podzielają także Jan Jerzmański i Konrad Nowacki: Uwarunkowania prawne recyklingu odpadów, ST 1999, Nr 10, s. 69.

101. Por. pięć wykazów załączonych do pracy. Jako odrębny przypadek potraktowano w nich każdą czynność lub działalność, której podjęcie wymaga akceptacji organu wykonującego administrację publiczną. Wpis do ewidencji, który musi być uzyskany przed rozpoczęciem działalności, a którego można odmówić w przypadku stwierdzenia, że zamierzona działalność nie odpowiada wymogom ustanowionym w przepisach prawa (jak np. przewiduje to art. 106 i 111 ustawy o ruchu drogowym - wykaz Nr 1 poz. 159, czy art. 9b i 82 ustawy o systemie oświaty - wykaz Nr 1 poz. 99) jest *de facto* pozwoleniem administracyjnym, a nie zwykłą czynnością materialno techniczną. Por. także 3 rozporządzenia Ministra Opieki Społecznej z 1939 r. o dozorze nad wyrobem i obiegiem środków kosmetycznych (wykaz Nr 1, poz. 10) i art. 33 ust. 1 ustawy o administrowaniu obrotem z zagranicą towarami i usługami oraz obrocie specjalnym (wykaz Nr 2 poz. 15).

nym rozdziale - odnosi się nie do wszystkich przypadków aktów noszących taką nazwę w prawie pozytywnym. Bliższą uzasadnienia rodzajowego wyodrębnienia „koncesji" jest natomiast cecha polegająca na ustawowym określeniu wymogów, jakie uzasadniają wydanie decyzji o odmowie jej wydania. Ponieważ są to jednak przesłanki o bardzo różnym charakterze, trudno i tę cechę uznać za materialną, a nie formalno-procesową.

Gdybyśmy pominęli akty określane przez ustawodawcę „koncesjami" (poświęcony im został w całości rozdział 3), pozostała grupa zawiera **przypadki, w których przepisy prawa nie pozostawiają organowi administracji publicznej, rozstrzygającemu o wydaniu pozwolenia, luzu decyzyjnego** określanego w doktrynie prawa administracyjnego mianem uznania administracyjnego.[102] Ustawy przewidujące ich wydawanie zawierają bowiem zwroty wskazujące na istnienie - po stronie organu administracji - obowiązku wydania decyzji pozytywnej w przypadku, gdy wnioskodawca spełnia określone w niej przesłanki. Przeważnie używa się w tym celu sformułowań w rodzaju: „organ wyda pozwolenie, jeżeli...", „organ udzieli pozwolenia, o ile...", „organ wydaje pozwolenie w przypadku...", „pozwolenia udziela się, jeżeli..." itp. Stosowane są też w tym celu techniki legislacyjne oparte na określaniu przesłanek negatywnych, wskazujących wyczerpująco przypadki, w których organowi wolno odmówić pozwolenia.[103] Akty takie moglibyśmy nazwać **pozwoleniami związanymi**. Przeprowadzone badania normatywne wskazują jednak, że przypadki takie stanowią jedynie nieznaczną cząstkę wszystkich pozwoleń (nieco powyżej 12%).[104]

Aby można było mówić o istnieniu roszczenia prawnego wobec państwa (jednostki samorządu terytorialnego) o udzielenie pozwolenia, nie wystarczy czasami posłużyć się którymś z wyżej określonych, typowych zwrotów wyrażających dyspozycję normy prawnej. Wystarczająco konkretne muszą być także sformułowania pełniące funkcje przesłanek, pozytywnych lub negatywnych, warunkujących wy-

102. Zarówno doktryna krajowa, jak i zagraniczna traktuje akty zwane „koncesjami" jako rozstrzygnięcia o charakterze uznaniowym. Jak pokazują badania, których wyniki przedstawiam w następnym rozdziale, prawo i praktyka administracyjna zna również koncesje wydawane w ramach pełnego związania przepisami prawa przy ich wydawaniu.

103. Por. np. art. 33 i art. 42g ustawy o działalności ubezpieczeniowej (wykaz Nr 1 poz. 90), art. 49 ust. 3 ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (wykaz Nr 1 poz. 53), 7 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia MEN w sprawie zakładów kształcenia nauczycieli (wykaz Nr 1, poz. 165) i art. 11 ust. 1 ustawy o ochronie osób i mienia (wykaz Nr 1 poz. 172).

104. W załączonych wykazach takie przypadki wyróżniają się tym, że przepisy stanowiące podstawę do wydawania tzw. pozwoleń związanych nie opatrzono żadną cechą szczególną bądź uwagą (np. podkreślenie, kursywa, adnotacja, że pozwolenie jest dyspensą lub ma wyjątkowy charakter). W grupie przebadanych „zezwoleń" stwierdzono tylko 81 takich przypadków na 641, w grupie „pozwoleń" - 53 na 82, a w grupie „zgód" - 10 na 315.

danie decyzji korzystnej dla aplikującego o pozwolenie. W celu bardziej wyrazistego zobrazowania tej kwestii posłużmy się przykładami: ustawy o usługach turystycznych z 1997 r. (w wersji znowelizowanej w roku 1999),[105] ustawy o działalności ubezpieczeniowej z1990 r. (wg stanu na dzień 1 stycznia 1999 r.)[106] oraz ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Pierwsza ze wspomnianych ustaw - w art. 5 ust. 2 - przewiduje, że **zezwolenia** na organizowanie usług turystycznych oraz na pośredniczenie w zawieraniu umów o świadczenie takich usług na zlecenie klientów, **udziela się, jeżeli przedsiębiorca spełnia następujące warunki:**

1) zapewnia kierowanie działalnością przedsiębiorstwa oraz działalnością jego jednostek organizacyjnych samodzielnie dokonujących czynności prawnych przez osoby:

a) posiadające odpowiednie wykształcenie i praktykę,

b) nie karane za przestępstwa przeciwko zdrowiu i życiu, wiarygodności dokumentów, mieniu oraz przeciwko obrotowi gospodarczemu,

2) przedstawi dowód zapewnienia pokrycia kosztów powrotu klienta do kraju, w wypadku gdy organizator turystyki wbrew obowiązkowi nie zapewnia tego powrotu, a także na pokrycie zwrotu wpłat wniesionych przez klientów w razie niewykonania zobowiązań umownych, w formie:

a) umowy gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej albo

b) umowy ubezpieczenia na rzecz klientów.

W następnych przepisach ustawy oraz w stosownym rozporządzeniu wykonawczym określono kwalifikacje i praktykę zawodową uznane za wystarczające oraz odpowiednie formy i wielkości gwarancji i ubezpieczeń od ww. ryzyk związanych z prowadzeniem tej działalności. Ustalenie, że danemu przedsiębiorcy służy roszczenie o udzielenie wnioskowanego zezwolenia jest w takich okolicznościach bardzo proste.

Inaczej przedstawia się sytuacja podmiotów prawa ubiegających się o zezwolenie na prowadzenie działalności ubezpieczeniowej. Wśród negatywnie określonych przesłanek, przemawiających za odmową udzielenia zezwolenia na jej prowadzenie, ustawodawca (w art. 33) przewidział m.in. trzy następujące powody takiej decyzji:

1) założyciele nie dają rękojmi prowadzenia spraw zakładu ubezpieczeń w sposób należycie zabezpieczający interes ubezpieczonych,[107]

105. Por. wykaz Nr 1 poz. 177.

106. Por. wykaz Nr 1 poz. 90.

107. Wymóg ten spełniać również muszą podejmujący się działalności brukerskiej w dziedzinie ubezpieczeń (por. art. 37i tej samej ustawy).

2) plan działalności nie zapewnia trwałej zdolności zakładu ubezpieczeń do wykonywania zobowiązań oraz

3) zagrożony jest ważny interes państwa.[108]

Żaden z przepisów ustawy nie precyzuje kogo należy uznać za „dającego rękojmię" i jaki plan zapewnia „zdolność zakładu do wykonywania zobowiązań", ani nie przewiduje uczynienie tego w aktach wykonawczych do ustawy.[109] Trzecia z wymienionych przesłanek opiera się na typowym nieostrym zwrocie ustawowym, którego wypełnienie treścią opierać się musi na realnie istniejących potrzebach ochrony określonych wartości bądź realizacji potrzeb ogółu społeczeństwa, a następuje pod kontrolą instancyjną i sądową. Ocena zaistnienia tych wszystkich okoliczności pozostawiona została jednak w całości organowi rozstrzygającemu o udzieleniu zezwolenia.[110] Tym sposobem organ ów uzyskał upoważnienie ustawowe do samodzielnego stwierdzenia, które z ustalonych w postępowaniu okoliczności uzna za wypełniające znamiona każdego z powyższych zagrożeń. Z teoretycznego punktu widzenia nie mamy w tym miejscu do czynienia z uznaniem administracyjnym.[111] Pozostawiony organowi administracji luz decyzyjny polega bowiem nie na dopuszczeniu wydania różnych decyzji w takich samych okolicznościach faktycznych albo takich samych decyzji przy zaistnieniu różnych okoliczności, lecz na przyporządkowaniu powyższych zwrotów ustawowych okolicznościom stanowiącym - w ocenie organu - ich praktyczne odzwierciedlenie. Ponieważ w dotychczasowym orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego dominuje przekonanie, że o prawidłowości oceny dokonanej w takich warunkach prawnych przez organ władzy wykonawczej rozstrzygać może - wyrażając nawet swoją oce-

108. W stosunku do zagranicznych przedsiębiorców ustawa posługuje się inną przesłanką - „zagrożeniem ważnych gospodarczych interesów państwa" (art. 42g pkt 5).

109. Podobne rozwiązania prawne, odwołujące się do „rękojmi należytego wykonywania dozwalanej działalności" itp., znajdziemy w kilku innych ustawach. Por. np. zezwolenia na a) zarządzanie prawami autorskimi (art. 104 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych - wykaz Nr 1, poz. 118), b) świadczenie usług telekomunikacyjnych (art. 18 pkt 6 ustawy o łączności - wykaz Nr 1 poz. 93), c) uprawę maku i konopii, produkcję, przetwarzanie, import i obrót środkami odurzającymi, substancjami psychotropowymi i ich prekursorami (art.art. 23, 25, 27 i 34 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii - wykaz Nr 1 poz. 155), d) utworzenie wewnętrznej służby ochrony (art. 11 ust. 1 ustawy o ochronie osób i mienia - wykaz Nr 1, poz. 163), e) prowadzenie działalności maklerskiej (art. 43 ustawy - Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi - wykaz nr 1 poz. 170).

110. Zjawisko uzależniania decyzji, pozwalających na prowadzenie działalności lub wykonywanie zajęć wymagających zapewnienia ochrony klienta przed wprowadzaniem go w błąd lub narażenia na szkodę (niekoniecznie majątkową) przez usługodawcę, od stwierdzenia przez władzę wykonawczą, że ubiegający jest osobą, na której można polegać, nie jest rzadkim w ustawodawstwie takich krajów, jak Austria czy Niemcy (przepisy czynią to przeważnie wymagając ustalenia, czy wnioskodawca cechuje się osobistą niezawodnością - *persönliche Zuverlässigkeit*).

111. Kieruję się w tym miejscu pojęciem uznania administracyjnego przedstawionym w doktrynie przez Ludwik'a K. Adamovich'a i Bernt-Chrystian'a Funk'a: Allgemeinesverwaltungsrecht, Wien-New York 1987, s. 118-126. Por. także Eugeniusz Ohendowski: Prawo administracyjne, Toruń 1998, s. 179 i nast.

nę prawną - sąd kontrolujący zgodność z prawem decyzji podjętych na podstawie przepisów zawierających tego typu niedookreślone zwroty (wyrażenia nieostre),[112] możemy również przyjąć, że osobie ubiegającej się o pozwolenie administracyjne na prowadzenie działalności ubezpieczeniowej służy roszczenie o jego wydanie, o ile nie zachodzą okoliczności wymienione w art. 33 ww. ustawy. Z uwagi na to, że o tym, czy wydanie pozwolenia zagrozi ważnemu interesowi gospodarczemu państwa, czy wnioskodawca jest osobą wiarygodną albo - czy przedstawiono odpowiedni plan działalności - rozstrzyga organ administracji według swojej subiektywnej oceny, związany charakter tego typu decyzji należy uznać za wielce dyskusyjny.

Jeszcze dalej posunął się ustawodawca regulując zasady wydawania pozwoleń na usuwanie, wykorzystywanie i unieszkodliwianie odpadów komunalnych, na prowadzenie działalności ochronnej przed bezdomnymi zwierzętami oraz na prowadzenie schronisk dla bezdomnych zwierząt a także grzebowisk i spalarni zwłok zwierzęcych i ich części przez podmioty inne niż gminne jednostki organizacyjne. Stosowna ustawa przewiduje, że **zezwolenia** te **udziela**, w drodze decyzji, właściwy **wójt**, burmistrz lub prezydent miasta, **każdemu podmiotowi, który dysponuje odpowiednimi środkami do wykonania usług** oraz **zapewnia ich należyty poziom**.[113] Ustawodawca nie sprecyzował w oparciu o co organ gminy miałby stwierdzać, czy dany podmiot zapewnia ów *należyty poziom* i jakie środki będą *odpowiednimi* do świadczenia ww usług. Zatem - mimo użycia zwrotu sugerującego, że mamy tu do czynienia z pozwoleniami *związanymi* - istnienie roszczenia prawnego osoby ubiegającej się o przyznanie uprawnienia do zajmowania się którąś z wymienionych powyżej działalności jest raczej iluzoryczne.

Przytłaczająca większość wymaganych przez prawo pozwoleń administracyjnych podejmowana jest w ramach mniej lub bardziej szerokiego luzu decyzyjnego. Niemal połowę stanowią **przypadki, w których przepisy prawa nie formułują żadnych wskazówek, którymi ma kierować się organ administracji przy rozstrzyganiu o udzieleniu lub odmowie pozwolenia**. Najczęściej takie „uregulowanie" sytuacji aplikującego o urzędową akceptację swoich zamiarów ma miejsce wówczas, gdy forma oczekiwanego rozstrzygnięcia ma przybrać miano „zgody",[114] ale możemy je odnaleźć także wśród aktów zwanych przez ustawodawcę

112. Stanowisko polskiego sądownictwa administracyjnego na ten temat jest jednoznaczne i - poza nielicznymi wypadkami - niezmienne od początków lat 80-ych - por. wyrok NSA z 26. maja 1981 (SA 974/81, ONSA 1981, Nr 1, poz. 49), wyrok NSA z 28. czerwca 1982 (SA/Wr 245/82, ONSA 1982 Nr 1, poz. 62) i wyrok NSA z 10. sierpnia 1984 r. (SA/Wr 412/84, ONSA 1984 Nr 2, poz. 68).

113. Por. art. 7 ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (wykaz Nr 1, poz. 149). Należy domyślać się, że ustawodawcy chodzi o poziom usług (a nie np. usługodawcy).

114. Por. przepisy wskazane w załączonym wykazie nr 3 poprzez ich podkreslenie linią ciągłą (ponad 95 % „zgód" udzielanych jest w oparciu o przepisy przemilczające nie tylko przesłanki, od których zależy decyzja

„zezwoleniami" czy „pozwoleniami".[115] Możemy o takich decyzjach powiedzieć, że są to **pozwolenia** w pełni **dyskrecjonalne**. W takich okolicznościach prawnych trudno jest uznać za adekwatną dla obowiązującego w Polsce systemu prawa, teorię upatrującą istoty pozwoleń w uwalnianiu spod ustanowionych prawem pozytywnym zakazów „z zastrzeżeniem pozwolenia", odstąpienia od nich w przypadkach nie wystąpienia żadnej z przewidzianych w przepisach przeszkód podjęcia określonej działalności lub innego zachowania. Skoro takich przepisów nie ustanowiono, istotą pozwolenia nie może być oświadczenie woli organu władzy wykonawczej o braku sprzeczności z nimi planowanej działalności lub zamierzonego zachowania. Natomiast lepiej „przystaje" do takich uregulowań pogląd, że podstawami do odmowy pozwolenia mogą być granice prawnej swobody działania dające się, w przypadku typowo *prewencyjnych* zakazów z zastrzeżeniem pozwolenia, wyprowadzić także z innych regulacji prawnych niż wprowadzające ów zakaz.[116] **Istotą** takiego **pozwolenia** byłoby zatem **wiążące ustalenie niezaistnienia żadnej, dającej się oprzeć na obowiązującym prawie, przeszkody w podjęciu określonej działalności czy innego rodzaju zachowań**.

Wśród badanych aktów prawnych znajduje się pewna, niezbyt liczna, ale dotycząca istotnych sfer życia obywateli, **grupa pozwoleń administracyjnych, których wydawanie ustawodawca uzależnił od spełnienia wymogów określonych nie w ustawach, ale wyłącznie w aktach wykonawczych do ustaw, wydawanych na podstawie przepisów, które nie wymieniają, a nawet nie wskazują jakichkolwiek ogólnych zasad bądź tylko celów, które mają w ten sposób być osiągane.**[117] Wspólną cechą większości pozwoleń administracyjnych należących do tej grupy jest dodatkowo techniczny charakter przesłanek, jakie zostają następnie określone przez rząd lub inny organ szczebla centralnego, jako warunki, od których spełnienia uzależnione jest uzyskanie pozytywnego rozstrzygnięcia.[118] Zaskakiwać jednak może, że tego typu pozwolenia przewidywane są także w ustawach regulujących korzystanie z konstytucyjnej wolności do nauki i nauczania[119]

ale i ogólne wskazania celów, które dzięki tym kompetencjom władzy wykonawczej miałyby być zrealizowane).

115. W pozostałych wykazach (Nr 1 i 2) upoważnienia do wydawania pozwoleń bez określenia w przepisach prawnych przesłanek i celów ich podejmowania zaznaczono także podkreślając je linią ciągłą.

116. Por. R. Preusche: op. cit., s. 46.

117. W załączonych wykazach przepisy tego typu odznaczono adnotacją: blankiet.. W wykazie nr 1 znajdziemy 39 przykładów takich blankietowych pozwoleń (22 z okresu sprzed 1989 r. i 17 z okresu po 1994 r.). Charakter taki mają tylko nieliczne akty zwane w przepisach „pozwoleniem" (por. wykaz Nr 2, poz. 5), „licencją" (por. wykaz Nr 5 poz. 6 i 7)) i „koncesją" (por. wykaz Nr 4 poz. 8).

118. Por. np. art. 25 rozporządzenia Prezydenta RP o dozorze nad artykułami żywności i przedmiotami użytku (wykaz Nr 1 poz. 3), art. 7 ustawy o substancjach trujących (wykaz Nr 1 poz. 43), art. 5 ust. 1, art. 11 ust. 2 i art. 12 ust. 1 pkt 5 ustawy o warunkach zdrowotnych żywności i żywienia (wykaz Nr 1 poz. 54), ale także art. 161, 310 1 i 3 Kodeksu handlowego.

119. Przykładowo tego typu pozwolenia przewiduje ustawa o systemie oświaty (art. 58 ust. 3 i art. 66 ust. 1 - wykaz Nr 1 poz. 137).

lub określających warunki wykonywania niektórych zawodów bądź zajęć.[120] Pozostawiając do dalszych rozważań konstytucyjność takiej praktyki legislacyjnej oraz sposobów jej wykorzystania przez organy rządowe, warto w tym miejscu podkreślić, że o charakterze tego typu pozwoleń decydować będzie organ upoważniony do wydania aktu wykonawczego. Może on bowiem ograniczyć się do ustalenia jedynie formalnych wymogów, jakie ma spełnić osoba pretendująca do pozwolenia (np. określając informacje, które ma zawierać wniosek o pozwolenie), może też wskazać materialnoprawne wymagania, od których spełnienia zależeć będzie czy pozwolenie będzie musiało, czy jedynie - mogło być wydane. Wydaje się zasadne aby - wobec daleko posuniętej swobody pozostawionej władzy wykonawczej przez władzę ustawodawczą - nazwać tego typu pozwolenia **pozwoleniami blankietowymi**.

Bez trudu znajdziemy w obowiązującym w naszym kraju prawie **przypadki, w których udzielenie pozwolenia ustawodawca traktuje jako rozstrzygnięcie wyjątkowe**. Zdarza się tak w sytuacjach określenia w ustawie danego rodzaju działalności lub innego zachowania za niedozwolone, przy równoczesnym zastrzeżeniu możliwości legalnego ich podejmowania na podstawie pozwolenia organu, wydawanego w szczególnie uzasadnionych przypadkach i po ustaleniu, że przeprowadzenie takiego przedsięwzięcia nie spowoduje poważniejszego zagrożenia dla wartości chronionych takim zakazem o ile będzie przeprowadzone zgodnie z takim **pozwoleniem wyjątkowym**.[121] Znaczna część pozwoleń *wyjątkowych* wydawana być może jednak na podstawie przepisów, które ograniczają się jedynie do zastrzeżenia, aby następowało to w szczególnie uzasadnionych przypadkach, a przemilczają potrzebę wykazania braku poważnych zagrożeń.[122] W wymienionej ostatnio grupie pozwoleń znaleźć możemy również takie przypadki, które polegają

120. Por. art. 5 ust. 1 ustawy o żegludze i spławie na śródlądowych drogach wodnych (wykaz Nr 2 poz. 5), art. 33 ust. 1 ustawy o środkach farmaceutycznych, materiałach medycznych, aptekach, hurtowniach i Inspekcji Farmaceutycznej (wykaz Nr 1 poz. 100), art. 46 ust. 1 ustawy o kulturze fizycznej (wykaz Nr 1, poz. 140), art. 24 ust. 1 ustawy o rybołówstwie morskim (wykaz Nr 1, poz. 141).

121. Por. np. pozwolenia wydawane na podstawie 40 ust. 2 rozporządzenia z 1936 r. o dozorze nad mięsem i przetworami mięsnymi (wykaz Nr 1 poz. 9), 30 ust. 5 rozporządzenie Ministrów Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska oraz Zdrowia i Opieki Społecznej z 1972 r. w sprawie urządzania cmentarzy, prowadzenie ksiąg cmentarnych oraz chowanie zmarłych (wykaz Nr 1 poz. 57), 27 ust. 2, 98 ust. 2 i 106 ust. 1 rozporządzenie Ministra Przemysłu i Handlu z 1994 r. w sprawie środków strzałowych i sprzętu strzałowego w zakładach górniczych (wykaz Nr 1 poz. 124), art. 22 ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej (wykaz Nr 1 poz. 190).

122. Por. np. pozwolenia wydawane na podstawie art. 24 ust. 5 ustawy o broni, amunicji i materiałach wybuchowych (wykaz Nr 1 poz. 39), art. 39 ust. 3 ustawy o drogach publicznych (wykaz Nr 1 poz. 74), art. 12 ust. 3 ustawy. - Kodeks morski (wykaz Nr 1 poz. 40), art. 103 ust. 2 ustawy o Policji (wykaz Nr 1, poz. 88), art. 90 ust. 2 ustawy o Urzędzie Ochrony Państwa (wykaz Nr 1 poz. 89), art. 89 ust. 2 ustawy o Państwowej Straży Pożarnej (wykaz Nr 1 poz. 98), art. 27 ust. 4 ustawy o ochronie przyrody (wykaz Nr 1, poz. 101), art. 5 ust. 2 ustawy w sprawie ochrony zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych (wykaz Nr 1 poz. 138), art. 133 ust. 4 ustawy - Kodeks celny (wykaz Nr 1 poz. 150), art. 115 ust. 2, art. 141 ust. 4 i

na zastosowaniu odstępstwa od ustalonego prawem (nakazanego lub zakazanego), konkretnego sposobu prowadzenia danej działalności nie dlatego, że jej realizacja nie spowoduje w danym przypadku żadnych szkód w prawnie chronionych wartościach, lecz dlatego, że za „przełamaniem" danej normy przemawia potrzeba ochrony interesu (indywidualnego lub zbiorowego) bardziej doniosłego, niż interes, w ochronie którego została ona ustanowiona.[123] Pozwolenia tworzące taką podgrupę pozwoleń wyjątkowych określiłbym mianem dyspens w ścisłym tego słowa znaczeniu lub po prostu *dyspensami*. Celowość wyodrębnienia takiej podgrupy upatruję w tym, że znaczna **część pozwoleń, których wydawanie uzależnione zostało od zaistnienia szczególnych** lub szczególnie uzasadnionych **okoliczności, dotyczy zachowań** określonych tak ogólnie, że obejmuje bardzo szeroki krąg sytuacji, **o których trudno jest twierdzić** bez bliższego zbadania, **że są to zachowania ze społecznego punktu widzenia szkodliwe**.[124] Pojecie **dyspensy** postulowałbym natomiast zarezerwować dla tych pozwoleń, które **uwalniają od zakazów lub nakazów zachowań na tyle skonkretyzowanych, że pozwala to** wprawdzie **na ich kwalifikację jako ze społecznego punktu widzenia szkodliwych,** jednak **nie na tyle, aby mogło to uzasadniać utrzymywanie w zaistniałych okolicznościach prawnej bariery korzystania przez jednostkę z określonej wolności lub innego konstytucyjnego prawa jednostki**. Ocena (wyważanie) doniosłości pozostających w konflikcie interesów należy w takich sytuacjach do organu administracji publicznej, który decyduje o możliwości tolerowania zagrożenia dla wartości chronionej nakazem lub zakazem, spod którego dyspensa ma uwalniać zainteresowaną osobę.

Z żadnego aktu prawnego przewidującego wydawanie pozwoleń *wyjątkowych* nie da się bezpośrednio wyprowadzić wniosku, że tego rodzaju pozwolenie ma charakter związany i aplikujący o nie ma roszczenia o uwzględnienie swego wniosku o ile spełnia przesłanki określone przepisami prawa. Są to generalnie pozwolenia, które mogą być - wobec wstrzemięźliwości ustawodawcy w określaniu okoliczności, od których zaistnienia zależy ich wydanie - traktowane jako pozostawione

art. 148 ust. 4 ustawy - Kodeks karny wykonawczy (wykaz Nr 1 poz. 158), art. 56 ust. 3 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (wykaz Nr 1 poz. 188).

123. Por. np. pozwolenia wydawane na podstawie art. 21 ust. 1 ustawy o normalizacji (wykaz Nr 1 poz. 112), art. 8 ustawy o wyższych szkołach zawodowych (wykaz Nr 1 poz. 161), art. 77 ust. 3 ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (wykaz Nr 1 poz. 174), art. 16 ustawy - Prawo dewizowe (wykaz Nr 1 poz. 191), art. 126^1 2 ustawy - Kodeks celny (wykaz Nr 1 poz. 150), (art. 9 ust. 2 ustawy - Prawo budowlane (wykaz Nr 3 poz. 80).

124. Najbardziej jaskrawy przykład „wyjątkowych pozwoleń" znajdujemy w ustawie o drogach publicznych, zgodnie z której art. 39 umieszczenie w pasie drogowym reklamy, kiosku z gazetami biletami autobusowymi należałoby traktować jako działalność szkodliwą z punktu widzenia interesu publicznego. Tymczasem jest rzeczą oczywistą, że są to jedynie zachowania mogące zagrozić takim dobrom, jak życie i zdrowie ludzi czy bezpieczeństwo ruchu drogowego w przypadku całkowicie niekontrolowanego ich podejmowania.

uznaniu organu administracji. Ponadto warto odnotować, że ich podejmowanie przewidywane jest przeważnie w rozporządzeniach, a nie w ustawach (jest to cecha charakterystyczna głównie dla *dyspens*).

Pozwolenia *dyskrecjonalne* i *wyjątkowe* nie są jedynymi pozwoleniami, **przy których wydawaniu władzy wykonawczej pozostawiono w polskim ustawodawstwie luz decyzyjny** (całą grupę takich pozwoleń określić możemy **pozwoleniami uznaniowymi).** O wiele częściej mogą korzystać z niego organy podejmujące pozwolenia, których żaden przepis nie pozwala traktować jako wyjątkowe.[125] Znajdziemy wśród nich **pozwolenia wydawane w oparciu o pozytywną ocenę celowości zamierzonej działalności**.[126] Ustawodawca daje temu wyraz formułując przeważnie przesłanki pozytywne (np. o ile jest to zgodne z „interesem społecznym", z „wymaganiami bezpieczeństwa państwa" bądź z potrzebami „polityki państwa"), których spełnienie powoduje powstanie możliwości udzielenia pozwolenia, albo negatywne („gdy nie spowoduje to...", „o ile nie stoi temu na przeszkodzie" itp.), których zaistnienie może usprawiedliwić decyzję odmowną.[127]

Istotą prawną pozwoleń uznaniowych nie jest z pewnością zapobieganie zagrożeniom dla klasycznych dóbr policyjnych, nie jest nią także stworzenie władzy wykonawczej możliwości wiążącego stwierdzenia braku prawnych przeszkód w podjęciu danego zachowania i - w rezultacie takiej oceny - przywrócenie jednostce takiego zakresu jej swobód prawnych, jakimi dysponowała przed ustanowieniem wymogu uzyskania pozwolenia. Rozważając nad sensem prawnym pozwoleń należących do tej grupy musimy wszakże pamiętać, że stanowienie przez Parlament ustaw nie odbywa się w próżni prawnej. Jest on w tej działalności związany zarówno Konstytucją RP, jak i postanowieniami umów międzynarodowych. Nawet gdybyśmy nie byli w stanie wywieźć z tych źródeł prawa wniosku o istnieniu prawnej ogólnej wolności jednostki, przytłaczająca większość pozwoleń (nie tylko

125. Por. przepisy przewidujące wydawanie takich pozwoleń, uwidocznione w załączonych wykazach poprzez zastosowanie kursywy. Ponieważ dotyczy to około dwustu przypadków podawanie ich konkretnych przykładów wydaje się być nie celowe.

126. Por. przypadki, w których przewiduje się ogólną ocenę celowości prowadzenia zamierzonej działalności bez precyzowania w szczegółowych przesłanek decyzji pozytywnych lub negatywnych - np. zezwolenia na utworzenie kolegium nauczycielskiego na podstawie § 7 ust. 2 rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z 1997 r. w sprawie zakładów kształcenia nauczycieli (wykaz Nr 1 poz. 165) czy zezwolenie na otwarcie lub prowadzenie „księgi gatunków, ras, odmian, rodów, linii i stad zwierząt hodowlanych na podstawie ustawy o organizacji hodowli i rozrodzie zwierząt gospodarskich (wykaz Nr 1 poz. 166).

127. zezwolenia na świadczenie usług w zakresie telekomunikacji (art. 18 pkt 1 ustawy o łączności - wykaz Nr 1 poz. 93), zezwolenie na zawarcie umowy ze spółką zagraniczną (art. 17 pkt 1 ustawy o spółkach z udziałem zagranicznym - wykaz Nr 1 poz. 96), zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej w specjalnej strefie ekonomicznej (art. 16 ust. 7 pkt 1 ustawy o specjalnych strefach ekonomicznych - wykaz Nr 1 poz. 125) zezwolenia na zatrudnienie cudzoziemca (art. 50 ust. 3 ustawy o zatrudnieniu i przeciwdziałaniu bezrobociu - wykaz Nr 1 poz. 127).

uznaniowych) musi być uzyskiwana na zachowania dające się pomieścić przynajmniej w jednej z konstytucyjnie gwarantowanych wolności lub praw. Decydując się na pozostawienie organom administracji publicznej kompetencji rozstrzygania o uprawnieniach do wykonywania określonych zajęć lub prowadzenia danego rodzaju działalności w oparciu o pozytywną ocenę tych zamiarów z punktu widzenia niesprecyzowanych w ustawie potrzeb bieżącej polityki społecznej czy gospodarczej, ustawodawca upoważnił te organy do podejmowania indywidualnych decyzji administracyjnych, w których następuje **wyznaczanie, każdemu** adresatowi takich uregulowań, **zakresu jego negatywnych praw podmiotowych** względem państwa lub innego podmiotu sprawującego władzę publiczną, **bądź** też na **określenie granic jego konstytucyjnych praw pozytywnych** (do nauki, nauczania, pracy, opieki zdrowotnej etc.). Udzielając pozwolenia organ administracji dopuści bowiem do wolnego od zakłóceń ze strony władzy publicznej korzystania przez jednostkę z ograniczonej wymogiem jego uzyskania swobody zachowań, natomiast odmawiając go - autorytatywnie wykluczy korzystanie z niej. Decyzji takiej nie da się jednak sprowadzić wyłącznie do poziomu konkretyzacji normy prawnej. Treść rozstrzygnięć nie będzie bowiem stała i zależna od (poprawnej lub błędnej) interpretacji obowiązujących przepisów. Będzie zmienna, zależna od miejsca, czasu i organu rozstrzygającego oraz ustanowionych lub ustalonych przez niego ocen zamierzonych zachowań.

Pozwolenia wydawane na podstawie obecnie obowiązujących przepisów ustawowych mogą mieć postać prostą lub złożoną. Dotyczy to w zasadzie wszystkich omówionych powyżej grup pozwoleń z wyjątkiem tych, które proponuję nazywać *dyskrecjonalnymi*. Podział ten jest tylko pozornie zbliżony do przedstawionej wyżej propozycji B. Walawskiego. Otóż, niektóre **pozwolenia administracyjne, polegające wyłącznie na rozstrzygnięciu czy zgłoszone zamierzenie jest dopuszczalne i może być zrealizowane czy nie**, nazwałbym **pozwoleniami prostymi.** Nasz porządek prawny zna wszakże i takie przypadki, że

- ❖ pozwolenia wiążąco określają (pozytywnie lub negatywnie) zakres dozwalanej działalności,[128]

128. Por. pozwolenia wydawane na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy o szkolnictwie wyższym (wykaz Nr 1, poz. 91), art. 32 ust. 1, art. 37i ust. 1 i art. 42c w zw. z art. 42a ust. 2 ustawy o działalności ubezpieczeniowej (wykaz Nr 1 poz. 90), art. 16 ust. 8 ustawy o specjalnych strefach ekonomicznych (wykaz Nr 1 poz. 125), art. 23 ustawy o rybołówstwie morskim (wykaz Nr 1 poz. 141), art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (wykaz Nr 1 poz. 149), art. 23 ust. 1, 3, 6 i 8, art. 33 ust. 4 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii (wymaz Nr 1 poz. 155), art. 11 ust. 3 ustawy o wyższych szkołach zawodowych (wykaz Nr 1 poz. 161).

- ❖ pozwolenia wiążąco określają (pozytywnie lub negatywnie) sposób wykonywania dozwalanej działalności.[129]

Niejednokrotnie przepisy dopuszczają określenie równocześnie i zakresu i wymagań co do sposobu realizacji udzielonego pozwolenia. Prawodawcy posługują się w tym celu różnymi technikami. Przeważnie odbywa się to poprzez wymienienie elementów, z których ma się składać decyzja (np. „pozwolenie *x* zawiera....", „w zezwoleniu *y* organ określa..." itp.). W niektórych ustawach przewiduje się natomiast, że wydając przewidywane nimi pozwolenie organ „może określić warunki (wymagania, ograniczenia) prowadzenia" dozwalanej działalności. W doktrynie i orzecznictwie sądowym zwykło się nazywać takie przypadki mianem „postanowień dodatkowych".[130] Ponieważ **pozwolenia** takie, zwłaszcza drugiej z wyżej wymienionych kategorii, **pozytywnie kształtują prawa i uprawnienia osób, do których są adresowane, nakazując lub zakazując określonych zachowań podczas korzystania z nich,** usprawiedliwionym zabiegiem terminologicznym będzie **określenie** ich **mianem pozwoleń złożonych**.

Możliwość pozytywnego określania sytuacji prawnej adresatów pozwolenia nie pozostaje bez wpływu na jego istotę. W zależności od tego, jak szeroką swobodę w kształtowaniu treści pozwolenia pozostawiają przepisy organowi zezwalającemu, uzyskuje on większe lub mniejsze możliwości sterowania zachowaniami jednostek pragnącymi działać aktywnie w dziedzinie objętej tego typu regulacją prawną. Wszędzie **tam, gdzie pozwolenie administracyjne będzie mogło** - oprócz stwierdzenia braku przeszkód (usunięcia ich) w prowadzeniu danej działalności lub podejmowaniu innego rodzaju zachowań - **określać obszary dopuszczalnej działalności jednostek i/lub wymagania, którym ma ona odpowiadać, istotą ich będzie regulowanie i sterowanie zachowaniami ludzkimi**. Tym, szczególnym funkcjom ogromnej części pozwoleń administracyjnych poświęciłem więcej uwagi w rozdziale czwartym.

---

129. Por. np. pozwolenia wydawane na podstawie art. 2 ust. 2, art. 3e ust. 4 ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców z 1920 r. (wykaz Nr 1 poz. 1), art. 54 ustawy - Prawo lotnicze (wykaz Nr 1 poz. 42), art. 17 ust. 2 ustawy o łączności (wykaz nr 1 poz. 93), art. 35 ust. 1 ustawy o grach losowych i zakładach wzajemnych (wykaz Nr 1 poz. 108), art. 21 ust. 3 ustawy o normalizacji (wykaz Nr 1 poz. 112), art. 16 ust. 8 ustawy o specjalnych strefach ekonomicznych (wykaz Nr 1 poz. 125), art. 16 ust. 1 ustawy o ochronie roślin uprawnych (wykaz Nr 1 poz. 135), art. 6 ust. 2 ustawy o rybołówstwie morskim (wykaz Nr 1 poz. 141), art. 9 ust. 2, art. 11 ust. 5 ustawy o odpadach (wykaz Nr 1 poz. 163), art. 42 ust. 2 pkt 5 i art. 55 pkt 6 ustawy - Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi (wykaz Nr 1 poz. 170).

130. Na temat stosowania w decyzjach administracyjnych takich instytucji, jak „warunek", „zlecenie", termin", „zastrzeżenie uchylenia" oraz „zastrzeżenie cofnięcia" por. D.R. Kijowski: Postanowienia dodatkowe i dopuszczalność opatrywania nimi decyzji administracyjnych,(w:) Prawo. Administracja. Obywatele, praca zb., Białystok 1997, s. 143-167 oraz powołaną tam literaturę.

W kilkudziesięciu ustawach i rozporządzeniach znaleźć możemy przepisy ustanawiające zakazy i/lub nakazy określonych zachowań, od których przewiduje się odstępstwa na podstawie decyzji podejmowanej nie przez organ administracji publicznej (rządowej lub samorządowej), lecz przez podmiot prywatny lub osobę działającą w jego imieniu,[131] w szczególności przez lekarza,[132] zakład pracy,[133] kierownika zakładu pracy,[134] przełożonego.[135] Przytłaczająca większość pozwoleń zaliczających się do tej grupy wiąże się ze stosowaniem norm regulujących bezpieczeństwo i higienę pracy, ustanawiających albo zakazy (nakazy) konkretnych zachowań z równoczesnym dopuszczeniem odstępstw od nich na podstawie stosownego zezwolenia, albo - generalne zastrzeżenie konieczności uzyskania pozwolenia osoby występującej w imieniu pracodawcy lub lekarza na podjęcie określonych czynności w procesie pracy, bądź nawet samego zatrudnienia. Przynależność tych pozwoleń do kategorii pozwoleń administracyjnych może wzbudzać wątpliwości. Zwłaszcza, gdy akt dopuszczający określone zachowania pochodzi od osoby działającej w imieniu pracodawcy moglibyśmy przyjąć, że mamy do czynienia ze stosowaniem norm prawa pracy, za których przestrzeganie odpowiada: pracownik (i jego przełożeni) - przed pracodawcą, a pracodawca - przed odpowiednimi organami państwa, do których należy zapewnianie respektowania takich regulacji. Istotą takich pozwoleń byłoby wtedy przejmowanie przez zakład pracy (pracodawcę) odpowiedzialności za skutki czynności wykonywanych przez pracownika i zwalnianie go z zakazu podejmowania ich na własną odpowiedzialność. Skoro udzielając pozwolenia przedstawiciel pracodawcy nie wykonuje zadań administracji publicznej, wydawane przez niego pozwolenia nie będą też pozwoleniami administracyjnymi w rozumieniu tu przyjętym.

131. Por. art. 33 ustawy - Prawo lotnicze (wykaz Nr 1 poz. 42), art. 3 i 7 ust. 2 ustawy o rybactwie śródlądowym (wykaz Nr 1 poz. 75).

132. Por. 50 ust. 1 rozporządzenia Ministra Przemysłu Chemicznego w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy w przemyśle włókien sztucznych wiskozowych (wykaz Nr 1 poz. 38), 64 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Kultury i Sztuki w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy produkcji filmowej (wykaz Nr 1 poz. 52).

133. Por. 5 pkt 2 rozporządzenia Ministra Przemysłu Maszynowego w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy eksploatacji wózków jezdniowych z napędem silnikowym (wykaz Nr 1, poz. 62) i 19 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy stosowaniu środków chemicznych do uzdatniania wody i oczyszczania ścieków (wykaz Nr 1 poz. 117).

134. Por. 67 rozporządzenia Ministra Przemysłu Chemicznego w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy w przemyśle włókien syntetycznych poliamidowych (wykaz Nr 1, poz. 37), poz. 48 11 ust. 3 rozporządzenia Przewodniczącego Komitetu Drobnej Wytwórczości w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy w zakładach przemysłu torfowego wykaz Nr 1 poz. 51).

135. Por. 10 rozporządzenia Ministrów Pracy i Opieki Społecznej oraz Zdrowia w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy na obrabiarkach do metali (wykaz Nr 1 poz. 23), 10 rozporządzenia Ministrów: Pracy i Opieki Społecznej, Przemysłu Ciężkiego oraz Zdrowia w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy na niektórych obrabiarkach do drewna (wykaz Nr 1 poz. 26), 56 Rozporządzenie Ministra Przemysłu Ciężkiego w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy w hutach żelaza (wykaz Nr 1 poz. 25).

Inaczej należy jednak traktować pozwolenia, których podjęcie pozostawiono lekarzom. Wykonywane przez nich funkcje można bowiem traktować jako wypełnianie zadań zleconych z zakresu administracji publicznej,[136] a wydawane przez nich pozwolenia do pozwoleń administracyjnych. Nawet wówczas, gdy wymóg uzyskania aprobaty lekarza ustanawiany jest w celu ochrony zdrowia lub życia pracownika przed zagrożeniami wynikającymi z charakteru pracy lub podejmowanych w jej trakcie czynności, jeżeli od jej uzyskania zależy możność podjęcia bądź kontynuowania zatrudnienia, decyzja lekarska w niczym nie będzie się różnić od decyzji, której podjęcie w identycznej sytuacji można by powierzyć wyspecjalizowanemu organowi administracji służby zdrowia lub państwowej instytucji medycznej. Z przedmiotowego punktu widzenia będzie to także wykonywanie administracji publicznej.[137]

21. Pozwolenia administracyjne we współczesnej polskiej teorii prawa publicznego

Próby głębokiej, teoretycznej analizy zjawiska pozwoleń w administracji publicznej nie były podejmowane przez rodzimą doktrynę zbyt często. Na tej tematyce koncentrowali się przede wszystkim autorzy zajmujący się zagadnieniami wpływania państwa na sferę działalności gospodarczej,[138] chociaż należy też odnotować szereg wypowiedzi przedstawicieli polskiej nauki ogólnego prawa administracyjnego, których - z uwagi na wpływ, jaki wywierają na praktykę administracyjną i orzecznictwo sądowe - nie należy pomijać milczeniem.[139]

Pierwszym, który usiłował znaleźć odpowiedź na pytanie o istotę pozwolenia administracyjnego był właśnie W. Dawidowicz, który posłużył się w tym celu kategorią *zakazu względnego* (polegającego na zabronieniu wykonywania określonych czynności bez uzyskania odpowiedniego pozwolenia organu administracyjne-

136. Por. Tadeusz Bigo: Związki publiczno-prawne, Warszawa 1928, s. 164 i nast.; Jerzy Starościak: Decentralizacja administracji, Warszawa 1960. Szerokość zjawiska powierzania funkcji podmiotu realizującego zadania z zakresu administracji publicznej podmiotom posiadającym status podmiotów prawa prywatnego obrazują Marek Wierzbowski, Aleksandra Wiktorowska: Podstawowe pojęcia teoretyczne w nauce prawa administracyjnego, w: Polskie prawo administracyjne, pod red. J. Służewskiego, Warszawa 1995, s. 60 i nast. i Krystyna Pawłowicz: Nietypowe podmioty administrujące w sferze gospodarczej; w: Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne, praca zb. pod red M. Wierzbowskiego, Warszawa 1996, s. 89 i nast.

137. Por. Hubert Izdebski, Michał Kulesza: Administracja publiczna. Zagodnienia ogólne, Warszawa 1998, s. 120 i nast.

138. Por. w szczególności: Michał Waligórski: Administracyjnoprawna reglamentacja działalności gospodarczej, Poznań 1994, s. 122 i nast; idem: Administracyjna regulacja działalności gospodarczej, Poznań 1998, ss. 212-257 oraz ss. 331 i nast. (wraz z powoływaną w tych pracach bogatą literaturą); Cezary Kosikowski: Zezwolenia na działalność gospodarcza w prawie polskim, Warszawa 1997.

139. Por. zwłaszcza Wacław Dawidowicz: Prawo administracyjne, Warszawa 1987, s. 26-28, Marek Szewczyk: Nadzór w materialnym prawie administracyjnym, Poznań 1996, s. 153-154.

go) oraz z istnieniem *norm uprawniających* (tj. przewidujących możność uzyskania uprawnienia), Sens pozwoleń udzielanych przez organy administracji publicznej sprowadzał on do wyłączenia spod takiego zakazu i powstania w wyniku tego *sfery wolności prawnie chronionej* albo z zastosowaniem *normy uprawniającej,* co nie jest powiązane z obowiązywaniem tego zakazu, ale również polega na ustanowieniu uprawnienia. W tym ostatnim przypadku mielibyśmy mieć do czynienia z aktami, w których podstawą rozstrzygnięcia organu administracji stanowiłaby „ocena kwalifikacyjna osoby lub rzeczy" albo - ograniczającymi lub znoszącymi uprawnienia osób trzecich.[140] Jak widzimy, zastosowano w tej koncepcji odmienną od klasycznej, reprezentatywnej dla doktryny zachodnioeuropejskiej, kolejność rzeczy: wolność jest tu nie podstawą, a rezultatem obowiązujących przepisów prawa administracyjnego i ich zastosowania wobec jednostki.

Z podobnych - do W. Dawidowicza - założeń korzysta, wyjaśniając istotę pozwoleń, M. Szewczyk stwierdzając, że „upoważnienia do ich wydawania zawarte są w tych ustawach, mocą których została zniesiona wolność zachowań w danej dziedzinie". Jego zdaniem „**istota zezwoleń polega na indywidualnym uchylaniu zakazu wprowadzonego przez ustawodawcę w celach prewencyjnych. Uchylenie takie może nastąpić tylko w takiej sytuacji, w jakiej przewidział to ustawodawca**".[141] Równocześnie autor ten wyraża przekonanie, że „indywidualne uchylenie zakazu przez udzielenie zezwolenia nie przywraca ani też nie ustanawia wolności zachowań w danej dziedzinie". Miałoby za tym przemawiać to, że ustawodawca przewiduje „powiązanie takiego zezwolenia z zastrzeżeniem dopełnienia określonych warunków, od których uzależniona jest jego moc, a często także z zastrzeżeniem dopełnienia określonych czynności, bądź z zastrzeżeniem jego cofnięcia, bądź wreszcie z wyznaczeniem z góry czasu, na jaki zezwolenie zostało udzielone".[142]

Zdaniem J. Glinieckiej, analizującej nową regulację ustawową dotyczącą aktywności gospodarczej podmiotów zagranicznych w naszym kraju, zezwolenie oznacza stosunek prawny, jaki zachodzi między organami państwowymi lub samorządowymi a ich adresatami. Treścią tego stosunku miałoby być przyznanie

140. Por. W. Dawidowicz: ibidem. Odnośnie ostatniego z wymienionych podrodzajów pozwoleń autor koncepcji wyjaśnia, że chodzi mu w szczególności o decyzje uprawniające adresatów do korzystania z cudzej nieruchomości.

141. Por. M. Szewczyk: Nadzór..., op. cit., s. 153. Również S. Biernat prezentuje pogląd, jakoby pozwolenie stanowiło uchylenie ogólnego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej w stosunku do podmiotu, który je uzyskał; por. S. Biernat: Podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej - wolność gospodarcza *de lege lata de lege ferenda,* PPH 1994, Nr 9, s. 13.

142. Por. Ibidem, s. 53-54.

uprawnienia do działalności gospodarczej w formie, kierunkach i rozmiarach możliwych do przyjęcia ze względu na interes publiczny.[143]

Omawiając zezwolenia wymagane w polskim prawie na podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej C. Kosikowski wychodzi z założenia, że swoboda podejmowania działalności gospodarczej ma charakter względny i może ulegać ograniczeniom wprowadzanym w drodze ustawy lub na jej podstawie, gdyby jej wykorzystywanie godziło w jakikolwiek interes uznany przez ustawodawcę za zasługujący na ochronę. **Zezwolenie** na podejmowanie takiej działalności miałoby być jedną z form takich ograniczeń. Jego **udzielenie** - zdaniem tego autora - **ustala dla ubiegającego się o nie prawo podmiotowe i zapewnia jego ochronę prawną.**[144] Przyłączając się do wcześniejszych poglądów M. Waligórskiego stwierdza on, że „**pozwolenie administracyjne uchyla w sposób zindywidualizowany ustawową przeszkodę w legalnym prowadzeniu działalności gospodarczej, która została ustanowiona przez państwo w celu zapewnieniu realizowanego w interesie publicznym nadzoru nad tą sferą. Nie nadaje ono jednostce żadnych praw lecz jedynie je konkretyzuje.** W odniesieniu do indywidualnego przypadku pozwolenie administracyjne **stwierdza, iż nie zachodzą przeszkody w podejmowaniu i prowadzeniu działalności** gospodarczej."[145] Takie właśnie zapatrywanie na istotę pozwoleń administracyjnych jest konsekwencją przyłączenia się do jednego ze stanowisk wyrażanych w polskiej teorii prawa, a mianowicie że „**indywidualne zezwolenia** (...) mogą występować bądź **jako warunek realizacji przysługującego prawa, sformułowanego w przepisach prawnych w postaci generalnej zasady** bądź też jako uchylenie w stosunku do indywidualnej osoby w konkretnej sprawie zakazu obowiązującego jako norma generalna".[146]

W powoływanej wcześniej rozprawie na temat administracyjnej regulacji działalności gospodarczej M. Waligórski uzupełnia wcześniej wypowiadane poglądy. Wprawdzie swoje rozważania skupia niemal wyłącznie na pozwoleniach na prowadzenie działalności gospodarczej, nie przeszkadza to jednak wykorzystać je jako materiał, w oparciu o który wysnuwać można wnioski o charakterze bardziej ogólnym. Uważa za trafne założenia projektodawców nowego Prawa działalności gospodarczej, zmierzających do wyraźnego rozgraniczenia koncesji i pozwoleń, w myśl których „**zezwolenie jedynie stwierdza, że przedsiębiorca spełnia**

143. Por. J. Gliniecka: Instrumenty finansowego oddziaływania państwa na zagraniczne podmioty gospodarcze, Gdańsk 1992, s. 39.

144. Por. C. Kosikowski: op. cit., s.27-29.

145. Por. Ibidem, s. 30 oraz M. Waligórski: Administracyjnoprawna reglamentacja..., op. cit., s. 126, idem: Administracyjna regulacja..., op. cit., s. 223 i 333-335.

146. Por. M. Waligórski: Administracyjna regulacja..., op. cit. S. 333 i W. Lang (w:) W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki: Teoria państwa i prawa, Warszawa 1986, s. 366.

szczególne, przewidziane prawem warunki prowadzenia działalności w określonej dziedzinie przemysłu. **Nie jest** więc **aktem ograniczającym wolność** gospodarczą lecz **stanowi formę kontroli wstępnej spełniania przez przedsiębiorcę przewidzianych prawem warunków** jego uzyskania." (podkr. - D.R.K.).[147] Zezwolenia takiego nie można byłoby odmówić, jeżeli wnioskodawca spełnia warunki jego uzyskania określone w innych ustawach, ani uczynić tego z tych powodów, które uzasadniają odmowę koncesji.[148] Autor dostrzega potrzebę uporządkowania obowiązujących aktualnie przepisów prawa poprzez wskazanie dziedzin, w których wymagane byłoby jedynie zezwolenie i takich, w których konieczne byłoby uzyskanie koncesji zauważając, że przepisy pozostawiają organom administracji publicznej znacznie więcej swobody w decydowaniu o ich przyznaniu, niż wynika z powyższych założeń projektodawców Prawa działalności gospodarczej. Spełnienie tych założeń wymagałoby - na co wskazują omawiane poprzednio akty ustanawiające wymóg uzyskania pozwolenia administracyjnego - rewizji kilkuset aktów prawnych. Musiałaby ona polegać na ponownym określeniu przesłanek, po których spełnieniu organ obowiązany byłby wydać żądane pozwolenie. W przeciwnym razie twierdzenie, że pozwolenie jest aktem, którego zainteresowanemu nie można odmówić, jeżeli spełnia warunki określone przepisami ustawowymi, byłoby pozbawione uzasadnienia.

Charakteryzując uprawnienia uzyskiwane na podstawie pozwoleń administracyjnych M. Waligórski dochodzi - kierując się nadal wypowiedziami W. Langa - do wniosku, że wolność postępowania uzyskiwana na ich podstawie jest wolnością chronioną prawnie tylko względem organów państwowych, które winny zaniechać jakichkolwiek sankcji i ingerowania w działalność osób je posiadających, o ile jest prowadzona zgodnie z tymi pozwoleniami.[149]

Autor podejmuje ponadto bardzo ambitne zadanie ustalenia czy pozwolenia i wyodrębnione z nich koncesje na działalność gospodarczą są aktami uznaniowymi czy związanymi. Wychodzi przy tym ze słusznego założenia, że z aktami uznaniowymi będziemy mieli do czynienia, gdy wydanie pozwolenia - mimo spełnienia kryteriów określonych ustawą - zależeć będzie, stosownie do brzmienia ustaw szczególnych, od uznania organu administracji publicznej. Natomiast, „gdy organ ten nie może odmówić udzielenia pozwolenia, jeżeli starający się o nie spełnia wszystkie warunki określone przepisami prawa, mamy do czynienia z aktem związanym".[150] Po przedstawieniu reprezentatywnych dla polskiej doktryny

147. Por. M. Waligórski: Administracyjna regulacja..., op. cit., s. 222.

148. Por. ibidem. Koncesja mogłaby być odmówiona ze względu na ochronę ważnego interesu gospodarki narodowej, obronności lub bezpieczeństwa państwa lub innego ważnego interesu publicznego.

149. Por. M. Waligórski: ibidem i W. Lang: ibidem, s. 368.

150. Por. ibidem, s. 337.

poglądów na temat zakresu swobody organów administracyjnych przy podejmowaniu decyzji o wydaniu koncesji lub pozwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej oraz na temat publicznych praw podmiotowych dochodzi do wniosku, że przepisy nie czynią wyraźnej dystynkcji między koncesjami i pozwoleniami w kwestii praw podmiotowych i zakresu uznania administracyjnego. Należałoby zatem obie te instytucje tak rozgraniczyć, aby jednostce przysługiwały roszczenia o udzielenie pozwolenia, natomiast koncesje winny być wymagane tam, gdzie ustawodawca chciałby zachować dla władzy wykonawczej swobodę w przyznawaniu uprawnień do podejmowania i prowadzenia niektórych rodzajów działalności. **Pozwolenia** - według tej koncepcji - **są formą kontroli wstępnej spełniania przez podmiot szczególnych, przewidzianych prawem warunków prowadzenia działalności gospodarczej w określonej dziedzinie, a ustanowionych w celu ochrony życia i zdrowia, bezpieczeństwa i porządku publicznego, ochrony środowiska itp.** W obu przypadkach mielibyśmy jednak do czynienia z tworzeniem - na podstawie pozwolenia lub koncesji - publicznych praw podmiotowych.[151]

Zdaniem M. Waligórskiego, jakościowo inny charakter mają pozwolenia wydawane poza sferą gospodarczą, takie jak pozwolenie na broń, na zajęcie pasa drogowego w celach szczególnych, na wyjazd i pobyt żołnierzy za granicą itp., zwane przez niego „pozwoleniami o charakterze policyjnym". Uchylają one ponoć jedynie ogólny zakaz i nie tworzą po stronie adresatów publicznych praw podmiotowych, a jedynie „interes prawnie chroniony".[152]

22. Próba oceny skuteczności poszukiwań istoty pozwolenia administracyjnego w polskiej doktrynie

Nie wydaje się, aby koncepcja W. Dawidowicza, opierająca się na tezie o uchylaniu „*względnego zakazu*" i powstawaniu w wyniku udzielenia pozwolenia „*sfery wolności prawnie chronionej*", dała się pogodzić ze współczesnym systemem polskiego prawa. Wszak generalnie - jedynie korzystanie z praw i wolności gwarantowanych postanowieniami Konstytucji RP z 1997 r. może być „ograniczane" w drodze ustawy. Uszczuplenie samej wolności lub prawa tej rangi konstytucja przewiduje tylko w niektórych przypadkach i muszą nastąpić nie tylko na podstawie ustawy lecz być przez nią określone.[153] Mimo ustanowienia dopuszczalnych

151. Por. ibidem, s. 342-343

152. Por. ibidem, s. 343.

153. Por. art. 22, 31 ust. 3, art. 41 ust. 1, art. 45 ust. 2, art. 51 ust. 3, art. 52 ust. 3, art. 53 ust. 5, art. 57, art. 59 ust. 3 i 4, art. 61 ust. 3, art. 64 ust. 3 i art. 65 ust. 1 Konstytucji RP. Jedynie w stosunku do wolności nauczania przewidziano, że ustawa ma określać „warunki" zakładania i prowadzenia niepublicznych szkół i zakładów wychowawczych (art. 70 ust. 3). „Pozbawienie" wolności lub prawa człowieka i obywatela możli-

ograniczeń w korzystaniu z nich, polegających np. na wprowadzeniu wymogu uzyskania uprzedniego pozwolenia administracyjnego, zachowują one swoją moc prawną (trwają) i żaden organ nie może swoją decyzją spowodować ich „powstania". I nie chodzi tu jedynie o wymóg przestrzegania konstytucji, lecz o kwestie ontologiczne. Może się bowiem zdarzyć, że wprowadzone ustawą ograniczenie naruszy istotę danego prawa lub wolności, podważy ich istnienie w określonej sytuacji lub/i w stosunku do niektórych osób, albo wykroczy poza wyznaczone konstytucją granice. Nie należy jednak wówczas wnosić, że dana swoboda lub prawo konstytucyjne jednostki zostały na danym obszarze zniesione. Mamy raczej wówczas do czynienia z dwoma (lub więcej) sprzecznymi ze sobą normami prawnymi. Ze względu na wyższą rangę mającej bezpośrednie zastosowanie normy konstytucyjnej konflikt ów winien być rozstrzygnięty na korzyść istnienia prawnej wolności jednostki. W przypadku pozwoleń administracyjnych należałoby przyjąć, że w razie wątpliwości: czy ustawa znosi dane prawo lub wolność, czy też jedynie ogranicza możliwość ich wykorzystywania, decydujące znaczenie ma zasada *in dubio pro libertate*[154] i przepisy, mogące sugerować zniesienie wolności w danej dziedzinie, interpretować jako wprowadzające jedynie przejściową przeszkodę czynienia z niej użytku.

Również na gruncie poprzednich uregulowań konstytucyjnych teza o tworzeniu przez organ administracji *„sfery wolności prawnie chronionej"* zdaje się być mocno kontrowersyjna, zwłaszcza tam, gdzie rozciągają się granice praw i swobód konstytucyjnych. Trudno ją bowiem pogodzić z zasadami demokratycznego państwa prawnego, według których rolą państwa jest gwarantowanie swobód jednostki, a nie ich tworzenie na mocy decyzji administracyjnych.[155] Tymczasem, przeważająca część pozwoleń administracyjnych przewidywanych w aktach prawnych wprowadzonych w życie przed 1997 r. ingeruje w korzystanie ze swobód chronionych poprzednią konstytucją (głównie - w prawo własności i swobodę działalności gospodarczej).

---

we jest w świetle postanowień konstytucyjnych wyłącznie na podstawie wyroku sądowego w dwóch przypadkach - wolności osobistej (art. 41 ust. 1 i 2) i praw rodzicielskich (art. 48 ust. 2). Tylko praw określonych w jej art. 65 ust. 4 i 5, art. 66, art. 69, art. 71 i art. 74-76 można dochodzić w granicach określonych w ustawie. Pozostałe mają charakter roszczeniowy niezależnie od obowiązujących na mocy ustaw ograniczeń

154. Na temat roli tej paremii na gruncie prawa administracyjnego por. E. Smoktunowicz: Niektóre Zagadnienia wykładni prawa administracyjnego, w: idem: Orzecznictwo Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego, Kodeks postępowania administracyjnego, Warszawa 1994, s. 46-47.

155. Por. Wyrok TK z 20. sierpnia 1992 (K. 4/92), w którym stwierdzono, że wprowadzenie ograniczeń w swobodzie działalności gospodarczej ustawą nie oznacza jeszcze zgodności takiej regulacji z art. 6 Konstytucji, a wprowadzane ograniczenia muszą być na tyle merytorycznie uzasadnione, by w konflikcie z zasadą swobodnej działalności gospodarczej rachunek aksjologiczny przeważył na korzyść ograniczenia. Por. także I. Bogucka: Państwo prawne a problem uznania administracyjnego, PiP 1992, Nr 10.

Podobnie należy się odnieść do stanowiska J. Glinieckiej, opierającego się na twierdzeniu, jakoby *pozwolenia przyznawały uprawnienia do działalności gospodarczej w formie, kierunkach i rozmiarach możliwych do przyjęcia ze względu na interes publiczny.* Nawet w stosunku do podmiotów zagranicznych, którymi autorka się zajmuje , może ono budzić sprzeciw z punktu widzenia gwarantowanej na poziomie Konstytucji RP swobody działalności gospodarczej. Skoro swoboda ta jest zasadą ustroju państwa, to nie sposób definiować wszystkich pozwoleń na podejmowanie tej działalności jako „przyznania uprawnienia w formie, kierunkach i rozmiarach możliwych do przyjęcia ze względu na interes publiczny". Nie każda ustawa wymaga ponadto aż tak drobiazgowej reglamentacji. Nie wydaje się też, aby można było utożsamiać pozwolenie ze stosunkiem prawnym. Ten drugi może być rezultatem podjęcia pozytywnej decyzji ale sam akt stosunkiem prawnym raczej nie jest.

Dyskusyjny jest także pogląd, że wymóg uzyskania pozwolenia administracyjnego jest przejawem ustanowienia „*zakazu **względnego***". Jego autor nie uwzględnił - jak się zdaje - okoliczności, że zakaz podejmowania działalności bez uprzedniego pozwolenia obowiązuje (w takim zakresie, w jakim go ustanowiono) każdego i zawsze. Jeżeli ustawa wymaga od danej osoby uzyskania uprzedniego pozwolenia na określone zachowanie, to musi ona takie pozwolenie uzyskać. Jest to zatem dla niej zakaz bezwzględny. Po uzyskaniu pozwolenia, osoba ubiegająca się o nie, po prostu przestaje być adresatem powyższej normy zakazującej, gdyż jest ona skierowana wyłącznie do osób, które wymaganego pozwolenia nie posiadają. Nie ma zatem powodów by akt stwierdzający, że w zaistniałych okolicznościach faktycznych brak jest prawnych podstaw do uznania danego zachowania za kłócące się z obowiązującymi normami i wartościami podlegającymi ochronie sprawowanej przez upoważnione organy administracji publicznej, traktować jako uchylenie zakazu podejmowania i prowadzenia danej działalności lub wykonania określonej czynności.

Proponując odrębne traktowanie pozwoleń, których wydawania polega na sprawdzeniu, czy osoby bądź rzeczy, których postępowanie dotyczy spełniają wymogi kwalifikacyjne określone przepisami prawa, W. Dawidowicz nie wyjaśnił z jakiego powodu nie traktuje tych aktów jako „*uchylających zakaz względny*". Przecież i w tym przypadku mamy do czynienia z zakazem określonych zachowań do czasu uzyskania pozwolenia. Posługując się przykładami autora można stwierdzić, że w podobnej sytuacji prawnej znajduje się urbanista, zamierzający się zajmować sporządzaniem projektów planów zagospodarowania przestrzennego, do czasu uzyskania wymaganych uprawnień, jak i autor, któremu ustawa o cenzurze nakazała uzyskać zezwolenie na rozpowszechnianie swego dzieła. Jedynie tak szczególna forma aktów uprawniających, jak pozwolenia na zajęcie cudzej nieruchomości, są czymś rodzajowo innym: stanowią wyłom w zakazie naruszania

praw osób trzecich, dopuszczalny jedynie w szczególnych, rzec by można nadzwyczajnych okolicznościach. Stanowią jednak odstępstwo od równie „względnego" zakazu naruszania prawa własności.

Odnosząc się do poglądów wyrażonych przez M. Szewczyka nie sposób nie zauważyć, że wniosek o „*zniesieniu* (w wyniku wprowadzenia wymogu uzyskania pozwolenia - przyp. D.R.K.) *wolności zachowań w danej dziedzinie*" nie znajduje potwierdzenia w obowiązującym prawie (żadna z ustaw nie wyraża tego pozytywnie) i - z identycznych powodów, jakie wskazano powyżej - nie mieści się w ramach wyznaczonych Konstytucją RP. Jest to o tyle istotne, że ma ona - o ile nic innego nie wynika z jej postanowień - bezpośrednie zastosowanie i - wobec milczenia ustawodawcy oraz zawartego we wskazanych wyżej przepisach Konstytucji upoważnienia do wprowadzania ustawami wyłącznie ograniczeń w korzystaniu przez jednostki ze swych wolności - musimy uznać, że żadnej z wolności nie można uznać za „zniesioną" na mocy jakiejkolwiek ustawy.

Trudno też zgodzić się z poglądem, jakoby pozwolenie administracyjne „*indywidualnie uchylało zakaz*" wprowadzony na mocy ustawy. Jego autor nie wyjaśnia, w jaki sposób doszedł do wniosku, że decyzja administracyjna może uchylić zakaz wprowadzony ustawą. I nie jest to chyba tylko niezręczność terminologiczna. Przyczyną powstawania takich wypowiedzi jest najprawdopodobniej to, na co zwrócił uwagę B. Preusche: niedostrzeżenie rzeczywistej treści wprowadzanych zakazów z zastrzeżeniem pozwolenia, a mianowicie tego, że zakazują one faktycznie tylko takich zachowań, na które pozwolenie nie może być - w świetle obowiązującego porządku prawnego - wydane (tzn. na podejmowanie pewnych działań lub zaniechań przed uzyskaniem pozwolenia oraz na zachowania, na które organ właściwy powinien pozwolenia odmówić).

Kolejną wątpliwością, rodzącą się w związku z powyższymi wypowiedziami M. Szewczyka, jest twierdzenie jakoby *wydanie pozwolenia uchylającego* ów *zakaz prewencyjny* mogło mieć miejsce wyłącznie w przypadkach przewidzianych przez ustawodawcę. Jeżeli miałoby to oznaczać, że pozwolenie może być wydane tylko w sytuacjach opisanych w ustawie, to tezie tej brakuje podstaw w prawie pozytywnym. Przypadki wyczerpującego określania przez ustawę przesłanek, po spełnieniu których pozwolenie może lub musi być wydane należą do zdecydowanej mniejszości. Nawet wówczas, gdy ustawodawca usiłuje określić okoliczności, które winny być brane pod uwagę przy udzielaniu pozwoleń, bardzo rzadko są na tyle konkretne, aby można było o nich powiedzieć, że określają przypadki, w któ-

156. Trudno byłoby też znaleźć potwierdzenie dla bardziej jednoznacznego zwrotu, że podstawy odmowy pozwolenia powinny być „przewidziane w ustawie". Prawo pozytywne pozostawia bowiem administracji zdecydowanie więcej luzu decyzyjnego, niż dałoby się zmieścić w zakresie znaczeniowym zwrotu „w przypadkach przewidzianych w ustawie".

rych dopuszczalne jest *uchylenie* zakazu, o którym pisał M. Szewczyk. Bliższym realnemu stanowi prawa byłby zapewne pogląd odwrotny, że **podstawy do odmowy pozwolenia powinny dać się wyprowadzić**[156] **z obowiązujących przepisów**. Tak wąskie ramy, w jakich musi się zmieścić organ administracji publicznej wydający pozwolenie, kłócą się ponadto z konstytucyjnymi zasadami polskiego prawa, opartego wszak nie na regułach państwa totalitarnego (w którym obywatelowi wolno tylko to, na co pozwalają przepisy), lecz na zasadach państwa wolnościowego (w którym wolno jest wszystko, czego ustawa nie zabrania). W aktualnych warunkach ustrojowych, w przepisach prawa winno się poszukiwać odpowiedzi na pytanie czego jednostce nie wolno, a nie - do czego jest uprawniona.

Pewne zastrzeżenia mieć można także do stwierdzenia, że wprowadzane zakazy podejmowania niektórych działań bez pozwolenia mają jedynie prewencyjny charakter. Jak trafnie zauważył J. Schwabe,[157] można tak powiedzieć wyłącznie o tych sytuacjach, w których pozwolenie zostanie udzielone. Tam, gdzie przepisy prawa stoją na przeszkodzie udzieleniu pozwolenia, zakaz z zastrzeżeniem pozwolenia będzie działał represyjnie. I taki też cel będzie mu przyświecał od chwili wejścia w życie ustawy, na podstawie której organ administracji zobligowany (lub upoważniony) będzie do odmówienia wnioskowanego pozwolenia. Również w przypadku ogromnej liczby pozwoleń, których wydawanie pozostawiono uznaniu organu administracji dopuszczając aby odmawiał on wydania wnioskowanej decyzji ze względów uznanych przez siebie za uzasadnione, trudno będzie przekonać adresata negatywnego rozstrzygnięcia, że zakaz podejmowania interesującej go działalności ma dla niego (i jego praw podmiotowych) jedynie prewencyjny, a nie represyjny charakter. Chyba, że pojęciu *prewencji* nadamy takie znaczenie, że odmowę udzielenia pozwolenia potraktujemy jako przejaw zapobiegania zachowaniom społecznie szkodliwym. Jednak wtedy każdy zakaz działania czy nakaz zaniechania zawarty w ustawie, będziemy musieli traktować jako *prewencyjny*. Tylko, że wówczas mówienie o *prewencyjnym* charakterze tego czy innego zakazu straci jakikolwiek sens. Prewencja jest więc raczej jednym z celów wprowadzania wymogów uzyskania pozwolenia administracyjnego, ale nie jedynym. Dla części adresatów zakaz podejmowania określonych zachowań będzie stanowił ewidentną represję.

Ogólnie można powiedzieć, że powyższe stwierdzenia na temat istoty pozwoleń cechuje daleko posunięta niekonsekwencja. Jeżeli ich autor stwierdza, że są one wydawane na podstawie ustaw „znoszących wolność" w jakiejś dziedzinie, a następnie wypowiada się, że ich udzielenie „nie przywraca, ani też nie ustanawia wolności zachowań", to aż ciśnie się na usta pytanie o rolę jaką ma takie pozwole-

157. Por. J. Schwabe: Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, op. cit., s. 134.

nie dla „zniesionej wolności". Odpowiedzi na to pytanie niestety nie znajdujemy. Zaskakująco brzmi także argument mający świadczyć, że pozwolenie nie ustanawiania, ani nie przywraca wolności zachowań w danej dziedzinie (miałoby o tym świadczyć to, że pozwolenia opatrywane są różnymi zastrzeżeniami determinującymi możliwości korzystania z uprawnień w nim określonych). Abstrahując w tym miejscu od oceny trafności tej tezy chciałbym zwrócić uwagę, że nawet sam autor zauważa, że tylko niektóre z pozwoleń opatrywane być mogą różnorakimi zastrzeżeniami (postanowieniami dodatkowymi). Skoro nie dotyczy to wszystkich pozwoleń, to dlaczego miałoby przesądzać o funkcjach, jakie w sferze wolności jednostki odgrywa każde pozwolenie. Poza tym, autor nie wyjaśnia także dlaczego nie można ustanowić lub przywrócić prawa lub wolności warunkowo, na czas określony lub po upływie jakiegoś terminu, czy - pod rygorem ich cofnięcia. Związek między ustanawianiem lub przywracaniem praw podmiotowych a wszelakimi zastrzeżeniami nie wydaje się być wcale taki definitywny.

Tym, co rzuca się w pierwszej kolejności w oczy w trakcie rozważania zaprezentowanych powyżej poglądów C. Kosikowskiego, jest wyznaczenie zdecydowanie za szerokich ram dla ustawodawcy wprowadzającego wymóg uzyskania pozwolenia (*jakikolwiek interes określony ustawą*). Najprawdopodobniej wynika to stąd, że były one wypowiadane przed ostatecznym uchwaleniem Konstytucji RP, która wyznaczyła znacznie ściślejsze granice tego typu praktykom prawodawczym (kwestie te omówione zostaną dokładniej w rozdziale piątym). O ile w stosunku do pozwoleń na działalność gospodarczą poglądy te mogłyby być uznane (chociaż nie bez zastrzeżeń) za zbliżone do jej postanowień,[158] w przypadku każdego z pozostałych praw i swobód konstytucyjnych, pozostawia ona ustawodawcy zwykłemu o wiele mniej miejsca na narzucanie wymogu uzyskania zgody władzy wykonawczej na korzystanie z nich. W tym miejscu warto jedynie zauważyć, że podejmując próby definiowania określonych instytucji prawnych nie należy wykorzystywać do tego celu kwestii ocennych (tj. - kiedy i w jakim celu dana instytucja może być wykorzystywana ?). Ich roztrząsanie może jedynie pomóc w udzieleniu odpowiedzi na pytanie czy dane pozwolenie wprowadzono do porządku prawnego prawidłowo czy nie. Nie przyczyni się natomiast do wyjaśnienia czym takie pozwolenie jest dla jednostki oraz dla władzy publicznej, która go udziela.

Nie wydaje się również przekonywującym powtarzany za M. Waligórskim pogląd C. Kosikowskiego, że pozwolenie nie nadaje jednostce żadnych praw a je-

158. Tezy tej nie podtrzymuje w ostatnim dziele M. Waligórski, który - bez głębszego uzasadnienia ale raczej trafnie - stwierdza, że do ograniczeń swobody działalności gospodarczej ma zastosowanie nie tylko art. 22 - upoważniający do czynienia tego na drodze ustawy i w interesie publicznym - ale także art. 31 ust 3 Konstytucji RP, stawiający ustawodawcy o wiele ostrzejsze wymagania. Por. idem: Administracyjna regulacja.... op. cit., s. 57.

dynie je konkretyzuje. Jego przyjęcie mogłoby mieć ponadto dla posiadaczy pozwoleń bardzo niekorzystne skutki. Gdyby do tego doszło, udzielone pozwolenie nie podlegałoby niemal żadnej ochronie - stosownie do art. 154 k.p.a., decyzja, na mocy której go udzielono, mogłaby być w każdej chwili (jako nie nadająca prawa) uchylona lub zmieniona przez organ administracji publicznej, o ile przemawiałby za tym interes społeczny. Źródłem nieporozumienia, z jakim mamy tu miejsce, jest najprawdopodobniej brak precyzji w określeniu owego „konkretyzowanego", a nie „nadawanego" prawa. Z całą pewnością można przyznać, że pozwolenie na prowadzenie zakładu naukowego czy szkoły nie nadaje prawa do nauki i nauczania. Ale czyż nie nadaje jednak prawa do rozpoczęcia legalnego korzystania z tych swobód ? Z uwagi na to, że w innym miejscu ci sami autorzy stwierdzają, że pozwolenie administracyjne *„ustala starającemu się o nie prawo podmiotowe"*, warto by dowiedzieć się czym różni się nadanie prawa od jego ustalenia. Wszak w każdym przypadku mamy do czynienia z aktem o charakterze (chociażby w części) konstytutywnym.[159] Odpowiedzi na to pytanie w powoływanych wyżej pracach jednak nie znajdujemy.[160] Ponieważ do „uchylania" pozwoleniem zakazu ustawowego ustosunkowałem się wcześniej, powtarzanie się w tym miejscu uważam za zbyteczne.

O ile łatwo się zgodzić z twierdzeniem M. Waligórskiego o braku podstaw domagania się zaniechania prowadzenia działalności objętej pozwoleniem przez inne osoby, gdy chodzi o brak podstaw wysuwania takich roszczeń przez uprawnionego, nie dysponującego ustanowionym na podstawie ustawy monopolem w danej dziedzinie lub/i na danym terytorium (do czego - jak się zdaje - autor ogranicza problem ochrony prawnej posiadającego pozwolenie przed osobami trzecimi), to przecież nie można nie dostrzegać innych sfer, w których jest on prawnie chroniony nie tylko w odniesieniu do organów państwowych. Po pierwsze, nikt nie może żądać od posiadającego pozwolenie aby zaniechał korzystania z niego nawet wówczas, gdy uważa że jest to uzasadnione jego prawami do nieruchomości, na którą emitują skutki dozwolonej działalności, o ile jest ona wykonywana zgodnie z decyzją zezwalającą i dokonanymi w niej ustaleniami dopuszczalnego poziomu takich immisji. Jeżeli bowiem określono w ustawie lub na jej podstawie, nieprzekraczalne granice zakłóceń w korzystaniu przez właścicieli ze swych nieruchomości, obiektów i urządzeń i wyposażono organ administracji w kompetencje

159. O względności podziału aktów administracyjnych na akty deklaratoryjne i konstytutywne celnie piszą E. Ochendowski: Prawo administracyjne, część ogólna Toruń 1998, s. 163 i H. Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, München 1990 s. 176-177.

160. M. Waligórski zdaje się być w swoich poglądach niekonsekwentny: na stronie 223 stwierdza, że na mocy pozwolenia jednostce nie nadaje żadnego prawa, a na stronie 335, że na mocy pozwolenia (a nie z mocy prawa) jednostka „nabywa uprawnienie do wykonywania określonej działalności". Autor nie wyjaśnia jak można nabyć uprawnienie na mocy decyzji, która tego uprawnienia nie nadaje.

do konkretyzowania w wydawanych pozwoleniach obowiązujących w tym zakresie norm, to tym samym wyznaczono równocześnie właścicielom (użytkownikom i innym posiadaczom) sąsiednich nieruchomości, przewidziane przede wszystkim w art. 140 Kodeksu cywilnego, granice ich praw. Nie wyklucza to wprawdzie dochodzenia odpowiedzialności majątkowej za szkody spowodowane zgodną z przepisami działalność posiadacza pozwolenia, ale wywoływanie takich szkód nie upoważnia poszkodowanego do dochodzenia na drodze prawnej jej zaprzestania.[161] Adresatem roszczeń winno być w takiej sytuacji państwo ustanawiające nieodpowiednie normy ustawowe. Mimo wcześniejszej deklaracji, w dalszej części pracy M. Waligórski, opierając się już na poglądach innych teoretyków prawa, nie ogranicza już sfery prawnie chronionej wolności zachowań posiadacza zezwolenia do ochrony tylko przed organami państwowymi, mówi natomiast ogólnie o ochronie przed ingerencjami „innych osób".[162]

Przedstawione powyżej stanowisko M. Waligórskiego na temat relacji takich kategorii jak pozwolenia i publiczne prawa podmiotowe jest z pozoru bliskie zaprezentowanym wyżej poglądom klasyków prawa administracyjnego. Faktycznie uznawali oni, że pozwolenia policyjne nie ustanawiają nowego prawa podmiotowego. Konieczne jest jednak uczynienie tu pewnych zastrzeżeń. Po pierwsze, w myśl doktryny powszechnego prawa administracyjnego, jednostce służy zawsze roszczenie o wydanie pozwolenia policyjnego, a to z tego względu, że wymóg jego uzyskania ogranicza jej wolność zachowań - traktowaną właśnie jako zbiór publicznych praw podmiotowych. Ponieważ ograniczenie to następuje ze względów na potrzebę ochrony interesów ogółu, takich jak życie, zdrowie, porządek, bezpieczeństwo i moralność publiczna, przed zagrożeniami wywoływanymi lub mogącymi powstać w wyniku prowadzenia niektórych rodzajów działalności, chronionych prawem policyjnym, przeto pozwolenia na ich podejmowanie nazywano policyjnymi. Po drugie, wymienione przez M. Waligórskiego przykłady nie są typowymi pozwoleniami policyjnymi, należą do grupy pozwoleń tradycyjnie zwanych wyjątkowymi, o których wydanie jednostce również służyć może wobec organu władzy wykonawczej - jak wyżej wykazano - roszczenie oparte na ogólnej wolności zachowań. Po trzecie, nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że uzyskujący pozwolenia poza sferą działalności gospodarczej nie uzyskują żadnych uprawnień: przecież stwarzają im one możność określonych zachowań i ochronę

161. W orzecznictwie sądowym w sprawach cywilnych przyjmuje się np, że interesy osób trzecich są chronione w postępowaniu administracyjnym z zakresu prawa budowlanego, a sąd powszechny nie jest władny do kontroli decyzji administracyjnych. Stosowanie przepisu art. 222 § 2 kc. nie może prowadzić do kolizji z zakresem kompetencji przyznanej władzy budowlanej. Por. wyrok SN z 16.12.1992 r. I CRN 188/92 (OSNCP 1993 Nr 5, poz. 90, wyrok Sądu Apel. W Gdańsku z 05.05.1995 r. I Acr 175/95 i wyrok SN z 18.06.1998 r. II CKU 6/98 (nie publikowany)

162. Por. M. Waligórski, ibidem, s. 334.

trwałości uzyskanej pozycji prawnej przed ingerencjami organów państwowych do czasu zachowania mocy prawnej posiadanego pozwolenia. Po czwarte wreszcie, nie widzę powodów, aby pozwolenia wydawane poza sferą działalności gospodarczej, ale wkraczające w obszary objęte innymi prawami i wolnościami konstytucyjnymi, traktować inaczej tylko z tego powodu, że nie dotyczą swobody działalności gospodarczej.

Można przypuszczać, że gdyby autor wyraźniej rozróżnił: generalne uszczuplanie publicznych praw podmiotowych (przeważnie negatywnych) na skutek wprowadzania wymogów uzyskania pozwolenia (zwłaszcza uznaniowych), istnienie publicznego prawa podmiotowego po stronie ubiegającego się o pozwolenie do jego uzyskania w przypadku braku prawnych podstaw do wydania decyzji odmownej oraz powstawanie takich praw dopiero w wyniku udzielenia pozwolenia, nie doszłoby to powyższych, trudnych do zaakceptowania z logicznego i semantycznego punktu widzenia, wypowiedzi. Są to jednak za każdym razem inne prawa podmiotowe (roszczenia wobec państwa lub innego podmiotu sprawującego władzę publiczną o określone zachowania). W pierwszym przypadku dochodzi co najmniej do uszczuplenia praw i swobód jednostki do działań i zaniechań wolnych od ingerencji władzy publicznej (w przypadkach, w których organ będzie zobowiązany do wydania pozwolenia). W niektórych jednak sytuacjach uszczuplenia te będą sięgały głębiej -

1) do wyłączenia pewnych zachowań ze sfery wolności jednostki bez możliwości odstąpienia przez tę władzę do stosowania i egzekwowania wprowadzonych zakazów (sytacje, w których organ nie będzie mógł wydać pozwolenia),

2) do wyłączenia pewnych zachowań ze sfery wolności jednostki z możliwością odstąpienia przez tę władzę od egzekwowania wprowadzonych zakazów (w przypadku większości pozwoleń wyjątkowych, w tym także dyspens *sensu stricte*),

3) do uzależnienia możliwości korzystania z wolności zachowań w danej dziedzinie od pozytywnej oceny zamierzonej działalności lub czynności pod względem nie stwarzania zagrożeń dla określonych ustawą interesów publicznych (ważnych interesów państwa, gospodarki narodowej, bezpieczeństwa państwa itp.) albo

4) do uzależnienia możliwości korzystania z wolności zachowań w danej dziedzinie od pozytywnej oceny celowości zamierzonej działalności lub czynności (pozwolenia wydawane w granicach uznania administracyjnego).

Jedynie w sytuacji oznaczonej pkt 1 możemy stwierdzić bez większego ryzyka, że wnioskodawcy nie służy żadne publiczne prawo podmiotowe (poza prawami o charakterze procesowym). W pozostałych przypadkach ma on co najmniej roszczenie o wydanie pozwolenia, o ile odmowa jego wydania nie da się uzasadnić

żadnymi względami mieszczącymi się w granicach obowiązującego porządku prawnego i przeważającymi interes wnioskodawcy w jego uzyskaniu. Do takiego wniosku może skłaniać także analiza orzecznictwa sądowego odnośnie zastosowania w sprawach administracyjnych art. 7 k.p.a.[163] Przepis ten traktowany jest, także przez doktrynę, jako wyznaczający zakres wykorzystywania przez organy administracji pozostawionego im przez ustawodawcę luzu decyzyjnego, a więc ma charakter nie tylko przepisu procesowego ale również materialnoprawnej zasady wykonywania administracji publicznej w przypadkach podejmowania decyzji o charakterze uznaniowym, ogranicza swobodę w dokonywaniu wyboru między różnymi, dopuszczalnymi rozwiązaniami danej sprawy, a pewnych okolicznościach zmusza wręcz do uwzględnienia żądania strony.[164] Roszczeniowy charakter pozwoleń opartych na przepisach posługujących się zwrotami nieostrymi nie budzi już dzisiaj niemal żadnych wątpliwości, a pozwoleń wyjątkowych - także nie może być wykluczony. Ustawodawca może wszak zobowiązać organ administracji do zastosowania dyspensy w okolicznościach tak szczególnych, że stosowanie w nich danego zakazu czy nakazu nie dałoby się pogodzić z jakimkolwiek celem, dla którego został on wprowadzony (np. pozwolenie na wyjazd za granicę żołnierza nie mającego kontaktów z tajemnicami państwowymi w celu odebrania zwłok, zmarłego tam, samotnie wychowywanego dziecka lub małżonka).

Dwie cechy pozwoleń wskazane przez C. Kosikowskiego i M. Waligórskiego nie wywołują żadnych zastrzeżeń. Pierwsza, że pozwolenia wydawane są w sytuacjach wprowadzenia - w celu zapewnienia sprawowania przez państwo nadzoru - zakazu podejmowania i prowadzenia danej działalności bez jego uzyskania. Wprawdzie nie każdy akt wprowadzający wymóg uzyskania pozwolenia zawiera sformułowanie werbalizujące taki zakaz (bez większego ryzyka można twierdzić, że prawie zawsze go brakuje), ale nie ulega wątpliwości, że jest on korelatem nakazu uzyskania pozwolenia przed podjęciem objętego takim zastrzeżeniem zachowania. Druga trafna uwaga tych autorów, to **sprowadzenie istoty pozwolenia do stwierdzenia, iż nie zachodzą przeszkody w podejmowaniu i prowadzeniu działalności.** Jest to jednak zbyt mało, aby ograniczyć do tego odpowiedź na pytanie o istotę pozwoleń administracyjnych. Na podstawie zaprezentowanego przekroju stanowisk zajmowanych przez doktrynę, powyższych wywodów oraz po analizie przepisów dotyczących udzielania pozwoleń w naszym kraju, można przystąpić do jej ustalenia.

163. Por. zwłaszcza wyrok NSA z 11.06.1981 r. (SA 820/81 - ONSA 1981, Nr 1, poz. 57) a także wyroki NSA z 30.06.1987 r. (IV SA 129/87 - ONSA 1987 Nr 1, poz. 43), z 20.06.1994 r. (II SA 105/94 - ONSA 1995 Nr 2, poz. 86), z 13.01.1995 r. (II SA 1691/93), z 29.05.1996 r. (SA/Sz 1548/95 - OSP 1997 Nr 7-8, poz. 137 z glosą M. Stahl), z 16.10.1997 r. (I SA/Po 263/97) i z 20.05.1998 r. (I SA/Ka 1744/96)

164. Por. E. Smoktunowicz: Orzecznictwo..., op. cit., s. 49 i J. Zimmermann: Polska jurysdykcja administracyjna, Warszawa 1996, s. 121-122.

23. Synteza poglądów współczesnej doktryny na temat istoty pozwolenia

W oparciu o powyższe ustalenia możemy chyba bez skrupułów powtórzyć za B. Preusche, że **„rozstrzygnięcie o wydaniu pozwolenia reguluje prawną wolność działania jednostki, czyniąc to na podstawie postanowień ustawowych"** (podkr. D.R.K.).[165] W liberalnym państwie prawnym jej prawo do swobodnego działania może być bowiem określane ścieśniająco wyłącznie z powodów wskazanych w ustawach. W warunkach polskich krąg wartości, którym mają służyć takie ograniczenia praw i wolności zawężony jest nie tylko przez normy międzynarodowych konwencji ale także przez wskazane postanowienia Konstytucji.

Ustanawianie *zakazów z zastrzeżeniem pozwolenia* - w świetle współcześnie wyrażanych poglądów - ogranicza wolność prawną jednostki nie przez to, że traci ona prawo do podejmowania objętych nimi działań, lecz tylko przez to, że nie przysługuje jej prawo do ich podejmowania bez wcześniejszego pozwolenia.[166] Konsekwencją tego ustalenia jest to, że pozwolenie nie ustanawia uprawnienia jednostki do określonego zachowania, a jedynie możność czynienia z niego użytku. Z punktu widzenia obowiązującego w Polsce prawa owa „możność" winna być jednak traktowana także jako prawo uzyskiwane przez jednostkę. Równocześnie twierdzi się, że to właśnie akt pozwolenia bądź jego odmowa określić mają w konkretnym przypadku prawną swobodę postępowania jednostki. „Zarówno prewencyjne jak i represyjne *zakazy z zastrzeżeniem pozwolenia* określają prawną wolność jednostki nie w ten sposób, że albo obejmują swoim zakresem odpowiednie działania albo - nie. Gdyby bowiem tak miało być, nie byłoby sposobu na zgodne z prawem odmówienie odstąpienia od prewencyjnego zakazu bądź uwolnienia spod zakazu represyjnego".[167] Autor tego stanowiska nie wyjaśnia niestety bliżej sposobu dojścia do takiego wniosku. Należy sądzić, że rzecz tę traktuje jako oczywistą: gdyby jakaś działalność miałaby być nie objęta danym zakazem *represyjnym*, nie byłoby powodów do uwalniania od nieobowiązującego zakazu; natomiast w przypadku zakazów *prewencyjnych* władza wykonawcza nie mogłaby swym aktem administracyjnym uchylić zakazu ustanowionego w ustawie.

Zakres tej swobody postępowania określać miałaby w indywidualnym przypadku (w konkretnej sprawie) albo decyzja o udzieleniu albo o odmowie udzielenia pozwolenia. O ile prawo do swobodnego działania w jakiejś dziedzinie zostałoby ograniczone poprzez ustanowienie zakazu z zastrzeżeniem pozwolenia, prawo to stawałoby się - przejściowo - prawem do uzyskania pozwolenia, a nie - prawem do niczym nieograniczonego postępowania. Prawna swoboda działania zostaje

165. Por. B. Preusche, op. cit., s. 44-45 i szeroko powoływana tam literatura.
166. Por. ibidem.
167. Por. ibidem, s. 45.

wówczas określona w sposób zawężający przez te przepisy ustawowe, które ustanawiają podstawę do odmowy wydania pozwolenia. Podstawami do odmowy pozwolenia mogą być granice prawnej swobody działania dające się wyprowadzić, w przypadku typowo *prewencyjnych* zakazów z zastrzeżeniem pozwolenia, także z innych regulacji prawnych niż wprowadzające ów zakaz. Mogą one też wynikać i - w przypadku zakazów z zastrzeżeniem uwolnienia od nich w szczególnych przypadkach - wynikają z samego charakteru zachowań objętych takim zakazem. Podstawy decyzji odmawiającej pozwolenia mogą także wynikać same bezpośrednio z brzmienia zastrzeżenia o możliwości (konieczności) udzielenia pozwolenia i być niezależne tak od innych regulacji prawnych, jak i od rodzaju zakazanego zachowania.[168]

Pomijając sytuacje, w których pojawia się możliwość cofnięcia, ograniczenia bądź obciążenia pozwolenia postanowieniami dodatkowymi, powszechnie uważa się, że ustanawia ono w zakresie dozwalanego obszaru postępowania taką swobodę działania, którą jego posiadacz miałby, gdyby nie istniał zakaz z zastrzeżeniem pozwolenia. Skutek przyznania pozwolenia jest przy tym taki, że dozwolonemu zachowaniu mogą być legalnie przeciwstawione zachowania innych jednostek, gdyż pozwolenie pozostawia zasadniczo prawa osób trzecich w stanie nienaruszonym.[169] Nie jest tak jednak zawsze. W przypadku ustanowienia zakazu z zastrzeżeniem pozwolenia nie tylko w celu ochrony bądź realizacji interesu publicznego, ale również w interesie ochrony osób trzecich, wydane pozwolenie stanowiłoby także ingerencję w sferę chronionych prawnie interesów tych osób.[170]

W postępowaniu zmierzającym do wydania pozwolenia zachowanie, mające być dozwolone, powinno być oceniane według kryteriów określonych przy ustanawianiu zastrzeżenia nakazującego jego uzyskanie i traktowane jako cząstka przysługującej wnioskodawcy prawnej wolności działania. Próbujący dokonać syntezy poglądów teoretycznych na temat pozwoleń B. Preusche doszedł w swych badaniach do wniosku, z którym należy się zgodzić - że w skład tej wolności miałoby wchodzić także prawo do pozwolenia, ale pod warunkiem, że zainteresowanemu nie wolno byłoby odmówić przyznania pozwolenia z żadnego z ustawowo określonych powodów. Jedynie przy takim założeniu można uznać za trafne te poglądy doktryny i orzecznictwa, według których pozwolenie:

168. Por. ibidem, s. 46.

169. Tezę tę podpiera B. Preusche zarówno doktryną (por. H. Ipsen: Widerruf gültiger Verwaltungsakte, Hamburg 1932, s. 77 i nast., H. Kelsen: Reine Rechtslehre, wyd. 2, Wien 1960, s. 248 i nast.), jak też bogatym orzecznictwem sądowym zapoczątkowanym w 1877 roku.

170. Por. B. Preusche: op. cit., s. 143 wraz z powołanym tam orzecznictwem federalnego i krajowych sądów administracyjnych.

- „uchyla przejściową, formalną przeszkodę wykorzystywania prawa" (podmiotowego - przyp. D.R.K.),[171]
- „usuwa jedynie formalne ograniczenia posiadanego już uprawnienia",[172]
- „przywraca swobodę postępowania ograniczoną przez zakaz z zastrzeżeniem pozwolenia",[173]
- „potwierdza prawną swobodę postępowania",[174]
- „czyni dozwolonym zachowanie prawnie możliwe, lecz przejściowo zakazane"[175] lub
- „stwierdza prawo wnioskodawcy do wykonania wnioskowanego działania.[176]

Niestety, autor ten powstrzymał się od dokończenia swej myśli i nie przedstawił swego jednoznacznego stanowiska w takich okolicznościach prawnych, gdy przepisy ustawowe ustanawiające wymóg uzyskania pozwolenia pozostawiają jego podjęcie uznaniu organu i - pomimo spełnienia przesłanek ustawowych - nie gwarantują wnioskodawcy, że otrzyma pożądane pozwolenie. Tymczasem warto w tym miejscu podkreślić celność powiązania właśnie przez B. Preusche istnienia prawa jednostki do pozwolenia z sytuacją braku „ustawowo określonych podstaw do wydania decyzji odmawiającej pozwolenia". Jeżeli przyjmiemy, że źródło tego rozumowania tkwi w założeniu, że wszelkie ograniczenia ogólnej swobody jednostek mogą następować wyłącznie w oparciu o argumenty przewidziane w ustawach, to nie widzę powodów, aby inaczej traktować te przypadki pozwoleń, których wydawanie odbywa się w ramach pozostawionego organom administracji luzu decyzyjnego. Zatem nawet wówczas, gdy przepisy prawa nie nakazują jednoznacznie wydania pozwolenia (np. milcząc co do przesłanek jego przyznania bądź odmowy albo też przewidując wprost, że władza „może" wydać pozwolenie lub odmówić jego wydania), jednostce przysługiwałoby roszczenie o jego wydanie („*prawo do pozwolenia*"), o ile z obowiązujących norm prawnych nie dałoby się w

171. Tak m.in. B. Drews, G. Wacke, K. Vogel: Allgemeines Polizeirecht, wyd. 8, Berlin, Köln, München, Bonn 1975, t. I, s. 115 i nast. oraz F. Fleiner: op. cit., s. 409, H. Ipsen, Widerruf..., op. cit., s. 74 i nast., O. Mayer: Deutschesverwaltungsrecht, wyd. 3, t. 1, s. 241 i nast.

172. Tak. m.in. K. H. Friauf: Baurecht und Raumordnung, (w:) Besonderes Verwaltungsrecht, pod. red. I. von Münch, s. 398 i R. Scholz: op. cit., s. 213-214.

173. Tak m.in. B. Drews , G. Wacke, K. Vogel: op. cit., s. 116, H-U. Erichsen, W. Martens: Das Verwaltungshandeln, w: Allgemeines Verwaltungsrecht, pod red. H-U. Erichsen, W. Martens, Berlin, New York 1975, s. 180, E. Forsthoff, op. cit., wyd. 9, s. 258, K.H. Friauf, ibidem, O. Mayer, ibidem, s. 244.

174. Tak S. Haselau: op. cit., s. 108 i S. Schmidt: Gesetzvollziehung durch rechtssetzung, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1969, s. 170.

175. W. Merk: Deutsches Verwaltungsrecht, t. 1, Berlin 1962, s. 833.

176. Por. J. Martens: Die Baugenehmigung - ein Beispiel für Wirkungsweise des Verwaltungsakt, „Juristische Schulung" 1975, s. 73 i S. Schmidt: Gesetzvollziehung..., op. cit., s. 170.

rozpatrywanej sprawie wyprowadzić reguły uzasadniającej decyzję odmowną. Odmowa nie uzasadniona ustawowymi podstawami oznaczałaby - według omawianej koncepcji - naruszenie prawem chronionej wolności jednostki. Jako nie posiadająca ustawowego, materialnoprawnego umocowania byłaby zatem niedopuszczalna.

Powyższe stwierdzenia nie upoważniają jednak do wniosku, że - z punktu widzenia praw podmiotowych jednostki wobec władz publicznych oraz zakresu kompetencji do regulowania jej pozycji prawnej przez administrację publiczną - między pozwoleniami powszechnie nazywanymi uznaniowymi, a pozwoleniami wydawanymi w warunkach związania organu przepisami prawa nie pozostawiającymi władzy żadnego wyboru w przypadku ustalenia przewidzianego przepisami stanu faktycznego, nie ma żadnej różnicy. Różnica ta jest bardzo duża: w przypadku pozwoleń zwanych związanymi, kryteria oceny (wartościowania) zamierzenia, na które pozwolenie ma być udzielone, określa ustawa (bądź wydany na jej podstawie i w celu jej wykonania akt wykonawczy); natomiast wartościowanie zachowań podlegających pozwoleniom o charakterze uznaniowym następuje na podstawie przesłanek, które formułuje sam organ administracji publicznej będąc jednak ograniczonym obowiązkiem zmieszczenia się w ramach wyznaczonych obowiązującym prawem. Dobrane w tym celu kryteria nie mogą prowadzić do wydania decyzji, której możnaby zarzucić sprzeczność z:

1) obowiązującymi zasadami prawa,

2) postanowieniami konstytucji,

3) zawierającymi normy powszechnie obowiązujące i podlegające bezpośredniemu zastosowaniu w danej sprawie umowami międzynarodowymi,

4) ustawą wprowadzającą wymóg uzyskania pozwolenia (wraz z przepisami określającymi jej cel),

5) ustawami szczególnymi, a także z

6) innymi powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

W szczególności nie mogą to być decyzje dowolne. Nie mniej jednak ustalenie przesłanek, od których zależy wydanie pozwolenia lub jego treść należy w tych sprawach do organu administracji publicznej. Błędem byłoby twierdzić, że wydając decyzję pozytywną lub negatywną konkretyzuje on jedynie przepisy prawa. W odróżnieniu od klasycznego sądowego modelu stosowania prawa mamy tu bowiem do czynienia z elementami modelu pozasądowego (administracyjnego) stosowania prawa (według nomenklatury J. Wróblewskiego),[177] z ustalaniem

177. Na temat obu modeli por. Jerzy Wróblewski, (w:) W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, Teoria państwa i prawa, Warszawa 1979, s. 412-413. Wprawdzie autor zrównuje poniekąd modele stosowania prawa wykorzystywane w postępowaniu sądowym i ogólnym postępowaniu administracyjnym, jednak charakteryzując

wiążących konsekwencji obowiązujących norm prawnych albo po prostu - z wykonywaniem przez administrację rządową lub samorządową zastrzeżonej na ich rzecz części władzy publicznej.

Udzielenie pozwolenia - twierdzi B. Preusche, wspierając swoją tezę dziewięcioma wyrokami federalnego i krajowych trybunałów administracyjnych z okresu ostatnich stu lat oraz kilkunastoma publikacjami autorów austriackich, niemieckich i szwajcarskich - oznacza, że podjęciu dozwalanej działalności nie przeciwstawiają się żadne względy, w oparciu o które pozwolenia możnaby odmówić. Przyjęcie założenia, że prawna swoboda postępowania istnieje o ile ustawy nie stanowią inaczej, oznacza zaś, że wydane pozwolenie jest aktem uznającym istnienie prawa do jego otrzymania. W konsekwencji tego byłby to również akt potwierdzający posiadanie przez adresata pozwolenia prawa do tego, aby podczas dozwolonego zachowania nie doznawać żadnych zakłóceń spowodowanych tymi względami, które - jako ustawowe podstawy ograniczenia jego prawnej swobody działania - musiano brać pod uwagę podczas przyznawania pozwolenia. Można zatem stwierdzić, że pozwolenie przekształca w indywidualnym przypadku prawo do uzyskania pozwolenia w wolnościowe prawo do niezakłóconego zachowania.[178]

Abstrahując od prawa do ochrony swojej wolności zachowań przed ingerencjami wynikającymi z motywów zakazu z zastrzeżeniem pozwolenia, przyznanie konkretnego pozwolenia nie zapewnia jego posiadaczowi takiej pozycji prawnej, która gwarantowałaby mu pierwszeństwo zaspokojenia swoich interesów w stosunku do praw i interesów innych osób. Poza uwolnieniem spod zakazu oraz powiązaną z tym pozwoleniem ochroną jego trwałości (określanej w doktrynie niemieckiej jako *Vertrauenschutz*), przyznanie go nie daje jego posiadaczowi żadnego władztwa prawnego (*Rechtsmacht*) względem innych. Pozycja prawna osiągana przez adresata pozwolenia kwalifikowana jest w doktrynie niejednolicie, co znajduje też uzasadnienie w zróżnicowanym podejściu do pojęcia publicznych praw podmiotowych.[179] Traktuje się ją zatem albo jako publiczne prawo podmiotowe, które zostaje przez pozwolenie stwierdzone,[180] ustanowione,[181] uczynione skutecznym albo którego wykorzystywanie zostaje

model pozasądowy (kierowniczy) pisze, że jedną z jego cech jest właśnie to, że decyzja stosowania prawa zapada na podstawie „standardów przyjętych przez decydenta, nie będących regułami prawnymi obowiązującymi adresata decyzji. Por. także idem: Sądowe i pozasądowe stosowanie prawa. Problemy teorii i ideologii, Studia Prawno-Ekonomiczne XXVI, Łódź 1981, rozdz. 22.1 i W. Dawidowicz: O stosowaniu prawa przez organy administracji, ZN WPiA UG, Prace Instytutu Administracji i Zarządzania" Nr 4, Gdańsk 1981.

178. Por. B. Preusche: Verbot..., op. cit., s. 46.

179. Por. Ibidem, s. 144-145.

180. Tak w orzeczeniu Federalnego Trybunału Administracyjnego z dnia 28 maja 1963 r. (I C 247.58) - por. BVerwGE, rocznik 16, s. 120.

181. Por. E.R. Huber: Anmerkung zu BGH Urt. v. 29.11.1951 - III ZR 103/51, AöR 1952/1953, s. 113 oraz R. Bartlsperger: Subjektives öffentliches Recht und störungspräventive Baunachbarklage, DVBl 1971, s. 723.

przez pozwolenie dopuszczone,[182] jako jedynie publicznoprawny stan posiadania (*Besitzstand*),[183] bądź też - w przypadku *represyjnych* zakazów z zastrzeżeniem pozwolenia - jedynie jako rzeczywistą szansę działania.[184]

Podjęcie decyzji odmawiającej pozwolenia powoduje, że wymagające jego uzyskania zachowanie pozostaje nadal zakazanym. Jeżeli decyzja odrzucająca wniosek o wydanie pozwolenia podjęta zostanie ze względów rzeczowych (tkwiących w charakterze konkretnego, zamierzonego przez wnioskodawcę zachowania), będzie to oznaczało, że wnioskodawcy nie przysługuje, z uwagi na zaistniałe, ustawowe podstawy odmowy, żadne roszczenie o udzielenie pozwolenia. Wnioskowane zachowanie zostaje tym samym ocenione - z racji naruszania interesów chronionych ustanowionym zakazem z zastrzeżeniem pozwolenia, jako społecznie szkodliwe.[185] Wyjaśnienie to może okazać się istotne - co wynika z orzecznictwa sądowego - w trakcie rozpatrywania ponownego wniosku o wydanie pozwolenia, podczas egzekwowania zakazu zachowania uznanego prawem za wymagające pozwolenia oraz - przy usuwaniu stanu spowodowanego działaniem bez pozwolenia.[186] Trudno bowiem będzie w takich okolicznościach bronić się przed dotkliwymi działaniami władzy wykonawczej powołując na naruszenia np. prawa własności, wolności działalności gospodarczej czy innych swobód, skoro byłyby one skierowane przeciwko zachowaniom uznanym w obowiązującym prawie za społecznie szkodliwe i nie mieszczące się w granicach owych zasadniczych praw każdego wolnego człowieka.

Odnosząc się do przedstawionych we wcześniejszych partiach niniejszego rozdziału wywodów na temat różnic i podobieństw pozwoleń wyjątkowych i koncesji od pozwoleń nazywanych przeważnie *policyjnymi* lub *zwykłymi* nie sposób nie podnieść kilku kwestii. Wydaje się bowiem, że wprawdzie niektórym autorom nie można odmówić trafności spostrzeżeń, gdy chodzi o bezzasadność doszukiwania się różnic między tymi rodzajami pozwoleń w ich uznaniowym (bądź nie uznaniowym), konstytutywnym (bądź nie konstytutywnym) charakterze, w spełnianiu tylko jednej, a nie obu funkcji (prewencyjnej i represyjnej) jednocześnie, to

182. Tak K.H. Friauf: „Latende Störung", Rechtswirkungen der Bauerlaubnis und vorbeugende Nachbarklage, DVBl 1971, s. 721-722, a wcześniej już R. Scholz: Zur Lehre von Bauerlaubnis, „Verwaltungsarchiv" 1915 (23), s. 212, 234 i nast. i O. Bühler: Die subiektiven öffentlichen Rechten und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin, Stuttgart, Leipzig 1914, s. 245.

183. Por. B. Drews , G. Wacke, K. Vogel: op. cit., s. 116, W. Hönig: Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten, München 1968, s. 179, R. Nebinger, Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, wyd. 2, Stuttgart 1949, s. 220.

184. Por. E.R. Huber: Anmerkung..., op. cit., s. 113.

185. Por. B. Preusche: Verbot..., op. cit., s. 144-145. Wcześniej tak już W. Antoniolli: Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1954, s. 202-203, J. Martens: op. cit., s. 74.

186. Por. R. Preusche, op. cit., s. 145-146.

jednak pomija się w nich pewne kwestie istotne z punktu widzenia interpretacji i stosowania przepisów przewidujących wydawanie pozwoleń wyjątkowych. Posłużenie się przez ustawodawcę różną „techniką prawodawczą" ma jednak konsekwencje materialnoprawne, a nie jedynie formalne (jak wywodził J. Schwabe). Rzecz dotyczy konieczności stosowania innych zasad wykładni prawa przy wydawaniu pozwoleń na podstawie norm wskazujących na ich wyjątkowy charakter i pozwoleń, które powinien uzyskać - co do zasady - każdy spełniający ustawowe przesłanki do ich otrzymania. O ile w pierwszym przypadku należałoby stosować regułę *exceptiones non sunt extendeae,* w drugim konieczne jest ścisłe interpretowanie przepisów dopuszczających odmowę pozwolenia (to ona jest wówczas wyjątkiem).[187] Nie wydaje się zatem aby zasadnym było bagatelizowanie wyjątkowego charakteru dyspens. Przepisy przewidujące udzielanie pozwoleń dopuszczających odstąpienie od zakazów zwanych *„prewencyjnymi"* lub *„represyjnymi"* ograniczają zatem swobody jednostek w tak różnym stopniu, że uzasadnione jest traktowanie ich jako rodzajowo od siebie odmiennych.

Różnice między pozwoleniami wyjątkowymi, a pozostałymi można również dostrzec w sferze celu ich wymagania oraz łączącego się z nim zakresu (przedmiotu) postępowania wyjaśniającego prowadzącego do ich wydania lub odmowy. Różnica ta nie polega jednak na „prewencji" czy „represji". Otóż celem wymagania typowych pozwoleń i przedmiotem postępowania prowadzącego do rozstrzygnięcia indywidualnej sprawy jest umożliwienie władzy wykonawczej ustalenia i oceny konkretnego zamierzenia z punktu widzenia zagrożeń, jakie mogłoby stwarzać dla interesów publicznych podlegających ochronie w danego rodzaju sprawach lub - tam, gdzie zagrożenia skonkretyzował sam ustawodawca określając wyczerpujo przesłanki, od których zależy treść decyzji - sprawdzenie czy wnioskodawca spełnia wynikające zprzepisów warunki uzyskania pozytywnej decyzji. Wymagając pozwoleń wyjątkowych (a w zasadzie - przewidując możliwość ich wydania) celem ustawodawcy jest natomiast umożliwienia organowi administrującemu sprawdzenia, czy szkodliwe - z założenia - dla określonego interesu publicznego zachowanie nie jest, w indywidualnych okolicznościach rozpoznawanej sprawy, zachowaniem z tego samego punktu widzenia obojętnym lub nawet korzystnym, bądź też czy za jego zrealizowaniem nie przemawia inny, zasługujący w większym stopniu na ochronę, interes publiczny lub indywidualny.

Różnice jakościowe między koncesjami, pozwoleniami wyjątkowymi i pozostałymi niewątpliwie dadzą się dostrzec i w innych sferach. Pierwszymi z nich - z uwagi na bogatą doktrynę - poświęcony został następny rozdział. W tym wszakże miejscu warto już zasygnalizować, że współczesna praktyka administracyjna i re-

187. Na temat tej i innych zasad interpretacji prawa administracyjnego wyczerpująco pisze Eugeniusz Smoktunowicz (w:) Źródła i wykładnia prawa podatkowego, Białystok 1998, s. 57 i nast. (zwłaszcza s. 94-95).

gulujące ją prawo pozwalają na wskazanie szerszego spektrum motywów, którymi kierują się prawodawcy przewidując konieczność uzyskania od władz wykonawczych różnego typu pozwoleń niż tylko względy natury policyjnej - tj. ochrony przed zagrożeniami dla takich wartości, jak życie, zdrowie, porządek, ład, bezpieczeństwo czy moralność publiczna. Wykazują to w doktrynie autorzy austriaccy, niemieccy i szwajcarscy, przedstawiając liczne przykłady, w których motywem skłaniającym do uzyskania pozwolenia administracyjnego jest nie ochrona powyższych wartości, lecz potrzeba realizacji różnorakich interesów publicznych, takich, jak np. zrównoważony rozwój gospodarczy, równowaga w bilansie płatniczym i w handlu międzynarodowym i inne cele państwowej polityki gospodarczej i społecznej, a nawet fiskalnej.[188] Podobnie jest także w Polsce, co udowodnił w swojej książce C. Kosikowski.[189] Nie ma zatem powodów, aby twierdzić, że wymóg uzyskania pozwolenia wprowadzany jest zawsze w celu ochrony przed zagrożeniami tkwiącymi lub mogącymi tkwić w rodzaju zakazywanego zachowania lub działalności. Jak wykazane zostanie w rozdziale czwartym, udzielanie pozwoleń jest znakomitą okazją nie tylko do konkretyzowania ogólnych norm i tym samym - regulowania sytuacji prawnej adresatów, ale również do sterowania zachowaniami ludzkimi. W jakim zakresie tego typu praktyki prawodawcze są dopuszczalne z punktu widzenia wymogów konstytucyjnych, postaram się odpowiedzieć w rozdziale piątym.

Wątpliwą wartość ma natomiast rozróżnianie omawianych rodzajów pozwoleń ze względu na uszczuplenia (i ich skalę), jakie wprowadzają w sferze wolności i praw jednostki zakazy, od których ich adresat zostaje uwolniony. Każdy z tych zakazów uszczupla bowiem swobody jednostki, do której został skierowany. Trzeba tu w pełni podzielić poglądy K. Haselau. Skala tego uszczuplenia, a co za tym idzie - „rozmiar" uprawnień uzyskiwanych przez aplikującego o pozwolenie w przypadku jego uzyskania - jest taki sam: coś, co było zabronione przestaje takim być. Jest jednak pewna grupa pozwoleń, o których nie da się powiedzieć, że są wydawane po uprzednim ustanowieniu ograniczającego swobody jednostek zakazu podejmowania działań nimi podjętych. Mam tu na myśli nazywane różnie akty administracyjne, które są konieczne do prowadzenia niektórych rodzajów działalności, a które niektórzy przedstawiciele współczesnej doktryny nazywają koncesjami w ścisłym tego słowa znaczeniu lub aktami nadania. Problematyce tej poświęcam w całości następny rozdział.

188. Por. K. Wenger: Zur rechtlichen Problematik Wirtschaftslenkender Maßnammen, „Wirtschaftspolitische Blätter" 1978, s. 98 i nast. (wskazujący przykłady włączania pozwoleń do polityki gospodarczej już w latach 20-ych), A Volbrecht: Warenverkehrslenkung nach dem AWG im Rahmen des EG-rechts, s. 71 i nast, F. Gygi: Verwaltungsrecht, Bern 1986, s. 23 i nast. oraz 180 i nast., Th. Fleiner-Gerster: Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrecht, Zürich 1977, s. 149 i nast.

189. C. Kosikowski: Zezwolenia..., op. cit., s. 35-36 oraz ss. 42-50.

ROZDZIAŁ TRZECI

KONCESJE ADMINISTRACYJNE. POJĘCIE, CHARAKTER PRAWNY I ODRĘBNOŚCI

I. Koncesja robót publicznych a koncesja służby publicznej

1. Francuskie korzenie europejskiej nauki o koncesjach administracyjnych

Poglądy prawników europejskich z okresu początków państwa prawnego na temat koncesji charakteryzuje pewna zbieżność. Niemal od zarania prawa administracyjnego i jego nauki jako odrębnych gałęzi prawa i wiedzy - twierdzono - instytucja koncesji występowała w praktyce, ustawodawstwie i doktrynie jako samodzielna kategoria prawna, posiadająca własną teorię, opierającą się - jak twierdzili opisujący i analizujący ją przedstawiciele doktryny - na zupełnie odmiennych założeniach niż tzw. zwykłe pozwolenia. Wymienienie praktyki na pierwszym miejscu źródeł koncesji nie jest tu przypadkowe. Ona bowiem (faktyczna działalność administracji i interpretujące ją orzecznictwo sądów i trybunałów administracyjnych) dała początek koncesjom. Do dnia dzisiejszego przywołuje się, na wstępie rozważań teoretycznych o koncesjach, orzeczenie francuskiej Rady Stanu w sprawie Blanco jako kamień węgielny europejskiej nauki o koncesjach w administracji.[1] Wskazany powyżej casus Luis'a de Bernam z XV w. był zresztą również tworem pragmatyki. Ponieważ pierwsze przejawy posługiwania się przez władze państwowe koncesją wiązane są z Francją, od prezentacji tamtejszej teorii i praktyki wypada rozpocząć peregrynację XIX-wiecznych źródeł tej instytucji prawnej.

Opracowania prawnicze i publikacje na temat koncesji pojawiły się we Francji w pierwszej połowie XIX w.[2] Jedyną, pierwotnie wykorzystywaną w tamtych latach postacią koncesji była - wspominana wcześniej - *concession de travaux pu-*

1. Por. publikacje wskazane w przyp. 2,7,11,13,37 i 41.

2. Por. np. Delaleau: Des droit et des obligations des concessionaires de travaux publics, „Revue de législation et de jurisprudence" 1834, t. I, s. 177 i nast. oraz 258 i nast., a z prac późniejszych: Christphle: Traité des travaux publics, 1862, Picard: Traité de chemins de fer, 1887, Pilon: Monopoles communaux, „Thèse Caen" 1898, Guillouard: Notion juridique de actes d'execution, des autorisations et des concessons administratives, „Thèse Caen" 1903, Duguit: Les transformations du droit public, Paris 1913, von Comte: Essai d'une théorie d'ensembl de la concession de service public, Sirey 1935, A. Blondeau, op. cit.

blics (tj. koncesja robót publicznych). Pod względem formalnym koncesję tę uważano za podstawę stosunku prawnego pomiędzy państwem a osobą fizyczną lub prawną. Pod koniec pierwszej połowy XIX w. zaczęto uznawać, że również gminy mają pełną zdolność prawną do koncesjonowania robót publicznych.[3] Pod względem materialnym najbardziej istotne dla koncesjonariusza było, wynikające z koncesji, uprawnienie do wzniesienia urządzeń lub budowli publicznych. Wykorzystywanie tego uprawnienia było jednocześnie swego rodzaju obowiązkiem koncesjonowanego, sankcjonowanym utratą koncesji[4]

Podobnie, jak w czasach Ancien Regime, istotną cechą omawianych koncesji była wzajemność praw i obowiązków koncedenta i koncesjonariusza. Tzn., za wykonywanie działalności, do której koncesjonariusz się zobowiązał, uzyskiwał od państwa (lub gminy) świadczenie wzajemne. Polegało ono najczęściej na wyposażeniu go w prawo do pobierania opłat, ceł itp. świadczeń publicznoprawnych od korzystających z wytworzonego przez niego urządzenia.[5]

Wraz z upadkiem teorii o niezbywalności dóbr koronnych (należących do państwa) przebudowie uległa również konstrukcja własnościowa koncesji. Wytworzone przez koncesjonariusza urządzenia oraz wzniesione budowle publiczne uznawać zaczęto (zarówno w orzecznictwie Conseil d'Etat, jak i w nauce) za stanowiące przedmiot jego własności. Jednakże, po zakończeniu okresu, na który koncesja była udzielona, wytworzone przez koncesjonariusza budowle bądź urządzenia stawały się własnością publiczną.[6]

Poza tą ostatnią cechą, koncesja *de travaux publics* stosowana początkowo w XIX w. nie odróżniała się zatem od swego archetypu z czasów feudalnych. Koncesja służby publicznej (*concession de service public*), rozwinięta w II połowie XIX w., była natomiast już czymś odmiennym.

2. Społeczno-gospodarcze podłoże i specyfika koncesji służby publicznej

Podłożem społecznym i gospodarczym rozprzestrzenienia się tej nowej koncepcji był osiągnięty w pierwszej połowie zeszłego wieku postęp na niwie techniki związany z wykorzystaniem pary w działalności gospodarczej (w przemyśle i komunikacji), a ponadto - uwarunkowane rewolucją przemysłową, bezprecedensowe pod względem skali i tempa - procesy urbanizacyjne i masowe migracje ludności wiejskiej do miast, ich rozbudowa i zagęszczenie zaludnienia oraz wiążące się z tym problemy masowego zaopatrzenia w wodę, gaz, a w późniejszym okresie w

3. Początek takiemu podejściu dało orzeczenie Conseil d'Etat z 30 sierpnia 1843 r., por. A. Bloneau, op. cit., s. 32.

4. Por. ibidem, s. 16 i nast.

5. Por. ibidem, s. 24.

6. Por. ibidem, s. 32.

energię elektryczną, środki komunikacji i telekomunikacji. Władze państwowe nie były wówczas w stanie, a - ze względu na dominację idei liberalizmu w sprawowaniu władzy - również nie chciały zajmować się ich bezpośrednim rozwiązywaniem. Inicjatywa pozostała zatem w rękach prywatnych. Odmieniona pod względem spełnianych funkcji gospodarczych oraz struktury prawnej koncesja posłużyła tu jako techniczno-prawny środek działania władzy publicznej w tym zakresie.

W przypadku koncesji *de travaux publics* przyznanie uprawnień publiczno-prawnych służyło - według André de Laubadère - do tego, aby zagwarantować koncesjonariuszowi amortyzację wyłożonego przez niego kapitału. Na pierwszy plan wysuwał się tu element zysku, który zapewnić miała uprawnionemu przez administrację przedsiębiorcy eksploatacja danego urządzenia publicznego.[7] Konstrukcja ta świetnie spełniła swoją rolę np. w dziedzinie budowy linii kolejowych. Z takim podejściem do celu koncesji wiązało się jednak niebezpieczeństwo wykonywania praw koncesyjnych ze szkodą dla dobra ogółu (koncesjonariusz mógł np. przejściowo zaniechać ich wykorzystywania w okresach braku prosperity).

Początkowo, administracja francuska próbowała zapobiegać temu ryzyku poprzez ustanawianie norm określających częściowo treść kontraktu koncesyjnego w formie tzw. *cahiers des charges types*. Zawierały one generalne i abstrakcyjne przepisy o obowiązku wykonywania koncesjonowanej działalności, obowiązku stosowania taryf zatwierdzanych przez koncedenta, przymusie kontraktowania (tj. zawierania umów z użytkownikami urządzenia publicznego) itp. Po pewnych niepowodzeniach w sporach przed *Conseil d'Etat* zaczęto uznawać, że stanowią one integralną część składową każdego indywidualnego aktu koncesyjnego. W odróżnieniu od swej historycznej poprzedniczki, charakterystyczną cechą *concession de service public* stała się wzmożona ochrona ogółu korzystających z urządzeń, realizowana w drodze władczego wpływu państwa na treść uprawnień i obowiązków łączących administrację z koncesjonariuszem oraz - przez państwową kontrolę sposobu wykorzystywania uzyskanej koncesji. Właśnie ów publiczno-administracyjny cel koncesji stał się jej znamienną cechą, której wyraz znalazł miejsce w jej nazwie *„service public"*[8] Odmiennie niż w przypadku koncesji robót publicznych, w której funkcje administracyjne (służenie ogółowi) pełniły jedynie rolę instrumentalną (wykonywanie koncesjonowanej działalności było funkcją służebną koncesji w stosunku do jej prywatno-merkantylnego celu), w nowszym typie koncesji „czynnik indywidualistyczny ustąpił na plan dalszy, z korzyścią dla dobra ogółu" - pisze P. Fischer.[9]

7. Por. A. de Laubadère: Traité théorique et praktique des contrats administratifs, Paris, t. 1, s. 365 i nast.
8. Por. A. Blondeau, op. cit., s. 54.
9. Por. P. Fischer, op. cit., s. 22.

Kolejną cechą odróżniającą koncesję *de service public* od koncesji *de travaux publics* dostrzegano w charakterze zachowań, do których zobowiązywał się koncesjonariusz. Głównym zadaniem przedsiębiorcy po zawarciu tradycyjnego kontraktu koncesyjnego było wzniesienie budowli bądź wykonanie innego urządzenia publicznego. Jego następne zachowania polegały natomiast na znoszeniu korzystania z tych urządzeń (pomijając incydentalne przypadki naprawiania uszkodzonego urządzenia), połączone z pobieraniem z tego tytułu, przewidzianych koncesją, opłat. W późniejszym typie tej koncesji świadczenia rzeczowe uprawnionego nie miały już charakteru jednorazowego, były świadczeniami ciągle się powtarzającymi (np. prowadzenie publicznych przewozów kolejowych, przedsiębiorstw wodociągowo-kanalizacyjnych, zaopatrujących w gaz, energię elektryczną itp.), bez których dokonywania wypełnienie celu koncesji było niemożliwe. Nie oznacza to wszakże całkowitego wykluczenia w późniejszych koncesjach cech *concession de travaux publics*. Przykładem tego były chociażby koncesje pocztowe czy telekomunikacyjne, w których budowa urządzeń pocztowych i stacji przekaźnikowych była nieodzownym warunkiem właściwego wykonania postanowień aktu koncesyjnego. Jak wskazywał A. Laubadère, w odróżnieniu od tradycyjnych koncesji robót publicznych, budowa takich urządzeń była nie przedmiotem i celem koncesji *de service public,* a jedynie środkiem do osiągnięcia celu.[10]

Nie wszystkie koncesje służby publicznej wymagały wszakże wzniesienia budowli czy innych urządzeń. Jako przykład można tu wskazać - za W. Jellinkiem - koncesję na odławianie wałęsających się psów.[11]

3. Cechy wspólne koncesji służby publicznej i koncesji robót publicznych

Pomimo wskazanych różnic oba typy koncesji miały też cechy wspólne. Wskazać tu trzeba na trwałość, wzajemność, umowny charakter i tryb kształtowania treści obu koncesji. Wzmocniony udział władzy publicznej w określaniu obowiązków koncesjonariusza oraz zastrzeganie sobie prawa do jego kontrolowania, były z pewnością przyczynami, że w doktrynie francuskiego prawa administracyjnego zakwestionowano wyłącznie umowny charakter koncesji *service public*.[12]

Oba omówione powyżej typy koncesji administracyjnych łączyło - zdaniem M. Hauriou - również to, że w każdym przypadku mieliśmy w nich do czynienia z realizowaniem zadań o charakterze użyteczności publicznej (a więc zadań władzy

10. Por. A. Laubadère, op. cit. t. I, s. 11.

11. Por. W. Jellinek: Verwaltungsrecht, Berlin 1928, s. 506, a także A. Blondeau, op. cit., s. 81.

12. Por. P. Fischer: op. cit., s. 78 i nast. wraz z powoływaną tam literaturą na temat cywilnoprawnego, administracyjnego oraz mieszanego charakteru umów koncesyjnych i samych koncesji.

administracyjnej) przez podmioty prywatne, pozostające poza strukturą zhierarchizowanej rządowej władzy wykonawczej.[13]

II. Koncesje nadające prawa do rzeczy

4. Koncesje na zajęcie dobra publicznego

Terminu koncesja używano także we Francji do określenia sytuacji, w których jednostkom nadawane są szczególne uprawnienia do korzystania z majątku publicznego. Nauka i orzecznictwo nazywały je *concession d'ocupation du domaine public* (w tym miejscu będą one określane po polsku jako „koncesje na zajęcie dobra publicznego"). Pozostawały one w pewnym, nawet dość ścisłym związku z poprzednio opisywanymi koncesjami służby publicznej. W wielu przypadkach *concession de service public* ich realizacja wymagała dysponowania szczególnymi prawami do dóbr publicznych, jak np. koncesja na dostarczanie energii elektrycznej z elektrowni wodnej czy wykonywanie publicznego transportu drogowego bądź świadczenie usług telekomunikacyjnych.[14]

Przedmiotem różnorodnych koncesji na zajęcie dóbr publicznych bywało zakładanie prywatnych portów rzecznych i morskich, prawo do wystawiania kabin kąpielowych na plażach publicznych, prawo do urządzania pogrzebów na cmentarzach publicznych czy nawet - prawo do naklejania plakatów na obiektach publicznych. Analizując wszystkie koncesje tego typu A. Laubadère podjął się roli ich sklasyfikowania, stosując dwojakiego rodzaju kryteria rozróżnienia.

Po pierwsze - pisał - koncesje takie można podzielić na te, które przewidują *normalne* i *nienormalne* korzystanie z dobra publicznego. Po drugie, do klasyfikacji ich można użyć kryterium przeznaczenia przedmiotu koncesji. Rozumując w ten sposób, koncesje komunikacyjne i drogowe uznać należy za przypadek koncesji *anormalnego* korzystania z takich rzeczy publicznych jak drogi, brzegi rzek czy mórz, które „przeznaczone są przecież do wspólnego (a nie prywatnego) użytku ogółu". Druga kategoria tego typu koncesji *de domaine public* cechowała się *normalnym,* prywatnym korzystaniem z dóbr publicznych, zastrzeżonych właśnie do indywidualnego używania, jak np. nadanie prawa do wystawiania towarów na targach i w halach targowych, prawa do urządzania pochówków na cmentarzach publicznych. Różnica pomiędzy tymi dwoma kategoriami koncesji tkwiła zatem - wg. A. Laubadèr'a - „w samej naturze ich przedmiotu".[15] Pierwsza, stanowiła przypa-

13. Por. M. Hauriou: Précis de droit administratif et la droit public, Paris 1927, s. 367.
14. Por. A. Blondeau, op. cit., s. 111 i nst.
15. Por. A. Laubadère: op. cit., s. 48 i nast.

dek wyjątkowego korzystania z rzeczy, które - zgodnie ze swą naturą - nie były przeznaczone do użytku prywatnego; druga - była przypadkiem szczególnego korzystania z rzeczy publicznych zgodnie z ich naturą ale pomimo tego - uzależnionego (na mocy szczególnego aktu prawnego) od uzyskania koncesji.[16]

Ostatnia z omawianych kategoria koncesji *de domaine public* zdaje się niejako odstawać od wszystkich poprzednich typów i kategorii. Trudno w niej bowiem dostrzec element *nadania nowego, nie przysługującego jednostce uprawnienia.* Skoro ma ona na podstawie takiej koncesji czynić prywatny użytek z dobra publicznego przeznaczonego właśnie do indywidualnego (a nie ogólnego, zbiorowego czy powszechnego) użytku, uzyskanie koncesji nie rozszerza już jej praw podmiotowych tak, jak w pozostałych przypadkach. Koncesja stanowi tu jedynie usunięcie przeszkody w korzystaniu z danej rzeczy, ustanowionej przez państwo wprowadzeniem wymogu jej uzyskania. Różnica pomiędzy koncesjami a zwykłymi pozwoleniami staje się w tym miejscu bardzo mglista.[17]

Stosunek prawny, kształtowany pomiędzy państwem i osobą prywatną poprzez omawiane ostatnio typy koncesji traktowany był tradycyjnie jako stosunek *ze swej natury umowny.* Jako taki podporządkowany byłby reżymowi prawa prywatnego. Koncesja *de domaine public* jest natomiast - według A. Laubedère'a - umową administracyjną i podlega właściwości sądów administracyjnych.[18] A. Blondeau ujął to inaczej stwierdzając, że koncesja *„została w odróżnieniu do umów cywilnoprawnych odebrana jurysdykcji sędziów sądów powszechnych".*[19]

5. Koncesje „prywatyzujące" mienie państwowe

Pojęcie koncesji wykorzystywane bywało we francuskim porządku prawnym również do określenia aktu przekazania uprawnień do korzystania oraz zbywania praw do nieruchomości pozostających własnością państwa lub innych korporacji publicznoprawnych ale - w odróżnieniu od koncesji *de domaine public* - nie pozostających do dyspozycji ogółu. Z tego też względu określano je *domaine privé.*[20]

Koncesje nadające prawa do korzystania z *domaine privé* lub przenoszące prawo własności do tej części mienia państwowego nazwano we Francji *concession d'utilisation ou d'alienation du domaine privé* (tu nazwiemy je, próbując odzwierciedlić w nazwie ich wspólną cechę, koncesjami „prywatyzującymi" mienie państwowe). Obejmowały one dwustronne czynności prawne, podobne do klasy-

16. Por. ibidem, s. 48.

17. To tak, jak gdyby ustanowić prawny wymóg uzyskania koncesji na chodzenie po ulicach (sic !) czy jeżdżenie pojazdem po drogach publicznych.

18. Por. A. Laubadère, op. cit., s. 48.

19. A. Blondeau, op. cit., s. 82.

20. Por. A. Laubedère, op. cit., s. 67 i nast.

cznych umów dzierżawy. Na ich podstawie koncesjonariuszowi przekazywana było - w zamian za jednorazową bądź uiszczaną periodycznie opłatę pieniężną - prawo używania nieruchomości stanowiącej własność Państwa lub gminy. Tym, co odróżniało je od, podobnego pod względem konstrukcji prawnej i gospodarczego przeznaczenia, stosunku dzierżawnego było to, że jedna ze stron - państwo lub gmina - mogły tu mieć wpływ (jak twierdzi A. Laubedère) na „prawną naturę przedmiotu koncesjonowania, której zmiana mogła pociągnąć za sobą również przekształcenie ustanawiającej taką koncesję warunkowej czynności prawnej". Państwo „może bowiem zmienić przeznaczenie przedmiotu takiej koncesji czyniąc z niego dobro publiczne (*domaine public*), zarządzanie którym podlegać już będzie nie umowom cywilno-prawnym lecz administracyjno-prawnym".[21]

W wielu przypadkach koncesją nazywało się we Francji nie tylko przekazanie prawa użytkowania *domaine privé* ale nawet przeniesienie własności nieruchomości zaliczanej do majątku publicznego wyłączonego spod powszechnego użytku. Wskazuje na to poniekąd podana powyżej oryginalna nazwa tego typu koncesji (*concession d'alienation du domaine privé*). Typową cechą przeważającej części tych koncesji było daleko posunięte ubóstwo publicznoprawnych zobowiązań koncesjonariusza. Z tego też pewnie względu uznano je za podporządkowane prawu cywilnemu.[22] Nie było tak jednak zawsze.

6. Kolonialna wersja *concession de domaine privé*

W swojej monografii poświęconej koncesjom międzynarodowym P. Fischer opisuje np. bardzo interesującą, dziś już nieco anachroniczną, odmianę kolonialną *concession de domaine privé*. Szczególnie istotną rolę odegrała ona w procesie kolonizacji terytoriów francuskich w Afryce. Spełniała wówczas właśnie ważne funkcje publiczne, a mianowicie - przygotowania pod uprawę i zagospodarowanie należących do państwa nieruchomości i posiadłości ziemskich. Stosowany był w tym celu tzw. system dwufazowy. W pierwszej fazie koncesjonariuszowi przyznawano na czas określony, za odpowiednią opłatą pieniężną, prawo użytkowania otwartych, a co za tym idzie - nie zagospodarowanych posiadłości.

Świadczenie wzajemne uprawnionego nie polegało jednak wyłącznie na wniesieniu powyższej opłaty ale ponadto - i tu właśnie pojawiał się ów, odróżniający taką koncesję od zwykłego kontraktu dzierżawnego, element o charakterze publicznym i służący celom administracyjnym - na działaniach gospodarczych koncesjonariusza polegających na zmeliorowaniu objętego terytorium i podjęcia innych

21. Ibidem.
22. Por. ibidem.

działań niezbędnych do uczynienia go użytecznym. Np. - na karczowaniu terenów leśnych, wznoszeniu takich urządzeń jak mosty, porty, przystanie itp.[23]

Odnoszące się do tych działań obowiązki koncesjonariusza były ustanawiane przez władze państwowe, tj. - przez administrację kolonii - dość często. Czyniono to w opisywanych powyżej *cahiers des charges types*. W wielu wypadkach przewidywano w nich możliwości nie tylko jednostronnej zmiany treści tych obowiązków ale nawet - jednostronnego rozwiązania łączącego obie strony kontraktu w sytuacji, gdy koncesjonariusz nie wypełniał należycie swych obowiązków. Służyła w tym celu przeważnie instytucja prawna wygaśnięcia (*déchéance*) stosunku prawnego w przypadku spełnienia się warunku rezolutywnego ustanowionego w *cahiers* lub samodzielnie, w kontrakcie koncesyjnym, a polegającego na zawinionym niewypełnieniu istotnych postanowień zawartej umowy.[24] Uprawnienie do orzeczenia takiego skutku przysługiwało jednakże wyłącznie tzw. sędziemu kontraktu (*juge du contrat*), a nie - organowi administracji.[25]

W drugiej fazie, stosunek prawny łączący koncedenta z koncesjonariuszem zmieniał całkowicie swój charakter prawny. Po upływie „okresu próbnego" koncesjonariuszowi odstępowano pełne prawo własności do przekazanej mu wcześniej części *domaine privé*. Tym samym - z racji podlegania prawa własności, jako prawa prywatnego, kodeksowi cywilnemu - obowiązujące pierwotnie koncesjonariusza obowiązki publicznoprawne wygasały. Działo się tak również wówczas, gdy do oznaczenia aktu zmieniającego charakter uprawnień koncesjonariusza używano terminu „koncesja". Charakter prawny takich koncesji był zatem niejako przemienny. Stosunek prawny łączący koncedenta z koncesjonariuszem ulegał w nich bowiem przekształceniu - z administracyjnoprawnego w cywilnoprawny.[26]

W procesie kolonizacyjnym i do tych samych celów, wykorzystywano również ten sam typ koncesji w wersji jednofazowej. Zawierając kontrakty koncesyjne na Madagaskarze koncesjonariuszowi przekazywano bezpośrednio prawo własności, przy czym akt taki miał charakter (sic !) warunkowy. Jego skuteczność prawna uzależniona była od spełnienia warunku uiszczania przez okres próbny na rzecz skarbu państwa pewnych, określonych w kontrakcie, świadczeń, głównie pieniężnych.[27]

23. Por. P. Fischer, op. cit., s. 28, a także A. Laubedère, op. cit., T. II, acpt 1613-1615.
24. Por. A. Laubedère, ibidem.
25. Por. op. cit., T. III, acpt 1049, podaję za P. Fischer'em: op. cit., s. 29.
26. Por. op. cit., T. II, acpt 1615 oraz P. Fischer, op. cit., s. 29.
27. Por. P. Fischer, op. cit., s. 28.

7. Pokrewieństwo koncesji *de domainé privé* z pozostałymi rodzajami koncesji francuskich

Porównanie omówionych ostatnio typów koncesji *d'utilisation du domainé privé* z typami takimi jak koncesja robót publicznych, koncesja służby publicznej czy koncesji *de domainé public* pozwala na stwierdzenie, że koncesje „prywatyzujące" mienie państwowe nie włączone do powszechnego użytku oddalone są od sfery zadań publicznych w największym stopniu. Brak w nich przede wszystkim elementu spełniania przez koncesjonariusza funkcji administracji państwowej. W swych odmianach „kolonialnych" wniosek ten nie jest już taki pewny. Jak wykazał to P. Fischer, znamiona publicznoprawnego charakteru dają się w nich zauważyć. Zawierały bowiem elementy, które we francuskiej nauce i praktyce uznano wówczas za właściwe koncesjom administracyjnym, a mianowicie:

1) kształtowanie stosunku prawnego między państwem a osobą prywatną,

2) wzajemny charakter oraz

3) służenie wypełnianiu szeroko rozumianym zadaniom administracji publicznej przez osoby prywatne.[28]

Treścią tych zadań, w przypadku koncesji kolonialnych, było odkrywanie i pozyskiwanie bogactw naturalnych kolonizowanych krajów. I nie chodziło tu o czysto fiskalną działalność państwa, skoro wykonywało ono przy tym - poprzez zastosowanie takich instrumentów jak *cahiers des charges,* okresy próby, *déchéance* itp. - funkcje kontrolne i gospodarczo-interwencyjne. W odróżnieniu jednak od koncesji robót publicznych czy koncesji służby publicznej, wykonywana przez koncesjonariusza działalność „administracyjna" wpływała na dobro ogółu jedynie pośrednio (poprzez wzrost dochodów państwa, przyśpieszenie ogólnego rozwoju gospodarczego czy też - poprawę koniunktury gospodarczej).[29] Niewątpliwie spełniała jednak ta koncesja funkcje służebne w ramach realizacji polityki państwa (przede wszystkim - gospodarczej). Udzielając koncesji i nadzorując jej wykonanie administracja publiczna skłaniała podmioty prywatne do określonych, korzystnych z punktu widzenia interesów państwa, zachowań. Nawiązując do terminologii wprowadzonej do polskiej nauki prawa administracyjnego przez T. Bigo,[30] realizację takiej koncesji określić moglibyśmy wykonywaniem *zadań zleconych administracji publicznej.*

Porównując przedstawione dotąd typy koncesji z kolonialną wersją *concession d'utilisation du domaine privé* podkreślenia wymaga przede wszystkim prze-

28. Por. ibidem.

29. Por. ibidem, s. 29.

30. Por. T. Bigo, Związki publicznoprawne..., op. cit.

mienność charakteru stosunku prawnego tej ostatniej (poza wersją jednofazową). Otóż specyfiką koncesji *de travaux publics* oraz *de service public* było to, że własność ich substratu rzeczowego - zakładów, urządzeń i budowli - przechodziła w zasadzie, po upływie terminu, na który udzielono koncesji, na własność państwa (lub - w przypadku koncesji komunalnych - gminy). W przypadku *concession d'utilisation* reakcja była odwrotna. Koncesjonariusz stawał się właścicielem każdego urządzenia, poprzez wzniesienie którego wypełnił wcześniej swoją „publiczną" rolę. Pierwotnie publicznoprawny stosunek pomiędzy nim, a władzą publiczną, przekształcał się w stosunek prawa prywatnego.

III. Pojęcie i cechy charakteryzujace koncesję według doktryny i prawa państw niemieckojęzycznych

8. Miejsce koncesji w państwach niemieckiej kultury prawnej

Pojęcia koncesja używano w systemach prawnych państw tego kręgu nie tak jednolicie, jak we Francji. Posługiwano się tym terminem do oznaczenia bardzo zróżnicowanych zjawisk prawnych i instytucji prawnych. W odróżnieniu od „państwa-kolebki" koncesji, także w doktrynie poświęcano tam tej problematyce zdecydowanie mniej miejsca. Poza podręcznikami prawa administracyjnego, zajmowano się nią przeważnie w opracowaniach poświęconych umowom administracyjnym.[31]

Nauka niemiecka budowała początkowo teorię koncesji, jako formy wykonywania administracji publicznej, opierając się na omówionych w rozdziale pierwszym przywilejach z epoki państwa feudalnego i państwa policyjnego. Przywilej nie stwarzał jednostce go uzyskującej - uważano - publicznego prawa podmiotowego. Przypomnijmy, że panujący książe (król) przekazywał jednostce pewne zastrzeżone mu uprawnienia władcze (*iura regalia*) w formie *Privilegium* w celu ich „eksploatowania". Nadanie owych przywilejów traktowano wszakże jako akt władzy ustawodawczej, nie mniej jednak prawa i obowiązki, nałożone na uprzywilejowanego w drodze kontraktu, oceniane były według reguł cywilistycznych. W połowie XIX w. pojawiły się wszakże wątpliwości co do charakteru koncesji (tzw koncesji „kolejowych"). Jedna grupa uważała koncesję właśnie za kon-

31. Por. W. Appelt: Die verwaltungsrechtliche Vertrag, Leipzig 1920, M. Layer: Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vetrag, Graz u. Leipzig 1916, O. Potschter: Wesen und Recht der Konzession (Verleihung) in Deutschland und Sowjetrußland, Jena 1928, Helbing: Bedingte Konzessionszurücklegung, „Das österreichischen Verwaltungsblatt" 1930, s. 5 i nast.

trakt prawa prywatnego zawierany pomiędzy państwem a przedsiębiorcą. Inna, dzieliła koncesję na dwie części:

- publicznoprawną, obejmującą nadanie koncesjonariuszowi praw do zajęcia i wywłaszczenia nieruchomości niezbędnych do wykonywania koncesjonowanej działalności i
- prywatnoprawną, obejmującą regulację pozostałych praw i obowiązków obu stron kontraktu.

Trzecia grupa traktowała natomiast koncesję jako akt w pełni publicznoprawny, jednakowoż - nie stwarzający obywatelowi, który go uzyskiwał, żadnych praw podmiotowych, wskutek czego - koncesja mogła mu być w każdej chwili odebrana i to bez prawa do odszkodowania.[32]

9. Mayer'owska teoria koncesji administracyjnych

Tym, który podjął próbę uporządkowania nauki prawa administracyjnego, był O. Mayer. W swym podstawowym dziele dokonał on rozgraniczenia wszystkich pokrewnych i często zamiennie używanych pojęć rozróżniając: pozwolenia policyjne (*Polizeierlaubnis*), pozwolenie na używanie rzeczy publicznej (*Gebraucherlaubnis*) oraz dwa typy koncesji (*Koncession, Verleihumg)*: koncesję nadania szczególnego prawa korzystania z rzeczy publicznej *(Konzession der Verleihenen Gebrauchrecht)* i koncesję służby publicznej, zwanej przez niego także koncesją nadania statusu przedsiębiorstwa publicznego *(Verleihung der öffentlichen Unternehmen).* Punktem wyjścia tej klasyfikacji było dla O. Mayer'a pojęcie publicznych praw podmiotowych[33] oraz wolności jednostki wobec państwa. Jedynie koncesja stwarzała jednostce nowe, publiczne prawo podmiotowe. Pozwolenie policyjne odnosi się natomiast do tych sfer życia jednostki, w których przysługuje jej (płynąca z naturalnej, przyrodzonej człowiekowi wolności) swoboda zachowania. Wydając pozwolenie władza publiczna stwierdza jedynie - pisał O. Mayer - brak przeszkód w korzystaniu z owych naturalnych praw. Akt ten nie nadaje jednostce żadnego nowego prawa podmiotowego.[34]

32. Por. G. Skalla: Rola koncesjonariusza w administracji w świetle kolizji prawa publicznego z prawem prywatnym (z przedmową J.S. Langroda), Katowice 1938, s. 33-34.

33. Pojęcie publicznych praw podmiotowych nie odzyskało nadal poczesnego, należnego sobie miejsca w polskiej doktrynie. Reprezentatywny przegląd literatury obcej i polskiej oraz krytyczną jej analizę znajdujemy w pracy M. Maciołek: O publicznym prawie podmiotowym, „Samorząd Terytorialny" 1992, Nr 1-2, s. 3 i nast.

34. Por. O. Mayer, op. cit., s. 239, 243 i nst.

10. Koncesja szczególnych uprawnień do rzeczy publicznych

Koncesja, zdaniem O. Mayer'a, stwarzała natomiast jednostce zupełnie nowe prawo podmiotowe i jednocześnie - możliwość prowadzenia działalności, która nie mieściła się w sferze jej naturalnych praw wolnościowych. Dawała możność prawną rozporządzania tym, co należało wyłącznie do władzy publicznej. Po pierwsze, mogło to być „prawo władania we własnym imieniu i dla własnego pożytku rzeczą publiczną". Chodziło tu głównie o drogi i wody państwowe przeznaczone do powszechnego użytku bez potrzeby uzyskiwania wcześniejszych zezwoleń. Pozwolenia władzy publicznej wymagano jedynie na takie rodzaje korzystania z tych rzeczy, które wykraczały albo poza przeznaczenie rzeczy albo mogły stwarzać zagrożenia w dostępie do nich przez ogół obywateli. Udzielane pozwolenie zapewniać miało, że w trakcie korzystania z rzeczy publicznych nie będą naruszone ani przepisy prawa ani interesy publiczne. Ich udzielenie nie stwarzało jednostce - zdaniem O. Mayer'a - nowego prawa podmiotowego. Nadanie szczególnego prawa do korzystania z drogi lub z wód publicznych stwarzało natomiast jednostce publiczne prawo podmiotowe do wykorzystywania tych dóbr w celu założenia na nich urządzeń niezbędnych do prowadzenia określonej działalności. Jako przykłady podawał O. Mayer nadanie prawa do ustawiania jazów na drodze wodnej, zakładania urządzeń irygacyjnych, portów i przystani na wodach publicznych, a także układanie torów kolejowych na drogach publicznych. Wszystkie te przedsięwzięcia - pisał - są zbyt kosztowne, by mogły opierać się na zwykłym pozwoleniu na korzystanie z rzeczy publicznej. Stąd prawo płynące z koncesji jest (bo musi być) pewne i zbywalne, a pozbawić go ją można wyłącznie w drodze wywłaszczenia za słusznym odszkodowaniem. Autor ten twierdził, że również później wydane koncesje nie mogą spowodować zakłóceń w korzystaniu z koncesji już udzielonych.[35] Prawa koncesjonariusza nie były jednak nieograniczone. Posiadacz koncesji mógł korzystać z rzeczy publicznej jedynie w tym celu, który został określony w akcie nadania i zgodnie z warunkami w nim ustalonymi. Ponadto koncesjonariusz podlegał dość daleko posuniętej kontroli, „wykraczającej poza zakres policji przemysłowej". Miała ona na celu zapewnienie wykorzystywania rzeczy publicznej i koncesji zgodnie z ich przeznaczeniem. Ponadto „- ze względu na przeznaczenie rzeczy publicznych do zaspokajania potrzeb ogółu - koncesjonariusz, otrzymując prawo do korzystania z nich, powinien zapewnić użyteczność swego prawa dla innych". Stąd też wypływa - twierdził O. Mayer - obowiązek wykorzystywania koncesji, egzekwowalny w trybie administracyjnym.[36] Koncepcja ta przypomina w znacznym stopniu francuską *concession d'ocupation du domaine public*. Tym, co różni oba podejścia, jest rezygnacja Mayer'a z rozgraniczа-

35. Por. ibidem, s. 95 i nast
36. Por. ibidem, s. 98.

nia na normalne i nienormalne oraz zgodne i niezgodne z przeznaczeniem, korzystanie z rzeczy publicznych.

11. Koncesja przedsiębiorstwa publicznego

Druga ze wspomnianych mayer'owskich odmian koncesji jawi się jako akt administracyjny, mocą którego jednostce nadawana jest „władza nad pewną częścią administracji publicznej", rozumianej jako działalność charakteryzująca się i ograniczona specyficznym celem - służeniem potrzebom ogółu. Działalność tę określił O. Mayer jako „przedsiębiorstwo publiczne" (*öffentliches Unternehmen*).[37] Funkcję tę koncesjonariusz wykonywać miał we własnym imieniu. W odróżnieniu od korporacji samorządowych stanowiła ona niejako dodatek przyznawany podmiotowi już istniejącemu lub takiemu, który mógłby istnieć i funkcjonować również bez tego przymiotu.[38] Niezależnie od tego - twierdził O. Mayer - czy tym upoważnionym podmiotem będzie osoba fizyczna, osoba prawna prawa prywatnego czy publicznego (np. gmina), po wyposażeniu ich, mocą koncesji, w cząstkę władztwa nad określoną częścią administracji publicznej, ich stosunek do państwa regulowany będzie w tym zakresie nie według reguł obowiązujących osoby fizyczne, spółki handlowe, czy związki komunalne, lecz według tych samych reguł obowiązujących wszystkich koncesjonariuszy.[39]

Główną sferą wykorzystywania koncesji tego typu była dla O. Mayer'a komunikacja i łączność. W tym trybie dochodziło do nadawania praw do budowy, utrzymania i zarządu wszelkiego rodzaju drogami publicznymi, kolejami, mostami, telegrafami.[40] Przyznawanie tych koncesji łączyło się często z nadawaniem szczególnych praw do korzystania z rzeczy publicznych. Występowały zatem koncesje łączące w sobie prawa obu rodzajów (koncesje mieszane). Odrębność koncesji przedsiębiorstwa publicznego od koncesji pierwszego typu wyrażała się w tym, że działalność, która w oparciu o nią była podejmowana, zastrzeżona była wyłącznie państwu (czy to w drodze monopolu państwowego czy też z racji jej natury, jak np. prawo do zajmowania oraz wywłaszczania prywatnych nieruchomości). W

37. Pojęcie przedsiębiorstwa publicznego (*öffentliches Unternehmen)* używane było przez O. Mayera w sensie funkcjonalnym, a nie - tak jak współcześnie - jako przedsiębiorstwo należące do państwa bądź innej korporacji publicznoprawnej. Mayer, będąc pod wrażeniem rozwiązań francuskich, odniesionych w czasie badań nad tamtejszym prawem administracyjnym (por. idem: Theorie des französichen Verwaltungsrecht, Strassburg 1886), jako przedsiębiorstwo publiczne traktował przedsięwzięcie gospodarcze mające za cel służenie ogółowi. Współczesna doktryna austriacka i niemiecka odrzuca zdecydowanie kryterium celu jako element decydujący o rozgraniczeniu przedsiębiorstw publicznych od przedsiębiorstw prywatnych (por. K. Wenger: Die öffentliche Unternehmung, Wien 1970, s. 102 i nast.).

38. Element ten podkreślał, przyłączając się do poglądów O. Mayer'a nt. koncesji, W. Jellinek, op. cit., s. 526.

39. Por. O. Mayer, ibidem.

40. Por. ibidem s. 245-251.

oparciu o koncesję Verleihenen Gebrauchrecht mogło natomiast dochodzić do podejmowania działalności dostępnej swobodnie każdej jednostce pod warunkiem, że wykorzystywane do niej byłyby nie rzeczy publiczne lecz mienie prywatne.[41]

12. Koncesje administracyjne a wolność jednostki

I w jednym i w drugim z omawianych przypadków, koncesja nadawać miała jednostce prawa, które dają się wyprowadzić wyłącznie z kompetencji państwa (gminy). Praw tych nie sposób wyprowadzić - zdaniem Mayer'a - z naturalnej wolności jednostki. I właśnie na założeniu istnienia takich rodzajów zachowań, które zastrzeżone są państwu jako zbiorowości, opiera się cała mayer'owska teoria koncesji. Tylko ono - za pośrednictwem swoich organów - mogło rozporządzać należącym do niego mieniem publicznym, albo też - prowadzić działalność wyłączoną na mocy obowiązującego prawa spod wolnej przedsiębiorczości obywateli bądź nie mieszczącą się w jej granicach. Nie sposób jednak nie zauważyć, że jednorodność i jakościowa odmienność tak rozumianej koncesji - w stosunku do innego typu pozwoleń - mogła wzbudzać wątpliwości. Jeżeli bowiem określona działalność została zastrzeżona prawem państwu lub - jak twierdzi autor tej koncepcji - wyłączona ze „swobodnej przedsiębiorczości obywateli", to uzyskując „koncesję" na podejmowanie takiej działalności jednostka nie uzyskiwała niczego innego niż w przypadku zwykłego pozwolenia. Coś, co wcześniej było jej swobodnie dostępne, zostało zastrzeżone na rzecz państwa lub uzależnione od uzyskania „koncesji". Jedyną różnicą w stosunku do poprzednio omówionych pozwoleń wydaje się być to, że akt taki nie spełniał funkcji policyjnej prewencji lecz inne funkcje (fiskalne, polityczno-gospodarcze itp.). Pamiętając o rezultacie rozważań w poprzednim rozdziale należy zatem uznać, że sprowadzanie odrębności koncesji „przedsiębiorstwa publicznego" od pozwoleń wydawanych w ramach *Verbot mit Erlaubnisvorbehalt* do tego, że koncesje nadają ich posiadaczom prawa do zachowań, które nie dają się wyprowadzić z przysługującej jednostce wolności wszelakich zachowań, nie oddaje istoty zagadnienia w całości. Jedynie wówczas, gdy granice tej wolności zakreślone zostały w ustawie konstytucyjnej,[42] konstrukcja dopuszczająca nadawanie zastrzeżonych na tym poziomie uprawnień w formie

41. Por. ibidem, s. 95 i nast oraz ss. 244-245. Zasygnalizowania wymaga wszakże fakt, że maer'owska koncepcja koncesji nadającej szczególne prawa do korzystania z rzeczy publicznych opierała się na jego teorii własności publicznej (*öffentliches Eigentum*), odrzuconej w całości przez współczesną doktryną austriacką i niemiecką. Por. Antoniolli: Allgemeinesverwaltungsrecht, Wien 1953, s. 247 i nast.

42. Tak, jak ma to np. miejsce w Szwajcarii, której konstytucja zastrzega, uznaje lub dopuszcza wyłączność Konfederacji i kontonów w niektórych dziedzinach działalności gospodarczej (w art. 23bis w ust. 3 - upoważnienie do zastrzeżenia na rzecz Konfederacji prawa do wyłączności w zakresie importu mąki, w art. 31 w ust. 2 - uznanie regali kontonalnych, w art. 32bis - wyłączność Konfederacji w produkcji brandy, w art. 38 - wprowadzeniu monopolu bicia monet. w art. 39 - monopolu wydawania banknotów).

koncesji na rzecz osoby prywatnej prowadziłaby do powstania instytucji różnej jakościowo pod względem prawnym od pozwoleń opierających się na zakazach z zastrzeżeniem pozwolenia, ustanawianych w ustawach zwykłych. Uprwnienia wynikające dopiero z takich koncesji mogłyby być traktowane jako „nie dające się wyprowadzić z praw wolnościowych jednostki" ale i to tylko przy założeniu, że o wolności jednostki możemy mówić jedynie w sensie pozytywnoprawnym. Zapewne to miał na uwadze O. Mayer twierdząc, że praw uzyskanych z mocy koncesji nie da się wywieść z przyrodzonej, naturalnej wolności człowieka. Jak wyżej wskazano - nie był jednak w tych twierdzeniach konsekwentny, gdyż pokazując dziedziny, w których dochodzi do nadawania koncesji twierdzi, że „*zostały* (one - dod. D.R.K.) *wyłączone z mocy obowiązującego prawa*" ze sfery swobodnych zachowań jednostki. Skoro „zostały wyłączone", to oznacza to, że owa sfera nie była sferą naturalną, lecz została ukształtowana (czy to prawem pozytywnym, czy to orzecznictwem sądowym).

Powyższe zastrzeżenia do mayer'owskiej koncepcji koncesji tracą swą aktualność, gdy mowa jest o koncesjach nadających szczególne uprawnienia do rzeczy publicznych. Praw do korzystania z tych rzeczy w sposób lub w zakresie wykraczającym poza przysługujący powszechnie każdej jednostce nie da się bowiem - bez wątpienia wyprowadzić z wolności jednostki.

13. Chaos terminologiczny w posługiwaniu się terminem „koncesja"

Pomimo panującego przekonania, że O. Mayer dokonał uporządkowania pojęć w sferze prawa administracyjnego co do znaczenia takich terminów, jak pozwolenia policyjne, koncesje, przedsiębiorstwa użyteczności publicznej itp., można zaryzykować również twierdzenie, że opierając się i powołując na tego autora doktryna niemiecka stała się sprawcą dalszego pomieszania powyższych pojęć i nadużywania terminu „koncesja", traktowanego bez uzasadnienia jako oznaczający grupę jednorodnych zjawisk prawnych.

Pierwszym przykładem tego rodzaju nadużycia była tzw. teoria przywilejów *(Privilegientheorie).* Wykorzystano ją, w pochodzącym z 1926 r. słowniku nauk prawnych, do wyjaśnienia instytucji koncesji kolejowych.[43] Powołując się tam na W. Kienitz'a, potraktowano koncesję kolei żelaznych *(Eisenbahnkonzession)* jako jeden z aktów **ustawodawstwa** (*Gesetzgebung* podkr. - D.R.K.), na którego prawnej podstawie dochodziło do nadania swoistego rodzaju, wyjątkowego prawa, a mianowicie przywileju ujętego w formę indywidualnej koncesji kolejowej. Tym

43. Por. Stier-Somlo: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, s. 232.

sposobem umieszczono pojęcie koncesji o jeden stopień wyżej, w miejscu zastrzeżonym dla aktów zawierających normy abstrakcyjne i generalne.[44]

Teoria ta opierała się - w pozostałym zakresie - na słusznym poniekąd założeniu, że w wyniku uzyskania koncesji koncesjonariusz uzyskuje wyróżniającą go spośród innych obywateli pozycję prawną, do której nazwania użyto owej średniowiecznej instytucji prawnej. Cechę tę uznano w niej jednak nie tylko jako jeden z elementów definiowanego pojęcia ale jako jego jedyne znamię, wyróżniające kategorię koncesji od pozostałych pozwoleń. P. Fischer wyjaśnił to specyficzne podejście w następujący sposób. Otóż zwolennicy teorii koncesji jako przywileju próbowali osiągnąć w ten sposób zwiększony zakres ochrony koncesjonariusza przed samowolą władz państwowych (*staatliche Willkür*). Posługując się instrumentem przywileju, traktowanego i pierwotnie i w XIX w. za instytucję prawa prywatnego, chciano rozciągnąć na sytuację prawną koncesjonariusza moc obowiązującą zasady ochrony praw dobrze nabytych (*wohlerworbene Rechte*), uznawaną wówczas za cechującą wyłącznie stosunki cywilnoprawne, a nie publicznoprawne.[45]

Kolejnym „sprawcą" zamieszania terminologicznego w doktrynie niemieckiej koncesji był Ottmar Bühlers. Rozróżniał on bowiem tzw. koncesje w pełniejszym sensie, koncesje określane jako policyjne pozwolenia przemysłowe (*Gewerbepolizeierlaubnisse),* do których zaliczał „koncesje gospodarcze" *(Wirtschaftskonzessionen)* i takie uprawnienia, które „przysługują i mają być wydawane każdemu, bez potrzeby przeprowadzenia szczególnego postępowania, na podstawie postanowień o wolności przemysłowej".[46] Koncepcja ta znalazła swój wyraz w prawie pozytywnym.[47]

Innym przykładem nieudanej próby usystematyzowania poglądów nt. koncesji była koncepcja uporządkowania tych instytucji według ich przedmiotu (na koncesje komunikacyjne, przemysłowe, użytkowania praw itp.).[48] Ponieważ nie znalazła

44. Por. O. Potscher, op. cit., s. 37 i nast., P. Fischer, op. cit., s. 38 oraz zamieszczone w nin. rozdziale w pkt 17, poglądy J.S. Langroda, chyba również zwolennika teorii koncesji, jako aktów władzy ustawodawczej.

45. Por. P. Fischer, op. cit., s. 38. Por. Także K. Kormann: System der rechtsgeschaftlichen Staatsakte, Berlin 1910 (s. 120), gdzie - oprócz krytyki teorii przywileju - zauważona została również pewna jej wartość, polegająca na tym, że - używając historycznego pojęcia *Privilegium* jako terminu „przejściowego" - próbowała ona wyrwać charakteryzujące się wzajemnością czynności prawa publicznego z kręgu teorii umów (prawa prywatnego) i rozpoczęła traktowanie koncesji jako aktu administracyjnego.

46. Por. O. Bühlers: Zur theorie des subjektiven öffentlichen Rechts, Festgabe für Fritz Fleiner, Tübingen 1927, s. 26 i nast.

47. Przykładowo, § 5 ust. 2 austriackiego prawa przemysłowego (*Gewerbeordnung*) - ustawy z dnia 29 listopada 1973 roku (BGBl 1974 , Nr 50 z późn. zm.) przewiduje tzw. przemysły koncesjonowane (*konzessionierte Gewerbe*), których wykonywanie wymaga uzyskania zezwolenia - *Bewilligung* (*Koncession*). Podobnie uczynił też ustawodawca w polskim prawie przemysłowym z 1929 r.

48. Koncepcję tę - przypisywaną R. Diddens'owi - opisał K. Stern: Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsverträges, „Archiv des öffentlichen Rechts" 1959, s. 171.

ona żadnego oddźwięku w doktrynie, nie warto poświęcać miejsca jej bliższemu wyjaśnieniu.

O wiele bardziej zaznaczyły się w doktrynie wyjaśnienia F. Fleiner'a. Uważał on koncesję za suwerenny, jednostronny, państwowy akt prawny (prawotwórczy), wyrażony w formie zarządzenia (*Verordnung*) władzy wykonawczej. Wyjątkowo mogła mu być przypisana forma ustawowa. Aktem tym koncedent udzielał koncesjonariuszowi publicznego prawa podmiotowego do założenia i prowadzenia określonego przedsiębiorstwa.[49] Powstanie instytucji koncesji łączył F. Fleiner z faktycznym lub prawnym monopolem wykonywania pewnych czynności przez państwo. „Udzielając koncesji zrzekało się ono tej monopolistycznej wyłączności". Przyczyną nadania koncesji było - jego zdaniem - dobro publiczne (w przeciwieństwie do pozwoleń policyjnych, gdzie na plan pierwszy wysuwał się moment interesu indywidualnego).[50] Podobnie do O. Mayer'a, za koncesję F. Fleiner uważał także nadanie szczególnego prawa do korzystania z rzeczy publicznej. Nie modyfikując wszakże poglądów O. Mayer'a, natomiast opisując konkretne przykłady takich koncesji, pozwalające na odróżnienie ich od pozwoleń na korzystanie z rzeczy publicznej o charakterze wyjątkowym lub podejmowanych z motywów policyjnych i systematyzując je,[51] stał się autorem, do którego ustaleń odwoływali się następnie niemal wszyscy przedstawiciele niemieckojęzycznej doktryny.

Wiele miejsca poświęcił problematyce koncesji E-R. Huber w swoim wielkim dziele na temat administracyjnego prawa gospodarczego, podtrzymując zasadniczo koncepcję mayer'owską, ale raczej nie przyczyniając się do usystematyzowania wiedzy na ten temat. Próbując wykazać odrębność koncesji od zwykłych (prostych) pozwoleń przemysłowych (*bloße Erlaubnis*), autor ten odwoływał się do kategorii publicznych praw podmiotowych. W odróżnieniu od O. Mayer'a dostrzegał jednak, że i w jednym, i w drugim przypadku mamy do czynienia z powstawaniem, na skutek uzyskania koncesji i zwykłego pozwolenia, publicznych praw podmiotowych. Różnica między tymi aktami daje się sprowadzić do tego, że o ile skutkiem uzyskania zwykłego pozwolenia jest powstanie negatywnego publicznego prawa podmiotowego wyrażającego się w roszczeniu wobec państwa o niezakłócone, pozbawione władczej ingerencji jego organów, działanie w określonej tym pozwoleniem sferze, w przypadku nadania „prawdziwej" koncesji (*echte Konzession*) jej posiadacz uzyskuje publiczne prawo podmiotowe do wykonywania przypisanych mu zwierzchnich uprawnień gospodarczych; nie jest to żadne prawo do wolności od ingerencji, ale prawo do działania w określonej dziedzinie admini-

49. Por. F. Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht, Tübingen 1913, s. 322.
50. Por. ibidem, s. 341.
51. Por. ibidem, s. 380 i nast.

stracji publicznej.[52] Z tego też względu, koncesjonariusz poddawany jest nadzorowi administracyjnemu, wykraczającemu daleko poza granice zwykłego nadzoru przemysłowego. Zakres i treść uprawnień nadzorczych określona bywa w przypadku koncesji albo w samej ustawie, albo w akcie nadania - pisze E-R. Huber.[53] Wprawdzie autor ten przeciwstawiał się utożsamianiu prawdziwych koncesji z wyprowadzanymi z regaliów (praw wyłączności) przywilejami, ale omawiając te ostatnie nie omieszkał nazwać akt nadania przywileju aktem koncesyjnym czy też „koncesją monopolową" (*Monopolkonzessionen*).[54] Tym samym „prawdziwa" koncesja miałaby znajdować swoje zastosowanie poza obszarem naturalnych monopoli państwowych, chociaż równocześnie stosowana byłaby w dziedzinach, które ustawodawca uznał za wymagające koncesjonowania.

14. Poglądy prawników szwajcarskich na istotę i charakter prawny koncesji

Chęć przedstawienia stanu doktryny, orzecznictwa i prawa pozytywnego Szwajcarii na temat koncesji podyktowana jest specyficznością tego kraju. Łączą się w nim i przecinają dwie różne kultury prawne: francuska i niemiecka. Ponadto, tzw. wieczna niezależność i niezaangażowanie polityczne tej konfederacji, zakotwiczone w jej konstytucji, nie pozostało bez wpływu na oryginalność tamtejszej praktyki administracyjnej, a w tym i zjawiska koncesjonowania.

Th. Fleiner-Gerster dostrzega różnicę między znanymi i stosowanymi w praktyce administracyjnej koncesjami, a „zwykłymi" pozwoleniami w tym, że o ile te drugie ograniczają się jedynie do fakultatywnego stwierdzenia posiadania przez adresata określonych nimi uprawnień lub „przyznają jednostce pewne typowe uprawnienia", poprzez udzielenie koncesji „dochodzi do przekazania koncesjonariuszowi przez wspólnotę (państwo, kanton, związek gmin lub gminę - przyp. D.R.K.) uprawnienia, którym rozporządza tylko ona, ale przyznanie koncesji powoduje nadanie go innemu podmiotowi. Wraz z tym uprawnieniem jednostce przekazywana jest jednak także odpowiedzialność za dane zadanie".[55] W wyniku

52. Por. E-R. Huber: op. cit. T., I s. 695 i nast.

53. Por. ibidem. Przypomnieć tu należy, że tzw. „nadzór przemysłowy" rozumiany był jako szer zagwarantowanych i wykorzystywanych przez administrację publiczną kompetencji do kontroli i ingerowania w daną działalność przemysłową w przypadku, gdy jej przebieg naruszał lub jedynie zagrażał naruszeniem takich dór jak bezpieczeństwo, porządek, ład i moralność publiczna.

54. Huber wyrażał przekonanie, że uprawnienia przekazywane jednostce na mocy koncesji nie należą do państwa ze swej istoty, lecz zostały na jego rzecz zastrzeżone z woli pozytywnego ustawodawcy. Por. ibidem, s. 533 i nast. oraz 549 i nast.

55. Por. Th. Fleiner-Gerster: Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrecht, Zürich 1977, s. 150.

udzielenia koncesji na koncesjonariusza przechodzi obowiązek wykonania zadania mu zleconego przez państwo lub inny podmiot sprawujący władzę publiczną w Konfederacji, a które musiałaby w przeciwnym razie wykonać administracja publiczna.

Jak widzimy, różnicę między koncesjami a pozwoleniami autor ten próbuje dostrzec w „nietypowości" uprawnień przyznawanych koncesjonariuszowi przez władzę publiczną. Warto byłoby spróbować zatem wyszczególnić - czego sam on nie uczynił - cechy mające dowodzić owej nietypowości. W oparciu o rozważania i przykłady, którymi się posługuje, można odnieść wrażenie, że chodzi tu o takie cechy, jak:

a) znajdowanie się prawa do trudnienia się daną działalnością poza sferą obowiązywania zasady wolności gospodarczej,

b) konieczność zapewnienia nadzoru państwa nad sposobem wykonywania koncesjonowanej działalności.

W związku z udzieleniem przez administrację koncesji - twierdzi Th. Fleiner-Gerster - dochodzi do powstania między koncesjonariuszem a wspólnotą (*Gemeinwesen*) ścisłego stosunku prawnego. Władza koncesjonująca musi bowiem zapewnić, że nałożone zadania będą przez koncesjonariusza wykonane, musi go zatem nadzorować, móc udzielać mu poleceń i zagwarantować, że nie będzie on w trakcie wykonywania działań władczych przekraczał granic wyznaczonych państwu, kontonowi lub korporacji samorządowej obowiązującym prawem. Z drugiej zaś strony, koncesjonariusz „musi móc polegać na tym, że będzie mógł faktycznie korzystać z prawa, które zostało mu przekazane. Uzyskuje zatem prawo dobrze nabyte (*wohlerworbenes Recht*), które może mu zostać odebrane jedynie w drodze wywłaszczenia za słusznym odszkodowaniem".[56] Jeżeli na skutek konieczności stosowania się do ustanowionych w koncesji warunków i zleceń (np. taryfy opłat, nieprzerwanego funkcjonowania koncesjonowanego zakładu etc.) koncesjonariusz poniósłby stratę w swojej działalności, wspólnota winna partycypować w jej wyrównaniu. Przewidują to wyraźnie niektóre przepisy prawne,[57] ale nawet wówczas gdy ustawodawca milczy na ten temat, zawierane umowy koncesyjne zawierają przeważnie stosowne do tego celu postanowienia.[58]

W odróżnieniu od najnowszych wyników badań prawników niemieckich, w doktrynie szwajcarskiej nadal utrzymuje się przekonanie, że miejscem na wyko-

56. Por. ibidem, s. 151.

57. Por. art. 58 i 95 ust. 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1957 r. o kolejach żelaznych (SR. 742.101) oraz rozporządzenie wykonawcze do tej ustawy z 1958 r. (podaję za Th. Fleiner-Gerster'em: op. cit., s. 151).

58. Por. L. Eugster: Die Rechtsnatur der Verhältnisse konzessionierter Privatunternehmen der Daseinvorsorge zu Dritten, insbesondere zu Abnehmern, Freiburg 1972, s. 25-27.

rzystywanie instytucji koncesji są te dziedziny, w których państwu (lub innym wspólnotom) przysługuje prawo wyłączności „ich zagospodarowywania". Oprócz kolei są to takie sfery aktywności gospodarczej, jak wykorzystywanie sił napędowych należących do państwa (konfederacji lub kantonu) wód, wykorzystywanie państwowych dróg lądowych do przeprowadzania szyn i przewodów (sieci), nadawanie i odbieranie fal radiowych, zakładanie urządzeń żeglugowych (promy rzeczne, jazy, przepusty, stopnie wodne) itp. We wszystkich tych dziedzinach władze publiczne dysponują przy udzielaniu koncesji maksymalnym uznaniem, a monopol państwowy w nich wynika przeważnie z postanowień konstytucyjnych.[59]

Są jednak w Szwajcarii i takie dziedziny, w których obywatelom przysługują roszczenia o wydanie koncesji. Przykładem tego są koncesje na korzystanie z odbiorników radiowych i telewizyjnych (*Radio-Empfehlung-Konzessionen*), co zostało - na mocy art. 1 federalnej ustawy o łączności telegraficznej i telefonicznej - uznane za monopol państwowy, przysługujący Konfederacji. Pojawienie się tego rozwiązania prawnego Th. Fleiner-Gerster tłumaczy koniecznością znalezienia podstawy do pobierania opłat za RTV.[60] Ponieważ odbiór sygnałów RTV odbywał się bez wykorzystywania połączeń kablowych, nie było możliwości zastosowania w tej dziedzinie systemu opłat abonamentowych (nie dochodziło do „podłączenia do sieci"). Wnoszenie opłat za „prawo do korzystania z odbiorników RTV" daje się natomiast poddać kontroli i egzekwować wyłącznie w oparciu o fakt posiadania stosownego odbiornika (jego posiadanie i wykorzystywanie można ustalić nawet bez potrzeby wchodzenia do mieszkania, w którym się znajduje). Prawo szwajcarskie przewiduje ponadto, że jednostce przysługuje roszczenie - po spełnieniu warunków określonych prawem - o udzielenie koncesji na wykorzystanie drogi publicznej do założenia w niej rurociągów służących do przesyłania paliw płynnych i gazowych, a także - koncesji na zakładanie urządzeń telefonicznych, radiowych i telewizyjnych.[61]

Nieco głębiej do zagadnienia istoty koncesji administracyjnych i odróżnienia ich od typowych pozwoleń administracyjnych, a także od innych instytucji prawnych, podszedł Fritz Gygi. Zauważa on bowiem jeszcze inną kategorię prawną o strukturze i funkcjach zbliżonych do koncesji, lecz której nie uznaje za koncesję. Posługuje się w tym celu, znanym w piśmiennictwie niemieckim,[62] terminem aktu „nadania" (*Beleihung*) lub „przekazania zadań publicznych osobie prywatnej

59. Por. ibidem, s. 4-5 i cytowana tam literatura.

60. Podobne rozwiązanie stosowane jest w Austrii od dawna; w Polsce - do wejścia w życie ustawy o radiofonii i telewizji było tak samo, ale było to nazywane pozwoleniem.

61. Wynika to z art. 3 federalnej ustawy z dnia 4 października 1963 r. (SR.746.1 - podaję za T.Fleiner-Gerster'em: op. cit., s. 153).

62. Por. Wolff-Bachof-Stober: op. cit., T. I, s. 411 i nast. i J. Stuible-Treder: Der Beliehene im Verwaltungsrecht. Tübingen 1986 wraz z bogatą, wskazaną tam literaturą.

(*Übertragung öffeltlicher Aufgaben auf Private*) i konstrukcją tzw. osoby upoważnionej (*Beliehenen*), które to konstrukcje terminologiczne służyć mają do wyjaśnienia sytuacji, w których państwo decyduje o przekazaniu swoich uprawnień do wykonywania pewnych władczych funkcji osobie prywatnej. W odróżnieniu od koncepcji „upoważnionego przedsiębiorcy" zaproponowanej w zeszłym wieku przez O. Mayer'a, jako określającej pozycję prawną koncesjonariusza uzyskującego koncesję nadania statusu przedsiębiorstwa publicznego, współczesna koncepcja *Beliehene* zakłada przekazywanie osobom prywatnym nie jakichś fragmentarycznych uprawnień ale wręcz traktowania ich jako prywatnych instytucji realizujących przeważającą część albo nawet całą swoją, zaliczaną do sfery wykonywania ustaw, działalność w formach władczych.[63] Skutkiem tego „osoby upoważnione" poddawane są zdecydowanie intensywniejszemu niż koncesjonariusze nadzorowi co do wypełniania przekazanych im zadań publicznych, a ponadto - podporządkowani są zasadom odpowiedzialności państwowej (*Staatshafungsgrundsätzen*), ustanowionym w Szwajcarii w celu zabezpieczenia osób prywatnych przed szkodami wyrządzonymi w wyniku sprawowania przez instytucje publiczne ich funkcji władczych. Różnice między koncesjami a aktami nadania (*Beleihungen*) tkwią zatem - twierdzi F. Gygi - w sferze skutków praktycznych ich podjęcia.[64]

Analiza prawa szwajcarskiego oraz tamtejszej praktyki administracyjnej skłania tego autora do wniosku, że koncesje we właściwym tego słowa znaczeniu nie są kategorią jednorodną pod względem prawnym, że można raczej mówić o występowaniu różnych koncesji. Sugerowałoby to zbieżność poglądów z doktryną francuską. Tak jednak nie jest. Jedyną cechę wspólną wszystkich koncesji jest - według F. Gygi - to, że prawa do podejmowania działalności, na którą są one udzielane, nie da się wywieść z wolności przemysłu i handlu (*Handels- und Gewerbefreiheit*). Zarówno te koncesje, które nadają szczególne uprawnienia różnym osobom do korzystania z dróg i wód publicznych (wynikające z przysługującego danej wspólnocie prawa własności), jak i te, których udzielanie wywodzi się z monopoli, regalii czy z tzw. zwierzchności koncesyjnej wspólnoty (*Konzessionshoheit des Gemeinwesens*), prowadzą do uzyskania przez koncesjonariuszy takich uprawnień, z których nie mogliby korzystać nawet wówczas, gdyby przepisy prawa nie ustanowiły obowiązku uzyskania koncesji przed podjęciem danej działalności. Prawa te służą bowiem - na mocy postanowień szwajcarskiej konstytucji albo jako

63. Zagadnieniu temu J. Stuible-Treder poświęciła osobną monografię (op. cit.). Jako przykłady „upoważnionych" w literaturze wskazuje się: kapitanów statków morskich, pilotów cywilnych linii lotniczych, strażników leśnych i rybackich, prowadzących zgromadzenia, uprawnionych do wydawania świadectw legalnego pochodzenia lub zgodności z obowiązującymi normami rzeczoznawców leśnych, nasiennych, żywnościowych, budowlanych itp., notariuszy, mierniczych-geodetów etc.

64. Por. Fritz Gygi: Verwaltungsrecht. Eine Einführung, Bern 1986, s. 195-196.

refleks prawa własności - wspólnotom: gminie, kantonowi lub konfederacji. Odrębność koncesji od zwykłych pozwoleń ujawnia się zatem dopiero na szczeblu prawa konstytucyjnego, a nie prawa administracyjnego. Autor zauważa też, że prawa te nie zawsze dotyczą działalności zastrzeżonej na rzecz wspólnot publicznoprawnych jako dysponujących prawem własności rzeczy publicznych lub konstytucyjnym prawem wyłączności wykonywania działań, których dotyczą. Zdarzają się w Szwajcarii i koncesje - jak przykładowo koncesje na produkcję brandy albo na nadawanie programów radiowych lub telewizyjnych - uprawniające do prowadzenia działalności, która nie została zastrzeżona na rzecz którejkolwiek z tamtejszych wspólnot, a jedynie poddana rygorowi koncesjonowania w samej konstytucji.[65]

Na różnorodność szwajcarskich koncesji wskazuje także okoliczność, że nie wszystkie ich rodzaje udzielane są - na co wskazywałem wyżej - w ramach przysługującego administracji publicznej uznania administracyjnego. Ma to na tamtejszym gruncie prawnym kolosalne znaczenie dla - stanowiących większość - koncesji federalnych. Zgodnie bowiem z utrwaloną tam linią orzecznictwa sprawującego sądową kontrolę administracji Sądu Federalnego, możliwość skorzystania z sądowej ochrony prawnej przeciwko decyzjom przyznającym albo odmawiającym przyznania koncesji dotyczy wyłącznie tych przypadków, w których wnioskodawcy służyło - wywiedzione z prawa federalnego - roszczenie o koncesję. W pozostałych przypadkach kompetencja do podjęcia ostatecznej i niezaskarżalnej sądownie decyzji, przysługuje Radzie Państwa[66] (*Bundesrat*[67]). Wśród koncesji, o których przyznanie wnioskodawcom służy roszczenie, spotyka się zarówno tzw. koncesje popularne (Popularkonzessionen), których właściwy organ nie może odmówić nikomu (dotyczy to koncesji na korzystanie z odbiorników telefonicznych, radiowych i telewizyjnych), jak i takie, do których uzyskania należy wykazać się posiadaniem dokumentem potwierdzającym przygotowanie zawodowe oraz być osobą „godną zaufania" jeżeli chodzi o prawdopodobieństwo wypełnienia obowiązków spadających na korzystającego z takich koncesji.[68] O ile te pierwsze spełniają rolę czysto fiskalną, te drugie mają typowych policyjno-nadzorczy charakter.

Niejednorodny charakter mają także szwajcarskie koncesje uprawniające do prowadzenia przedsiębiorstw w dziedzinach objętych monopolami lub regaliami federalnymi, kantonalnymi bądź gminnymi. Obowiązujące w tym kraju prawo pozwala na odróżnienie wśród nich co najmniej dwóch podrodzajów koncesji. Dzie-

65. Por. F. Gygi: op. cit., s. 196-198.

66. Wynika to z art. 72 lit. a, art. 73 ust. 1 lit. c i art. 74 lit. a federalnej ustawy o postępowaniu administracyjnym. Podaję za F. Gygi: ibidem, s. 198.

67. *Bundesrat* pełni w Konfederacji Szwajcarskiej funkcję rządu Federalnego.

68. Przykłady takich koncesji pochodzą z tej samej dziedziny - chodzi tu o koncesje na instalowanie urządzeń łącznościowych (telefonicznych, radiowych i telewizyjnych) - por. ibidem.

dziną, w której ma to miejsce, jest działalność komunikacyjna. Mające w niej zastosowanie rozporządzenie Rady Państwa w sprawie koncesji na samochodowy przewóz osób (*Automobilkonzessionsverordnung*) przewiduje nadawanie uprawnień do świadczenia usług przewozowych pod postacią *Konzession I* albo *Konzession II*. Koncesje pierwszego typu obligują do ciągłego, nieprzerwanego i niezawodnego wykonywania przewozów w ramach prowadzonego przedsiębiorstwa zgodnie z ustalonym rozkładem jazdy i według uzgodnionej z koncedentem taryfy. Posiadacz takiej koncesji obowiązany jest ponadto do ciągłego utrzymywania odpowiedniego, zapewniającego przewozy zgodne z rozkładem jazdy, taboru samochodowego oraz znajdujących się w odpowiednim stanie technicznym pojazdów zapasowych. Koncesjonariusz objęty obowiązkiem prowadzenia koncesjonowanej działalności oraz obowiązkiem zawierania umów, podlega ponadto ustawicznemu nadzorowi koncedenta, który ma zapewnić, że obowiązki te są należycie wypełniane. W tym celu organy władzy koncesjonującej uprawnione są do dokonywania na terenie przedsiębiorstwa różnorakich czynności kontrolnych, zaś koncesjonariusz - do ich znoszenia, a także do informowania koncedenta o niektórych - określonych koncesją lub przepisami - zmieniających się okolicznościach. Koncesje drugiego typu - uprawniają do prowadzenia przedsiębiorstwa świadczącego usługi regularne, ale bez konieczności stosowania się do rozkładów jazdy i bez konieczności wykonywania koncesji. Nie różnią się zatem niczym od zwykłych pozwoleń policyjnych przy założeniu, że ich wydawanie służyć ma ustalaniu nieistnienia zagrożeń dla interesów konsumentów.[69]

Niektóre typy koncesji na prowadzenie przedsiębiorstwa w sferze zastrzeżonej władzom publicznym (np. na prowadzenie elektrowni wodnej) cechują się ponadto tym, że po ich wygaśnięciu koncesjonariusz obowiązany jest pozostawić do dyspozycji koncedenta (za stosownym wynagrodzeniem) sprawne urządzenia swego przedsiębiorstwa aby umożliwić mu samodzielne podjęcie zastrzeżonej działalności, albo - nadanie nowej koncesji temu samemu lub innemu przedsiębiorcy.

Konkludując musimy stwierdzić, że na gruncie szwajcarskiego prawa i nauki prawa administracyjnego koncesje stanowią instytucję bardzo zróżnicowaną i trudną do odróżnienia od zwykłych pozwoleń. Nawet jeżeli dostrzeżemy wśród nich jeden łączący je (poza nazwą) element, a tym jest niewątpliwie zauważane przez F. Gygi konstytucyjne wyłączenie działań będących przedmiotem koncesji ze sfery praw i wolności jednostki, to i tak nie uzyskamy przez to jakościowego wyodrębnienia koncesji od pozostałych pozwoleń stosowanych w procesie administrowania sprawami publicznymi.

69. Por. ibidem, s. 199.

15. Próby syntezy dorobku niemieckojęzycznej doktryny i praktyki

Jedyną monografię poświęconą w całości koncesjom administracyjnym, kształtowaniu się ich teorii, ustawodawstwu i orzecznictwu, opublikował przed II wojną światową Otto Potschter. Podjęto w niej pierwszą, poważną próbę syntezy poglądów panujących w XIX i początkach XX wieku na temat koncesji zarówno w państwach niemieckojęzycznych, jak i w Rosji Sowieckiej. Autor utożsamiał koncesję z aktami nadania (*Verleihung*) osobie prywatnej prawa do wykonywania działalności zastrzeżonej państwu (zmonopolizowanej), rozróżniając przy tym - za O. Mayer'em - koncesje nadające prawo do szczególnego korzystania z rzeczy publicznej oraz koncesje nadania przedsiębiorstwa publicznego (*Verleihung des öffetlichen Unternehmen).*[70] Twierdził przy tym, że w praktyce mogą powstawać kłopoty z odróżnieniem koncesji od pozwoleń na korzystanie z rzeczy publicznej (na tzw. zwiększone korzystanie powszechne - *gesteigerte Gemeingebrauch*[71]). Jego zdaniem problem ten mógł być rozwiązany poprzez wskazanie, że wymagające pozwolenia korzystanie z rzeczy publicznej ma charakter przejściowy i nie jest tak „intensywne" jak w przypadku koncesji, która łączy się zwykle z wykorzystywaniem takich środków i urządzeń wprowadzających trwałe zmiany w konstrukcji lub stanie rzeczy publicznej.[72] Nie trudno zauważyć, że kryteria te mają charakter jedynie ilościowy, a nie jakościowy i trudno w związku z tym uznać je za przydatne w poszukiwaniu sposobu wyodrębnienia pojęcia koncesji jako instytucji prawnej odrębnej od pozostałych pozwoleń.

Również O. Potschter łączył pojęcie koncesji nadania statusu przedsiębiorstwa publicznego ze średniowieczną instytucją regalii i monopoli przemysłowych (solnych, propinacyjnych itp.), to znaczy - z aktem nadania prawa (przywileju - *Privilegium*) do wykonywania działalności zastrzeżonej państwu. Zwracał jednak uwagę, że w obu typach koncesji dochodzi do przekazywania przez państwo osobie prywatnej funkcji wykonywania zadań administracji państwowej (rozumianej jednak nie tylko jako działalność o charakterze władczym ale - według koncepcji mayer'owskiej - jako służba publiczna - *öffentliche Dienst*).[73]

---

70. Por. O. Potschter, op. cit., s. 10-11, 14. W zasadzie, termin *Konzession (Verleihung) des öffentlichen Unternehmen* powinien być tłumaczony jako koncesja nadania statusu przedsiębiorstwa publicznego, gdyż o to faktycznie chodziło, a nie o nadanie komukolwiek jakiegoś przedsiębiorstwa,

71. Pojęcie „zwiększonego korzystania powszechnego" z rzeczy publicznej (*das gesteigerten Gemeingebrach)* rozpowszechnione było w kręgu oddziaływania niemieckiej kultury prawnej przez O.Mayer'a (op. cit., 97) i oznaczało przewidziane prawem przypadki wykorzystywania przez jednostkę rzeczy publicznej dostępnej swobodnie ogółowi, uznane przez prawodawcę - dla ochrony interesów ogółu korzystających - za wymagające uzyskania pozwolenia władzy wykonawczej. F. Fleinera (op. cit., s. 252).

72. Por. O. Potschter, op. cit., s. 15.

73. Por. ibdem, s. 16.

Poza stwierdzeniem, że koncesjonariusz wykonuje we własnym imieniu administrację publiczną - twierdził Potschter - tym, co charakteryzowało go, był fakt, że działalność koncesjonowana była dla niego czymś dodatkowym, niekoniecznym dla jego funkcjonowania (co odróżniać go miało od innych form decentralizacji wykonywania funkcji administracji publicznej, takich, jak samorząd terytorialny i zakład publicznoprawny). Ponadto, autor ten przyznawał - za O. Mayer'em i F. Fleiner'em - że nadanie koncesji powoduje powstanie po stronie koncesjonariusza nowego prawa, a jej wykorzystywanie „nie jest zwykłą działalnością, do której wykonywania mają prawo wszyscy, a wymagane na nią pozwolenie jest tylko usunięciem procesowych przeszkód ustanowionych przez prawo, a nie źródłem tych uprawnień."[74]

Tym, co odróżniało koncesje od zwykłych pozwoleń było także, zdaniem Potschter'a, istnienie po stronie koncesjonariusza szeregu, daleko ingerujących w sposób prowadzenia koncesjonowanej działalności, obowiązków. Twierdził on, że „państwo musi bowiem mieć pewność, że powiązane z koncesjonowanym przedsiębiorstwem publicznym interesy publiczne państwa i zbiorowości (ogółu) będą faktycznie wykonywane" i - z tego względu - zastrzega sobie m.in. prawo sprawowania bieżącego nadzoru, obciąża koncesjonariusza obowiązkiem zawierania umów i prowadzenia przedsiębiorstwa w sposób nieprzerwany, a nawet - możliwość egzekwowania obowiązków.[75]

W powojennej literaturze przedmiotu znajdujemy już o wiele liczniejsze próby scharakteryzowania istoty koncesji.[76] W swoim studium nad koncesjami energetycznymi Klaus Stern zaproponował **ograniczenie stosowania terminu „koncesja"** - za wzorem O. Mayer'a - **do tych przypadków, w których państwo zrzeka się zastrzeżonych mu funkcji na rzecz upoważnionego przedsiębiorcy zastrzegając sobie jednak równocześnie** - z uwagi na znaczenie owych funkcji dla interesu publicznego - **uprawnienia do sprawowania kontroli i nadzoru.**[77] Zbliżone poglądy zaprezentował K. Wenger, z tą jedynie różnicą, że terminem przesądzającym o zaliczeniu danego aktu do grupy koncesji, a nie zwykłych po-

74. Por. ibidem, s. 17-18.

75. Por. ibidem, s. 47 i nast. Jeżeli mówimy o stosowaniu przymusu, to ówczesne przepisy przewidywały możliwość stosowania wobec koncesjonariusza grzywny za nieposłuszeństwo (*Ungehorsamsstrafe*) i środki wykonania zastępczego. Te ostatnie polegały najczęściej na przejęciu koncesjonowanego przedsiębiorstwa przez państwo we własny zarząd bądź - na wyznaczeniu zarządcy komisarycznego. Koncesjonariusz ponosił wówczas koszty zarządu. W ostateczności - istniała możliwość odebrania koncesji (por. ibidem, s. 54).

76. Por. P. Badura: Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963, passim; E.-R. Huber: Wirtschaftsverwaltungsrecht, wyd. 2, T. II, ss. 701 i nast.,; L.Eugster: op. cit.(prawo szwajcarskie); P. Pfenninger: Die Erteilung von Konzessionen und Bewilligungen bei fremdenverkehrsbahnen und Skiliften, Zürich 1968; W. Rüfner: Formen öffentlichen Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Berlin 1967, passim; K. Stern: op. cit., s. 137 i nast. oraz 273 i nst.; K. Wenger: Die öffentliche Unternehmung, Wien 1976, s. 558 i nast.

77. Por. K. Stern: op. cit., s. 154.

zwoleń, zwłaszcza tych, które ustawodawca bezzasadnie nazywa koncesjami administracyjnoprawnymi, było dla niego „koncesjonowane przedsiębiorstwo" (*koncessionierte Unternehmung*). K. Wenger nie zdecydował się jednak zakwestionować zasadności uznawania za zasadniczo odmienną od zwykłych pozwoleń koncesji na szczególne korzystanie z rzeczy publicznych (*Sondernutzungkonzession*). Uważał, że jest to również odmiana „prawdziwej" koncesji, gdyż - tak jak w przypadku koncesjonowania uprawnień do prowadzenia działalności zastrzeżonej państwu - jej skutkiem jest przekazanie adresatowi „nowego" prawa.[78]

O krok dalej posunęli się natomiast zarówno Klaus Stern, Ernst Forsthoff, jak i Peter Fischer. Ten pierwszy, uznał mianowicie za **bezzasadne posługiwanie** się „fenomenem" terminologicznym, jakim nazwał „koncesję", **poza obszarem, w którym dochodzi do zlecenia upoważnionemu przez państwo przedsiębiorcy wykonywania zadań należących do administracji publicznej**. Po niedoszukaniu się cech wskazujących na przekazanie osobie prywatnej funkcji wykonywania zadań administracji publicznej, uzasadniał posługiwanie się zwrotem „umowa koncesyjnaa" do będących głównym przedmiotem jego studium umów określających prawa i obowiązki przedsiębiorców trudniących się produkcją i zaopatrzeniem odbiorców w energię elektryczną jedynie tym, że nazwa taka „zadomowiła się" w piśmiennictwie („*im Schrifttum heimisch ist*").[79]

Z kolei E. Forsthoff, po przeanalizowaniu powojennego ustawodawstwa niemieckiego z zakresu prawa drogowego i wodnego, doszedł do jeszcze dalej idących wniosków, a mianowicie, że obowiązujące prawo nie uzasadnia twierdzenia jakoby nadawane różnym przedsiębiorcom - na mocy aktów zwierzchnich (władczych) organów administracji publicznej - uprawnienia do wykorzystywania, we własnych celach gospodarczych, rzeczy publicznych przeznaczonych do powszechnego użytku, stanowiły przejaw koncesji (*Verleihung*) w ścisłym tego słowa znaczeniu.[80] Najdalej autor ten posunął się w stosunku do przypadków nadawania przez gminy uprawnień przedsiębiorcom, zaopatrującym je (ich mieszkańców) w gaz, wodę, energię elektryczną oraz świadczących usługi telekomunikacyjne i przewozowe, do wykorzystywania na te cele komunalnych dróg, ulic i placów. Nie tylko odmówił traktowania tych działań za przejaw koncesjonowania (mówiąc m.in. o „tak zwanych umowach koncesyjnych") ale wręcz wyłączył możliwość zaliczania ich do sfery stosunków regulowanych prawem administracyjnym. **Wykorzystywanie zwrotu „koncesja"** zarezerwował natomiast **dla sytuacji, w których przedsiębiorca uzyskuje od państwa** (landu, gminy) **prawo do urządzenia na drodze lub należących do niego** (do nich) **wodach, przed-**

78. Por. K. Wenger: op. cit., s. 558.
79. Por. K. Stern: op. cit., s. 184.
80. Por. E. Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechtes, T. I, München-Berlin 1966, s. 367.

siębiorstw (*Unternehmen*) **służących równocześnie osiąganiu prywatnych celów uprawnionego oraz zaspakajaniu potrzeb ogółu, o ile dochodzi w ten sposób do przejęcia przez te przedsiębiorstwa obowiązków zabezpieczenia potrzeb bytowych obywateli ciążących na państwie** (landzie lub gminie).[81]

Podobnie wyjaśnia fenomen koncesji na korzystanie z rzeczy publicznych P. Fischer, który konsekwentnie kwestionuje traktowanie działalności wykonywanej w oparciu o uzyskanie uprawnień do szczególnego korzystania z rzeczy publicznych jako wykonywanie zadań administracji publicznej, jeżeli nie wynika to z przepisów prawa obligujących państwo do zaspakajania określonych potrzeb swoich obywateli.[82] Każdy przejaw umożliwienia przez administrację publiczną korzystania z tzw. rzeczy publicznych zaleca traktować w sposób zindywidualizowany i izolować - dla potrzeb określenia istoty koncesji administracyjnej - te przypadki, w których czynienie użytku z uzyskanego pozwolenia na szczególne korzystanie z rzeczy przeznaczonych do użytku powszechnego stanowi równocześnie wykonywanie zadań należących do obowiązków administracji publicznej. W konsekwencji przeprowadzonych rozważań autor ten dochodzi do wniosku, że **o koncesji administracyjnej może być mowa tylko w jednym przypadku - gdy na mocy aktu nadania dochodzi do wyposażenia jednostki,** jak to od początku wyjaśniał O. Mayer, **w prawną kompetencję do wykonywania cząstki administracji publicznej.**[83] Tym samym sprowadza istotę koncesji administracyjnej do jednego rodzaju sytuacji, modyfikując przy tym koncepcję O. Mayer'a w taki sposób, że odstępuje od wyróżniania dwóch typów koncesji: nadania statusu przedsiębiorstwa publicznego i nadania szczególnych praw do korzystania z rzeczy publicznej, pomija aspekt prawnego wyłączania działalności będącej przedmiotem koncesji ze sfery praw wolnościowych jednostki[84] i uzyskuje dzięki temu taką konstrukcję, o której nie da się już powiedzieć, że jest to odmiana pozwolenia administracyjnego, bez którego uzyskania prowadzenie danej działalności byłoby prawnie niedopuszczalne. Producent bądź dystrybutor energii elektrycznej, przewoźnik lub przedsiębiorca pogrzebowy itp. mogą wykonywać swoją działalność bez konieczności uzyskiwania koncesji. Jej udzielenie oznacza jednak, że każdy z nich zastępować będzie państwo lub inny podmiot administrujący w wykonywaniu obowiązków, jakie w tych dziedzinach nałożyło na administrację publiczną obowiązujące prawo. Warto przy tym zauważyć, że określając cechy koncesji autor ten pomija również

81. Por. ibidem, s. 378 i nst.
82. Por. R. Fischer: op. cit., s. 41 i nast.
83. Por. ibidem s. 45.
84. Drobiazgowo wyjaśniając przy tym - w oparciu o szereg przykładów, że nie istnieją dziedziny z „natury rzeczy należące do administracji" oraz że działalność objęta koncesją wcale nie musi być „zamknięta" dla inicjatywy prywatnej - por. ibidem s. 43-44.

cechę wykonywania owych zadań w formach władczych. Tym samym, niemiecka wersja koncesji administracyjnej sprowadzona została do kształtu, jaki utożsamiany jest - na gruncie doktryny, prawa i orzecznictwa francuskiego - z koncesją służby publicznej.

IV. Koncesje w innych państwach

16. Państwa strefy *Common Law*

Wprawdzie termin koncesja nie występował w dawniejszym prawie angielskim czy systemie prawnym Stanów Zjednoczonych AP, posługiwano się tam instrumentami prawnymi o cechach zbliżonych do europejskich koncesji. Występowały one pod takimi nazwami jak: nadanie (*grant*), nadanie królewskie (*royal grant*), licencja (*license*), przywilej (*charter*) oraz *franchise*.[85] Terminu *charter* używano właśnie do oznaczania aktu przekazania praw zastrzeżonych Koronie. Wykorzystywano go jednak również do określenia sytuacji, w których Korona przekazywała władzom lokalnym (*municipalities*) funkcje i zadania rządowe, nazywając je przywilejami lokalnymi (*municipal charters*),[86] a także - do nadawania spółkom kolonialnym praw do zarządzania koloniami (*Royal Charter*).

Ostatnia z wymienionych instytucji zasługuje na największą uwagę. Polegała ona na przekazaniu przez Koronę, utworzonej na zasadach angielskiego prawa, spółce handlowej praw do wypełniania bardzo daleko idących kompetencji władczych. Tą drogą oba tzw. indyjskie towarzystwa kolonialne uzyskały od państwa takie uprawnienia, że stały się przez to nawet w pewnym stopniu niezależne od państwa (co uzasadniałoby traktowanie tych przywilejów jako instytucji odmiennych od kontynentalnych koncesji, wiążących w sobie - jak wyżej wykazano - uprawnienia koncesjonariusza z uzależnieniem od władzy udzielającej koncesji). Z przedmiotowego punktu widzenia prawa uzyskiwane przez takie spółki były niemal identyczne z prawami uzyskiwanymi na mocy koncesji francuskich czy niemieckich. Różnica miała wprawdzie charakter ilościowy ale trudny do przeoczenia: otrzymywały one nie tylko prawa do eksploatacji monopoli lub innego rodzaju praw państwowych (tj. pewnych, zastrzeżonych wyłącznie państwu, rodzajów działalności, w tym przede wszystkim - gospodarczej) ale także uprawnienia ustawodawcze, administracyjne i sądownicze, jak też prawo prowadzenia wojen i zawierania umów międzynarodowych. Tak daleko idących kompetencji nie przeka-

85. W Wielkim Słowniku Angielsko-Polskim Jana Stanisławskiego (Warszawa 1999, T. I) *franchiese* tłumaczone jest jako „koncesja".

86. Por. Mitchel: The Contrats of Public Autorities, A Comparative Study. The London School of Economics, London 1954, s. 25 i nast. (podaję za P. Fischer'm, op. cit., s. 51).

zywano osobom prawa prywatnego w żadnej postaci koncesji kontynentalnej Europy.[87]

Interesującą ewolucję ma za sobą w niektórych nowych państwach *Common Law* instytucja licencji (*license*). O ile początkowo oznaczała ona w angielskim porządku prawnym niemal to samo, co niemieckie *Polizeierlaubnis* czy francuskie *autorisation*, czyli - zwykłe, policyjne pozwolenie administracyjne, w aktualnie obowiązujących ustawach przewiduje się takie same warunki i skutki prawne udzielenia licencji, jakie łączy się w państwach Europy Kontynentalnej z pojęciem *koncesja służby publicznej*. Dotyczy to w szczególności licencji górniczej (*mining license*), do której wrócę w dalszych rozważaniach w tym rozdziale, ale nie tylko jej. Na mocy licencji uzyskiwane są bowiem szczególne, nowe uprawnienia do wykonywania czynności lub działalności nie dającej się pomieścić w sferze praw wolnościowych jednostki. Dotyczy to takich sytuacji, jak nadawanie uprawnień zawodowych w zakresie pilotowania samolotów, statków, holowników, legalizowania urządzeń technicznych itp.[88]

O tym, że zjawisko koncesjonowania, rozumianego jako przekazywania osobom prywatnym do wykonania funkcji i zadań należących w świetle prawa do administracji publicznej, nie jest obce w tym kręgu państw (chociaż ani pierwszy, ani drugi termin nie jest wykorzystywany w tych krajach przez doktrynę oraz ustawodawców), świadczyć może także występowanie w praktyce administracyjnej instytucji „*farming out*". Termin ów (pochodzący ze sfery prawnej regulacji stosunków rolnych) ma zastosowanie obecnie w prawie podatkowym oraz w łączności. Określa się nim sytuacje, w który osoba prywatna przejmuje na siebie - za stosownym wynagrodzeniem - obowiązki instytucji publicznych polegające na doręczaniu urzędowych informacji albo pobierania podatków.[89]

Instytucją upodabniającą się do koncesji, w wersji przyjętej na terenie państw niemieckojęzycznych jako „koncesja przedsiębiorstwa publicznego", jest znana na obszarze państw *Common Law* instytucja *public utilites,* co możnaby przetłumaczyć na polski jako „użyteczność publiczna". Podobnie jak w przypadku koncesji *public servis,* czy koncesji *öffentliche Unternehmung,,* trudno jest i tu określić w sposób wyczerpujący przedmiot tej kategorii prawnej.[90] Cechą tego pojęcia jest

87. Por. Georg Potyka: Großbritanniens rechtmäßiger und unrechtmäßiger Erwerb von Hoheitsrechten i Indien, „Österreiche Zeitschrift für öffentliches Recht" 1971, s. 174 i nast.

88. Por. W. Black: Law Dictionery, West Publishing Co. 1968, s. 361.

89. Por. P. Fischer: op. cit., s. 53

90. P. Fischer (op. cit., s. 55) wskazuje na kłopoty, jakie sprawia zdefiniowanie *public utility* podając jako dowód rozstrzygnięcie sędziego Sądu Arbitrażowego (M. Beichman'a) w sporze rządu niemieckiego z międzynarodową komisją do spraw reparacji wojennych z 3. sierpnia 1924 r., w którym odstąpiono od definiowania przedmiotowego pojęcia poprzestając na przykładowym wyliczeniu *public utility* (przedsiębiorstwa kolejowe oraz zaopatrujące w gaz, wodę i energię elektryczną) oraz odmówiono uznania za nie innych przedsięwzięć (przedsiębiorstwa górnicze i szkoły prywatne).

stosowanie go do określenia działalności wykonywanej przez przedsiębiorstwa działające w interesie publicznym (*public utility undertaking*), ale powstałe na bazie kapitału prywatnego w sferze komunikacji, łączności, albo zaspakajania potrzeb bytowych mieszkańców, przeważnie na szczeblu lokalnym oraz na podstawie aktów nadania im owego, szczególnego statusu *public utility.* Akty te zwane są przeważnie *municipal permits* albo *municipal franchises.*[91] Jako swoisty obiektywny (przedmiotowy) „test" mający służyć ustaleniu, czy mamy do czynienia z tego rodzaju aktami nadania, wykorzystywano sposób określenia zakresu podejmowanej przez prywatnego przedsiębiorcę działalności: *municipal permits (franchises) of public utility* odnosiło się do całej społeczności danej miejscowości (tzn. nie mogło się ograniczać do jakiejś jej części). Z kolei, z subiektywnego punktu widzenia istotne jest to, czy dany przedsiębiorca, podejmujący się świadczenia usług w wyżej wymienionych dziedzinach, wyraża swoją wolę i zdolność czynienia tego na rzecz ogółu mieszkańców danej wspólnoty. Skutkiem zakwalifikowania działalności danego przedsiębiorstwa jako *public utility* jest to, że staje się ona - na mocy obowiązujących w USA *public utility regulations* - podporządkowana specjalnej kontroli wykonywanej tam przez tworzone w tym celu w każdym ze stanów komisje (*Public Utilites Commissions*) i mającej na celu ustalenie czy dany przedsiębiorca wykonuje przekazane mu przez wspólnotę zadania. Ponadto, państwo oddziaływuje na sposób prowadzonej działalności *public utility* poprzez jednostronne ustanawianie standardowych warunków umownych (*standard terms and conditions*). W stosunku do ewidentnie podobnych, opisywanych wyżej francuskich *cahiers des charges types* amerykańskie standardy różnią się tym, że o ile te pierwsze - w myśl jednolitego orzecznictwa - wiążą koncesjonariusza niezależnie od tego, czy odsyła się do nich w akcie umownym lub dwustronnie podpisywanych kontraktach koncesyjnych, moc wiążąca tych drugich uzależniona jest od tego, czy zawierając kontrakt obie strony wyraźnie tak postanowią.[92]

Terminem „koncesja" posługuje się w tym kręgu kulturowym jedynie tam, gdzie - jak np. w Luizjanie - uznaje się za pozostające w mocy dawne przywileje hiszpańskie i francuskie, a dla określenia aktu przekazania praw do korzystania z tych przywilejów na osoby prywatne - wykorzystuje właśnie klasyczny zwrot „koncesja". Używa się go także w Stanach Zjednoczonych AP do określenia stosunków prawnych łączących obywateli amerykańskich z władzami państw trzecich.[93]

Reasumując, wprawdzie w kręgu państw kultury prawnej *Common Law* jedynie sporadycznie można zetknąć się instytucjami prawnymi określanymi w prawie

91. Por. K. Wenger: op. cit., s. 559.
92. Por. G. Langrod: Administrative Contrats. A Comparative Study, 4 AJCL (1955) s. 332-337.
93. Por. P. Fischer: op. cit., s. 52-55.

pozytywnym, orzecznictwie lub doktrynie jako „koncesja", zjawisko to - rozumiane czy na kształt przyjęty we Francji, czy też stosowany w krajach niemieckojęzycznych - nie jest obce tamtejszej administracji publicznej. W szczególności upodabniają się do koncesji powyżej omówione instytucje *public utility*. Mamy w nich bowiem do czynienia z przekazywaniem, jednostce prawa prywatnego przez instytucję publiczną, do wykonania takich zadań, które - przy braku tego typu przedsiębiorstw użyteczności publicznej - gmina, hrabstwo, stan czy nawet cała federacja musiałyby wykonywać same. W tak skrajnie liberalnym gospodarczo ustroju, z jakim spotykamy się w USA, nie łatwo będzie znaleźć dziedzinę działalności faktycznie zastrzeżoną na rzecz państwa. Stąd chyba też instytucje upodabniające się do klasycznych, europejskich koncesji nie są traktowane jako odstępstwa praw należnych władzy publicznej na rzecz osób prywatnych lecz jako uwalnianie się przez nią od kłopotliwych ciężarów związanych z prowadzeniem działalności w sferze potrzeb komunalnych i bytowych jednostek przy jednoczesnym pozostawieniu sobie pewnych mechanizmów gwarantujących, że przekazane zadania zostaną prawidłowo zrealizowane.

17. Koncesja w poglądach przedstawicieli polskiej nauki prawa administracyjnego z okresu poprzedzającego II wojnę światową

Polska doktryna z tego okresu wykazywała dość duże zainteresowanie instytucją koncesji. Poza powoływaną wcześniej monografią B Walawskiego, szerzej na temat koncesji pisali: **T. Bresiewicz**,[94] **J. S. Langrod**[95] oraz **G. Skalla**.[96]

Według J.S. Langroda, „koncesja administracyjna typu klasycznego polegać miała na tem, iż koncesjonariusz przyjmuje na siebie obowiązek pełnienia pewnej służby publicznej", czyniąc to:

- na swój koszt i ryzyko,
- z własnym personelem,
- przez pewien, z góry określony odcinek czasu i - otrzymując za to w zamian prawo pobierania pewnych opłat od konsumentów (uprawnionych do korzystania z tej dziedziny służby publicznej).[97]

Koncesjonariusz nie tracił zatem - uzyskując koncesję - charakteru osoby prywatnej, nie nabywał charakteru funkcjonariusza publicznego i nie wchodził „w ramy kadr organów administracyjnych". Zdaniem J.S. Langroda koncesjonariusz

94. Por. T. Bresiewicz: O kontraktach administracyjnych, Kraków 1901.
95. Por. J. S. Langrod: Służba publiczna jako funkcja administracyjna, Kraków 1932.
96. Por. G. Scalla: Rola koncesjonariusza w administracji w świetle kolizji prawa publicznego z prawem prywatnym (z przedmową J.S. Langroda), Katowice 1938.
97. Por. J.S. Langrod, op. cit., s. 77.

nabywał na mocy koncesji „szereg praw eksploatacyjnych", zaciągając jednocześnie „szereg obowiązków i to nie tylko kontraktowych - w analogii do obligacji cywilnych - ale także (...) pozakontraktowych (jak obowiązek eksploatacji bez względu na zmianę koniunktury i nawet z pominięciem postanowień kontraktu)".[98]

Prawa koncesjonariusza - według J.S. Langroda - obejmowały szereg możliwości wkraczania w indywidualną sfer prawną konsumentów (np. prawo wywłaszczania w związku z wykonywaniem robót publicznych, prawo czasowego objęcia w posiadanie niezbędnych na czas robót publicznych nieruchomości, prawo ustanawiania w taryfie - nie będących opłatami *sensu stricte* - taks za korzystanie ze świadczonych przez przedsiębiorstwo koncesjonowane usług, a - w pewnych wyjątkowych wypadkach - nawet prawo do nakładania grzywien. „Zazwyczaj z temi prawami - pisał - łączy się przyznana koncesjonariuszowi wyłączność prawna lub faktyczna, co sytuację jego polepsza, a do polepszenia jej przyczynia się również częsta (choć teoretycznie niekonieczna) pomoc finansowa ze strony organu udzielającego koncesji (w formie gwarancji «na ryzyko», subwencji, pożyczek, poręczeń wobec osób trzecich, ustalania maksymalnych i minimalnych limitów odpowiedzialności)".[99]

Wyjaśniając występowanie po stronie koncesjonariusza obowiązku ciągłego wykonywania koncesji bez względu na wahania koniunktury, przeciwności technicznych czy niebezpieczeństw płynących ze strony żywiołów, Langrod twierdził, że jest to rezultat zmiany charakteru koncesji, która przez dawniejszą doktrynę traktowana była jako rodzaj kontraktu *in favorem tertii,*[100] zaś obecnie widziana jest jako instytucja zawierająca w sobie postanowienia dwojakiego charakteru. Po pierwsze - są to normy organizujące służbę publiczną, które z materialnoprawnego punktu widzenia Langrod uważał za ustawę lub rozporządzenie; po drugie - umowne, kształtujące stosunek pomiędzy koncedentem a koncesjonariuszem jako stosunek pomiędzy wierzycielem a dłużnikiem. Pierwsze z wymienionych postanowień były, jego zdaniem, niezależne od umowy, a możliwość kontrolowania prawidłowości działalności koncesjonariusza istniała niezależnie od tego, czy przewidziano ją w kontrakcie. Wynikała bowiem nie z umowy lecz - „z natury prawnej służby publicznej". Postanowienia te stwarzały eksploatującemu koncesję „sytuację ogólną, nieosobistą, mogącą ulegać zmianie i modyfikacjom w interesie ogółu". Natomiast postanowienia drugiego rodzaju stawiać miały koncesjonariusza wobec administracji i konsumentów w sytuacji osobistej i indywidualnej.[101]

98. Ibidem, s, 78.

99. Por. ibidem, s. 78.

100. Taki pogląd J.S. Langrod przypisywał Duguit'owi: Les transformations du droit public, Paris 1913 (por. ibidem).

101. Por. ibidem, s. 79.

Ponadto J.S. Langrod próbował wskazać, nawiązując do teorii A. Blondeau, pewne detaliczne odmienności pomiędzy różnymi, stosowanymi w pierwszych dziesięcioleciach XX w., sposobami udzielania koncesji:

- w formie *régie intéressée,* dającej koncedentowi znaczny wpływ na zarządzanie interesami koncesjonowanego przedsiębiorstwa bez konieczności równoczesnego finansowego angażowania się w tę działalność, poza udzieleniem koncesjonariuszowi gwarancji pewnej dywidendy oraz przyrzeczenia tzw. premii eksploatacyjnej za prawidłowe zarządzanie lub
- w formie *office*, polegającej na zastąpieniu bezpośredniego zaangażowania władzy wykonawczej w realizację określonej części służby publicznej wyodrębnieniem ze struktury tej władzy lub stworzeniu nowej jednostki organizacyjnej, dysponującej dość daleko posuniętą autonomią względem administracji i stosującej specyficzne techniki i metody działań, dostosowane do szczególnego charakteru wykonywanej działalności (jako przykład tego sposobu koncesjonowania w Polsce podał J.S. Langrod PKP oraz Polską Pocztę Telegraf i Telefon).[102]

Wyjaśnienie „fenomenu" *régie intéressée* przez Langroda odbiega nieco od oryginalnego ujęcia, w którym autor tej teorii wskazywał, że różnica pomiędzy stosunkiem koncesyjnym służby publicznej a *régie intéressée* tkwi w istocie wzajemnego świadczenia uzyskiwanego przez prywatnego przedsiębiorcę: podczas, gdy koncesjonariusz *service public* uzyskuje prawo pobierania od korzystających z jego przedsiębiorstwa ustanowionych w taryfie opłat, w przypadku *régie intéressée* wnoszenie świadczenia wzajemnego (wynagrodzenia za świadczone usługi) następuje nie poprzez opłaty dokonywane przez ogół korzystających na rzecz przedsiębiorcy ale za pośrednictwem administracji, która gwarantuje koncesjonariuszowi w akcie koncesyjnym prawo do określonego udziału w opłatach ponoszonych przez korzystających z rzeczy, przedsiębiorstwa lub urządzenia, na rzecz państwa.[103]

18. Koncesje administracyjne a zwykłe pozwolenia

Poszukując cech charakteryzujących koncesję G. Skalla stwierdzał, że „konstrukcja koncesji polega (...) na przekazaniu przez państwo aktem koncesyjnym (ustawą lub aktem konstytutywnym władzy) jednostce - czy to fizycznej czy prawnej - pewnych praw władczych dla współdziałania w wykonywaniu zadań administracji publicznej, przy czym koncesjonariusz zachowuje z jednej strony możliwość zarobkowania, z drugiej strony koncedent zastrzega sobie lub innym orga-

102. Por. ibidem, s. 79-80.
103. Por. A. Blondeau, op. cit., s. 69.

nom i w imię interesu publicznego, prawo kontroli, by czynności koncesjonariusza nie przekroczyły granic treści koncesji".[104] Autor ten wskazywał równocześnie na płynność granicy pomiędzy koncesjami rozumianymi w wyżej opisany sposób (nazywanymi „koncesjami eksploatacyjnymi") a różnego typu pozwoleniami, konsensami i koncesjami o charakterze policyjnym. Podkreślał przy tym, że „**punkt ciężkości** konsensu policyjnego, udzielającego **zezwolenia** (aprobaty) na przedsięwzięcie pewnych czynności, **leży** w zapobieganiu szkodom, mogącym powstać dla ogółu przy wykonywaniu tych czynności, a więc **w ochronie interesu publicznego**, natomiast **koncesja eksploatacyjna**, wychodząc poza ramy zwykłej ochrony interesu publicznego, **udziela prawa do wykonywania pewnych czynności służących** w większej lub mniejszej mierze **interesom publicznym**" (podkr. - D.K.).[105]

19. Podsumowanie dorobku nauki europejskiej na temat koncesji na gruncie polskiego prawa administracyjnego

Próba syntezy wiedzy na temat pojęcia koncesji i cech odróżniających tę instytucję od innych przejawów pozwalania jednostkom spoza struktur organów administracji publicznej na wykonywanie określonego rodzaju czynności lub działań, dokonana w przeddzień II wojny światowej, do dziś traktowana być może jako najbogatsze źródło wiedzy w tej dziedzinie. Jej autor - B. Walawski - po przeanalizowaniu zarówno polskiego prawa pozytywnego z tamtego okresu doszedł do wniosku, że posługiwanie się przez ustawodawcę pojęciem koncesja jest w znacznym stopniu przypadkowe, że termin ten stosowany jest zamiennie z takimi pojęciami jak zezwolenie, pozwolenie itp.[106] Uważał on jednak, że pewną linię rozumowania ustawodawcy, decydującego się na posłużenie się terminem koncesja, da się „z całej masy przepisów (...) wydedukować. W tych wszystkich przypadkach - pisał - w których chodzi o **wykonywanie czynności „o wysokiej użyteczności publicznej", stanowiących z tego właśnie względu sferę wyłącznej aktywności państwa** (wprowadzoną drogą ustawową bądź na skutek faktycznego zawładnięcia daną dziedziną przez władze lub instytucje państwowe) ale **które mogą być jednak odstąpione do wykonywania jednostkom prywatnym, porządek prawny używa w sposób jasny i zdecydowany terminu „koncesja", „uprawnienie", względnie „nadanie".**[107]

B. Walawski stwierdzał ponadto, że „faktyczną podstawą istnienia instytucji występującej pod nazwą «koncesja» jest rozdział praw służących jednostce i pań-

104. Por. G. Skalla, op. cit., s. 36-37.
105. Por. ibidem, s. 37.
106. Por. B. Walawski, op. cit., s. 119.
107. Por. ibidem, s. 120.

stwu; prawną podstawą tej instytucji będzie istniejące równocześnie upoważnienie ustawowe do przelania przez państwo tych uprawnień na jednostkę (fizyczną lub prawną). Ponieważ zaś wykonywanie przez kogokolwiek uprawnień stanowiących wyłączność państwową, w zakresie administracji państwowej, z natury rzeczy ma w sobie cechy administrowania, przeto koncesja jako forma, będzie również posiadać te cechy".[108]

20. Wola ustawodawcy a istota koncesji

Jak widzimy, najsilniejszy akcent położony został w powyższym sposobie rozumowania na wolę ustawodawcy oceniającego skalę doniosłości danej działalności dla interesu publicznego i dającego temu wyraz w prawie pozytywnym. Decydujące znaczenie miało w nim obowiązujące prawo pozytywne, a nie materia przezeń regulowana czy jakieś materialnoprawne bądź techniczno-prawne cechy danej instytucji. Owych cech odrębności działania wykonywane na podstawie koncesji uzyskiwały w wyniku uznania ich za sferę wyłączności państwa. Walawski uważał, że na gruncie polskiego prawa - do jego interpretacji - mogą mieć zastosowanie zarówno koncepcje francuskich *concession de travaux publics* czy *de service public*, jak i koncesji niemieckich (oznaczających nadawanie uprawnień do wykonywania działań „przy pomocy i użyciu środków właściwych administracji publicznej").[109]

Spostrzeżenia powyższe wzbudziły u ich autora wątpliwość, czy zaprezentowana koncepcja nie jest identyczna z mayer'owską konstrukcją „ogólnego zakazu z zastrzeżeniem udzielenia pozwolenia", a co za tym idzie - czy koncesja nie powinna być traktowana pod względem pojęciowym na równi ze zwyczajnym pozwoleniem, jako uchylenie ogólnego zakazu. Rozpraszając swoje wątpliwości doszedł on jednak do wniosku, że „koncepcja koncesji i pozwolenia administracyjnego opierają się na odmiennych założeniach: pozwolenie administracyjne jako zwolnienie z ogólnego zakazu opiera się na tym, że człowiek przez swoje czynności może narazić na szkodę interes publiczny, dlatego też państwo z góry zakazuje rozwijania jednostce działalności we wszystkich kierunkach, rezerwując sobie prawo udzielenia dyspensy w każdym przypadku z osobna". Założenie koncesji było natomiast - wg. B. Walawskiego - następujące: „jednostce dlatego nie wolno rozwijać określonej działalności, ponieważ prawo to służy państwu, (...) zakaz ten jest bezwzględnie obowiązujący, żadne wyjątki nie są dopuszczalne, możliwe są natomiast tylko pewne modyfikacje tego zakazu w drodze nadania jednostce ze strony

108. Por. ibidem, s. 121.
109. Por. ibidem.

państwa prawa do działania, które nie jest niczym innym, jak rozszerzeniem istniejącego po stronie państwa przywileju na jednostkę".[110]

21. Synteza teorii B. Walawskiego

Ostateczne wnioski B. Walawskiego co do metody odróżniania koncesji „we właściwym znaczeniu" od zwykłych pozwoleń administracyjnych oraz nazywanych przez ustawodawcę „koncesjami" pozwoleń przemysłowych były następujące:

- **koncesja zawsze występuje w postaci aktu złożonego** (oprócz samego dozwolenia wykonywania określonej działalności przyznanie koncesji powoduje automatyczne przyznanie jednostce pewnych atrybutów władztwa publicznego, co w przypadku zwykłych pozwoleń może mieć wprawdzie miejsce ale nie musi),
- każda **koncesja jest aktem konstytutywnym** (co należy rozumieć w ten sposób, że nie zawiera w sobie elementu „przywrócenia stanu wolności jednostki") i
- **działalność wykonywana na jej podstawie stanowi - z uwagi na swoją wysoką użyteczność publiczną - wyłączność państwową.**[111]

Zaprezentowane powyżej podejście zdaje się być niekonsekwentnym. Wszak „modyfikacja ...w drodze nadania prawa" do wykonywania działalności zakazanej („służącej państwu"), to nic innego jak „wyjątek" od zakazu i „zwolnienie" z niego. Takie podejście trudno też uznać za korespondujące z opisaną powyżej francuską teorią koncesji, czy poglądami dominującymi w doktrynie niemieckiej pomimo, że sam autor się do nich odwoływał. Pomijając kontrowersyjność założenia, którego przyjęcie zmusza do uznania, że prawo do budowy na własnym gruncie, do prowadzenia restauracji czy działalności bankowej, uzyskiwane w wyniku otrzymania pozwolenia administracyjnego jest wyjątkiem, warto zwrócić uwagę, że powyższa koncepcja B. Walawskiego nie wykazuje żadnej istotnej, rodzajowej odmienności pozwoleń administracyjnych, nazywanych przez niego „zwykłymi", od „koncesji". Praktycznie oznacza ona ograniczenie zakresu i istoty pojęcia koncesji do tzw. koncesji monopolowych, będących współczesną odmianą feudalnych *iura regalia*. Dopiero wówczas, gdy autor ten dodaje, że z „koncesjami w znaczeniu właściwym" mamy do czynienia wówczas „gdy władza publiczna **zleci** jednostce wykonanie ściśle oznaczonych zadań",[112] odrębność koncesji od wszystkich pozostałych typów pozwoleń administracyjnych zaczyna być bardziej wyraźna i

110. Por. ibidem, s. 122.
111. Por. ibidem, s. 126.
112. Por. ibidem, s. 125.

twierdzenie o ich pokrewieństwie z koncesjami kształtowanymi według koncepcji francuskich bądź niemieckich - bardziej uzasadnione.

Walawski nie rozwinął jednak tej myśli ani też nie dokonał analizy obowiązującego prawa pod kątem występowania w nim właśnie takiego zjawiska, jak powierzanie osobom prywatnym wykonywania określonych, zastrzeżonych organom czy instytucjom państwowym, zadań administracji publicznej. Wskazał jedynie na prawo koncesjonariusza do „wyjednania u właściwej władzy" wywłaszczenia nieruchomości zaznaczając jednocześnie, że korzystając z tej kompetencji uprawniony przedsiębiorca działa w imieniu państwa, a nie w imieniu własnym.[113] Spośród aktów normatywnych regulujących omawiane przez niego koncesje „we właściwym znaczeniu" jedynie ustawa elektryczna z 1922 r. (Dz.U.R.P. Nr 17 z 1935 r., poz. 98) zawierała przepis (art. 8) przewidujący kompetencję przedsiębiorstwa, któremu nadano „uprawnienie rządowe" do zakładania linii energetycznych, do korzystania - za wynagrodzeniem - z „posiadłości" należących do osób fizycznych i prawnych w celu wykonania nadanych uprawnień. Publicznoprawny charakter tego uprawnienia może wzbudzać kontrowersje. Gdyby dodać do tego cechę rozstrzygania sporów o istnienie i zakres tych uprawnień na drodze administracyjnej - twierdzenie to dałoby się obronić (chociaż i w tym zakresie brakuje potwierdzającego tę tezę orzecznictwa sądów administracyjnych i cywilnych). Natomiast nie jest oczywiste, czy jest ono uprawnieniem (kompetencją) do władczego wkraczania posiadacza koncesji na nieruchomości osób trzecich, a nie jedynie uzyskiwanym przez niego - w drodze decyzji administracyjnej - uprawnieniem do rzeczy należącej do osoby trzeciej, ograniczającym ich prawa do nieruchomości (obligującym jej posiadacza do znoszenia korzystania z niej przez koncesjonariusza), nie podlegającym egzekucji administracyjnej lecz - cywilnej.

22. Poglądy na istotę i praktyczne znaczenie wyodrębniania instytucji koncesji w polskiej literaturze okresu 1945-1989

Autorem, który poświęcił instytucji koncesji najwięcej uwagi był w tym okresie Z. Rybicki. W swojej monografii na temat pozwoleń wodnoprawnych wywiódł on, że w warunkach ówczasnego ustroju politycznego i gospodarczego nie ma żadnego powodu wyodrębniania tej instytucji z grupy aktów administracyjnych, na mocy których organ administracji państwowej pozwala określonej jednostce na wykonywanie określonej działalności. Do wniosków takich doszedł ów autor analizując rozwiązania normatywne przewidujące udzielanie koncesji.[114] Przypomnieć należy, że były to wówczas przede wszystkim tzw. koncesje przemysłowe, których

113. Por. ibidem, s. 129.

114. Por. Z. Rybicki: Pozwolenie wodnoprawne w systemie gospodarki planowej PRL, Warszawa 1958, s. 68-72.

przynależność do grupy „prawdziwych koncesji" była, niemal od początku posługiwania się tą nazwą, wątpliwa. Za bezzasadne uznawał ów autor jednak również posługiwanie się zachodnią konstrukcją „koncesji" w przypadkach nadawania jednostkom uprawnień do szczególnego „wzmocnionego" korzystania z rzeczy publicznych twierdząc, że opieranie kompetencji do szczególnego regulowania pozycji prawnej adresatów tych aktów na koncepcji publicznych praw podmiotowych jest nieadekwatne do warunków panujących w PRL. Skoro przyznawano w nim państwu niemal nieograniczone władztwo do regulowania sfery zachowań jednostki, odwoływanie się do sfery jej - czy to wynikających z prawa naturalnego czy z norm konstytucyjnych - podstawowych praw i wolności jest zbyteczne.[115] Poglądy powyższe podzielali również inni autorzy.[116]

Wraz z odrodzeniem się instytucji koncesji w polskim prawie pozytywnym,[117] stała się ona przedmiotem szerszego zainteresowania ze strony doktryny. Przeważał wówczas pogląd, że koncesja jest wyrazem rezygnacji (zrzeczenia się, scedowania) państwa z przysługującego mu prawa wyłączności do prowadzenia określonej działalności gospodarczej na rzecz innego podmiotu.[118] Z uwagi na historyczne już tylko znaczenie ustawodawstwa, w oparciu o które poglądy te były wyrażane, pochodzące z tamtego okresu uwagi na temat istoty koncesji i jej podobieństw bądź różnic w stosunku do zwykłych pozwoleń administracyjnych, nie pomogą nam w osiągnięciu celu tej części niniejszego opracowania.

U schyłku omawianego okresu weszła jednak w życie obowiązująca przez całą następną dekadę powoływana już ustawa o działalności gospodarczej,[119] której treść dała asumpt do nieco już odmiennych poglądów na temat koncesji. W szczególności usiłowano już wówczas wykazać odrębny od innych pozwoleń charakter koncesji przewidzianych w art. 11 tej ustawy, uzasadniając to odmiennością reżymów prawnych mających zastosowanie do każdej z tych instytucji.[120] Reżym

115. Por. ibidem, s. 47-48.

116. Por. J. Mayzel: W sprawie kodyfikacji prawa przemysłowego, „PiP" 1948, Nr 7, s. 63; A. Jaroszyński: Reglamentacja i zarządzanie gospodarką socjalistyczną, „PiP" 1968, Nr 10, s. 259, A. Chełmoński: Instytucje administracyjnoprawne w zarządzaniu gospodarką narodową, (w:) System prawa administracyjnego, t. IV, Ossolineum 1980, A. Stelmachowski: Instytucje administracyjnoprawne reglamentacji gospodarki nieuspołecznionej, (w:) ibidem.

117. Por. ustawę z dnia 26 lutego 1982 r. o uprawnieniach do prowadzenia handlu zagranicznego (Dz.U. Nr 7, poz. 59).

118. Por. A. Krzyżak: Koncesja nową formą reglamentacji działalności przedsiębiorstw państwowych w zakresie handlu zagranicznego (w:) Wybrane zagadnienia administracyjne i finansowe przedsiębiorstw państwowych, pod. red. J. Grabowskiego, Katowice 1983, M. Waligórski: Reglamentacja prywatnej działalności gospodarczej w sferze handlu zagranicznego (w:) Handel zagraniczny przedsiębiorstw polonijnych i zagranicznych, Poznań 1984, A. Wasilewski: Z problematyki doskonalenia podstaw prawnych działania jednostek gospodarki nieuspołecznionej, Krakowskie Studia prawnicze" 1985, rok XVIII.

119. Ustawa z dnia 23 grudnia 1988 r. (Dz.U. Nr 41, poz. 324).

120. Tak twierdził wówczas A. Wasilewski: Ustawa z 1988 r. o działalnosci gospodarczej. Wstępna charakterystyka rozwiązań prawnych, PUG 1989, Nr 3, s. 75.

prawny, któremu poddane zostało koncesjonowanie charakteryzować się miał tym, że pewne dziedziny działalności gospodarczej - ze względu na ich znaczenie i użyteczność publiczną - obejmowane były formalnym monopolem państwowym zakładającym możliwość dopuszczania do ich wykonywania podmiotów niepaństwowych. Cechą decyzji przyznających koncesję miałaby być ich uznaniowość.[121] Wyrażając powyższe poglądy ich autorzy unikali jednak jednoznacznego i wyczerpującego wskazania przepisów prawnych, z których wyprowadzali twierdzenie o wyłączności państwa do prowadzenia działalności gospodarczej w dziedzinach, w których ustawa o działalności gospodarczej lub akty wykonawcze wydanej na jej podstawie, wymagają uzyskania koncesji. Wyłączność taka była niewątpliwie, w pewnym sensie, faktem historycznym, a jedynie w części - prawnym (mieliśmy w ówczesnym okresie do czynienia z monopolem dewizowym, spirytusowym, tytoniowym, kopalnianym i monopolami w dziedzinie obrotu metalami nieżelaznymi, handlu zagranicznego). W okresie poprzedzającym wejście w życie ustawy, prowadzenie działalności gospodarczej w dziedzinach, w których przewidziano wydawanie koncesji było faktyczną domeną jednostek gospodarki uspołecznionej. Jednakże wyraźnego zastrzeżenia prawnego wyłączności jednostek państwowych - poza ww. dziedzinami zmonopolizowanymi - ustawowo nie zadekretowano. Stąd też twierdzenie, że ochrona osób i mienia, usługi lotnicze, prowadzenie aptek, wytwarzanie środków medycznych itd., to dziedziny gospodarcze zastrzeżone państwu, nie ma prawnego uzasadnienia. Może być traktowane tylko jako postulat doktryny (którego zasadności nie warto w tym miejscu dyskutować).

23. Koncesja w świetle aktualnej sytuacji ustrojowej Polski

W nowych warunkach ustrojowych zainteresowanie doktryny koncesjami uległo znacznemu ożywieniu. Dali mu wyraz w licznych opracowaniach zarówno przedstawiciele nauk prawnych, jak i innych dziedzin wiedzy.[122]

121. Por. ibidem oraz St. Lautsch-Bendkowski: Nowe przepisy o podejmowaniu i prowadzeniu działalności gospodarczej, PUG 1989, Nr 7, A. Lipiński: Kilka uwag o koncesjonowaniu działalności gospodarczej w zakresie górnictwa, PUG 1989 Nr 7; M. Niezgódka-Medkova, Marek Szubiakowski: Koncesjonowanie działalności gospodarczej, GAP 1989, Nr 8; M. Szubiakowski: Podejmowanie działalności gospodarczej, GAP 1989, Nr 4.

122. Por. w szczególności: C. Banasiński: Koncesjonowanie jako forma działalności gospodarczej (w:) Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne, pod red. M. Wierzbowskiego, Warszawa 1996, idem: Prawnoporównawcza analiza koncesjonowania administracji i gospodarki w wybranych porządkach prawnych, ST 1994, Nr 7-8; S. Biernat: Promesa koncesji (w:) Gospodarka-Administracja-Samorząd, pod red. H. Olszewskiego i B. Popowskiej, Poznań 1997, B. Jaworska-Dębska: Charakter prawny koncesji na działalność gospodarczą, PUG 1994, Nr 3 i Nr 4; C. Kosikowski: Koncesje... op. cit.; A. Lipiński, Koncesje w prawie geologicznym i górniczym, PUG 1992, Nr 10-12, idem: Z problematyki koncesji w nowym prawie geologicznym i górniczym, A. Szablewski: Instytucja koncesjonowania w sferze infrastrukturalnej, ST 1991, Nr 3; M. Waligórski: Administracyjnoprawna reglamentacjadziałalności gospodarczej, Poznań 1994, s. 107 i nast. oraz s. 122 i nast., idem: Administracyjna regulacja działalności gospodarczej, Poznań 1998, s. 223 i nast.

Zdaniem S. Biernata, rozróżnienie między koncesjami a zezwoleniami nie jest *de lege lata* możliwe. Posługiwanie się terminem „koncesja" przez ustawodawcę jest według niego przypadkowe., natomiast próby teoretycznego wyodrębnienia tej kategorii odnoszą się do „typów idealnych" i ich rezultaty nie powinny stanowić podstaw do interpretacji obowiązującego prawa. W obowiązującym porządku prawnym koncesje miałyby odróżniać się od zezwoleń wyłącznie tym, że są wydawane na podstawie ustawy o działalności gospodarczej, a nie na podstawie ustaw szczególnych, chociaż i to kryterium nie odzwierciedla w pełni stanu rzeczywistego (część koncesji wydawanych jest bowiem wyłącznie w oparciu i ustawy szczególne, część - na podstawie i jednego i drugiego źródła).[123]

Pogląd ten zdaje się jednak być odosobnionym. Zdaniem innych autorów *de lege lata* da się wyodrębnić w naszym porządku prawnym jednorodną instytucję koncesji. Oprócz przytaczanej powyżej oceny A. Wasilewskiego, stanowisko takie reprezentują C. Kosikowski, M. Zdyb, M. Waligórski.

C. Kosikowski dostrzega aż dziewięć cech odróżniających zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej od koncesji.[124] Zdaniem tego autora: 1) zezwolenia nie oznaczają rezygnacji z monopolu państwowego i najczęściej dotyczą działalności gospodarczej nie objętej monopolem, 2) zezwolenia są wydawane w wyniku sprawdzenia możliwości uchylenia zakazu wykonywania działalności gospodarczej ustanowionego ze względu na ochronę życia i zdrowia ludzkiego, bezpieczeństwa i porządku publicznego, tajemnicy państwowej, zobowiązań międzynarodowych itp., 3) o zezwolenia mogą ubiegać się nie tylko podmioty niepaństwowe, 4) obowiązek uzyskania zezwolenia określają odrębne ustawy podjęte zarówno przed, jak i po wprowadzeniu w życie ustawy o działalności gospodarczej, 5) warunki uzyskania zezwoleń określają odrębne ustawy, 6) zezwolenia wydają nie tylko naczelne i centralne organy administracji, 7) udzielanie zezwoleń następuje w trybie przepisów k.p.a., modyfikowanych niekiedy przepisami szczegółowymi, 8) zezwolenia są decyzjami administracyjnymi i podlegają ochronie według zasad przyjętych w k.p.a., będąc zarówno aktami uznaniowymi jak i związanymi, 9) wydawanie zezwoleń na niektóre rodzaje działalności gospodarczej wiąże się przede wszystkim z wyrażeniem zgody na utworzenie w sensie prawnym pewnej organizacji mającej prowadzić działalność nim objętą.

123. Por. S. Biernat: Regulacja prawna kontyngentowania, PPH 1993, Nr 7, s 9, idem: Podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej - wolność gospodarcza *de lege lata* i *de lege ferenda*, PPH 1994, Nr 9, s. 13, idem: Działalność gospodarcza delege lata i de lege ferenda, „Jurysta" 1994, Nr 7-8, s. 111. Podobnego zdania wydaje się być B. Jaworska-Dębska: Spór wobec modelu polskiej regulacji alkoholowej. Zagadnienia administracyjnoprawne, Łódź 1995, s. 85.

124. Por. C. Kosikowski: Koncesje..., op. cit., s. 26.

Drobiazgowa analiza tych cech prowadzi wszakże do wniosku, że niemal każdą z nich można przypisać albo wszystkim albo niektórym z koncesji wydawanych na podstawie ustawy o działalności gospodarczej bądź idealnemu wzorcowi koncesji określonemu przez tego autora. Ponieważ brak jest podstaw do zwolnienia instytucji państwowych z obowiązku uzyskania koncesji na prowadzenie działalności w dziedzinach wymienionych w art. 11 ustawy, trudno mówić że koncesje wydawane są wyłącznie w dziedzinach objętych monopolem państwa, skoro wydaje się je instytucjom państwowym. Niektóre koncesje również wymagane są z uwagi na ochronę bezpieczeństwa publicznego (obrót bronią) lub wymogi prawa międzynarodowego (transport międzynarodowy, środki farmaceutyczne, wytwarzanie i dystrybucja energii elektrycznej). Wymóg uzyskania koncesji wprowadzają również inne ustawy niż ustawa z 1988 r., podobnie - inne ustawy regulują także warunki uzyskania koncesji. Koncesje wydawane są także przez wojewodów i starostów (górnicze). Nie ulega wątpliwości, że koncesje muszą być wydawane i chronione na zasadach określonych w k.p.a. Poniżej (w pkt 24) wskazano też przykłady koncesji, których wydanie nie zostało pozostawione uznaniu organu administracji (na przewóz kolejami). Ostatnia z cech - jako dotycząca „niektórych" zezwoleń - nie może służyć jako wyróżnik jakiejkolwiek kategorii prawnej. W szczególności warto jest zatrzymać się nad argumentacją dopatrującą się istoty koncesji w ich uznaniowym przyznawaniu.[125] Otóż - jak to trafnie dostrzeżono w doktrynie - uznaniowy charakter koncesji wydawanych na podstawie ustawy o działalności gospodarczej nie jest wcale taki pewny.[126] Ustawa ta określa bowiem - wprawdzie z wykorzystaniem zwrotów niedookreślonych, jednak nie wyłączonych spod prawnej oceny sądu administracyjnego - wyczerpujące przesłanki odmowy udzielenia koncesji. Chociaż ustalenie ich wystąpienia pozostawione jest swobodnej ocenie organu koncesjonującego, to nie mniej jednak nie jest ta ocena równoznaczna z uznaniem administracyjnym. Z uznaniem takim mamy bowiem do czynienia dopiero w przypadku, gdy przepisy prawa pozostawiają organowi decydującemu wybór różnych sposobów załatwienia spraw w danej sytuacji faktycznej albo możliwość określonego sposobu załatwienia sprawy w wybranych przez organ okolicznościach.[127]

125. Zbliżony pogląd do C. Kosikowskiego w tym zakresie zdaje się reprezentować także C. Banasiński: Koncesjonowanie..., op. cit., s. 124.

126. Por. B. Jaworska-Dębska: Charakter prawny koncesji..., op. cit., Cz. 1, s. 7 i 18 i A. Lipiński: Czy rzeczywiście „brak przy wpisie spółki z o.o.", PPH 1996, Nr 7, s. 30. Podobnie - chociaż mniej jednoznacznie Banasiński C. Fryźlewicz M. Szafrański D.: Promesa (przyrzeczenie) wydania koncesji, M.Prawn. 1996 Nr 9, s. 313.

127. Różnicę między uznaniem administracyjnym, swobodną oceną dowodów oraz działaniem w oparciu o zwroty nieokreślone wyjaśnia E. Ohendowski: Prawo administracyjne. Część ogólna, s. 179-184. Por. także M. Mincer: Uznanie administracyjne, Toruń 1983. Bardzo precyzyjnie rozgraniczają zjawiska uznania administracyjnego, swobodnej oceny dowodów i rozstrrzygania na podstawie zwrotów niedookreślonych L. Adamovich i B-Ch. Funk: Allgemeines Verwaltungsrecht, Wyd. 3, Wien 1987, s. 118-126.

Błędnym wydaje się być również argument jakoby organ wydający koncesję miał charakterystyczną dla uznania administracyjnego swobodę w określaniu treści aktu koncesyjnego. Musi on bowiem działać - stosownie do art. 6 Kpa - na podstawie przepisów prawa i wszelkie ograniczenia swobody korzystania z prawa do prowadzenia działalności gospodarczej objętej koncesją muszą być ustanawiane na podstawie przepisów ustawowych określających przedmiot i zakres tych ograniczeń. Dopuszczający określanie *„podstawowych warunków wykonywania działalności gospodarczej"* przepis art. 20 ust. 4 ustawy z 1988 r. nie oznacza bowiem, że organ administracji może kształtować owe *„warunki"* swobodnie.[128] W świetle postanowień Konstytucji RP (art. 22 i 31), wszelkie ograniczenia wolności gospodarczej muszą być - jako ograniczenia konstytucyjnych praw jednostki - ***„ustanawiane"*** w ustawach, a nie jedynie w nich generalnie przewidziane lub dopuszczone. Określając każdy *„warunek"* organ koncesjonujący ma obowiązek wskazać - oprócz art. 20 ust. 4 - przepis uzasadniający prawnie dane ograniczenie - tzn. przynajmniej oznaczający cel, jaki ma być osiągnięty poprzez jego wprowadzenie do aktu koncesyjnego. Mamy zatem w tego rodzaju sprawach do czynienia z pewnym luzem decyzyjnym pozostawionym organom wydającym koncesje ale - jak wynika z analizy przepisów prawa przewidujących udzielanie wszelkiego rodzaju zezwoleń, pozwoleń czy zgód na prowadzenie różnego typu działalności - tego rodzaju swoboda pozostawiana jest również organom wydającym inne akty niż koncesje.[129]

Odrębności koncesji od innych zezwoleń na prowadzenie działalności gospodarczej, uzasadniających traktowanie ich jako „decyzji kwalifikowanych" upatrywano także w tym, że wykonywanie koncesji polega na realizowaniu kompetencji administracyjnoprawnych.[130] Ani w badaniach C. Kosikowskiego, ani w publikacji prezentującej taki pogląd, ani w trakcie przygotowywania niniejszej monografii, nie udało się ustalić istnienia po stronie posiadaczy koncesji uzyskiwanych na podstawie polskiego prawa z wyjątkiem koncesji kolejowej) uprawnień, które mogłyby być uznane za właściwe wyłącznie administracji publicznej.

Zdaniem M. Waligórskiego, zezwolenia różnią się od koncesji tym, że te ostatnie są udzielane przy pozostawieniu organowi określonej sfery uznaniowości, natomiast zezwolenia (pozwolenia) „odnoszą się do zgoła innych sytuacji". Przy ich wydawaniu nie chodzi „o rezygnację z monopolu państwowego ale o uchylenie generalnego zakazu prowadzenia określonego rodzaju działalności gospodarczej

128. Tak twierdzą m.in. R. Stec: Koncesje w prawie łowieckim, PUG 1997 Nr 9, s. 19; R.W. Kaszubski i M. Olszak: Koncesje a zasada wolności gospodarczej, Glosa 1998 Nr 7, s. 4.

129. Por. np. pozwolenia i zezwolenia wydawane na podstawie przepisów zawartych w aktach zamieszczonych w wykazach Nr 1 i 2 - zaznaczonych kursywą.

130. Por. Marian Zdyb: Komentarz do ustawy o działalności gospodarczej, Bydgoszcz 1997, s. 291.

(ustanowionego ze względu na ochronę życia i zdrowia ludzkiego, środowiska, bezpieczeństwa i porządku publicznego itp.) w stosunku do podmiotu, który je uzyskał" po sprawdzeniu, że nie zachodzą ze strony zamierzonej działalności żadne przeszkody dla podjęcia danej działalności i jej prowadzenia. Rzecz znamienna, że sam autor tego poglądu zauważa, że obracanie się w granicach monopolu prawnego państwa ma miejsce także przy wydawaniu zezwoleń, a nie tylko przy koncesjach.[131] Pomija niestety okoliczność, że przepisy przewidują zarówno koncesje o charakterze związanym (na przewozy kolejowe, energetyczne), jak i bezsprzeczne fakty, że ogromna część pozwoleń (zezwoleń) wymagana jest i służy tym samym celom, co koncesje. Konstrukcja przepisów ustanawiających wymóg uzyskania pozwolenia administracyjnego jest też nie rzadko taka, że nie sposób o nich mówić, że przewidują udzielenie go po stwierdzeniu braku prawem określonych przeszkód podjęcia i prowadzenia danej działalności.[132]

Kolejną różnicę między zezwoleniami a koncesjami dostrzega M. Waligórski w tym, że zezwolenia są prostymi aktami administracyjnymi rozszerzającymi „sferę prawną przedsiębiorcy" (gdyż „w wyniku uchylenia ogólnego zakazu podmiot ten może legalnie prowadzić działalność gospodarczą"), ustalającymi mu prawo podmiotowe i zapewniającymi jego ochronę prawną, natomiast koncesja jest „aktem administracyjnym złożonym" (gdyż nadaje przedsiębiorcy nowe prawo przenosząc na niego kompetencje przysługujące udzielającym ją organom administracji i wyłącza wszystkich innych na danym obszarze od konkurencji z jej posiadaczem).[133] Także i w tym przypadku autor omawianej koncepcji zastrzega, że wyłączenie konkurencji dotyczy tylko niektórych typów koncesji (górnicze, geologiczne, na budowę i eksploatację autostradt). Trudno zatem traktować wskazaną cechę za ułatwiającą pożądane wyróżnienie. Ze swojej strony wskazałbym na fakt istnienia niektórych pozwoleń, które również wykluczają konkurencję (pozwolenie na budowę, na sprzedaż napojów alkoholowych w danym punkcie, na prowadzenie kasyn, salonów bingo itp.). Ponadto - autor nie wyjaśnia czym różni się „akt prosty" od „aktu złożonego" albo - „ustalenie prawa podmiotowego" od „nadania nowego prawa". Możemy jedynie domyślać się, że chodzi tu o nawiązanie do dawnych koncepcji O. Mayer'a i B. Walawskiego.

Ostatnim elementem mającym pozwolić na wyodrębnienie koncesji spośród innych aktów jest - według tegoż autora - to, że zasady wydawania, odmawiania i cofania tych aktów, kontroli i nadzoru organów nad korzystaniem z przyznanych uprawnień regulują - w przypadku koncesji - ustawa o działalności gospodarczej, a

131. Por. M. Waligórski: Administracyjna regulacja... op. cit., s. 254-255.
132. Por. w szczególności przepisy podkreślone w wykazach Nr 1, 2, 3 linią ciągłą.
133. Por. M. Waligórski: Administracyjna regulacja... op. cit., s. 255-256.

w przypadku zezwoleń - ustawy szczególne.[134] Nie wydaje się jednak aby i ta reguła uzasadniała twierdzenie o istnieniu jakiejś jakościowej różnicy między koncesjami i zezwoleniami. Łatwo przecież dowieść, że także w przypadku koncesji ww. materię regulują także - powoływane w pkt 24 - ustawy szczególne. Ponadto różność podstawy prawnej wskazuje jedynie na formalne a nie materialne różnice między aktami administracyjnymi. Pozostałe cechy, wyróżniające obie interesujące nas instytucje, M. Waligórski powtarza za przytaczanym powyżej C. Kosikowskim. Reasumując - również i temu autorowi nie udała się raczej sztuka wykazania, że koncesje wydawane w Polsce na podstawie ustawy o działalności gospodarczej stanowią istotnie różniącą się od pozostałych rodzajów koncesji instytucję prawną.

24. Koncesja w polskim prawie pozytywnym

Próbując ustalić istotę koncesji w warunkach polskiego prawa i polskiej administracji publicznej nie wolno czynić tego w całkowitym oderwaniu od treści prawa pozytywnego i opartego na nim orzecznictwa. Wprawdzie ustawodawca polski nigdy nie był - podobnie jak miało to miejsce w Austrii - nadmiernie zdyscyplinowany w przestrzeganiu puryzmu językowego i posługiwanie się przez niego takimi terminami jak: koncesja, zezwolenie, licencja czy pozwolenie, było przeważnie raczej kwestią konwencji lub rzeczą przypadku, niż rezultatem przyjęcia jednoznacznych koncepcji pozwalających na wyodrębnienie istotnych cech każdego z tych pojęć, jednak nie sposób inaczej dojść do ustalenia jedności lub odmienności poszczególnych instytucji niż poprzez analizę obowiązujących norm i dociekanie ich skutków prawnych.

Rola autora w prezentacji obowiązujących w naszym kraju regulacji prawnych przewidujących udzielanie przez organy państwowe koncesji jest o tyle ułatwiona, że możemy w tej dziedzinie posłużyć się monograficznym opracowaniem C. Kosikowskiego, zawierającym m.in. drobiazgowe omówienie, analizę i ocenę przeważającej części przepisów dotyczących tej kwestii.[135] W dziele tym pominięto jedynie dwa rodzaje koncesji przewidzianych w nadal obowiązujących aktach prawnych z okresu sprzed 1939 r.[136] oraz dziewięć rodzajów koncesji, których wydawanie opiera się na ustawach wprowadzonych w życie już po jego

134. Por. ibidem, s. 256-257.

135. Por. Cezary Kosikowski: Koncesje w prawie polskim, Kraków 1996 r.

136. Mam tu na uwadze koncesję na odpłatne badanie techniczne artykułów żywności i środków kosmetycznych, przewidziane rozporządzeniem Prezydenta RP z 1928 r. o dozorze nad artykułami żywności i towarami użytku (wykaz Nr 4 poz. 1) oraz koncesję na holowanie statków w polskich portach morskich przy pomocy specjalnych statków o napędzie mechanicznym (holowników), przewidziane rozporządzeniem Prezydenta RP z 1932 r. (wykaz Nr 4, poz. 2).

opublikowaniu.[137] Niektóre rodzaje koncesji uzyskały też nowy kształt prawny w związku z objęciem ich odrębnymi ustawami.[138] Łącznie, prawo polskie przewiduje udzielanie koncesji na ponad 60 rodzajów działalności gospodarczej.

Podstawowy akt regulujący wydawanie koncesji - ustawa o działalności gospodarczej z 1988 r.[139] - przewiduje, że koncesje wydaje, odmawia i cofa w drodze decyzji administracyjnej naczelny lub centralny organ administracji państwowej, właściwy ze względu na jej przedmiot. Koncedent może zobowiązać występującego o koncesję, aby - oprócz danych określających przedmiot działalności i identyfikujących aspirującego o nią - przedstawił mu w wyznaczonym terminie informacje i dokumenty mogące uprawdopodobnić, że „spełni on warunki wykonywania działalności gospodarczej, które będą określone w koncesji lub wynikają z odrębnych przepisów".[140] **Akt koncesyjny** powinien określać uprawnionego oraz zakres działalności gospodarczej, do której prowadzenia upoważnia. **Może** ponadto **określać podstawowe warunki wykonywania tej działalności**. Udzielenie koncesji **może być uzależnione od złożenia zabezpieczenia majątkowego roszczeń osób trzecich** z tytułu prowadzenia objętej nią działalności. Na istotę i charakter koncesji w rozumieniu ustawy o działalności gospodarczej najwyraźniej wskazuje brzmienie art. 20 ust. 5 i 6. Otóż **koncesji można odmówić lub ograniczyć jej zakres lub przedmiot** (w stosunku do wniosku) **ze względu na zagroże-**

137. Są to koncesje na 1) obrót w kraju i z zagranicą zwierzyną żywą, z wyłączeniem sprzedaży dokonywanej przez dzierżawców i zarządców obwodów łowieckich na terenie kraju, 2) obrót w kraju i z zagranicą tuszami zwierzyny i ich częściami, z wyłączeniem, o którym mowa w pkt. 1 oraz 3) sprzedaż usług turystycznych obejmujących polowania w kraju dla cudzoziemców i polowania za granicą, przewidziane w prawie łowieckim (wykaz Nr 4, poz. 13), 4) działalność w zakresie sportu profesjonalnego, przewidziana ustawą o kulturze fizycznej (wykaz Nr 4 poz. 14), 5) prowadzenie agencji celnych, przewidziana Kodeksem celnym (wykaz Nr 4 poz. 15), 6) wytwarzanie paliw i energii z wyłączeniem: wytwarzania paliw stałych, wytwarzania energii elektrycznej w źródłach o mocy poniżej 1 MW, wytwarzania paliw gazowych z gazu płynnego, wytwarzania ciepła w źródłach o mocy poniżej 1 MW, 7) magazynowanie paliw gazowych i ciekłych z wyłączeniem: lokalnego magazynowania gazu płynnego w instalacjach o przepustowości poniżej 1 MJ/s oraz magazynowania paliw ciekłych w obrocie detalicznym, 8) przesyłanie i dystrybucję paliw i energii z wyłączeniem: przesyłania i dystrybucji paliw gazowych w sieci o przepustowości poniżej 1 MJ/s oraz dystrybucji ciepła z węzłów grupowych za pomocą instalacji odbiorczych, 9) obrót paliwami i energią z wyłączeniem: obrotu paliwami stałymi, obrotu energią elektryczną za pomocą instalacji o napięciu poniżej 1 kV, będącą własnością odbiorcy, obrotu paliwami gazowymi, jeżeli roczna wartość obrotu nie przekracza równowartości 25.000 EURO, obrotu detalicznego paliwami ciekłymi, wszystkie przewidziane Prawem energetycznym (wykaz Nr 4 poz. 16).

138. Dotyczy to koncesji na wyrób win (p. wykaz Nr 4, poz. 20), na prowadzenie działalności w zakresie ochrony osób i mienia (wykaz Nr 4, poz. 19), na zarządzanie liniami kolejowymi i wykonywanie przewozów kolejowych, przewidziane ustawą o transporcie kolejowym (wykaz Nr 4 poz. 17) i na wykonywanie międzynarodowego transportu drogowego (wykaz Nr 4 poz. 18).

139. Por. wykaz Nr 4 poz. 6.

140. Art. 20 ust. 3 ustawy. W ust. 3a właściwi ministrowie uzyskali ponadto upoważnienie do określenia w drodze rozporządzenia rodzajów dokumentów i zakresu informacji, o których mowa w ust. 3. Skorzystali oni z tego upoważnienia w 13 przypadkach.

nie interesu gospodarki narodowej, obronności lub bezpieczeństwa państwa albo zagrożenia bezpieczeństwa lub dóbr osobistych obywateli a także **gdy wnioskodawca nie daje rękojmi należytego wykonywania działalności gospodarczej lub spełnienia podstawowych warunków jej wykonywania, albo - nie złoży zabezpieczenia.** Koncesje wydawane są na czas nie oznaczony. Zasada ta nie obowiązuje - poza sytuacjami określonymi w art. 20 ust. 5[141] - jeżeli sam wnioskodawca domaga się wyznaczenia terminu, a także w stosunku do koncesji na obrót z zagranicą towarami i usługami określonymi w rozporządzeniu właściwego ministra.

Treść przytoczonych przepisów wskazuje, że ustawodawca traktuje koncesję jako instrument służący ochronie i realizacji interesów ekonomicznych państwa, jego obronności i bezpieczeństwa, a także bezpieczeństwa i dóbr osobistych oraz majątkowych jego obywateli. Konieczność jej uzyskania ma strzec państwo i ludność przed zagrożeniami tych dóbr ze strony niewiarygodnych przedsiębiorców. Można z łatwością dostrzec, że kryteria decydujące o tym, jaka decyzja powinna zapaść w wyniku rozpatrzenia wniosku o koncesję, nie różnią się niczym istotnym od kryteriów stosowanych przez ustawodawcę przy regulacji prawnej wydawanych przez władze publiczne zwykłych pozwoleń.[142] Służą głównie celom prewencyjnym. Rzeczą charakterystyczną jest to, że ustawa nie zawiera żadnego zastrzeżenia o tym, że działalność, na którą wymagana jest koncesja, jest zastrzeżona na rzecz państwa.[143] Zastrzeżenia takiego nie znajdziemy również w Konstytucji RP. Nie wymienia ona żadnej działalności gospodarczej, której prowadzenie należało wyłącznie do państwa.

---

141. Przepis ten przewiduje możliwość odmowy wydania koncesji lub jej ograniczenie ze względu na zagrożenie interesu gospodarki narodowej, obronności i bezpieczeństwa państwa albo zagrożenie bezpieczeństwa lub dóbr osobistych obywateli. Zatem wydanie koncesji na czas ograniczony może nastąpić o ile w ten sposób da się zagwarantować, że owe zagrożenia nie zaistnieją. Można też twierdzić, że wyznaczenie terminu mocy obowiązującej koncesji dopuszczalne jest, o ile organ koncesjonujący nie jest w stanie stwierdzić z góry czy zagrożenia dla ww. dóbr nie powstaną w okresie późniejszym i ogranicza czas korzystania z przyznanego prawa po to, by móc wrócić do oceny niebezpieczeństwa ich powstania w momencie, gdy ocena taka będzie już możliwa. O takim ograniczeniu terminowym koncesji również możemy bowiem powiedzieć, że czynione są „ze względów, o których mowa w art. 20 ust. 5".

142. Por. pozwolenia przewidywane przez art. 20 ust. 1 i 2 w zw. z art. 53 i 82 ustawy - Prawo wodne (wykaz Nr 1 poz. 59), art. 3 ustawy o rybactwie śródlądowym (wykaz Nr 1 poz. 75), art.art. 9, 13 i 26 ustawy o administrowaniu obrotem z zagranicą towarami i usługami oraz obrocie specjalnym (wykaz Nr 2, poz. 15), Kodeks celny (wykaz Nr 1 poz. 150), a także niemal wszystkie zezwolenia i pozwolenia wymagane przepisami regulującymi działalność gospodarczą w sferze finansów i papierów wartościowych.

143. Wyjątkiem od tej zasady jest art. 7 ust. 2 Prawa geologicznego i górniczego, w którym stwierdza się, że „W granicach określonych przez ustawy Skarb Państwa może, z wyłączeniem innych osób, korzystać ze złóż kopalin oraz rozporządzać prawem do nich przez ustanowienie użytkowania górniczego." Wcześniej w ust. 1 przyjęto, że „ Złoża kopalin nie stanowiące części składowych nieruchomości gruntowej są własnością Skarbu Państwa". W doktrynie podkreśla się, że to, co jest częścią składową nieruchomości, a co nie należącą do niej skorupą ziemską jest sporne. Por. A. Lipiński: Nowe prawo geologiczne i górnicze.: „PiP" 1994 Nr 5, s. 29.

Ustawa milczy na temat uprawnień otrzymującego koncesję. Reguluje natomiast obowiązki koncesjonariusza. Przede wszystkim musi on znosić kontrole prowadzonej przez siebie działalności w zakresie jej zgodności z koncesją i przestrzegania „warunków" jej prowadzenia określonych w przepisach prawa lub w akcie koncesyjnym. Pomijając drobiazgową regulację sposobu przeprowadzania kontroli warto zatrzymać się nad uprawnieniem organu koncesyjnego do „wzywania przedsiębiorcy do usunięcia stwierdzonych uchybień w wyznaczonym terminie (art. 22 ust. 6). W połączeniu z kompetencją do określania w koncesji „podstawowych warunków wykonywania działalności gospodarczej" (art. 20 ust. 4) daje to władzy koncesjonującej możliwość nie tylko zapobiegania naruszeniom ww. wartości ale także sterowania sposobami prowadzenia danej działalności.[144] Oprócz funkcji policyjnych (prewencyjnych) koncesja z ustawy o działalności gospodarczej staje się poniekąd instrumentem polityki gospodarczej państwa - wpływania przez państwo na wszystkie sektory gospodarki aktywne w koncesjonowanych dziedzinach.[145] Tezę powyższą potwierdza brzmienie przepisu art. 22a, określającego w sposób wyczerpujący przyczyny cofnięcia (lub ograniczenia jej zakresu bądź przedmiotu).[146]

W trakcie powstawania niniejszej książki zakończone zostały prace nad nową ustawą regulującą zasady podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej w naszym kraju. Nowa ustawa z dnia 19 listopada 1999 r. - Prawo działalności gospodarczej[147] - zakłada, że koncesje wymagane będą w stosunku do nieco mniejszej niż obecnie ilości rodzajów tej działalności[148]. Kształt projektowanej

144. W orzecznictwie NSA spotkać możemy nawet tak daleko idący pogląd, że „Koncesjonowanie działalności gospodarczej, jako odstępstwo od zasady wolności gospodarczej ze względu na interesy gospodarki narodowej, uprawnia do określenia limitów produkcji i eksportu" por z dnia 21 lutego 1995 r. (II SA 2501/93, upubl. - „Wokanda" 1995 Nr 7, s. 44. Kontrowersyjność tej tezy wynika głównie z jej nazbyt generalnego ujęcia. Należy sądzić, że dopuszczalność tego typu ingerencji uzależniona być powinna za każdym razem od wykazania, że przekroczenie wyznaczonych limitów stważa zagrożenie dla gospodarki narodowej itp. motywów ograniczenia wolności gospodarczej określonych w art. 20 ust. 5 i 6 ustawy, bądź - w art. 31 Konstytucji RP.

145. W wyroku NSA z dnia 16 września 1992 (II SA 438/92, „M.Prawn." 1993 Nr 3, s. 91) sąd stwierdził: „Nie jest sprzeczne z prawem działanie organu uprawnionego do wydawania koncesji, jeśli w decyzji o przyznaniu koncesji określa granice tej koncesjonowanej działalności".

146. Koncesję można cofnąć jeżeli: 1) przedsiębiorca nie usunął ww. uchybień w wyznaczonym terminie, 2) jeżeli prowadzona działalność rażąco uchybia warunkom wykonywania działalności gospodarczej określonym w koncesji, 3) z przyczyn uzasadniających odmowę koncesji, o których mowa w art. 20 ust. 5, 4) jeżeli przedsiębiorca prowadzący przetwórstwo i obrót surowcami wtórnymi metali nieżelaznych (złomem) nie dotrzyma obowiązku żądania, przy zawieraniu umowy sprzedaży, dokumentu stwierdzającego tożsamość sprzedawcy surowców wtórnych metali nieżelaznych (złomu) i oświadczenia o pochodzeniu tych materiałów albo nie ewidencjonuje tych umów.

147. Dz.U. Nr 101, poz. 1178.

148. Ustawa ta przewiduje wydawanie koncesji na następujące rodzaje działalności: 1) poszukiwanie i rozpoznawanie złóż kopalin, 2) wydobywanie kopalin ze złóż, 2) bezzbiornikowe magazynowanie substancji oraz składowanie odpadów w górotworze, w tym - w podziemnych wyrobiskach górniczych, 4) wytwarzanie i

ustawy w części dotyczącej koncesjonowania jednak wskazuje, że istota koncesji w rozumieniu nowych przepisów nie ulegnie zasadniczej zmianie. Przyjęto w niej, że zakres i warunki wykonywania działalności gospodarczej objętej koncesją będą musiały być określone w ustawie. Jeżeli nie nastąpi to do dnia wejście w życie ustawy (to jest do 1. stycznia 2001 r.), a także, gdy właściwi ministrowie nie zdążą ustalić w tym czasie informacji i dokumentów wymaganych przy składaniu wniosków o koncesje, obowiązek uzyskania koncesji wygaśnie. Koncesje mają być terminowe (od 2 do 50 lat), a ich udzielanie - w sytuacji zgłoszenia się większej ilości chętnych, niż możliwa do wydania ilość koncesji - ma następować po przeprowadzeniu rozprawy. W miejsce dotychczasowego kryterium odmowy, odwołującego się do zagrożenia interesu gospodarki narodowej, wprowadzone ma być kryterium "zagrożenia ważnego interesu publicznego". Zniknąć ma natomiast kryterium zagrożenia bezpieczeństwa lub dóbr osobistych obywateli. Ograniczono ponadto - do tylko jednej dziedziny (wytwarzanie i obrót materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją i wyrobami oraz technologiami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym) - generalne upoważnienie organu koncesjonującego do uzależniania udzielenia koncesji od ubezpieczenia się przedsiębiorcy od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności.

Odmiennie uregulowano też w nowej ustawie przesłanki cofnięcia koncesji. Ma ono być obligatoryjne w przypadku prawomocnego zakazania przedsiębiorcy przez sąd wykonywania działalności gospodarczej nią objętej, a także - w przypadku zaniechania podjęcia lub prowadzenia tej działalności. Do cofnięcia lub ograniczenia koncesji ustawa obliguje organ koncesjonujący także w przypadku nieusunięcia przez przedsiębiorcę w wyznaczonym mu terminie stanu niezgodnego z warunkami koncesji lub z przepisami prawa regulującymi daną działalność albo rażącego naruszania warunków jej prowadzenia określonych w koncesji bądź - przepisami prawa. Dodatkowo, koncesję będzie można cofnąć lub zmienić w przypadku, gdy wymaga tego zagrożenie obronności i bezpieczeństwa państwa lub inny ważny interes publiczny.

W ustawie tej dokonano też próby ogólnego zdefiniowania dziedzin działalności, których podejmowanie wymaga uzyskania koncesji. Trawestując

obrót materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, 5) wytwarzanie, przetwarzanie, magazynowanie, przesyłanie, dystrybucja i obrót paliwami i energią, 6) ochrona osób i mienia, 7) transport lotniczy, 8) wykonywanie (innych) usług lotniczych, 9) budowa i eksploatacja autostrad płatnych, 10) zarządzanie liniami kolejowymi, 11) wykonywanie przewozów kolejowych, 12) rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych. Niemal 30 typów obecnie wydawanych koncesji zastąpionych zostanie zezwoleniami, których udzielenie ma postępować po stwierdzeniu, że ubiegający się o nie spełnia warunki określone ustawą. Jeżeli do dnia 1. stycznia 2001 r. nie zostaną określone ustawowo zakres i warunki wykonywania działalności gospodarczej oraz wydawania zezwoleń na jej prowadzenie, obowiązek uzyskiwania tych zezwoleń z mocy prawa ma wygasać (art. 98 Prawa działalności gospodarczej).

brzmienie art. 14 ust. 2 ustawy możemy bowiem stwierdzić, że **koncesje wymagane są w dziedzinach działalności gospodarczej mających szczególne znaczenie ze względu na bezpieczeństwo państwa lub obywateli albo inny ważny interes publiczny o ile działalność ta nie może być wykonywana jako wolna lub po uzyskaniu zezwolenia.** Oznacza to, że wydawanie koncesji przewiduje się w takich okolicznościach, w których nie można z góry określić w sposób wyczerpujący konkretnych przesłanek przesądzających o braku zagrożeń dla wyżej wymienionych wartości. Równocześnie wskazuje to jednak na typowo policyjny charakter tych pozwoleń administracyjnych, zwanych przez ustawodawcę "koncesjami". W odróżnieniu od klasycznych pozwoleń akty te mają zapewniać państwu możliwość zapobiegania podejmowaniu lub prowadzeniu działalności mogącej zagrażać nie tylko typowym dobrom chronionym prawem policyjnym ale także "innym ważnym interesom publicznym". Reasumując możemy stwierdzić, że - w wyniku wejścia w życie nowej regulacji - z pewnością osłabieniu ulegnie pozycja prawna ubiegających się o koncesję oraz korzystających z niej. Wynika to zarówno z przyjęcia zasady wydawania koncesji na czas określony, z wprowadzenia obligatoryjności cofania koncesji w tych przypadkach, w których obecnie obowiązujące prawo przewiduje fakultatywność tego typu sankcji, jak też ze zwiększenia swobody organów koncesjonujących przy podejmowaniu decyzji o udzieleniu, ograniczeniu lub cofnięciu koncesji (w wyniku posłużenia się ogólną przesłanką "inny ważny interes publiczny"). Ponieważ podobnymi cechami charakteryzują się również akty nazywane przez ustawodawcę pozwoleniami lub zezwoleniami, trudno uznać nowe unormowania za pozwalające wyodrębnić koncesje z grupy pozostałych pozwoleń.

16 typów koncesji wymienionych w ustawie o działalności gospodarczej wydawanych jest na zasadach uregulowanych w odrębnych ustawach. Ustawy te wprowadzają szereg modyfikacji w materii wymogów, jakie ma spełniać wnioskodawca o koncesję: zarówno formalnych (dotyczących treści wniosku oraz dokumentów i informacji, jakie należy do niego dołączyć), ja i merytorycznych (przede wszystkim konieczność posiadania: odpowiedniego majątku, przynależności państwowej, struktury bądź formy organizacyjnej, odpowiednich urządzeń technicznych, uprawnień do nieruchomości lub obiektów budowlanych, na/w których ma być prowadzona działalność koncesjonowana itp. itd.). Ustanawiają nieco odmienne przesłanki uzasadniające odmowę udzielenia koncesji, ograniczenia jej zakresu bądź cofnięcie koncesji.[149] Z uwagi na użyte we wszystkich ustawach sformułowa-

149. Przykładowo, ustawa o łączności (Wykaz Nr 1, poz. 93) wyklucza wydawanie niektórych koncesji podmiotom zagranicznym lub spółkom z udziałem takich podmiotów przekraczającym pułap w niej określony (art. 16), nakazuje odmowę jeżeli byłoby to: sprzeczne z zawartymi przez RP umowami międzynarodowymi, uzasadnione określonymi w ustawie przeszkodami technicznymi, a także gdy rozdział koncesji ma nastąpić

nia można stwierdzić, że poza sytuacjami, w których organ koncesjonujący ma prawo rozdzielić ograniczoną ilość koncesji, ich wydanie nie ma jednoznacznie uznaniowego charakteru. Wprawdzie kryteria odmowy są przeważnie nieostre, to jednak zostały zawarte w ustawie i z doktrynalnego punktu widzenia stanowią kategorie (pojęcia) prawne podlegające ocenie zarówno koncedenta, jak i sądu administracyjnego. Są wśród koncesji i takie przypadki, w których ustawodawca wyraźnie określa przesłanki, po których spełnieniu właściwy organ obowiązany jest wydać żądaną koncesję.[150]

Poszukując istoty koncesji w aktualnym prawie polskim warto prześledzić obowiązujące przepisy pod kątem ujęcia w nich przedmiotu koncesji, a mianowicie praw i obowiązków wynikających z aktów nazywanych koncesjami. Jak wynika z przytoczonych powyżej zasad ustawy o działalności gospodarczej, odnosząca się do tych zagadnień treść aktu koncesyjnego jest tam bardzo skromna. Bardziej rozbudowanej odpowiedzi na pytanie o nadawane koncesją prawa i ustanawiane obowiązki koncesjonariusza, udzielić można w stosunku do większości koncesji opierając się na ustawach szczególnych.

Generalnie, w każdym z uregulowanych przypadków, koncesjonariusz uzyskuje uprawnienie do prowadzenia działalności gospodarczej oznaczonej w koncesji, na zasadach i w granicach (przedmiotowych, a w niektórych przypadkach - również terytorialnych[151]) określonych w koncesji oraz w przepisach prawa. W niektórych tylko przypadkach otrzymujący koncesję przedsiębiorca uzyskuje jakiekolwiek inne uprawnienia. Dotyczy to: a) najstarszego typu koncesji, wydawanej na podstawie rozporządzenia Prezydenta RP z 1932 roku. (na holowanie statków w polskich portach morskich),[152] b) koncesji na wydobywanie kopalin oraz surowców mineralnych, c) koncesji na budowę autostrad płatnych oraz d) koncesji na zarządzanie liniami kolejowymi i na wykonywanie przewozów kolejowych.

---

w drodze przetargu, a wnioskodawca go nie wygrał (art. 18). Ustawa o radiofonii i telewizji (wykaz Nr 4 poz. 9), oprócz kryterium posiadania polskiego obywatelstwa lub siedziby i nie zdominowania przez kapitał zagraniczny (art. 35) nakazuje oceniać pretendujących o koncesję pod względem m.in. stopnia zgodności zamierzonej działalności programowej zadaniami określonymi w art. 1 w ust. 1ustawy, przewidywany udział w programie audycji własnych nadawcy i audycji krajowych oraz odmawianie koncesji gdyby rozpowszechnianie programów przez wnioskodawcę mogło spowodować zagrożenie interesów kultury narodowej, dobrych obyczajów i wychowania, naruszenie tajemnicy państwowej lub osiągnięcie przez niego pozycji dominującej w dziedzinie masmediów na danym terenie (art. 36).

150. Dotyczy to koncesji przewidywanych prawem energetycznym oraz ustawą o transporcie kolejowym. Por. przepisy wskazane w wykazie Nr 4 pod poz. 16 i 17.

151. Terytorialny zakres działalności koncesjonariusza określają koncesje na poszukiwanie i wydobywanie złóż minerałów kopalnych, koncesje radiowe i telewizyjne, telekomunikacyjne, koncesje na budowę autostrad płatnych).

152. Wykaz Nr 4, poz. 2.

W tym pierwszym przypadku koncesjonariuszowi może być przyznane prawo wyłączności na świadczenie działalności na danym terenie (art. 3). Jeszcze dalej idące uprawnienia szczególne nadaje koncesjonariuszom regulująca zasady korzystania z koncesji geologicznych i górniczych ustawa z 1994 r. (por. dalej - pkt 29).

Nietypowe rozwiązania - w porównaniu do uprawnień uzyskiwanych na podstawie większości innych koncesji i pozwoleń administracyjnych - znajdujemy w ustawie o autostradach płatnych. Otóż, nie na mocy aktu koncesyjnego, lecz w wyniku zawarcia odrębnej od niego tzw. umowy koncesyjnej, koncesjonariusz uzyskuje pewne uprawnienia do korzystania z nieruchomości przejętych w celu budowy autostrady przez Agencję Budowy i Eksploatacji Autostrad. (zwana dalej „Agencją").[153] Pod tym względem pozycja prawna posiadacza koncesji na budowę autostrady niewiele różni się jednak od pozycji posiadacza pozwolenia wodnoprawnego na szczególne korzystanie z wody należącej do Skarbu Państwa, polegające np. na ustawianiu jazów, przepustów etc., wykorzystania wody do poruszania urządzeń młyńskich itp. Tym samym, nie jest to cecha wyróżniająca koncesje spośród wszystkim pozwoleń, a zwłaszcza - od pozwoleń na korzystanie z przeznaczonych do powszechnego użytku rzeczy i urządzeń należących do państwa lub innych korporacji publicznoprawnych. Ustawy regulujące sposób korzystania z rzeczy przeznaczonych do powszechnego użytku, wyznaczające granice tego, co uznawane będzie za przysługujące każdemu „powszechne korzystanie", ustanawiają zarazem zakaz wykraczania poza te granice, a jednocześnie dopuszczają - w indywidualnych przypadkach - uwolnienie od tego zakazu w drodze zezwolenia władzy. Tym, co odróżnia takie pozwolenia od koncesji autostradowych jest to, że nieruchomości, z których Agencja dozwala korzystać budującemu i eksploatującemu autostradę, uzyskane i przeznaczone zostały właśnie w tym celu aby służyły właśnie autostradzie, natomiast pozwolenia na wykraczające poza granice powszechnego korzystania z wód czy dróg publicznych wiążą się przeważnie z nadaniem (częściowym i najczęściej przejściowym) tym rzeczom funkcji odmiennych od ich zasadniczego przeznaczenia.

Koncesjonariusz, ekploatujący wybudowaną autostradę, uprawniony jest ponadto do pobierania od korzystających z niej opłat. Ani w ustawie, ani w wydanym do niej akcie wykonawczym nie znajdujemy jednak jednoznacznego stwierdzenia, że są to opłaty o charakterze publicznoprawnym, a nie należności za wyświadczoną usługę.[154] Ponieważ opłata ma charakter świadczenia wzajemnego, a do jej pobierania nie wyposażono zarządzających autostradami w jakiekolwiek in-

153. Por. art. 62 ust. 1 pkt 6 ustawy o autostradach płatnych (wykaz Nr 4 poz. 11).

154. Por. art. 3 ww. ustawy oraz Rozporządzenie Ministra Transportu I Gospodarki Morskiej z dnia 12 maja 1995 r. w sprawie szczegółowych zasad ustalania i pobierania opłat za przejazdy autostradami płatnymi (Dz.U. Nr 58, poz. 305).

strumenty władczego, jednostronnego działania, należałoby przyjąć, że są to świadczenia o charakterze cywilnoprawnym. Wprawdzie koncesjonariusz - jeżeli chodzi o ustalanie stawek opłat i ich pobieranie - jest ograniczony przepisami ustawy i wydanego w celu jej wykonania rozporządzenia, a także poddany bardzo silnemu nadzorowi koncedenta (stawki opłat ustalane są w umowie koncesyjnej, a zmieniane wyłącznie w uzgodnieniu z Agencją), brak wskazania administracyjnej drogi dochodzenia od korzystających z autostrady roszczeń z tego tytułu uniemożliwia uznanie ich za opłaty administracyjne. Są to przecież należności przysługujące koncesjonariuszowi, a nie państwu czy Agencji. Stwierdzenie w ustawie, że za korzystanie z autostrady płatnej pobiera się opłatę o wysokości określonej w umowie koncesyjnej (lub zmienionej przez koncesjonariusza w uzgodnieniu z Agencją) nie wystarczy aby uznać takową za mającą charakter administracyjnoprawny.[155]

Najbliżej klasycznego modelu koncesji wydają się być oba typy koncesji kolejowych. Korzystający z koncesji na zarządzanie liniami kolejowymi uprawniony jest do ustalania i pobierania od przewoźników kolejowych - podlegających ściągnięciu w drodze administracyjnej - opłat za korzystanie przez nich z linii.[156] Jeszcze bardziej do funkcji i uprawnień organu administracji publicznej upodabniać się może działalność koncesjonowanych przewoźników kolejowych. Za zgodą ministra właściwego w sprawach transportu koncesjonariusz może utworzyć straż ochrony kolei, której funkcjonariuszom przysługiwać będą uprawnienia podobne do tych, jakie przewidziane są w ustawie o Policji dla policjantów (włącznie z prawem legitymowania, zatrzymywania, a nawet użycia broni palnej).[157]

Ustawa o działalności gospodarczej nie przewiduje w zasadzie - jak już wyżej stwierdzono - ustanawiania żadnych szczególnych, tzn. pozwalających odróżnić sytuację prawną posiadacza koncesji i zwykłego pozwolenia administracyjnego, obowiązków koncesjonariuszy. Dopiero w ustawach szczególnych (i to też nie wszystkich[158]) znajdujemy rozwiązania upodabniające polskie koncesje do „pra-

155. Obowiązujące w tej materii przepisy ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji uzależniają stosowanie egzekucji administracyjnej do należności pieniężnych innych niż wynikające z decyzji i postanowień administracyjnych, bądź wynikające z mocy samego prawa i pozostające w zakresie właściwości administracji rządowej i jednostek samorządu terytorialnego, od tego, czy zostało to przewidziane w przepisie szczególnym. Por. art. 2-4 ustawy z dnia 17 czerwca 1966 roku o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (Dz.U. z 1991 r. Nr 36, poz. 161, z 1992 r. Nr 20, poz. 78, z 1993 r. Nr 28, poz. 127, z 1995 r. Nr 85, poz. 426, z 1996 Nr 43, poz. 189, Nr 146, poz. 680, z 1997 r. Nr 137, poz. 926 i Nr 141, poz. 944, z 1998 r. Nr 162, poz. 1126).

156. Por. art. 21 ust. 7 ustawy o transporcie kolejowym (wykaz Nr 1 poz. 162).

157. Por. art. 47-51 ww. ustawy o transporcie kolejowym.

158. Por. np. koncesje na wyrób spirytusu (wykaz Nr 4 poz. 3), win (wykaz Nr 4, poz. 20), ochronę osób i mienia (wykaz Nr 4, poz. 19), profesjonalne uprawienie sportu (wykaz Nr 4, poz. 14), międzynarodowego wykonywanie transportu drogowego (wykaz Nr 4, poz. 18), wytwarzanie, obrót środkami farmaceutycznymi, lekami etc. (wykaz Nr 4 poz. 7), prowadzenie agencji celnych (wykaz Nr 4, poz. 15 i in), których posiadacze nie są

wdziwych" koncesji niemieckich czy najpopularniejszych francuskich koncesji służby publicznej bądź koncesji robót publicznych. Przykładowo, rozwiązania takie znajdujemy ponownie w ustawie o autostradach płatnych, w prawie energetycznym oraz w ustawie o transporcie kolejowym. Na czoło obowiązków koncesjonariusza eksploatującego autostradę płatną wybija się obowiązek stosowania taryfy opłat zaakceptowanej przez koncedenta (w umowie koncesyjnej, a następnie - w indywidualnych jego decyzjach). Ponadto jest on zmuszony poddawać się kontroli ww. Agencji, a także - do zapewnienia odpowiedniego stanu technicznego i powszechnej dostępności autostrady pod rygorem utraty koncesji.[159]

Koncesjonariusz będący przedsiębiorcą energetycznym zobowiązany jest do utrzymywania zdolności obiektów, instalacji i urządzeń do wykonywania dostaw energii w sposób ciągły i niezawodny, przy zachowaniu odpowiednich wymagań jakościowych. Będąc dostawcą energii bądź jej dystrybutorem, ma obowiązek zawierania umów dostawy lub sprzedaży, a także podłączenia do sieci z każdym podmiotem spełniającym techniczne i ekonomiczne warunki przyłączenia na warunkach równych dla wszystkich. Ustawa nakłada na posiadaczy koncesji energetycznych obowiązek utrzymywania niezbędnych, określonych przez władzę koncesjonującą rezerw paliw energetycznych oraz stosowania w obrocie cen określonych taryfą zatwierdzoną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki[160] Podobne obowiązki spoczywają na posiadaczach koncesji kolejowych. Koncesjonariusz zarządzający siecią musi zapewnić odpowiedni stan techniczny swych linii i prawo korzystania z nich wszystkim koncesjonowanym przewoźnikom i innym uprawnionym podmiotom za opłatą określoną zgodnie z przepisami ustawy, natomiast przewoźnik ma obowiązek posiadania odpowiedniego taboru, personelu i do zawierania umów o przewóz z każdym, kto spełnia określone taryfą warunki przewozu.[161]

Reasumując należy podkreślić, że tym, co pozwala wyodrębnić przynajmniej niektóre typy aktów nazwanych w obecnie obowiązującym prawie koncesjami od wszystkich innych pozwoleń administracyjnych, jest występowanie po stronie ich posiadaczy szczególnego rodzaju obowiązków, z których wykonywaniem koncesjonariusz musi się godzić (ciągłość i powszechny charakter wykonywanych usług, połączony z obowiązkiem zawierania umów o ich świadczenie). Wspólną

obciążani żadnymi szczególnymi obowiązkami w porównaniu do posiadaczy pozwoleń nie nazywanych koncesjami.

159. Por. art. 57-59 i 60 ww. ustawy o autostradach płatnych oraz § 2 powołanego wcześniej aktu wykonawczego.

160. Por. art. 4, 7, 10 i 47 Prawa energetycznego.

161. Por. art. 10-12, 21 ust. 7-9, art. 29-31 ustawy o transporcie kolejowym. Także koncesje wydawane na postawie Prawa geologicznego i górniczego zawierać mają postanowienia nakładające na ich posiadaczy obowiązki istotnie różniące się od obowiązków towarzyszących przyznawaniu pozwoleń na prowadzenie okre-

cechą tych obowiązków jest to, że ich realizacja ma służyć ogółowi korzystających z działalności określonej koncesją. Cechy te charakteryzują jednak tylko nieliczne, przewidziane ustawami koncesje. W odróżnieniu jednak od wszystkich, wyżej omówionych koncepcji koncesji admninistracyjnych, prawo polskie nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że działalność, której wykonywania koncesja dotyczy jest zawsze działalnością zastrzeżoną na rzecz państwa lub że stanowi wykonywanie zadań administracji publicznej. Dotyczy to także owej wąskiej grupy koncesji wyróżniających się od pozostałych szczególnymi uprawnieniami i/lub obowiązkami ich posiadaczy.

V. Koncesje w prawie górniczym

25. Różnorodność reżymów prawa górniczego

Zarówno we Francji, jak i w innych państwach europejskich, a także w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej możemy zetknąć się w ustawodawstwie i w praktyce z przykładami nadawania - w formie koncesji lub porównywalnego typu aktu - praw podmiotowych o złożonym, różnorodnym charakterze prawnym. Mam tu na myśli akty, nazywane przeważnie koncesjami górniczymi, upoważniające do poszukiwania, odkrywania i eksploatowania złóż surowców mineralnych (*concession minière* i *Bergbaukonzession, prospecting permit, mining lisense, mining lease*). Zrozumienie istoty zjawisk z tym związanych wymaga przybliżenia różnorodności reżymów prawnych, w jakich dochodziło i dochodzi do realizacji praw do odkrywania i wydobywania kopalin, a w tym - do zakładania (budowania) kopalni. Możemy wyróżnić tu trzy typy systemów prawnych:

1) system oparty na własności gruntu;

2) system koncesjonowania i

3) system wolności górniczej (*Bergbaufreiheit*)

Pierwszy z nich charakterystyczny jest - z pewnymi ograniczeniami - dla państw wspólnoty *Common Law* oraz Afryki Południowej.[162] Stosowany jest także w niektórych krajach Europy kontynentalnej w stosunku do minerałów pospoli-

ślonej działalności gospodarczej. Mam tu na myśli ustanawianie w koncesji sposobu prowadzenia działalności objętej koncesją, wyposażenia przedsiębiorstw górniczych, zakresu i szczegółowości dokumentowania prowadzonych robót etc. (art. 22 i 23). Postanowienia tego rodzaju mają przeważnie charakter prewencyjny - służą zapobieganiu wypadkom, katastrofom, pożarom etc. Obowiązki dokumentowania robót spełniają jednak również funkcje publiczne - służą władzom administracyjnym do rozpoznania geologicznego państwowych zasobów kopalin.

162. W Anglii kopalnie srebra i złota stanowią własność Korony, zaś w USA - od 1900 roku - za własność publiczną (*public utility ninerals*) uznano pokłady ropy naftowej oraz węgla kamiennego.

tych (takich, jak piasek, żwir, torf etc). Jego istotą jest to, że prawo do budowania kopalń oraz prawo własności wydobytych kopalin przysługuje właścicielowi nieruchomości. Wykorzystujący tę regułę do wydobywania kopalin pospolitych Niemcy nazywali ów system *Grundeigentumerbergbau.* Można w tym miejscu postawić pytanie, jaki charakter prawny miałby w tym systemie akt uprawniający do poszukiwania, odkrycia i wydobycia kopalina z nieruchomości stanowiącej własność państwa: koncesji administracyjnej czy regulowanego jedynie przez prawo prywatne oświadczenia woli właściciela gruntu i znajdującego się w nim minerału. Ponieważ wykonywanie tego rodzaju czynności zastrzeżone jest będącemu właścicielem państwu, ich realizacja może być traktowana jako wykonywanie zadań należących do administracji państwowej, a więc - z punktu widzenia dominującego w doktrynie poglądu - byłaby to koncesja.[163] Jednak z drugiego, materialnoprawnego punktu widzenia, dopóki przepisy prawa nie zawierają postanowień wyznaczających organom administracji publicznej (tylko jej, a nie wszystkim właścicielom gruntu, z którego wydobywana jest kopalina) szczególnych kompetencji do ingerowania w sposób korzystania z nadanego uprawnienia, wykraczających poza granice wyznaczone potrzebami zapobieżenia niebezpieczeństwom albo przynajmniej obowiązku poszukiwania, odkrywania bądź wydobywania nadających się do tego bogactw naturalnych, dopóty trudno będzie mówić, że podmiot uzyskujący od państwa-właściciela prawo do prowadzenia górniczych robót poszukiwawczych lub wydobywczych wykonuje jakiekolwiek zadanie administracji państwowej lub realizuje działania zastrzeżone na rzecz państwa. Posługując się sposobem rozumowania wskazanym powyżej, a przyjętym przez E. Forsthoff'a, należałoby uznać, że brak tego rodzaju norm przesądzać będzie o przynależności tego rodzaju aktów do sfery regulowanej wyłącznie normami prawa prywatnego, a nie administracyjnego. Cedowanie wykorzystywania uprawnień właścicielskich, przysługujących państwu w stosunku do nieruchomości na rzecz innych podmiotów, niczym nie różniłoby się wówczas od tego samego typu czynności prawnych wykonywanych przez osoby prywatne. Jak dobitnie wykazał ten autor w swym podręczniku do prawa administracyjnego, wykorzystywanie przez administrację publiczną instrumentów cywilnoprawnych - zarówno do wykonywania jej zadań konstytucyjnych, jak i w celach fiskalnych - nie jest w dzisiejszych czasach zjawiskiem odosobnionym i należy to uznać za znak naszych czasów.[164]

System wolności górniczej charakterystyczny był dla panującego w państwach niemieckiego kręgu językowego od XIX wieku liberalizmu prawnego i gospodarczego. Dotyczy on albo wszystkich, albo jedynie określonych przepisami prawa minerałów. Wolność górnicza polega na uznaniu przez prawo uprawnień

163. Tak twierdzi m.in. P. Fischer: op. cit., s., 48.
164. Por. op. cit., s., 118 i nast.

każdej osoby fizycznej lub prawnej do poszukiwania na całym terytorium państwa złóż surowców mineralnych. Uprawnienia te traktowane są jako ograniczenia uprawnień właścicieli nieruchomości w korzystaniu z nich. Zmuszeni oni są - w zamian za odszkodowanie lub innego rodzaju wynagrodzenie - znosić prowadzenie robót poszukiwawczych mających na celu znalezienie i określenie złoża. W przypadku odkrycia występowania podlegającego wolności górniczej minerału, poszukiwaczowi przysługuje wobec państwa roszczenie nadanie mu prawa własności kopalni w oparciu o specjalny, zgłoszony odpowiedniemu urzędowi wniosek (*Mutung*), zaś na państwie ciąży obowiązek nadania wnioskodawcy (*Muter*) owego prawa własności. Jedynymi, przesądzającymi o obowiązku nadania dochodzonego uprawnienia przesłankami są w tym systemie wystarczająca - wynikająca z przepisów prawa - obfitość złoża (*Fündigkeit*) oraz jego zdatność eksploatacji (*Abbauwürdigkeit*).[165] Przyjmując, że termin koncesja rezerwowany jest w doktrynie niemieckiej dla przypadków, w których dochodzi do przekazania określonej osobie uprawnienia do wykonywania działalności zastrzeżonej na rzecz państwa (zmonopolizowanej) musielibyśmy stwierdzić, że poszukiwanie i odkrywanie złóż bogactw naturalnych nie da się zmieścić w tych ramach. Obowiązujące w tych krajach ustawy wyznaczały bowiem tę samą drogę instytucjom działającym w imieniu państwa. Chcąc bezpośrednio zająć się rozpoznaniem geologicznym terytorium państwa i eksploatacją złóż, jego organy zobligowane są do takich samych zachowań, jak jednostka: muszą odkryć dane złoże i uzyskać dla państwa od władzy górniczej prawo własności kopalni. Roboty te nie stanowiły też zadania administracji publicznej. Jej zadaniem w zakresie prawa górniczego jest jedynie sprawowanie kontroli nad tym, czy kopalnie budowane są w miejscach o wystarczającej zasobności złóż i o odpowiednim ich usytuowaniu i strukturze. Także wydobycie kopalin nie jest w tym systemie poddane kontroli pod względem gospodarności i efektywności. Ograniczała się jedynie do tzw. nadzoru policyjnego (zapobiegania niebezpieczeństwom katastrof górniczych).[166]

Powyższe cechy wskazują, że akty nadające prawa do kopalni, dokonywane w stosunku do minerałów objętych systemem wolności górniczej, nie są koncesjami w przyjętym rozumieniu tego słowa. Nie przekazują bowiem ani prawa do wykonywania działalności zastrzeżonej na rzecz państwa ani też nie prowadzą do przekazania adresatowi do wykonywania części zadań państwowych.

System koncesyjny jest najpopularniejszy w świecie i opiera się na wzorcach stosowanych od wieków we Francji (por. niżej). Polega on na tym, że państwo zastrzega na swoją rzecz prawo do poszukiwania, odkrywania i wydobywania - uz-

165. Por. R-R. Huber: op. cit., T. II, s. 106 i nast. oraz K. Wenger: op. cit., s., 47 i nast.
166. Por. ibidem.

nanych przez siebie za własność publiczną - bogactw naturalnych oraz dopuszcza wykorzystywanie swego prawa przez inne osoby (fizyczne i prawne, krajowe i zagraniczne) wyłącznie na podstawie wydawanego przez określony prawem organ aktu przekazania tego prawa, zwanego przeważnie koncesją. Przekazanie to nie jest jednak pełne, gdyż państwo pozostawia sobie możliwość kontroli na sposobem eksploatacji uprawnień koncesyjnych, połączonej z uprawnieniami do ingerowania w sposób prowadzenia tej działalności, do jednostronnego, przedterminowego ograniczenia jej zakresu, a nawet - do jej odebrania.

Ponieważ - jak podkreślono - źródłem i przykładem prawnych uregulowań udzielania i wykorzystywania koncesji górniczych była Francja, za wskazane należałoby przede wszystkim uznać bliższe przyjrzenie się poglądom doktryny i prawa francuskiego na ten temat.

26. Koncesje „górnicze" we Francji w świetle ustawodawstwa i doktryny

Szczególnym, znanym już dziewiętnastowiecznemu francuskiemu porządkowi prawnemu (i chyba najdokładniej uregulowanym) typem koncesji były koncesje górnicze (*concession minière).*[167] Przedmiotem ich było prowadzenie działalności polegającej na poszukiwaniu, wynajdowaniu, określaniu, pozyskiwaniu i przetwarzaniu wszelkich użytecznych minerałów. Koncesję tego typu cechowała wielość różnorodnych, właściwych wszystkim, poprzednio omówionym (patrz pkt.1-7 nin. rozdziału) typom koncesji, elementów decydujących o jej charakterze prawnym. Można rzec, że była ona konglomeratem wszelakich koncesji i miała charakter niejako mieszany.[168]

Koncesja *minière* zawierała w sobie element użytkowania przez osobę prywatną dóbr należących do państwa. Łączyło to ją z typem koncesji *d'utilisation.* Koncesje te miewały jednak również za przedmiot „wykraczające poza granice użytku powszechnego korzystanie z dóbr publicznych". Działo się tak wówczas, gdy np. w koncesji musiano uregulować w szczególny sposób kwestie transportowania odkrytych i wydobytych bogactw naturalnych. W ten sposób pojawia się w koncesjach *miniere* element typowy dla *concession d'occupation du domaine public.*[169] Podobieństwo nie jest jednak zupełne. O ile bowiem w koncesji *d'occupation* jak i koncesji *d'utilisation,* korzystanie z rzeczy pozostawia jej substancję nienaruszoną, w koncesjach *d' minière* jej pomniejszenie stanowi ich isto-

167. Zarówno francuska, jak i niemiecka nazwa tych koncesji (Bergbaukonzession) są mylące, gdyż nie obejmuję pełnego zakresu przedmiotowego tych koncesji, obejmującego nie tylko działalność uznawaną powszechnie za górnictwo (wydobywanie kopalin), lecz także za geologiczną - po. dalej).

168. Por. P. Fischer, op. cit., s. 29 i nast.

169. Por. P. Fischer, op. cit., s. 29-30.

tę. Uzasadnia to traktowanie koncesji *minière* jako koncesji-konglomeratu, zawierającego w sobie cechy koncesji różnych typów.

Zrozumienie istoty i charakteru tego typu koncesji ułatwi zapewne bliższe przyjrzenie się postanowieniom dwóch pierwszych francuskich ustaw o prawie górniczym. Pierwsza ustawa, z 21 kwietnia 1810 r., opierała się na ścisłym rozgraniczeniu prawa własności gruntu od własności bogactw naturalnych znajdujących się w ziemi (co kojarzy się jednoznacznie ze wspomnianymi wyżej średniowiecznymi regaliami monarszymi). Ustawa przewidywała, że koncesjonariusz uzyskuje poprzez nadaną koncesję cywilne prawo własności do istniejącej albo dopiero urządzanej kopalni. Było to prawo czasowo nieograniczone (*perpétuel*) i swobodnie rozporządzalne. Udzielenie koncesji następowało na podstawie dekretu zwanego *acte de concession*. Państwu francuskiemu i jego interesom gospodarczym było na rękę odkrycie - przy pomocy inicjatywy prywatnej - jak największej ilości bogactw naturalnych kraju. Dlatego też udzieleniu koncesji nie towarzyszyło początkowo wzajemne świadczenie pieniężne koncesjonariusza i nie przewidywano poddania jego działalności kontroli państwowej. Koncesja miała zatem początkowo charakter niejako podarunku. Pomimo braku obowiązku finansowego wynagrodzenia państwu uzyskanych korzyści, koncesjonariusz był jednak zobowiązany do zrealizowania pewnego zadania administracyjnego, a mianowicie - do wykrycia i wydobycia kopaliny.[170] Zgodnie z ustawą koncesja mogła być udzielona wyłącznie takiej osobie, która - według wszelkiego prawdopodobieństwa - była w stanie uzyskać taki efekt i wnieść w tej postaci swoje *świadczenie wzajemne*.

Praktyka administracyjna dość szybko uległa jednak zmianie. Mając na względzie ów ogólnopaństwowy cel koncesji rozpoczęto dodawać do dekretu koncesyjnego *cahier des charges* („księgę ciężarów"), a następnie - obciążać koncesjonariusza obowiązkiem wnoszenia świadczenia wzajemnego również w postaci stosownych opłat. Praktyka ta została zakwestionowana w orzecznictwie Conseil d'Etat[171] i zapewne z tego względu w kolejnej ustawie znalazły się postanowienia legitymizujące tę praktykę.

W dniu 9 sierpnia 1919 r. parlament francuski przyjął nową ustawę o prawie górniczym, w której konstrukcja prawna koncesji górniczej uległa poważnym zmianom. Po pierwsze, zrezygnowano z zasady nieodpłatności (*gratuité*) i zasady czasowej nieokreśloności (*perpétuité)* koncesji *d'minier*è. Własność kopalni straciła też swój cywilnoprawny charakter. Stała się ona dobrem publicznym. Koncesjonariusz uzyskiwał jedynie czasowo ograniczone prawo do korzystania z kopalni (*droit de jouissance*). Ustawa wprowadziła także upoważnienie do ustanawiania

170. Por. A. Blondeau, op. cit., s. 68.

171. Por. Paul Berthelemy: Traité élémentaire de droit administrativ, Paris 1923, s. 747.

typowych „ksiąg ciężarów" (*cahiers des charges types*), przy pomocy których państwowa władza wykonawcza mogłaby poddać swej kontroli zgodność działalności koncesjonariuszy z państwowym interesem uzyskiwania jak największego poziomu wydobycia surowców naturalnych. Upoważnienie to wykorzystane zostało już w 1920 r. Ponadto, dodatkową ustawą, w tym samym czasie wprowadzono prawo państwa do udziału w osiąganych przez koncesjonariuszy zyskach.[172]

Kolejna i ostatnia ustawa regulująca koncesje górnicze pochodzi z 1955 r. (obowiązująca od 1956) i zasadniczo nie odchodzi od koncepcji przyjętych w ustawie poprzedniej z wyjątkiem koncesjonowania prac geologicznych i górniczych dotyczacych rozpoznania, określenia oraz wydobycia rud metali, w stosunku do których przywrócono zasady nieodpłatności (*gratuité*) i trwałości (*perpétuité*).[173]

Badający istotę i funkcjonowanie w praktyce koncesji górniczych A. Bloneau w następujący sposób dowodził, że normy regulujące ich wydawanie i wykorzystywanie wykazują cechy zarówno koncesji robót publicznych, jak i koncesji służby publicznej. Po pierwsze, świadczy o tym publicznoprawna droga którą obie ostatnie ustawy wybrały do osiągania celów administracji państwowej w zakresie odkrywania i wykorzystywania bogactw naturalnych. Przewidują one mianowicie, że zadanie swe administracja realizować może w trojaki sposób: albo wykonując je bezpośrednio (samodzielnie) w formie tzw. *régie directe*, albo poprzez włączenie do ich wykonywania innych podmiotów prawa (w formie tzw. *régie interessée,* albo poprzez udzielenie koncesji.[174]

Po drugie, formą udzielenia koncesji pozostaje nadal dekret o jej nadaniu (ew. udzieleniu), wręczany w siedzibie Conseil d'Etat przez właściwego ministra. Jest to jednostronny akt administracyjny, do którego dołączana jest - podpisana przez koncedenta i koncesjonariusza ale sformułowana jednostronnie przez organ administracji - księga ciężarów (*cahier des charges*). Zawarte w niej postanowienia, na-

172. Por. A. Blondeau, op. cit., s. 69, R. Waline: Droit administratif, wyd. 9, Paris 1953, s. 694-695.

173. Ibidem.

174. Różnice między *régie interessée* a typową koncesją służby publicznej widział przy tym A. Blondeau w zróżnicowaniu wzajemnych świadczeń uzyskiwanych przez koncesionariusza a osobą, za której pośrednictwem administracja publiczna wykonuje swoje zadania w zakresie odkrywania, określania i pozyskiwania bogadztw naturalnych. Podczas gdy koncesjonariusz *service public* uzyskuje prawo do pobierania od korzystających z usług jego przedsiębiorstwa - ustanowionych zgodnie z obowiązującą taryfą - opłat za ich uzyskanie, w przypadku zarządzającego przedsięwzięciem publicznym (*régie interessée*) mamy do czynienia z wynagradzaniem go nie przez ogół użytkowników lecz przez administrację, która zobowiązuje się w zawieranym z zarządcą kontrakcie do periodycznego przekazywania mu pewnej części (udziału) dochodu z opłat pobieranych od użytkowników na rzecz Republiki albo też w inny sposób określony umową. Jak jednak wykazywał R. Waline (w:) La notion de régie interessée, R.D.P. 1948, s. 337 i nast.), również w typowych koncesjach możemy mieć do czynienia z elementami cechującymi *régie interessée.* Dzieje się to wówczas, gdy koncedent zagwarantuje w akcie koncesyjnym koncesjonariuszowi określone gwarancje czy zabezpieczenia na wypadek strat ponoszonych w toku wykorzystywania koncesji.

zywane w doktrynie francuskiej *clauses réglamentaires* (zasadami regulującymi), traktowane jako integralna część aktu nadania (udzielenia) koncesji, są charakterystyczne zarówno w przypadku koncesji *de service public* jak i w zmodernizowanej postaci koncesji *de travaux publics.* W odróżnieniu od cywlistycznych ogólnych warunków umownych (*clauses réglamentaires*) charakteryzują się one tym, że mogą być w każdym czasie jednostronnie zmieniane przez jedną ze stron stosunku prawnego - koncedenta i stanowią dla niego, a także dla osób trzecich (np. dla zaopatrywanych przez uprawnionego do wydobywania i rozprowadzania danego minerału), obowiązujące normy o naturze *ius cogens.*[175] Swoistą przeciwwagą dla tak daleko posuniętej - dokonywanej jednak w imię przeważającego interesu publicznego - ingerencji władzy administracyjnej w sferę praw koncesjonariusza była przeważnie jego uprzywilejowana pozycja zarówno w zakresie ponoszenia ciężarów publicznych (zwolnienia lub ulgi podatkowe) jak i innego rodzaju przywilejów publicznych (np. prawo do wstępu na cudzą nieruchomość i przeprowadzania na niej badań bądź pomiarów). Również i ta cecha zbliża koncesję „górniczą" do klasycznych koncesji robót publicznych i służby publicznej.

27. Miejsce koncesji *d'minière* w systemie koncesji francuskich

Przytoczone powyżej znamiona *concession minière,* w połączeniu z okolicznością, że po zakończeniu stosunku koncesyjnego wszystkie urządzenia i instalacje służące pozyskaniu danego surowca naturalnego przechodziły - w myśl obu ostatnich ustaw - z mocy prawa na własność Republiki, skłoniły niektórych autorów do traktowania ich jako zaliczających się do kategorii *cononcession de service public.*[176] Kwalifikacja taka nie zyskała jednak akceptacji doktryny, w która znalazła szereg istotnych cech wyróżniających koncesje „górnicze" od koncesji służby publicznej.

Jak podkreślał A. Blondeau, naturalną cechą obu tych typów koncesji jest to, że dotyczą wykonywania działalności leżącej w interesie publicznym ale równocześnie skierowanej w różnych celach: koncesje służby publicznej służą wykonaniu ciążącego na państwie lub korporacji lokalnej zadania polegającego na zaspokojeniu indywidualnych potrzeb bliżej nie określonej grupy obywateli., przede wszystkim w takich sektorach, jak zaopatrzenie w energię, gaz, wodę, informacje (media). Działalność koncesjonariuszy działających w obszarze poszukiwania i rozpoznawania zasobów złoży bogactw naturalnych skierowana jest natomiast przede wszystkim na zaspokojenie szczególnego zapotrzebowania ogółu - potrzeb

174. Por. także A. Laubedère, op. cit., T. II, s. 204.

175. Por. Ibidem, T. I, acpt 421.

176. Por. Appelton, Traité élémentaire du contentiux administratif. acpt 93, podaję za P. Fischer'em: op. cit., s. 32.

samego państwa.[177] Wyrażając to inaczej P. Fischer zauważył, że spoglądając na oba typy koncecji z punktu widzenia odnoszących z nich korzyści, działalność koncesjonariusza służby publicznej przysparza w pierwszej kolejności korzyści ogółowi obywateli (mogących korzystać z usług przedsiębiorstwa), natomiast w przypadku koncesji *minière,* korzyść z jej wykorzystywania odnosi w pierwszej kolejności państwo (uzyskując rozpoznanie miejsc i zasobności złóż bogactw naturalnych, którymi może rozporządzać) oraz sam koncesjonariusz, a dopiero pośrednio - poprzez umożliwienie korzystania z wyników prac geologicznych i wydobywczych - ogół.[178]

Owe ekonomiczne zróżnicowanie obu typów koncesji znajduje swoje odzwierciedlenie prawne w sposobie ujmowania kompetencji kontrolnych administracji i obowiązków koncesjonariuszy poddania się nadzorowi nad wykonywaniem koncesji oraz wynikającym z niego ingerencjom w stosunek koncesyjny. Ponieważ w przypadku koncesji *service public* istnieje zagrożenie bezpośredniego poszkodowania ogółu użytkowników poprzez nieusprawiedliwiony, wykorzystywanie (czy wręcz nadużywanie) posiadanej przez koncesjonariusza monopolistycznej pozycji, państwo przeciwstawia się temu niebezpieczeństwu w drodze jednostronnego ustanawiania cen za świadczone usługi (nakładając w *cahier des charges* obowiązek stosowania zatwierdzonych przez administrację taryf). Dodatkowo ochrona jednostki wzmacniana jest w tym przypadku przez nałożenie na koncesjonariusza obowiązku zawierania umów.[179] Innego rodzaju sytuacja prawna pojawia się na gruncie regulującej materię koncesji *minière* francuskiej ordynacji górniczej. Ustanowiona na jej podstawie wzorcowa księga ciężarów (*cahier des charges types*) zawiera wprawdzie również jednostronnie ustanowione postanowienia nakładające na koncesjonariusza obowiązek eksploatowania koncesjonowanych złóż surowców mineralnych albo do wydobywania ropy naftowej, co mogłoby być porównywane do obowiązku nieprzerwanego świadczenia usług przez korzystającego z koncesji *service public.* Jednak koncesjonariuszowi pozostawia się swobodę w kształtowaniu esencjonalnych elementów eksploatacji praw koncesyjnych (czyli - jak to podkreślał A. Blondeau - *„le maître de son exploatation"*): nie jest on podporządkowany ani obowiązkowi stosowania cen taryfowych ustalanych przez lub pod nadzorem administracji, ani też nie ma obowiązku kontraktowania (może samodzielnie dobierać nabywców wydobytych i rozprowadzanych przez siebie surowców.[180]

177. Por. A. Blondeau: op. cit., s. 71
178. Por. P. Fischer: op. cit., s. 33.
179. Por. ibidem, s. 33-34.
180. Por. A. Blondeau: op. cit., s. 71

Wskazane powyżej cechy różnicujące oba typy francuskich koncesji uzasadniają zróżnicowane traktowanie ich w tamtejszym systemie prawnym. Korzystający z *concession minière* podporządkowany jest kontroli państwowej, wykonywanej w oparciu o ww. *cahier des charges types*, jedynie w pierwszej fazie - prowadzenia robót badawczych i poszukiwawczych, odkrycia i wydobycia kopaliny. W drugiej, komercyjnej fazie, zwolniony już jest z podporządkowania administracji. Odróżnia to pozycję posiadacza koncesji „górniczej" od posiadacza koncesji *service public,* który podlega kontroli państwowej właśnie podczas wykonywania koncesjonowanej działalności. Zróżnicowane są także skutki prawne udzielenia koncesji górniczej i koncesji służby publicznej. Posiadacz tej pierwszej nie uzyskuje bowiem do wykorzystywania - jak to wywodzi A. Laubedère - tak znacznego zakresu uprawnień państwowych, jak w przypadku nadania koncesji *service public,* ale też i jego prawa nabyte z mocy koncesji podlegają silniejszej ochronie - kryteria jednostronnego, przedterminowego zakończenia stosunku koncesyjnego na skutek cofnięcia lub wygaśnięcia koncesji na podstawie decyzji koncedenta są tak wąskie, że ryzyko jej utraty jest znacznie mniejsze. Z powyższych zapewne względów, zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie Conseil d'Etat, koncesje górnicze traktowane są jako odrębny od *cononcession de service public* względnie *concession de travaux poblics* typ koncesji administracyjnej.[181]

28. Nadawanie uprawnień do wydobywania minerałów w państwach *Common Law*

U podstaw rozwiązań prawnych dotyczących wydobywania bogactw naturalnych w Wielkiej Brytanii oraz USA, w krajach o niewątpliwie wiodącej roli w kształtowaniu się *Common Law*, znajduje się - z pewnymi, nawet istotnymi wyjątkami - system praw właścicieli nieruchomości do zakładania kopalni. Właściciel powierzchni ziemi jest równocześnie właścicielem, w nieograniczonym zakresie (*in unlimited depth*), wszystkich części składowych danej nieruchomości, łącznie z wszystkim, co się w ziemi znajduje, nie wyłączając bogactw naturalnych. Zasada ta nie obowiązywała w Anglii w stosunku do metali szlachetnych, których własność zastrzeżona była wyłącznie na rzecz Korony. Ustawą z 1934 r. rozciągnięto tam prerogatywy Korony także na gaz ziemny i ropę naftową. Na podstawie tej ustawy wyłączne prawo do odkrywania, wydobywania i wykorzystywania złóż tych minerałów (a także pozostałych surowców węglowodorowych)

181. Por. A. Laubedère, op. cit., T. II, s. 235 i 828, T. III, acpt 1048 i 1049. (podaję za P. Fischer'em: op. cit., s. 35).

przysługiwało państwu, które mogło jednak przekazać wykonywanie tego prawa na rzecz osoby prywatnej udzielając jej stosownej licencji (*mining lisense*).[182]

Pierwotny system amerykańskiego prawa górniczego, w odróżnieniu od brytyjskiego, charakteryzował się bezwarunkowym przestrzeganiem praw właścicieli nieruchomości do znajdujących się w niej kopalin. Szedł nawet dalej, gdyż wyprowadzał z tego prawa również roszczenie właścicieli kopalni odkrywających w trakcie robót górniczych wydajne złoża minerałów o przeniesienie na nich prawa własności nieruchomości ziemskich znajdujących się nad zlokalizowanym złożem. Roszczenie to mogło być kierowane jednak wyłącznie do nieruchomości publicznych - należących do federacji lub któregoś ze zjednoczonych stanów. System ten, zwany *location system,* ukształtował się początkowo (w okresie pierwszej Gorączki Złota - *California Gold Rash 1948*) jako prawo zwyczajowe. Na mocy ustawy górniczej z 1872 r. uznany został formalnie jako obowiązujący w całej unii.[183]

Rozwiązania tego rodzaju okazały się w praktyce niewystarczające. Wraz z pojawieniem się i rozwinięciem w administracyjnej działalności w USA ww. instytucji *public utilities,* rozpoczęto wykorzystywanie jej także w dziedzinie pozyskiwania bogactw naturalnych. Początkowo, już od 1900 r. czyniły tak poszczególne stany USA, zwłaszcza w stosunku do ropy naftowej i węgla, które uznano za minerały użyteczności publicznej (*public utilities minerals*), zaś od 1910 r. *location system* zniesiony został w drodze ustawowej na szczeblu federalnym. Dotychczasowe zasady pozostawiono w mocy w stosunku do innych surowców niż węgiel, ropa naftowa, gaz ziemny i fosfaty, zalegających w nieruchomościach należących do unii. I te właśnie bogactwa naturalne, uznane za minerały użyteczności publicznej, objęte zostały - na mocy *„Mineral Leasing Act" z 25. lutego 1920 r.* - nowym systemem prawnym zwanym *„leasing system".*[184] System ten zakładał dwufazowe postępowanie: w pierwszej fazie osoba poszukująca wydajnych złóż ww. minerałów uzyskiwała - na okres dwóch lat - zezwolenie na prowadzenie robót geologiczno-poszukiwawczych na określonym terytorium na zasadzie wyłączności. Gdy poszukiwania kończyły się sukcesem (ustaleniem nadającego się do efektywnego wydobywania pokładu danego minerału), zezwolenie na poszukiwanie mogło zostać przekształcone w stosunek dzierżawy złoża - tj. w uprawnienie do jego przemysłowego wydobycia, przetworzenia i rozporządzania nim (*production lease*). Stosunek ten powstawał w oparciu o wydawany przez władze

182. Por. P. Fischer: op. cit., s. 57.

183. Por. Carlston: International Role of Concession Agreements, Selected Reading, s. 248.

184. Por. E. Lewis: Oil Land Leasing Act of 1920 with Amendments and Other Laws relating to Mineral Lands, Washington 1952 (zawierające pełen zestaw ustaw i aktów wykonawczych regulujących tę materię).

administracyjne (federalne lub stanowe) dokument, zwany *privilege of mining*.[185] Nie wszystkie minerały uznane za *public utilities* objęte były takim dwufazowym systemem. Nie dotyczył on fosfatów, których wydobycie mogło się odbywać bez konieczności uzyskania zezwolenia na poszukiwanie, na podstawie uzyskiwanego na wniosek zainteresowanego przywileju dzierżawy górniczej (*mining lease*).[186]

Uzyskiwane w nowym systemie prawo dzierżawy kopalni (*mining lease*) posiadało wszelkie cechy , jakie w systemie *Common Law* przypisywano instytucji prawnej dzierżawy. Traktowano je jako dwustronną, podporządkowaną prawu cywilnemu umowę (*contrat*), w której określone zostają jej strony, przedmiot oraz wzajemnie umówione świadczenia. W zamian za przekazane prawo do pozyskiwania stanowiących *public utilities* minerałów dzierżawca zobowiązuje się przeważnie - albo do okresowych świadczeń pieniężnych na rzecz Unii bądź stanu (*fixed rent*), albo do przekazywania mu części wydobytej substancji (*royalty*). W przeciwieństwie do typowej dzierżawy *mining lease* nie daje uprawnionemu praw do nieruchomości będącej niejako przedmiotem umowy. Uprawnienia dzierżawcy ograniczają się jedynie do pobierania z niej pożytków, poprzez niejako pomniejszanie jej wartości o wydobywane substancje.[187] Nie jest to zatem dzierżawa typowa.

Reasumując powyższe dochodzimy do wniosku, że w nawet tak skrajnie liberalnym kraju, jak USA, w dziedzinie prawa górniczego, nie tylko doszło do objęcia kontrolą sprawowaną przez państwo pewnej części aktywności gospodarczej jednostek prywatnych, ale i do wykorzystywania tych ostatnich do realizacji funkcji administracji publicznej. Instrumenty prawne wykorzystywane w tym celu upodabniają się nawet do znanych na kontynencie europejskim koncesji, chociaż w znacznym stopniu oparte są o reguły i instytucje prawa cywilnego. Tym, co upodabnia uprawnienia, nadawane przez władze publiczne USA, do tradycyjnych koncesji jest okoliczność, że doprowadzają one do przekazania na rzecz osoby prywatnej pewnych praw przysługujących państwu (stanowi lub federacji). W odróżnieniu od Francji i państw niemieckojęzycznych, w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej, akt powierzenia takich kompetencji nie jest traktowany jako rządzony zasadami prawa administracyjnego, lecz jako szczególna postać regulacji i stosowania prawa prywatnego.

29. Koncesje górnicze według prawa niemieckiego i polskiego

Jak wyżej wspomniano, charakterystyczny dla Niemiec system wolności górniczej nie pozostawiał miejsca dla instytucji charakteryzującej się cechami uzna-

185. Por. Carlston: op. cit., s. 249 i nast.

186. Por. E. Lewis: op. cit., s. 4.

187. Por. W. Black: Law Dictionery, West Publishing Co. 1968, s. 1147.

wanymi współcześnie za znamienne dla koncesji. Pamiętać jednak należy, że system ten nie obejmuje obecnie wszystkich minerałów i innych substancji kopalnych (istnieją tam także tzw. surowce mineralne zastrzeżone państwu), a ponadto, że część kopalin znajduje się pod powierzchnią gruntów należących do państwa lub landu. W tym drugim przypadku, gdy minerały zostały odkryte przez właściciela, służy mu - według omówionej wyżej zasady *Grundeigentümerbergbau* - prawo do budowy kopalni na swojej ziemi. Państwo może jednak swoje prawo odstąpić innej osobie (prywatnej). Zdaniem niektórych autorów, działalność uprawnionego w ten sposób do założenia kopalni i wydobywania kopalin mogłaby być z formalnego punktu widzenia traktowana jako wykonywanie administracji zadań państwowej i tym samym spełniała podstawowe kryterium kwalifikujące dany akt do grupy koncesji.[188] Przykładając do tego kryteria koncesji zaproponowane przez E. Forsthoff'a i K. Stern'a musielibyśmy jednak zaprzeczyć jakoby akt uprawniający do wydobywania kopalin z gruntu należącego do państwa był źródłem publicznego prawa podmiotowego. Jest to raczej przejaw fiskalnej działalności władzy publicznej poddany reżymowi prawa prywatnego.

Zdecydowanie mniej kontrowersyjnym obszarem funkcjonowania koncesji w ścisłym tego słowa znaczeniu jest w niemieckim prawie górniczym sfera poszukiwania, odkrywania i wydobywania tzw. minerałów zastrzeżonych (*vorbehalten Mineralien*) na rzecz państwa. Są to takie surowce jak sól kamienna, sól potasowa, węgiel kamienny, węglowodany. Ustawy krajowe, wprowadzające to ograniczenie wolności górniczej w poszczególnych landach przewidują, że owe prawo wyłączności państwa (landu) może zostać przekazane na rzecz prywatnego przedsiębiorcy.[189] Ponieważ w doktrynie i orzecznictwie niemieckim i austriackim przeważał pogląd, że tego rodzaju zastrzeżenia mają charakter publicznoprawnego regalu, czyli przysługującego władzy publicznej uprawnienia do prowadzenia zastrzeżonej działalności gospodarczej i realizacja tego prawa przez uprawnionego przez państwo przedsiębiorcę stanowi wykonywanie administracji publicznej, sam akt przekazania winien być traktowany jako koncesja administracyjna w ścisłym tego słowa znaczeniu.[190] Obowiązujące przepisy przewidują, że akt przeniesienia takiego zastrzeżonego państwu uprawnienia na rzecz osoby prywatnej może przybrać formę umowy, nazywanej przeważnie „umową koncesyjną" (*Konzessionsvertrag*).[191] Określa się w niej w szczególności warunki i zlecenia dotyczące sposobu wykorzystywania regalu. Od typowej umowy cywilnoprawnej umowa taka różni

188. Por. P. Fischer; op. cit., s. 48.

189. Szeroko na ten temat pisał E.R. Huber: op. cit., TI, s. 488 i nast.

190. Por. ibidem, s. 488 i K. Wenger: op. cit., s. 106 i nst.

191. Por. np. art. 1 i 2 austriackiej ustawy o surowcach bitumicznych z 1938 r. (podaję za K. Wenger'em, op. cit., s. 113).

się tym, że uprawniony na jej podstawie do wydobywania danego minerału przedsiębiorca nie może swobodnie - bez zgody drugiej strony umowy - przenieść swoich praw na osobę trzecią. Forma umowy nie jest jednak - przynajmniej w landach niemieckich - formą konieczną. Przekazanie prawa do korzystania z monopolu może odbyć się również w drodze jednostronnego aktu, któremu towarzyszy porozumienie przedsiębiorcy z władzą krajową co do zasad korzystania z uprawnień górniczych danego landu.

Aktualnie obowiązująca w Polsce ustawa - Prawo geologiczne i górnicze - przewiduje również, jak wyżej wspominano, udzielanie przez państwo koncesji na poszukiwanie i rozpoznawanie złóż surowców naturalnych, na wydobywanie kopalin ze złóż, a ponadto - na bezzbiornikowe magazynowanie substancji w górotworze oraz składowanie odpadów w podziemnych wyrobiskach górniczych, a także poszukiwanie i wydobywanie surowców mineralnych znajdujących się w odpadach powstałych po robotach górniczych oraz po procesach wzbogacania kopalin.[192] Aby ocenić istotę i charakter prawny tych koncesji należy najpierw zwrócić uwagę na postanowienia art. 7 tej ustawy, który zastrzega prawo własności złóż kopalin „nie stanowiących części składowej nieruchomości" na rzecz Skarbu Państwa i przewiduje, że „w granicach określonych przez ustawy Skarb Państwa może, z wyłączeniem innych osób, korzystać ze złóż kopalin oraz rozporządzać prawem do nich przez ustanowienie użytkowania górniczego".[193] Znamienną rzeczą jest to, że ustawa nie zawiera zastrzeżenia na rzecz państwa prowadzenia pozostałych rodzajów działalności wymagających koncesji.[194] Zatem jedynie w stosunku do koncesji na wydobywanie kopalin ze złoża możemy mówić, że nadaje ona koncesjonariuszowi uprawnienie do prowadzenia działalności stanowiącej monopol państwowy. Pozostałe koncesje swoją istotę będą miały w przełamaniu zakazu prowadzenia danej działalności bez pozwolenia władzy. Sama koncesja na wydobywanie kopaliny nie powoduje jednak nadania adresatowi prawa do korzystania ze złoża kopaliny. Uprawnienie to może on uzyskać jedynie w drodze warunkowej umowy zawartej z organem koncesjonującym. Skuteczność nadania uprawnienia górniczego zależy od następnego uzyskania koncesji, ale stwarza ono możliwość korzystania ze złoża na zasadach wyłączności. Roszczenie o zawarcie umowy ustanawiającej użytkowanie górnicze przysługuje przedsiębiorcy, który

192. Por. ustawę umieszczoną w wykazie nr 1 pod poz. 119 (art. 15).

193. Należy raczej zgodzić się z A. Lipińskim, że polskie prawo nie daje jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, które złoża kopalin stanowią, a które nie stanowią części składowych nieruchomości - por. Lipiński A.: Nowe prawo geologiczne i górnicze, PiP 1994 r. Nr 5, s. 29.

194. Z art. 9 ustawy wynika wprawdzie, że prawo do poszukiwania i rozpoznawania złóż przysługuje na zasadach wyłączności jedynie temu, kto uzyskał prawo „użytkowania górniczego, ale nie jest to równoznaczne z ustanowieniem monopolu państwa na prowadzenie działalności gospodarczej w tej dziedzinie.

rozpoznał złoże i uzyskał zatwierdzenie dokumentacji geologicznej. Spory w tej materii rozpoznają sądy powszechne.[195]

Wymagania stawiane przez ustawę wnioskującym o udzielenie koncesji oraz organom koncesjonującym - co do zakresu postanowień, jakie koncesja ma zawierać - są zbyt liczne, aby je tu przytaczać. Brane pod uwagę łącznie wskazują jednak, że procedura udzielania koncesji zawiera w sobie bardzo wiele elementów charakterystycznych dla klasycznych pozwoleń policyjnych. Dobrami chronionymi są tu przede wszystkim: środowisko przyrodnicze, życie i zdrowie ludzi, przedmioty majątkowe. Elementem wykraczającym poza te ramy, ale wcale nie rzadko występującym przy udzielaniu pozwoleń prewencyjnych (zwłaszcza w sferze usług masowych, działalności bankowej, ubezpieczeniowej etc.), jest możliwość oceniania ekonomicznej wiarygodności przedsiębiorcy, który nie tylko powinien wykazać się posiadaniem odpowiednich środków, lecz również liczyć się z możliwością uzależnienia wydania koncesji od złożenia stosownego zabezpieczenia pieniężnego (art. 17 i 18 pkt 5).

Poza typowymi elementami wymaganymi od wszystkich pozwoleń na prowadzenie jakiejkolwiek działalności koncesje wydawane na podstawie Prawa geologicznego i górniczego z 1994 r. muszą określać: a) sposób prowadzenia działalności, b) przestrzeń, w granicach której ma ona być wykonywana (w przypadku koncesji na wydobywanie - wraz z granicami obszaru i terenu górniczego[196]), c) termin rozpoczęcia działalności koncesjonowanej, d) wymagania w zakresie bezpieczeństwa powszechnego i ochrony środowiska (w przypadku braku zagrożeń można od ich ustanawiania odstąpić). Ponieważ Prawo geologiczne i górnicze nie określa powodów uzasadniających odmowę udzielenia koncesji, a w sprawach nim nie uregulowanych odsyła do ustawy o działalności gospodarczej, należy wnosić, że zakres swobody organów koncesjonujących (ministra właściwego w sprawach środowiska oraz wojewodów i starostów) wyznaczają ogólne przepisy o koncesjonowaniu. Jak wyżej wykazano, swoboda ta nie jest równoznaczna z klasycznym uznaniem administracyjnym.

Podkreślenia wymagają szczególne uprawnienia uzyskiwane przez koncesjonariuszy względem osób będących właścicielami nieruchomości, pod którymi znajdują się złoża przeznaczone mu do eksploatacji, albo na które działalność ta będzie miała wpływ. Ustawa przewiduje, że posiadaczowi koncesji (przedsiębiorcy) służy roszczenie o ograniczenie prawa własności takiej nieruchomości lub jej części za wynagrodzeniem, jeżeli ta nieruchomość lub jej część, jest niezbędna do

195. Por. art. 9, 10 i 12 prawa górniczego.

196. W świetle art. 6 ustawy obszarem górniczym jest przestrzeń, w granicach której przedsiębiorca jest uprawniony do wydobywania kopaliny objętej koncesją, a terenem górniczym jest przestrzeń objęta przewidywanymi wpływami robót górniczych zakładu górniczego.

wykonywania działalności regulowanej ustawą. Ponadto przedsiębiorca jest uprawniony do bezpłatnego korzystania z wody kopalnianej na potrzeby zakładu górniczego. W razie zagrożenia bezpieczeństwa życia lub zdrowia ludzkiego, bezpieczeństwa zakładu górniczego i jego ruchu oraz urządzeń użyteczności publicznej w związku z ruchem zakładu górniczego, właściwy organ nadzoru górniczego może wydać decyzję zezwalającą koncesjonariuszowi na zajęcie nieruchomości na czas niezbędny do usunięcia zagrożenia i jego skutków. Decyzja ta podlega natychmiastowemu wykonaniu. Właściciel nie może sprzeciwić się zagrożeniom spowodowanym ruchem zakładu górniczego, jeżeli ruch ten odbywa się zgodnie z zasadami określonymi w ustawie. Może żądać naprawienia wyrządzonej tym ruchem szkody zgodnie z przepisami omawianej ustawy, a nie na zasadach ogólnych. Do rozstrzygania w tych kwestiach powołane zostały ustawą sądy powszechne.[197]

Reasumując, przewidywane polskim prawem koncesje na działalność górniczą (wydobywanie kopalin) nie odbiegają od wzorców znanych i praktykowanych we Francji, Austrii i Niemczech (w tych ostatnich krajach mam na myśli koncesje na wydobywanie tzw. kopalin zastrzeżonych). Są to praktycznie zezwolenia na podejmowanie, we własnym imieniu i na swój rachunek, działalności gospodarczej objętej monopolem państwowym. Jednak w polskiej teorii prawa administracyjnego i w nauce administracji nie znajdujemy dotąd potwierdzenia dla tez wygłaszanych w tych trzech krajach, że - także po przekazaniu osobie trzeciej, w wyniku udzielenia koncesji, uprawnień do poszukiwania, rozpoznawania i wydobywania kopaliny na prawach wyłączności - jej działalność stanowi wykonywanie zadań administracji publicznej. Z uwagi na omówione w poprzednim akapicie uprawnienia posiadaczy koncesji, a także z faktu warunkowego nadawania im tzw. użyteczności górniczej wobec należącego do Skarbu Państwa złoża kopaliny - taka wstrzemięźliwość mogłaby budzić zastanowienie. Czy faktycznie działalność prywatnych przedsiębiorców, połączona z obowiązkiem znoszenia przez właścicieli nieruchomości daleko idących ograniczeń ich prawa własności, nie jest przejawem wykonywania za organy państwowe zadań władczej administracji publicznej ? Nie jest moim zdaniem przeszkodą w udzieleniu pozytywnej odpowiedzi na to pytanie fakt, że koncesje takie uzyskiwać muszą także przedsiębiorstwa należące w całości do państwa. W świetle polskiego Kodeksu cywilnego są to bowiem odrębne od Skarbu Państwa osoby prawne (niezależnie od formy, w jakiej występują: spółek prawa handlowego czy przedsiębiorstw państwowych). Odnosząc ich sytuację do wzorca francuskiego moglibyśmy powiedzieć, że uzyskując koncesję i *użyteczność górniczą* realizują one administrację publiczną w formie tzw. *régie directe,* z tą tylko różnicą, że w celu zbliżenia warunków działania instytucji państwowej do sytuacji, jaką mają na rynku przedsiębiorstwa prywatne (czyli - komercjalizacji), na-

197. Por. art. 88-91 ww. ustawy - Prawo geologiczne i górnicze.

daje się im formę prawną zbliżoną do typowych przedsiębiorstw należących do osób prywatnych.

VI. Wyniki analizy

30. Koncesje francuskie

Przeprowadzona prezentacja typów instytucji prawnych uznawanych przez orzecznictwo i doktrynę francuską za koncesje administracyjne wykazała, że były to i są nadal instrumenty regulacji stosunków prawnych pomiędzy władzą publiczną a osobami prawa prywatnego o kilku cechach wspólnych, wyróżniających je spośród innych instytucji zarówno prawa administracyjnego, jak i prawa cywilnego. Określiłbym je następująco:

- koncesja polega na przeniesieniu pewnych uprawnień należących do państwa na osobę prywatną,
- w wyniku udzielenia i - następnie - wykonywania koncesji dochodzi do bezpośredniej lub pośredniej realizacji przez koncesjonariusza funkcji (zadań) administracji publicznej,
- koncesje charakteryzują się wzajemnością: świadczeniu państwa (ewentualnie - gminy) odpowiada świadczenie osoby prywatnej,
- udzielając koncesji i zawierając kontrakt koncesyjny władza publiczna zastrzega sobie możliwość oddziaływania na zachowania koncesjonariusza poprzez odpowiednie kształtowanie ich istotnych i dodatkowych warunków, czyniąc to przeważnie w drodze narzucenia mu obowiązku stosowania się do postanowień zawartych w „księdze ciężarów".[198]

Tylko jedna z nich - koncesja *d'aliénation du domaine privé* (ale z wyłączeniem jej wersji kolonialnej) - nie mieści się w granicach przyjętego w niniejszej pracy pojęcia pozwolenia. Polega bowiem na przeniesieniu prawa własności posiadłości należących do państwa na rzecz „koncesjonariusza". Wszystkie pozostałe zawierają natomiast element przyzwolenia władzy publicznej na określone zachowania się osoby prywatnej, bez którego uzyskania nie byłoby ono prawnie możliwe.

31. Koncesje „niemieckie"

Rozwój prawa, a w szczególności poglądów wyrażanych na omawiany temat w doktrynie spowodował, że jako koncesje w ścisłym tego słowa znaczeniu traktu-

198. Podobnie ujmuje to P. Fischer, op. cit., s. 35.

je się obecnie w krajach niemieckich (a także w Szwajcarii) niemal identyczne instytucje prawne, jak we Francji. Wymienione powyżej cechy wspólne koncesji francuskich znakomicie pasują do wszystkich sytuacji, które ma się na myśli u naszego zachodniego sąsiada, gdy dyskutuje się na temat koncesji. Jest przy tym rzeczą charakterystyczną, że nie spotkamy we współczesnej literaturze przedmiotu poglądu głoszącego tezę, jakoby obejmowanie różnych dziedzin gospodarczej aktywności państwa lub jednostek samorządowych koncesjonowaniem, stanowiło przejaw ograniczania wolności gospodarczych, co w przypadku literatury polskiej podnoszone jest bardzo często.

32. Celowość wyodrębniania koncesji w polskiej praktyce administracyjnej, ustawodawstwie i teorii

Z teoretycznego punktu widzenia używanie w polskim prawie i orzecznictwie terminu „koncesja" odbywa się bez wyraźnych, merytorycznych powodów. Dostrzegalne są jedynie dwa względy formalne:

- ❖ nadanie danemu aktowi nazwy „koncesja" przez ustawodawcę i
- ❖ zastosowanie do procedury wydawania, wykorzystywania i odbierania tych aktów ustawy o działalności gospodarczej (a w następnym okresie ustawy - Prawo działalności gospodarczej).

Drugi z wymienionych powodów ma o tyle większe znaczenie, że pozwalał dotąd na wyodrębnienie pozwoleń administracyjnych charakteryzujących się koniecznością poddawania się przez ich posiadaczy sformalizowanej kontroli wykonywanej przez organy je udzielające.[199] Jednak ani rodzaj wykonywanej na ich podstawie działalności, ani uzyskiwane uprawnienia, czy nakładane obowiązki, nie są jednorodne i nie sposób zaliczyć je - w każdym przypadku - do wykonywania zadań administracji publicznej. Zawodzi także - jak wyżej wykazano - zarówno cecha uznaniowości tych aktów, jak i wydawania ich w dziedzinach zastrzeżonych na rzecz państwa.

Nie oznacza to, że w polskim prawie i praktyce administracyjnej nie ma przypadków pozwoleń - nazywanych w ustawach przeważnie „koncesjami" ale także i inaczej („uprawnieniami". „zezwoleniami", „pozwoleniami", „licencjami") - które nie dadzą się zmieścić w ramach wyznaczonych w poprzednim rozdziale jako wyznaczające istotę prawną terminu „pozwolenie administracyjne", a bez których żadna jednostka nie może legalnie prowadzić działalności, której takie akty do-

199. Nowa Ustawa - Prawo działalności gospodarczej - wprowadzające możliwość sprawowania kontroli również nad korzystaniem z zezwoleń na prowadzenie działalności gospodarczej - czyni bezowocnym również i to kryterium rozróżnienia polskich koncesji od innych pozwoleń administracyjnych na działalność gospodarczą.

tyczą. O ile bowiem przyjęliśmy, że ustanowienie w przepisach prawnych wymogu uzyskania pozwolenia administracyjnego jest przejawem ograniczenia podstawowych praw i wolności jednostki, a wydane pozwolenie przywraca jej ową swobodę zachowań przynajmniej w takim zakresie, jaki treść tego pozwolenia wyznacza,[200] możemy bez większego trudu wskazać w prawie pozytywnym i w praktyce administracyjnej na przypadki, gdy wprowadzenie wymogu uzyskania przyzwolenia władzy publicznej na określone zachowania nie stanowi jakiegokolwiek ograniczenia swobód jednostki. Z tego też względu udzielone (nadane) jej uprawnienie nie przywraca - bo i nie może - czegoś, co zostało jej wcześniej odebrane.

Pierwszą grupą tego rodzaju aktów są przypadki powierzania osobom prywatnym pełnienia funkcji publicznych, takich jak np. rzeczoznawca do spraw ochrony przeciwpożarowej, ochrony środowiska, szacowania nieruchomości itp., zarządzający specjalną strefą ekonomiczną itd. Prawa swobodnego prowadzenia tej działalności nikt nikomu nigdy nie odbierał. To dopiero prawo pozytywne ustanowiło tego typu funkcje publiczne przewidując określone skutki prawne dla efektów działań osób je pełniących. Ponieważ osoby piastujące te funkcje wykonują zadania polegające na zapewnieniu stosowania (wykonywania) ustaw przez członków naszego społeczeństwa oraz wszelkiego typu organizacje i instytucje, działalność ich możemy potraktować jako wypełnianie zadań z zakresu administracji publicznej. Zwłaszcza, że w przeciwnym razie (chociaż nie zawsze lepiej) te same funkcje wykonywać musiałyby (i przeważnie wykonywały w naszym kraju) organy państwowe. Akty nadające tego rodzaju, szczególną pozycję określa się aktualnie w doktrynie niemieckiej i szwajcarskiej jako *Beleihung,* (upoważnienie) i nie traktuje jako koncesji w ścisłym tego słowa znaczeniu. Zamierzając budować system prawny zbliżony (zharmonizowany) systemem UE, mając już obecnie podobną strukturę prawa administracyjnego do naszych zachodnich sąsiadów, nie powinniśmy wychodzić przed szereg nazywając wymienione rodzaje aktów koncesjami.

Drugą grupą stanowią przypadki, w których ustawodawca nakłada na podmiot prawa obowiązek wykonywania pewnych władczych czynności względem osób trzecich. Zaliczyć tu możemy osoby spełniające takie funkcje jak notariusz, płatnik i inkasent zobowiązań podatkowych, lekarz wypisujący recepty i zwolnienia z obowiązku świadczenia pracy, lekarz weterynarii w sytuacji stwierdzenia zakaźnej choroby zwierzęcej itp. Także tej grupy aktów nie należy zaliczać do „rodziny" koncesji, chociaż nie ulega wątpliwości, że uzyskane i wykorzystywane uprawnienia do ingerencji w prawa majątkowe czy w wolności osobiste innych obywateli

200. Kryterium to uwzględnia wszystkie przypadki przyzwolenia państwa na korzystanie z prawnych monopoli państwa i innych praw wyłączności przysługujących państwu na skutek ich wyłączenia przez prawo ze swobodnego dostępu dla osób i instytucji prywatnych.

nie są przejawem korzystania przez spełniających tego rodzaju funkcje z ich konstytucyjnych praw czy wolności. Funkcje te uzyskiwane są bowiem z mocy obowiązującego prawa (nie są - tak, jak w poprzedniej grupie, nadawane w drodze indywidualnych aktów, chociaż warunki wykonywania obowiązków mogą tu być przedmiotem umowy zawieranej przez organ administracji ze zobowiązanym do określonych zachowań).

Dopiero trzecią - niezbyt liczną - grupę stanowią te sytuacje prawne, w których wydawane są akty, o których można by mówić, że są to **koncesje, udzielane przez organy administracji publicznej, charakteryzujące się tym, że nadają ich adresatom szczególną pozycję wśród innych podmiotów prawa, wyrażającą się w możliwości - i równocześnie - obowiązku prowadzenia działalności na rzecz ogółu mieszkańców i jednostek organizacyjnych, stanowiącej realizację zadań bądź uprawnień należących do państwa lub jednostki samorządu terytorialnego**. W sytuacji takiej znajdują się w szczególności posiadacze omówionych w pkt 29 koncesji na wydobywanie kopalin, a także sygnalizowanych w pkt 24 koncesji na budowę i eksploatację autostrad płatnych, koncesji na zarządzanie liniami kolejowymi, na wykonywaniu przewozów kolejowych, na holowanie w portach morskich, na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie przesyłania i dystrybucji energii. Uprawnienia i obowiązki posiadaczy takich koncesji pozwalają uznać, że są oni w swojej działalności bliżsi organom administracji publicznej lub innym instytucjom publicznym działającym w imieniu państwa bądź jednostek samorządu terytorialnego niż - osób prywatnych uzyskujących od władzy wykonawczej pozwolenie administracyjne na prowadzenie tego typu działalności, która mogłaby być przez nich wykonywana swobodnie, gdyby obowiązek uzyskania pozwolenia nie został ustanowiony. Dotyczy to zwłaszcza przymusowego świadczenia usług na rzecz każdego odbiorcy oraz dysponowania kompetencjami wymuszającymi określone zachowania ze strony osób trzecich. Wymaganie uzyskiwania takich właśnie koncesji nie może być zatem traktowane jako ograniczanie swobód jednostki: nie można przecież pozbawić kogokolwiek czegoś, czego nigdy nie posiadał.

ROZDZIAŁ CZWARTY

FUNKCJE POZWOLEŃ I NORM PRAWNYCH USTANAWIAJĄCYCH WYMÓG ICH UZYSKANIA

I. Funkcje

1. Konieczność rozważania i wyboru sposobów regulacji prawnej

Nakreślone w dwóch poprzednich rozdziałach pojęcie instytucji prawnej pozwolenia administracyjnego, a także - jego specyficznej postaci - koncesji administracyjnej oraz wyjaśniona tam istota przepisów ustanawiających wymóg ich uzyskania, wskazują na wielorakie funkcje, jakie spełniać mogą i spełniają w praktyce te instytucje prawne. Naturalnie o tym, jakie zadania będą realizowane i jakie cele osiągane przy ich wykorzystywaniu, zależy od treści, jaką posiadają lub - jaka nadana będzie przepisom prawa regulującym zasady wydawania i wykorzystywania pozwoleń oraz od brzmienia każdego indywidualnego aktu z osobna. Funkcje pozwoleń i cele osiągane poprzez ich wydawanie lub odmawianie będą przeważnie pochodnymi funkcji i celów ustaw i innych aktów prawnych przewidujących podejmowanie tego typu rozstrzygnięć. Analiza doktryny, orzecznictwa i prawa pozytywnego umożliwia wszakże sformułowanie syntetycznego obrazu ról, jakie mogą w praktyce administracji publicznej spełniać zawarte w przepisach wymogi uzyskania pozwolenia. Daje również odpowiedź na pytanie od czego należałoby uzależniać w procesie stanowienia prawa wybór pozwolenia administracyjnego jako mechanizmu mającego służyć pożądanym celom. Kiedy i dlaczego będzie to rozwiązanie lepsze niż inne sposoby regulacji prawnej, a zwłaszcza - niż konkurencyjny względem wymogu uzyskania pozwolenia mechanizm stosowania indywidualnych nakazów i zakazów w stosunku do zachowań ogólnie dozwolonych, których podejmowanie nie jest prawnie uzależnione od wcześniejszego uzyskania pozwolenia władzy wykonawczej ? Prawo administracyjne przesycone jest przecież wielką liczbą uregulowań zawierających nakazy i zakazy (połączone niejednokrotnie z sankcjami karnymi za ich złamanie) i przewidujących stosowanie przez władze administracyjne ingerencji w życie zawodowe, a nawet prywatne, jednostki, w prowadzoną przez nią działalność - gospodarczą, społeczną czy kulturalną - co do zasady wolną (ogólnie dozwoloną). Koncentrując się na krytyce częstego posługiwania się przez ustawodawcę instytucją pozwolenia nie powinniśmy zapominać, że alternatywą tej instytucji dla prawodawcy, zmuszonego albo jedynie

życzącego sobie osiągnięcia określonego celu, jest właśnie indywidualny nakaz lub zakaz podejmowania bądź kontynuowania już rozpoczętej działalności wyrażony na podstawie przepisów prawa, w którym rolę przesłanek uzasadniających ingerencję administracyjną będą spełniały te same (czasami tylko nieco przeredagowane) przepisy, które w metodzie posługującej się instytucją pozwolenia uzasadniałyby odmowę jego wydania. Zanim zdecyduje się on na to, który sposób regulacji wybrać, winien uświadomić sobie wszelkie konsekwencje tego wyboru. Nie wystarczy bowiem zrealizować - wprowadzając określoną ustawę w życie - wyzwanie działania zgodnego z wymogami Konstytucji i prawa międzynarodowego. Należy brać pod uwagę również racjonalność i efektywność danej regulacji, a także - realnie istniejące uwarunkowania społeczne i ekonomiczne. Nie można także pomijać - niejako „przyrodzonej" - specyfiki regulowanych zjawisk czy zdarzeń, a także okoliczności i uwarunkowań, w jakich były, są lub będą one podejmowane. Poniżej postaram się wskazać na - wynikajace z przeprowadzonych badań teoretyczno-dogmatycznych i prawno-porównawczych - zalety i wady instytucji prawnej pozwolenia administracyjnego w realizacji różnorakich celów i zadań. Ich znajomość uchronić może przed niekorzystnymi skutkami wybranych metod regulacji stosunków władza wykonawcza - jednostka.

2. Rodzaje funkcji

Ustanawiając wymóg uzyskania pozwolenia administracyjnego oraz rozstrzygając o jego udzieleniu i treści decyzji go wyrażającej, władza państwowa realizuje przeważnie trzy funkcje:

- określa pozycję prawną jednostki w danej sytuacji faktycznej;
- umożliwia sprawowanie nadzoru administracyjnego nad zachowaniami podmiotów prawa bądź sprawuje ów nadzór bezpośrednio;
- steruje zachowaniami jednostek w kierunku przez siebie pożądanym.

Ponieważ przepisy prawa skonstruowane są w sposób ogólny, dostosowany do wielkiej i z góry nieokreślonej liczby sytuacji i adresatów, nie wyznaczają one sytuacji jednostki definitywnie. Posługując się zarówno terminami niejednoznacznymi (niedookreślonymi),[1] jak też - formułując upoważnienia do wydawania indy-

1. Por. np. art. 1 i 3 ust. 1 i 2 *ustawy* z dnia 15 marca 1933 r. *o zbiórkach publicznych* (por. wykaz nr 2, poz. 3) w brzmieniu: „**Art. 1.** Wszelkie publiczne zbieranie ofiar w gotówce lub naturze na pewien z góry określony cel wymaga uprzedniego pozwolenia władzy"..." **Art. 3.** 1. *Pozwolenie na zbiórkę publiczną może być udzielone tylko wówczas, gdy cel zbiórki* nie jest przeciwny prawu oraz *ze stanowiska interesu publicznego jest godny poparcia.* 2. Za takie cele uważa się przede wszystkim cele: religijne, państwowe, oświatowe, zdrowotne, kulturalno-społeczne i społeczno-opiekuńcze." albo **Art. 33** pkt 4 *ustawy* z dnia 28 lipca 1990 r. *o działalności ubezpieczeniowej* (por. wykaz nr 1, poz. 90), w brzmieniu: "Zezwolenie na prowadzenie działalności ubezpieczeniowej nie może być wydane, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z okoliczności: (...) 4)

widualnych decyzji, pozostawiają organom stosującym prawa pewien luz, w ramach którego dochodzi do konkretyzacji uprawnień i obowiązków zindywidualizowanych podmiotów znajdujących się w określonej sytuacji faktycznej.[2] Tak też jest w przypadku pozwoleń administracyjnych. **Organ** administracji publicznej, **wydając pozwolenie, określa pozycję prawną indywidualnie oznaczonego podmiotu prawa znajdującego się w konkretnych okolicznościach**. Odmawiając go - również orzeka, że właśnie w takiej, jaka istnieje sytuacji faktycznej określone zachowanie jest z prawnego punktu widzenia niedopuszczalne. Możemy zatem uznać, że **zarówno przepisy prawa zawierające wymóg uzyskania pozwolenia na określonego typu zachowanie, formułujące przesłanki, od których zaistnienia uzależniona jest decyzja w sprawie pozwolenia, jak też i sam akt zezwalający na dane działanie czy zaniechanie spełniają funkcje regulacyjne - określają prawa i obowiązki jednostki w danej sytuacji faktycznej.**

Przewidując konieczność uzyskania pozwolenia organu władzy publicznej na określonego typu zachowania niemal zawsze miano na myśli potrzebę zapewnienia tej właśnie władzy możliwości zbadania zgodności objętych takim wymogiem zachowań z interesami określanymi jako interesy ogółu (nawet wówczas, gdy były to jedynie interesy osób lub warstw panujących) i - wykorzystywania instrumentów przymusu państwowego do eliminacji działań lub zaniechań kolidujących z ustalonymi wzorcami. W epoce państwa prawnego możliwość tego rodzaju ingerencji została wprawdzie zawężona do granic wyznaczonych przez władzę ustawodawczą ale i obecnie przepisy prawa nie przesądzają jeszcze do końca wszystkich przesłanek ingerencji w sferę życia obywateli. Posługując się klauzulami general-

założyciele *nie dają rękojmi prowadzenia spraw zakładu ubezpieczeń w sposób należycie zabezpieczający interes ubezpieczonych*," (podkr. - D.R.K.). Podobne rozwiązania zastosowano w wielu innych ustawach - por. art. 29 ustawy o zniesieniu służebności w województwach: krakowskim, lwowskim, stanisławowskim, tarnopolskim i cieszyńskiej części województwa śląskiego (wykaz Nr 1poz. 11), art. 41 ustawy o ochronie dóbr kultury (wykazNr 1 poz. 41), art.14 ust. 2 ustawy o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach z 1983 r. (wykaz Nr 1 poz. 70), art. 18 pkt 1 i 6 ustawy o łączności z 1990 r. (wykaz Nr 1 poz. 93), art. 17 pkt 1 i 2 ustawy o spółkach z udziałem zagranicznym z 1991 r. (wykaz Nr 1 poz. 96), art. 19 ust. 3 i art. 41 ust. 3 ustawy o funduszach inwestycyjnych z 1997 r. (wykaz Nr 1 poz. 173), art. 15 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz art. 23 ust. 3 ustawy. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (wykaz Nr 1 poz. 174, art. 37 Prawa bankowego (wykaz Nr 1 poz. 178), art. 6 pkt 4 i 5, art. 8 ust. 1 ustawy o zasadach szczególnej kontroli obrotu z zagranicą towarami i technologiami w związku z porozumieniami i zobowiązaniami międzynarodowymi (wykaz 2 poz. 10), art. 106 § 1 Prawa o ruchu drogowym (wykaz Nr 2 poz. 14), art. 17 ust. 4, art. 22 ust. 1 pkt 3, 7, 8, 10, art. 27 ust. 4, art. 38 ust. 5 pkt 3, 4 i 5 ustawy o administrowaniu obrotem z zagranicą towarami i usługami oraz obrocie specjalnym (wykaz nr 2 poz. 15).

2. Por. np. § 5 ust. 1 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 marca 1934 r. o warunkach dopuszczenia zagranicznych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością do działalności na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 31, poz. 281, z 1976 r. Nr 11, poz. 63) w brzmieniu: Zezwolenia na działalność udziela się pod warunkiem zachowania wszystkich przepisów rozporządzenia niniejszego. *Minister* Przemysłu i Handlu *może uzależnić zezwolenie od specjalnych warunków, bądź odmówić zezwolenia.*" (por. także § 7 tego samego aktu). Podobne rozwiązania znajdują się w bardzo wielu innych ustawach - por. przepisy aktów wymienionych w wykazach Nr 1, 2, 3 i 5 - podkreślone linią ciągłą oraz pisane kursywą.

nymi, uzależniającymi wkroczenie w sferę praw i wolności jednostki od naruszenia takich wartości, jak spokój, ład czy porządek publiczny, interes państwa, interes ogółu, interes społeczny czy interesy gospodarki narodowej albo uzasadniającymi ową ingerencję w imię realizacji wyżej wymienionych wartości, dopuszcza się albo wręcz wymusza na administracji publicznej, badanie zgodności zachowań jednostek z tymi wzorcami i przeciwdziałanie zamiarom narażenia tych dóbr na szkodę lub tylko na niebezpieczeństwo jej powstania. **Funkcje nadzorcze instytucja prawna pozwolenia administracyjnego spełnia zarówno poprzez wymuszenie poddania się procedurze uzyskania aktu zezwalającego, przez możliwość odmowy jego wydania, kształtowania jego treści** (w drodze precyzowania jego przedmiotu lub przy pomocy tzw. postanowień dodatkowych), **jak również - poprzez ograniczenie czy cofnięcie pozwolenia wcześniej udzielonego.** Postępowanie wszczęte w sprawie wydania pozwolenia stwarza bowiem organowi właściwemu do jego wydania sposobność skontrolowania danego zamierzenia lub prowadzonej działalności. Każde z tych rozstrzygnięć jest natomiast rezultatem przeprowadzonego badania koherentności ocenianych zachowań z przyjętymi wzorcami. Pozwala zapewnić nienaruszalność chronionym tym trybem dóbr.

Wypełniając dwie poprzednie funkcje pozwolenie administracyjne daje ponadto możliwość skierowania zachowań jednostki ku realizacji celów lub zadań pożądanych z punktu widzenia interesów zbiorowości bądź tylko - sprawujących władzę. Dzieje się tak dzięki przewidzianym prawem kompetencjom organu upoważnionego do wydawania pozwoleń do konkretyzowania zachowań uznanych w danych okolicznościach za prawnie dopuszczalne oraz określanie wymogów, na jakich pozwolenie będzie mogło być wykorzystywane. W sposób najbardziej dobitny funkcja sterowania uzewnętrznia się w tych przypadkach, w których przepisy obowiązującego prawa przewidują wydawanie pozwoleń w oparciu o przesłanki skonstruowane przy pomocy norm o charakterze finalnym, a nie kauzalnym.[3] Obowiązujące prawo polskie zawiera liczne przykłady takich pozwoleń, których wydanie lub treść - albo odmowa wydania - mają spowodować osiągnięcie określonego ustawą celu.[4] Niejednokrotnie upoważnia się też organy administracji publicznej

3. Na temat rozróżnienia norm finalnych i kauzalnych por. Karl Wenger: Die öffentliche Unternehmung, Wien 1969, s. 400 i nast., 581 i nast., L.K. Adamovich, B-Ch. Funk: Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien-New York 1980, s. 112-113. W polskiej literaturze o normach finalnych pisze ostatnio Józef Filipek: Prawo administracyjne. Instytucje ogólne. Cz. I, Kraków 1995, s. 41, 43-45, analizując szerszą grupę norm uzależniających działanie administracji państwowej od kryteriów wartościujących.

4. Por. np. § 8 ust. 3 *in fine* rozporządzenia Ministra Zdrowia z 15.04.1948 r. o dozorze nad wyrobem i obiegiem artykułów zastępczych (surogatów) artykułów żywności i przedmiotów użytku (por. wykaz Nr 1 poz. 15),art. 27 ust. 3 i art. 41 ust. 2 ustawy o ochronie dóbr kultury (wykaz Nr 1 poz. 41); § 4 rozporządzenia Ministra Komunikacji z dnia 2 kwietnia 1962 r. w sprawie zadrzewiania gruntów i wykonywania robót ziemnych w sąsiedztwie kolei oraz urządzania i utrzymywania zasłon odśnieżnych i pasów przeciwpożarowych (Dz.U. Nr 26, poz. 124); art. 7 ust. 4 ustawy o substancjach trujących (wykaz Nr 1 poz. 43); §§ 4, 16 i 17 rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 17 grudnia 1973 r. w sprawie zezwoleń na

do sprawowania bieżącej kontroli nad sposobem korzystania z pozwolenia połączonej z uprawnieniem do udzielania wytycznych czy wskazań, których zlekceważenie może prowadzić do ograniczenia lub pozbawienia uzyskanego wcześniej uprawnienia.[5] W tym właśnie sensie możemy mówić, że **pozwolenia spełniają funkcję sterowania zachowaniami jednostek. Potrzeba ich uzyskania lub utrzymania** - w powiązaniu z prawnymi przesłankami wydania, odmowy lub cofnięcia posiadanego pozwolenia - **skłaniają do określonych działań, zaniechań lub znoszenia zachowań osób trzecich.** Wbrew pozorom, funkcja sterowania nie pokrywa się z funkcją regulacyjną. O ile ta pierwsza sprowadzana jest do samego umożliwienia - w najbardziej odpowiedni sposób i w najlepszym momencie - określania przez administrację publiczną pozycji prawnej jednostki, mówiąc o funkcji sterowania mam przede wszystkim na uwadze umożliwienie tej administracji osiągania określonych celów w polityce społecznej czy gospodarczej.

II. Określanie pozycji prawnej jednostki - funkcja regulacyjna

3. Właściwe kształtowanie sytuacji prawnej jednostki

Wykorzystana prawidłowo pierwsza z wymienionych funkcji instytucji pozwolenia administracyjnego - funkcja regulacyjna - umożliwia administracji publicznej właściwe ukształtowanie sytuacji prawnej jednostki i uczynienie tego w najbardziej odpowiednim czasie. Mówiąc o **właściwym** ukształtowaniu tej sytuacji mam tu na myśli takie jej uregulowanie przy pomocy analizowanej instytucji, które zdatne jest do urzeczywistnienia celów obowiązującego prawa w okolicznościach, gdy nie da się tego uczynić lepiej przy pomocy innych metod. Niezbędnym warunkiem właściwej regulacji jest posiadanie wiedzy o tym, w jakiej relacji regulowane zachowanie znajduje się w stosunku do celów, które zamierza się osiągnąć przy pomocy danej normy oraz indywidualnego aktu prawnego. W momencie ustanawiania normy prawnej wiedza o przyszłych sytuacjach jest przeważnie niekompletna, a czasami wręcz znikoma.

produkcję, wprowadzanie do obrotu i na przywożenie z zagranicy niektórych środków spożywczych (Dz.U. Nr 51 poz. 293 z późn. zm.); art. 6 ust. 4-6 ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych (wykaz Nr 1 poz. 33); art. 33 pkt 4 i 6, art. 35 pkt 1 i 4, art. 37i ust. 1 pkt 1 lit. e i pkt 2 lit. b ustawy o działalności ubezpieczeniowej (wykaz Nr 1 poz. 90); art.art. 8, 17 ust. 2, art. 18 pkt 6 ustawy o łączności (wykaz Nr 1 poz. 93); art. 16 ustawy o spółkach z udziałem zagranicznym (wykaz Nr 1 poz. 96).

5. Por. np. art. 35 pkt 4 ustawy o działalności ubezpieczeniowej (por. jw.); art. 19 ustawy o szkolnictwie wyższym (wykaz Nr 1 poz. 91); art. 29 ustawy o łączności (por. jw.) i art. 19 ustawy o spółkach z udziałem zagranicznym (por. jw.); art. 34 ust. 2 i 3 ustawy o systemie oświaty (wykaz Nr 1 poz. 99).

Można śmiało stwierdzić, że żadne działanie nie jest, pod względem okoliczności faktycznych, w jakich następuje, identyczne z jakimkolwiek innym działaniem. Aby stwierdzić, czy danego rodzaju zachowanie jest - w swoich różnorakich skutkach - zgodne czy sprzeczne z określonymi, chronionymi przez prawo, wartościami, czy zmierza do celów zgodnych z daną ustawą czy nie, czy jest społecznie korzystne czy szkodliwe, koniecznym jest jego sprawdzenie w konkretnym przypadku.[6] Różnorodne skutki określonego zachowania się odpowiadają w przeróżny sposób *ratio* danej ustawy czy innego aktu prawnego. Niemal w każdym „złym" postępku są jakieś „dobre" strony i odwrotnie.

W odróżnieniu od porządków prawnych obowiązujących w państwach totalitarnych, zindywidualizowane wartościowanie i regulowanie każdego zachowania - jak wskazuje na to wielu przedstawicieli doktryny prawa administracyjnego - najlepiej współgra z ideami wolnościowego, demokratycznego państwa prawnego.[7] W szczególności, najbardziej odpowiada to regule, że każdy może czynić to, czego sobie życzy, o ile zachowanie takie nie prowadzi do naruszenia interesów, które obowiązujący porządek prawny uznał za zasługujące na silniejszą ochronę niż interes jednostki w niezakłóconym podejmowaniu lub kontynuowaniu własnego zachowania. Idee te najlepiej będą realizowane wówczas, gdy podejmowanie aktów zakazujących określonych działań bądź w inny sposób uciążliwych dla jednostki, następować będzie dopiero w konkretnym przypadku i na dodatek tylko wówczas, gdy ingerencje takie są konieczne, gdy bez ich dokonania doszłoby do powstania szkody w sferze wartości uzasadniających poświęcenie interesu jednostkowego.

Ustanowienie w obowiązującym prawie wymogu uzyskania pozwolenia na określone zachowania można traktować jako przejaw takiego właśnie rozumowania ustawodawcy: pozostawia on jednostce swobodę działania, o ile w indywidualnym przypadku nie może być wobec niej podjęta, opierająca się na przepisach ustawy, decyzja wartościująca jej zachowanie jako niedopuszczalne. Równocześnie nie można zapominać jednak o tym, że czy jest tak w przypadku każdego wymogu uzyskania pozwolenia zależeć będzie od tego, w jaki sposób ustalono przesłanki, od których spełnienia uzależniona jest decyzja pozytywna. Rozstrzyganie o wydaniu pozwolenia w decyzji administracyjnej podejmowanej w ramach uznania administracyjnego na podstawie przepisów ustawowych, w których pominięto wyraźne wskazanie celów, jakie mają być osiągane przy ich wydawaniu albo przemilczających przesłanki umożliwiające wydanie aktu pozytywnego lub nega-

6. Por. Wilfried Schauman: Gleicheit und Gesetzmäßigkeitprrinzip, „JZ" 1966, s. 722.

7. Por. np. Herbert Krüger: Rechtsstaatliche Gesetzgebungstechnik, „Die Öffentliche Verwaltung" 1956, s. 554; Hans Rudolf Schwarzenbach: Grundriess des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Wyd. 7 Bern 1980, s 118, Ludwig K. Adamovich, Bernd-Christian Funk: Allgemeines Verwaltungsrecht, Wyd. 3, Wien-New York 1980, s. 201 i nast.

tywnego, traktowane natomiast bywa jako przejaw rezygnacji ustawodawcy z ochrony wolności jednostki w danej dziedzinie lub sytuacji.[8]

Czyż nie można jednak przyjąć, że pozostawienie organowi upoważnionemu do wydania pozwolenia mniejszej lub większej swobody w podejmowaniu decyzji zezwalającej nie oznacza jeszcze, że wymóg jej uzyskania będzie mógł być potraktowany jako wyraz pozbawienia jednostki - w majestacie prawa - możliwości swobodnego wykorzystywania i rozwijania swojej indywidualnej wolności czynienia wszystkiego, czego prawo nie zakazuje. Posługiwanie się przez ustawodawcę w przepisach określających konieczne przesłanki uzyskania pozwolenia tzw. zwrotami niedookreślonymi nie oznacza bowiem, że podejmujący w konkretnej sprawie decyzję organ administracji publicznej przestaje być związany obowiązującym prawem i może dowolnie kształtować sferę praw i obowiązków jednostki. Wskazując na potrzebę ochrony np. „interesów państwa" czy „porządku publicznego" przy pomocy decyzji o odmowie udzielenia pozwolenia, prawodawca przenosi jedynie kompetencję do ostatecznej konkretyzacji i wartościowania zachowań jednostki na działającą pod pełną kontrolą sądową władzę wykonawczą, Nawet wówczas, gdy w ustawie znajdujemy tylko *suchy* zwrot typu „organ gminy może zezwolić na..." (albo - „wykonywanie... wymaga zezwolenia/zgody ministra..."), nie musi to jeszcze oznaczać pozostawienia rozstrzygnięcia o tym, czy dane zachowanie będzie uznane za dopuszczalne bądź niedopuszczalne zupełnie swobodnej decyzji organu administrującego. Rozstrzygając w takich okolicznościach prawnych (w ramach uznania bądź w wypełniając konkretną treścią zawarte w przepisach zwroty nieostre) o wydaniu pozwolenia musi on bowiem działać w granicach wyznaczonych mu:

1) jego właściwością rzeczową (czyli funkcjami i zadaniami wyznaczonymi w przepisach ustrojowych),

2) przepisami ogólnymi danego aktu określającymi cele danej ustawy, a także

3) przepisami i zasadami ogólnymi prawa administracyjnego wyprowadzonymi z obowiązującego porządku prawnego.

Te ostatnie najważniejszą rolę odgrywać będą w razie braku ogólnych przepisów w ustawie wprowadzającej wymóg uzyskania pozwolenia. Ponadto pamiętać należy o przemożnym wpływie przepisów konstytucyjnych wyznaczających wszystkim władzom państwowym ramy w ograniczaniu praw i swobód jednostki.[9]

8. Niestety, bardzo znaczna część obowiązujących w naszym kraju przepisów przewidujących obowiązek uzyskania pozwolenia administracyjnego (ok. 50% wszystkich sytuacji, w których jest ono wymagane) cechuje się lapidarnością, pomija się w nich nawet próbę określenia okoliczności uzasadniających wydanie decyzji pozytywnej, a celów takiej regulacji można się jedynie domyślać - por. przepisy aktów ujętych w wykazach Nr 1, 2, 3 podkreślone linią ciągłą.

9. Por. rozdział piąty.

Reasumując, pozostawianie luzu decyzyjnego organom wydajacym pozwolenia administracyjne wprawdzie stwarza zagrożenie, że będzie on wykorzystany nieprawidłowo, jednak samo przez się nie oznacza niedopuszczalnego ograniczenia czy pozbawienia praw i wolności jednostki. Nawet dopuszczając dokonywanie przez organ władzy wykonawczej wyboru sposobu rozstrzygnięcia podań o pozwolenie złożonych przez osoby spełniające takie same kryteria ustawowe ustawodawca nie zasługuje na totalną krytykę. Niebezpieczeństwa, których można się spodziewać w wyniku podjęcia objętego wymogiem uzyskania pozwolenia działania, mogą mieć swoje źródła w zjawiskach lub zachowaniach nie dających się przewidzieć w momencie ustanawiania przepisów regulujących zasady postępowania w danego typu sprawach. Inaczej natomiast należy odnosić się do przypadków, w których z ustawy, w której przewidziano obowiązek uzyskania pozwolenia nie da się wyprowadzić ani przesłanek, którymi ma kierować się organ rozstrzygający o jego udzieleniu (bądź odmowie), ani celów danej regulacji.[10] W takich warunkach - co staram się wykazać w dalszej części pracy - wymóg uzyskania pozwolenia rzeczywiście zawęża krąg praw i swobód obywatelskich. Regulacja praw i obowiązków jednostki, następująca w wyniku podjęcia tego typu pozwolenia, będzie mogła być uznana raczej za „dowolną" niż „właściwą".

Jak wskazywali na to klasycy europejskiego prawa administracyjnego, zawarcie w przepisach prawa upoważnienia dla władzy wykonawczej do ingerowania w swobodnie przebiegające zachowania podmiotów prawa nie gwarantuje, że zapobiegnie się w ten sposób **w odpowiednim momencie** ich ewentualnym szkodliwym skutkom.[11] Aby reguły prawne mogły zapobiec naruszeniu określonych wartości i być zastosowane przed wystąpieniem kolizji z wyżej cenionymi od swobody jednostki wartościami, muszą obowiązywać zanim do takiej kolizji dojdzie. Muszą one zatem - co do zasady - ujmować dane zachowania nie jako konkretne zdarzenia, lecz abstrakcyjnie - jako potencjalnie możliwe. Muszą być też zasadniczo skierowane wobec wszystkich, którzy mogą w przyszłości wywołać swoim zachowaniem konflikt interesów i z tego względu należy je redagować jako normy generalne, a nie indywidualne. Dopiero na podstawie tych norm, po przeprowadzeniu stosownego postępowania i ustaleniu w nim, że zamierzone zachowanie zagraża chronionym przez prawo wartościom, powstanie możliwość wyrażenia definitywnego zakazu jego realizacji.[12]

10. Por. art. 30 ust. 3, art. 46 ust. 2, art. 54 i 55 ust. 4 Prawa lotniczego (wykaz Nr 1 poz. 42), a ponadto przepisy zawarte w ustawach zamieszczonych w wykazie Nr 1 pod poz. 4, 8, 16, 17, 18, 20, 22, 24, 40, 53, 65, 74, 78, 91, 99, 108, 136, 150, 154, 159, 162-164, 166, 167, 170, 173-175, 178, 193 - podkreślone linią ciągłą - i niemal wszystkie przepisy wskazane w wykazie Nr 3.

11. Por. Robert von Mohl: Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, tom 3., Tübingen 1845, s. 75-76; F. Fleiner: op. cit., s. 406.

12. Por. ibidem.

4. Mechanizm regulowania zachowań jednostek przy pomocy pozwoleń a zasady pewności prawa i równości wobec prawa

Zasady ustrojowe demokratycznego państwa prawnego wymagają m.in. zachowania dwóch podstawowych reguł: **pewności prawa i równości wobec prawa.** Na pierwszy rzut oka reguły te nie bardzo dają się z kolei pogodzić z wartościowaniem i regulowaniem zachowań ludzkich w jednostkowych przypadkach. Przecież, gdy ktoś zamierza podjąć się określonej działalności, to zarówno w jego indywidualnym, jak i w ogólnym interesie leży, aby można było z góry ustalić czy wolno mu taką działalność podjąć, a jeżeli tak, to w jaki sposób może - lub ewentualnie musi - to czynić. Idąc śladami B. Preusche zakładam, że decydując się na wykorzystanie mechanizmu pozwolenia administracyjnego projektodawcy ustaw rozumują według następującego schematu:

- Gdyby założone cele czy zadania, jakie mają być osiągane przy pomocy danej ustawy, przełożone zostały na przepisy prawne zredagowane w taki sposób, że podporządkowanie się im obwarowane byłoby określonymi sankcjami i pozostawione do stosowania samym adresatom norm - bez potrzeby zindywidualizowanego wartościowania i regulowania zachowań konkretnych osób znajdujących się w określonych sytuacjach faktycznych - to nie możnaby przecież uniknąć przypadków błędnego ocenienia przez różne osoby swoich zachowań. Część z nich zaniechałaby korzystnego ze społecznego punktu widzenia i niesprzecznego z interesem ogółu przedsięwzięcia w mylnym przekonaniu, że jest ono sprzeczne z obowiązującym porządkiem prawnym. Inni przeprowadziliby z kolei swoje zamiary, narażając wartości prawem chronione na szkody, będąc w błędnym przeświadczeniu, że ich działania są zgodne z dobrem ogółu i nie spowodują żadnych szkód. W obu przypadkach interes ogółu zostałby narażony na szwank. Dopiero wówczas mielibyśmy do czynienia z paraliżującą inicjatywę i przedsiębiorczość jednostek niepewnością prawa.
- Ponadto, w przypadku posługiwania się przy budowaniu norm postępowania jedynie generalnymi i absolutnymi nakazami czy zakazami, nie dałoby się określić ich na tyle jasno i jednocześnie - wszechstronnie, aby w przypadku **każdej kolizji** interesów można było na ich podstawie oceniać i wartościować zachowanie **wszystkich zainteresowanych** osób. Posługiwanie się wyłącznie abstrakcyjnymi i generalnymi normami i rezygnacja z indywidualnego oceniania i wartościowania konkretnych zamierzeń w odrębnym postępowaniu administracyjnym szkodziłaby zatem w istotny sposób i pewności prawa i równości wobec niego.[13]

13. Już na początku XX wieku F. Fleiner wskazywał, że zaniechanie indywidualizacji procesu stosowania prawa powoduje powstawanie przekonania, że regulacja prawna następuje nie poprzez równorzędne zastosowanie „prawa i ustaw" lecz despotycznie (willkürlich") - por. op. cit., wyd. 3, Tübingen 1913, s. 134 i nast.

- Norma prawna zbudowana w sposób abstrakcyjny i generalny *nigdy* nie będzie w stanie uwzględnić wszystkich możliwych skutków danego zachowania oraz okoliczności, w jakich ono następuje, a które to powinny być wzięte pod uwagę przy kwalifikacji określonego, konkretnego zachowania jako społecznie korzystnego lub szkodliwego, prawnie dozwolonego czy niedopuszczalnego. Ze względów językowych jest to bardzo kłopotliwe. Natomiast z uwagi na konieczność uwzględnienia wszystkich przyszłych stanów i zdarzeń - niewykonalne. Może ona określać regulowane nią zachowanie jedynie opisowo i typizująco - jako zachowanie charakteryzujące się pewnym zespołem cech. *Nigdy* nie będzie to sytuacja konkretna. Z tego też powodu, określając w sposób generalny i abstrakcyjny stany faktyczne, w których dana norma ma zastosowanie i skutki prawne ich wystąpienia, kwalifikuje ona faktycznie zróżnicowane, konkretne zachowania jednostek jedynie „w przybliżeniu" - jako przypadek pewnego typu czynności czy zaniechania.
- W przypadku usiłowania ujęcia w hipotezach projektowanych norm prawnych możliwie największej ilości mogących mieć znaczenie okoliczności faktycznych i sformułowania stosownych do nich dyspozycji, istnieje wszakże ryzyko, że będą one miały zbyt rozległy zasięg obowiązywania bądź będą zbyt zagmatwane. Ponadto istnieje niebezpieczeństwo, że w takiej sytuacji normy będą nazbyt sztywne i ich stosowanie, w nieprzewidzianych z góry sytuacjach oraz w przypadkach nietypowych, będzie jeszcze bardziej kłopotliwe niż w przypadku ujęcia normowanych sytuacji w sposób jedynie przybliżony.[14]
- Gdyby uczynić odwrotnie i ukształtować normę prawną w taki sposób, że oceniane w niej jako społecznie szkodliwe zachowania wymienione zostałyby jedynie jako przykładowe sytuacje uzasadniające ingerencję, a nie jako wyznaczający jej podstawę, wyczerpujący katalog stanów faktycznych, pewność prawa doznałaby również uszczerbku. Skonstruowana w ten sposób norma prawna mogłaby wywoływać niebezpieczeństwo błędnych zachowań jej adresatów. Jest rzeczą powszechnie znaną i niekwestionowaną, że niemal każdy usiłuje dostosować własne wyobrażenia oraz zachowania do swoich interesów. Niejednokrotnie prezentowana jest w postępowaniach administracyjnych i sądowych postawa wszczynających spory stron, że tym, co jest sprawiedliwe, rozsądne i sensowne jest tylko to, co zgodne jest z interesami tej osoby. Argument ten może przemawiać też przeciwko ograniczaniu mocy obowiązującej norm już w procesie stano-

14. Przykłady takiego rozumowania spotkać możemy także w polskim orzecznictwie sądowym. Por. np. wyrok SN z dnia 18 listopada 1993 r. - III ARN 49/93, (OSNC 1994/9/181).

wienia prawa do tych jedynie przypadków, w których zastosowanie ustanowionych przepisów prowadzi do rozstrzygnięć sprawiedliwych i rozsądnych bądź nie prowadzi do rozwiązań oczywiście niesprawiedliwych czy bezsensownych. Rezygnacja z objęcia mocą obowiązującą nakazu uzyskania pozwolenia danego przypadku powinna następować jednak dopiero wówczas, gdy będzie on skonkretyzowany w procesie stosowania zawierającego go przepisu wobec jednostkowego zachowania i indywidualnie określonego adresata.

- Instrumentem mogącym oddać swoje usługi w regulowaniu zachowań jednostek w warunkach konfliktu pomiędzy takimi celami, jak:
  1) czynienie tego w sposób najbardziej właściwy,
  2) w najodpowiedniejszym momencie,
  3) w optymalnym zakresie przedmiotowym i podmiotowym,
  4) w sposób najwłaściwiej (do)określony,
  - jest mechanizm ustawowego wymogu uzyskania pozwolenia na typowo określone zachowania. Łączy się w nim bowiem wyrażony w sposób abstrakcyjny i generalny zakaz podejmowania pewnych kategorii zachowań ze zindywidualizowanym zastosowaniem ogólnej normy wobec konkretnego działania lub zaniechania i uregulowaniem pozycji prawnej jednostki w danej sytuacji faktycznej zgodnie z wartościami i celami regulacji prawnej zawierającej wymóg uzyskania pozwolenia. Efektu tego nie da się uzyskać przy posługiwaniu się wyłącznie normami generalnymi, których zastosowanie do jednostkowego przypadku odbywałoby się bez poprzedzającego konkretne zdarzenie procesu jej indywidualizacji.

Instytucja pozwolenia administracyjnego - wykorzystana w sposób właściwy - jest w stanie wyeliminować konflikt między niemożliwością ujęcia w przepisach prawa wszystkich różnorodności zjawisk oraz ich skutków a potrzebą stanowienia prawa przewidywalnego, sprawiedliwego i racjonalnego. Czyni to w ten sposób, że rozdziela ocenianie wszelakich zachowań i określanie sytuacji prawnej jednostki na dwa etapy. W pierwszym etapie, poprzez wprowadzenie zakazu podejmowania określonego typu zachowań bez uzyskania pozwolenia, dokonywane jest ich abstrakcyjne i generalne wartościowanie. W drugim etapie, poprzez wskazanie przesłanek warunkujących uzyskanie pozwolenia bądź ogólne upoważnienie władzy wykonawczej do samodzielnego zbadania danego przypadku i dokonania jego oceny pod względem zgodności z celami danej regulacji ustawowej, spełnia się natomiast wymóg, aby regulacja każdego indywidualnego przypadku była odpowiednia, konieczna i sprawiedliwa.

Przedstawiona w rozdziale drugim konstrukcja instytucji pozwolenia administracyjnego pozwala na objęcie nią wielu zachowań bez większych szkód dla stanu pewności prawa i zachwiania stanu równości jednostek wobec prawa, o wiele bardziej niż te, których można się spodziewać przy korzystaniu z innych metod regu-

lacji sytuacji prawnej jednostki. Jej dodatkową zaletą jest również to, że ustanowienie wymogu uzyskania pozwolenia może być wyrażone bardzo prostym i jasnym zwrotem językowym. Wszelkie zróżnicowania okoliczności, w jakich objęte takim nakazem faktyczne działania konkretnych podmiotów prawa się charakteryzują, mogą być brane pod uwagę dopiero przy rozpatrywaniu wniosku o wydanie pozwolenia. Nie muszą być przewidziane z góry w ustawie (czego w wielu przypadkach nie sposób byłoby uczynić).

W doktrynie zachodniej od XIX w. głoszone są poglądy, że z wyrażonych w ustawie przesłanek wydania lub odmowy pozwolenia nie wynikają dla obywatela żadne konkretne obowiązki czy uprawnienia. Twierdzi się, że są one adresowane jedynie do organów mających stosować daną normę prawną. Dzięki temu, korzystając z udzielonego upoważnienia, organ administracji publicznej będzie mógł podjąć w każdej indywidualnej sprawie takie rozstrzygnięcie, które uwzględniać będzie wszelkie jej odrębności i specyfikę. Obywatel będzie mógł zaś otrzymać jasną i jednoznacznie określającą jego pozycję prawną decyzję.[15]

Posługując się upoważnieniem, udzielanym przez ustawodawcę administracji publicznej, do regulowania sytuacji obywatela w zaistniałych okolicznościach faktycznych w postępowaniu zmierzającym do wydania pozwolenia nie naraża się na szwank nakazu określoności przepisów ustawowych normujących zachowania jednostek. Działając na podstawie takiego upoważnienia władza wykonawcza jest w stanie szybciej i skuteczniej dostosować się do zmieniającej się ustawicznie sytuacji i uwzględnić indywidualne okoliczności występujące w poszczególnych sprawach, niż byłoby to możliwe przy stosowaniu, określonych definitywnie, abstrakcyjnych i generalnych norm regulujących tego samego rodzaju działalność.[16] Z uwagi na to, że określające prawa i obowiązki zainteresowanego pozwolenie wydawane jest na podstawie przepisów prawa uzależniających jego uzyskanie od zaistnienia określonych okoliczności, organ udzielający go - chcąc zabezpieczyć podlegające w danej sytuacji ochronie wartości przed szkodliwymi konsekwencjami dozwalanej działalności - będzie mógł być upoważniony do ograniczania jej co do zakresu, terminu, warunków jej kontynuowania, a nawet - do nakładania na osobę uprawnianą odpowiednich obowiązków (pod postacią tzw. zleceń).[17]

15. Por. O. Mayer: op. cit., t. 1, s. 240; Wilhelm Herschel: Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, „Juristische Zeitung" 1967, s. 734.

16. Por. Philip Reimar Buse: Allgemeine Genehmigungen, Hamburg 1968 s. 57-58; Wolfgang Hönig: Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten, München 1968, s. 36-37 i 119.

17. Por. Klaus Becker: Die behördliche Erlaubnis des absolutistischen Fürstenstaates, Marburg 1970, s. 391 i nast.,W. Hönig: op. cit., s. 36 i nast., Herbert Krüger: Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung; „Deutschesnerwaltungsblatt" 1955, s. 387.

Nad prawidłowym korzystaniem z tego typu upoważnień czuwać będzie sąd administracyjny, który zagwarantuje, aby kształtując treść wydawanych pozwoleń bądź odmawiając ich wydania, władza wykonawcza nie wykraczała poza ramy wyznaczone prawem, a w szczególności - ustawą wymagającą uzyskania danego pozwolenia.

Konstytucje oraz ustawy stawiają przez władzami wykonawczymi bardzo zróżnicowane zadania. Realizując je administracja publiczna musi brać pod uwagę wszystkie aspekty - i szczególność okoliczności rozpatrywanych spraw, i ustawicznie zmieniające się sytuacje w życiu społeczeństwa. Aby móc podołać tym wyzwaniom potrzebuje ona zasadniczo - co wyżej podkreślałem - pewnej, prawem określonej, swobody w kształtowaniu treści podejmowanych przez nią rozstrzygnięć.[18] Bez pozostawienia jej tzw. luzów normatywnych nie byłaby ona w stanie skutecznie realizować postawionych przed nią zadań, gdyż nie przewidziane prawem, nowe zjawiska lub szczególne sytuacje faktyczne w rozpatrywanych sprawach zmuszałyby do podejmowania decyzji jaskrawie niesprawiedliwych lub sprzecznych z celami ustaw, na podstawie których są podejmowane. Przepisy ustawowe pozostawiają władzom wykonawczym ową niezbędną swobodę w trojaki sposób:

1) przyznając kompetencje do działania w ramach uznania administracyjnego,

2) pozostawiając działającym organom prawo swobodnej oceny zgromadzonego materiału dowodowego albo

3) upoważniając lub zobowiązując do działania na podstawie przepisów sformułowanych przy pomocy zwrotów - w mniejszym lub w większym stopniu - niedookreślonych.[19]

Wprawdzie, posługując się w trakcie stanowienia prawa zwrotami niedookreślonymi, ustawodawca musi liczyć się, że sprawujące swoje funkcje sądy administracyjne nie będą związane ustalonym przez organ administracji publicznej rozumieniem danego terminu w konkretnej sprawie, wykorzystywanie ich może być jednak traktowane jako umożliwianie władzy wykonawczej znajdowania najbar-

18. Por. Martin Bullinger: Ermessen und Beurteilungsspielraum - Versuche eine Therapie, NJW 1974, s. 770-771.

19. Na temat rozróżnienia tych pojęć-metod regulacji w polskim prawie administracyjnym wyczerpująco pisała Małgorzata Mincer: Uznanie administracyjne, Toruń 1983; s. 15-16, 41-44, 52-75. Por. także Iwona Bogucka: Państwo prawne a problem uznania administracyjnego, PiP 1992, z. 10 s. 32-43; Konrad Nowacki: Kontrola decyzji opartych na uznaniu administracyjnym, Wrocław 1986, *passim* . W literaturze obcej por. Hans Peters: Lehrbuch der Verwaltung, Berlin 1949 s. 10-11; E.R. Huber: Wirtschaftsverwaltungsrecht, op.cit., t. 2, s. 654-656; Horst Ehmke: „Ermessen" und „unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, Tübingen 1960; E. Forsthoff, op.cit., s. 81-97; J. Schmidt-Salzer: Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, Berlin 1968, s. 13-18; Karl August Bettermann: Rechtsgleichheit und Ermessensfreiheit, „Der Staat" 1962, t. 1, ss. 84-85; M. Bullinger: op. cit., s. 771.

dziej odpowiednich rozwiązań i zapewniania skutecznej realizacji stawianych przed nią zadań. Przyjęcie przez sąd administracyjny interpretacji danego pojęcia i odrzucenie argumentacji organu administrującego będzie bowiem tylko weryfikacją prawnej klasyfikacji danego stanu faktycznego, nie będzie natomiast przeczyć celowości posługiwania się zwrotami niedookreślonymi. Nadal będą one służyły zagwarantowaniu elastycznemu dopasowywaniu się władzy wykonawczej do różnorodności i zmienności okoliczności, w których przychodzi jej działać.[20]

W przypadku posługiwania się przez ustawodawcę metodą regulowania stosunków prawnych jednostki względem władzy publicznej przy pomocy ustanawiania wymogów uzyskania pozwolenia na określone zachowania oraz - odpowiedniego kształtowania treści wydawanych pozwoleń, trafiamy jednak na pewne niebezpieczeństwo. Otóż owa konieczna - jak wyżej wskazano - **niepełna określoność regulacji ustawowych skłaniać może do tego, aby w sposób niekonkretny redagowane były przesłanki, od których spełnienia uzależnione będzie uzyskanie pozwolenia** oraz, **do wykorzystywania jej w celach zupełnie obcych motywom danej regulacji prawnej. Cierpieć na tym może pewność sytuacji prawnej jednostki, która nie będzie w stanie przewidzieć kiedy będzie mogła uzyskać określone pozwolenie**, czy też - kiedy organ administracji będzie zmuszony do wydania żądanego aktu. Także zapewnienie wszystkim adresatom danego przepisu prawa równego traktowania może być w takich okolicznościach trudne do zachowania.

Nie oznacza to jednak definitywnej dyskwalifikacji techniki regulacji pozwoleniami administracyjnymi. Warto bowiem porównać efekty (niebezpieczeństwa) stosowania konstrukcji pozwolenia administracyjnego wydawanego w oparciu o przepisy wyrażone przy pomocy zwrotów nieostrych z rezultatami regulacji opierającej się na równie niedookreślonych zwrotach upoważniających do zakazywania tej samej działalności, do której rozpoczęcia nie jest wymagane pozwolenie. Ryzyka i straty, na jakie narażałby ustawodawca osoby podejmujące daną działalność, co do której kontynuowania organ administracji mógłby zgłosić swoje zastrzeżenia, kierując się nie dosyć precyzyjnymi upoważnieniami do jej zakazania, byłyby niewątpliwie większe, niż w przypadku zastosowania *metody prewencyj-*

20. Tak też oceniają praktykę posługiwania się tego typu zwrotami trybunały konstytucyjne i sądy administracyjne rozpoznające zarzuty na niezgodność z zasadą podziału władz regulacji prawnych pozostawiających organom administracji publicznej możliwość wypełniania konkretną treścią przepisów prawnych zawierających w sobie tego typu zwroty. Por. np. wyroki niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 grudnia 1953 r. (Zbiór urzędowy, tom 3, s. 225 i 243), z dnia 22 czerwca 1960 r. (tom 11, s. 237), z dnia 14 maja 1969 r. (tom 26, s. 42) i z dnia 8 maja 1974 (tom 37, s. 208) oraz wyroki austriackiego Trybunału Konstytucyjnego wskazane (w:) B.Ch. Funk, L. Adamovich:Allgemeinen Verwaltungsrecht, wyd. 3, Wien 1987, s. 125,126 i 128.

nej, tzn. opartej na ustanowieniu wymogu uzyskania pozwolenia administracyjnego przed rozpoczęciem zamierzonej działalności.

Przede wszystkim, podmiot realizujący już określoną działalność z reguły poniósł na ten cel jakieś nakłady. Im są one większe, tym większa będzie strata w przypadku wydania odpowiedniego zakazu. Zwłaszcza wówczas, gdy stosowne przepisy ustawowe nie zakreślą organowi właściwemu nieprzekraczalnego terminu zgłoszenia zastrzeżeń. Ponadto, myśląc o pewności prawa, oczekiwania zainteresowanego i zasługująca na ochronę jego ufność w to, że ustawa zostanie w oczekiwany przez niego sposób zastosowana, są w przypadku wymogu uzyskania pozwolenia znacznie słabsze, gdyż dotyczą one przyszłych - a nie już podjętych - zachowań. Inaczej niż w przypadku upoważnienia do zakazania już rozpoczętej działalności, obywatel ubiegający się o pozwolenie może jeszcze przed rozpoczęciem zamierzonej działalności upewnić się, czy jego zachowaniu nie stoją na przeszkodzie obowiązujące przepisy bądź - sposób ich rozumienia przez władze publiczne.

Rozważając aspekt zagrożeń dla zasady równości płynących ze strony obu, poddawanych analizie metod regulacji prawnej również dochodzimy do wniosku, że jest ona w mniejszym stopniu zagrożona w przypadku posługiwania się wymogiem uzyskania pozwolenia, niż w przypadku opartych na podobnych kryteriach ingerencjach w zachowania nie wymagające wcześniejszego pozwolenia. Na skutek zawężających możliwości odmowy pozwolenia interpretacji przepisów, dokonywanej zarówno przez sądy administracyjne, jak też - przez prawidłowe wykorzystywanie kompetencji władz zwierzchnich do udzielania instrukcji i wytycznych, możliwości znaczącego naruszenia przepisów upoważniających do odmowy udzielenia pozwolenia mogą być sprowadzone do minimum. O wiele większe zagrożenie dla równości wobec prawa stwarzają natomiast zaniechania przez organy administrujące stosowania przepisów upoważniających lub wręcz obligujących do zakazania kontynuowania określonej działalności. Zainteresowani nie skarżą bowiem takiej bezczynności władz wykonawczych, skarżą się natomiast na nierówne traktowanie ci, wobec których ingerencje są dokonywane. Rzecz jednak w tym, że bezprawne zaniechanie wydania określonego zakazu lub nakazu wobec innych, nie stanowi wystarczającego powodu do uwzględnienia przez sąd administracyjny skargi na zgodny z ustawą nakaz czy zakaz skierowany do skarżącego. Obserwując praktykę administracyjną można czasami nabrać wątpliwości, czy przypadkiem urzędnicy, odpowiedzialni za pewne obszary kompetencji zatrudniającego ich organu, kierując się własną wygodą i spokojem, wszczynają tylko takie postępowania, w których wykazanie zaistnienia podstaw do ingerencji jest proste albo - w których można spodziewać się mniejszego „oporu" zainteresowanego. Takie właśnie mechanizmy mogą powodować, że np. urzędy odpowiedzialne za przestrzeganie prawa budowlanego bardzo pieczołowicie i energicznie reagują na wy-

budowanie bez pozwolenia „składziku na węgiel" czy „kuchni letniej", natomiast mniejszą energię wykazują przy wydawaniu i wykonaniu nakazu rozbiórki domu mieszkalnego, nie mówiąc już o małym, średnim czy dużym zakładzie produkcyjnym. Natomiast organy odpowiedzialne za ochronę środowiska zdecydowanie skuteczniej przeciwstawiają się wycinaniu drzew bez zezwolenia niż wprowadzaniu do miejskiej kanalizacji deszczowej ścieków poprodukcyjnych dużego zakładu pracy.

Ogólnie można przyjąć, że o wiele łatwiej przychodzi administracji zaniechanie zastosowania, przewidzianej prawem, władczej ingerencji w już kontynuowaną działalność, niż wydanie - wbrew przepisom prawa - pozwolenia na działania dopiero zamierzane. Akt wydany niezgodnie z prawem jest bowiem łatwy do skontrolowania. Wydający go urzędnik musi liczyć się z dużym prawdopodobieństwem poniesienia odpowiedzialności za nadużycie kompetencji. Po zaniechaniu wydania wymaganego prawem zakazu - o ile postępowanie nie było wszczęte na żądanie czy wniosek innych osób - brakuje w dokumentacji urzędu jakiegokolwiek śladu. W swoich badaniach i praktyce zawodowej nie natknąłem się dotąd na przepisy wymagające przeprowadzania systematycznych, protokołowanych, powszechnych kontroli z przestrzegania obowiązujących norm w jakiejkolwiek dziedzinie administracji, w której władze publiczne upoważnione są do wydawania zakazów kontynuowania działalności rozpoczętej bez wymogu uzyskania uprzedniego pozwolenia. To właśnie może przekonywać, że posługiwanie się wymogiem uzyskania pozwolenia bardziej sprzyja zachowaniu zasady równości wobec prawa niż metoda alternatywna.

Za stosowaniem techniki regulowania pozycji prawnej jednostki przy pomocy wymogu uzyskiwania pozwolenia przemawiają również względy ekonomii procesowej. Może to zabrzmieć banalnie, ale chyba jednak nie jest bez znaczenia, że chcąc uzyskać pozwolenie zainteresowany musi przejawić inicjatywę, musi dokładnie - zgodnie z obowiązującym prawem - wyjaśnić i opisać zamierzoną działalność. Będzie także sam zainteresowany, aby wykazać, przy pomocy samodzielnie zgromadzonych dowodów, że spełnia przesłanki ustawowe do jego uzyskania. Przyznając administracji uprawnienia do regulowania pozycji jednostki metodą następczych nakazów czy zakazów uzyskamy natomiast efekt odwrotny. To urząd będzie musiał przejmować inicjatywę, badać sam - może nie więcej przypadków niż chętnych do ewentualnych pozwoleń - ale często bez możliwości uzyskania od stron jakiejkolwiek pomocy (często sięgając przy tym po instrumenty egzekucji administracyjnej). Z punktu widzenia administracji publicznej oraz ponoszących koszty jej działania podatników, sięganie przez ustawodawcę po technikę regulacji prawnej domagającej się uzyskiwania uprzednich zezwoleń, jest zatem korzystniejsze.

5. Funkcje regulacyjne tzw. *represyjnych* zakazów z zastrzeżeniem możliwości uwolnienia od nich

Jak przedstawiono to w rozdziale drugim, tradycyjna doktryna zachodnia dostrzega różnice jakościowe między tzw. *zwykłymi* pozwoleniami, wydawanymi w związku z wprowadzeniem przez ustawę *„prewencyjnych"* zakazów z zastrzeżeniem prawa do uzyskania pozwolenia, o ile potwierdzony zostanie brak przeszkód określonego zachowania się zainteresowanego, od tzw. pozwoleń *wyjątkowych*, będących formą uwolnienia od zakazu nazywanego *„represyjnym"*. W przeciwieństwie do tych pierwszych, które obejmują swoim zakresem zachowania zasadniczo - ze społecznego punktu widzenia - wartościowe (a przynajmniej - społecznie nieszkodliwe),[21] zakazy *„represyjne"* miałyby odnosić się do działań zasadniczo społecznie szkodliwych i z tego właśnie względu zakazanych. Zakładano przy tym, że jedynie w przypadkach nietypowych, w których sztywne egzekwowanie takiego zakazu oznaczałoby dla jego adresata nie dającą się zaakceptować surowość albo gdy jego przełamanie leży w interesie publicznym, ustawodawca zastrzega możliwość uzyskanie zwolnienia spod takiego zakazu.[22] W polskim piśmiennictwie nie znajdujemy praktycznie tego rodzaju przeciwstawienia (należy mieć jednak przy tym na względzie dosyć marginalne traktowanie przez naszą doktrynę rozważań nad teorią pozwoleń administracyjnych).

Jak informują badacze tej problematyki w Europie Zachodniej, także we współczesnym, tamtejszym orzecznictwie, od ok. 20 lat, nie traktuje się już tego rozróżnienia poważnie.[23] Twierdzi się, że nie należy się temu dziwić, bo przecież „sąd, rozpoznając konkretną sprawę, ma oceniać zaistniały w sprawie stan faktyczny na tle konkretnego, pozytywnego (przeważnie - przyp. D.R.K.) uregulowania prawnego".[24] To, czy zawarty w danym przepisie prawa zakaz określonego zachowania, wraz z równoczesnym zastrzeżeniem możliwości uzyskania pozwolenia na podjęcie objętych nim działań, oceniany jest przez doktrynę jako „prewencyjny" czy „represyjny", miałoby nie przedstawiać dla sądu żadnego znaczenia. Zwolennicy takiego poglądu uzasadniają go tym, że byłoby to rzeczą przesadną, niedokładną i wręcz fałszywą, gdyby sąd podejmował i uzasadniał swoje wyroki przy

21. Por. W. Antoniolli: op. cit., s. 204; E. Forsthoff: op.cit., wyd. 10, s. 267; E.R. Huber: Wirtschaftsverwaltungsrecht, T. 1, wyd. 2, s. 698; Hans Julius Wolf: Verwaltungsrecht, T. 1, wyd. 5, München-Berlin 1963, s. 266, H.J. Wolf, O. Bahof: Werwaltungsrecht, T. 1, wyd. 9, München 1974. Z publikowanego orzecznictwa wskazać tu można wyrok Federalnego Sądu Administracyjnego z 28. listopada 1957 r. - „DÖV" 1958, ss. 80 i nast; z 20. czerwca 1975 r. „DVBl" 1975, ss. 897 i nast.

22. Por. B. Drews, G. Wacke: op.cit., s. 306; H-U. Erichsen, W. Martens: op. cit., s. 181; Robert Nebinger: Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil, wyd. 2, Stuttgart 1949, s. 292, a także prace wskazane w poprzednim przepisie.

23. Por. B. Preusche: op. cit., s. 66.

24. Iibidem, s. 66-67.

pomocy owych niewiążących, typizujących i - dla nieprawników - najczęściej niezrozumiałych pojęć. Po co sądy miałyby to robić, skoro mają do dyspozycji dokładną, wiążącą je regulację ustawową, stanowiącą podstawę i wyznaczającą ramy ich orzeczeń. Twierdzi się nawet, że również przy stosowaniu przepisów zastrzegających konieczność uzyskania uprzedniego pozwolenia władze wykonawcze nie powinny rozróżniać między zakazami „prewencyjnymi" i „represyjnymi".[25] Osobiście nie podzielam takiego podejścia. O ile można zgodzić się z rezultatem przedstawionego rozumowania, to jednak trudno zaakceptować totalnie obojętne traktowanie funkcji, jaką ma spełniać dana regulacja w trakcie jej stosowania. Wykładnia obowiązującego prawa nie powinna być odrywana od celów danej regulacji. Prawidłowo kwestię należałoby sprowadzić raczej do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy rzeczywiście zastrzeżenie uzyskania pozwolenia administracyjnego spełniać może bądź to funkcję prewencyjną, bądź represyjną. Czy przypadkiem nie jest tak, że wszystkie zastrzeżenia uzyskania pozwolenia oraz wydawane na podstawie zawierających je przepisów prawa indywidualne decyzje spełniają zarówno funkcje represyjne, jak i prewencyjne.

Należy zgodzić się z uniwersalną myślą zawartą w orzeczeniu niemieckiego Federalnego Sądu Administracyjnego z 12. lipca 1956 r., że przy regulacji prawnej i orzekaniu w sporach o udzielenie konkretnego pozwolenia nie jest istotna liczba przypadków, w których ma dojść do wydania lub odmowy pozwolenia. Gdyby bowiem na tej podstawie dokonywać podziału pozwoleń na *represyjne* (bo „wyjątkowe" i rzadkie) oraz *prewencyjne* (bo generalnie „należne" i częste), to nie trudno zauważyć, że podział taki niczego nie wyjaśnia. Przecież odmowa udzielenia każdego (*wyjątkowego i zwykłego*) pozwolenia realizuje funkcje represyjne (nie zwalniając spod zakazu zapobiegała naruszeniu wartości zagrożonych prowadzeniem zamierzonej działalności, lecz dla starającego się o nie - byłaby dotkliwością, represją). Natomiast w sprawach, w których przepisy pozwalają lub wręcz zmuszają do udzielenia pozwolenia, wyrażony w przepisie prawa (mniej lub bardziej jednoznacznie) zakaz podejmowania działalności objętej wnioskiem strony spełniać będzie wyłącznie funkcje prewencyjne - stwarza jedynie pretekst do zbadania zgodności zamiaru wnioskodawcy z prawnymi uwarunkowaniami dopuszczalności jego realizacji.[26] Warto zauważyć, że myśl ta ma bardzo „głębokie" korzenie. Już bowiem w początkach XX wieku wybitny szwajcarski administratywista F. Fleiner trafnie zauważył, że przedmiotem generalnej regulacji prawnej mogą być działania podejmowane w tak różnorodnych okolicznościach, że ich równie abstrakcyjne typizowanie - jako generalnie aspołecznych lub prospołecznych - staje się całkowi-

25. Por. ibidem, s. 67.

26. Por. Zbiór urzędowy wyroków z 1956 r., tom 4, s. 59 oraz wyroki tego samego sądu z 3. października 1972 r. (tom 41, ss. 9 i nast), z 3. maja 1973 r. (tom 42, s. 156) i z 13. grudnia 1974 r. (t. 47, ss. 280 i nst.).

cie niemożliwe i dopiero przy rozpoznawaniu indywidualnej sprawy może zostać dokonana jej odpowiednia ocena.[27]

Dokonanie właśnie takiej zindywidualizowanej, przeprowadzonej we właściwym czasie oceny zamierzonego działania i właściwe uregulowanie konkretnej sytuacji uzyskującego pozwolenie, jest główną funkcją każdego prawnego wymogu uzyskania pozwolenia administracyjnego. Z uwagi na to, że i szkodliwość i odpowiedniość społeczna każdych zachowań jest w toku ich oceniania i regulowania komplementarna względem siebie, nie należy też generalnie rozgraniczać i oddzielać od siebie funkcji tzw. *prewencyjnych* i *represyjnych* zakazów podejmowania określonych działań bez uzyskania pozwolenia władzy wykonawczej. Urzędowa kontrola wstępna określonych działań lub ich zamierzeń nie jest wszakże celem samym w sobie. Służy ona zasadniczo do tego, aby zapobiec wszelkim zachowaniom szkodliwym dla ogółu lub nawet - dla niewielkich ale wymagających ochrony państwa mniejszych grup jednostek bądź nawet indywidualnych osób. Dotyczy to także przypadków zaliczanych przez niektórych teoretyków do grupy pozwoleń *wyjątkowo* uwalniających spod *represyjnych* zakazów. W każdym przypadku kontrola taka może bowiem pozwolić organowi administracji na wyważenie interesów, osoby zamierzającej podjąć się danego zachowania, wobec wartości wymagających ochrony i - poprzez nadanie odpowiedniej treści wydanemu pozwoleniu (określenie zakresu przedmiotowego dozwalanego przedsięwzięcia, ustalenie warunku, zlecenia, terminu „ważności", zastrzeżenia zmiany lub cofnięcia pozwolenia) - uregulowanie sytuacji jednostki w sposób współmierny zarówno względem interesów publicznych, jak i jej własnych potrzeb. Jak trafnie spostrzegł jeden z przytaczanych wcześniej teoretyków niemieckich, ścisłe rozdzielanie ustanowionych prawem zakazów z zastrzeżeniem udzielenia pozwolenia na regulacje typu prewencyjnego i represyjnego uniemożliwia dostrzeżenie pełni zadań, jakie instytucja prawna tego rodzaju może spełnić z uwagi na swoją wewnętrzną strukturę. Przecież nie można pomijać - a do tego właśnie skłania sztywne rozgraniczanie i typizowanie pozwoleń na zwykłe i wyjątkowe - że dla regulacji ustanawiającej tzw. *zakaz prewencyjny* równie - a może nawet bardziej - istotną rzeczą jest możliwość odmowy udzielenia pozwolenia, czyli - represja. Natomiast dla tzw. zakazów *represyjnych* tak samo istotna jest możliwość uwolnienia spod niego. Gdyby tak nie było, nie byłoby również sensu posługiwanie się techniką regulacji prawnej opartej na zastrzeżeniu uzyskania pozwolenia administracyjnego.[28] W jakim bowiem celu ustanawianoby tzw. zakaz *prewencyjny* jeżeli miałby służyć jedynie uruchomieniu wstępnej kontroli, a nie - w równym stopniu - wydawaniu będących niewątpliwą represją decyzji odmownych lub ograniczeń dozwalanych zachowań.

27. Por. F. Fleiner: op. cit., wyd. 8, s. 6.
28. Por. J. Schwabe: op. cit. s., 134-135.

I *vice versa* - jakiemu celowi miałoby służyć przewidywanie wydawania *wyjątkowych* pozwoleń, jak nie celom prewencyjnym - unikaniu bezwzględnej surowości *represyjnych* zakazów w przypadkach, gdy wstępna kontrola wykaże bezzasadność lub wręcz społeczną szkodliwość ich obowiązywania w konkretnej sprawie ? Należy zatem - mając na uwadze, wykazaną w rozdziale drugim i trzecim, identyczną strukturę wszystkich regulacji prawnych wprowadzających wymóg uzyskania uprzedniego pozwolenia administracyjnego na określone zachowania - zrezygnować z przyporządkowywania zasadniczo odrębnych funkcji regulacyjnych *represyjnym* i *prewencyjnym* zakazom ustanowionym z zastrzeżeniem możliwości uwolnienia od nich (*wyjątkowo* czy w zasadzie w każdym przypadku).

W konsekwencji powyższych wyjaśnień można stwierdzić, że podział wymogów uzyskania pozwolenia na *represyjne* i *prewencyjne,* a pozwoleń administracyjnych na *zwykłe* i *wyjątkowe,* może mieć jedynie taki sens, że obrazuje on dwie grupy norm prawnych o takich samych możliwościach regulowania sytuacji jednostki. Pierwsza grupa obejmuje normy, których stosowanie zakłada, że wydanie pozwolenia będzie wyjątkiem od zasady (zakazy *represyjne* i pozwolenia *wyjątkowe*). Druga - normy, których realizacja prowadzić będzie do wyjątkowego odmawiania pozwolenia (zakazy *prewencyjne* i pozwolenia *zwykłe*). O tym, czy w konkretnym przypadku dana regulacja będzie miała charakter prewencyjny czy represyjny decydować jednak będzie nie typ zakazu lub pozwolenia lecz treść przepisów prawa materialnego określających przesłanki uzasadniające wydanie lub odmowę pozwolenia oraz - jednostkowa sytuacja faktyczna, która będzie musiała być rozpoznana i oceniona przez organ administracji publicznej. Nadając treść wydawanemu pozwoleniu lub odmawiając go, będzie on konkretyzował sytuację prawną wnioskującego o wydanie pozwolenia (regulował ją) spełniając przy tym albo funkcję represyjną (odmawiając pozwolenia lub ograniczając jego zakres przedmiotowy, podmiotowy, przestrzenny lub czasowy) albo prewencyjną (udzielając pozwolenia).

III. Funkcja nadzorcza

6. Cele nadzoru realizowane w procedurze rozpatrywania wniosków o pozwolenia i ich cofania lub ograniczania

Zdaniem niektórych autorów, cechą charakterystyczną współczesnego liberalnego, demokratycznego państwa prawnego, wyróżniającą je od państw o systemach totalitarnych oraz - od poprzednich okresów panowania doktryny państwa policyjno-merkantylistycznego - jest to, że regulacje prawne przewidujące konieczność uzyskania pozwolenia administracyjnego nie służą już ogólnie i szeroko

pojętej *publicznej władzy nadzorczej* (lub ogólnie - panującej władzy), zapewniającej możliwość realizacji tych interesów, które uznała ona za wymagające realizacji lub ochrony. Współcześnie obowiązujące prawo ma ponoć dopuszczać wykorzystywanie regulacji zakładających wydawanie i odmawianie pozwoleń jedynie jako instrumentów nadzoru władzy publicznej mającego na celu zapewnienia przestrzegania obowiązujących norm.[29] U podstaw takiego wyobrażenia funkcji nadzorczej norm przewidujących wydawanie i cofanie pozwoleń tkwi przekonanie, że poszczególni *obywatele mogą i powinni na własną odpowiedzialność określić swój udział w osiąganiu dobra ogółu oraz że owo dobro zostanie zabezpieczone w najlepszym stopniu w wyniku współdziałania tych „udziałów", jeżeli podejmowane na własną odpowiedzialność działania okażą się zgodne z rozsądnymi, sprawiedliwymi i powszechnie obowiązującymi ustawami.*[30] Transponując to, wypowiedziane nieco archaicznym językiem, przekonanie na język nam współczesny możemy powiedzieć, że posługując się przepisem prawa przewidującym obowiązek uzyskania pozwolenia administracyjnego ustawodawca zakłada, że - działając we własnym interesie i na własną odpowiedzialność - jednostka sama zapewni zgodność swoich działań z wymaganiami racjonalnie ukształtowanego, sprawiedliwego prawa i ani prawo, ani organy władzy wykonawczej nie muszą wyznaczać wszystkim i w każdej sytuacji jak się mają zachować. Wystarczy dać tym organom możliwość uprzedniego zbadania zamiarów danej osoby, a już ona sama zadba o to, aby nie zaistniał powód do odmówienia jej oczekiwanego pozwolenia.

Pogląd ten może być - na gruncie prawa obowiązującego w wielu krajach - poddany w wątpliwość. Wszędzie bowiem tam, gdzie przepisy uzależniają wydanie określonego pozwolenia od zgodności zamierzonej działalności z ogólnie (bądź konkretnie) określonymi interesami publicznymi,[31] albo nawet pomijają sformułowanie przesłanek, od których spełnienia uzależnione będzie uzyskanie pozwolenia,[32] trudno będzie udowodnić, że badanie objętego wnioskiem przedsięwzięcia służy wyłącznie umożliwieniu ustalenia czy zachowane będą obowiązujące normy prawne. Współcześnie obowiązujące konstytucje państw o ustroju opierającym się na zasadzie demokratycznego państwa prawnego, jak i aktualna doktryna, coraz silniej wyrażają tezę, że ścisłemu nadzorowi państwowemu pod-

29. Por. Peter Badura: Die mitwirkungbedürftige Verwaltungsakt mit belastende Auflage, „Juristische Schulung" 1964, s. 106; P. Krüger: „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt"... op. cit., s. 677; B. Preusche: op. cit., s. 50.

30. Por. R. von Mohl: op. cit. t. 3, s. 105.

31. Por. np. § 3 ust. 1 i 2, § 7 ust. 1 i 2, §§ 12, 21 i 23 niemieckiej ustawy o handlu zagranicznym z dnia 28 kwietnia1961 r. (BGBl. I, s. 481), § 34c niemieckiego prawa przemysłowego (wg tekstu jednolitego z dnia 1 stycznia 1978 r. - BGBl. I s. 97 i nast.), § 5 ust. 1 pkt 1 austriackiej ustawy z dnia 24 stycznia 1979 r. o działalnosci kredytowej BGBl z 1979 r., poz. 63 (w wersji znowelizowanej w 1986 r.).

32. Por. np. polskie przepisy wskazane w wykazach Nr 1, 2 i 3, podkreślone linią ciągłą.

porządkowane być muszą wszelkie przypadki wykonywania przez podmioty prywatne działalności o skutkach publicznych.[33] Nadzór ten wykracza daleko poza tradycyjne kryteria przestrzegania prawa i ochrony przed zagrożeniami dla wartości takich, jak porządek, spokój i bezpieczeństwo publiczne. **Celem** realizowanego w takich warunkach **nadzoru będzie zapewnienie**:

1) **przestrzegania obowiązującego prawa,**

2) **zachowania wartości, które uznane zostaną za odpowiadające kategorii interesu publicznego** (lub inaczej określonej ogólnej wartości) albo

3) **zgodności zamiarów oraz realizowanej działalności z aktualną polityką administracyjną państwa bądź innego podmiotu władzy publicznej**.

O ile pierwsze cele nie przedstawiają sobą niczego oryginalnego, trzeci cel może wydawać się czytelnikowi zaskakujący. Nie sposób jednak inaczej traktować tych przypadków, w których sam ustawodawca upoważnia organy władzy wykonawczej do odmowy udzielenia pozwolenia w sytuacji, gdyby miało to utrudnić lub uniemożliwić osiągnięcie przez państwo celów aktualnej polityki w danej dziedzinie[34] lub do uzależnienia prawa do korzystania z niego od jednorazowego lub trwałego zaniechania pewnych typów działań (bądź utrzymywania w niezmienionej postaci określonego stanu), bez czego osiągnięcie powodzenia w polityce rządu byłoby zagrożone.[35] Najszersze możliwości wykorzystywania instytucji pozwolenia administracyjnego do zapobiegania podejmowaniu działań utrudniających realizację celów polityki państwa (lub innej korporacji publicznoprawnej) stwarza - bardzo często spotykana w polskim systemie prawnym - regulacja prawna, w której ustawodawca pomija sformułowanie jakichkolwiek kryteriów, od których wystąpienia organ administracji uzależniać ma swoje decyzje.[36] Odstępując w tym miejscu od oceny konstytucyjności tego rodzaju przepisów prawnych (por. dalej rozdz. piąty) warto zauważyć, że gdy ocena taka wypadnie pozytywnie,

33. Rozumiem przez to działania (zachowania) jednostek oddziaływujące na interesy państwa, ogółu obywateli lub jedynie tzw. osób trzecich (np. sąsiadów zabudowywanych nieruchomości, klientów banków, towarzystw inwestycyjnych czy ubezpieczeniowych, przedsiębiorstw turystycznych itp.).

34. Por. np. art. 85 ust. 3 prawa wodnego (wykaz Nr 1 poz. 55), art. 18 pkt 1, art. 22 ust. 1 i art. 25 ustawy o łączności (por. wykaz Nr 1 poz. 93), art. 21, 57 § 2, art. 77 pkt 1 lit. d, art. 97 § 1 pkt 1, art. 151 § 2, art. 166 § 2, art. 168 § 1 pkt 1, art. 185 § 1 Kodeksu celnego (por. wykaz Nr 1 poz. 150) art. 17 ust. 4, art. 22 ust. 1, art. 27 ust. 4, art. 31, 33 ust. 5 pkt 4 i ust. 7 pkt 7, art. 38 ust. 5 pkt 3 i 5, ust 5 pkt 5 i ust. 6 pkt 5 ustawy o administrowaniu obrotem z zagranicą (por. wykaz Nr 2, poz. 15).

35. Por. np. art. 52 prawa wodnego (por. jw.), art. 40 ust. 2, art. 42 ust. 2, art. 43 ust. 3 ustawy o drogach publicznych (por. wykaz Nr 1 poz. 74), art. 51 ust. 2, art. 52 ust. 4, art. 53 ust. 4 ustawy o kinematografii (por. wykaz Nr 4 poz. 4), art. 20 ust. 4 i 5 ustawy o działalności gospodarczej (por. wykaz Nr 4 poz. 6), art. 12 ustawy o zasadach prowadzenia działalności gospodarczej przez zagraniczne osoby prawne i fizyczne (wykaz Nr 1 poz. 67), art. 37 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji (wykaz Nr 4 poz. 9) i art. 21 ust. 3 ustawy o normalizacji (wykaz Nr 1 poz. 112).

36. Por. np. polskie przepisy wskazane w wykazach Nr 1, 2 i 3, podkreślone linią ciągłą.

to trudno będzie wykazać, że funkcje nadzorcze tego typu pozwoleń służą wyłącznie zapewnieniu przestrzegania przepisów prawa (drugiego z wymienionych celów nie da się w takich przypadkach realizować, gdyż - skoro w przepisach znajdujemy tylko „gołe" zobowiązanie do uzyskania pozwolenia - brakuje również ogólnie określonych wartości, których ochronie miałby taki wymóg służyć).

Przytoczony na wstępie niniejszego podrozdziału pogląd traktować zatem należy jako postulat pod adresem władzy ustawodawczej. Pozostawiając ocenę zasadności tego postulatu do dalszych rozważań, w tym miejscu warto jedynie podkreślić, że **zakres celów, jakie mogą być i są realizowane w ramach nadzorczej funkcji pozwoleń administracyjnych wykracza poza granice wyznaczone treścią obowiązującego prawa**. Rzecz jednak w tym, że te same cele mogą być osiągnięte bez zastosowania wymogu uzyskania pozwolenia. Zamiast kontroli wstępnej, poprzedzającej podjęcie działań, organy władzy publicznej mogą zostać upoważnione do prowadzenia kontroli bieżących i następczych i podejmowania - w razie stwierdzenia naruszenia określonych wyżej wartości - odpowiednich indywidualnych nakazów, zakazów, aktów o ukaraniu grzywną *etc.* Poniżej spróbuję wskazać powody, dla których władza ustawodawcza, regulująca metody i techniki sprawowania przez organy władzy wykonawczej nadzoru nad przebiegiem zachowań jednostek oddziaływujących na interesy państwa, ogółu obywateli lub jedynie niektórych osób, sięga jednak po instrument pozwolenia administracyjnego.

7. Efekt „oszczędnościowy" i skuteczność nadzoru państwowego realizowanego poprzez procedurę wydawania i odmawiania pozwoleń

Sprawowanie nadzoru o tak szeroko zakreślonych zadaniach wymaga dysponowania możliwie najszerszymi, dokładnymi i uzyskanymi na czas informacjami o zamierzeniach lub działaniach mu poddanych. Aby uzyskać takie informacje w drodze urzędowych czynności kontrolnych przeprowadzanych bez pomocy i współdziałania zainteresowanego, władza publiczna potrzebowałaby niezmiernie licznego i kosztownego aparatu kontrolnego. Bez niego byłaby skazana na opieranie swych interwencji jedynie na zgłoszeniach o podjęciu nowej działalności czy doniesieniach o zauważonych przez innych (np. przez organizacje ekologiczne, klientów, „dociekliwych" sąsiadów, konkurentów, zwykłych przechodniów) nieprawidłowościach.

Zdaniem niektórych autorów, nałożenie, na osoby zamierzające podjąć określoną czynność lub działalność, obowiązku uprzedniego wystarania się o pozwolenie odpowiedniego organu jest jednak lepszym sposobem na uzyskanie przez administrację publiczną odpowiednich, niezbędnych jej informacji o sensowności danego przedsięwzięcia niż obowiązek zgłoszenia zamiaru jego podjęcia, połączony z możliwością zgłoszenia przez organ sprzeciwu lub wydania nakazu dokonania określonych zmian. Ma to wynikać stąd, że udzielenie pozwolenia może być - i

przeważnie jest - uzależnione od przedłożenia przez zainteresowanego tak dokładnych i wszechstronnych informacji o zamierzonej działalności, aby jej ocena przez właściwy organ administracji publicznej stała się możliwa i prosta.[37] Przeciwko tej tezie można by wysunąć zastrzeżenie, że także posługując się - w miejsce pozwolenia administracyjnego - wymogiem zgłoszenia organowi administrującemu podjęcia takich samych działań dałoby się nałożyć na jednostkę obowiązek przedstawienia organowi tak samo wyczerpujących informacji. Wątpliwość ta nie jest jednak uzasadniona. Wszak zainteresowany uzyskaniem pozwolenia wnioskodawca - w swoim własnym interesie - sam będzie dbał o to, aby dostarczane przez niego informacje i wymagane dokumenty oraz inne dowody były kompletne, gdyż dzięki temu uzyska oczekiwany akt umożliwiający mu rozpoczęcie zamierzonych działań. Dokonujący zgłoszenia nie ma już takiego interesu. Musi bowiem jedynie spełnić nałożony na niego obowiązek, po czym może - już bez większego ryzyka - realizować swoje zamierzenie. Niewiele pomoże tu nawet wprowadzenie szczegółowych urzędowych formularzy, na których dokonujący *zgłoszenia* zobowiązany będzie podać odpowiednie informacje. Nieprawidłowe wypełnienie takich formularzy rodzić może jedynie pewne dalsze uciążliwości związane z ich uzupełnianiem lub poprawianiem; rzadko zdarza się, aby przepisy prawa przewidywały sankcje za popełnienie przy tym błędów. Należy wręcz z góry zakładać, że im bardziej wyczerpujące dane będzie chciał uzyskać urząd, tym bardziej skomplikowane będą te formularze i tym bardziej prawdopodobne będą nieprawidłowości w ich wypełnianiu.

Pewnym wyjściem - pomagającym uniknąć nieskuteczności nadzoru opartego na obowiązku zgłoszenia zamierzonej działalności - mogłoby być ustanowienie zakazu rozpoczynania jej bez uprzedniego potwierdzenia przez urząd, że dokonane zgłoszenie jest kompletne i poprawne. Ponieważ potwierdzenie tej okoliczności byłoby równoznaczne z podjęciem decyzji administracyjnej adresowanej do zgłaszającego trudno nie zauważyć, że konstrukcja ta niczym nie różni się od wymogu uzyskania pozwolenia. Potwierdzenie przyjęcia dokonanego zgłoszenia byłoby nie tylko przejawem jego akceptacji ale także - równoznaczne z rezygnacją organu administracyjnego ze sprzeciwu lub wydania zakazu podejmowania objętego nim zachowania i byłoby *fe facto* pozwoleniem na zrealizowanie określonego zamiaru koniecznym do uzyskania przed rozpoczęciem jego realizacji.

Wyższa skuteczność nadzoru realizowanego poprzez regulację przewidującą konieczność uzyskania pozwolenia w stosunku do realizowanego na podstawie przepisów zobowiązujących jedynie do zgłoszenia (do ewidencji, rejestracji etc.) zamierzonej działalności i umożliwiających organom władzy wykonawczej sprzeciwienie się jej prowadzeniu, przejawia się także w tym, że ta pierwsza metoda

37. Por. R. von Mohl: ibidem, s. 105.; B. Preusche, op. cit., s. 50.

gwarantuje w większym stopniu, niż druga, że informacje o zamierzonej działalności lub o planowanym przedsięwzięciu, zawarte w wymaganych prawem podaniach, formularzach, czy „załącznikach", faktycznie dotrą do wiadomości organu władzy, któremu zostaną dostarczone. Wynika to stąd, że zdecydowanie się na udzielenie pozwolenia wymaga od administracji chociażby powierzchownego zapoznania się z dostarczonymi przez wnioskodawcę danymi, a przez to - także z cechami zamierzonego przedsięwzięcia czy działalności. Zainteresowany uzyskaniem pozwolenia będzie ponadto przeważnie wywierał na urząd nacisk aby zostało ono jak najszybciej wydane i tym samym niejako zmuszał do zapoznania się z aktami sprawy. W przypadku zgłoszenia rzecz ma się odwrotnie. Nikt nie czyni nacisków na władzę aby podjęła rzetelne postępowanie, a odpowiedzialni za sprawdzenie i ocenę prawidłowości przedłożonych informacji urzędnicy bez trudu będą mogli wykazać, że zapoznali się z dostarczonymi danymi, chociaż nie zapoznają się z nimi faktycznie nawet w 10%. Sprawdzenie *post factum,* że nie dopełnili ciążących na nich obowiązków będzie już niezmiernie trudne. Wszak nawet rzeczywiste badanie zgłoszonych informacji odbywa się w zaciszu urzędniczych gabinetów.

8. Odpowiedniość terminu załatwienia sprawy a jej złożoność

Jeszcze ważniejszą zaletą metody regulacji posługującej się pozwoleniami administracyjnymi jest to, że stwarza ona możliwość organom administrującym uzyskania informacji o zamierzeniach, których dotyczy, w bardziej odpowiednim momencie, niż w przypadku stosowania obowiązku dokonywania zgłoszeń planowanych bądź rozpoczętych już działań. Nawet bowiem wówczas, gdy obowiązek dokonania zgłoszenia powstawać będzie przed podjęciem zamierzonej działalności, nie da się zagwarantować, że uprawnionemu organowi pozostanie wystarczająco dużo czasu, aby zbadać wszystkie jej możliwe następstwa, odpowiednio ją uregulować, bądź w inny sposób zabezpieczyć przed niechybnymi, szkodliwymi oddziaływaniami.[38] Także wtedy, gdy obowiązek dokonania zgłoszenia powiązany zostanie z zakazem rozpoczynania zamierzonej działalności lub przedsięwzięcia przed upływem określonego przepisami prawa terminem, nie da się uniknąć, że taki termin okaże się w wielu przypadkach albo za krótki albo za długi. Zbyt krótkim taki termin może okazać się w przypadkach, w których - czy to na skutek szczególnie zawiłych okoliczności towarzyszących badanemu zamierzeniu, czy też po prostu z uwagi na przejściowe nawet przeciążenie właściwego organu - nie będzie on w stanie dokonać rzeczowej analizy sprawy i spowodować odpowiednie

38. Wskazywali na to już dawno Karl August Betterman: Verfassungswidriger Emissionsstop, BB 1969, s. 699 i Karl Heinrich Friauf: „Latente störung", Rechtswirkungen der Bauerlaubnis und vorbeugende Nachbarklage, DVBl 1971, s. 721.

uregulowanie zachowań zgłaszającego.[39] Gdyby - z kolei - termin ustalony został w sposób uwzględniające wszystkie szczególne uwarunkowania i okoliczności, to okazałby się zdecydowanie nieodpowiedni i nadmiernie uciążliwy we wszystkich prostych sprawach.

Z powyższych pewnie względów autorzy klasycznego już dzieła o zwalczaniu niebezpieczeństw podkreślali, że rozsądniejszym rozwiązaniem jest posłużenie się metodą *zakazu z zastrzeżeniem pozwolenia.* W miejsce sztywnego, określonego ustawą terminu, po upływie którego organ władzy wykonawczej traciłby prawo do wyrażenia sprzeciwu lub zakazu podejmowania objętej zgłoszeniem działalności, wstępuje w niej ogólny, wynikający przeważnie z przepisów procesowych, termin na załatwienie sprawy, który kończyć się będzie wydaniem decyzji. Prawidłowo funkcjonujące organy administracji publicznej będą w stanie dostosować długość takiego terminu do stopnia zawiłości rozpoznawanej sprawy.[40] Warto jednak zauważyć, że brak ustawowego, nie podlegającego przedłużeniu przez organ, terminu na podjęcie decyzji w sprawie udzielenia lub odmowy pozwolenia powodować może nieuzasadnione przewlekanie postępowania. Z punktu widzenia sprawności administracji publicznej oraz interesów obywateli ubiegających się o pozwolenia, metoda opierająca się na zgłoszeniach, którym może towarzyszyć wydawana w nieprzekraczalnym terminie decyzja zakazująca podjęcia lub kontynuacji określonej działalności, byłaby w takich okolicznościach korzystniejszym rozwiązaniem. Uniknięcie niebezpieczeństwa nadużywania pozycji organu zezwalającego i wynikającego stąd przewlekania spraw jest jednak możliwe. Do dyspozycji ustawodawcy stoi bowiem takie rozwiązanie techniczno-legislacyjne, które niezałatwienie sprawy w określonym terminie ustawowym uznawane będzie za równoznaczne z wydaniem decyzji pozytywnej lub negatywnej.[41]

Metoda regulacji opierająca się na wymogu uzyskania pozwolenia stwarza - jak widać - znakomite warunki do tego, aby właściwy organ władzy publicznej uzyskał w najbardziej właściwym momencie wystarczającą sposobność do tego, by zbadać zamierzoną działalność lub przedsięwzięcie pod kątem stwarzanych przez nie zagrożeń dla tych dóbr i wartości publicznych, które wymagają ochrony prawnej i do zapobieżenia ewentualnym szkodom.[42] W postępowaniu zmie-

39. Zwracali na to uwagę przed laty Alfons Simon i Reimer von Borries analizując przepisy dawnej niemieckiej ustawy federalnej o prawie budowlanym, posługującej się (w § 19 ust. 4) instytucją dorozumianego pozwolenia na sprzedaż działki budowlanej w przypadku nie wydania w terminie 2 miesięcy od dnia złożenia wniosku decyzji odmownej; por. idem: Die Genehmigungsfiktion im Bodenverkehrsrecht, NJW 1968 r., 1759-1760 i Udo Steiner: Bindungswirkung und Bestandkraft der fingierten Bodensverkehrsgenehmigung, DVBl 1970, s. 34.

40. Por. B. Drews, G. Wacke, K. Vogel: Gefahrenabwehr, t.1, wyd. 8, Berlin, Köln, München, Bonn 1975, s. 117.

41. Por. Krytycznej analizy tej metody dokonują A. Simon, R. von Borries: op. cit., s. 1759 i nast.

42. Zwracał na to uwagę w ostatnim wydaniu swojej pracy o instytucjach prawa administracyjnego F. Fleiner: op. cit., wyd. 8, Tübingen 1928, s. 405.

rzającym do wydania pozwolenia organ władzy publicznej może nie tylko badać przedłożone mu dokumenty. Daje mu ono również możliwość uzyskania stanowisk na temat sprawy i dokumentów od innych organów, a także od osób trzecich, których interesy mogą być związane z zamierzoną działalnością.[43]

Z uwagi na możliwość posłużenia się instytucją pozwoleń wydawanych na czas ograniczony, analizowana technika regulacji prawnej stwarza też okoliczności do obejmowania nadzorem władzy publicznej tylko pewnych wycinków okresu, w jakim dozwalana działalność miałaby być prowadzona. Czynności nadzorcze mogą być wówczas ponawiane.[44] Wbrew pozorom, przewidywanie w ustawach ustalania w decyzji czasokresu, na jaki wydawane jest pozwolenie, nie zawsze może być traktowane jako pogarszające sytuację ubiegającego się o nie. Gdy spoglądamy na sprawę z punktu widzenia jednostki występującej o pozwolenie jest rzeczą oczywistą, że uzyskanie pozwolenia wydanego na czas nieograniczony jest dla niej bardziej atrakcyjne i stanowi łagodniejszą formę ingerencji w jej prawa i wolności. Jednak, gdy spojrzymy na tę samą kwestię z punktu widzenia ustawodawcy lub potencjalnego adresata regulacji ustawowej, to musimy stwierdzić, że w procesie legislacyjnym nie występują tego rodzaju dylematy. Ustawodawca ma do wyboru różne rozwiązania prowadzące do tego samego celu. W przypadku ustanawiania wymogu uzyskania pozwolenia celem tym jest zapobieżenie niebezpieczeństwom grożącym pewnym, wymagającym ochrony wartościom lub dobrom publicznym (życiu i zdrowiu, porządkowi, spokojowi publicznemu, zrównoważonemu rozwojowi gospodarczemu państwa, jego bezpieczeństwu itp. itd.) ze strony dających się lub nie dających się przewidzieć źródeł ich zagrożenia. Aby zapobiec konkretnemu niebezpieczeństwu będzie mógł posłużyć się albo wymogiem uzyskania pozwolenia, albo upoważnieniem do zakazania, w przypadku ziszczenia się niebezpieczeństwa, ogólnie dozwolonej działalności, albo karnym zakazem wywoływania stanu zagrożenia dla danej wartości lub dobra. Każdej z tych metod towarzyszyć z reguły będą czynności kontrolno-nadzorcze wykonywane przez władzę publiczną. Aby uniknąć zagrożeń płynących z tych samych źródeł ustawodawca będzie jednak zmuszony do posłużenia się każdą z tych metod w inny sposób. Przewidując pozwolenia wydawane na czas określony można uzależnić ich uzyskanie od spełnienia konkretnych przesłanek, możliwość których wystąpienia da się stwierdzić z dużą dozą pewności. Dopuszczając udzielanie pozwoleń na czas nieograniczony ustawodawca nie zawsze będzie miał możliwość ustalenia wszystkich, potencjalnych i przewidywalnych zagrożeń. Także organ zezwalający nie będzie w stanie stwierdzić brak niebezpieczeństw grożących chronionym war-

43. Por. Klaus Lange: Zur Anhörung in verwaltungsrechtlichen Genhmigungverfahren, „DVBl" 1975, s. 130.

44. Por. Wolfgang Hönig: Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten, München 1968, s. 82-83.

tościom przez cały okres wykonywania dozwolonej działalności. Świadomość tego spowoduje, że ustawodawca będzie zmuszony do ustanowienia bardziej ogólnych przesłanek uzasadniajacych wydanie decyzji odmownej i tym samym - pozostawienia organom władzy wykonawczej większej swobody w odmawianiu pozwoleń, a organ administrujący będzie uznawał za niedopuszczalne (bo stwarzające zagrożenie) takie same zachowania, na których wykonywanie przez krótszy okres czasu by się zgodził ze względu na możliwe do „ogarnięcia" czynnościami kontrolno-nadzorczymi, przewidywalne i „bezpieczne" dla tych samych wartości sytuacje. W ostatecznym rachunku, wybierając między: bardziej generalnymi zakazami, stwarzającymi stan niepewności upoważnieniami do ingerencji w podejmowaną lub nawet już rozpoczętą działalność (zakazywania jej rozpoczęcia lub kontynuacji), wydawanymi na czas nieograniczony pozwoleniami, a pozwoleniami wydawanymi na krótko ale za to w oparciu o przepisy wskazujące bardzo konkretne przesłanki uzasadniające odmowę pozwolenia, ustawodawca często będzie decydował się na tę ostatnią ewentualność, która ułatwia spełnianie celów prawa, ogranicza czynności nadzorcze do węższego kręgu wymagających sprawdzenia sytuacji, pozwala uniknąć wielu pochopnych ocen trudnej (a czasami wręcz niemożliwej) do przewidzenia przyszłości, zaś jednostkom - daje większe poczucie bezpieczeństwa ich praw i wolności.

9. Postanowienia dodatkowe w pozwoleniach - pretekst czy podstawa czynności nadzorczych

Posłużenie się instytucją pozwolenia administracyjnego stwarza ponadto możliwość - niejako - miarkowania stopnia nadzorczej ingerencji administracji publicznej w swobodę jednostki (w jej konstytucyjne prawa i wolności). O ile posługując się metodą regulacji opartą na zgłoszeniach i ewentualnych zakazach, organ administracji publicznej może i musi podejmować rozstrzygnięcia jednoznaczne: „zakazać" - „nie zakazywać", w przypadku pozwoleń ma jeszcze do dyspozycji - poza omówioną wyżej instytucją *terminu* - pełne instrumentarium pozostałych *postanowień dodatkowych,* takich jak *warunek, zlecenie, zastrzeżenie uchylenia, zastrzeżenie zmiany* i in.[45] Tego rodzaju *klauzule* spełniać mogą nie tylko funkcje regulacyjne i funkcje sterowania. Przyczyniają się one także do odpowiedniego ukształtowania i realizacji funkcji nadzorczych. Upoważniając administrację do ustanowienia np. warunku, od którego ziszczenia się uzależniona jest skuteczność prawna wydanego pozwolenia (np. rozpoczęcie jego obowiązywania, wygaś-

45. Istotę i funkcję tych pojęć wyjaśniam szczegółowo w pracy *Postanowienia dodatkowe i dopuszczalność opatrywania nimi decyzji administracyjnych* (w:) Prawo. Administracja. Obywatele, Białystok 1997, s. 143-169.

nięcie, zmiana lub ograniczenie zakresu obowiązywania)[46] organ władzy ustawodawczej może upoważnić ją również do zalecania posiadaczom pozwolenia zgłaszania do właściwego urzędu wszelkich istotnych (określonych w przepisach prawa lub w samym pozwoleniu) zmian, które nastąpiły w toku wykorzystywania pozwolenia, a także do poddawania się bieżącej lub okresowej kontroli ze strony organu zezwalającego.

Na tym tle dochodzić może do pewnych kontrowersji w stosowaniu prawa. Przykładowo, ustawa z dnia 26 października 1982 r. o przeciwdziałaniu alkoholizmowi i wychowaniu w trzeźwości[47] przewiduje wydawanie zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych i cofanie ich - miedzy innymi - w przypadku stwierdzenia nieprzestrzegania warunków określonych w zezwoleniu (w stosunku do sprzedaży hurtowej - art. 9 ust. 6 pkt 2, w stosunku do sprzedaży detalicznej - art. 18 ust. 6 pkt 4). W żadnym miejscu ustawa ta nie uprawniła organów wydających zezwolenia do przeprowadzania kontroli, ani też do upoważniania jakichkolwiek innych organów do sprawdzania, czy sprzedaż prowadzona jest zgodnie z warunkami ustalonymi w zezwoleniu. Podobna sytuacja istniała w obszarze obowiązywania ustawy z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej.[48] Art. 22 pierwotnej wersji tej ustawy stanowił, że organ koncesyjny może cofnąć koncesję albo ograniczyć zakres lub przedmiot działalności gospodarczej określony w koncesji, jeżeli podmiot gospodarczy nie wypełnia określonych w *niej podstawowych warunków*

46. Polski ustawodawca niezbyt często korzysta z tego typu możliwości - por. art. 7 ustawy z 1963 r. o substancjach trujących (wykaz Nr 1 poz. 43), poz 46 (art. 11 ust. 2 i art. 18 ustawy z 1970 r. o warunkach zdrowotnych żywności i żywienia (wykaz Nr 1 poz. 54), art. 25 ust. 6, art. 32 ust. 2 pkt 1 i 2, art. 52 Prawa wodnego (wykaz Nr 1 poz. 59), art. 9 ust. 6,pkt 2 i 18 ust. 6 pkt 4 ustawy z 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (wykaz Nr 1 poz. 68), art. 40 ust. 2, 3 i 4, art. 42 ust. 2, art. 43 ust. 3 ustawy z 1985 r. o drogach publicznych (wykaz Nr 1 poz. 74), art. 12 Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o zasadach prowadzenia na terytorium Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej działalności gospodarczej w zakresie drobnej wytwórczości przez zagraniczne osoby prawne i fizyczne (wykaz Nr 1 poz. 67), art. 17 ustawy z 1990 r. o łączności (wykaz Nr 1 poz. 93); art. 27 i 37 ustawy z 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej (wykaz Nr 1 poz. 95); art. 21 ust. 3 ustawy z 1993 r. o normalizacji (wykaz Nr 1 poz. 112), art. 22 i 24 ust. 4 ustawy Prawo geologiczne i górnicze (wykaz Nr 1 poz. 119), art. 17 ust. 2 i 23 ust. 5 ustawy z 1995 r. o ochronie roślin uprawnych (wykaz Nr 1 poz. 135); art. 5 ustawy z 1993 r. o zasadach szczególnej kontroli obrotu z zagranicą towarami i technologiami w związku z porozumieniami i zobowiązaniami międzynarodowymi (wykaz Nr 2 poz. 10), art. 9 ust. 2 Prawa budowlanego wykaz Nr 2 poz. 11) art. 31, 33 ust. 5 pkt 4, i ust. 7 pkt 7, art. 38 ust. 5 pkt 5 i ust. 6 pkt 5 ustawy z 1997 r. o administrowaniu obrotem z zagranicą towarami i usługami oraz obrocie specjalnym (wykaz Nr 2 poz. 15); art. 2 rozporzadzenia Prezydenta RP z 1932 r. o warunkach uprawnień do holowania statków w polskich portach morskich (wykaz Nr 4 poz. 2), art. 51 ust. 2, art. 52 ust. 4 i art. 53 ust. 4 ustawy z 1987 r. o kinematografii (wykaz Nr 4 poz. 4), art. 8 ust. 2 i 10 ust. 2 ustawy z 1987 r. o dozorze technicznym (wykaz Nr 4 poz. 5), art. 20 ust. 4 i 5 ustawy z 1988 r. o działalności gospodarczej (wykaz Nr 4 poz. 6), art. 37 ust. 1 i 2 ustawy o radiofonii i telewizji (wykaz Nr 4 poz. 9). Mając na względzie około 1000 sytuacji, w których przepisy wymagają uzyskanie pozwolenia administracyjnego - jest to naprawdę niewiele.

47. Por. wykaz Nr 1 poz. 58.

48. Por. wykaz Nr 4 poz. 6.

wykonywania działalności gospodarczej. Także i ta ustawa nie przewidywała możliwości dokonywania czynności sprawdzających przestrzeganie warunków ustalonych w koncesji. Tenże art. 22 został zmieniony przez art. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 października 1991 r. (Dz.U. Nr 107 poz. 460). W noweli tej nadano mu całkowicie nowe brzmienie, zgodnie z którym organy koncesyjne upoważnione zostały do prowadzenia *postępowania kontrolnego,* w wyniku którego miałoby być sprawdzane m.in. przestrzeganie *podstawowych warunków prowadzenia działalności gospodarczej* określonych decyzją o przyznaniu koncesji. Regułę, przewidującą cofanie lub ograniczanie koncesji ze względu na nieprzestrzeganie określonych przez organ *podstawowych warunków wykonywania działalności gospodarczej,* przeniesiono natomiast do odrębnego art. 22a.

W świetle powyższego nie jest pewne, czy organ udzielający pozwolenia, będąc uprawnionym do uzależnienia skutków prawnych swego aktu od zaistnienia przesłanek ustawowych do jego cofnięcia (włącznie z możliwością zastosowania tej „sankcji"), jest samo przez się upoważniony do wkraczania do obiektów lub na teren, gdzie działalność objęta pozwoleniem jest wykonywana i badania jej zgodności z wymaganiami ustalonymi przepisami prawa oraz w decyzji zezwalającej. Można by wręcz sądzić, że skoro ustawodawca dokonał takiej zmiany w podstawowej dla działalności gospodarczej ustawie, aby uprawnienia kontrolne organów koncesjonujących były w niej wyrażone *ekspressis verbis*, to jest to konstytutywny wyraz woli władzy ustawodawczej i w tych dziedzinach, w których przepisom przewidującym możliwość cofania pozwoleń z powodu prowadzenia działalności nimi objętej niezgodnie z warunkami, na jakich dopuszczono jej wykonywanie, nie towarzyszy regulacja prawna ustanawiająca obowiązek poddania się czynnościom sprawdzającym, wszelka działalność kontrolna jest niedopuszczalna. Warto jednak rozważyć, czy twierdzenie, że organy administracji publicznej mogą podejmować wszelkie czynności wyłącznie na podstawie przepisów prawa i - skoro ustawodawca nie przewidział dokonywania czynności sprawdzających zgodność działań posiadacza pozwolenia z warunkami w nim ustanowionymi, to organ administracji, nawet upoważniony do cofnięcia pozwolenia w przypadku stwierdzenia, że działalność objęta pozwoleniem jest wykonywana wbrew warunkom ustalonym w decyzji, nie może podejmować żadnych środków władczych w stosunku do korzystającego z pozwolenia bez wyraźnej do tego podstawy prawnej, jest uzasadnione.

Wniosek taki uznać należy - moim zdaniem - za idący za daleko. Po pierwsze, postępowanie w sprawie cofnięcia pozwolenia administracyjnego jest indywidualną sprawą rozstrzyganą przez organ administracji publicznej w trybie określonym ustawą, w Polsce - w Kodeksie postępowania administracyjnego (k.p.a.). Kodeks ten zawiera m.in. art. 50, w myśl którego *„organ administracji publicznej może wzywać osoby do udziału w podejmowanych czynnościach i do złożenia wy-*

jaśnień lub zeznań (...), jeżeli jest to niezbędne dla rozstrzygnięcia sprawy...". jakikolwiek sygnał (wiadomość) uprawdopodabniający zaistnienie podstaw do cofnięcia zezwolenia uzasadnia wszczęcie z urzędu stosownego postępowania. Osobą „wezwaną" może być wówczas każdy, nie wyłączając strony postępowania. Zatem w toku postępowania podjętego w celu cofnięcia pozwolenia żądanie od posiadacza pozwolenia „wyjaśnień" byłoby prawnie dopuszczalne, o ile bez nich organ nie mógłby rozstrzygnąć sprawy. Po drugie, w tym samym celu właściwy organ administracji publicznej może - po wszczęciu, w rezultacie uzyskiwanych z różnych źródeł informacji o zauważonych nieprawidłowościach, postępowania w sprawie cofnięcia pozwolenia - zarządzić oględziny (rzeczy ruchomych i nieruchomych). Za nietykalne bez zgody strony takiego postępowania można by natomiast uznać z pewnością jej mieszkanie. Wynika to z przepisów Konstytucji RP (art. 50). Po trzecie, za dopuszczalne uznać także należy dokonywanie czynności sprawdzających przez pracowników organu w miejscach ogólnie dostępnych (sklepy, zakłady usługowe, obiekty sportowe itp.). Poza wymienionymi obszarami i sytuacjami dokonywanie czynności kontrolnych w stosunku do posiadaczy pozwoleń administracyjnych bez wyraźnego upoważnienia ustawowego jest natomiast z prawnego punktu widzenia ingerencją niedopuszczalną, chociaż analiza orzecznictwa sądów administracyjnych w innych krajach (głównie w Niemczech) skłaniać mogłaby do innego wniosku. W jednym z publikowanych, poświęconym tej problematyce, orzeczeń Federalnego Sądu Administracyjnego RFN, z dnia 20. czerwca 1972 r., stwierdzono mianowicie, że - rozumując w oparciu o argumentację *a' fortiori* - upoważnienie organu władzy wykonawczej do cofnięcia pozwolenia ze względu na nieprzestrzeganie zawartych w nim wymogów jest wystarczającą podstawą prawną do stosowania mniej dotkliwych środków prawnych, a zatem także - do przeprowadzania kontroli dozwolonej działalności, a posiadacz takiego pozwolenia musi się owej działalności kontrolnej podporządkować.[49]

Z postanowieniami dodatkowymi w pozwoleniach administracyjnych wiąże się także inna kwestia mająca wpływ na kształt funkcji nadzorczej. Zdarza się mianowicie, że przepisy prawne wprowadzają liczbowy lub wartościowy limit wydawanych pozwoleń.[50] Istotą pozwolenia jest - jak wcześniej wykazano - jego uprawniający, a nie zobowiązujący charakter. Jednak w okolicznościach ograniczonej liczby możliwych do wydania pozwoleń nie może dziwić, że ustawodawca decyduje się na równoczesne zastrzeganie, że pozwolenia nie wykorzystywane przez określony przepisami odcinek czasu będą uznawane za wygasłe lub odbierane

49. Por. BverwG E 40, s. 153 i 155.

50. Por. np. art. 18 ww. ustawy o przeciwdziałaniu alkoholizmowi i wychowaniu w trzeźwości lub przepisy ustawy o administrowaniu obrotem z zagranicą (wykaz Nr 2 poz. 15) o kontyngentach i plafonach.

(uchylane lub cofane).[51] Nierozłącznie wiąże się z tym konieczność kontroli i nadzoru organów administrujących nad tym, czy posiadacze pozwoleń czynią z nich użytek. Badania te mogą wszakże służyć jako źródło wiedzy o sposobie prowadzonej działalności - i niejako pretekst do spełniania funkcji nadzorczych także w innych aspektach niż tylko ciągłość dozwolonej działalności. Funkcja nadzorcza jest w takich sytuacjach realizowana więc zarówno bezpośrednio jak i pośrednio.[52]

10. Funkcje nadzorcze pozwoleń a interesy nadzorowanych

Uzależnianie prowadzenia określonej działalności bądź prawa do dokonania określonej czynności od uzyskania uprzedniego pozwolenia administracyjnego i związane z jego wydawaniem działania kontrolne ze strony organów władzy wykonawczej, nie powinny być odczytywane wyłącznie jako uciążliwość dla tych, którzy je muszą uzyskiwać. Jeżeli zagrożenia danych dóbr czy wartości wymagających ochrony państwa jest realne, to tak czy inaczej „zorganizuje" ono służby mające czuwać nad zachowaniem ich w stanie nienaruszonym lub chociaż nieznacznie dotkniętym szkodami wywołanymi zachowaniami jednostek. Doprowadzi również do ustanowienia takich przepisów prawnych, które upoważnią owe służby do stosowania niezbędnych środków mających usunąć stwierdzone zagrożenia. Ponieważ w toku postępowania zmierzającego do wydania pozwolenia organ administracji publicznej zmuszony jest do sprawdzenia społecznej „niekonfliktowości" (jej zgodności z ogólnie pojętym lub szczegółowo wyrażonym, przepisami prawnymi uzasadniającymi wydanie decyzji odmownej „interesem społecznym", „interesem państwa" czy „interesem gospodarki narodowej" itp.) zamierzonej działalności i do rozstrzygnięcia czy i na jakich warunkach działalność ta będzie mogła być prowadzona, osoba uzyskująca oczekiwane pozwolenie nie tylko nabywa prawo do niezakłóconego jej prowadzenia ale ponadto - na co wskazywałem już w tym rozdziale - stan pewności swoich praw. W przypadku wybrania przez ustawodawcę techniki regulacji opartej na obowiązku zgłoszenia podjętej działalności połączonym z uprawnieniem władzy wykonawczej do orzeczenia zakazu jej kontynuowania, a nawet dopuszczenia do całkowicie wolnego od jakichkolwiek obowiązków względem organów administrujących na początku podejmowanych działań, stan niepewności jednostki co do tego, jak może zareagować w

51. Por. np. art. 37k pkt 3 ustawy o działalności ubezpieczeniowej (wykaz Nr 1 pkt 90), art. 19 ust. 1 i 2 ustawy o specjalnych strefach ekonomicznych (wykaz Nr 1, poz. 125), art. 52 ust. 1 pkt 6 ustawy o zawodzie lekarza (wykaz Nr 1 poz. 151), art. 24 ust. 2 ustawy o cudzoziemcach (wykaz Nr 1 poz. 160), art. 12 ust. 3 ustawy o odpadach (wykaz Nr 1 poz. 163, art. 16 ust. 4 pkt 2 ustawy o warunkach wykonywania międzynarodowego transporu drogowego (wykaz Nr 1 poz. 164), art. 12 ust. 1 pkt 3 i ust. 2 pkt 1, art. 16 ust. 2 pkt 1 ustawy o warunkach wykonywania krajowego drogowego przewozu osób (wykaz Nr 1 poz. 175).

52. Por. B. Preusche, op. cit., s. 52-53.

przyszłości któryś z uprawnionych do skontrolowania jej zachowań i zastosowania instrumentów sankcjonujących sprowadzenie zagrożenia dla dóbr czy wartości publicznych wymagających ochrony, może być na tyle duży, że zniechęci ją do aktywności, do podejmowania działań racjonalnych i korzystnych zarówno dla niej, jak i dla interesu publicznego. Może to mieć szczególne znaczenie w sytuacjach podejmowania inwestycji wymagających znacznych nakładów.

Dzięki uzyskaniu pozwolenia, jednostka występująca o jego wydanie stwarza sobie stan, o którym możemy powiedzieć, że jest to wiążące stwierdzenie czy i w jaki sposób prowadzona przez nią danego rodzaju działalność (lub przedsięwzięcie) może być realizowana(e) oraz że żaden organ władzy publicznej nie będzie mógł przeciwstawić się - w niezmienionych okolicznościach faktycznych i prawnych - jej kontynuowaniu powołując się na te same dobra i wartości, które musiały być brane pod uwagę przy rozstrzyganiu jej wniosku. Ostateczna decyzja gwarantować też będzie, że - przy nie zmienionych okolicznościach - nie spotka jej żadna inna „dotkliwość" uzasadniana stworzeniem niebezpieczeństwa dla tych samych interesów publicznych. Można zatem powiedzieć, że decyzja o udzieleniu pozwolenia stwarza w konkretnej sprawie stan pewności prawa.[53] Stan ten będzie się umacniał dodatkowo wówczas, gdy aktowi zezwalającemu towarzyszyć będzie regulacja określająca konkretnie sposób, w jaki - w świetle obowiązującego prawa - dana działalność ma być realizowana oraz ograniczenia i możliwości ingerencji administracji, jakim otrzymujący dane pozwolenie będzie zmuszony się podporządkować.

Z powyższych stwierdzeń niektórzy autorzy wyprowadzają nawet wniosek, że w sytuacjach, w których ustanowienie *„zakazu z zastrzeżeniem pozwolenia"* skierowane jest na nieprzerwanie prowadzoną, wymagającą znacznych nakładów działalność, niedopuszczalne jest stosowanie pozwoleń terminowych lub obwarowanych warunkami rozwiązującymi (*befristetet oder auflösend bedingter Erlaubnisse*). Ponadto uważają oni, że ochrona stworzonego udzielonym pozwoleniem stanu zaufania wymaga, aby w akcie pozwolenia określano w sposób wyczerpujący wszelkie możliwe podstawy jego odebrania[54], zaś uprawnienie władzy do zastrzeżenia cofnięcia pozwolenia (*Wiedrrufsvorbehalten*)[55] traktują jako oczywisty rezultat obowiązywania powszechnie uznawanej za obowiązującą w wielu państwach zachodnioeuropejskich zasady prawnej ochrony zaufania (*Vertrauenschutz-*

53. Por. F. Fleiner: Institutionen..., op. cit., wyd. 8, s. 199 i nast., Felix Weyreuther: Über „Baubedinungen", DVBI 1969, s. 233, Karl-Heinrich Friauf: „Latente Störung", Rechtswirkungen der Bauerlabnis und vorbeugende Nachbarklage, DVBI 1971, s. 722.

54. Por. B. Preusche, op. cit., s. 54 oraz powolywane w tej pracy inne publikacje na ten temat.

55. Na temat instytucji *zastrzeżenia cofnięcia decyzji uprawniającej* por. D.R. Kijowski: Postanowienia dodatkowe..., op. cit., s. 145 i nast.

prinzip).[56] Zasada ta wymaga, aby władza publiczna wstrzymywała się z wszelkimi ingerencjami w działalność jednostki, na którą ona zdecydowała się w przekonaniu, że przedsiębrane nakłady czynione są na cel, co do którego działające w imieniu państwa organy wypowiedziały się pozytywnie, uznając zamierzone działania za legalne i dopuszczalne. Jeżeli podmiot decydujący się wystąpić o pozwolenie, a tym bardziej ten, który już je uzyskał, zmuszony jest do inwestowania z własnego majątku, a dodatkowo wymaga się od niego zapewnienia nieprzerwanego funkcjonowania przedsiębiorstwa, na którego pozwolenie mu dano, to zarówno ograniczenie aktu zezwalającego terminem, warunkiem rozwiązującym (odnoszącym się do zdarzenia przyszłego i niepewnego, na którego zaistnienie posiadacz pozwolenie nie będzie miał wpływu), jak też narażenie na niemożliwe z góry do przewidzenia ograniczenia czy cofnięcia udzielonego uprawnienia oznaczałoby nadużycie zaufania, jakim jednostka obdarzyła państwo podejmując się działalności, której nagłe przerwanie lub tylko ograniczenie wyrządzi jej niewątpliwe szkody materialne.

Pewność praw posiadacza pozwolenia może jednak w pewnych okolicznościach ulec osłabieniu. Będzie to miało miejsce wówczas, gdy pozwolenie udzielone zostanie z zastrzeżeniem możliwości jego późniejszego uchylenia przez organ, który je wydał albo - z równoczesnym zobowiązaniem do dokonywania w trakcie jego wykorzystywania uciążliwych dla posiadacza czynności (*zlecenie*).[57] Stosowanie takich ograniczeń jest wskazane w takich przypadkach, w których dozwalana działalność może być - w bliżej nieokreślonej przyszłości - źródłem szkód w interesach chronionych daną regulacją prawną, a doniosłość tych interesów (ich znaczenie dla społeczności państwa lub np. korporacji samorządowej) jest tak znaczna, że może przeważać interes posiadacza pozwolenia i potrzebę jego ochrony opartej na nabytym prawie trwałości (pewności) uzyskanych uprawnień. Funkcja nadzorcza wymogów uzyskania pozwolenia oraz samych pozwoleń sprowadza się w takich wypadkach do uprzedniego rozpoznania ewentualnych niebezpieczeństw, dostosowania do nich odpowiedniego brzmienia samego pozwolenia i opatrzenia go stosownymi postanowieniami dodatkowymi, a następnie - obserwowania w jaki sposób rozwijana jest dozwolona działalność i reagowania zapowiedzianymi ingerencjami w przypadku stwierdzenia, że ziściły się przewidywane zagrożenia.

Z opatrywaniem pozwoleń administracyjnych wszelkiego rodzaju postanowieniami dodatkowymi wiąże się bardzo istotna kwestia podstaw prawnych tego rodzaju zabiegu. Dominującym - zarówno w doktrynie polskiej, jak i w orzecznic-

56. Na temat zasady ochrony zaufania - Vertrauenschutz - (w polskim orzecznictwie nazywanej też zasadą zaufania do państwa i prawa) por. E. R. Forsthoff: op. cit., s. 162 i nast., F. Gygi, op. cit., s. 42 i nast.

57. Por. W. Hönig: op. cit., s. 93-94 i 191-193, Michael Klopfer: Kettenverwaltungsakten und Wiederrufsvorbehalt; DVBl 1972, s. 371-372 i 378.

twie NSA - w tym zakresie pogląd opiera się na założeniu, że dopuszczenie swobodnego i nieograniczonego posługiwania się klauzulami stanowiłoby zagrożenie dla wolności jednostki przed władczą ingerencją państwa w działalność objętą pozwoleniami. Stąd też wyprowadzany jest natychmiast wniosek, że dopuszczalność tej praktyki zależy od istnienia wyraźnej podstawy ustawowej do ustanawiania terminowych, przedmiotowych czy podmiotowych ograniczeń w swobodnym korzystaniu z udzielonego pozwolenia. Za trafnością tego wniosku miałaby m.in. przemawiać treść art. 107 § 2 k.p.a., według którego inne, niż określone w kodeksie, składniki decyzji winny być umieszczane w niej wówczas, gdy określają to przepisy szczególne[58]. O ile troska o bezgraniczne wykorzystywanie w pozwoleniach wszelakich klauzul ograniczających swobodne korzystanie z przyznanego uprawniwnia jest jak najbardziej uzasadniona, o tyle nie można się godzić ani z tak daleko idącym wnioskiem, ani z argumentacją mającą przemawiać za trafnością tych poglądów. Postanowienie dodatkowe w pozwoleniu byłoby bowiem tylko wówczas niedopuszczalną ingerencją w prawa i swobody jednostki, gdyby służyło jej - w opraciu o obwiązujące prawo - roszczenie o udzielenie niczym nieograniczonego pozwolenia, albo gdyby treść tego postanowienia nie dała się uzasadnić celami i przesłankami od których spełnienia przepisy uzależniają możliwość lub konieczność wydania decyzji pozytywnej. Nie można nie dostrzegać, że w wielu przypadkach alternatywą dla - uznawanej w doktrynie i orzecznictwie za niedopuszczalną, bo nie przewidzianje wyraźnie przepisem prawa - decyzji opatrzonej stosownymi ograniczeniami, musiałaby być decyzja odmawiająca pozwolenia. Jeżeli zatem, dzięki opatrzeniu decyzji odpowiednimi warunkami, zleceniami lub terminami, usunięte zostaną przeszkody w podjęciu decyzji pozytywnej (niebezpieczeństwo naruszenia dóbr lub wartości chronionych przepisami ustanawiającymi wymóg uzyskania pozwolenia), to nie należałoby odmawiać organom administracji publicznej prawa do zastosowania łagodniejszego środka niż odmowa udzielenia pozwolenia[59].

W literaturze przedmiotu spotkać możemy poglądy, że do zapewnienia zainteresowanemu stanu pewności jego praw nie jest konieczne definitywne „uwalnianie" go wydawanym pozwoleniem od zakazu podejmowania niedopuszczalnej działalności. „Czasami wystarczy *zwykłe zastrzeżenie pozwolenia (ein bloßer Erlaubnisvorbehalt),* którego wydanie nie będzie jeszcze oznaczało, że zamierzona działalność jest ze społecznego punktu widzenia nieszkodliwa, a jedynie - mniej lub bardziej wiążące - określenie pozycji prawnej adresata w dalszych jego zabiegach o ostateczne orzeczenie, że nie występują żadne przeciwwskazania jej podję-

58. Poglądy te prezentuję szerzej w innej pracy - por. D.R. Kijowski: Postanowienia dodatkowe..., op. cit.

59. Por. ibidem. Na marginesie warto też dodać, że postanowienia dodatkowe stanowią część najważniejszego składnika wymienionego w art. 107 § 1k.p.a., jakim jest „rozstrzygnięcie". Nie są to „inne składniki".

cia lub kontynuacji", natomiast odmowa wydania takiej decyzji „*częściowej*" lub „*wstępnej*"- nie będzie jeszcze wiążącym przesądzeniem o odmowie wydania zasadniczego pozwolenia.[60] Otóż również i w takich przypadkach *wstępne* lub *częściowe pozwolenie* spełnia funkcje nadzorcze i jest rozwiązaniem bardziej korzystnym z punktu widzenia zainteresowanego, niż inne techniki osiągania takich samych celów regulacji prawnej. Przykładowo, przedsiębiorca zagraniczny, zamierzający uzyskać pozwolenie na nabycie nieruchomości w Polsce[61] w celu urządzenia na niej np. pola golfowego, będzie zainteresowany wcześniejszym rozstrzygnięciem co do dopuszczalności zrealizowania na niej swego przedsięwzięcia, a także co do braku przeciwwskazań z punktu widzenia interesów bezpieczeństwa naszego państwa. Mając na uwadze tego rodzaju sytuacje (a także z wielu innych powodów) polski ustawodawca przewidział specjalną procedurę, mającą poprzedzać etap wydawania klasycznych pozwoleń na budowę, ustalania lokalizacji inwestycji bądź warunków zabudowy i zagospodarowania terenu.[62] Decyzje tego typu - wprawdzie nie są nazywane pozwoleniami lub zezwoleniami - spełniają *de facto* taką samą rolę jak *wstępne* lub *częściowe* pozwolenia. Ich uzyskanie nie pozwala jednak ani rozpocząć robót budowlanych ani nawet nie rozstrzyga do końca sposobu urzeczywistnienia danego zamierzenia. Stanowią one wyraz wiążącego oświadczenia woli organu administracji publicznej - stwierdzającego, że realizacja określonego decyzją przedsięwzięcia będzie możliwa w określonym miejscu po spełnieniu szeregu warunków - w tym także uzyskania pozwolenia na budowę. Jedynym zakazem, z którego decyzje tego typu uwalniają jest - możliwy do wyprowadzenia z przepisów ustawy - Prawo budowlane[63] zakaz wszczynania bez nich przez organy administracji budowlanej postępowania w sprawie pozwolenia na budowę lub na zmianę sposobu użytkowania obiektu budowlanego.

Szczególnego znaczenia nabierają instrumenty omawianego typu w tych przypadkach, w których do uzyskania ostatecznego pozwolenia konieczne jest poniesienie znacznych nakładów i to nie tylko na przygotowanie dokumentacji (planów,

60. Por. Wolf Bogumil Maetzel: Bemerkungen zum vorbeugenden Rechtsschutz gegen kunftige Verwaltungsakte; DVBl 1974, s. 339, B. Preusche: op. cit., s. 55-56.

61. Pozwolenia tego typu wymagane są przez obowiązującą nadal ustawę z dnia 24 marca 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców (por. wykaz Nr 1 poz. 1). Nowy art. 3b tej ustawy przewiduje nawet wyraźnie wydawanie decyzji wstępnych o nazwie „promesy zezwolenia".

62. Uzyskiwanie decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji wymagała ustawa z dnia 12 lipca 1984 r. o planowaniu przestrzennym (Dz.U. z 1989 r. Nr 17, poz. 99, Nr 34, poz. 178 i Nr 35, poz. 192, z 1990 r. Nr 34, poz. 198 i Nr 87, poz. 505 oraz z 1993 r. Nr 47, poz. 212), a przewiduje to także przygotowywany w Urzędzie Mieszkalnictwa i Rozwoju Miast projekt ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Od 1. stycznia 1995 r. nowe prawo budowlane przewiduje natomiast konieczność uzyskania, poprzedzającej decyzję o pozwoleniu na budowę, decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowaniu terenu - zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. o zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. z 1999 r. Nr 15, poz. 671).

63. Por. wykaz Nr 2, poz. 11.

projektów, ekspertyz i specjalistycznych ocen etc.), ale również na wykonanie urządzeń i instalacji, których dopuszczenie do użytkowania wymaga wstępnej oceny z punktu widzenia niebezpieczeństw, jakie może wywołać działalność prowadzona przy ich wykorzystaniu. Dokonanie w takich okolicznościach wstępnej kontroli co do kwestii o charakterze zasadniczym, do czego nie jest niezbędne prowadzenie kosztownych przygotowań i procedur, uchronić może potencjalnych inwestorów przed stratami wynikającymi z ostatecznej, jednoetapowej oceny. Wyniki przeprowadzonej analizy danego przedsięwzięcia mogą też niejednokrotnie przyczynić się do odpowiedniego ukształtowania treści owego przedwstępnego rozstrzygnięcia, w którym właściwy organ administracji publicznej może wskazać sposoby i techniki, przy których zastosowaniu zainteresowany będzie mógł się spodziewać korzystnego dla siebie, definitywnego pozwolenia. Funkcja nadzorcza ma w takich przypadkach do spełnienia niejako rolę służebną względem funkcji regulacyjnej.

Osobnym problemem wiążącym się z poruszaną kwestią rozstrzygnięć wstępnych bądź częściowych jest dopuszczalność ich wydawania bez wyraźnego upoważnienia ustawowego w przepisach szczegółowych. Kwestia ta mogła nie budzić wątpliwości przed 1961 r., gdyż obowiązujące wówczas rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 28 marca 1928 r. o postępowaniu administracyjnym[64] zawierało w art. 78 ust. 2 stosowną regulację. Przewidywała ona wyraźnie możliwość wydawania rozstrzygnięć częściowych, o ile jest to celowe, a sprawa da się podzielić na części i w całości nie dojrzała jeszcze do rozstrzygnięcia jej *decyzją główną*. W aktualnym brzmieniu Kodeks postępowania administracyjnego[65] nie zawiera już tego typu uregulowania. Jedynie w art. 104 znajdujemy **wymóg nadania formy decyzji administracyjnej każdemu rozstrzygnięciu załatwiającemu sprawę** w całości lub **w części.** Nie rozstrzyga to wszakże o dopuszczalności wydawania decyzji „*wstępnych*" czy „*częściowych*". Zagadnieniu temu nie poświęcono dotąd wiele uwagi w doktrynie i orzecznictwie sądowym. Tylko w jednym z czterech komentarzy do k.p.a. znajdujemy - poparte częściowo orzecznictwem NSA - stanowisko J. Borkowskiego, który uznaje wydawanie decyzji częściowych generalnie za dopuszczalne. Ma za tym przemawiać ww. przepis art. 104 § 1 k.p.a. Warunkiem wydania decyzji częściowej jest - zdaniem tego autora - podzielność sprawy,

64. Dz.U. Nr 36, poz. 341, z 1934 r. Nr 110, poz. 976 i z 1938 r. Nr 3, poz. 16

65. Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 1980 r. Nr 9 poz. 26; Nr 27, poz. 111; z 1982 r. Nr 7, poz. 55; Nr 45, poz. 289; z 1983 r. Nr 41, poz. 185; z 1984 r. Nr 34, poz. 183; z 1986 r. Nr 47, poz. 228; z 1987 r. Nr 33, poz. 186; Nr 21, poz. 123; z 1989 r. Nr 20, poz. 107; z 1990 r. Nr 34, poz. 201; z 1991 r. Nr 119, poz. 513; Nr 100, poz. 442; z 1994 r. Nr 122, poz. 593; z 1995 r. Nr 1, poz. 1; Nr 74, poz. 368; z 1996 r. Nr 43, poz. 189; Nr 106, poz. 496; z 1997 r. Nr 75, poz .471; Nr 102, poz. 643; Nr 137, poz. 926; Nr 141, poz. 944; z 1998 r. 162, poz. 1126).

którą rozstrzyga - gdy „można z niej wyodrębnić części nadające się do rozstrzygnięcia względnie samodzielnego".[66] Ma to mieć miejsce w szczególności wówczas, gdy „przesłanki prawne rozstrzygnięcia sprawy nie są w przepisie prawa sformułowane jako takie, które muszą występować łącznie".[67]

Argumentacja komentatora kodeksu wydaje się być w pełni trafna z tym wszakże zastrzeżeniem, że odnieść ją należy jedynie do aspektów procesowych poruszonego zagadnienia. Autor ten nie wskazuje racji mających przemawiać za dopuszczalnością stosowania w sprawach administracyjnych rozstrzygnięć częściowych z punktu widzenia zasad prawa (a w szczególności zasad ogólnych k.p.a.), lecz ogranicza się do określenia okoliczności, w których dopuszczalne co do zasady decyzje *„częściowe"* mogą być wydawane w konkretnego typu sprawach (jak chociażby - w podawanych jako przykład decyzjach o wyłączeniu gruntu z produkcji rolnej). Chcąc jednak uzasadnić, że - mimo braku regulacji odpowiadającej brzmieniu art. 78 ust. 2 r.p.a. - na gruncie polskiego prawa administracyjnego i administracji publicznej nadal można posługiwać się techniką rozstrzygnięć *„wstępnych"* lub *„częściowych"*, należy posłużyć się inną argumentacją. Sam kodeks nie jest bowiem w tej mierze wystarczająco precyzyjny i nie można wykluczyć posłużenia się przez przeciwników techniki dzielenia rozstrzygnięć na części zarzutem, że do stosowania jej - wbrew art. 6 k.p.a. - brakuje podstawy prawnej, tj. przepisu przewidującego, że tego typu decyzje mogą być wydawane. Art. 104 § 1 narzuca bowiem jedynie formę częściowym rozstrzygnięciom rozpoznawanych spraw - nie mówi nic o tym, że wolno (i kiedy ?) takie decyzje podejmować.

Próbując rozwiązać zarysowany powyżej problem chciałbym podkreślić znaczenie, jakie mają przy jego rozwikłaniu skutki odpowiedzi pozytywnej na pytanie o dopuszczalność praktyki wydawania decyzji „częściowych" dla osób ubiegających się o pozwolenie administracyjne oraz właściwa wykładnia zasad ogólnych i szczegółowych przepisów kodeksu postępowania administracyjnego. Otóż skutki takiej praktyki nie zawsze będą korzystne dla jednostki, zwłaszcza gdy jest ona zainteresowana jak najszybszym rozstrzygnięciem sprawy i nie ma żadnego interesu w uzyskaniu wstępnego lub częściowego rozstrzygnięcia. Dokonywanie w takich okolicznościach rozczłonkowania nadającej się do podziału sprawy należałoby uznać za działanie naruszające - bez wyraźnego upoważnienia ustawowego - przepisy art. 7, 8 i 12 k.p.a., nakazujących uwzględnianie słusznego interesu strony, pogłębianie zaufania obywateli do organów państwa oraz załatwianie spraw szybko i bez zbędnej zwłoki. Z drugiej jednak strony mamy do czynienia w kodeksie z przepisem traktującym częściowe rozpoznanie żądań strony z dosyć dużą

66. Por. Janusz Borkowski (w:) Barbara Adamiak, Janusz Borkowski: Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, Warszawa 1996, wyd. 1, s. 457.

67. Por. ibidem, s. 458.

pobłażliwością. Art. 111 k.p.a. przewiduje, że nawet błędne określenie przez organ zakresu żądań strony i pominięcie w rozstrzygnięciu niektórych kwestii, które powinny zostać rozstrzygnięte, stwarza stronie podstawę jedynie do domagania się decyzji uzupełniającej. Wykładnia sądowa tego przepisu poszła nawet w kierunku wykluczenia możliwości rozpoznawania przez organy drugiej instancji odwołań dotyczących żądań strony nie rozstrzygniętych przez organ pierwszej instancji.[68] Nielogicznym w takich okolicznościach okazałby się wniosek, że gdy stronie postępowania zależy na częściowym, wstępnym rozpoznaniu sprawy, wydanie decyzji wstępnej bądź rozstrzygającej o niektórych żądaniach strony, bez wyraźnego upoważnienia w przepisach ustawowych do dokonywania takich „zabiegów" ze sprawą, miałoby być niedopuszczalne. Posługując się techniką rozumowania *a'fortiori* moglibyśmy stwierdzić, że skoro przepis prawa pozwala na popełnianie - podlegających na żądanie strony naprawie - błędów w ustalaniu zakresu przedmiotu rozstrzygnięcia, to tym bardziej dopuszczalne jest niepełne rozstrzygnięcie sprawy zgodnie z interesem stron i bez narażenia na szwank przeważającego interesu społecznego.[69] Również istnienie przepisów prawnych przewidujących rozstrzyganie o różnych aspektach sprawy w drodze decyzji administracyjnej pozwala stwierdzić, że - jak to słusznie zauważył prof. J. Borkowski - o ile nie przewidują one wyraźnie konieczności łącznego rozstrzygnięcia wszystkich aspektów („przesłanek"), oddzielne orzekanie o każdej kwestii legitymuje się wystarczającą podstawą prawną.

Przenosząc powyższe ustalenia na grunt problematyki nadzorczej funkcji pozwoleń administracyjnych należy podnieść, że wprawdzie w interesie publicznym leży niewątpliwie globalne i wszechstronne ocenianie każdego przedsięwzięcia z punktu widzenia jego zagrożeń dla wartości podlegających ochronie, jednak niektóre przesłanki, którymi musi kierować się organ administracji publicznej decydujący o pozwoleniu, możliwe są do oceny bez konieczności dokonywania drobiazgowych, kosztownych dla strony, badań i czynności przygotowawczych, a których negatywna ocena może przesądzić o bezcelowości dalszego postępowania i skłonić wnioskodawcę do cofnięcia podania o pozwolenie bez narażania się na ponoszenie zbędnych nakładów na projekty czy urządzenia konieczne do jego realizacji. Także i z tego punktu widzenia, możliwość wydawania rozstrzygnięć częściowych może być uznana za wynikającą z praw podmiotowych jednostki do uzyskania wiążącej informacji o celowości jej dalszych zabiegów. Znakomitym przykładem typu sprawy, w której nakłady konieczne do ostatecznego jej rozstrzy-

68. Por. Postanowienie SN z dnia 7 lipca 1988 r. (III AZP 10/88), OSNCP 1990, Nr 9, poz. 116.

69. Tak też ocenił Sąd Najwyższy zachowanie jednego z kolegiów odwoławczych przy sejmiku samorządowym wskazując na bezzasadność uchylającego decyzję tego kolegium wyroku NSA, w którym częściowe rozstrzygnięcie o żądaniach strony uznano za wadę wykluczającą utrzymanie w mocy decyzji organu pierwszej instancji - por. Wyrok SN z dnia 20 czerwca 1996 r. (III ARN 14/96), OSN IAPiUS 1997, Nr 2, poz. 16.

gnięcia byłyby niewspółmiernie wysokie w przypadku niemożliwości uzyskania decyzji wstępnej, jest wydawanie zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych przeznaczonych do spożycia na miejscu.[70] Przedsiębiorca zamierzający uzyskać takie zezwolenie musi w większości miast i gmin (samodzielnie określających szczegółowe zasady wydawania i cofania tych zezwoleń) zakończyć budowę stosownego lokalu gastronomicznego lub co najmniej go wydzierżawić. W związku z licznymi warunkami, od których spełnienia przepisy prawa miejscowego uzależniają uzyskanie stosownego zezwolenia, wcześniejsze rozstrzygnięcie o tych przesłankach, które nie dotyczą warunków technicznych, jakie powinien spełniać taki lokal, w większości przypadków uchroniłoby inwestora przed urządzaniem np. restauracji czy kawiarni, której istnienie bez możliwości sprzedaży i podawania w niej napojów alkoholowych nie miałoby najczęściej sensu. Uruchomienie czynności kontrolno-nadzorczych organu administracji już na etapie projektowania przedsięwzięcia pozwalałoby natomiast na osiągnięcie w najodpowiedniejszym - zarówno dla strony, jak i dla społeczeństwa - momencie przynajmniej niektórych celów funkcji nadzorczej tej regulacji prawnej. Jednostka miałaby w pewnych aspektach sprawy pewność swojej sytuacji prawnej, a organ władzy wykonawczej nie miałby jeszcze związanych rąk i mógłby wydać decyzje odmowną, gdyby ocena pozostałych przesłanek decyzji pozytywnej wypadła dla wnioskodawcy niekorzystnie.[71]

11. Resume

Oceniając kompleksowo metodę regulacji posługującej się wymogiem uzyskania pozwolenia władzy wykonawczej należy uznać, że daje ona możliwości uzyskania lepszych rezultatów działań nadzorczych, niż metoda oparta na ograniczeniu obowiązków stron do zgłaszania odpowiedniemu organowi zamierzonej działalności lub zachowania (do ewidencji czy rejestru), połączonej z uprawnieniem go do zastosowania środków ingerencji (typu „nakazu" lub „zakazu" wykonywania określonych czynności lub działalności) w przypadku stwierdzenia, że planowane lub realizowane przedsięwzięcie zagraża określonym wartościom lub bezpośrednio je narusza. Jest to również bez porównania skuteczniejsza metoda zapobiegania naruszania interesów publicznych od metody opartej na generalnych, ogólnych zakazach, podlegających bezpośrednio egzekucji administracyjnej lub/i sankcjom karnym lub karom administracyjnym. Wprawdzie ustawodawca posługuje się niejednokrotnie w praktyce instytucją „zgłoszenia",[72] jednak czyni to

70. Por art. 18 ustawy zamieszczonej w wykazie Nr 1 pod poz. 68.

71. Por. B. Preusche: op. cit., s. 56.

72. Por. np. art. 30 Prawa budowlanego, a także art. 48 ust. 8 ustawy o działalności ubezpieczeniowej (wykaz Nr 1, poz. 93), art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (Dz.U. z 1997 r. Nr 49, poz. 318, Nr 118, poz. 754 i Nr 121, poz. 770; z

raczej nie z tego względu, że jest to skuteczniejsza metoda realizacji zadań prewencyjnych administracji publicznej, lecz z uwagi na mniejszą dotkliwość tego typu instrumentacji dla praw i swobód jednostki. Analiza przypadków, w których ustawodawca ogranicza się do wymogu „zgłoszenia" pozwala też na stwierdzenie, że są to - w porównaniu do uregulowanych często w tych samych ustawach przedsięwzięć wymagających uzyskania stosownych pozwoleń - sytuacje o mniejszym ryzyku spowodowania zakłóceń zdrowia, ładu i porządku publicznego albo praw i wolności innych osób[73] albo z kolei tak częste, że nakład pracy administracji publicznej - na przeprowadzenia postępowania zmierzającego do ustalenia podstaw do wydania lub odmowy pozwolenia we wszystkich przypadkach - byłby tak wielki, że jego poniesienie przekraczałoby możliwości państwa i społeczeństwa na jego sfinansowanie.[74]

Atrakcyjność metody polegającej na ustanawianiu wymogu uzyskania pozwolenia administracyjnego ma ponadto dla państwa inny wymiar. Otóż niejednokrotnie dochodzi do wprowadzania do obrotu prawnego tego typu obowiązku przede wszystkim ze względów fiskalnych. I nie jest to wcale *wynalazek* współczesnych prawodawców. Już przed setkami lat - na co zwracałem uwagę w pierwszym rozdziale - władcy feudalni posługiwali się instrumentem pozwolenia z uwagi na opłaty, jakie mogli pobierać z tego tytułu. W taki sposób rozdzielane były wszelkie przywileje i zezwolenia na korzystanie z monopolu władcy na propinację, pozyskiwanie soli etc. Monopole fiskalne istnieją wszakże do dnia dzisiejszego w całej niemal Europie (tytoniowe, zapałczane, pocztowe). Za pozwolenie na korzystanie z prawa wyłączności państwa (lub kraje w państwach federalnych) każą sobie płacić wysokie opłaty.[75] Ale także poza sferą monopoli mamy do czynienia z dziedzinami aktywności ludzkiej, w których konieczne jest uzyskiwanie pozwoleń (zwanych czasami licencjami, koncesjami itd. itp.) obłożonych ciężarami o charakterze fiskalnym. W Polsce - podobnie jak w innych krajach europejskich - w taki

1998 r. Nr 106, poz. 668 i Nr 145, poz. 938), art. 146 ust. 1 ustawy o funduszach inwestycyjnych, art. 79 ust. 1 ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych i art. 79 ust. 6, art. 122 ust. 3 i art. 145 ust. 6 ustawy. - Prawo bankowe (wykaz Nr 1 poz. 173, 174 i 178); art. 36 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 1997 r. o funduszach przemysłowych i ich prywatyzacji w związku z reformą ubezpieczeń społecznych (Dz.U. Nr 141, poz. 945) i art. 45 ust. 5 ustawy z dnia 26 listopada 1998 r. o dostosowaniu górnictwa węgla kamiennego do funkcjonowania w warunkach gospodarki rynkowej oraz szczególnych uprawnieniach i zadaniach gmin górniczych (Dz.U. Nr 162, poz. 1112).

73. Najjaskrawiej uwidacznia się to w ww. przepisach prawa budowlanego, które np. zastrzegają obowiązek uzyskania pozwolenia na remont budynku obejmujący zmianę jego elementów konstrukcyjnych i instalacji gazowych, natomiast roboty budowlane przy pozostałych elementach wymagają jedynie zgłoszenia. Podobnie ocenia to B. Preusche na gruncie niemieckiego prawa administracyjnego - por. op. cit., s. 56.

74. Przykładem może tu być powołany wyżej przepis prawa *antymonopolowego* wymagający zgłaszania właściwemu Urzędowi przypadków fuzji podmiotów gospodarczych.

75. Na temat monopoli państwowych w dzisiejszym prawie publicznym por. Heinz Mayer: Staatsmonopole, Wien 1976.

sposób traktuje się międzynarodową komunikację samochodową,[76] w innych państwach - prowadzenie kasyn gry oraz gier losowych (objętych z kolei w naszym kraju monopolem państwa[77]). Znaczne opłaty pobierane są w naszym kraju za zezwolenia na działalność w zakresie sprzedaży napojów alkoholowych,[78] energetyki (włącznie ze sprzedażą paliw płynnych),[79] telekomunikacji,[80] czy nadawania programów radiowych i telewizyjnych.[81] Poprzez powiązanie opłat z procedurą wydawania pozwoleń władza publiczna uzyskuje sprawny instrument gwarantujący konsekwentne uiszczanie przewidzianych opłat. W literaturze przedmiotu wyrażono pogląd, że gdyby prowadzenie określonej działalności lub inne zachowania obłożone byłyby jedynie obowiązkiem ponoszenia opłat, sprawowanie kontroli nad powszechnym ich uiszczaniem i zapobieganie obchodzenia takiego ciężaru publicznego byłoby dla administracji bardzo uciążliwe, wymagające ogromnego personelu i innych , niezbędnych środków.[82] Istniałoby ponoć duże ryzyko umykania przedsiębiorców w sferę *gospodarki cienia.*[83] Dzięki wprowadzeniu wymogu uzyskania pozwolenia państwo ma ułatwione zadanie. Podejmujący się określonej działalności sami zgłaszają się z podaniami o pozwolenia, których uzyskanie uzależniane jest od uiszczenia stosownej opłaty. Dodatkowo, administracja państwowa uzyskuje informacje o prowadzonej działalności, z którą wiąże się niemal zawsze obowiązek opłacania podatków. Tym samym metoda wymagania uprzednich pozwoleń miałaby ułatwiać nadzór nad spełnianiem przez jednostki ich obowiązków podatkowych.

---

76. Por. art. 26-28 ustawy o warunkach wykonywania międzynarodowego transportu drogowego (wykaz Nr 1 poz. 164) oraz rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 3 grudnia 1997 r. w sprawie określenia wysokości opłat za uprawnienia przewozowe w międzynarodowym transporcie drogowym, trybu ich wnoszenia oraz jednostek upoważnionych do ich pobierania (Dz.U. Nr 148 poz. 992).

77. Por. 4 i 39 ust. 1 ustawy o grach losowych i zakładach wzajemnych (wykaz Nr 1 poz. 108) oraz rozdział 3 Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 31 stycznia 1997 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o grach losowych i zakładach wzajemnych (Dz.U. Nr 12, poz. 68, Nr 162, poz. 1123, z 1999 r. Nr 3, poz. 10).

78. Por art. 11^1 i art. 18 ust. 1 ustawy.o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (wykaz Nr 1 poz. 68)

79. Por. 34 ust. 1 ustawy - Prawo energetyczne (wykaz Nr 4 poz. 16) oraz rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 5 maja 1998 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki corocznych opłat wnoszonych przez przedsiębiorstwa energetyczne, którym została udzielona koncesja (Dz.U. Nr 60, poz. 387)

80. Por. art. 20 ustawy o łączności (wykaz Nr 1 poz. 93) i rozporządzenie Ministra Łączności z dnia 10 września 1996 r. w sprawie wysokości i sposobu uiszczania opłat za używanie linii, urządzeń lub sieci telekomunikacyjnej oraz zakresu zwolnień od tych opłat (Dz.U. Nr 111, poz. 534).

81. Por. art. 40 ustawy o radiofonii i telewizji (wykaz Nr 4, poz. 9) oraz Rozporządzenie Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji z dnia 3 czerwca 1993 r. w sprawie opłat za udzielenie koncesji na rozpowszechnianie programów radiofonicznych i telewizyjnych (Dz.U. Nr 50, poz. 232, z 1994 r. Nr 69, poz. 304, z 1995 r. Nr 79, poz. 404, z 1998 r. Nr 67, poz. 443).

82. Por. R. Preusche: op. cit., s. 57.

83. Por. H. Weck: Schatenwirtschaft. Eine Möglichkeit zur Einschränkung der öffentliche Verwaltung ? Eine ekonomische Analise, Bern 1986.

Zaprezentowane powyżej podejście do kwestii fiskalnej efektywności pozwoleń administracyjnych jest - moim zdaniem - nadmiernie optymistyczne. Wyniki badań nad gospodarką rynkową wskazują na inny kierunek reakcji podmiotów gospodarczych na ustanawianie wymogów uzyskania pozwolenia na podjęcie określonego rodzaju działalności gospodarczej. Prowadzący je ekonomiści twierdzą, że zwiększanie skali reglamentacji prawnej określonych dziedzin gospodarki przyczynia się do zwiększonej intensywności rozwoju szarej strefy. Osoby wykazujące skłonność do obchodzenia przepisów nakładających obowiązek ponoszenia wszelkiego rodzaju danin w równym stopniu obchodzić mogą wymóg uzyskania pozwolenia. Ocena efektywności fiskalnej metody regulacji rynku opartej na pozwoleniach administracyjnych powinna zawsze uwzględniać i taką tendencję w zachowaniach jednostek.

Z podobną rezerwą należy podchodzić do poglądów przekonujących jakoby osoby obowiązane do ponoszenia opłat za prowadzenie danej działalności miałyby być bardziej skłonne do ich uiszczania w przypadku, gdy - niejako „w zamian" - za opłatę otrzymają swoiste świadczenie pod postacią pozwolenia.[84] Stanowisko takie bazuje najprawdopodobniej na założeniu wysokiego stopnia naiwności adresatów norm prawnych wprowadzających obowiązek uzyskiwania pozwoleń. Uważam, że brak jest podstaw do takich założeń. Wręcz przeciwnie, państwo posługujące się - w celach fiskalnych - metodą uzależniania prawa jednostek do swobodnego podejmowania wszelkich działań nie zagrażających dobrom i wartościom publicznym oraz prawom i wolnościom innych osób naraża się na znaczne ryzyko utraty zaufania obywateli, a stwarzając dodatkowe bariery uruchamiania działalności gospodarczej może oczekiwać raczej spadku aktywności i - co za tym idzie - wpływów z podatków i opłat publicznych niż odwrotnych rezultatów. Jedynie w takich dziedzinach, w których - z uwagi na ich specyficzny charakter - nie sposób prowadzić działalności niejawnie (np. regularne przewozy osób samochodami czy koleją), efekt taki by nie następował i ustanowienie wymogu uzyskania pozwolenia spełniałoby funkcję porządkującą i ułatwiającą nadzór władzy publicznej nad jednostkami jej się podejmującymi.

IV. Funkcja sterowania

12. Dogodność procedury rozstrzygania o pozwoleniu dla sterowania zachowaniami

Potencjalne możliwości regulacyjne i prewencyjne (nadzorcze), jakie tkwią w metodzie posługującej się wymogiem uzyskania pozwolenia sprawiają, że jest ona

84. Por. B. Preusche: op. cit., s. 57.

równocześnie najbardziej odpowiednia do sterowania zachowaniami adresatów norm prawnych tak, aby oni sami wywoływali - i to z własnej inicjatywy - takie zdarzenia i stany, które z ogólnospołecznego punktu widzenia (lub też jedynie z punktu widzenia sprawujących władzę w państwie) są najkorzystniejsze i najbardziej pożądane. Procedura wydawania pozwoleń dostarcza wszakże właściwym w tych sprawach organom przeważnie wiarygodnych i częstokroć bardzo drobiazgowych informacji o zamierzeniach, których przeprowadzenia dotyczy. Umożliwia to tym władzom stosunkowo wczesne rozpoznanie najbardziej prawdopodobnych konsekwencji danych działań, dokonanie ich oceny (kwalifikacji) i takie ukształtowanie polityki orzeczniczej, aby w rezultacie wydawanych decyzji posiadacze pozwoleń zachowywali się w sposób zaplanowany, dostosowany do aktualnych okoliczności społecznych, gospodarczych czy nawet - politycznych.[85] Możliwości takich nie daje metoda oparta na ustanawianiu ogólnych, sankcjonowanych karami pieniężnymi czy ewentualnością zastosowania środków egzekucyjnych, nakazów czy zakazów. Aby takie normy nadawały się do stosowania muszą być konkretne. Tymczasem okoliczności, w jakich musiano by je stosować są tak zróżnicowane i zmienne, że owe dyrektywy musiałyby być albo zbyt sztywne i ostre (a przez to - dotkliwe ponad potrzebę) albo bardzo nieliczne, odnoszące się jedynie do zachowań dokonywanych we względnie stałych, podlegających przemianom w długich odstępach czasu okolicznościach. Gdy dodamy do tego zdarzenia nieprzewidywalne lub trudne do wyobrażenia, posługiwanie się techniką stanowienia ogólnych nakazów i zakazów okaże się jeszcze mniej przydatne do realizacji funkcji sterowania procesami społecznymi.

Możliwości prawidłowej oceny przedsięwzięć, na których realizację konieczne jest pozwolenie administracyjne wzrosnąć mogą także dzięki zasadom proceduralnym obowiązującym przy ich wydawaniu. Prawo do uczestniczenia w poświęconym temu postępowaniu mają bowiem zarówno osoby trzecie, których interesów prawnych dotyczy wnioskowane pozwolenie, jak też ewentualni konkurenci (gdy pozwolenia są liczbowo lub wartościowo limitowane). Domagając się ochrony lub realizacji swoich uprawnień zapewniają oni organowi podejmującemu decyzję informacje o tych aspektach sprawy, na które wnioskujący o pozwolenie - nie zawsze przez przypadek - nie zwróci uwagi, przemilczając je, bądź wręcz zatai je przed właściwym urzędem. Warto przy tym podkreślić, że decydując się na poddanie określonych zachowań wymogowi uzyskania pozwolenia ustawodawca przesądza tym samym o drodze prawnej rozpatrywania sporów o ich dopuszczal-

85. Na takie właściwości tej techniki stanowienia prawa wskazywali już dawno przedstawiciele zachodniej nauki prawa - por. np. Hans Peter Ipsen: Konstruktionsfragen der Getreideeinfuhr-Lenkung; (w:) Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, s. 604 i nast., Kurt Egon Turegg - Erwin Kraus: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Wyd. 4, Berlin 1962, s. 134; Peter Badura: Wirtschatsverwaltungsrecht; (w:) Besonderesverwaltungsrecht, pod red. Igo von Münch, Bad Homburg, Berlin, Zürich 1969, s. 270.

ność i zgodność z prawem. Dochodzenie na drodze sądowej, w procesie cywilnym lub karnym, zaniechania lub odpowiedzialności za działania podjęte na podstawie i w granicach udzielonego pozwolenia bywa bowiem w praktyce jeżeli nie niemożliwe, to przeważnie w dużym stopniu utrudnione.[86]

W polskim orzecznictwie sądowym znajdujemy liczne przykłady potwierdzające tezę o wykluczającym drogę cywilnoprawną dochodzenia roszczeń charakterze pozwoleń administracyjnych. Np. w wyroku SN z dnia 19 marca 1987 r. stwierdzono przykładowo, że:

„Ocena, czy zamierzona inwestycja budowlana nie narusza praw osób trzecich, należy do organów administracji, pod kontrolą Naczelnego Sądu Administracyjnego. Właściciel nieruchomości sąsiadującej z terenem takiej inwestycji nie może zatem skutecznie zgłosić przed sądem powszechnym roszczenia negatoryjnego, opartego na przepisie art. 222 § 2 k.c."[87]

Na drodze sądowej dochodzić można jedynie, aby naruszający czyjeś prawa podmiotowe wystąpił o pozwolenie administracyjne. Sąd nie może natomiast nakazać osobie naruszającej owe prawa takiego zachowania się, na które obowiązujące przepisy przewidują konieczność uzyskania pozwolenia.[88]

Skutkiem tego, zaangażowanie właścicieli sąsiednich nieruchomości w postępowanie dotyczące pozwoleń na trwałe lub jednorazowe zachowania „sąsiada" bywa przeważnie intensywne (nierzadko - nadmiernie). W przypadku przedsięwzięć o trudnej do wyczerpującego określenia liczbie osób, których interesy mogą

---

86. Skutki pozwolenia na budowę, na założenie i wykorzystywanie urządzeń przemysłowych, na emisję zanieczyszczeń, składowanie odpadów przemysłowych itp. dla uprawnień właścicielskich sąsiadów są przedmiotem intensywnej dyskusji naukowej w Austrii i Niemczech - por. Richard Bartlsperger: Subiektives öffentliches Recht und störungspräventive baunachbarklage, DVBl 1971, s. 723 i nast.; Gert Buhren: Zur materiell gechützten Rechtsposition des Dritten im Wirtschaftsverwaltungsrecht, DVBl 1975, s. 328 i nast., K. H. Friauf: „Latente störung"..., op. cit.; Herbert Heinrich: Der Rechtsschutz Dritter in der Rechtsprechung im Gewerberecht, WuV 1985, s. 1-22; Jürgen Fluck: Die „Legalisierunswirkung" von Genehmigungen als Zentralproblem öffentlich-rechtlicher Haftung für Altlasten, VerwArch 1988, s. 406 i nast.; Eberhardt Meiringer: Verwaltungsgenehmigung und entgegenstehende Rechte Dritter unter besonderer Beachtung des Baugenehmigungsverfahrens, Heidelberg 1986; Dirk Frers: Die Nachbarklage im Gewerberecht, GewArch 1989, s. 73 i nast.

87. Sygn. akt III CRN 53/87 - OSP 1988 Nr 7, poz. 173; glosa: Dybowski T.: ibidem. Takie podejście do skutków prawnych pozwoleń administracyjnych w sferze dostępności drogi do sądu powszechnego w sporach wynikających w związku z ich wykorzystywaniem cechowało również wcześniejsze orzecznictwo Sądu Najwyższego. Por. np. wyroki z dnia 25 września 1969 r. (II CR 350/69, nie publikowany) i z dnia 3 stycznia 1973 r. (I CR 93/72, OSNC 1973, Nr 12, poz. 211). Wynika ono z niepodważanego dotąd przekonania, że ustalenia zawarte w decyzjach administracyjnych są dla sądów powszechnych wiążące i wykluczają czynienie przedmiotem wyrokowania kwestii rozstrzygniętych na podstawie ustawy przez organy administracyjne. Dobitnie wyrażono to w postanowieniu SN z dnia 9 września 197o r. (I CR 357/70, nie publikowane), oraz w wyrokach SN z dnia 16 października 1972 r. (I PR 268/72, nie publikowany) i z dnia 15 lutego 1973r. (II CR 711/72, OSNC 1974, Nr 5, poz. 86).

88. Por. postanowienia SN z 13 stycznia 1965 r. (I CR 464/64, OSNC 1965, Nr 10, poz. 171) i z 30 lipca 1965 (II CR 53/65, nie publikowane).

być naruszone ich zrealizowaniem, przepisy w wielu krajach, w tym także w Polsce, nakładają na organy prowadzące stosowne postępowanie obowiązek publicznego ogłaszania o jego wszczęciu (celem uniknięcia wydania decyzji z pominięciem którejś ze stron). W ten sposób o zamiarze dowiaduje się cała miejscowa społeczność i także służyć może administracji informacjami obrazującymi sytuację, w jakiej zamierzone działanie ma być realizowane. Procedura wydawania pozwoleń sprzyja ponadto włączaniu do oceny sytuacji, w których będą podejmowane decyzje oraz do kształtowania ich treści, także inne organy, specjalizujące się w prowadzeniu polityki państwa w pokrewnych dziedzinach.[89] Odbywa się to najczęściej poprzez ustanawianie wymogu wydawania decyzji po uzyskaniu opinii albo nawet „w porozumieniu" (lub „w uzgodnieniu" itp) z konkretnie lub abstrakcyjnie wskazanym organem.[90]

Upoważniając organy władzy wykonawczej do rozstrzygania w konkretnych sytuacjach o dopuszczalności danego przedsięwzięcia, działalności lub nawet prostej czynności, ustawodawca - jak wskazano to w pkt II niniejszego rozdziału - nadaje im niejako uprawnienie do takiego regulowania pozycji jednostki, które jest niezbędne do szybkiego i dokładnego reagowania na wszelkie zmiany w otaczającym środowisku.[91]

Oczywiście, potrzebie dostosowania reakcji władz publicznych na zachowania ludzkie do wieloaspektowości i różnorodności zmieniających się ustawicznie stosunków społecznych czy ekonomicznych można zadośćuczynić także - na co już zwracałem kilkakrotnie uwagę - ustanawiając ogólne normy postępowania, w których - używając różnych zwrotów i klauzul zawierających bardziej lub mniej ściśle określone pojęcia prawne - adresaci zobowiązani będą do samodzielnej oceny i wartościowania swoich zamierzeń i zachowań pod względem zagrożeń stwarzanych dla określonych dóbr i wartości chronionych daną ustawą, natomiast organy administracji publicznej uzyskają możliwość ingerowania w przypadkach, w których uznają ową samoocenę dokonaną przez podmiot prawa za błędną.[92] W litera-

89. Por. K. Lange: Zur Anhörung ..., op. cit., s. 130 i nast.

90. Por. np. art. 81 prawa wodnego (wykaz Nr 1 poz. 59), art. 68 ust. 5 ustawy o ochronie i kształtowaniu środowiska (wykaz Nr 1 poz. 65), art. 21 ust. 3 ustawy o zasadach prowadzenia na terytorium Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej działalności gospodarczej w zakresie drobnej wytwórczości przez zagraniczne osoby prawne i fizyczne (wykaz Nr 1 poz. 67), art. 17 ust. 2 ustawy z 1985 r. o rybactwie śródlądowym (wykaz Nr 1 poz. 75), art. 36 ust. 2 i art. 37 ust. 2 ustawy z 1991 r. o ochronie przyrody (wykaz Nr 1, poz. 101), art. 170 § 2 Kodeksy celnego (wykaz Nr 1 poz. 150), art. 22 ust. 1 i 23 ust. 3 ustawy z 1997 r. o odpadach (wykaz Nr 1 poz. 163), art. 20 ust. 1, art. 21, 39 ust. 1, art. 40 ust. 1, art. 42 ust. 1 Prawa bankowego (wykaz Nr 1 poz. 178) i art. 10 ust. 3 ustawy o warunkach wykonywania krajowego drogowego przewozu osób (wykaz Nr 1 poz. 179).

91. Por. B. Preusche, op. cit., s. 73.

92. Por. np. następujące przepisy, dające wyraz zastosowania alternatywnej względem wymogu uzyskania pozwolenia techniki regulacji prawnej: art. 263 pkt 2 Kodeksu handlowego, art. 8 ustawy z dnia 25 lutego 1959 r. o

turze spotkać się możemy z poglądem, że sterowanie procesami społecznymi przy pomocy tej metody ma jednak istotne wady, których można uniknąć posługując się konstrukcją *zakazu z zastrzeżeniem pozwolenia.*[93] Z koniecznością dokonywania wspomnianej samooceny własnych przedsięwzięć przez adresatów różnych ogólnie sformułowanych nakazów i zakazów łączy się bowiem nierozerwalnie, paraliżująca aktywne i częstokroć społecznie korzystne działania, niepewność co do prawidłowości dokonanego przez nich wartościowania. Będąca następstwem owej błędnej oceny ingerencja władzy - w postaci np. nakazu zaniechania działalności bezzasadnie uznanej przez adresata normy za nie podlegającą zakazowi - powodować będzie przeważnie większe straty w majątku jednostki niż nakłady niezbędne na przeprowadzenia postępowania mającego na celu wydanie stosownego pozwolenia. To samo, niedookreślone pojęcie użyte w ogólnej normie ustanawiającej dany nakaz (zakaz), po jego „przeniesieniu" do przepisu określającego przesłanki uzyskania pozwolenia, spowoduje - dzięki wiążącej konkretyzacji jego znaczenia przez organ przed rozpoczęciem działalności, której dotyczy - nie tylko usunięcie stanu niepewności prawa ale i uchroni przed stratami mogącymi powstać w rezultacie ingerencji dokonanej w trakcie realizacji danego przedsięwzięcia.[94]

Pogląd zaprezentowany powyżej można by zaakceptować jednakże z dwoma istotnymi zastrzeżeniami. Po pierwsze, korzystając z techniki sterowania zachowaniami jednostek opartej na pozwoleniach administracyjnych ustawodawca ułatwia niejako „życie" organom administrującym. Nie one bowiem, a ubiegający się o pozwolenie, muszą - we własnym interesie - angażować się w wykazanie, że brak jest powodów do odmowy udzielenia pozwolenia oraz określać i udowadniać fakty mające służyć sprecyzowaniu treści („*warunków*"[95]) pozwolenia. Zmuszane są przedkładać wszelkie, wymagane przepisami prawa dokumenty, informacje itp.. W alternatywnym sposobie prawodawczym, w którym przesłanki będące podstawą odmowy pozwolenia lub uzasadniające opatrzenie go terminami, warunkami, zleceniami i innymi zastrzeżeniami, stają się przesłankami władczej ingerencji (indy-

Inspekcji Handlowej (Dz.U. z 1969 r. Nr 26, poz. 206, z 1975 r. Nr 16, poz. 91, z 1990 r. Nr 14, poz. 88, z 1991 r. Nr 65 poz. 279, z 1996 r. Nr 106, poz. 496 i z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 82 § 3 Kodeksu morskiego (wykaz Nr 1 poz. 40); art. 33 ustawy z 1962 r. o ochronie dóbr kultury (wykaz Nr 1 poz. 41), art. 29 ust. 3 Prawa lotniczego (wykaz Nr 1 poz. 42), art.,art. 51, 54, 66, 86, 117, 142 Kodeksu wykroczeń z 1971 r., art. 27 ust. 1 i art. 33 ust. 3 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (Dz.U. Nr 34, poz. 155), art. 2 i 8 pkt 2 ustawy z dnia 5 lipca 1990 r. o zgromadzeniach (Dz.U. Nr 51, poz. 297, z 1999 r. Nr 41, poz. 412), art. 18 ust. 1 ustawy o Policji (wykaz Nr 1 poz. 88), art. 178 ust. 3 ustawy o szkolnictwie wyższym (wykaz Nr 1 poz. 91), art. 7 ust. 3 ustawy o rybołówstwie morskim (wykaz Nr 1 poz. 141), art. 16 ust. 5 ustawy z dnia 22 styczxnia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. Nr 11, poz. 95).

93. Por. B. Preusche, op. cit., ibidem.

94. Por. B. Preusche: op. cit., s. 74.

95. Zwrot „warunki pozwolenia", wykorzystywany w wielu ustawach przewidujących wydawanie pozwoleń administracyjnych, oznacza niejednokrotnie co innego niż warunek w ścisłym tego sława znaczeniu. Pod tym

widualnego nakazu lub zakazu) w kontynuowaną, rozpoczętą jako „wolna" działalność tej samej grupy podmiotów prawa, korzystniejszą pozycję procesową ma strona postępowania. Natomiast organ administracji publicznej zmuszony jest dowodzić, że istnieją okoliczności faktyczne uzasadniające zamierzoną ingerencję. Wprawdzie i w przypadku pozwoleń administracyjnych na organie ciąży obowiązek udowodnienia wystąpienia podstaw decyzji odmownej ale nie to jest celem tego postępowania. Celem tym jest ustalenie zaistnienia przesłanek do wydania decyzji pozytywnej. Tymczasem wszelkie kłopoty związane z koniecznością przedstawienia organowi danych pozwalających organowi na rozstrzygnięcie o pozwoleniu spadają przeważnie na wnioskodawcę.[96]

Po drugie należy podnieść, że zwolennicy posługiwania się techniką sterowania za pośrednictwem pozwoleń zapominają chyba o tym, że w pozwoleniach - odnoszących się do hipotetycznej, zamierzonej (a nie realnej) działalności - trudniej jest precyzyjnie, w odpowiednim i koniecznym zakresie ująć treść przyszłych praw i obowiązków ich posiadaczy niż w przypadku nakazów i zakazów podejmowanych w stosunku do rzeczywistej działalności. Odnoszą się one bowiem do stanów przyszłych, nie znanych prawie wcale stronom i organowi rozstrzygającemu o pozwoleniu. Skłania to władze wykonawcze do „ostrożniejszego" formułowania treści wydawanych pozwoleń. Użycie cudzysłowu nie jest tu przypadkowe. Owa „ostrożność" polega bowiem często na nadawaniu pozwoleniom nadmiernie restrykcyjnej treści, dodawaniu do nich ustaleń niejako „na zapas". Z uwagi na hipotetyczny charakter przedmiotu postępowania i przepisy prawa przewidujące ustanawianie „warunków" pozwolenia np. „w celu ochrony przed niebezpieczeństwami (ważnych) interesów państwa", „niezbędnych z uwagi na potrzeby bezpieczeństwa publicznego" itp., również ocena (organów odwoławczych oraz sądu administracyjnego) zasadności nadania postanowieniom pozwolenia takiej czy innej treści przebiega przeważnie w sposób bardziej wyrozumiały dla organu admi-

pojęciem ukrywają się niejednokrotnie „terminy", „zlecenia", zastrzeżenia uchylenia lub zmiany decyzji". Na ten temat szerzej por. D.R. Kijowski: Postanowienia dodatkowe..., op. cit.

96. Pomijając wcale nie rzadkie przypadki pozwoleń wydawanych na podstawie przepisów nie przewidujących żadnych przesłanek decyzji pozytywnej lub negatywnej, co czyni niemożliwym dokonywanie jakichkolwiek porównań z innymi metodami regulacji prawnej, pewna część pozostałych przypadków charakteryzuje się tym, że oprócz "warunków", od których spełnienia uzależniane jest wydanie pozwolenia, przepisy je przewidujące ustanawiają dodatkowe (w stosunku do przewidzianych w art. 63 § 1 Kpa) wymogi, jakim ma odpowiadać wniosek o wydanie decyzji, a nawet - wskazują dowody, które ma przedstawić organowi strona ubiegająca się o wydanie decyzji. Por. np. art. 7 ustawy z 1978 r. o odznakach i mundurach (wykaz Nr 1 poz. 63), art. 21 ust. 2 ustawy z 1993 r. o normalizacji (wykaz Nr 1 poz. 112), art. 86c ust. 1 ustawy o ochronie i kształtowaniu środowiska (wykaz Nr 1 poz. 65), art. 30 ust. 2 i 3 1 art. 42a ust. 2 i 3 ustawy o działalności ubezpieczeniowej (wykaz Nr 1 poz. 90), art. 14 ust. 3 ustawy o ochronie roślin uprawnych z 1995 r. (wykaz Nr 1 poz. 135), art. 8 ust. 1-3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (wykaz Nr 1 poz. 149), art. 9 ust. 1 ustawy o odpadach (wykaz Nr 1 poz. 163), art. 17 ustawy o fundduszach inwestycyjnych (wykaz Nr 1 poz. 173), art. 31 ustawy o rybactwie śródlądowym z 1985 r. (wykaz Nr 2 poz. 8) i art. 33 ust. 2-4 i art. 34 ustawy o autostradach płatnych (wykaz Nr 2 poz. 12).

nistracji, niż w przypadku indywidualnych ingerencji w konkretną działalność, o których można już definitywnie twierdzić, że powodują zagrożenie a nawet bezpośrednie szkody dla tego samego typu dóbr i wartości publicznych podlegających ochronie państwa. Tym samym, posługiwanie się pozwoleniami - chociaż stwarza korzystniejsze warunki skutecznego sterowania procesami społecznymi i gospodarczymi przez władze publiczne - może okazać się bardziej dotkliwe dla praw i swobód jednostki.

Porównując przydatność pozwoleń administracyjnych do sterowania procesami społecznymi i zachowaniami jednostek z alternatywnymi technikami i instrumentami prawnymi nie można zapominać, że nie wszystkie zjawiska są łatwo sterowalne lub odwracalne. Niektóre nie dadzą się w ogóle odwrócić i nie poddają się woli człowieka.

Możemy posłużyć się chociażby przykładami z dziedziny ustawodawstwa dotyczącego cudzoziemców[97] oraz prawa atomowego.[98] O ile w przypadku pewnej grupy, ustabilizowanych politycznie, rozwiniętych gospodarczo i pozostających z naszym krajem w dobrych stosunkach państw, Polska zrezygnowała - na zasadzie wzajemności - z obowiązku uzyskiwanie przez ich obywateli wiz pobytowych czy tranzytowych (są one klasycznymi pozwoleniami administracyjnymi, bo dozwalają cudzoziemcom przebywać w RP lub przekroczyć jej granice z zamiarem opuszczenia polskiego terytorium w celu dostania się do kraju trzeciego), w stosunku do pozostałych obowiązek taki utrzymuje i nie sposób wyobrazić sobie zastąpienia go wyłącznie stosowaniem rejestracji przekraczających granicę i zarządzanych - w ustawowo określonych, takich samych jak uzasadniające odmowę udzielenia wizy, przypadkach - deportacji. Oznaczałoby to bowiem zgodę na niekontrolowaną, masową - docelową lub przejściową - imigrację na terytorium naszego państwa setek tysięcy (a może nawet milionów) emigrantów ekonomicznych i politycznych, których przetrzymywanie mogłoby okazać się tragiczne w skutkach dla rynku pracy, bezpieczeństwa, porządku i zdrowia publicznego. Do tego dodać należy problemy związane z przestępczością międzynarodową (zwłaszcza terroryzmem), penetracją przez obce wywiady polityczne i gospodarcze. Chcąc wyeliminować konsekwencje masowego, swobodnego osiedlania się w naszym kraju cudzoziemców zamierzających dostać się do pilnie strzegących swoich granic Niemiec, Danii czy Szwecji, prowadzić nielegalne interesy czy wykonywać inne szkodliwe z punktu widzenia polskiej racji stanu zajęcia, polskie władze musiałyby odnajdować wszystkich „niemile widzianych" obcokrajowców, wszczynać wobec nich odpowiednie postępowania, utrzymywać ich wszystkich pod mniej lub bardziej ścisłą kontrolą

97. Por. ustawę zamieszczoną w wykazie Nr 1 pod poz. 160.
98. Por. ustawę zamieszczoną w wykazie Nr 1 pod poz. 77.

itp.itd. Koszty i organizacyjne problemy odwrócenia wszystkich ww. niepożądanych skutków mogłyby okazać się nie do poniesienia i rozwiązania przez nasze państwo.

Jeszcze gorzej mogłyby zakończyć się odstąpienie od obowiązku uzyskania pozwolenia administracyjnego na uruchamianie elektrowni atomowej i innych prac z wykorzystaniem rozczepialnych pierwiastków i związków chemicznych. Setki tysięcy, a nawet miliony lat szkodliwości takich substancji dla środowiska naturalnego człowieka w przypadku niekontrolowanego przedostania się ich do wód stojących i gruntowych lub do powietrza atmosferycznego pozwala twierdzić, że ograniczenie się wyłącznie do reagowania na zainstalowanie i korzystanie z urządzeń korzystających z substancji rozczepialnych bez zachowania niezbędnych środków ostrożności i odpowiedniego standardu technicznego, zagrażałoby powstawaniem szkód z ludzkiego punktu widzenia nieodwracalnych. Nic zatem dziwnego, że stosowna ustawa przewiduje bardzo drobiazgową procedurę badawczą poprzedzającą dopuszczenie takich urządzeń do użytkowania.

Analogiczne procedury kończące się decyzją zezwalającą (bardzo często drobiazgowo uwarunkowaną) należy stosować i stosuje się - niemal na całym świecie - w dziedzinie górnictwa i w ochronie środowiska. Liczenie na to, że szkodom dla bezpieczeństwa ludzi i mienia oraz dla środowiska przyrodniczego zapobiegnie się skutecznie ograniczając się do ustanowienia stosownych ogólnych nakazów i zakazów, których naruszenie zagrożone będzie nawet bardzo surowymi sankcjami, mogłoby doprowadzić do spowodowania niespodziewanych i nieobliczalnych szkód. Ustanowienie wymogu uzyskania pozwolenia, odpowiednie zbadanie każdego zamierzonego, zgłoszonego celem jego uzyskania, przedsięwzięcia przynajmniej minimalizuje skalę tych zagrożeń. Ułatwia też wykrywanie działań prowadzonych bez pozwolenia lub wbrew jego postanowieniom.

Z powyższych spostrzeżeń wysnuć można ogólną prawidłowość, że im większe jest ryzyko spowodowania określoną działalnością lub sposobem jej prowadzenia, nieodwracalnych lub trudno odwracalnych szkód w dobrach lub wartościach podlegających prawnej ochronie, tym bardziej zasadne jest wykorzystywanie do sterowania zachowaniami jednostek techniki legislacyjnej opartej na ustanawianiu wymogu uzyskania pozwolenia połączonej - najlepiej - z możliwością szczegółowego kształtowania takim aktem treści praw i obowiązków ubiegającego się o nie.

13. Użyteczność decyzji zezwalających

Pozwolenie administracyjne jest instrumentem, który znakomicie nadaje się do wprowadzania w życie ustaleń zawartych w różnego rodzaju planach i programach przyjmowanych przez organy władzy publicznej i mających zapewnić

uporządkowany przebieg procesów gospodarczych lub społecznych. Dostrzegają to ustawodawcy i dają temu wyraz poprzez uzależnianie prawa do otrzymania pozwolenia od zgodności danego zamierzenia lub sposobu jego realizacji z postanowieniami odpowiednich planów.[99] W pozwoleniu następuje przełożenie na język normatywny ogólnych ustaleń tego typu aktów, bez czego realizacja założonych w nich celów mogłaby być nieosiągalna.[100] O ile bowiem ustawy i inne akty normatywne zawierają przepisy pozwalające na skonstruowania ogólnych i abstrakcyjnych norm, których przestrzegania można domagać się nawet bezpośrednio od osób, do których są adresowane, w planach i programach formułuje się przeważnie konkretne, pożądane do osiągnięcia stany faktyczne. Ich przedmiotem jest zmieniająca się rzeczywistość, której przemiany organ planujący chciałby podporządkować właśnie im. Dopiero w drodze indywidualnych rozstrzygnięć, podejmowanych w oparciu np. o przepisy wymagające uzyskania pozwolenia administracyjnego, dochodzi do oceny przydatności lub nieprzydatności zamierzenia określonego we wniosku strony do osiągnięcia celów danego planu lub programu i sformułowania - w rezultacie tej kwalifikacji - reguły prawnej wymuszającej podporządkowanie się owym celom. Takie **zindywidualizowane regulowanie pozycji prawnej jednostek pozwala na elastyczne i dokładne dostosowanie ustanawianych reguł zachowania do zmieniającej się rzeczywistości**. Dodatkowo, do dyspozycji organów udzielających pozwoleń i odpowiedzialnych za realizację różnego rodzaju planów i programów stawia się czasami instrumenty typu „cofnięcia" lub „ograniczenia" pozwolenia w sytuacji, gdy dalsze z nich korzystanie uniemożliwiałoby osiągnięcie celów polityki gospodarczej.[101]

W niektórych sytuacjach może okazać się konieczne ilościowe ograniczenie określonych działań lub przedsięwzięć. Przykładowo, z umów międzynarodowych mogą wynikać ilościowe ograniczenia eksportowe lub importowe, których realiza-

99. Tak jest przede wszystkim w prawie budowlanym, uzależniającym możliwość wydania pozwolenia oraz jego poprawność od zgodności z ustaleniami miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego (art. 35 ust. 1 pkt 1 lit. a), prawie wodnym, uzależniającym możliwość wydania pozwolenia wodnoprawnego od zgodności zamierzenia z „warunkami korzystania z wód dorzecza" (art. 25 ust. 1), w ustawie o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, uzależniającej wydawanie zezwoleń od spełnienia warunków określonych w gminnych programach profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych (art. 4^1 ust. 1 pkt 4).

100. Planowanie i programowanie zamierzeń władz publicznych oraz procesów społecznych i gospodarczych nie jest domeną państw opierających się na systemie gospodarki nakazowo-rozdzielnej, charakterystycznej zwłaszcza w nieistniejącym już bloku sowieckim. Plany zagospodarowania przestrzennego i plany urządzania lasów znane i stosowane były w Europie już w XIX oraz na początkach XX wieku. O przydatności pozwoleń do wykonywania ustaleń planistycznych szeroko pisali przed laty Klaus Stern: Die öffentliche Sache, VVDStRL Nr 21, 1964 s. 221 i nast.; Philipp Reimar Buse: Allgemeine Genehmigung, Hamburg 1968, s. 57 i nast.; K.H. Friauf: Baurecht und Raumordnung, (w:) Besonderes Verwaltungsrecht, pod red. Igo v. Münch, Wyd. I, Bad Homburg, Berlin, Zürich 1969, s. 355 i nast.

101. Por. art. 33 ust. 1 Prawa wodnego (wykaz Nr 1 poz. 59), art. 38 ust. 6 pkt 3 i 5 ustawy o administrowaniu obrotem z zagranicą (wykaz Nr 2 poz. 15).

cję zapewnia się dzięki stosowaniu kontyngentów przywozowych lub wywozowych. Ustanawianie kontyngentów (celnych) może również wynikać z wewnętrznej polityki gospodarczej rządu (także polityki fiskalnej). Kontyngent jest w istocie rzeczy również pozwoleniem administracyjnym na import lub eksport pewnych towarów lub usług, którego udzielenie uzależnione jest od niewyczerpania ustalonego przez państwo lub wynikającego z zawartych kontraktów międzynarodowych limitów. Podobną funkcję spełniają w naszym kraju przepisy limitujące liczbę punktów sprzedaży napojów alkoholowych z tym, że chodzi w tym miejscu o sprzyjanie przez państwo prowadzeniu w miastach i gminach takiej polityki społecznej i gospodarczej, której ostatecznym rezultatem miałoby być ograniczenie zjawiska alkoholizmu oraz podniesienie kultury spożywania napojów alkoholowych.[102] Podstawowym instrumentem jej realizacji są właśnie zezwolenia na sprzedaż napojów alkoholowych przeznaczonych do spożycia poza punktem sprzedaży.

Abstrahując w tym miejscu od oceny konstytucyjnej dopuszczalności stosowania ogólnego kryterium celowości bądź „istnienia zapotrzebowania" na dalsze zezwolenia warto zauważyć, że **jak dotąd nie wymyślono innej metody osiągania zamierzonego efektu ilościowego ograniczenia określonego rodzaju działań lub zachowań niż właśnie ustanawianie wymogu uzyskania pozwolenia.** Naturalnie, posługiwanie się limitami ilościowymi (lub wartościowymi) jest niezastępowalne wyłącznie wówczas, gdy władza wykonawcza zobligowana jest do zachowania sztywnej granicy. Gdy w grę wchodzi cel, do którego wolno się jej będzie zbliżać, ustawodawcy mogą posługiwać się techniką inną: ustanawiania tak ostrych wymogów i kryteriów dopuszczających wydanie decyzji pozytywnej, że rezultatem wprowadzenia w życie takiej regulacji będzie ilościowe zmniejszenie przejawów działań objętych wymogiem uzyskania pozwolenia (np. wymóg wyższych kwalifikacji zawodowych, konieczność złożenia wysokich zabezpieczeń finansowych, obowiązek poniesienia wysokich opłat za pozwolenie).[103] Istnieje wszakże ryzyko, że tym sposobem dojść może do nadmiernego ograniczenia swobód w stosunku do tego, co jest konieczne do osiągnięcia zamierzonego celu. Stosowanie takich kryteriów powinno zatem mieć miejsce jedynie wówczas, gdy każdy z nich z osobna, w takim, a nie innym kształcie, służyć ma zapobieżeniu powstania stanu grożącego zachowaniu tych interesów publicznych, dla których ochrony wprowadzany jest wymóg uzyskania pozwolenia administracyjnego i gdy jest to w tym celu konieczne.

102. Wszechstronnie omawia skuteczność tej metody Barbara Jaworska Dębska: Spór wokół modelu polskiej regulacji alkoholowej. Zagadnienia administracyjnoprawne, Łódź 1995.

103. Na możliwość taką wskazuje B. Preusche: op. cit., s. 76.

Decydując się na wprowadzenie ilościowego limitowania możliwych do wydania pozwoleń albo na posłużenie się przy określaniu przesłanek ich uzyskania kryteriów pośrednio wpływających na zmniejszenie kręgu jednostek prowadzących danego rodzaju działalność, należy mieć również na względzie, że jest to sposób sterowania zachowaniami jednostek, którego zastosowanie leży w interesie tych osób, które już danego rodzaju działalność wykonują i wykazując istnienie zagrożeń rozwijania się tego kręgu mają przede wszystkim na celu uniknięcie kłopotliwej konkurencji i osłabienia swojej ekonomicznej pozycji na rynku danego typu towarów, a co za tym idzie - również swoich dochodów. Osoby takie są przeważnie zorganizowane w różnego rodzaju zrzeszenia, a czasami nawet korzystają ze statusu samorządowej, publicznoprawnej korporacji zawodowej. Z kolei pretendujący do wykonywania tej samej działalności nie są przeważnie zorganizowani i nie mogą przeciwstawić w procesie legislacyjnym swych interesów interesom grup już zorganizowanych. Wymaga to od ustawodawcy ogromnej ostrożności aby - zwłaszcza w dziedzinach, w których dokonywanie jakichkolwiek ocen wymaga wysokiej, wyspecjalizowanej wiedzy - nie dać się wprowadzić w błąd przez specjalistów powiązanych własnymi interesami ze zorganizowaną grupą czynnych zawodowo lub gospodarczo w danej dziedzinie.

Decyzja rozstrzygająca o udzieleniu pozwolenia ma - na co zwracałem wcześniej uwagę w tym rozdziale (por. pkt II. 4) - charakter aktu nie tylko regulującego ale również stabilizującego sytuację prawną jednostki - daje adresatowi pewność jego praw i obowiązków oraz chroni przed nieprzewidzianymi w niej albo w przepisach prawa ingerencjami władzy publicznej w jego interesy. Podkreślałem również szczególną wartość stwarzanego przez pozwolenie stanu pewności dla tych przedsięwzięć, których realizacja wymaga dużych nakładów inwestycyjnych. Podjęcie się ich bez wcześniejszego upewnienia się czy zamierzony sposób danego przedsięwzięcia nie spowoduje ingerencji władz publicznych uznających, że jest ono niebezpieczne dla prawem określonych wartości i musi być z tego względu zaniechane, może być na tyle ryzykowne, że osoby zamierzające się go podjąć odstąpią od takiego zamiaru. Ze społecznego punktu widzenia, a nawet z punktu widzenia interesów sprawujących władzę, zachowanie takie może być nawet bardzo szkodliwe. Tymczasem akt pozwolenia, a także decyzja o odmowie jego udzielenia, mogą spełnić nie tylko rolę „stabilizatora" sytuacji prawnej jednostki ale także czynnika sterującego jej zachowaniami w najbardziej pożądanym dla wszystkich zainteresowanych kierunku.

Decyzja negatywna spełnia tę rolę w taki sposób, że nakłania wnioskodawcę do zaniechania wybranego sposobu realizacji zamierzonego przedsięwzięcia i zdecydowania się na takie rozwiązania, które nie spowodują kolejnej odmowy. Natomiast samo pozwolenie spełnia funkcje sterowania poprzez zawarte w nim postanowienia ustanawiające *terminy* jego mocy wiążącej, *warunki rozwiązujące, zlece-*

nia, zastrzeżenia zmiany lub *zastrzeżenia cofnięcia* pozwolenia. Otrzymujący taki akt adresat bywa zmuszany niejednokrotnie uprawniającą go - co do zasady - decyzją do takich zachowań, które nie spowodują uznania jego działalności za kwalifikującej się do stwierdzenia wygaśnięcia bądź cofnięcia lub ograniczenia otrzymanego pozwolenia, a jednocześnie są korzystne z punktu widzenia celów regulacji przewidującej obowiązek jego uzyskania.[104]

Współczesne prawo administracyjne różni się wszakże od swojej klasycznej postaci tym, że przyjmuje ze cele swojej regulacji nie tylko takie tradycyjne wartości, jak życie i zdrowie, spokój, ład, moralność, porządek i bezpieczeństwo publiczne. Wśród interesów traktowanych obecnie również jako interesy publiczne mieszczą się także cele polityki gospodarczej państwa. I właśnie w celu nakłonienia przedsiębiorców do podejmowania działań zgodnych z tą polityką wykorzystuje się w praktyce prawodawczej i administracyjnej instytucję pozwolenia administracyjnego.[105] Przeważnie ma to miejsce poprzez nawiązanie przez ustawodawcę, formułującego przesłanki uzyskania pozwolenia bądź określającego zawartość jego postanowień, do planów czy programów obrazujących zamierzenia polityki ogólnopaństwowej, regionalnej czy lokalnej, jednak nie tylko tak. Zdarzają się również przypadki dopuszczania przez ustawodawcę prowadzenia polityki gospodarczej przy pomocy pozwoleń administracyjnych w drodze odesłania do bliżej nie sprecyzowanych jej ustaleń[106] bądź nawet (na co kilkukrotnie zwracano powyżej uwagę) - poprzez zaniechanie określenia jakichkolwiek przesłanek uzasadniających wydanie decyzji odmownej czy uzasadniających udzielenia konkretnego pozwolenia.[107]

Niektóre przedsięwzięcia mają charakter tak skomplikowany i wymagają tak różnorodnej regulacji i stymulacji ze strony państwa, że nie tylko uzasadnione staje się poprzedzenie ich procedurą uzyskania stosownego pozwolenia, ale nawet szeregu następujących po sobie pozwoleń rozstrzygających niejako poszczególne etapy lub aspekty danego działania lub działalności. Tak jest na przykład z przedsięwzięciami budowlanymi, szczególnym wykorzystywaniem wód, wydobywaniem kopalin itp. **Aby uniknąć marnotrawienia przez inwestorów nakładów**

104. Por. na ten temat F. Gygi: op. cit., s. 112 i nast. oraz przepisy wskazane w przypisie 46.

105. Celowi temu służą praktycznie wszystkie przepisy ustaw, dekretów i rozporządzeń zaznaczone kursywą w załączonych do niniejszej pracy wykazach Nr 1, 2, 4 i 5, a nawet te, które zaliczylibyśmy do tzw. pozwoleń związanych, lecz których odmowa może być uzasadniona niezgodnością z określonymi planami (z planem zagospodarowania przestrzennego - w prawie budowlanym, planem urządzenia lasu - w prawie leśnym, czy - z „warunkami korzystania z dorzecza" - w prawie wodnym).

106. Por. przepisy art. 41 ust. 2 ustawy o ochronie dóbr kultury (wykaz Nr 1, poz. 41), art. 21 ust. 4, art. 25 ust. 2 i 3, art. 33 ust. 1, art. 85 ust. 3 Prawa wodnego (wykaz Nr 1 poz. 59), art. 2 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (wykaz Nr 1, poz. 68), art. 38 ust. 6 pkt 3 i 5 ustawy o administrowaniu obrotem z zagranicą (wykaz Nr 2 poz. 15).

107. Por. przepisy zaznaczone w wykazach Nr 1-5 linią ciągłą.

pieniężnych i pracy na przygotowanie przedsięwzięcia do etapu dojrzałego do wydania decyzji pozwalającej na wykorzystywanie określonych urządzeń, rozkłada się proces rozstrzygania o braku przeszkód i zagrożeń dla interesów publicznoprawnych na kilka etapów („stopni"). Pozwolenie na użytkowanie określonego obiektu budowlanego poprzedza w takich przypadkach decyzja oceniająca i warunkująca zgodność danego zamierzenia z przeznaczeniem danego terenu w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego oraz zasadami zabudowy w tym planie przewidzianymi (czyli *de facto* pozwalająca na wybudowanie w danym miejscu obiektu przeznaczonego na określony cel). Następnie prawo wymaga uzyskanie szeregu pozwoleń od organów administracji specjalnej (administracji wojskowej, bezpieczeństwa państwa, ochrony zabytków, ochrony przyrody, ew. morskiej, górniczej itp.itd.). Dopiero po ich uzyskaniu inwestor może skutecznie wszcząć postępowanie w sprawie pozwolenia na budowę, a po stwierdzeniu, że wykonał ją zgodnie z przepisami prawa i uzyskanymi pozwoleniami - może ubiegać się o pozwolenie na użytkowanie obiektu (chociaż i ten etap bywa często poprzedzony koniecznością uzyskania decyzji ww. organów administracji specjalnej, potwierdzających wykonanie prac budowlanych zgodnie z postanowieniami zawartymi w szczegółowych przepisach regulujących warunki, jakim powinny odpowiadać obiekty określonego rodzaju czy typu). Zdarza się, że jeden inwestor uzyskać musi dla danego przedsięwzięcia kilkadziesiąt pozwoleń od różnej rangi i różnych rodzajów organów administracji publicznej. Oprócz typowych pozwoleń dochodzą czasami do tego jeszcze niezbędne do uzyskania decyzje odmiennego typu - np. stwierdzające posiadanie przez inwestora lub kierującego pracami budowlanymi szczególnych, wymaganych przepisami prawa kwalifikacji bądź uprawnień zawodowych. **Spełnienie tych wszystkich wymogów staje się** dla niego **istną biurokratyczną,** trwającą nieraz kilka lat (i to przy założeniu, że nie wywoła swoim działaniem sporu wymagającego uzyskania wyroku sądu administracyjnego) **mitręgą, a nie zawsze da się uzasadnić konieczność przeniesienia ciężaru uzyskania tych wszystkich pozwoleń na barki zainteresowanego**. W ten sposób **sterujące, nastawione na ochronę również interesów strony, funkcje pozwoleń administracyjnych przybierają postać karykaturalną, utrudniającą, a nie ułatwiającą, osiąganie zarówno celów jednostkowych, jak i ogólnych**. Zniechęcony niepowodzeniami, przedłużającym się procesem dochodzenia do końcowego, oczekiwanego efektu inwestor niejednokrotnie zrezygnuje z wybranego, korzystnego ze społecznego punktu widzenia zamierzenia. Dodatkowym elementem komplikującym sytuację ubiegających się o takie wielostopniowe pozwolenia administracyjne jest także to, że ich zamierzenia wpływają na różne elementy środowiska przyrodniczego i społecznego człowieka, a grupa osób zainteresowanych właściwą oceną i ukierunkowaniem danego przedsięwzięcia przez władze publiczne urasta do ogromnych rozmiarów i to bez możliwości imiennego określe-

nia wszystkich zainteresowanych. Rodzi to potrzebę zapewnienia tym osobom możliwości chociażby wysłuchania ich racji i zastrzeżeń.

14. Ryzyko wywołania zjawisk korupcyjnych

W opinii publicznej, a także w przeróżnych enuncjacjach wypływających ze środowisk politycznych, często spotkać się możemy z poglądami, że ustanawianie przepisów prawa uzależniających prowadzenie określonych działań od wcześniejszego uzyskania wszelkiego rodzaju pozwoleń administracyjnych wywołuje lub wzmaga zjawiska korupcyjne. Gdyby tak faktycznie było, należałoby zdecydowanie przeciwstawiać się posługiwaniu przez ustawodawcę taką techniką regulacji jako zagrażającą podstawowym interesom państwa i jego obywateli. Postaram się w tym miejscu odpowiedzieć na pytanie czy rzeczywiście i - jeżeli tak, to - w jakich okolicznościach powstaje taki właśnie efekt sterującej zachowaniami ludzkimi funkcji pozwoleń administracyjnych.

Zajmujący się problematyką korupcji w administracji publicznej - w oparciu o przeprowadzone badania empiryczne i dogmatyczne - twierdzą, że powstawaniu i rozwojowi tego zjawiska sprzyjają dwie cechy charakteryzujące funkcjowanie władz publicznych:

1) wyłączność (monopol) na podejmowanie decyzji i

2) dyskrecjonalność (uznaniowość) przyznanych prawem kompetencji.[108]

Osobiście dodałbym jeszcze do tego:

3) kameralność (niejawność) sytuacji, w jakich podejmowane są decyzje.

Zmonopolizowanie określonej działalności (skupienie jej w ręku jednej lub niewielkiej liczby osób) powoduje, że osoby wykonujące ją - nie mając konkurencji - usiłują wykorzystać posiadaną pozycję dla osobistych interesów i im bardziej pożądane są, w środowisku zainteresowanych efektami tej działalności, „dobra", którymi te osoby dysponują, tym łatwiej uzyskać - oprócz należnej „ceny" za nie - ponadto swoistą „rentę" monopolistyczną. Na gruncie administracji publicznej owymi dobrami są decyzje niezbędne obywatelom w ich życiu codziennym (osobistym, zawodowym, gospodarczym, politycznym etc.). Rolę „ceny" spełniają tu wskazane przepisami prawa okoliczności, od których zaistnienia uzależnione są oczekiwane przez nich decyzje. Wszystko to, czego podejmujący rozstrzygnięcie

108. Tak twierdzi R. Klitgaard: Cleanning Up und Invigorating the Civil Service, Operations Evaluation Departament, November 1996 (podaję za Barbarą Kudrycką: Najpierw etyka; „Wspólnota" 1999, Nr 20, s. 9) dodając, że czynnikiem ograniczającym zagrożenie korupcją jest „odpowiedzialność". Autor ten wyraził nawet swój pogląd w formie równania: ZK= M + S - O (zagrożenie korupcją = monopol w podejmowaniu decyzji + swobodne uznanie - odpowiedzialność), nazwanego przez B. Kudrycką „równaniem Klitgaarda".

urzędnik oczekuje i - często - uzyskuje od starającego się o nie, a co wykracza poza określone przepisami przesłanki danej decyzji, jest ową „rentą" monopolistyczną. Nie zawsze jest to klasyczna łapówka. Może to być również obietnica odwzajemnienia się przez beneficjenta podobną „życzliwością" na gruncie życia politycznego, zawodowego (gdy jest nim osoba dysponująca równie deficytowymi lub pożądanymi dobrami), rodzinnego, towarzyskiego etc.

Pozostawienie przez ustawodawcę administracji, a w konsekwencji tego - urzędnikowi, możliwości rozstrzygania nie tylko o spełnieniu przez starającego się o decyzję ustawowo określonych przesłanek, ale ponadto - o celowości jej podjęcia, wzmaga zagrożenia wystąpienia takich zjawisk, jak przekupstwo, kumoterstwo, nepotyzm itp. Osoba działająca w imieniu administracji jest bowiem wówczas nie tylko w pozycji monopolistycznego decydenta ale dodatkowo upoważnia się ją oficjalnie do wymagania od ubiegających się o decyzję spełnienia czegoś więcej niż ustawa wyraźnie przewiduje. Mało tego, osoba ta bywa wręcz zmuszana do skonkretyzowania (generalnie w istniejących uwarunkowaniach lub indywidualnie w każdej sprawie) dodatkowych przesłanek, od których uzależniona będzie decyzja pozytywna lub negatywna dla wnioskodawcy. Skoro bowiem przepis prawa przewiduje, że w określonych w nim okolicznościach organ nie „musi" lecz jedynie „może" podjąć daną decyzję, to przecież w każdym przypadku będzie trzeba liczyć się z koniecznością wskazania organom kontrolującym dodatkowych powodów uzasadniających podjęcie takiej a nie innej decyzji. O ile jednak decyzje negatywne będą często - za sprawą zainteresowanych - stawały się przedmiotem kontroli (sądowej lub wewnątrzadministracyjnej - instancyjnej), decyzje satysfakcjonujące wnioskodawcę rzadko zostaną jej poddane (poza przypadkami konkurowania o taką decyzję większej ilości zainteresowanych). Tym samym, ubiegający się o korzystne dla siebie rozstrzygnięcia będą szczególnie zainteresowani „przekonaniem" osoby działającej w imieniu administracji, że ich sprawa zasługuje na pozytywne załatwienie, a ta osoba zaś - „przekonaniem" wnioskujących, że powinni „pomóc" jej dojść do wniosku, że brak jest powodów do wydania decyzji odmownej.

Zjawiskom korupcyjnym w administracji sprzyja dodatkowo to, że decyzje podejmowane są przeważnie w zaciszu urzędniczych gabinetów. Rzeczywiste przesłanki poszczególnych rozstrzygnięć, zwłaszcza tych opartych na uznaniu administracyjnym, pozostają przeważnie tajemnicą znaną jedynie urzędnikowi je podejmującemu oraz - nie zawsze - ich adresatowi. O wiele trudniej ukryć jakiekolwiek próby stronniczości i interesowności, gdy decyzję należy ogłosić publicznie, jeszcze bardziej - gdy musi ona być poprzedzona postępowaniem, o którego wszczęciu należy również ogłosić publicznie, a o okolicznościach, w jakich jest prowadzone, organ administracji zobligowany jest poinformować każdego, kto zgłosi swoje zainteresowanie decyzją. Najtrudniej zaś wykorzystuje się nawet uz-

naniowe kompetencje do podejmowania rozstrzygnięć rzutujących na przyszłość osobistą, zawodową czy gospodarczą jednostek do osiągania wspomnianej „renty" monopolistycznej, gdy o uwzględnienie swoich racji i interesów muszą się ubiegać w jednym postępowaniu wszyscy konkurujący o pozytywną decyzję. W takich okolicznościach ryzyko ujawnienia nienależnych korzyści uzyskanych przez urzędnika jest największe.

Oprócz czynników wzmagających tendencje korupcyjne w administracji wskazuje się w piśmiennictwie także pewną cechę, która wpływa ograniczająco na tego typu zjawiska. Jest nią - co można łatwo wyprowadzić z powyższych wywodów - odpowiedzialność za podejmowane decyzje,[109] a właściwie - wysokie prawdopodobieństwo jej poniesienia. Odpowiedzialności sprzyja niewątpliwie jawność faktu podjęcia decyzji, jak i przesłanek deklarowanych jako czynniki przesądzające o nadaniu jej takiej a nie innej treści. Jeżeli ponadto w dany system administracji publicznej wmontowane są mechanizmy przynajmniej regularnej, sprawowanej przez organy fachowe i politycznie neutralne, kontroli podejmowanych decyzji, ryzyko uczynienia z uprawnień do wydawania różnych rozstrzygnięć okazji do osiągania wszelkiego rodzaju osobistych korzyści będzie spadało.

Starając się odpowiedzieć na pytanie, jak w kontekście powyższych czynników wzmagających i osłabiających rozwój tendencji korupcyjnych prezentują się sytuacje, w których przepisy prawa wymagają uzyskanie pozwolenia administracyjnego, musimy przede wszystkim pamiętać, że alternatywą dla tych przepisów rzadko kiedy będzie zaniechanie jakiejkolwiek regulacji prawnej. Gdyby tak nie było, niebezpieczeństwa korupcji można by uniknąć bardzo łatwo. Wystarczyłoby uchylić akty prawne ustanawiające wymóg uprzedniego pozwolenia. Problem tkwi wszakże w tym, że ustanowieniu takich wymogów przyświeca zawsze jakiś realny cel i interes, określonej grupy społecznej, całego społeczeństwa bądź sprawujących władzę w państwie, aby ów cel osiągnąć. Skoro tak, to nie chcąc zrezygnować z jego osiągnięcia dana grupa i akceptujący jej dążenia ustawodawca, decydując o zasadności wprowadzenia lub zniesienia konkretnego wymogu uzyskania pozwolenia, będą mieli do wyboru albo technikę prawodawczą opartą na wymogu uzyskania pozwolenia albo - inne, równie lub podobnie skuteczne techniki, w których okoliczności opisane w przepisach jako przesłanki odmowy udzielenia pozwolenia, bądź jego cofnięcia, pełnić będą rolę przesłanek uzasadniających zastosowanie ingerencji w postaci nakazów, zakazów, grzywien itp. sankcji „karnych". Tożsamość celów regulacji prawnej z zastosowaniem różnych technik uzyskać bowiem można najłatwiej poprzez posłużenie się tak samo wyrażanymi zwrotami wypełniającymi treścią daną normę prawną.

109. Por. ibidem.

Jeżeli owe przesłanki wyrażone zostaną przy wykorzystaniu zwrotów językowych pozostawiających organom je stosującym luz decyzyjny, to - niezależnie od wybranej techniki regulacji - ryzyko wywołania lub pobudzenia tendencji korupcyjnych będzie pojawiało się w podobnym stopniu, niezależnie od tego, czy adresat normy będzie musiał wystarać się o pozwolenie przed rozpoczęciem zamierzonej działalności, czy swoim zachowaniem ustrzec się od represji, jakie przedstawiciele władzy wykonawczej upoważnieni będą zastosować w okolicznościach określonych identycznie, jak w przypadku aktu określającego podstawy odmowy udzielenia pozwolenia. Skala uznaniowości decyzji posiadającego wyłączność na podejmowanie decyzji organu administrującego będzie bowiem identyczna. Można nawet ośmielić się twierdzić, że sposób regulacji oparty na prewencyjnych pozwoleniach jest mniej korupcjogenny, niż inne techniki stanowienia prawa, opiera się on bowiem przeważnie na procedurach bardziej transparentnych. O ile postępowanie w sprawie udzielenia pozwolenia odbywać się może (a nawet powinno) z udziałem innych zainteresowanych i pozostawia po sobie szereg „śladów" (przede wszystkim - podanie strony wraz z wymaganym załącznikami) dowodzących jego przebiegu, odstąpienie od zastosowania danej represji (o co warto się „starać" i co może skłaniać do wykorzystania protekcji, korumpowania itp.) następować przeważnie będzie w odosobnieniu i może nie pozostawiać po sobie żadnych śladów. Świadomość tego obniża wśród urzędników poczucie odpowiedzialności, a wśród poddawanych kontroli wzmaga przekonanie bezkarności prób skorumpowania.

Przyjmując wymienione powyżej uwarunkowania podejmowania decyzji przez administrację za miarodajne wskaźniki zagrożenia korupcją należałoby stwierdzić, że o jej skali nie decyduje wybór techniki regulacji prawnej określonych dziedzin życia społecznego. Im większy będzie stopień koncentracji kompetencji organów uprawnionych do ich podejmowania (np. gdy zainteresowany pozbawiony będzie możliwości skontrolowania uzyskanego rozstrzygnięcia o przysługujących mu prawach lub o nieciążeniu na nim obowiązków przez inne organy władzy publicznej: administracyjne lub sądowe)[110], im większy zakres uznania pozostawiony zostanie decydentowi, bądź też im mniej jednoznaczne, podlegającej jego swobodnej ocenie terminy użyte zostaną przez ustawodawcę do opisania sytuacji, w których władza wykonawcza upoważniona będzie do odmowy wydania pozwolenia lub do każdego innego typu ingerencji, im bardziej kameralne, umykające uwadze otoczenia bądź nawet tylko innym zainteresowanym niezakłóconym prowadzeniem danej działalności, procedury poprzedzać będą podejmowane w danej dziedzinie decyzje[111], a także im mniej wyraźne będą przesłanki

110. Będzie to miało przede wszystkim miejsce w przypadkach, gdy o pozwoleniu rozstrzygać będą organy szczebla centralnego, jak przewiduje to w stosunku do koncesji ustawa o działalności gospodarczej.

111. Taką skrajnie niejawną procedurą charakteryzują się pozwolenia importowe lub eksportowe podejmowane na przejściach granicznych. O tym, czy dana osoba lub środek transportu przewożący deklarowany towar zosta-

odpowiedzialności za ich podjęcie i im mniej prawdopodobne wdrożenie postępowań kontrolnych i nadzorczych, tym niebezpieczeństwo skorumpowania administracji będzie wzrastało. Rozwiązanie tego problemu tkwi zatem nie w wyborze techniki normowania lecz w odpowiednim jej wykorzystywaniu.

Sama rezygnacja z wymogu uzyskania pozwolenia przyczyni się do zmniejszenia niebezpieczeństwa korupcji tylko wówczas, gdy w miejsce ustanawiających go przepisów nie zostaną wprowadzone żadne środki o charakterze zastępczym. Rozstrzygnięcie o tego rodzaju zabiegu legislacyjnym nie jest już jednak problemem nauk prawnych. Będzie to już wybór o charakterze ściśle politycznym. Mając wszakże na uwadze wykazane powyżej przewagi procedury rozstrzygania o odmowie udzielenia pozwolenia od procedury towarzyszącej działaniom mającym na celu dokonanie władczej ingerencji w działania, których podjęcie nie wymagało uzyskania pozwolenia administracyjnego, należałoby odradzać stosowanie jakichkolwiek innych technik niż omawiana w niniejszej pracy w każdym przypadku, gdyby rozstrzygnięcia spraw indywidualnych miały zapadać w oparciu o przepisy posługujące się zwrotami niedookreślonymi, a tym bardziej - upoważniającymi do działania w granicach pozostawionego organowi uznania administracyjnego.

nie poddany szczegółowej kontroli celnej, rozstrzyga się, przeważnie na uboczu, *de facto* między celnikiem a przewożącym. Ten ostatni oświadczając np.: „nie mam nic do oclenia" i popierając to twierdzenie dodatkowym „argumentem" wyrażonym w walutach wymienialnych, uzyskuje przecież pozwolenie na przejazd lub przejście przez granice, które nie musi być nawet utrwalone na piśmie.

ROZDZIAŁ PIĄTY

KONSTYTUCYJNOŚĆ POZWOLEŃ ADMINISTRACYJNYCH

I. Konstytucyjne ograniczenia ustanawiania wymogu uzyskania pozwolenia

1. Problem konstytucyjności przepisów ustanawiających wymóg uzyskania pozwolenia

Ogrom materiału normatywnego nie pozwala na dokonanie kompleksowej oceny konstytucyjności wszystkich pozwoleń administracyjnych przewidzianych w obowiązującym prawie. Wychodząc jednak z usprawiedliwionego dotychczasowymi rozważaniami założenia, że będące przedmiotem niniejszej pracy decyzje w sprawach o udzielenie pozwolenia administracyjne stanowią - niezależnie od sfery, w której występują - przejaw regulowania sytuacji prawnej osób fizycznych i jednostek organizacyjnych i konsekwencję (najczęściej milczącego) ograniczenia swobodnego zachowania się jednostek w danym państwie, należy sobie udzielić odpowiedzi na kilka pytań:

- Czy stosowanie tego rodzaju praktyki jest generalnie do pogodzenia z postanowieniami prawa konstytucyjnego ustalającego wymogi, jakie winno spełniać każde ograniczenie praw i wolności jednostki gwarantowanych konstytucją ?
- Od czego winna być uzależniona ocena zgodności z konstytucją poszczególnych wymogów uzyskania pozwolenia ?
- Jakie są konstytucyjne ograniczenia swobody pozostawionej organom administracji publicznej podczas rozstrzygania wniosków o udzielenie pozwolenia i kształtowania ich treści ?

Nas powinna w tym miejscu interesować przede wszystkim obowiązująca Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r. Wprowadziła ona bowiem bardzo istotne zmiany w zakresie posługiwania się przez ustawodawcę i przez inne władze publiczne takimi instrumentami jak pozwolenia administracyjne.

Niezależnie od treści przepisów, które określają lub będą określać zasady postępowania organów administracji publicznej rozpatrujących wnioski zainteresowanych, samo **zastosowanie techniki prawa opartej na pozwoleniach powinno**

być uzależnione od pozytywnej oceny jej określoności[1] i współmierności. Jak wynika bowiem z dotychczas zaprezentowanych badań doktrynalnych i normatywnych, wprowadzenie obowiązku uzyskania pozwolenia administracyjnego wiąże się zawsze z równoczesnym zakazaniem określonych zachowań oraz z regulowaniem (w tym także stymulowaniem) sytuacji prawnej uzyskującego pozwolenie. Mając na uwadze brzmienie powoływanych już w poprzednich rozdziałach przepisów art. art. 22, 31 ust. 3, art. 41 ust. 1, art. 45 ust. 2, art. 51 ust. 3, art. 52 ust. 3, art. 53 ust. 5, art. 57, art. 59 ust. 3 i 4, art. 61 ust. 3, art. 64 ust. 3 i art. 65 ust. 1 Konstytucji RP, z których wynika że wszelkie **ograniczenia praw oraz wolności człowieka i obywatela mogą być** „ustanawiane" lub **„określane" jedynie w ustawie i tylko wówczas, gdy jest to niezbędne do osiągnięcia celów wskazanych w** tej **konstytucji, a równocześnie - nie spowoduje naruszenia istoty danego prawa czy wolności**, należy wyjaśnić, czy przewidując rozstrzyganie organów administracji publicznej o dopuszczalności i legalności podejmowania przez jednostkę różnorakich zachowań nie spowodujemy, że to właśnie organy władzy wykonawczej będą mogły określać granice swobód i praw jednostki, a rola ustaw sprowadzona zostanie do udzielania jej stosownych upoważnień. Innymi słowy musimy stwierdzić, czy o przepisach poszczególnych ustaw, przewidujących możliwość regulowania pozycji jednostki w drodze wydawanych pozwoleń, możemy powiedzieć, że są wystarczająco „określone". Zadanie to jest o tyle skomplikowane, że w doktrynie i orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego rzadko możemy trafić na próbę głębszego rozważenia tego zasadniczego problemu generalnej dopuszczalności posługiwania się konstrukcją prawną pozwolenia administracyjnego. Przeważnie mamy do czynienia z przyjęciem założenia, że jest to praktyka dopuszczalna, gdyż nie narusza istoty ograniczanego w ten sposób prawa lub wolności konstytucyjnej. Niestety nigdzie nie znajdziemy w tych źródłach odpowiedzi na pytanie o argumenty przemawiające za takim właśnie wnioskiem.[2]

W państwie prawnym wszystkie ingerencje w sferę prywatnych zachowań jego obywateli, tworzonych przez nich organizacji i instytucji oraz innych osób, muszą być bowiem przewidywalne. Jednostka musi wiedzieć z jakimi ingerencjami w jej swobody musi się liczyć. Oznacza to, że wprowadzenie wymogu uzyska-

1. Posługiwanie się przez współczesną doktrynę i orzecznictwo sądów prawa publicznego kategorią zasady (nakazu) określoności ustaw związane jest przeważnie z tymi postanowieniami rozwiązań konstytucyjnych obowiązujących w poszczególnych państwach, w których mowa jest, że to parlament lub ustawa **określa** prawa i obowiązki, zadania organów władzy wykonawczej, zasady postępowania etc. Por. Antoniolli-Koja: op. cit., s. 211, Adamovich-Funk: op. cit., 84 i nast., H-W. Arndt - W. Rudolf: Öffentliches Recht, München 1996, s. 34.

2. Por. orzeczenia TK powołane dalej w przyp. 18, 38, 39 i 40. Jedynie w wyroku z dnia 28 listopada 1995 r. (K. 17/95, OTK 1995, Nr 3, poz. 18) TK rozważał tę kwestię bezpośrednio dochodząc do wniosku, że wymaganie koncesji na nadawanie programów RTV nie narusza istoty wolności do otrzymywania informacji (wyprowadzanej wówczas z art. 1 i 67 ust. 1 pozostawionych w mocy przepisów poprzedniej Konstytucji RP).

nia pozwolenia nie może powodować, że o tym, co jest jej zabronione, a co może czynić swobodnie, będzie mogła przekonać się dopiero wówczas, gdy uzyska decyzję organu administracji publicznej.[3]

Niezbędnym jest także ustalenie, czy posługiwanie się techniką regulacji opartą na pozwoleniach jest rozwiązaniem, które jest w stanie zapewnić realizację konstytucyjnych celów uzasadniających ograniczenia swobód jednostki, czy nie ogranicza ich ponad miarę konieczną do osiągnięcia tych celów oraz czy stwarzane przez jej zastosowanie ograniczenia dadzą się usprawiedliwić doniosłością wartości, jakie dzięki niej miałyby zostać uzyskane lub ochronione. W orzecznictwie i doktrynie o rozwiązaniach prawnych, które spełniają powyższe wymagania zwykło się mówić, że odpowiadają zasadzie proporcjonalności (adekwatności).[4]

Konstytucja RP gwarantuje jednostce prawo do sądu (art. 45) i sądową ochronę przysługujących jej swobód konstytucyjnych (art. 77). Rodzi się w związku z tym pytanie, czy posłużenie się instytucją pozwolenia nie pozbawia lub nie ogranicza tych praw, od których żadnych wyjątków nie przewidziano. W szczególności wskazane byłoby ustalenie czy przeniesienie regulacji sytuacji prawnej jednostki na szczebel rozstrzygnięć organów administracji publicznej o wydaniu pozwolenia nie ogranicza w nadmiernym stopniu dostępu jednostki do sądu w celu ochrony przed naruszaniem jej praw i wolności gwarantowanych konstytucją.

Poza zasadami współmierności, określoności i sądowej ochrony konstytucyjnych praw i wolności jednostki, które muszą być respektowane przy wprowadzaniu wymogu uzyskania pozwolenia, ocena konstytucyjności takiego zabiegu, jak również stosowania ustanowionej już instytucji prawnej, zależeć powinna od zbadania zgodności przepisów, na mocy której to następuje, oraz decyzji o udzieleniu, odmowie lub cofnięciu pozwolenia, z takimi zasadami konstytucyjnymi, jak zasada równości, zasada sprawiedliwości społecznej, zasada ochrony praw nabytych, zasada pogłębiania zaufania do państwa i ustanawianego prawa i inne zasady stanowiące elementarne składniki zasady państwa prawnego.

Wszystkie powyższe, wynikające z Konstytucji, ograniczenia w posługiwaniu się instytucją pozwolenia administracyjnego winny być brane pod uwagę nie tylko na tych obszarach regulacji prawnej, które mają związek z prawami i wolnościami jednostki nazwanymi i uregulowanymi w ustawie zasadniczej. Wprawdzie poza tym obszarem ustawodawca nie jest związany - określonym w jej art. 31 w ust. 3 -

3. Por. ibidem.

4. Ponieważ nazwa „zasada proporcjonalności" nie odpowiada pod względem semantycznym (znaczeniowo) istocie nakazów wyprowadzanych z tej reguły, proponowałem już wcześniej nadanie jej nazwy „zasada adekwatności" lub „zasada współmierności" (ta ostatnia koresponduje z nazwą polskojęzyczną reguły *Verhältnismässigkeit* stosowaną na gruncie prawa karnego) Por. D. Kijowski: Zasada adekwatności..., op. cit., wraz z powoływaną tam literaturą.

katalogiem wartości, w ochronie których dopuszczalne są ustawowe ograniczenia, ale nie ma żadnego uzasadnienia, aby tam, gdzie zamierza się wprowadzić obowiązek uzyskiwania pozwoleń, mogło do tego dochodzić wbrew powyższym, fundamentalnym zasadom naszego państwa.

Ponieważ stosując ustawy i inne akty prawne, przewidujące wydawanie pozwoleń oraz regulujące ten proceder, organy administracji związane są - w związku z brzmieniem art. 8 Konstytucji RP - tymi samymi jej zasadami, co prawodawca (z wyjątkiem tych, które ze swej istoty odnoszą się wyłącznie do procesu stanowienia prawa), wszystkie ustalenia odpowiadające na dwa pierwsze, wyżej postawione pytania, możemy z powodzeniem wykorzystywać także w trakcie rozpatrywania spraw indywidualnych. W wyniku ich rozstrzygnięcia dochodzi bowiem również do kształtowania lub jedynie określania pozycji prawnej jednostki, z tą tylko różnicą, że i sytuacja faktyczna i adresat regulacji, są tu skonkretyzowane, a nie określone generalnie i abstrakcyjnie. Uzasadnia to ograniczenie dalszych rozważań tylko do kwestii konstytucyjności regulacji prawnej pozycji jednostki za pomocą instytucji pozwolenia.

2. Ograniczanie prawnej wolności jednostki przez wymóg uzyskania pozwolenia oraz odmowę jego wydania

Stanowiska prezentowane w literaturze przedmiotu w tej kwestii są zróżnicowane. Przeważającym wydaje się być pogląd, że ustanowienie *prewencyjnego* zakazu z jednoczesnym zastrzeżeniem prawa do otrzymania pozwolenia w przypadku spełnienia ustawowych przesłanek do jego otrzymania nie powoduje zacieśnienia prawnej swobody działania jednostki, a jedynie przesunięcie w czasie możliwości czynienia z niej użytku. Zakaz tego rodzaju nie miałby być prawdziwym, rzeczywistym zakazem, gdyż *de facto* niczego nie zakazuje, a wprowadza jedynie przejściową, formalną przeszkodę procesową powodującą, że - samo w sobie nie zakazane - działanie będzie mogło być podjęte dopiero po uzyskaniu pozwolenia.[5]

Inne skutki miałby natomiast powodować - według dominujących w doktrynie poglądów - zakaz ustawowy o charakterze *represyjnym*. Jego ustanowienie miałoby skutkować zawężeniem sfery wolności prawnej jednostki, natomiast przewidziane przepisami prawa i udzielone na ich podstawie pozwolenie wyjątkowe prowadziłoby do dopuszczenia podjęcia działalności ustawowo zakazanej i - z

5. Por. W. Antoniolli: Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1954, s. 204, Drews-Wacke-Vogel: Allgemeines Polizeirecht, op. cit., t. 1, s. 115 i nast., H.J. Wolff: Verwaltungsrecht, t. 1, wyd. 5, München-Berlin 1963, s. 266 i nast., Th. Fleiner-Gerster: op. cit., s. 146 i nast.

tego względu - stanowiłoby materialnoprawną przesłankę powstania uprawnienia do zachowania się w sposób określony takim pozwoleniem.[6]

Na gruncie istniejącej - poddanej jedynie wymogowi procesowemu uzyskania pozwolenia - wolności zachowań w danej dziedzinie, zainteresowanemu przysługiwać miałoby roszczenie o uwolnienie go spod *prewencyjnego* zakazu i przyznanie pozwolenia, o ile nie mogłoby ono zostać odmówione w oparciu o ustawowo określone i respektujące wymóg współmierności, przesłanki.[7] Jedynie w przypadku odmowy wydania pozwolenia w takich okolicznościach, w których w świetle prawa powinno ono być wydane, mielibyśmy mieć do czynienia z ingerencją władzy publicznej w sferę prawnie chronionej wolności jednostki.[8] W przeciwieństwie do pozwoleń wymaganych ze względów *prewencyjnych*, odmowa zastosowania odstępstwa od zakazu *represyjnego* stanowiłaby jedynie wykonanie wcześniej ustanowionego ograniczenia swobody działania i - jako taka - nie ingerowała w tę sferę.[9] Dominujące jest też przekonanie, że zainteresowanemu nie przysługuje roszczenie o wydanie takiego, wyjątkowego pozwolenia, o ile nie zostało ono wyraźnie przewidziane w przepisach wprowadzających zakaz, od którego miałoby uwalniać,[10] albo też - gdy odmowy udzielenia takiego pozwolenia nie da się uzasadnić jako koniecznej i nie przekraczającej „zakazu przesady" (*Übermassverbot*) ze względu na cel, dla którego ochrony lub realizacji dany zakaz został wprowadzony.[11]

Podobne podejście do problemu skali ingerencji w sferę wolności jednostki w przypadku ustanowienia wymogu uzyskania pozwolenia w celu realizacji polityki gospodarczej państwa oraz ich roszczeniowego charakteru, znajdujemy u przedstawicieli doktryny dostrzegających tę trzecią płaszczyznę występowania pozwoleń administracyjnych. Opierają się oni na przekonaniu, że dziedziny, w których tego rodzaju pozwolenia są wymagane, zostały wyłączone ze sfery wolności jednostki i bezpośrednim źródłem uprawnień do wykonywania działalności zastrzeżonej pra-

6. Por. ibidem.

7. Por. P.R. Buse: Allgemeine Genehmigungen, Hamburg 1968, s. 123, F. Fleiner: Institutionen..., op. cit., s. 408 i nast., K.H. Friauf: Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, op. cit., s. 424-425, K. Haselau: Die Freiheit der Straße als Rechtsproblem, Bad Godesberg 1960, s. 103 i 192, H.R. Schwarzenbach: Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Wyd. 6, Bern 1975, D. Volkmar: Allgemeiner Rechtsatz und Einzelakt, Berlin 1962, s. 137.

8. Por. Drews-Wacke-Vogel: op. cit., s. 226, H.J. Wolff, O. Bachof: Verwaltungsrecht, op. cit., t. 1, s. 404.

9. Por. W. Schmidt: Gesetzvollziehung durch Rechtssatzung, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1969, s. 172-173.

10. Por. Por. W. Antoniolli, op. cit., s. 204, Drews-Wacke-Vogel, op. cit., s. 228, F. Fleiner: op. cit., s. 138, R. Nebinger: Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, Wyd. 2, Stuttgart 1949, s. 229 i nast.

11. Por. O. Bachof: Die Rechtssprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1966, s. 561 oraz B. Preusche, op. cit. s. 82 i powoływane w tych pracach bogate orzecznictwo niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego oraz Federalnego Trybunału Administracyjnego. Polskie orzecznictwo problematyki tej niestety dotąd nie podejmowało.

wnie na rzecz państwa byłby w takich przypadkach akt udzielający pozwolenia[12] (zwanego często koncesją). Również o udzielenie tego typu pozwolenia jednostce nie przysługiwałoby co do zasady żadne roszczenie.[13]

Przedstawione powyżej zapatrywania na znaczenie, jakie dla konstytucyjnie gwarantowanych swobód jednostki ma ustanowienie wymogu uzyskania pozwolenia, jego wydanie oraz odmowa, natrafiają w doktrynie prawa administracyjnego na poważny i chyba zasadny opór.[14] Jak wykazano w rozdziale drugim, **ustanowienie zakazu z zastrzeżeniem** możliwości (lub konieczności) wydania **pozwolenia** na podjęcie zachowania, którego ów zakaz dotyczy, **oznacza zakazanie podejmowania zachowań niedozwolonych** (na które pozwolenia nie udzielono oraz na które organowi udzielić pozwolenia nie wolno). Tam, gdzie ów zakaz i zastrzeżenie sięga, przed podjęciem danego zachowania musi nastąpić sprawdzenie każdego, indywidualnego przypadku (a nie tylko tych, w których byłoby to właściwe, konieczne oraz proporcjonalne) i ustalenie, czy potrzeba ochrony interesu publicznego (zwerbalizowanego przepisami prawa określającymi przesłanki udzielenia bądź odmowy pozwolenia lub w ogóle nie skonkretyzowanego) nie przeważa interesu jednostki polegającego na potrzebie swobodnego działania.

Zakaz podejmowania czynności, na które pozwolenie może być wydane, miałby wprawdzie charakter materialnoprawny, ale równocześnie byłby zakazem niejako „warunkowym"[15] - po udzieleniu pozwolenia wygasałby z mocy prawa jako bezprzedmiotowy. Dotkliwością, jakiej doznaje w takich przypadkach osoba zmuszona do uzyskania pozwolenia, jest - poza odsunięciem w czasie możliwości korzystania z prawnej swobody zachowań - obowiązek poddania się procedurze zmierzającej do wydania pozwolenia. To, co nie jest objęte zastrzeżeniem uzyskania pozwolenia (czyli - na co pozwolenie nie może być wydane), kwalifikowane być powinno natomiast jako materialnoprawne i bezwarunkowe ograniczenie swobody jednostki w danej dziedzinie i to niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z zakazem *represyjnym* czy *prewencyjnym.* Sytuacje takie niczym nie różnią się praktycznie od tych, w których prawo zawiera zakaz określonych zachowań bez szansy na uzyskanie dyspensy uwalniającej od takiej normy. Dodatkowym obciążeniem jest w tych przypadkach - zależny jednak od woli zainteresowanego -

12. Por. Th. Fleiner-Gerster: Grundzüge..., op. cit., s. 149-150, M. Waligórski: Administracyjna regulacja..., op. cit., s. 342-343

13. Por. ibidem. Przeciwnego zdania co do istnienia roszczenia o udzielenie takiego rodzaju pozwolenia (zwanego w polskim prawie „koncesją") jest B. Jaworska-Dębska (w:) idem: Charakter prawny koncesji..., op. cit., s. 10-11.

14. Por. B. Preusche: op. cit., s. 88-90.

15. Z uwagi na to, że w przypadku pozwoleń wydawanych bez możliwości oparcia się na uznaniu administracyjnym nie można by mówić o wydaniu pozwolenia jako o zdarzeniu przyszłym i niepewnym, celowo posługuję się w tym miejscu cudzysłowem.

„wydatek" czasu poświęconego na przejście procedury oraz związane z tym pośrednie i bezpośrednie koszty finansowe.[16] Nawet wówczas, gdy doszło do ustanowienia wymogu uzyskania pozwolenia bez równoczesnego ustalenia przesłanek, od których zależy jego wydanie, dochodzi do ograniczenia swobody działania jednostki już w momencie wejścia w życie takiego obowiązku. Kierując się postanowieniami konstytucyjnymi wskazującymi granice dopuszczalności takich ograniczeń (stosując je - zgodnie z art. 8 - bezpośrednio) musimy jednak dojść do wniosku, że do **określenia** ich zakresu nie jest upoważniony organ administracji publicznej załatwiający konkretną sprawę. Odmawiając pozwolenia musi bowiem oprzeć się na takich motywach, o których można będzie powiedzieć, że zostały określone ustawą (nawet wówczas, gdy ustawa, na podstawie której pozwolenie mogłoby zostać wydane, nie zawiera żadnych wskazówek w tym zakresie).[17]

Ponieważ obywatel - stosownie do postanowień art. 31 ust. 3 oraz pozostałych przepisów Konstytucji RP przewidujących ograniczenia w korzystaniu z gwarantowanych nią praw i wolności - nie może być dotknięty takimi ograniczeniami ponad miarę wyznaczoną tymi przepisami, powinniśmy przyjąć, że przysługuje mu roszczenie wobec władzy publicznej o zbadanie, czy potrzeba ochrony wskazanych w tych przepisach interesów publicznych usprawiedliwia odrzucenie jego zamiaru. Skoro przepisy te nakazują, aby ograniczenia określane były tylko w ustawach i następowały jedynie gdy jest to konieczne w demokratycznym państwie prawnym dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób, a jednocześnie nie naruszały istoty wolności i praw, to należy równocześnie przyznać, że przysługuje mu - w obszarze tych swobód - roszczenie o wydanie każdego pozwolenia, o ile nie może ono mu być odmówione z powodów wskazanych w ustawie i w zgodzie z powyższymi ograniczeniami.

Zaprezentowaną argumentację wzmacnia dodatkowo art. 77 ust. 2 i art. 79 Konstytucji RP, zgodnie z którymi ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw, a każdy, czyje konstytucyjne wolności lub prawa zostały naruszone, ma prawo, na zasadach określonych w

16. Por. B. Preusche, op. cit., s. 95, który zdaje się nie zauważać tych dodatkowych obciążeń jednostki znajdującej się w sytuacji, w której wymagane przepisami pozwolenie nie może być wydane. W przypadku przedsięwzięć, których ocena opiera się na obowiązku przedłożenia kosztownych dokumentów i ekspertyz, owe dodatkowe obciążenie może być nawet znaczne.

17. Teza taka znalazła już zastosowanie w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego jeszcze przed wejściem w życie nowej konstytucji. Por. np. wyrok z 14. grudnia 1994 r. (II SA 1431/93), w którym stwierdzono, że „odmowa udzielenia zezwolenia koncesyjnego (art. 20 ust. 5 ustawy z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej - Dz.U. Nr 41, poz. 324 z późn. zm.) stanowi ograniczenie swobody działalności gospodarczej i w państwie prawa może opierać się wyłącznie na powszechnie obowiązujących przepisach ustawowych. Nie może być taką podstawą przepis porządkowy, wydany przez organ administracji bez upoważnienia ustawowego".

ustawie, wnieść skargę do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie zgodności z Konstytucją ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o jego wolnościach lub prawach albo o jego obowiązkach określonych w Konstytucji (poza prawami określonymi w art. 56). Skoro bowiem ustawa zasadnicza określiła zarówno zakres dopuszczalnych ingerencji w swobody i prawa jednostki oraz określiła drogę prawną, na której jednostka może dochodzić przestrzegania tych reguł, to wniosek o istnieniu tego rodzaju roszczenia nie powinien budzić żadnych wątpliwości.

Szczególnego potraktowania wymagają w tym miejscu postanowienia Konstytucji RP odnoszące się do ograniczeń tych praw i wolności, dla których określono inne granice, niż przewidziane w art. 31 ust. 3 w stosunku do wszystkich praw podstawowych (zwłaszcza swobody działalności gospodarczej oraz prawa własności, których ograniczenia najczęściej następują właśnie poprzez ustanawianie wymogów uzyskania pozwolenia administracyjnego). Jeżeli przyjęlibyśmy za właściwy wniosek, iż ostrość wymagań stawianych ustawodawcy w art. 31 ust. 3 doznaje złagodzenia w tych przypadkach, w których Konstytucja posługuje się „łagodniejszymi" wymaganiami, również głębokość ingerencji ustawodawcy w te prawa i wolności przez postanowienia ustaw wprowadzających wymóg uzyskania pozwolenia mogłaby być większa. Gdy uwzględnimy np. okoliczność, że ograniczenia wolności gospodarczych mogą następować, o ile ma to służyć „ważnym interesom publicznym", a ograniczenia przedmiotowe wynikające z art. 31 ust. 3 Konstytucji w tym obszarze nie mają zastosowania, skala ograniczeń, jakie będą mogły być spowodowane ustanowieniem wymogu uzyskania pozwolenia administracyjnego, uzależnionego właśnie od zgodności zamiaru przedsiębiorcy z tak ogólnie określoną przesłanką, obejmować będzie każdą potencjalną potrzebę państwa lub ogółu społeczeństwa, której doniosłość zostanie przedłożona ponad interesy jednostkowe tej grupy społecznej doznające ograniczającej ingerencji, a nie naruszy to istoty swobody gospodarowania i będzie mogło być uznane za konieczne w państwie demokratycznym.

Zagadnienie to było przedmiotem kilku orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego,[18] który miał możliwość opowiedzenia się w każdym przypadku za jedną z następujących tez:

- ❖ czy określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji przesłanki ograniczenia praw i wolności mają zastosowanie w całości także do ograniczeń tych praw lub wolności, dla których przewidziano w niej samodzielny, odmienny katalog takich przesłanek;

18. Por. wyrok TK z dnia 12 stycznia 1999 r. (P 2/98 - OTK 1999, Nr 1, poz. 2), z dnia 26 kwietnia 1999 r. (K 33/98 - OTK 1999, Nr 4, poz. 71 i dwa wyroki z dnia 11 maja 1999 r. (K. 13/98 - OTK 1999 Nr 4, poz. 74 i P. 9/98 - OTK 1999, Nr 4, poz. 75).

- ❖ czy przesłanki określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji nie mają w takich przypadkach jakiegokolwiek zastosowania lub
- ❖ czy oprócz przesłanek dopuszczalnego ograniczania poszczególnych praw lub wolności ustalonych dla nich odrębnie, przepis art. 31 ust. 3 ma zastosowanie subsydiarne.

Na temat wolności działalności gospodarczej Trybunał Konstytucyjny po wejściu w życie nowej konstytucji wypowiedział się kilkukrotnie. W orzeczeniu z 8 kwietnia 1998 r. (sygn. K. 10/97)[19] potwierdził dotychczas wyrażany pogląd o braku absolutnego charakteru zasady swobody działalności gospodarczej podkreślając, że w art. 22 Konstytucji ograniczenie tej wolności jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Nie uwzględniając wniosku Krajowej Rady Spółdzielczej o uznanie niekonstytucyjności nałożenia na posiadaczy pozwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych obowiązku ponoszenia dodatkowych opłat na potrzeby przeciwdziałaniu alkoholizmowi, pominięto w nim w ogóle problem zachowania proporcjonalności ingerencji ustawodawcy w słusznie nabyte prawa do prowadzenia działalności gospodarczej. Tezę tę powtórzył TK w wyroku z dnia 26 kwietnia 1999 r. Relację tego przepisu do art. 31 ust. 3 pominął tu także milczeniem, chociaż nawiązał do niego rozważając kwestię ograniczeń prawa do wyboru zawodu (łącząc je jednak z konstytucyjnym prawem do pracy, a nie z wolnością działalności gospodarczej).

W trzech kolejnych wyrokach Trybunał miał do czynienia ze sprawami, w których - oceniając konstytucyjność ingerencji ustawodawcy w prawo własności - należało rozważyć relację art. 21 i art. 64 ust. 2 i 3 do art. 31 ust. 3 Konstytucji. Najbardziej zagłębiono się w ten problem w wyroku dotyczącym konstytucyjności przepisów prawa budowlanego przewidujących bezwzględny nakaz rozbiórki obiektów budowlanych wybudowanych lub budowanych bez uzyskania wymaganego pozwolenia na budowę.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego „odrębne unormowanie problematyki ograniczania własności, poprzez wskazanie w art. 64 ust. 3 Konstytucji przesłanek dopuszczających tego rodzaju działania, nie oznacza wyłączenia zastosowania w odniesieniu do tego prawa generalnej zasady wyrażonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Przesądza o tym zarówno rola tego ostatniego przepisu, wyznaczona jego miejscem w systematyce rozdziału II ustawy zasadniczej („Zasady ogólne"), jak i funkcją, którą przepis ten pełni w zakresie unormowania praw i wolności jednostki. Sprowadza się ona do zakreślenia pewnych nieprzekraczalnych granic ingerencji państwa (przede wszystkim prawodawcy) w sferę gwarantowanych konstytucyjnie praw i wolności jednostki. Zwraca przy tym uwagę okoliczność, iż okre-

19. OTK 1998 Cz. 3, poz. 29.

ślenie przesłanek ograniczania prawa własności zawarte w art. 64 ust. 3 Konstytucji nie zawiera w swojej treści wskazania wartości i dóbr, których ochrona przemawia za dopuszczalnością ingerencji w prawa właściciela. Określenie to ogranicza się wyłącznie do wskazania przesłanki formalnej (wymóg zachowania formy ustawy) oraz zakreślenia maksymalnej granicy ingerencji (zakaz naruszania istoty prawa własności). Tym samym potraktowanie art. 64 ust. 3 jedynie jako przepisu szczególnego, wyłączającego ogólną zasadę proklamowaną w art. 31 ust. 3 Konstytucji, czego konsekwencją byłoby nie uwzględnianie kryteriów wskazanych w tym artykule przy określaniu przesłanek ingerencji ustawodawcy w prawo własności, prowadziłoby do zbyt daleko idących następstw, polegających na zrelatywizowaniu ochrony prawnej, zagwarantowanej prawu własności przez Konstytucję. Analiza treści obydwu klauzul określających przesłanki ograniczania praw (w tym prawa własności) wskazuje, że „w przypadku prawa własności to właśnie art. 31 ust. 3 powinien spełniać rolę podstawową, natomiast art. 64 ust. 3 traktować należy wyłącznie jako konstytucyjne potwierdzenie dopuszczalności wprowadzania ograniczeń tego prawa. Również analiza materiałów źródłowych (...), odzwierciedlających tok prac nad projektem konstytucji wskazuje, iż zamieszczeniu art. 31 ust. 3 w jej tekście nie towarzyszyło dążenie do takiego ukształtowania jego roli, która sprowadzałaby się do „uzupełnienia" tych postanowień konstytucyjnych, w których nie zawarto szczegółowych unormowań dotyczących ograniczania praw i wolności jednostki, czego konsekwencją byłoby wyłączenie zastosowania tego przepisu w sytuacjach, gdy konkretne klauzule odmiennie normują problem ograniczeń".[20] W konkluzji tych wywodów Trybunał stwierdził, że ocena konstytucyjnej dopuszczalności ustawowego ograniczania prawa własności (i innych praw majątkowych) musi uwzględniać zarówno wymagania przewidziane w art. 64 ust. 3, jak i opierać się na skonfrontowaniu danej regulacji z przesłankami konstruującymi ogólną zasadę wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji. W wyrokach z 11. maja 1999 r. nawiązano do przytaczanych tez z tym, że zaakcentowano w nich już tylko konieczność stosowania do oceny przepisów ograniczających prawo własności wyrażonej w art. 31 ust. 3 zasady proporcjonalności, pozostawiając problem kierowania się ustawodawcy wprowadzającego ograniczenia własności wartościami wskazanymi w tym przepisie niejako na marginesie.

Nasuwa się pytanie, czy - chcąc być konsekwentnymi - powinniśmy uznać, że nie tylko w przypadku ingerowania ustaw zwykłych w prawo własności, ale także w zasadę swobody działalności gospodarczej oraz wszystkich innych praw i wolności konstytucyjnych, których ograniczanie Konstytucja dopuszcza posługując się mniej restrykcyjnymi wymogami, ustawodawca nie powinien prze-

20. Por. wyrok z 12. stycznia 1999 r. w sprawie P 2/98.

kraczać ram wyznaczonych w jej zasadach ogólnych. (tu - w art. 31 ust. 3). Podejście takie wydaje się jednak być nie w pełni uzasadnione. Zróżnicowanie przesłanek przedmiotowych ingerencji ustaw zwykłych w prawa i wolności człowieka i obywatela dokonane w Konstytucji RP nie powinno być bagatelizowane. Jeżeli - przykładowo - w stosunku do swobody działalności gospodarczej Konstytucja dopuszcza ustawowe ograniczenia dokonywane w ważnym interesie publicznym (czyli pozostawia Parlamentowi szersze pole manewru w regulowaniu korzystania z tej swobody), to wymuszanie zmieszczenia się w granicach wyznaczonych przez takie wartości, jak bezpieczeństwo lub porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowie i moralność publiczna albo wolności i prawa innych osób, oznaczałoby zlekceważenie woli ustawodawcy konstytucyjnego. Zasadnie zatem zastrzegł TK w przytaczanym wyżej wyroku z 12 stycznia 1999 r., że kryteria przedmiotowe, o których mowa w art. 31 ust. 3 mają zastosowanie jedynie wówczas, gdy w stosunku do danego prawa lub wolności nie skonkretyzowano innej klauzuli wyznaczającej wartości i interesy, dla których obywatele muszą znosić ograniczenia w korzystaniu z przysługujących im praw.

Rodzi się także wątpliwość: czy takie podejście uzasadnione jest we wszystkich przypadkach, w których ustawy przewidują konieczność uzyskania pozwolenia na różnorakiego rodzaju zachowania; także w tych, które traktowane są w doktrynie lub/i orzecznictwie jako wyjątkowe bądź wymagane ze względu na interesy i cele polityki gospodarczej państwa ? Potrzeba ich uzyskania może być bez wątpienia uznana jako ograniczenie w korzystaniu z praw i wolności konstytucyjnych. Wskazane i przytoczone wyżej reguły konstytucyjne nie różnicują tych ograniczeń ze względu na ich prewencyjny, represyjny, czy polityczno-gospodarczy charakter. Na gruncie tych unormowań o żadnym zachowaniu jednostki nie da się też powiedzieć, że jest wyjątkowo dopuszczalnym - wyjątkiem od reguł jest bowiem każde ograniczenie przysługującej jej wolności zachowań. Wolność jednostki jest wszakże podstawą aktualnego ustroju (na co wskazuje oprócz powołanych przepisów także preambuła do Konstytucji).

Przyjęcie poglądów wyrażanych w zachodniej doktrynie na temat pozwoleń wyjątkowych pozostawałoby zatem - w takiej części, w jakiej miałyby one być wydawane w obszarze obowiązywania swobód konstytucyjnych - w sprzeczności z zaprezentowanymi podstawowymi regułami polskiego prawa. Należałoby je odrzucić również z innego, logicznego punktu widzenia. Jeżeli bowiem ustawodawca przewiduje wyraźnie możliwość udzielenia („w wyjątkowych przypadkach", „w szczególnych okolicznościach" itp.) odstępstwa od ustanowionego nakazu lub zakazu, to daje w ten sposób do zrozumienia, że nie dostrzega potrzeby, aby obowiązywały one zawsze, każdego i wszędzie, a wręcz odwrotnie - widzi, że ich bezwarunkowość byłaby czasami nieproporcjonalnym (niewspółmiernym) ograniczeniem praw lub wolności jednostki. Decydując się na ustanowienie normy inge-

rującej w tę sferę ustawodawca winien mieć także świadomość, że tego typu regulacja może okazać się nieproporcjonalnie uciążliwa i wywołać trudne lub wręcz niemożliwe do tolerowania w demokratycznym państwie prawnym utrudnienia i ciężary.[21] Jeżeli mimo tego ustawodawca zdecyduje się na tak drastyczny środek, organ administracji publicznej nie będzie miał prawa do zastosowania wyjątkowego pozwolenia. Będąc związany konstytucyjnym nakazem działania na podstawie prawa, zmuszony będzie uznać wydanie takiego pozwolenia za niedopuszczalne. Jeżeli zaś ustawodawca przewidzi możliwość wyjątkowego odstąpienia od ustanowionych zakazów (określanych w doktrynie *represyjnymi*) w drodze udzielenia pozwolenia, to takie zakazy nie mogą być traktowane jako ostateczne i definitywne. O tym, co jest, a co nie jest w danych okolicznościach dopuszczalne rozstrzyga się wówczas w każdej indywidualnej sprawie. Przemawia za tym właśnie zastrzeżenie o możliwości odstąpienia od ustanowionego zakazu. Również i w tym przypadku przesłanki, na których organ administracji opiera swoją decyzję muszą być określone ustawami - w postaci oznaczenia celu danej ustawy lub konkretnej instytucji, przesłanek uzasadniających wydanie decyzji pozytywnej lub odmownej albo jedynie poprzez użycie zwrotu „w szczególnych (wyjątkowych) przypadkach".

Reasumując należy więc ponownie podkreślić, że jednostce przysługuje roszczenie o zbadanie i ocenę zamierzonego przez nią przedsięwzięcia również wówczas, gdy ubiega się o pozwolenie uwalniające od tzw. zakazów *represyjnych*. Źródłem prawnym takiego roszczenia jest albo ogólna wolność każdego człowieka przed nieuzasadnionymi, przeważającymi jego indywidualne, osobiste racje ingerencjami ze strony władzy publicznej, albo któreś z konstytucyjnie gwarantowanych praw lub wolności. Jeżeli w rezultacie przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego okaże się, że ustawowo określony cel, którego osiągnięciu bądź ochronie miałby służyć zakaz, od którego uwolnienia domaga się zainteresowany, nie usprawiedliwia ograniczenia swobody jego zachowania, organ administracji nie powinien odmówić udzielenia przewidzianego prawem pozwolenia. Prawna swoboda zachowań jednostki (oznaczająca między innymi wolność od jakichkolwiek, nieuzasadnionych przeważającymi interesami ogółu ingerencjami władzy publicznej) staje się w takich okolicznościach podstawą prawną roszczenia o udzielenie pozwolenia. Zatem również i w opisanego typu sytuacjach wprowadzenie do porządku prawnego wymogu uzyskania pozwolenia nie oznacza definitywnego uszczuplenia praw i wolności jednostki w każdych okolicznościach.

21. Por. B. Preusche, op. cit., s. 89 oraz dwa wyroki niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego - z dnia 20 grudnia 1966 (E 21, s. 26 i nast.) i z dnia 2 lipca 1969 r. (E 26, s. 275 i nast.), w których uznano za niekonstytucyjne zakazy, od których ustawodawca nie przewidział żadnego wyjątku.

II. Współmierność pozwoleń administracyjnych

3. Zasada współmierności (adekwatności) jako miernik dopuszczalności ingerencji władzy publicznej w sferę praw i wolności jednostki

Zachowanie wymogu określania ograniczeń praw i wolności jednostki w ustawach nie wystarcza, aby uznać sposób tego ograniczenia za dopuszczalny. Zastosowany środek ingerencji musi bowiem ponadto być uznany za adekwatny (współmierny, proporcjonalny) względem zamierzonego celu danej regulacji. W orzecznictwie sądów prawa publicznego, a także w doktrynie - przeważnie z niemieckiego kręgu językowego - zwykło się nazywać ów wymóg „zasadą proporcjonalności" (lub „zasadą adekwatności").[22] Zasada ta nakazuje ustawodawcy zapewnienie, aby między celem regulacji prawnej, a zastosowanymi w niej środkami zachowana była zgodność i wyważona proporcja. Wprawdzie nie została ona wyrażona *expressis verbis* w żadnej konstytucji zachodnioeuropejskiej, a zrodziła się w toku oceniania przez trybunały konstytucyjne i administracyjne dopuszczalności ingerencji państwa w sferę wolności i praw podstawowych jednostki, traktuje się ją jako obowiązujący nierozerwalny element zachodniej kultury prawnej i systemów prawa obowiązujących w poszczególnych krajach europejskich.[23] Jest to reguła o bardzo rozbudowanej i zróżnicowanej teorii.[24] W literaturze polskojęzycznej nie poświęcono jej jednak zbyt wiele uwagi,[25] czego należy żałować, gdyż właśnie przy pomocy zasady adekwatności dąży się w wielu państwach do ograniczenia ingerencji państwa (generalnych i indywidualnych) w prawa jednostki,[26] a o co staramy się w Polsce zabiegać z nieznacznym skutkiem od wielu już lat.

Dyskusję nad sformułowaniem definicji zasady adekwatności podjęto dopiero w latach 50-ych naszego stulecia, chociaż jej praktyczne wykorzystywanie datowane jest przez niektórych autorów nawet na okres końca XVIII wieku.[27] Punktem

22. Por. D. Kijowski: Zasada adekwatności..., op. cit., oraz idem: Zasada proporcjonalności (adekwatności) jako miernik dopuszczalności ingerencji państwa w prawa i wolności obywateli, op. cit., wraz z powołaną tam szeroko literaturą, orzecznictwem NSA z lat 80-ych oraz orzecznictwem trybunałów niemieckich, austriackich oraz szwajcarskiego Sądu Federalnego.

23. R. Dechsling (w:) Das Verhältnismässigkeitsgebot, München 1989) wskazuje również na liczne przykłady posługiwania się tą zasadą przez sądy amerykańskie. Natomiast H.J. Becker (Das Verfassungsmässige Prinzip der Verhältnismässihkeit, „Recht im Amt 1977, s. 2 i nast.) wskazuje na źródła tej zasady w prawie rzymskim.

24. Por. literaturę powoływaną w pracach wskazanych w przyp. 22.

25. Por. A. Walaszek-Pyzioł: Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, PUG 1995, Nr 1, s. 14 i nast. S. Wronkowska (w:) Polskie dyskusje o państwie prawa, Warszawa 1995, s. 74.

26. Por. U. Zimmerli: Der Grundsatz der Verhältnismässihkeit, ZSR II 1978, 12-13, H.-U. Erichsen, W. Martens (w:) Allgemeines Verwaltungsrecht, red. idem, New York-München 1983, § 12 II 2.c.

27. Por. M.Ch. Jacobs: Der Grundsatz der Verhältnismässihkeit, Frankfurt a.M. 1985, s. 2 i R. Dechsling: op. cit., s. 6.

wyjścia było wówczas określenie przesłanek dopuszczalności ustawowej ingerencji w prawa i wolności jednostki. Przesłanki te miały określić konieczny, nierozerwalny związek między celem a środkami działania ustanowionymi dla władz publicznych oraz umożliwić skuteczną kontrolę zapewniającą jednostce ochronę przed nadużywaniem przez administrację przyznanych jej kompetencji. Uczyniono to poprzez przeciwstawienie sobie powodu ingerencji i skutków przez nią wywoływanych.[28] W efekcie tej dyskusji wyodrębniono trzy elementy zasady adekwatności: 1) nakaz przydatności, 2) nakaz konieczności i 3) nakaz proporcjonalności.[29]

Nakaz przydatności (lub odpowiedniości - *Gebot der Geeignetheit*) rozumiany jest jako wymóg aby przewidziany ustawą środek działania (albo konkretna ingerencja zastosowana przez organ władzy publicznej) był zdolny do osiągnięcia mieszczącego się w ramach obwiązującego systemu prawnego (*legitime öffentliche Interessen wecken*) celu, dla którego jest ustanawiany (lub stosowany). Nie wystarczy zatem, że norma konstytucyjna upoważnia do podjęcia ustawy ograniczającej - w imię określonego interesu publicznego, np.: ochrony środowiska, ochrony zdrowia czy ochrony moralności publicznej - wolność lub inne konstytucyjne prawo jednostki. Aby wprowadzane ograniczenie mogło być uznane za konstytucyjne, nakaz przydatności wymaga, żeby ustanowione środki mogły - w przypadku ich zastosowania - doprowadzić do zamierzonego celu.[30] W myśl tej części elementarnej zasady adekwatności, ustanawianie i stosowanie regulacji prawnych, które - ze względu na właściwości normowanej materii - należałoby ocenić jako pozorne, niecelowe, albo wręcz bezsensowne, jest zakazane.[31]

Nakaz konieczności (niezbędności) wymaga, aby ingerencja nie wykraczała poza to, co jest konieczne do osiągnięcia mieszczącego się w granicach konstytucji i innych aktów prawnych wiążących stanowiącego dany przepis prawny (a także organy je stosujące), celu. W doktrynie i praktyce orzeczniczej nazywa się czasami ten element zasady adekwatności „zasadą najłagodniejszej ingerencji".[32] Na-

28. Por. M. Genz: Zur Verhältnismässihkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 1968, s. 1601; U. Zimmerli: op. cit., s. 12.

29. Por. L. Hirschberg: Der Grundsazt der Verhältnismässihkeit, Göttingen 1981, s. 43 i nast.

30. Por. H. Huber: Über dem Grundsatz Verhältnismässihkeit im Verwaltungsrecht, ZSR I, 1977, s. 26, U. Zimmerli: op. cit., s. 44-45.

31. Tak właśnie wypowiedział się w jednym z wyroków w 1986 r. austriacki Trybunał Konstytucyjny odnosząc się do przepisu ustawy uzależniającego udzielenie koncesji na prowadzenie przedsiębiorstwa taksówkowego oraz działalności polegającej na wynajmowaniu samochodów osobowych i autokarów od „lokalnych potrzeb w celu zapewnienia wysokiej jakości usług oraz ochrony przed nadmiernym zagęszczeniem ruchu ulicznego" (por. Zbiór urzędowy orzeczeń BverfG Slg poz. 10 932).

32. Por. W. Passendorfer: Übermassverbot als rechtliches Gestaltungsprinzip der Verwaltung, Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht und Völkerrecht" 1977, s. 267 i F. Gygi: Die Verwaltungsrechtssprechung, Bern 1977, s. 142.

kaz niezbędności należy też rozumieć jako wymaganie powstrzymania się od ustanowienia (a także zastosowania) takiego instrumentu prawnego, który jest wprawdzie w stanie zapewnić realizację danego celu, gdy cel ten może być osiągnięty przy pomocy innej, mniej dotkliwej dla praw i wolności jednostki, ingerencji. Najbardziej obrazowo określił W. Jellinek już w XIX wieku mówiąc o jednym z ocenianych aktów prawnych, że *man schieß nicht an Spatzen mit Kanonen*[33] (co należałoby przetłumaczyć na język polski, że „nie strzela się z armat do wróbli").

W praktyce granice niezbędności ustanawianych ingerencji powinno się badać pod czterema względami: przedmiotowym, przestrzennym, czasowym i podmiotowym. Pierwszy aspekt oznacza, że przy wyborze środka właściwego do osiągnięcia zamierzonego celu należy zważać na to, aby wolność i prawa jednostki zostały oszczędzone w stopniu maksymalnym - takim, jaki tylko jest możliwy ze względu przedmiot ingerencji. Przykładowo: zamiast upoważnienia do odmowy pozwolenia ze względu na brak pewności czy aplikujący o nie posiada wystarczające przygotowanie zawodowe do prowadzenia danego rodzaju działalności, należy umożliwić jego wydanie pod warunkiem uzyskania wymaganych kwalifikacji przed rozpoczęciem danej działalności, czy też zamiast wymagania uzyskania pozwolenia na budowę wszelakich obiektów budowlanych - ograniczyć się jedynie do tych, których realizacja bez uprzedniej kontroli zagrażałaby wzniesieniem budowli zagrażającej dobrom i wartościom chronionym prawem budowlanym lub wręcz niebezpiecznym (i wymagać w pozostałych przypadkach wyłącznie zgłoszenia zamierzonych robót budowlanych), albo - zamiast ustanawiać wymóg uzyskania pozwolenia mający na celu zapewnienie organom i osobom zainteresowanym możliwości uzyskania informacji o osobach prowadzących daną działalność oraz o miejscach jej wykonywania, należy zastosować nakaz zgłaszania właściwym organom odpowiednich informacji itp.

Konieczność przestrzennego ograniczania ingerencji oznacza, że ustanawiany (bądź stosowany) środek powinien obowiązywać jedynie na obszarze ewentualnego zagrożenia tych wartości lub dóbr, dla ochrony których jest wprowadzany. Autorzy szwajcarscy posługują się dla zobrazowania tego problemu przykładem reglamentacji prostytucji. O ile zakazanie jej w celu ochrony moralności publicznej byłoby dopuszczalne, gdy chodzi o uprawianie jej na ulicach i drogach publicznych, można by uznać za mieszczące się w granicach wyznaczonych zasadą adekwatności, generalne jej zakazanie kłóciłoby się właśnie z nakazem niezbędności.[34]

Aspekt czasowy nakazu konieczności dotyczy takich przypadków, w których trwały charakter ingerencji wykracza poza okres konieczny do uzyskania zamie-

33. Wypowiedź tę przypisuje W. Jellinkowi E. Forsthoff: Lehrbuch..., op. cit., s. 68.
34. Por. U. Zimmerli: op. cit., s. 47.

rzonego celu. Sprzeczny z nakazem konieczności pod względem czasowym byłby np. trwały zakaz wydawania pozwoleń na budowę i umieszczania obiektów budowlanych na terenie polderu w sytuacji, gdy wystarczyłby zakaz wprowadzony na okres występowania zagrożeń powodzią.

Wreszcie nakaz personifikowania czy indywidualizowania ingerencji nabiera znaczenia w takich sytuacjach, w których wprowadzenie nieograniczonych, powszechnie obowiązujących ograniczeń byłoby nadmierne, gdyż wystarczyłyby środki kierowane do określonej kategorii osób. Za dopuszczalny - bo konieczny - powinien być uznany generalny zakaz ale połączony z możliwością uzyskania dyspensy przez określone osoby. Niedopuszczalny byłoby natomiast bezwarunkowe ustanowienie zakazu, którego stosownie w niektórych, możliwych do przewidzenia, indywidualnych okolicznościach nie prowadziłoby wcale do zamierzonego celu. Przykładowo wymóg podejmowania określonej działalności przez osoby posiadające wyższe wykształcenie winien równocześnie dopuszczać pozwolenie na czynienie tego przez osoby ze średnim wykształceniem połączonym z określoną praktyką zawodową (jeżeli w jej wyniku dana osoba uzyskiwałaby równorzędne kwalifikacje).

Trzeci z elementów zasady adekwatności wymaga, aby cel - postawiony przed sobą przez ustawodawcę (lub działającą z jego upoważnienia administrację) - znajdował się w odpowiednio wyważonej proporcji do ciężaru i dotkliwości podejmowanych środków. Zakłada się tu konieczność uzyskania pozytywnej odpowiedzi na pytania: czy ingerencja zgodna z nakazem przydatności i konieczności będzie (jest) odpowiednia w stosunku do uszczerbków wolności, jakie za sobą pociągnie? Czy wyznaczony cel usprawiedliwia wykorzystanie danych instytucji prawnych?.[35] Odmiennie, niż w przypadku poprzednio omówionych składników zasady adekwatności, ocena polega tu nie na wyciągnięciu racjonalnych wniosków z ustalenia obiektywnie istniejącej i dającej się udowodnić relacji między celem, a wykorzystywanymi do jego osiągnięcia środkami, lecz na subiektywnym wartościowaniu interesów tych, którzy mają być dotknięci daną ingerencją i doniosłości celu wyznaczonego sobie (lub administracji publicznej) przez ustawodawcę. Potwierdzenie materialnoprawnej legalności ingerencji jest zatem tutaj uzależnione od rezultatów wyważenia dóbr i interesów: subiektywnych - jednostki i obiektywnych ogólnospołecznych. W przypadku stwierdzenia znacznej dysproporcji między jej celem a skutkami wywoływanymi w sferze swobód adresatów danej normy, jest ona uznawana za nieproporcjonalną i jako taka - za nielegalną. Zarówno ustawodawca, jak i władza wykonawcza powinni wówczas z niej zrezygnować. Nieproporcjonalna będzie również taka regulacja prawna, która nie pozwoli orga-

35. Por. K. Stern: Staatsrecht, wyd. 2, t. I, s. 674, U. Zimmerli: op. cit., s. 16, R. Dechsling: op. cit., s. 7 i nast.

nowi administracji na odstąpienie od ingerencji przewidzianej ustawą nawet w przypadku wyraźnej dysproporcji między celem ingerencji a jej uciążliwością dla adresata znajdującego się w szczególnych okolicznościach.[36] Słabością ostatniego elementu zasady adekwatności jest jednak niewątpliwie to, że nie dostarcza on nam żadnego kryterium, według którego odbywać się ma przewidziane w nim wyważanie interesów jednostkowych z interesem ogólnym.[37]

Zasada ta, pod nazwą zasady proporcjonalności, znalazła już trwałe miejsce w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego, wyprowadzającego jej moc wiążącą pierwotnie z zasady państwa prawnego[38] oraz w zasadzie sprawiedliwości,[39] a po wejściu w życie Konstytucji RP z 1997 r. - bezpośrednio z jej art. 31 ust. 3.[40] Poza jednym przypadkiem, wszystkie przepisy oceniane przez TK w aspekcie zastosowania zasady proporcjonalności analizowane były pod kątem adekwatności zastosowanych w nich rozwiązań. Także w tej wyjątkowej sprawie, gdy rezultatem kontroli konstytucyjności przepisu ustanawiającego wymóg uzyskania pozwolenia administracyjnego było ustalenie, że zastosowany środek jest niedopuszczalny jako taki, decydujące znaczenie odegrała nie omawiana zasada lecz konstytucyjny wymóg, aby ograniczenie prawa własności następowało w ustawie, a nie w akcie podustawowym.[41]

Interesującym zjawiskiem dającym się dostrzec z lektury wyroków Trybunału zapadłych pod rządami aktualnej Konstytucji jest zawężanie sensu i konsekwencji obowiązywania zasady adekwatności. O ile bowiem nie ulega wątpliwości, że art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej zawiera w sobie zwroty wskazujące na inkorporowanie do niej omawianej zasady w dwóch jej zasadniczych częściach (nakazu przydatności i nakazu konieczności), trzeci jej element nie został w tym przepisie uwz-

36. Por. Ibidem oraz F. Gygi: Verwaltungsrechtspflege, Bern 1979, s. 143.

37. W doktrynie niemieckiej podejmowano próby posłużenia się w tym celu kryterium *Zumutbarkeit*. Oznacza to mniej więcej tyle, co „możliwe do przyjęcia" albo „coś, z czym można się liczyć". Szerzej i krytycznie na ten temat por. J. Lücke Die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Zumutbarkeit, DÖV 1974, s. 769 i nast. Pewnego wsparcia możemy szukać w tym zakresie w pracach poświęconych paradygmatowi wyważania. Por. w szczególności: F. Weyreuter: Rechtliche Bindung und gerichtliche Kontrolle planender Verwaltung im Bereich des Bodenrechts, Baurecht 1977, s. 295 i nast., K.H. Ladeur: „Abwägung - Ein neues Paradigma des Verwaltungsrecht. Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus, Frankfurt a.M.-New York-Campus 1984 wraz z bogato powoływaną w tej pracy angielską i amerykańska literaturą.

38. Por. orzeczenia TK w następujących sprawach: U.10/92 (OTK 1993, Nr 1, poz. 2), K. 11/94)OTK 1995, Cz. 1, poz. 12), K.10/95 (OTK 1995 Cz. 2, poz. 10), W.15/95 (OTK 1996, Cz. 2, poz. 13), K.27/95 (OTK 1996, Nr 6, poz. 50), P. 7/98 (OTK 1999, Nr 4, poz. 72).

39. Por. wyrok TK w sprawie K. 9/95 (OTK 1996, Nr 1, poz. 2).

40. Por. orzeczenia TK w następujących sprawach P.2/98, OTK 1999, Nr 1, poz. 2, SK 11/98, OTK 1999, Nr 2, poz. 22, K.33/98, OTK 1999, Nr 4, poz. 71 i K.13/98, OTK 1999, Nr 4, poz. 74.

41. Por. wyrok TK z dnia 11 maja 1999 r. (OTK 1999, Nr 4, poz. 75), w którym zakwestionowano dopuszczalność uzależnienia zabudowy nieruchomości, w odległości mniejszej od granic niż ustalona warunkami technicznymi ustanowionymi przez właściwego ministra, bez zgody właściciela sąsiedniej nieruchomości, od uzyskania stosownego pozwolenia wydawanego przez organ właściwy do wydania pozwolenia na budowę.

ględniony. Nie znajduje bowiem żadnego uzasadnienia teza, że proporcjonalność *sensu stricte* każdej ingerencji ustawowej miałaby być badana - stosownie do wymogów zasady współmierności - jedynie pod kątem przestrzegania nakazu zachowania, powoływanych w tym przepisie, zasad państwa demokratycznego i nienaruszania istoty ograniczanych praw lub wolności jednostki. Można by wprawdzie twierdzić, że ustawodawca konstytucyjny wskazał w ten sposób kryteria, według których należałoby wyważać interesy adresatów ingerencji z interesami mogącymi uzasadniać ich ustanowienie, ale byłoby to niewątpliwie znaczne zawężenie wartości, jaką niesie z sobą zasada adekwatności. Można poza tym zasadnie twierdzić, że zarówno wymóg przestrzegania zasad demokracji, jak i zachowania istoty ograniczanych praw zasadniczych, są samoistnymi, funkcjonującymi samodzielnie zasadami prawa konstytucyjnego i nie wymagają włączania ich do zasady proporcjonalności. Natomiast trudno jest zaakceptować próby ułatwienia sobie pracy przez Trybunał, który - dopatrując się podstaw prawnych obowiązywania tej reguły i zakresu jej treści w art. 31 ust. 3 Konstytucji - ogranicza niejako swoje kompetencje do oceniania „demokratyczności" wprowadzanych ustawami ograniczeń praw i wolności jednostek oraz nienaruszania przez ustanawiane ingerencje istoty tych swobód. Praktyka taka nie znajduje uzasadnienia ani w doktrynie prawa administracyjnego, ani w orzecznictwie innych trybunałów konstytucyjnych, na które nasz Trybunał niejednokrotnie - słusznie - się powoływał. Nawet bowiem i te ustawowe ingerencje, które można będzie ocenić jako zdatne i konieczne do osiągnięcia celów wymienionych we wskazanym ostatnio przepisie, jako zgodne z zasadami państwa demokratycznego, mogą okazać się nieproporcjonalnie uciążliwe dla adresatów.

4. Współmierność wymogu uzyskania pozwolenia - w ogólności

Wobec sygnalizowanej powściągliwości polskiego Trybunału Konstytucyjnego, a także polskiej doktryny w dokonywaniu generalnej oceny adekwatności środka, jakim jest pozwolenie administracyjne, w osiąganiu celów zamierzonych przez prawodawców, spróbować należy i w tym miejscu odwołać się do teorii prawa publicznego oraz orzecznictwa trybunałów innych państw. Ponieważ również nasz Trybunał powoływał się w swoich orzeczeniach, wykorzystując zasadę adekwatności, na literaturę i orzecznictwo niemieckie, na nich też przede wszystkim warto było skupić uwagę badawczą. Są to poza tym źródła bodaj najbardziej obfite.

Charakterystycznym zjawiskiem dającym się zauważyć po analizie tamtejszego orzecznictwa jest - od połowy lat 50-tych - niemal całkowite abstrahowanie od podziału badanych pozwoleń na uwalniające od zakazu *prewencyjnego* oraz od zakazu *represyjnego*. Wprowadzenie wymogu uzyskania pozwolenia każdego typu

wymaga oceny czy nie jest to środek nadmierny w stosunku do zamierzonego celu i czy na pewno prowadzi do jego osiągnięcia.[42] Nie oznacza to jednak, że trybunały pozostawiają poza swoim zainteresowaniem fakt, że pod ich kontrolą znajduje się bardzo zróżnicowana zawartość przepisów prawnych, w oparciu o które wydawane są oba teoretyczne typy pozwoleń.

Nazywane tradycyjnie pozwolenia *wyjątkowe* charakteryzuje również i w innych krajach ubóstwo regulacji prawnej określającej zasady ich wydawania, podczas gdy pozwolenia wymagane *prewencyjnie* obudowane są normatywnie licznymi katalogami przesłanek pozytywnych, negatywnych, wymogów treściowych stawianych wnioskom o wydanie decyzji oraz - samym pozwoleniom. Wydawane wyroki świadczą o tym, że niemal w każdym przypadku poddają one swej ocenie nie tylko przepisy, w których znajdują się upoważnienia do wydania pozwolenia oraz zasady, jakimi mają kierować się organy właściwe do ich wydawania, ale rozpatrują dany przypadek w kontekście całego systemu prawa. Dopiero po takiej kontroli zapada werdykt co do zachowania lub naruszenia, przy ustanawianiu danego wymogu uzyskania pozwolenia, zasady *Verhältnismässigkeit*. Wyniki tej kontroli wskazują, że zdecydowanie rzadziej trybunały kwestionują współmierność pozwoleń uwalniających od zakazów *prewencyjnych*, niż pozwoleń wyjątkowych. Wspólną cechą zakwestionowanych rozwiązań jest to, że lapidarnie skonstruowane przepisy upoważniające do udzielania pozwoleń stwarzają tak znaczny stan niepewności sytuacji jednostki, że uznanie takich ograniczeń za konieczne i wyważone, niemożliwe do zastąpienia rozwiązaniami opartymi na czytelnych przesłankach, jest - w ocenie trybunałów - niemożliwe.[43]

Próbując ustalić współmierność wymogu uzyskania pozwolenia administracyjnego nie możemy zapominać o kompleksowości tej instytucji. Oceny tej nie można dokonywać osobno dla zakazu podejmowania określonej działalności przed uzyskaniem pozwolenia oraz dla sposobu zredagowania przepisów warunkujących jego udzielenie. Ich właściwy sens możemy ustalić dopiero wówczas, gdy uwzględnimy, że dany zakaz wprowadzany jest w życie równocześnie z określeniem uwarunkowań, od których zaistnienia zależeć ma udzielenie lub odmowa pozwolenia (czasami polegającym jedynie na odesłaniu do innych aktów prawnych bądź nawet na milczącym przyjęciu obowiązywania całego systemu prawa). Z kolei,

42. Tak twierdzą analizujący orzecznictwo najwyższych trybunałów prawa publicznego w Niemczech C.F. Menger i H.-U. Erichsen: Höchstrichterliche Rechtssprechung zum Verwaltungsrecht, „Verw.Arch." 1967, s. 279.

43. Por. np. wyroki niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 maja 1953 r. (BverfG E 2, s. 267 i nast.), z dnia 16 stycznia 1957 r. (BverfG E 6, s. 32 i nast.), z dnia 11 czerwca 1958 r. (BverfG E 7, s. 379 i nast.), z dnia 10 lipca 1958 r. (BverfG E 8, s. 72 i nast., z dnia 17 grudnia 1958 r. (BverfG E 9, s. 63 i nast.), z dnia 21 marca 1961 r. (BverfG E 12, s. 281 i nast.), z dnia 7 kwietnia 1964 r. (BverfG E 17, s. 306 i nast.), z dnia 18 grudnia 1968 r. (BverfG E 25, s. 1 i nast.), z dnia 11 października 1972 r. (BverfG E 34, s. 71 i nast.), a także wyroki trybunału austriackiego wskazane w przyp. 49.

kwalifikując jako zgodne lub sprzeczne z tą konstytucyjną zasadą, poszczególne prawne przesłanki, przyszłych lub już podjętych decyzji, nie możemy tracić z pola widzenia wszystkich przepisów aktu prawnego wprowadzającego tę instytucję (a w szczególności tych, które określają cel i zakres regulacji danej ustawy) oraz całego systemu prawa. Jak wykazano w pkt. 2 tego rozdziału, wszystkie te reguły są istotne przy ustalaniu zakresu (głębokości) danej ingerencji i mogą mieć znaczenie przy ocenie jej współmierności.[44]

Najprostszym zabiegiem wydaje się być wskazanie celów, dla realizacji których może dojść do ustanowienia wymogu uzyskania pozwolenia - wynikają one bowiem (w obszarze praw i wolności człowieka i obywatela) z szeregu wskazywanych wcześniej postanowień Konstytucji. Są to takie wartości, jak bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, a także - wolności i praw innych osób (w stosunku do wszystkich praw i wolności), ochrona życia prywatnego stron postępowania sądowego lub inny ważny interes prywatny (prawo do jawnego rozpoznania sprawy przez sąd), ochrona wolności i praw podmiotów gospodarczych, ważny interes gospodarczy państwa (prawo do informacji o działalności organów władzy publicznej), albo najogólniej - ważny interes publiczny (wolność działalności gospodarczej). „Poprzeczka", jaką musi pokonać ustawodawca ustanawiając każde ograniczenie podstawowych praw i wolności jednostki (tu: wymóg uzyskania pozwolenia), zawieszona została zatem bardzo wysoko (poprzednia konstytucja w zasadzie nie wskazywała wartości i dóbr, dla których jednostka musiałaby poświęcić swoje prawa konstytucyjne - wystarczało w zasadzie zachować tylko formę ustawy). Oznaczenie celów uzasadniających ingerencję nie oznacza jednak, że dla ich osiągnięcia usprawiedliwiony będzie każdy wymóg uzyskania pozwolenia, albo że mają to być kryteria uzasadniające uznanie danej ingerencji za zdatną, konieczną i proporcjonalną. Wręcz odwrotnie, w każdym przypadku ustanowienia obowiązku poddania się procedurze pozwoleniowej w innym celu niż dla ochrony (lub zrealizowania) wyżej wymienionych dóbr i wartości badanie jego współmierności będzie zbyteczne, gdyż będą one stanowiły bezpośrednie naruszenie przepisów konstytucyjnych określających powody uzasadniające ograniczenie praw i wolności jednostki. Dopiero wówczas, gdy ingerencja ustawowa w tę sferę jest motywowana wymienionymi celami, nadchodzi czas badania jej adekwatności.

Ponieważ - w odróżnieniu od wymogów stawianych ingerencjom w prawa i wolności jednostek przez zachodnie trybunały konstytucyjne - polska Konstytucja usprawiedliwia jedynie ograniczenia „konieczne do ochrony bezpieczeństwa państwa..." itd., a nie „konieczne do ochrony przed zagrożeniami..." itd.,[45] teza o bar-

44. Por. B. Preusche, op. cit., s. 90.

45. Por. wyroki niemieckiego trybunału wskazane w przyp. 43 i austriackiego - w przyp. 49.

dzo wysokich wymaganiach naszej Konstytucji nie powinna ulegać jakimkolwiek wątpliwościom. Można je mieć natomiast co do tego, czy pozwala ona na ograniczenia służące ochronie przed zagrożeniami: czy ingerencja ma chronić wymienione wartości przed szkodą, ale już nie - przed zagrożeniem jej powstania ? Rozstrzygnięcie tej kwestii będzie bardzo istotne dla ustalenia współmierności instytucji pozwolenia administracyjnego. Trudno bowiem będzie uzasadnić, że samo poddanie się procedurze zmierzającej do wydania decyzji oraz jej wydanie jest środkiem będącym w stanie przeciwdziałać szkodom dla wskazanych interesów publicznych i to dodatkowo środkiem koniecznym. Problem ten pojawi się zresztą także na gruncie stosowania niemal wszystkich innych typów ingerencji władz w prawa i wolności jednostki.

Zakładając, że ustawę zasadniczą należy taktować jako wyraz racjonalnego stanowienia prawa powinniśmy też przyjąć, że przewidując ograniczenia „w celu ochrony" Zgromadzenie Narodowe miało na uwadze także ochronę wskazanych wartości i dóbr przed niebezpieczeństwami narażenia na szkodę. Ochrona przed niebezpieczeństwem grożącym takiemu dobru, jak np. bezpieczeństwo państwa, ustanawiana i realizowana jest przecież również „dla ochrony" tego dobra. Problem tkwi w tym, czy nie jest to zabieg nadmierny w demokratycznym państwie. Niektórym „szkodom" wyrządzanym konstytucyjnie chronionym interesom publicznym ze strony jednostek korzystających z przysługujących im swobód nie można się bowiem przeciwstawić żadną regulacją prawną. Uniknięcie ich zaistnienia będzie mogło natomiast zostać uprawdopodobnione dzięki ustanowieniu i zastosowaniu instytucji, w której zostaną sprecyzowane zachowania zakazane (szkodliwe) i dopuszczalne (bezpieczne). W tym znaczeniu można będzie mówić o danym ograniczeniu, że jest „konieczne", gdyż bez niego ochrona danej wartości może okazać się niemożliwa.

Poza obszarem praw i wolności gwarantowanych jednostce przez Konstytucję nie ma powodu do poszukiwania konstytucyjnych ograniczeń celów, do realizacji których ustawodawca używa instytucji pozwolenia administracyjnego. Wystarczającym będzie praktycznie każdy cel publiczny wskazany lub dorozumiany z aktu prawnego wprowadzającego tę instytucję, o ile nie będzie pozostawał w sprzeczności z postanowieniami ustawy zasadniczej. Nie oznacza to jednak, że pozwolenia wydawane w tym obszarze nie będą podlegały ograniczeniom wynikającym z zasady adekwatności. W tych dziedzinach, w których wymóg uzyskania pozwolenia wprowadzony będzie w miejsce dotychczasowej regulacji prawnej, na mocy której jakakolwiek osoba uzyskała - na legalnej drodze i na czas nieograniczony - uprawnienie do zachowywania się w sposób, na który będzie musiała następnie uzyskiwać pozwolenia, zarówno legalność, jak i współmierność celu mającego usprawiedliwiać ograniczenie lub pozbawienie praw nabytych, powinna być oceniana także pod względem takich zasad konstytucyjnych, jak zasada pań-

stwa prawnego, demokracji, równości i sprawiedliwości społecznej. Są to wartości wskazane bezpośrednio w konstytucji lub w innych ustawach. Oprócz nich są jednak i takie względy, do których przepisy regulujące zasady wydawania pozwoleń odnoszą się niejako pośrednio.

Jak wykazano w rozdziale drugim wprowadzenie wymogu uzyskania pozwolenia jest skutkiem stwierdzenia przez ustawodawcę, że określone zachowanie może narazić lub bezpośrednio naraża na szkodę określoną wartość (dobro). Wynika stąd, że wymogowi temu będą musiały być podporządkowane również takie zachowania, które są pod względem swej społecznej szkodliwości obojętne albo wręcz z tego punktu widzenia korzystne. Nasuwa się w związku z tym wątpliwość: czy w takich właśnie okolicznościach zamiar realizacji powyższych konstytucyjnych celów może być uznany jako usprawiedliwiający - powodowane obowiązkiem uzyskania pozwolenia - zahamowanie swobodnych zachowań obywateli (i innych jednostek) oraz wzrost władzy, w jaką wyposażana jest w ten sposób administracja publiczna ? W jednym z wyroków niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że idea, aby liberalne demokratyczne społeczeństwo posiadało - w celu ochrony swej wolności oraz dla podkreślenia demokratyczności władz państwowych - pewne obszary „strzeżone przed pieczą państwową" (*vor staatlicher Bevormundung geschützte Bereiche*), doprowadziła do ustanowienia w art. 5 w ust. 1 tamtejszej konstytucji zakazu cenzury.[46] Prawo niemieckie zna jednak i przykłady odwrotne, jak chociażby art. 37-42 Konstytucji Hesji, gdzie - w trosce o zachowanie liberalnego i demokratycznego porządku - doszło do ustanowienie reguł poddających próby nadużywania swobód gospodarczych, a zwłaszcza wykorzystywania swobody zrzeszania się, do osiągania pozycji monopolistycznej na danym rynku, a także do uzyskiwania wpływów politycznych, nadzorowi państwowemu oraz obowiązkowi włączania załóg pracowniczych i społeczności miejscowej do procesów zarządzania.[47]

Specyfiką ustawowych wymogów uzyskania pozwolenia jest to - jak wykazano w rozdziale czwartym - że organy administracji publicznej stają się upoważnione do bezpośredniego stwierdzenia, w każdym indywidualnym przypadku, czy dane zamierzenie jest i - ewentualnie - na jakich warunkach, zachowaniem nie zagrażającym wartościom (dobrom) podlegającym w danym przypadku ochronie. Specyfiką tej instytucji jest ponadto - oprócz umożliwienia sprawowania nadzoru i stwierdzenia społecznej nieszkodliwości danego przedsięwzięcia - możliwość wykorzystania jej w celu ukierunkowania przyszłych zachowań posiadaczy pozwolenia (czyli sterowania) zgodnie z tymi interesami publicznymi, które ustawodawca

46. Por. wyrok z dnia 25 kwietnia 1972 r. - DVBl 1973, s. 78 i nast.

47. Praktyki takiego współdziałania w zarządzaniu nazywano w Niemczech *Sozialisierung*. Por. B. Preusche s. 91.

zamierza osiągnąć przy pomocy tego typu regulacji. Może tu nasunąć się wątpliwość, czy obywatel nie mógłby sam dokonać odpowiedniej oceny swego zamierzenia. Dlaczego ma być zastępowany przez władze administracyjne ? Badając współmierność wymogu uzyskania pozwolenia koniecznym będzie rozstrzygnięcie i tej kwestii.

W drodze udzielenia pozwolenia administracyjnego może czasami dojść do wyznaczenia terytorialnego lub przedmiotowego obszaru właściwości podmiotu z niego korzystającego - nadania niejako prawa do wyłączności i wolności od konkurencji. Dochodzi do tego zwłaszcza wówczas, gdy ustawa uzależnia wydanie pozwolenia od lokalnego zapotrzebowania na świadczenie, np. usług objętych reglamentacją. Ten sam efekt można też uzyskać ustanawiając wysokie wymagania kwalifikacyjne, przy których sprawdzaniu (np. w drodze egzaminów), organ do tego upoważniony może uzależnić skalę wymagań od własnej oceny istnienia zapotrzebowania na zwiększony dopływ nowych usługodawców. Nawet jednak tam, gdzie kwalifikacje nie byłyby sprawdzane pod względem merytorycznym (gdzie ograniczy się tę fazę jedynie do zbadania dokumentów potwierdzających przygotowanie aplikującego o pozwolenie), element badania zapotrzebowania na ilość osób prowadzących daną działalność będzie mógł wystąpić w postaci wysokości wymaganego wykształcenia, ilości lat praktyki etc.).[48] Orzecznictwo zachodnich trybunałów prawa publicznego w tej kwestii jest zróżnicowane. O ile w stosunku do pozwoleń na prowadzenie szkół nauki jazdy samochodem, szkół jazdy na nartach, prowadzenia aptek, sądy potwierdzają zgodność z Konstytucją tego rodzaju kryteriów, w przypadku przedsiębiorstw taksówkowych, wypożyczalni samochodów, wykonywania funkcji przewodników turystycznych, prowadzenia stacji benzynowych, kin, opieranie się na pozytywnej ocenie społecznego zapotrzebowania na danego rodzaju działalność uznawane było za niedopuszczalną praktykę ustawową.[49] W warunkach polskich z pewnością nie da się obronić poglądu, jakoby uzyskanie pozwolenia na działalność w sferze podstawowych praw i wolności jednostki mogło być uzależnione od potwierdzenia istnienia lokalnego czy krajowego zapotrzebowania na danego rodzaju działalność, o ile równocześnie nie będzie miało to służyć któremuś z ww. celów.

48. Por. K. Lange: Zur Anhörung in verwaltungsrechtlichen Genehmigungsverfahren, DVBl 1975, s. 133.

49. Por. wyrok niemieckiego Federalnego Sądu Administracyjnego z 3 listopada 1955 r. (E 2, s. 297) i Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 lipca 1961 (E 13, s. 97 i nast.) wyrok austriackiego Trybunału Administracyjnego z dnia 17 kwietnia 1985 r. (VwGH Slg 1985 A, poz. 11 747) oraz wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 października 1984 (VfGH Slg 1984, poz. 10 179), z dnia 7 marca 1985 (VfGH Slg 1985, poz. 10 386) i z dnia 23 czerwca 1986 (VfGH Slg 1986, poz. 10 932; w tym wyroku Trybunał powołał się na wcześniejsze swoje orzeczenie z 1980 r. - VfGH Slg 1980, poz. 8765 - w którym jednoznacznie przeciwstawiono się aby wymóg istnienia zapotrzebowania lokalnego na działalność objętą koncesjonowaniem mógł być wprowadzany wyłącznie w celu ochrony istniejących przedsiębiorców przed konkurencją).

Wprowadzenie w danej dziedzinie obowiązku uzyskania pozwolenia przed podjęciem objętej nią działalności lub czynności powoduje, że obywatel staje się w pewnym stopniu zależny od administracji (można też powiedzieć, że jest „zdany na administrację"). Nawet wówczas, gdy - w świetle obowiązujących przepisów - może żądać wydania pozwolenia, a organ nie ma prawa mu odmówić, zobligowany jest poddać się całej procedurze przewidzianej przepisami: dostarczyć wymagane informacje, dokumenty itp. Narażony jest przy tym również na to, że organ odmówi mu bezprawnie pozwolenia, a możliwości sądowej ochrony przed takimi zachowaniami są - nie tylko w naszym kraju - znikome i przeważnie odnoszą skutek po kilkunastu miesiącach od dnia, w którym osoba zainteresowana pozwoleniem zamierzała podjąć swoje przedsięwzięcie. Sądy administracyjne nie są bowiem władne zastąpić organu administracji wydając skarżącemu, bezprawnie „odesłanemu" przez władzę wykonawczą, wymagane prawem pozwolenie. Mogą jedynie orzec o istnieniu obowiązku wydania takiego aktu i ewentualnie - zobowiązać do jego wydania. Z uwagi na realnie istniejące przeciążenie tych sądów, oczekiwany wyrok bywa bardzo często spóźniony.[50]

Nie można też nie zauważać, że nadmiernie „liberalne" podejście sądów i trybunałów kontrolujących ingerencje władzy wykonawczej w swobodne życie obywateli może prowadzić do poważnych niebezpieczeństw. Na powszechnym stosowaniu procedur pozwoleniowych, drobiazgowości wymaganych w toku postępowania zmierzającego do ich wydania informacji (sięgających czasami głęboko w sferę prywatności) opierały się dotychczasowe systemy totalitarne: faszyzm i komunizm. Pod hasłem „bezpieczeństwo państwa", „porządek publiczny" czy - „moralność publiczna" - da się bowiem zmieścić bardzo wiele sytuacji, które miałyby usprawiedliwiać wprowadzenie obowiązku uzyskania pozwolenia. Nawet wówczas, gdyby ramy uzasadniające wydanie pozytywnej decyzji były bardzo szerokie i niemal każdy musiałby pozwolenie otrzymać, samo prowadzenie postępowania umożliwiałoby administracji to, co jest istotą tego typu systemów - totalną kontrolę większości obszarów, jak najbardziej legalnej i społecznie użytecznej, działalności obywateli. Wprawdzie żadna rozprawa naukowa poświęcona - jak ta - zagadnieniom stosowania technik regulacji prawnej nie jest w stanie rozwiązać zasygnalizowanych problemów, ale uświadomienie sobie potrzeby ich rozumienia w procesach stanowienia i stosowania prawa oraz podczas kontrolowania ich przebiegu, może przyczynić się przynajmniej do ich zminimalizowania.[51]

50. Por. D. Kijowski, J. Płoskonka, S. Prutis, S. Srocki, M. Stec: Model ustrojowy sądownictwa administracyjnego, Samorząd Terytorialny 1999, Nr 5, s. 17 i nast., a także B. Preusche: op. cit., s. 92.
51. Por. B. Preusche: op. cit., s. 93.

5. Zdatność instytucji pozwolenia w procesie ochrony interesów publicznych

Spróbujmy obecnie rozważyć czy regulacje prawne przewidujące wydawanie pozwoleń jako takie odpowiadają dwóm pierwszym elementom składowym zasady adekwatności oraz ustalić - kiedy przepisy mające zastosowanie w konkretnych rodzajach pozwoleń administracyjnych będą instrumentami prawnymi, przy których pomocy władza je wydająca może zapewnić realizację każdego z wyżej wymienionych celów.

W rozdziale czwartym zaprezentowane zostały bardzo liczne i wszechstronne zalety instytucji pozwolenia administracyjnego w procesie sprawowania przez państwo prewencyjnego nadzoru nad zachowaniami jednostek niosącymi w sobie uświadamianę przez ustawodawcę lub nawet tylko przypuszczalne zagrożenia dla różnych interesów publicznych, a także regulowania i sterowania tego typu zachowaniami tak, aby wyznaczone prawem cele i zadania państwa zostały zrealizowane. Niejako alternatywna metoda regulacji - oparta na egzekwowalnych *post factum* zakazach i nakazach - nie daje w wielu przypadkach takich efektów. **Wszędzie tam, gdzie uprzednie ustalenie zakresu praw i obowiązków osoby zamierzającej podjąć określone zachowanie** (w tym także ustalenie, że dane zamierzenie jest w świetle prawa niedopuszczalne) **może zapobiec powstaniu realnego zagrożenia**, a także bezpośredniej szkodzie **w tych dobrach lub wartościach, dla których ochrony określone prawo lub wolność mogą być ograniczane, ustanowienie obowiązku uzyskania pozwolenia przed podjęciem danej czynności lub działalności będzie instrumentem** - w rozumieniu zasady adekwatności - **„przydatnym"**. Jak stwierdzano wielokrotnie w orzecznictwie niemieckich trybunałów, postępowanie w sprawie udzielenia pozwolenia musi być odpowiednim do tego, aby osiągnąć określony ustawą cel, któremu wymóg jego uzyskania ma służyć, a rodzaj i zakres państwowej kontroli muszą być adekwatne względem regulowanych sytuacji faktycznych.[52]

Przydatność techniki opartej na uprzednim pozwoleniu nie jest jednak powszechna. Ponieważ opiera się ona na konieczności przeprowadzenia skrupulatnego postępowania wyjaśniającego, na które i organ i zainteresowany (a czasami i osoby trzecie) muszą poświęcić pewną dozę czasu, nie da się jej zastosować do regulacji takich zachowań, które pojawiają się nagle (spontanicznie, w sposób niemożliwy do zaplanowania) i nie dadzą się regulować po upływie czasu koniecznego do wydania pozwolenia, gdyż - najczęściej - już miną lub staną się bezcelowe.

52. Por. wyroki BverwG z dnia 24 października 1957 r. (E 5, s. 284), z dnia 17 lipca 1961 r. (E 13, s. 115-116), z dnia 5 sierpnia 1966r. (E 20, s. 155), z dnia 17 stycznia 1972 r. (E 39, s. 251) oraz wyroki BverfG z dnia 19 marca 1975 r. (E 39, s. 230 i nast.), z dnia 14 października1975 r. (E 40, s. 222-223), i z dnia 25 lutego 1976 r. (E 41, s. 395).

Takimi zachowaniami są np. roboty polegające na naprawie uszkodzonych wałów przeciwpowodziowych w okresie zagrożenia powodzią, które niewątpliwie powinny być przeprowadzone natychmiast, skutecznie i fachowo i - wykonane prawidłowo - są niewątpliwie społecznie korzystne. Nie zawsze też instytucja pozwolenia może być odpowiednia do regulacji zachowań, które wprawdzie nie mają charakteru spontanicznego i niezaplanowanego ale są technicznie skomplikowane, mają zmienny charakter i pojawiają się regularnie. W takich przypadkach może również zabraknąć czasu na przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego.

Podobnie wygląda kwestia zdatności pozwoleń, gdy chcielibyśmy je zastosować jako instrumenty zapobiegające takim zagrożeniom, które nie dadzą się przewidzieć przed podjęciem danej działalności lub czynności, bądź nie są w stanie poddać się zindywidualizowanej regulacji prawnej z uwagi na swoją przemienność. Dotyczy to zwłaszcza stosowania pozwoleń zwanych wyjątkowymi w stosunku do zakazów podejmowania zachowań powszechnie uznawanych za szkodliwe, gdy decyzja o uwolnieniu od nich nie mogłaby być podjęta ze względu na niemożliwość uprzedniego stwierdzenia, że niezastosowanie się do zakazu nie grozi żadnym uszczerbkiem dla przeważających interesy jednostki interesów publicznych.

Nie wydaje się natomiast trafne kwestionowanie przydatności badanego instrumentu w stosunku do krótko trwających i niosących za sobą jedynie ewentualność nieznacznych szkód w chronionych interesach, okazjonalnych zachowań. Wysuwany jest tu argument, że jeżeli koszty przeprowadzenia postępowania, zmierzającego do wydania lub odmowy pozwolenia, miałyby być większe niż strata spowodowana podjęciem danego zachowania, to taki instrument należy ocenić jako niezdatny.[53] Zarówno autor tego poglądu, jak i niemiecki trybunał, na którego wyrok się powołał, wyszli w swoich wnioskach daleko poza sens pierwszego elementu składowego zasady proporcjonalności. Przydatność środka należy mierzyć jego użytecznością w doprowadzeniu nie do usunięcia skutków szkodliwego działania, lecz do zrealizowania celu ochrony. Gdy koszty publiczne postępowania pozwoleniowego są wyższe niż wydatki na usunięcie konsekwencji niektórych szkodliwych działań należy raczej zastanowić się nad nieodzownością danego ograniczenia i - zwłaszcza gdy miałyby się z tym łączyć większe koszty ponoszone przez samego zainteresowanego - czy wprowadzenie wymogu uzyskania urzędowego stwierdzenia braku zagrożeń dla określonych interesów publicznych nie pozostaje w sprzeczności z nakazem zachowania proporcjonalności ciężarów w stosunku do celu ingerencji.

53. Por. B. Preusche: op. cit., s. 94 i powoływany przez niego wyrok niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 7 kwietnia 1964 r. (BverfG E 17, s. 306 i 315).

Jeżeli weźmiemy pod uwagę, że zapobieganie zagrożeniom dla dóbr i wartości uzasadniających - w świetle Konstytucji RP - ograniczanie praw i wolności jednostki może następować zarówno przez zastosowanie procedury ustalającej brak sprzeczności danego zamierzenia z ustawowymi wyznacznikami przesądzającymi o jego prawnej dopuszczalności (usunięcie niepewności zainteresowanych oraz organu reprezentującego interes publiczny), poprzez stwierdzenie podstaw do odmowy pozwolenia i wydanie decyzji stwierdzającej, że dana działalność lub czynność są zakazane (odmowa pozwolenia), poprzez zastosowanie wszelkiego rodzaju ograniczeń w korzystaniu z wolności (w drodze kształtowania treści pozwolenia), a także poprzez cofnięcie lub ograniczenie pozwolenia wydanego wcześniej (o ile przepisy prawa dają do tego podstawę), to generalna zdatność pozwoleń administracyjnych w przeciwdziałaniu niebezpieczeństwom grożącym tym interesom nie powinna budzić wątpliwości.

Nie jest możliwe dokonanie w tej pracy oceny przydatności wszystkich wymaganych w naszym kraju pozwoleń administracyjnych. Analiza taka zajęłaby zapewne kilka lub kilkanaście tysięcy stron. Przedstawiony sposób rozumowania, jaki może zostać zastosowany do zbadania zdatności poszczególnych pozwoleń, w połączeniu z analizą obowiązującego porządku prawnego, nie narzucają jednak w tym zakresie żadnych oczywistych, jaskrawych wniosków, uzasadniających kwestionowanie przydatności tych instrumentów. Nie można natomiast tego powiedzieć o zdatności wszystkich zakazów wydawania pozwoleń administracyjnych, co znajduje odzwierciedlenie także w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego.

Rozpatrując, w powoływanym wcześniej wyroku z dnia 26 kwietnia 1999 r. wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich kwestionującego nieproporcjonalność ograniczenia wolności działalności gospodarczej oraz konstytucyjnego prawa do pracy (a w tym - do wyboru zawodu) poprzez zakaz wydawania pozwoleń na wykonywanie transportu drogowego przez osoby karane, a także wykonywania zawodu taksówkarza przez osoby zatrudnione w pełnym wymiarze czasu pracy, Trybunał doszedł do wniosku, że stawiające takie wymogi postanowienia art. 11 ust. 1 pkt 3 i ust. 2 oraz art. 15 pkt 1 i pkt 2 lit.a) ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o warunkach wykonywania krajowego drogowego przewozu osób[54] są niezgodne z art. 22 i art. 65 ust. 1 - właśnie - w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, przez to, że wprowadzają nadmierne ograniczenia w zakresie korzystania z wolności działalności gospodarczej oraz z wolności wyboru i wykonywania zawodu.

Trybunał Konstytucyjny potwierdził pogląd wnioskodawcy, jak i Prokuratora Generalnego, o konieczności uwzględnienia przy ograniczaniu praw jednostki za-

54. Por wykaz Nr 1, poz. 179.

sady wymagającej odpowiedniego wyważenia wagi interesu publicznego, któremu służy ograniczenie danego prawa i wagi interesów naruszonych przez takie ograniczenie. Uznał przy tym, że cel ograniczenia powinien „znajdować uzasadnienie w konstytucyjnej aksjologii, a środki powinny pozostawać w odpowiedniej proporcji do zamierzonego rezultatu". Zdaniem Trybunału **„kwestionowane przepisy wprowadzające ograniczenie działalności gospodarczej nie znajdują dostatecznego uzasadnienia w żadnej z konstytucyjnych wartości** (podkr. - D.R.K.). Trudno jest znaleźć cel, którego osiągnięciu służyłyby obligatoryjny zakaz udzielania zezwoleń wymienionym w kwestionowanych przepisach kategoriom osób ze względu na ich wcześniejszą karalność, cel którego nie można by osiągnąć innymi środkami, i który byłby na tyle ważny, aby w takim stopniu ograniczyć zasadę wolności gospodarczej".

Trybunał Konstytucyjny nie znalazł także podstaw do ograniczenia wolności działalności gospodarczej osób, które pozostają już w innym stosunku pracy w pełnym wymiarze godzin. W ocenie Trybunału, działalność przedsiębiorcy osobiście wykonującego przewóz, a także zatrudnionych kierowców - generalnie nie podpada pod zakres pojęcia nieuczciwej konkurencji, a jedynie taki cel dostrzeżony został przez RPO jako mogący uzasadniać wprowadzony zakaz. Zauważono, że ochrona uczciwej konkurencji została w kwestionowanej ustawie uregulowana oddzielnie, w art. 12 ust. 6 i w art. 16 ust. 4, które nakazują cofnięcie zezwolenia w przypadku naruszenia przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Trybunału rozważył także - jako podstawę analizowanego ograniczenia - względy bezpieczeństwa. Jednakże kryterium, za pomocą którego wyodrębniono spośród kręgu osób te, którym nie zostanie udzielone zezwolenie, jest kryterium czysto formalnym, nieuzasadniającym twierdzenia, że tylko te osoby zagrażają bezpieczeństwu w komunikacji ze względu na zakładane zmęczenie. Wymóg ten jest bowiem - zdaniem Trybunału - łatwy do obejścia. W rezultacie doszedł do przekonania, iż „zawartego w kwestionowanym przepisie ograniczenia wolności gospodarczej nie można uzasadnić względami ważnego interesu publicznego, ponieważ nie ma uzasadnionych podstaw do przyjęcia, że tylko poddana temu ograniczeniu kategoria osób jest zagrożeniem dla bezpieczeństwa na drogach, i że rzeczywiście praca w pełnym wymiarze godzin ma duży wpływ na sytuację psychofizyczną podmiotu, a przez to na bezpieczeństwo na drogach. Poza tym wolność działalności gospodarczej oraz wolność wyboru i wykonywania zawodu realizuje się nie tylko przez zatrudnienie na pełen etat pracy".

Motywy tego jedynego - jak dotąd - wyroku Trybunału, kwestionującego przydatność przewidzianego w ustawie ograniczenia w korzystaniu z wolności działalności gospodarczej oraz swobody wyboru zawodu, zasługują nie tylko na szerokie przytoczenie, ale również na krytyczny komentarz. Wprawdzie nie widzę powodów do kwestionowania ogólnego rezultatu przeprowadzonej analizy

współmierności ograniczeń w wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie przewozu osób, to jednak nie wydają się być uzasadnione twierdzenia, że środki zastosowane w ww. ustawie są całkowicie niezdatne do osiągnięcia jakiegokolwiek celu publicznego usprawiedliwiającego - w świetle Konstytucji RP - ograniczenie swobody działalności gospodarczej. Celem uzasadniającym wyłączenie osób karanych od wykonywania przewozu osób, możliwym do osiągnięcia przy pomocy zastosowanego środka i mieszczącym się w katalogu art. 31 ust. 3 Konstytucji, jest chociażby wzgląd na bezpieczeństwo życia, zdrowia i mienia przewożonych osób. Zagrożenia tych dóbr ze strony osób karanych (rozbojem, kradzieżą, gwałtem, oszustwem, pozbawieniem wolności osobistej, spowodowaniem wypadku drogowego itp.) są niewątpliwie większe niż ze strony osób niekaranych. Wykluczenie tych osób z działalności, w której dochodzić musi do powierzenia im osoby przewożonej oraz/lub jej mienia, bez wątpienia służyć będzie ochronie powyższych wartości. Problem pojawia się dopiero w momencie oceny, czy takie ograniczenie jest konieczne do osiągnięcia celu (czy nie nazbyt generalne) oraz czy stopień zagrożenia pasażerów ze strony osób karanych jest tak znaczny, aby uzasadniał pozbawienie ich prawa do wyboru zawodu lub kontynuowania jego wykonywania. Do kwestii tych trzeba będzie jeszcze powrócić.

Podobnie rysuje się kwestia przydatności zakazu wykonywania zawodu taksówkarza przez osoby w pełni zatrudnione. Wydaje się, że nawet sam Trybunał uzasadnił w motywach przytaczanego wyżej wyroku, że ograniczenie to może służyć zapewnieniu bezpieczeństwa drogowego, skoro stwierdził w pewnym miejscu, że „nie ma uzasadnionych podstaw do przyjęcia, że tylko **poddana temu ograniczeniu kategoria osób jest zagrożeniem dla bezpieczeństwa** na drogach" (podkr. D.R.K.). Środek musi bowiem być uznany za **zdatny** nie tylko wówczas, gdy całkowicie eliminuje zagrożenie dla danego dobra ale również, gdy może przyczynić się do jego osiągnięcia. Tutaj także większą uwagę należało przywiązać do niezbędności ingerencji i skali jej uciążliwości, a nie kwestionować, że wybrany przez ustawodawcę środek był nieodpowiedni.

Poza powyżej omówionym wyrokiem, Trybunał dokonał dwukrotnie - z pozytywnym skutkiem - oceny przydatności instytucji pozwolenia w realizacji celów publicznych uzasadniających ograniczenie podstawowych uprawnień jednostki. Rzecz dotyczyła w obu przypadkach oceny zgodności z Konstytucją nowelizacji ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, dokonanej na mocy ustawy z dnia 12 września 1996 r.,[55] a polegającej na pozbawieniu mocy prawnej *ipso iure* pozwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych uzyskanych przed wejściem w życie ustawy nowelizującej,

55. Dz.U. Nr 127, poz. 593.

ograniczenie uzyskiwanych uprawnień w czasie, a także - podział udzielanych pozwoleń na trzy kategorie asortymentowe, oraz z dnia 1 sierpnia 1997 r.[56] - nakładającej na posiadaczy takich pozwoleń obowiązek ponoszenia opłat na pokrycie kosztów profilaktyki przeciwalkoholowej. Pozostawiając do dalszych rozważań kwestie związane z respektowaniem innych zasad państwa prawnego, w tym miejscu warto zwrócić uwagę na niektóre stwierdzenia TK odnoszące się do zdatności regulacji prawnej przy pomocy wymogu uzyskania pozwolenia.

W wyroku z dnia 8 kwietnia 1998 r.[57] Trybunał uznał za słuszne założenia ustawodawcy, że ma on prawo do „poddania stosunkowo ścisłej regulacji rynku napojów alkoholowych, ze względu na indywidualne i społeczne skutki wywołane jego nadmiernym spożyciem", że „dla realizacji celu i zadań wynikających z ustawy (...) konieczne jest uporządkowanie i zdyscyplinowanie rynku napojów alkoholowych.", a ponadto, że „podział zezwoleń według grup asortymentowych umożliwia (...) kształtowanie właściwej z punktu widzenia społecznego struktury ich spożycia", a „wydawanie zezwoleń na czas określony umożliwia sprawowanie stałej kontroli nad podmiotami prowadzącymi tę działalność." Dzięki zastosowanym w ocenianej ustawie rozwiązaniom (skierowania ich także w stosunku do posiadaczy pozwoleń uzyskanych przed wejściem w życie ustawy na czas nieokreślony) nie dojdzie - zdaniem Trybunału - do sytuacji, „w której jedynie część rynku mogłaby zostać poddana kontroli" i osiągnięcie celów nowelizacji okazołoby się niemożliwe. Wprawdzie stwierdzenia powyższe nie zostały przez Trybunał dokładniej uzasadnione, jest to jednak dobry do naśladowania przykład właściwego zastosowania nakazu przydatności w badaniu konstytucyjności ograniczeń wprowadzanych w drodze modyfikacji uprawnień uzyskanych na mocy pozwolenia administracyjnego.

To samo możemy powiedzieć o wyroku zapadłym w drugiej, zasygnalizowanej sprawie. W orzeczeniu z dnia 15 września 1998 r.,[58] odnosząc się generalnie do rozpatrywanego problemu Trybunał stwierdził, że „Nałożenie na podmioty sprzedające alkohol opłat za korzystanie z odpowiednich zezwoleń jest uzasadnione ważnym interesem publicznym. Nie ma żadnych podstaw, żeby kwestionować wagę i rolę tak pojętego interesu publicznego". Wprawdzie sposób przeprowadzenia zmiany praw nabytych przez posiadaczy pozwoleń uzyskanych przed wprowadzeniem w życie ustawy został przez Trybunał zasadnie zakwestionowany, to odpowiedniość zastosowanego środka względem zamierzonego celu - nawet bez głębszego uzasadniania - mogła być uznana jako oczywista. Zakwestionowanie zastosowania danego rozwiązania prawnego w procesie legislacyjnym może być

56. Dz.U. Nr 113, poz. 732).
57. Por. OTK 1998 cz. 3, poz. 29 (K.10/97).
58. Por. OTK 1998 cz. 5, poz. 64 (K.10/98)

kwestionowane dopiero wówczas, gdy wykażemy, że nie jest on w stanie - w jakichkolwiek okolicznościach - doprowadzić do realizacji założonego celu. Z całą pewnością nie możemy tego powiedzieć o instrumencie polegającym na zobowiązaniu posiadacza pozwolenia do ponoszenia kosztów związanych z zapobieganiem i łagodzeniem skutków nadużywania alkoholu.

6. Konieczność wymogów uzyskania pozwolenia oraz kryteriów decydujących o ich udzieleniu

Przechodząc do zagadnienia niezbędności instytucji pozwolenia administracyjnego warto przywołać niemal powszechny w doktrynie i orzecznictwie niemieckim pogląd, że ustanowienie zakazu z zastrzeżeniem pozwolenia nie odpowiada zasadzie *Verhältnismässigkeit,* jeżeli procedura pozwoleniowa nie jest potrzebna, aby zamierzony cel został osiągnięty, a wystarczy w tym celu zastosowanie mniej uciążliwej regulacji, np. wprowadzenie obowiązku zgłoszenia zamierzonej działalności.[59]

Innym, ugruntowanym i w zasadzie niepodważalnym od kilkudziesięciu lat, poglądem jest tam też przekonanie, że pozwolenia administracyjnego nie można odmówić, jeżeli cel ochrony, dla którego ustanowiono wymóg jego uzyskania, mógłby zostać osiągnięty w drodze pozwolenia udzielonego pod warunkiem, na określony czas lub pod rygorem wykonania czynności zabezpieczających ów cel przed niebezpieczeństwem uszczerbku.[60] Przewidywanie w takich sytuacjach odmowy udzielenia pozwolenia albo wykluczenie możliwości udzielenia pozwolenia wyjątkowego należy bowiem traktować jako ingerencję, która nie jest konieczna do osiągnięcia zamierzonego celu regulacji prawnej. Niewątpliwie też udzielenie pozwolenia obciążonego postanowieniami dodatkowymi może być dla zainteresowanego mniej dotkliwą ingerencją, niż odmowa jego wydania. Przemawiać to

59. Por. P. Badura: Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, pod red. I. Von Münch, Wyd. I, Bad Homburg - Berlin-Zürich 1969, s. 278, K. H. Friauf: Verbot..., op. cit., s. 423, H. Krüger: „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt"..., op. cit., s. 675, B. Preusche: op. cit., s. 94 oraz następujące wyroki Federalnego Trybunału Konstytucyjnego Niemiec: z dnia 7 maja 1953 r. (BverfG E 2, s. 279 i nast.), z dnia 24 października 1957 r. (BverfG E 5, s. 283 i nast.), z dnia 7 kwietnia 1964 r. (BverfG E 17, s. 313 i nast.), z dnia 18 grudnia 1968 r. (BverfG E 25, s. 18 i nast.), z dnia 17 stycznia 1972 r. (BverfG E 33, s. 251-252), z dnia 14 marca 1973 r. (BverfG E 34, s. 78), z dnia 19 marca 1975 r. (BverfG E 39, s. 230 i nast.).

60. H. von Mangoldt: Nebenbestimmungen bei rechtsgewährenden Verwaltungsakten, VerwArch 1932, s. 123, H. Krüger: Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl 1955, s. 451, W. Merk: Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin 1962, H. Schulz-Schaefer: Auflagen zur Beseitigung gesetzlichen Versagungsgründe nach § 2 GastG, GewArch 1964, s. 1. W. Eberth: Landschaftsschutz und rechtsstaatlichen Grundsätze, DVBl 1965, s. 806. K. Kickenbusch: Die öffentlich-rechtliche Genehmigungen privater Rechtsgeschäfte, VerwArch 1966, s. 28-29, W. Hönig: Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten, München 1968, s. 132, 199-200, B. Preusche: op. cit., s. 85 i powoływane tam orzecznictwo niemieckich krajowych i federalnego sądów administracyjnych.

powinno również za zastosowaniem przy określaniu przesłanek decyzji odmownych nie sztywnych norm, lecz regulacji uznaniowej, którą można by wykorzystać w sytuacjach nietypowych, gdy skala zagrożenia dla chronionej wartości ogólnej ustępuje interesowi jednostki w swobodnym rozwijaniu własnej działalności. W odwrotnych okolicznościach, przy nieznacznym ograniczeniu swobody jednostki, ale poważnym zagrożeniu dla podlegających ochronie interesów publicznych, bardziej pożądane mogą się okazać unormowania jasne i nie pozostawiające luzów decyzyjnych organom administracji publicznej.[61]

Analiza obowiązujących w naszym kraju przepisów przewidujących wydawanie zarówno pozwoleń o charakterze wyjątkowym, jak też pozwoleń typowych (opartych na przesłankach determinujących przyszłą decyzję enumeratywnie wyliczonych w aktach normatywnych) prowadzi w tym zakresie do bardzo niepokojących rezultatów. Przepisy te pomijają bowiem milczeniem możliwość zastąpienia decyzji odmownej decyzją pozytywną opatrzoną klauzulami dodatkowymi, których funkcją miałoby być usunięcie przeszkód w uznaniu danego zamierzenia za zgodne z przepisami prawa. Gdy weźmiemy dodatkowo pod uwagę bardzo niekorzystną dla jednostek linię orzecznictwa naszych sądów co do dopuszczalności opatrywania decyzji postanowieniami dodatkowymi,[62] znaczną część obowiązujących w Polsce przepisów ustanawiających wymóg uzyskania pozwolenia należałoby uznać za ograniczające wolności i swobody jednostki w stopniu większym niż jest to konieczne w państwie demokratycznym dla ochrony dóbr i wartości wskazanych w Konstytucji. Uwaga ta dotyczy także wszystkich pozwoleń wydawanych w oparciu o enigmatycznie skontruowane podstawy prawne, nie zawierające - poza samym upoważnieniem do wydania „zezwolenia", „akceptacji", „zatwierdzenia" czy „zgody" - żadnych sformułowań pozwalających na określenie przesłanek, którymi miałby kierować się organ administracji publicznej.

Można także zgodzić się z poglądem, że wprowadzanie wymogu uzyskania pozwolenia jest zbyteczne, gdy istnieje możliwość określenia w przepisach prawa zachowań typowych, nie budzących wątpliwości u adresatów ustawy co do ich nieszkodliwości dla chronionych ustawowo interesów i wyłączenia ich spod mocy danego zakazu czy nakazu.[63] Rzecz jednak w tym, że zastępująca w takich okolicznościach wymóg uzyskania pozwolenia regulacja prawna, opierająca się przewa-

61. Por. H. v. Mangold: ibidem, W. Hönig: op. cit., s. 199 i 203, F. Weyreuter: „Über Baubedinungen", DVBl 1969, s. 298, B. Preusche: op. cit., s. 85.

62. Dominujące w nim oraz w doktrynie jest przekonanie, że postanowienia dodatkowe mogą być wykorzystywane w decyzjach administracyjnych wyłącznie na podstawie wyraźnego upoważnienia ustawowego. Szerzej i krytycznie na ten temat piszę w innym miejscu - por. D.R. Kijowski: Postanowienia dodatkowe ..., op. cit. - wraz z powoływanym tam orzecznictwem polskich i zagranicznych sądów prawa publicznego oraz tamtejszą literaturą przedmiotu.

63. Por. B. Preusche s. 94.

żnie na ogólnym zakazie połączonym ze stosowaniem środków egzekucji administracyjnej, sankcji karnych albo - zakazem kontynuowania rozpoczętej, nie wymagającej pozwolenia, działalności, okazuje się najczęściej mniej skuteczna w ochronie lub realizacji pożądanych celów publicznych. Rzetelna ocena przydatności i nieodzowności techniki opartej na pozwoleniach administracyjnych może być wówczas dokonana dopiero po wyważeniu co jest w danym czasie i miejscu ważniejsze i zasługujące w większym stopniu na akceptację: zwiększony stopień ingerencji w prawa i wolności jednostek czy wyższy stopień zabezpieczenia podlegających ochronie interesów publicznych.[64]

Najistotniejszym w badaniu konieczności rozwiązań prawnych przewidujących obowiązej uzyskiwania pozwoleń administracyjnych jest zweryfikowanie przesłanek uzasadniających obmowę uzyskania pozwolenia. Artykułowane w ten bowiem sposób definitywne zakazy określonych zachowań muszą być przecież niezbędne do osiągnięcia celów, którym służą. Możemy w tym zakresie odwołać już do orzecznictwa polskiego Trybunału Konstytucyjnego.

Oceniając w przytaczanym wyżej wyroku konieczność wprowadzenia zakazu wydawania pozwoleń na prowadzenie taksówek i „nietaksówkowy" przewóz osób od niekaralności prowadzącego tę działalność Trybunał doszedł do wniosku, że „Nastąpiło tu użycie nadmiernego środka w stosunku do zakładanego ustawą celu. Sama bowiem karalność jako jedyna i bezwzględna przesłanka mająca uzasadnić zróżnicowanie podmiotów ubiegających się o zezwolenie - nie może być uznana za cechę usprawiedliwiającą to zróżnicowanie. Nie oznacza to jednak, iż cecha niekaralności nie jest przydatna dla oceny osoby ubiegającej się o zezwolenie, zwłaszcza wtedy, gdy rodzaj popełnionego przestępstwa może mieć wpływ na wykonywanie określonej działalności".

Warte uwypuklenia są też dalsze wywody Trybunału, odwołujące się do możliwości indywidualizowania ograniczeń w postępowaniu sądowym, w którym dochodzi do skazania danej osoby oraz do charakteru zawodu taksówkarza.. Odwołano się tu do regulacji zawartej w Kodeksie karnym z 1997 r., przewidującej - w katalogu środków karnych - „zakaz wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej", a także „zakaz prowadzenia pojazdów" (art. 39 pkt 2 i 3 kodeksu). „Zadaniem sądu - podkreślił Trybunał - jest ustalenie, czy wymierzenie wymienionych środków w danej konkretnej sytuacji w odniesieniu do konkretnego, zindywidualizowanego podmiotu jest konieczne. (...) Główną przesłanką orzeczenia zakazu prowadzenia pojazdów jest potencjalne zagrożenie, jakie dla bezpieczeństwa w ruchu może stwarzać dany kierowca. Jeżeli więc sąd uzna, że wymierzenie powyższych środków nie jest konieczne,

64. Por. ibidem.

trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie dla faktycznego uczynienia tego przez ustawodawcę".

Na przeszkodzie akceptacji powyższych wowodów stoją względy natury pozytywnoprawnej. Otóż w postępowaniu karnym, prowadzonym wobec osoby nie posiadającej prawa jazdy, nie prowadzącej pojazdów mechanicznych albo nie mającej żadnego związku z zawodowym przewozem osób, nie sposób oczekiwać, że sąd wymierzy karę zakazu wykonywania zawodu taksówkarza etc. Zgodnie z art. 41 Kodeksu karnego, sąd może orzec zakaz zajmowania określonego stanowiska albo wykonywania określonego zawodu, jeżeli **sprawca nadużył** przy popełnieniu przestępstwa **stanowiska lub wykonywanego zawodu** albo okazał, że **dalsze zajmowanie stanowiska lub wykonywanie zawodu zagraża** istotnym dobrom chronionym prawem (§ 1). Natomiast zakaz prowadzenia określonej działalności gospodarczej sąd może orzec w razie skazania **za przestępstwo popełnione w związku z prowadzeniem takiej działalności**, jeżeli dalsze jej prowadzenie zagraża istotnym dobrom chronionym prawem (§ 2). Stosownie do art. 42 § 1 tegoż kodeksu, sąd może orzec zakaz prowadzenia pojazdów określonego rodzaju w razie skazania osoby uczestniczącej w ruchu za przestępstwo przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji, w szczególności jeżeli z okoliczności popełnionego przestępstwa wynika, że prowadzenie pojazdu przez tę osobę zagraża bezpieczeństwu w komunikacji. Użyteczność środków karnych wskazanych przez Trybunał - jako bardziej odpowiednich w zapobieganiu zagrożeniom bezpieczeństwa przewożonych osób, mienia oraz innych użytkowników drogi, niż wymaganie niekaralności kierowców trudniących się zawodowo przewozem - należałoby postawić pod znakiem zapytania. Osoba karana za wymienione w ustawie rodzaje przestępstw (przestępstwa karne skarbowe, przeciwko bezpieczeństwu w ruchu lądowym, przeciwko zdrowiu i życiu oraz przeciwko mieniu lub dokumentom), ubiegająca się dopiero o dopuszczenie do wykonywania tej działalności, nie mogłaby bowiem być oceniana przez sąd karny pod kątem zagrożeń, jakie mogłaby stwarzać - za kilka lub nawet kilkanaście lat - bo zastosowanie wymienionych przez Trybunał środków prawnych jest możliwe wyłącznie w przypadku skazania tylko za niektóre z przestępstw i tylko wobec osoby, która daną działalność wykonywała przed popełnieniem czynu karalnego.

Istnieją zatem racjonalne powody badania karalności osób pretendujących do wykonywania zawodu na etapie postępowania administracyjnego zmierzającego do wydania zezwolenia. Nadal wątpliwą pozostaje jednak konieczność takiego uniwersalnego rozwiązania, jakie zastosowano w ustawie. Nie miałbym natomiast zastrzeżeń do niezbędności przepisu umożliwiającego odmowę pozwolenia na wykonywanie zawodu taksówkarza w przypadku skazania na niektóre przestępstwa, także z winy nieumyślnej (niedbały i lekkomyślny kierowca jest równie groźny dla

zdrowia i życia użytkowników dróg oraz pasażerów, jak powodujący wypadki drogowe „po pijanemu").

Trybunał doszedł także do wniosku, że „żadna z osób, do której odnoszą się wzmiankowane ograniczenia, nie pełni, ani nie wykonuje zawodu związanego ze sprawowaniem władzy publicznej, ani nie pełni zawodu zaufania publicznego. A tylko ten fakt mógłby w jakimś stopniu uzasadnić warunek niekaralności za wymienione (w ocenianej ustawie - przyp. D.R.K.) kategorie przestępstw, (co należy podkreślić - także nieumyślnych)". Wydaje się, że perspektywa widzenia problemu zagrożeń łączących się z wykonywaniem zawodu taksówkarza przez osoby karane była i w tym punkcie zbyt wąska, a wymagania stawiane ustawodawcy - nazbyt rygorystyczne, zwłaszcza że pominięto w uzasadnieniu wyroku wskazania powodów mających uzasadniać głoszoną tezę. Uzasadniając wyżej przydatność zastosowanego środka dla ochrony życia i zdrowia ludzi oraz ich mienia sygnalizowałem wprawdzie, że jego nieodzowność (zwłaszcza w tak generalnej postaci) wzbudza wątpliwości, ale nie wydaje mi się, aby wymaganie niekaralności (a tym bardziej niezaliczania się do notorycznych gwałcicieli-recydywistów, zabójców etc.) nie mogło w żadnym przypadku być uznane za niezbędny środek prewencyjny, mający uchronić pasażerki i pasażerów taksówek przed zagrożeniem ich nietykalności cielesnej, zdrowia, a nawet życia.

Ocena niezbędności wymogów uzyskania pozwolenia nie może także pomijać kwestii konieczności wszystkich, dopuszczanych na mocy ustawy, a niejednokrotnie - także na podstawie aktów wykonawczych do ustaw, ograniczeń w korzystaniu z przyznanego pozwolenia. Takie postanowienia dodatkowe, jak terminy, warunki, zlecenia, zastrzeżenia zmiany lub cofnięcia pozwolenia, stanowią nie tylko instrumenty mogące przyczynić się do uelastycznienia regulacji prawnej, dostosowania jej do szybko i nieprzewidywalnie zmieniającej się rzeczywistości, ale są to również ograniczenia w korzystaniu z wolności i praw jednostki gwarantowanych konstytucją i muszą być w związku z tym konieczne do ochrony wskazanych wyżej interesów publicznych i jednostkowych uzasadniających ingerencje w tę sferę życia obywateli i innych osób.[65] Wykonanie tego zadania byłoby w naszych warunkach dosyć trudne.

Jak wyżej wspomniałem, polski ustawodawca jest raczej powściągliwy w dokładnym regulowaniu zasad postępowania przy wydawaniu pozwoleń. Przewidując ustanawianie „*warunków*" rzadko czyni to z zastrzeżeniem, że postanowienia dodatkowe mają być konieczne do osiągnięcia celów, którym mają służyć.[66]

65. Kwestia ta bywa przeważnie pomijana w doktrynie i orzecznictwie - por. źródła wskazane w przyp. 59-61.

66. Por. np art. 6 ust. 2 ustawy z 1933 r. o (zbiórkach publicznych (wykaz Nr 2 poz. 3), § 44 rozporzadzenia Ministra Zdrowia z 1948 r. - Przepisy sanitarne w morskich portach handlowych i przystaniach (wykaz Nr 1 poz.

Przeważnie przepisy ograniczają się do gołosłownego stwierdzenia, że organ może określić w decyzji „*warunki*", na jakich objęta nim działalność ma być oparta.[67] Nie oznacza to jednak, że akty zawierające takie unormowania muszą być natychmiast oceniane jako godzące w zasadę adekwatności. W takich przypadkach należy bowiem uznać, że zasada ta ma bezpośrednie zastosowanie i o tym, czy ingerencja w sferę praw i wolności jednostki jest niezbędna, rozstrzygać należy we wszystkich indywidualnych sprawach, w których organ skorzystał z takiego upoważnienia. O jednym bowiem należy pamiętać - **ustawodawca konstytucyjny**, w art. 31 ust. 3 i w innych wyżej wskazanych przepisach, **mówi** o **konieczności ustanowienia** lub określenia w ustawach ograniczeń w danym prawie lub wolności, bądź w korzystaniu z nich, **a nie - konieczności zastosowania** takiego czy innego **ograniczenia**. Należy - moim zdaniem - przez to rozumieć, że przepisy te wymagają, aby to wprowadzenie w życie przepisu ustawowego miało być środkiem przydatnym i niezbędnym dla ochrony bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, ... etc. Jeżeli cele te nie mogą być osiągnięte bezpośrednio w drodze ustanowienia przez Parlament odpowiedniego prawa, a dla dobra demokratycznego państwa i jego obywateli nie można z nich zrezygnować, koniecznym stanie się określenie w ustawach takich ograniczeń, które będą mogły być zastosowane przez władzę wykonawczą w indywidualnych przypadkach. Konieczność ta wynikać będzie stąd, że bez ustanowienia odpowiedniej ustawy upoważniającej do zindywidualizowanego rozstrzygania o potrzebie poddania się przewidzianym w niej ingerencjom zapewnienie, aby ograniczenia wolności i praw konstytucyjnych stosowane były tylko wtedy, gdy będą mogły doprowadzić do pożądanego celu i nie przekraczały granic niezbędności, nie będzie możliwe.

---

16) art. 6 ust. 4 ustawy z 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (wykaz Nr 1 poz. 33), § 29a rozporządzenia Ministra Żeglugi z 1963 r. w sprawie bezpieczeństwa ruchu zbiornikowców przewożących ciecze palne (wykaz Nr 1 poz. 44), art. 52 ustawy - Prawo wodne z 1974 r. (wykaz Nr 2 poz. 7), art. 63 ust. 4 ustawy o działalności ubezpieczeniowej z 1990 r. (wykaz Nr 1 poz. 90), art. 8 i 17 ust. 2 pkt 1 ustawy o łączności z 1990 r. (wykaz Nr 1 poz. 93), art. 16 ust. 8 ustawy o systemie oświaty z 1991 r. (wykaz Nr 1 poz. 99), art. 5 ust. 1 ustawy o zasadach szczególnej kontroli obrotu z zagranicą towarami i technologiami w związku z porozumieniami i zobowiązaniami międzynarodowymi z 1993 r. (wykaz Nr 2 poz. 10), art. 59 ust. 2 Prawa budowlanego z 1994 r. (wykaz Nr 2 poz. 11), art. 92 § 1, art. 105 § 4, art. 116 § 3, art. 117 § 2 ustawy - Kodeks celny z 1997 r. (wykaz Nr 1 poz. 150). Za wyjątkowe mogą uchodzić bardziej precyzyjne postanowienia zawarte w art. 36 ust. 1 pkt 1 Prawa budowlanego czy art. 37 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji z 1992 r. (wykaz Nr 4 poz. 9).

67. Polski ustawodawca posługuje się zwrotem „warunki" w sposób co najmniej niekonsekwentny i niekoniecznie wtedy, gdy chodzi mu o zdarzenia przyszłe i niepewne, od których uzależniona jest skuteczność prawna wydawanych decyzji. Por. na ten temat szerzej D. R. Kijowski: Postanowienia dodatkowe..., op. cit., s. 143 i nast. Dlatego uzasadnionym wydaje się być używanie tego zwrotu - gdy chodzi o używanie go przez ustawodawcę - w cudzysłowiu. Przykłady takich aktów podawałem w rozdziale czwartym. Klasyczne przykłady prawdziwych warunków, od których ma zależeć prawna skuteczność udzielonych pozwoleń znajdujemy np. w § 44 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 1948 r. - Przepisy sanitarne w morskich portach handlowych i przystaniach (wykaz Nr 1 poz. 16) i w art. 6 ust. 4 ustawy z 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (wykaz Nr 1 poz. 33).

Na zakończenie rozważań o niezbędności rozwiązań prawnych regulujących wydawanie pozwoleń administracyjnych warto skupić się jeszcze nad problemem określania przez ustawy skutków prawnych naruszenia zakazu podejmowania zachowań objętych wymogiem ich uzyskiwania. Ponieważ zakaz taki nie ma - jak wykazano w rozdziale drugim - jedynie formalnego charakteru, jego dotrzymanie powinno być egzekwowane (nie wyłączając środków przymusu). Należy przy tym uznać, że również skutki podjęcia zakazanej działalności przed uzyskaniem pozwolenia powinny być konieczne do zrealizowania celu uzasadniającego wprowadzenie obowiązku jego uzyskania. Powinny tu być zatem użyte tylko takie środki, które spowodują zaniechanie zakazanej działalności, a w szczególności - zapobiegną stwarzaniu zagrożenia dla wartości prawnie chronionych (nie mówiąc już o wyrządzaniu tym dobrom bezpośredniej szkody). Muszą też być to środki niezastępowalne żadnymi innymi, mniej uciążliwymi dla jednostki rozwiązaniami.

Obowiązujące w tym zakresie w naszym kraju przepisy prawne są bardzo lakoniczne. Poza jednym wyjątkiem - Prawem budowlanym z 1994 r.[68] Ustawa ta zawiera trzy oryginalne rozwiązania, z których dwa są zjawiskami nie znajdującymi - według mego rozeznania - precedensu w żadnym innym państwie. W jej art. 48 przewidziano, że właściwy organ nakazuje, w drodze decyzji, rozbiórkę obiektu budowlanego lub jego części, będącego w budowie albo wybudowanego bez wymaganego pozwolenia na budowę. Od tej rygorystycznej sankcji uwalnia jedynie opieszałość samej administracji publicznej, która może zarządzić rozbiórkę jedynie w ciągu 5 lat od dnia zakończenia budowy, o ile jego istnieniu nie przeciwstawiają się ustalenia przepisów o zagospodarowaniu przestrzennym (art. 49). W stosunku do samowolnego prowadzenia innych robót budowlanych, niż wznoszenie obiektu budowlanego, ustawa przewiduje także łagodniejsze skutki - wstrzymanie robót i zobowiązanie do wykonania określonych czynności w celu doprowadzenia wykonywanych robót do stanu zgodnego z prawem i uzyskania pozwolenia na ich wznowienie oraz - określanie terminu wykonania tych czynności (art. 50 i 51). Ten drugi sposób postępowania wobec osób nie respektujących obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę jest typowym i nie wzbudza żadnych zastrzeżeń.

Wprawdzie bezwzględność sankcji przewidzianej w art. 48 nie znalazła aprobaty doktryny,[69] Trybunał Konstytucyjny uznał ją za odpowiadającą wymogom Konstytucji RP, badając sprawę również pod kątem analizowanej zasady adekwatności (proporcjonalności).[70] Z zastosowaną w tej ocenie argumentacją konieczno-

68. Por. wykaz Nr 2, poz. 11.

69. Por. St. Jędrzejewski: Nowe prawo budowlane, Bydgoszcz 1995, idem: Glosa do wyroku NSA z dnia 12 grudnia 1996 r. (II SA/Wr 236/96, OSP 1997, Nr. 11, poz. 202), L. Bar, E. Radziszewski: Nowy Kodeks budowlany. Komentarz, Warszawa 1995, s. 89).

70. Por. wyrok z dnia 12 stycznia 1999 r. ,P. 2/98, OTK 1999, Nr 1, poz. 2.

ści tak surowego środka nie sposób się jednak zgodzić, nawet przy przyjęciu dokonanego przez Trybunał założenia, że dopuszczalnym - z punktu widzenia zasad demokratycznego państwa prawnego - celem takiej regulacji jest przeciwdziałanie rozumianej jedynie formalnie „samowoli budowlanej" i „zapewnienie (również, a może przede wszystkim w aspekcie generalnej prewencji) stanu zgodności z prawem".[71] Doszedł on bowiem do wniosku, że stosowanie bezwzględnego nakazu rozbiórki obiektu budowlanego wybudowanego lub budowanego bez pozwolenia pozostaje w ścisłym związku z ochroną takich wartości konstytucyjnych, jak „konieczność zagwarantowania porządku prawnego, ochrony środowiska, jak również ochrony przed ewentualnym zagrożeniem dla praw lub wolności innych osób". Wprawdzie trudno byłoby podważyć słuszność wielu głębokich wywodów Trybunału na temat potrzeby ochrony tych wartości, a także co do istnienia związku tej reakcji z konstytucyjnymi wartościami usprawiedliwiającymi ingerencję w prawa majątkowe obywateli i innych podmiotów prawa, ale w uzasadnieniu wyroku nie znajdujemy niestety wytłumaczenia dlaczego instytucja prrzymusowej rozbiórki nie mogłaby być zastosowana jedynie wobec tych przypadków, w których doszło już do naruszenia tych wartości. Istniejący lub wznoszony obiekt budowlany nie musi być wszak rozpatrywany jako potencjalne zagrożenie. Jeżeli już stwierdzono jego samowolne wzniesienie lub prowadzenie prac budowlanych, to można już bez większego ryzyka pomyłki ustalić wszystkie realne zagrożenia i naruszenia dób chronionych prawem, a wskazanych przez trybunał, ocenić zgodność z prawem i przeznaczenia i usytuowania i konstrukcji tego „owocu" samowolnej działalności i wyeliminować jedynie „owoce zepsute". Nie sposób bowiem przyjąć za trafną argumentacji Trybunału, że potrzeba ochrony porządku publicznego wymaga aby unicestwiać wszystkie efekty działalności przeprowadzonej niezgodnie z przepisami prawa ale prowadzącymi do rezultatów nie naruszających żadnej normy prawnej. Trybunał nie wykazał również aby zastosowanie takiego instrumentu (a nie samo zagrożenie możliwości orzeczenia rozbiórki) było konieczne do zapewnienia przestrzegania prawa.[72]

71. Przyjęcie takiego założenia przychodzi z trudem, gdyż w państwie prawa wszelkie ograniczenia swobód i praw jednostki winny służyć celom nie formalnym lecz materialnym. Wymaganie pozwoleń nie jest wszak celem samym w sobie. Ma służyć przeciwdziałaniu zagrożeniom dla dóbr publicznych i naruszaniu praw innych osób. Trudno też zaakceptować tezę TK, że stwierdzone w latach 1994-1997 przypadki samowoli budowlanej (w skali 4-7 tysięcy rocznie) wskazują, że jest to zjawisko będące regułą, a nie wyjątkiem, skoro - według danych GUS - w stanie rozpoczętym jest w Polsce rocznie około miliona robót budowlanych.

72. Stanowisko polskiego Trybunału jest nie do pogodzenia z tradycyjnym pojmowaniem niezbędności ingerencji państwa we własność w doktrynie i orzecznictwie zachodnim. Por. H. Müller: Die nachtägliche Erlaubnis im Baurecht ind Gewerberecht, Bamberg 1981. Po przeanalizowaniu doktryny i orzecznictwa autor tego dzieła doszedł do wniosku, że „sam fakt podjęcia działań zakazanych nie wystarcza do podjęcia czynności restytucyjnych (zakaz kontynuowania, przymusowa rozbiórka itp.). Urząd musi wcześniej sprawdzić, czy zostały naruszone reguły prawa materialnego i gdy się to nie potwierdzi - musi wydać pozwolenie *post factum*"

Trzecim ze wspomnianych, kontrowersyjnych środków, mających gwarantować skuteczność wymogu uzyskania pozwolenia na budowę, jest - wynikający z art. 35 ust. 5 Prawa budowlanego - zakaz wydawania pozwoleń w przypadku stwierdzenia, że na terenie, którego dotyczy wniosek zainteresowanego, znajduje się obiekt budowlany, w stosunku do którego orzeczono nakaz rozbiórki. Rozwiązanie to, wprowadzone w wyniku nowelizacji z 1997 r., służyć ma uniemożliwieniu legalizacji obiektów wybudowanych bez pozwolenia na budowę i gwarantować niejako bezwzględność poprzednio omówionej instytucji - „nakazu przymusowej rozbiórki". O ile jest to środek do tego celu niewątpliwie przydatny i nieodzowny, to zarówno sam cel, jak i konieczność takiego ograniczenia praw majątkowych obywateli, wydaje się być wątpliwa z punktu widzenia wymogów art. 31 ust. 3 Konstytucji. Jak wyżej wykazano, samego zapewnienia przestrzegania przepisów nakazujących uzyskiwanie pozwoleń nie da się pomieścić w katalogu wartości wymienionych w tym przepisie ustawy zasadniczej. Nie każda budowa prowadzona bez wymaganego pozwolenia (np. w wyniku mylnego przeświadczenia, że nie jest ono wymagane) prowadzić będzie do naruszeń porządku publicznego, ochrony środowiska, życia, zdrowia oraz inne prawa czy wolności osób trzecich. Zatem i zakaz wydawania pozwoleń na budowę - nawet już rozpoczętą - nie sposób uznać za ingerencję konieczną dla ochrony powyższych wartości, zwłaszcza, że cel ten może być osiągnięty poprzez wykluczenie możliwości uzyskania ich w przypadkach, w których byłoby to - stosownie do postanowień przepisów i planów zagospodarowania przestrzennego, przepisów Prawa budowlanego i innych stosowanych w tym procesie norm - niemożliwe. Do dyspozycji ustawodawcy pozostawały ponadto środki karne, które są zdecydowanie bardziej odpowiednie do sankcjonowania zachowań sprzecznych z prawem i pozwalają na różnicowanie kary stosownie do winy i szkodliwości społecznej popełnionego deliktu. Z możliwości takiej ustawodawca jednak nie skorzystał.

7. Proporcjonalność ingerencji

Podejmując próbę oceny proporcjonalności regulacji prawnej przewidującej obowiązek uzyskania pozwolenia proponuję, aby w procesie wyważania skali ingerencji w swobodę zachowań jednostki z wymaganiami stojącymi przed ustawodawcą w zakresie ochrony interesów usprawiedliwiających jej ograniczanie - za sugestią K.H. Friauf'a - kierować się świadomością, że o skali tej ingerencji przesądzają przesłanki, od których zależy czy pozwolenie zostanie wydane, czy też będzie musiało lub mogło być odmówione.[73] Podczas tego wyważania należy pamiętać, że w przypadkach, w których pozwolenie nie może być wydane, dotkli-

73. Por. K.H. Friauf: Das Verbot..., op. cit., s. 424

wość czyniona adresatowi danej regulacji prawnej - nie różniącej się praktycznie niemal wcale od tej, w której posłużono się zakazem lub nakazem bez zastrzeżenia możliwości uzyskania pozwolenia - polega nie tylko na wyłączeniu ze sfery jego wolności tych zachowań, których decyzja odmowna dotyczy, ale również na konieczności poniesienia nakładów środków i czasu niezbędnego do przeprowadzenia procedury zakończonej taką decyzją.[74] Z tego względu sprawy, w których nakłady takie mogłyby być znaczne (w przypadku pozwoleń przewidywanych przez prawo wodne, prawo budowlane, prawo atomowe, prawo górnicze i geologiczne, prawo kolejowe, telekomunikacyjne itp.), ustawodawca powinien unikać rozwiązań, w których aplikujący o pozwolenie narażani byliby na ponoszenie wysokich kosztów na przygotowanie niezbędnej dokumentacji w sytuacjach, w których mogłaby zapaść wcześniej decyzja wstępna (rozstrzygająca co do zasady o braku przeszkód do wydania decyzji pozytywnej lub promesa pozwolenia) i wnioskodawca miałby szansę uniknięcia zbytecznych wydatków. Wykluczenie takiej możliwości należałoby traktować jako przejaw zastosowania ograniczenia powodującego nieproporcjonalnie uciążliwe, nie usprawiedliwione celami ingerencji dotkliwości dla osób, do których się odnoszą.

W okolicznościach, w których - stosownie do brzmienia przesłanek determinujących wydanie pozwolenia - organ nie miałby prawa odmówić starającemu się pozytywnej decyzji, ustanowienie zakazu podejmowania zachowań będących jego przedmiotem przed uzyskaniem akceptacji zamiaru przez właściwy organ administracji jest w zasadzie równoznaczne z czasowym przesunięciem możliwości korzystania przez jednostkę z przysługującego jej prawa do swobodnego zachowania w danej dziedzinie. Spotkać możemy w doktrynie stwierdzenia, że jej prawa i wolności konstytucyjne nie doznają tu żadnych materialnych ograniczeń, chociaż również i w tym przypadku dochodzi do uciążliwości związanych z koniecznością poddania się procedurze zmierzającej do wydania decyzji.[75]

Pogląd ten wydaje się być błędnym. Szereg ustaw zastrzegających konieczność uzyskiwanie pozwoleń przewiduje bowiem, że - oprócz samego przyzwolenia na dokonanie danej czynności lub prowadzenie określonej działalności - wydawane decyzje zawierać muszą postanowienia określające mniej lub bardziej szczegółowe warunki i zalecenia determinujące możliwość korzystania przez jednostkę z przysługującego jej uprawnienia. Ocena proporcjonalności regulacji przewidującej wydawanie takich pozwoleń nie może pomijać badania dokonywanych w

74. B. Preusche mówi o tego typu dotkliwościach - „ciężary" (Lasten); por. idem: op. cit., s. 96. Trudno jednak zaprzeczyć, że konieczność poświęcania czasu i środków pieniężnych na przeprowadzenie postępowania w celu uzyskania wymaganego pozwolenia ma jednak wpływ na prawa majątkowe i inne swobody chronione Konstytucją, jeżeli pozwolenie dotyczy właśnie tych dziedzin.

75. Por. B. Preusche, op. cit., s. 95 i 96.

ten sposób dotkliwości. Nie można tego problemu zamknąć poprzez stwierdzenie, że rezygnując z upoważniania do ustanowienia takich postanowień ustawodawca musiałby zdecydować się na zobligowanie organów administracji publicznej do jeszcze bardziej dotkliwego rozstrzygnięcia, a mianowicie - do odmawiania pozwoleń. Zasada współmierności wymaga wszak, aby ingerencja była równocześnie i konieczna i dotkliwa proporcjonalnie do osiąganego celu. Nie ma powodu, aby rezygnować z oceniania uciążliwości koniecznej ingerencji dla ograniczanych przez nią swobód wówczas, gdy materializuje się ona w postaci, obciążających posiadacza pozwolenia, tego typu postanowień dodatkowych. Ponadto, szereg pozwoleń wprowadzanych jest do porządku prawnego właśnie po to, aby - przy pomocy zleceń, warunków, terminów i innych zastrzeżeń - umożliwić władzy wykonawczej takie regulowanie i sterowanie zachowaniami jednostek, aby nie prowadziły one do wywoływania szkód w dobrach i wartościach podlegających ochronie. W rozdziale poprzednim wskazano wiele przykładów tego typu spraw, w których problemem stojącym przed organem administracji jest nie odpowiedź na pytanie: „czy udzielić pozwolenia ?" ale raczej rozstrzygnięcie dylematu: „jaką treść nadać pozwoleniu, którego ustawa nie dopuszcza odmówić ?" Ocenie proporcjonalności podlegać powinny w takiej sytuacji nie tylko zastrzeżenia zastosowane w konkretnym przypadku ale także przepisy określające zakres przedmiotowy, czasowy, podmiotowy i przestrzenny obwarowań, które miałyby być umieszczane w decyzjach.

Podobnie, jak w przypadku oceny niezbędności tego typu klauzul, również i w tym miejscu należy stwierdzić, że - charakterystyczny w polskim systemie prawa - brak wypowiedzi ustawodawcy co do granic, w jakich ma być zawarta treść warunków czy zleceń, nie oznacza samo przez się, ani niekonstytucyjności takich przepisów ani dowolności organu zamierzającego wykorzystać pozostawione mu przez ustawodawcę możliwości. Ponieważ zasada współmierności winna być - jako elementarny składnik systemu prawa opartego na zasadach państwa prawnego - stosowana także przez władze administracyjne, również ich ingerencje, wykorzystujące ustawowe ograniczenia swobód i innych praw konstytucyjnych, muszą być badane pod kątem proporcjonalności wyrządzanych jednostkom dotkliwości. W tych przypadkach, w których prawodawca zdecydował się na określenie reguł zastosowania w pozwoleniach postanowień dodatkowych,[76] ze względu na zastosowanie jednego tylko zastrzeżenia (o konieczności ich wykorzystywania tylko gdy jest to niezbędne dla osiągnięcia celu regulacji ustawowej), ocena proporcjonalności ustanowionych ograniczeń musi również być przeniesiona na etap wykonywania ustawy.

76. Dwa takie przykłady zasygnalizowałem w przypisie 61 (*in fine*).

Z dotychczasowych wywodów ewidentnie wynika, że spowodowana wymogiem uzyskania pozwolenia skala ingerencji władzy państwowej w wolność zachowań jednostki jest zróżnicowana i da się niejako postopniować: od „najłagodniejszej" ingerencji - w postaci konieczności zniesienia czasowej niedopuszczalności korzystania z tej swobody kończącej się uzyskaniem nie wymagającego żadnych majątkowych nakładów zainteresowanego pozwolenia - do całkowitego (definitywnego, nieodwołalnego) wyłączenia pewnej grupy zachowań z obszaru, na który rozciąga się dane prawo i lub konstytucyjnie chroniona i gwarantowana wolność.[77] Temu stopniowemu zaostrzaniu ingerencji odpowiadać powinny również odpowiednio zaostrzone wymagania w zakresie respektowania nakazu proporcjonalności. Im zagrożenie dla podlegającego również konstytucyjnej ochronie interesu publicznego jest większe, albo szkoda, jaka mogłaby być mu wyrządzona - dotkliwsza, tym bardziej uzasadnione może być ostrzejsze, przewidziane w ustawie ograniczenie swobody jednostki. O ile wprowadzenie samego wymogu uzyskania pozwolenia da się uzasadnić nieznacznym jedynie - ale realnym - zagrożeniem, upoważnienie do wydania decyzji odmownej musi się łączyć z większą skalą zagrożenia, a zobowiązanie do wydania decyzji odmownej powinno odnosić się jedynie do takich - dających się z góry ocenić - sytuacji, w których dokonanie wymagającej pozwolenia czynności lub prowadzenie określonej przepisem działalności oznaczałoby sprowadzenie nieuchronnej szkody dla dobra wymagającego ochrony prawnej.

Z nieproporcjonalnością ingerencji ustawodawcy w swobodę zachowań jednostki mielibyśmy do czynienia w takim przypadku, w którym szkoda wyrządzona zainteresowanemu, zmuszonemu do poświęcenia czasu i nakładów niezbędnych na przeprowadzenie postępowania pozwoleniowego, sprawdzenia w nim zagrożeń dla dóbr, podlegających w danego typu sprawie ochronie prawnej i określenia jego uprawnień i obowiązków, znajdującemu się w sytuacji faktycznej nie dającej podstawy do wydania decyzji odmownej, łączyłaby się z dodatkową stratą wynikającą z potrzeby niezwłocznego podjęcia danej, nie cierpiącej zwłoki czynności. W takich okolicznościach ustawodawca powinien przewidywać nie obowiązek uzyskania pozwolenia, lecz zgłoszenie połączone z możliwością zarządzenia indywidualnego zakazu; zwłaszcza, gdy usunięcie szkód wywołanych działaniem, bezzasadnie uznanym za nie dające podstaw do zastosowanie indywidualnego zakazu, wymagałoby mniejszych nakładów ze środków publicznych, niż koszty postępowania pozwoleniowego.

77. Na „stpniowalność" ingerencji w prawa i wolności i konieczność limitowania ograniczeń proporcjonalnie do stopnia zagrożenia, wskazał - powołując się na jedno z orzeczeń trybunału niemieckiego - także polski Trybunał Konstytucyjny - por. przytaczany wielokrotnie wyrok TK z dnia 26 kwietnia 1999 r.

Badanie proporcjonalności ustawowych ograniczeń - polegających na wymogu uzyskiwania pozwolenia, ingerowania w sferę swobód jednostki poprzez nadawanie im odpowiedniej treści (łącznie z wyznaczaniem terminów, zleceń, warunków i innych zastrzeżeń), a także na określaniu okoliczności, w których pozwolenie nie może być udzielone - sprawia w praktyce trybunałów konstytucyjnych niemałe kłopoty. Trafiają się one również naszemu trybunałowi. Oto przykłady takich problemów z zastosowaniem ostatniego z elementów zasady współmierności

W przytaczanym już wyroku z dnia 8 kwietnia 1998 r., mimo odwołania się do zasady proporcjonalności, znajdujemy w uzasadnieniu następujące sformułowanie: „To, że jakieś zagadnienie (...) poddano regulacji prawa publicznego, nakazuje przy kolizji interesu jednostki z interesem publicznym uwzględniać w pierwszym rzędzie interes publiczny. Ochrona interesu prywatnego wyrażać się będzie w takim wypadku w ustanowieniu odpowiedniego *vacatio legis* i ochronie praw jednostki przed rzeczywistymi, wynikającymi bezpośrednio z ustawy ujemnymi następstwami. Hipotetyczne zagrożenie utratą przyszłych korzyści nie może być skutecznie przez jednostkę przeciwstawione względom ochrony interesu publicznego, zwłaszcza, gdy ten ostatni nie ma wymiaru majątkowego." Twierdzenia te są jaskrawym dowodem rezygnacji przez Trybunał z kompleksowego zastosowania zasady, na którą się sam powołał. Wykluczono tu bowiem *a'priori* potrzebę i możliwość wyważania interesu publicznego z interesem jednostki zakładając generalnie, że żadnemu interesowi publicznemu (zwłaszcza niemajątkowemu) nie da się przeciwstawić interesu jednostki w zachowaniu dobrze nabytego prawa (tu - z ostatecznej decyzji o udzieleniu pozwolenia na czas nieokreślony).

Do odmiennego wniosku doszedł Trybunał w powoływanym wyżej wyroku z dnia 15 września 1998 r. (K.10/98). Tym razem - zestawiając ze sobą zasługujący na realizację i usprawiedliwiający ingerencję w konstytucyjne prawo swobodnego prowadzenia działalności gospodarczej interes publiczny, polegający na włączeniu sprzedawców napojów alkoholowych w pokrywanie kosztów profilaktyki i rozwiązywania w gminach problemów alkoholowych, z nabytymi na mocy ostatecznych decyzji uprawnieniami do prowadzenia działalności gospodarczej - orzekł, że interesy publiczne nie przeważają interesów jednostki wynikających z zasady ochrony praw nabytych, zaufania do państwa i prawa oraz zakazu nadawania przepisom regulującym warunki prowadzenia działalności gospodarczej mocy wstecznej. Podobnie uczyniono w analizowanej wcześniej sprawie dopuszczalności wymagania od przewoźników niekaralności. W swym wyroku Trybunał - powołując się na dyrektywy Unii Europejskiej, stawiające tej grupie zawodowej warunek posiadania „dobrej reputacji" - zaznaczył wyraźnie, że jego zastosowanie „wymaga starannego wyważenia interesu publicznego i prywatnego oraz doboru proporcjonalnego środka dla zrealizowania zamierzonego celu".

Osobne zagadnienie w badaniu adekwatności regulacji posługujących się pozwoleniem administracyjnym stanowi kwestia skutków naruszenia zakazu wykonywania danej działalności bez pozwolenia. W doktrynie niemieckiej panuje w tej kwestii pogląd, że przewidziane w ustawie skutki prawne zachowania niezgodnego z zakazem, ustanowionym z zastrzeżeniem możliwości lub konieczności wydania pozwolenia, powinny być traktowane także jako przejaw - w pewnym sensie - skali jego dotkliwości dla prawnej wolności jednostki (intensywności ingerencji). Powinny zatem również odpowiadać wymogowi stopniowego zaostrzania ograniczeń - proporcjonalnie do wyznaczonego, zakresem przedmiotowym zakazu i przesłankami uzasadniającymi odmowę pozwolenia, stopnia ochrony interesu publicznego. Inne - cięższe - sankcje powinny być przewidziane dla zachowań przeciwstawiających się owemu zakazowi w sytuacji, w której pozwolenia odmówiono bądź gdy należałoby go - w świetle obowiązującego prawa - odmówić, niż wówczas, gdy zainteresowanemu służyło roszczenie o udzielenie pozwolenia, gdy brak było podstaw prawnych do jego odmowy.[78]

Takie właśnie podejście do zagadnienia zaprezentował Naczelny Sąd Administracyjny w postanowieniu o skierowaniu pytania prawnego do Trybunału Konstytucyjnego co do zgodności omawianej już wcześniej regulacji prawnej zawartej w art. 48 Prawa budowlanego. Trybunał nie podzielił jednak zapatrywań NSA i uznał, że przepisy zobowiązujące organy nadzoru budowlanego do bezwzględnego nakazywania rozbiórki każdego obiektu budowlanego wybudowanego lub będącego w budowie, bez wymaganego pozwolenia (pomijając przypadki robót zakończonych co najmniej 5 lat przed stwierdzeniem samowoli inwestora) i to niezależnie od tego, czy ich usytuowanie, konstrukcja, funkcja, wywoływane emisje zakłóceń i zanieczyszczeń do otoczenia itp. pozostają w zgodności - czy w sprzeczności - z obowiązującym prawem.

Na rezultat rozważań Trybunału mogło mieć niewątpliwie wpływ, sygnalizowane już wcześniej, nazbyt pochopne przyjęcie, że istota zasady proporcjonalności zamyka się w granicach wyznaczonych brzmieniem art. 31 ust. 3 Konstytucji. Z przepisu tego nie wynika bowiem jednoznacznie, że wszelkie nieodzowne ingerencje służące dla ochrony wymienionych w nim dóbr muszą podlegać ocenie co do tego czy - jak to wyraził ten sam trybunał w powoływanych wcześniej wyrokach z dnia 9 sierpnia 1998 r. (K. 28/97) i z dnia 26 kwietnia 1999 r. (K. 33/98) - ich efekty pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela. Nie ulega jednak wątpliwości, że konieczność zachowania wyważonych proporcji między skalą dotkliwości, a doniosłością zagrożonego nieograniczonym korzystaniem z wolności interesu publicznego, stanowi - jak wyżej wykazano - elementar-

78. Por. B. Preusche, op. cit., s 96.

ny składnik ustroju i prawa każdego demokratycznego państwa prawnego. Tymczasem w orzeczeniu akceptującym krytykowane z wielu stron rozwiązania prawa budowlanego znajdujemy (nie po raz pierwszy i ostatni[79]) deklarację wskazującą jak gdyby na rezygnację przez Trybunał z kompetencji do badania proporcjonalości ustaw w ścisłym tej reguły znaczeniu. Stwierdzono w nim, że „na zakres oceny celowości doboru przez ustawodawcę takiej właśnie - bezwarunkowej i zdecydowanej - metody działania organów administracji publicznej wpływać musi powoływany wcześniej brak legitymacji Trybunału Konstytucyjnego do ingerowania w sferę politycznej swobody działania władzy ustawodawczej". Niestety Trybunał nie w każdej sprawie dostrzega różnicę między ingerowaniem w swobodę wyboru środków działania przez władzę ustawodawczą a ingerowaniem w „polityczną swobodę" tej władzy. Trybunał nie powinien niewątpliwie wkraczać w tę drugą, czyli tam, gdzie ustawodawca ma do wyboru co najmniej dwa rozwiązania zgodne z zasadami konstytucyjnymi. Nie można natomiast zaprzeczać, że ocena wyboru środka nieproporcjonalnie uciążliwego nie mieści się w granicach „politycznej swobody" władzy ustawodawczej czy wykonawczej, ale jest domeną organów wymiaru sprawiedliwości i Trybunału Konstytucyjnego.

Kolejną przyczyną „pobłażliwości", jaką wykazał się Trybunał oceniając art. 48 Prawa budowlanego, mogło być przyjęcie - błędnego moim zdaniem - założenia, że „wydanie nakazu rozbiórki nie pozbawia właściciela uprawnień do korzystania z nieruchomości", a „wyłącznym celem zastosowania tego przepisu jest usunięcie skutków naruszenia przepisów prawa budowlanego, a nie represjonowanie sprawcy samowoli". Wprawdzie podjęcie decyzji nakazującej rozbiórkę rzeczywiście nie powoduje bezpośrednio zmian w możliwościach korzystania z nieruchomości ale ma niewątpliwie właśnie taki cel i jej wykonanie do tego celu doprowadza. Przecież wzniesiony budynek jest częścią składową nieruchomości i jego rozebranie nie tylko uniemożliwi korzystanie z tej jej części, ale spowoduje jej całkowite zniszczenie! Takiego efektu nie sposób też inaczej nazwać, jak dotkliwą represję wobec właściciela (za nie zawsze zawinione zrealizowanie nie zawsze społecznie niebezpiecznego obiektu budowlanego). W ostatecznym rezultacie Trybunał zdecydował się na zaakceptowanie rozwiązania ustawowego, przy którego zastosowaniu organy administracji publicznej zmuszone są do identycznej, maksymalnej w swej dotkliwości ingerencji w prawo własności i inne prawa majątkowe, niezależnie od tego, czy jest ona konieczna i usprawiedliwiona skalą zagrożenia dla konstytucyjnych wartości. Tym samym zmuszono władze wykonawcze do nieproporcjonalnych ograniczeń tych praw, a można by nawet rzec - do naruszenia

79. Por. orzeczenie TK z dnia 31 stycznia 1996 r. K. 9/95 (OTK 1996 Nr 1, poz. 2) oraz wyroki z dnia 26 kwietnia 1999 r. K. 33/98 (OTK 1999 r. Nr 4, poz. 71 - pkt III. 4.) i z dnia 11 maja 1999 r. K.13/98 (OTK 1999 r., Nr 4, poz. 74 - Pkt III. 2)

ich istoty (skoro część majątku właściciela może być pod przymusem zniszczona nawet wówczas, gdy jej stan odpowiada obowiązującemu prawu).

Podczas badania proporcjonalności ustawowych wymogów uzyskania pozwolenia należy mieć na uwadze, że państwie demokratycznym, opierającym się na powszechnej wolności jednostek i gwarantującym każdemu możliwości, nieskrępowanego zbytecznymi ingerencjami władzy publicznej, rozwoju własnej osobowości, należy brać pod uwagę nie tylko skalę i intensywność dotkliwości, jakie wyrządza się daną regulacją prawną jednostce i jej indywidualnym prawom i wolnościom. Trzeba w tym „rachunku względów i interesów" brać także pod uwagę interes publiczny w zachowaniu maksymalnie szerokiej sfery praw i wolności obywatelskich. Ich ochrona jest bowiem nie tylko interesem jednostkowym, ale również jednym z głównych zadań władzy publicznej. W kontekście powyższego stwierdzenia należałoby też oczekiwać takiego redagowania przepisów ustaw, które nie pozostawiały jednostkę niejako „na pastwę" urzędników i ich samowolnych ocen oraz decyzji. Wymagać trzeba, by przepisy przewidujące konieczność uzyskania pozwolenia były redagowane na tyle jasno i „treściwie", by zarówno instancyjna, jak i sądowa kontrola ich prawidłowości, mająca zapewnić jednostce ochronę przed samowolą administracyjną nie stawała się iluzoryczna.[80] Wskazane w załącznikach do niniejszej pracy bardzo liczne przykłady rozwiązań prawnych, w których ustawodawca pominął jakiekolwiek określenie zarówno celu wymagania pozwoleń, jak i przesłanek, od których spełnienia zależy ich wydanie, mogą bez wątpienia wzbudzać wątpliwości co do ich zgodności z Konstytucją (przynajmniej w takiej części, w jakiej dotyczą zachowań mieszczących się w zakresie swobodnego korzystania z prawa własności, wolności działalności gospodarczej i innych konstytucyjnych praw i wolności człowieka i obywatela).

III. Pozostałe konstytucyjne ograniczenia stosowania pozwoleń administracyjnych

8. Określoność przepisów przewidujących konieczność uzyskania pozwolenia

Pozostawiając do rozważenia w dalszej części problem przestrzegania w poszczególnych regulacjach prawnych, wynikającego z postanowień wskazanych wyżej przepisów Konstytucji wymogu, aby wszelkie ograniczenia praw i wolności jednostki były określone przez ustawy (a nie jedynie na ich podstawie), chciałbym

80. Por. B. Preusche: op. cit., s. 97.

rozpocząć od próby udzielenia odpowiedzi na pytanie: czy sama technika regulacji prawnej oparta na wprowadzaniu obowiązku uzyskania pozwolenia administracyjnego jest do pogodzenia z obowiązującą aktualnie ustawą zasadniczą. Nasuwa się bowiem wątpliwość, czy tego typu praktyka legislacyjna nie jest - ze względu na swą istotę i strukturę - zabiegiem, w którym rola aktu i organu określającego ograniczenia w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności przypada nie - jak wymaga tego obowiązująca Konstytucja - ustawie i Parlamentowi, lecz decyzji administracyjnej i organowi administracji publicznej.

Jest bowiem jeszcze jeden (poza wskazanymi w pkt. 2) - bardzo istotny - powód, który uzasadnia zaprezentowane powyżej podejście do zakresu i momentu, w jakim dochodzi do ograniczeń praw i wolności jednostki ustanawianymi wymogami uzyskania pozwolenia. Przyczyna konieczności odrzucenia poglądów, że ograniczenie wolności i praw jednostki następuje dopiero w chwili, gdy otrzyma ona decyzję odmawiającą udzielenia pozwolenia, a także upatrujących w wydanych pozwoleniach źródeł powstania uprawnień do podejmowania zachowań opisanych w tych aktach, tkwi właśnie w konstytucyjnych nakazach, aby wszelkie ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych były określane w ustawach (a nie jedynie na ich podstawie). O ile bowiem w przypadku pozwoleń wydawanych na podstawie przepisów określających wyczerpująco przesłanki decyzji pozytywnej lub odmownej (których jest przecież w naszym prawie zdecydowana mniejszość), o każdym elemencie ograniczenia swobód adresata będziemy mogli powiedzieć, że został określony w ustawie, w przypadku pozwoleń wydawanych w oparciu o przepisy nie zawierające katalogu takich przesłanek będzie istniało ryzyko, że - wbrew powyższej regule konstytucyjnej - rolę aktu określającego to ograniczenie (okoliczności faktyczne, w jakich nastąpi odmowa udzielenia pozwolenia) przejmowałby organ administracji publicznej. I w ten oto sposób tego typu ograniczenia - bez których we współczesnym świecie nie może się obyć żadna władza wykonawcza (kontyngenty celne, plafony, tzw. koncesje itp.) - musiałyby zostać uznane w Polsce za konstytucyjnie niedopuszczalne. Jedynie wówczas, gdy przyjmiemy, że udzielając pozwolenia, nie zaliczanego powszechnie do tzw. decyzji związanych, organ administracji publicznej nie określa samodzielnie zakresu uprawnień do swobodnego działania w danej dziedzinie, ale stwierdza, że jest to działalność, na której przeszkodzie nie stoją żadne postanowienia ustawowe, regulując jednostkową sytuację musi czynić to wyłącznie na podstawie i w granicach ustaw, zachowamy konstytucyjny wymóg, aby ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych jednostki określała jedynie ustawa.

Problem ten nie powstanie jedynie w takich przypadkach, w których wymóg uzyskania pozwolenia dotyczy zachowań, których nie da się pomieścić w sferze prawnej ogólnej wolności zachowań jednostki. Mam tu na myśli te sytuacje, które tradycyjna doktryna określała jako prawdziwe koncesje, a współcześnie - przeważ-

nie jako akty „upoważnienia" (Beleihung). Jeżeli ustawa wymaga uzyskania pozwolenia („koncesji") na wykonywanie niektórych funkcji publicznych (np. egzaminowania ubiegających się o prawo jazdy, zarządzającego specjalną strefą ekonomiczną, uzyskania prawa do wykorzystania wody stanowiącej własność państwa na własne cele zarobkowe itp., to w takiej części, w jakiej dochodzi w tego typu sprawach o wyposażenie jednostki w pewne funkcje władcze w stosunku do osób trzecich, nie sposób uznać, że są to zachowania mieszczące się w obszarze praw lub wolności obywatelskich. W tego rodzaju sytuacjach nakaz konstytucyjny, aby ograniczenia praw i wolności jednostki następowały w drodze ustawy, nie ma zastosowania: udzielenie pozwolenia określa tu i ustanawia uprawnienie jednostki, ale nie jest to następstwem uprzedniego ograniczenia swobód jednostki.

Oprócz „podręcznikowych", jak wynika z przeprowadzonych badań - dosyć rzadkich uregulowań, w których ustawodawca wskazuje, w których przypadkach pozwolenie ma być wydane lub nie, badanie konstytucyjności przewidywanych prawem dotkliwości nimi wyrządzanych musi skupiać się na tych rozwiązaniach prawnych, z których wynika, że pozwolenie nie musi ale może być wydane bądź odmówione. W literaturze przedmiotu spotkać możemy pogląd, że swoboda zachowania w danej dziedzinie doznaje dodatkowych - poza wyżej wskazanymi - ograniczeń. Twierdzi się, że staje się ona wówczas „obciążona stosownym upoważnieniem (administracji publicznej - przyp. D.R.K.) do ingerencji" (*mit einer entsprechenden Eingriffsermächtigung belastet*).[81] Jeżeli miałoby to oznaczać coś więcej niż upoważnienie do autorytatywnego stwierdzenia, że istnieją albo brak jest, opartych na przepisach ustawowych, argumentów uzasadniających uznanie danego przedsięwzięcia za niemożliwe do pogodzenia z określonymi w nich potrzebami ochrony wskazanych wyżej wartości i dóbr, bądź ewentualnie określenie - na podstawie przepisów ustawowych - sytuacji albo/i zachowań jednostki (lub osób trzecich), od których zależy uznanie danego przedsięwzięcia za dopuszczalne, to nie sposób byłoby - w warunkach polskich - z takim podejściem się zgodzić, przynajmniej w takim zakresie, w jakim pozwolenia miałyby dotyczyć sfery znacznej części konstytucyjnych praw i wolności człowieka i obywatela. Byłoby to bowiem równoznaczne z określaniem ograniczeń praw i wolności jednostki nie w ustawach lecz aktach niższej rangi albo nawet w samych decyzjach administracyjnych.

Analizując problem określoności przepisów ustawowych przewidujących obowiązek uzyskania pozwolenia administracyjnego, powinniśmy pamiętać o tym, że polska Konstytucja - chyba nie przypadkowo - posługuje się zarówno zwrotem przewidującym, że ograniczenia praw i wolności jednostki będą „określane" w

81. B. Preusche: op. cit., s. 96.

ustawach, jak i zwrotem zapowiadającym ich „ustanawianie" w aktach tej rangi. Może to wywoływać zasadne wrażenie, że mamy do czynienia z mniej i bardziej rygorystycznym podejściem do udziału administracji publicznej w kształtowaniu pozycji prawnej jednostki. Domagając się „ustanowienia" ograniczeń w ustawie (np. art. 31 ust. 3) Konstytucja zdaje się dopuszczać częściowe określanie tych ograniczeń w aktach niższego rzędu, o ile będzie to następowało zgodnie z przewidzianymi w niej wymogami wydawania aktów zawierających przepisy powszechnie obowiązujące (w art. 92), a nawet - w indywidualnych decyzjach administracyjnych. Tam, gdzie przepis konstytucyjny mówi o „określaniu" tych ograniczeń w ustawach (w art.art. 25, 34, 37, 41, 42, 46, 48-52, 56-59, 61, 65-70, 75 i 76), można by wywodzić, że jest to niemożliwe, bo „określanie" ograniczeń jest materią ustawową. Potwierdzenie trafności takiego wnioskowania możemy znaleźć w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego.[82] Ponieważ jednak „regulowanie" sytuacji prawnej jednostki jest istotą wszystkich pozwoleń (nie wyłączając koncesji i pozwoleń wyjątkowych), a trudno zaprzeczyć, że „regulując" sytuację jednostkową organ administracji ją „określa", tak rygorystyczne podejście trzeba ocenić jako przesadne. Zwłaszcza, że - jak dotąd - Trybunał nigdy nie zakwestionował niekonstytucyjności ustaw przewidujących wydawanie pozwoleń administracyjnych zawierających bardzo dużą dozę kompetencji administracji do „określania" pozycji prawnej obywateli i innych podmiotów (np. tzw. „koncesji alkoholowych").

Jako prawidłowe należy przyjąć takie rozumienie powyższego rozróżnienia, które zakłada, że ustawa:

1) określa zakres dopuszczalnych ograniczeń swobód lub praw jednostki,

2) ustala zasady wprowadzania tych ograniczeń w życie,

3) dopuszcza uregulowanie szczegółowych zasad podejmowania indywidualnych decyzji w aktach wykonawczych w granicach określonych w art. 92 Konstytucji,

4) dopuszcza określanie sytuacji jednostki w decyzjach podejmowanych na podstawie ustaw i zgodnie z nimi oraz z aktami określonymi w pkt 3.

Byłoby to zarówno racjonalne wybrnięcie ze swoistego syndromu, zgodne z istotą i sensem Konstytucji, jak też - odpowiadające podejściu do tego problemu w zachodniej doktrynie i orzecznictwie. Odwołując się chociażby do często powoływanej w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego doktryny niemieckiej możemy - z uwagi na porównywalne uregulowanie materii ograniczeń praw fundamentalnych (*Grudrechte*) w konstytucji bońskiej do rozwiązań zastoso-

82. Por. wyroki powoływane w poprzednich przypisach.

wanych w naszej Konstytucji - powtórzyć, że upoważnienie do udzielania pozwoleń administracyjnych jest upoważnieniem do określania sytuacji prawnej jednostki, a możliwość zacieśniającego określania wolności obywatela przez administrację państwową, za pomocą takiego instrumentu, jak pozwolenie administracyjne, musi być określona ustawowo.[83] Nie da się współcześnie zaakceptować klasycznego niejako stanowiska, że ponieważ odmowa udzielenia pozwolenia nie stanowi ingerencji we własność lub inne prawa lub wolności jednostki (jako, że nie ustanawia zakazu, a jedynie konkretyzuje zakaz ustanowiony w ustawie), nie jest konieczne ustawowe regulowanie przesłanek, na których taka decyzja jest opierana.[84] Wymóg uzyskania pozwolenia nie jest przecież samodzielnym elementem porządku prawnego, jest częścią składową regulacji będącej ingerencją w sferę wolności jednostki (poprzez zakazy podejmowania działań bez pozwolenia oraz upoważnieniem do odmawiania pozwoleń, bądź obciążania ich różnymi dodatkowymi klauzulami). Z tego też względu musi być uregulowany (określony) w ustawie. Powinna ona określać sytuacje (okoliczności), od których wystąpienia zależy rodzaj rozstrzygnięcia (pozwolenie lub odmowa pozwolenia) oraz treść pozytywnych decyzji. W innym przypadku dopuścilibyśmy dokonywanie ingerencji w wolność jednostki w przypadkach określanych samodzielnie przez organ administracji, a nie przez ustawę.[85]

Spotkać możemy we współczesnej doktrynie poglądy, że **wszystkie** uprawnienia władzy wykonawczej, które dotyczą bezpośrednio sytuacji prawnej obywatela, muszą być określone w ustawie, a w tym - także kompetencje do wydania, odmowy czy cofnięcia pozwolenia.[86] Stwierdzenie to nie rozwiązuje jednakże tego praktycznego problemu do końca. Jest przecież rzeczą oczywistą, że „określając" wymogi, jakie należy spełnić, aby wydać lub cofnąć pozwolenia, albo -- odmówić wydania takich decyzji, ustawodawca będzie zmuszony posługiwać się zwrotami, które nie zawsze będą jednoznaczne. Nie wystarczy też powiedzieć, że przepisy wprowadzające pozwolenie administracyjne do każdej dziedziny powinny być dokładne, precyzyjne itp. Konieczne jest zatem znalezienie pewnych metod oceny

83. Por. J. Friauf: Verbot..., op. cit., s. 424, W. Schaumann: Gleicheit und Gestzmäßigheitprinzip, JZ 1966, s. 721, B. Preusche: op. cit., s. 99. W doktrynie szwajcarskiej podobnie pisze F. Gygi: Verwaltungsrecht, op. cit., s. 78-80.

84. Por. H. Krüger: Rechtsstaatliche Gestzgebungtechnik, DÖV 1956, s. 554, idem: „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt", op. cit., DÖV 1958, s. 676

85. Por. B. Preusche (op. cit., s. 100), który wyjaśnia ingerencyjny charakter odmowy pozwolenia przez założenie, że ustanowienie wymogu jego uzyskania powoduje przekształcenie ogólnej wolności jednostki w danej dziedzinie w prawo do uzyskania pozwolenia, o ile nie będzie go można odmówić. Jeżeli ustawy nie określają sytuacji, w których może dojść do decyzji odmownej, wprowadzenie wymogu uzyskania pozwolenia nie powoduje żadnych ograniczeń w tej wolności. Jednostce służy wówczas prawo do powstrzymania się od administracyjnej ingerencji w tę sferę.

86. Por. E. Franßen: Über bedinungsfeindliche Verwaltungsakte, Münster 1969, s. 72.

i kategorii, do których należy się odwoływać odpowiadając na pytanie o wystarczalność dookreślenia przez ustawodawcę przepisów determinujących treść późniejszych rozstrzygnięć. Dostarcza nam ich obowiązująca Konstytucja RP. Tkwią one w zasadach: podziału władz, demokracji, równości, zaufania do państwa i prawa, sądowej ochrony praw i wolności jednostek.

9. Precyzyjność wymogu uzyskania pozwolenia a równość wobec prawa i prawo jednostki do sądowej ochrony jej konstytucyjnych swobód

Domagając się zagwarantowania wynikającego z Konstytucji RP prawa obywateli do równego traktowania przez wszystkie władze publiczne i ich równości wobec prawa, a także - zakazu dyskryminacji z jakiegokolwiek powodu (art. 32) moglibyśmy oczekiwać, że we wszystkich przypadkach ustanawianych wymogów uzyskiwania pozwoleń administracyjnych już w ustawie nastąpi precyzyjne określenie wszystkich sytuacji faktycznych, w których organ administracji będzie musiał wydać oczekiwane pozwolenie lub wyczerpującego określenia okoliczności upoważniających go do wydania decyzji odmownych. Można bowiem mieć przekonanie, że szczegółowe określenie w ustawie przesłanek pozytywnych i/lub negatywnych przyszłych decyzji pozwoli na łatwą ocenę czy zasada równości jest respektowana.

Jak wykazano w rozdziale czwartym, przekonanie o doskonałości takich rozwiązań i ich wysoka ocena jako gwarantujących równość oparta jest na błędzie uproszczonej rejestracji otaczającej rzeczywistości. Sytuacje, okoliczności i uwarunkowania, w jakich znajdują się poszczególne osoby są bowiem tak znacznie zróżnicowane, że zastosowanie przepisów sztywno określających przyczyny odmowy pozwolenia lub obrazujących konieczne i wyczerpujące przesłanki przesądzające o obowiązku wydania pozwolenia będzie musiało w wielu przypadkach prowadzić do jednakowego potraktowania osób znajdujących się w różnych warunkach. W ustawie nie da się bowiem nigdy zapisać całej różnorodności regulowanych zjawisk, a zwłaszcza tych, które pojawią się po jej wejściu w życie. W efekcie organ administracji publicznej może zostać zmuszony do naruszenia zasady równości, z której wynika również zakaz takiego samego traktowania osób znajdujących się w różnych okolicznościach. Z tego też zapewne względu i doktryna i praktyka ustawodawcza wskazują i realizują inną metodę zapewniania równości adresatów działań władz publicznych - określając przesłanki uzasadniające wydanie pozwolenia, jego odmowę lub cofnięcie, posługują się zwrotami określającymi pewne wartości, dobra, czy interesy (zagrożone lub wymagające osiągnięcia dzięki wydaniu odpowiedniej decyzji).[87]

87. Por. wyroki niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 października 1961 (BverfG E 13, s. 162 i nast.), z dnia 20 grudnia 1966 (BverfG E 21, s. 26-27, z dnia 23 kwietnia 1969 (JZ 1969, s. 738)

Wprawdzie ustawodawcy przysługuje znaczna swoboda przy wyborze środków realizacji założonych celów, jednak powinien on zwracać uwagę na charakter regulowanych zjawisk. Tam, gdzie wiadomym jest znaczne zróżnicowanie sytuacji jednostek, ich zmienność i nieprzewidywalność, nie powinien opierać się na rozwiązaniach sztywnych, w których organom administracji pozostanie jedynie do wykonania rola rejenta sporządzającego dokument pozwolenia (lub jego odmowy). Nieuwzględnianie owej różnorodności winno być traktowane jako naruszenia konstytucyjnej zasady równości. Równocześnie, gdy regulowane stosunki społeczne charakteryzuje pojawianie się niemożliwych do jednoznacznej oceny zachowań i ich następstw, ustawodawca powinien, w celu ochrony obywateli przed samowolą administracji, sformułować wyraźne cele i wartości, do których stosowanie danej ustawy ma zmierzać.[88] Pominięcie tego obowiązku czyni późniejszą kontrolę sądową dokonanych ingerencji bardzo utrudnioną i mało efektywną. Ustawy niezgodne z zasadą równości wobec prawa stosowane są wówczas przez władze wykonawcze i sądy administracyjne w majestacie legalności, mimo że ich sprawiedliwość budzić musi zasadnicze zastrzeżenia.

Tezy powyższe nie znajdują - jak dotąd - pełnego potwierdzenia w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego. Może o tym świadczyć chociażby kilkukrotnie już przytaczany wyrok w sprawie konstytucyjności bezwzględnego nakazu zarządzania przymusowych rozbiórek obiektów budowlanych wzniesionych bez pozwolenia. Trybunał nie dopatrzył się w nim naruszenia zasady równości stwierdzając m.in., że „ukształtowanie sytuacji prawnej adresatów tego przepisu opiera się bowiem na jednoznacznym i racjonalnym kryterium, jakim jest prowadzenie budowy bez wymaganego pozwolenia na budowę lub zgłoszenia, albo mimo wniesienia sprzeciwu przez właściwy organ. W niniejszej sytuacji, przyjmując taką metodę zapobiegania i zwalczania samowoli budowlanych, jaką wybrał ustawodawca, wprowadzenie jakichkolwiek dalszych przesłanek różnicujących poszczególnych inwestorów mogłoby być narażone na zarzut arbitralności i nieuzasadnionego odmiennego traktowania przez prawo podmiotów znajdujących się w tej samej sytuacji faktycznej." Zdaniem Trybunału „bez znaczenia dla oceny zachowania zasady równości jest to, że w ustawie doszło do takiego samego uregulowania przez prawodawcę sytuacji samowoli budowlanych w przypadkach, gdy pozwolenie na budowę zostałoby udzielone, względem tych, w których doszło także do naruszenia stosownych przepisów materialnych". Za słusznością tego stwier-

oraz W. Schmidt: Gesetzvollziehung durch Rechtssetzung, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1969, s. 112 i 136, Antoniolli-Koja: op. cit., s. 215 i nast., B. Preusche: op. cit., s. 105-107 i powoływane tam orzecznictwo niemieckich sądów administracyjnych oraz tamtejszego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego.

88. Por. ibidem.

dzenia miałoby przemawiać to, że „nieuzasadnione jest twierdzenie o pełnej "materialnej" zgodności z prawem prowadzonych działań budowlanych, osłabionej jedynie formalnym brakiem pozwolenia na budowę."

Mimo oczywistości zróżnicowania okoliczności faktycznych, z jakimi mają do czynienia organy nadzoru budowlanego rozstrzygającymi o nakazie rozbiórki, uświadamianego znakomicie przez Trybunał, uznano brak potrzeby ich uwzględniania. Tymczasem, o ile nie ma poważnych powodów do brania pod uwagę - jako nie mających związku z celami prawa budowlanego - aspektów dotyczących sytuacji osobistej czy majątkowej zainteresowanych, o tyle **zbagatelizowanie aspektu zgodności bądź sprzeczności wzniesionego obiektu z normami materialnego prawa budowlanego podważa sens istnienia tego prawa**. Przecież ustanowione jest ono tylko po to, aby zapewnić przestrzeganie norm, których naruszanie zagraża ważnym interesom publicznym oraz prawom innych osób, a nie po to by umożliwić władzy wykonawczej totalną kontrolę wszystkich procesów budowlanych. Nie ma też chyba znaczenia dla zasady równości wobec prawa to, czy dany stan tolerowanej zabudowy bez pozwolenia jest „w pełni" zgodny z prawem materialnym. Niewątpliwie sytuacja, w której budynek narusza podstawowe wymagania prawa budowlanego różni się od sytuacji, w której zachowane są wszystkie normy z wyjątkiem uzyskania pozwolenia (potrzeba którego uzyskania może być nieuświadomiona w wyniku błędu inwestora, a nawet - organu administracji). Wyrok opiera się w tej kwestii na - moim zdaniem bezzasadnie upraszczającym zagadnienie równości wobec prawa - założeniu, że „wszyscy charakteryzujący się daną cechą istotną z punktu widzenia normy prawnej winni być przez organ stosujący ją potraktowani jednakowo". Nie zauważono, że podstawą zarzutów wobec normy było właśnie takie a nie inne określenie w badanym przepisie „cech istotnych", nie pozwalające na uwzględnienie również innych, istotnych z punktu widzenia celu ustawy i jej szczegółowych przepisów, okoliczności faktycznych (takich właśnie, jak stwarzanie zagrożenia dla ładu i porządku przestrzennego, bezpieczeństwa ludzi i mienia, ochrony praw osób trzecich itp.).

Nie jest to jedyny przypadek, w którym Trybunał zmuszony był do ustosunkowania się do zarzutu naruszenia zasady równości przy nadawaniu treści przepisom regulującym wydawanie pozwoleń. Z dotychczasowego, ugruntowanego orzecznictwa Trybunału wynika, że **„zasada równości dotycząca praw i wolności obywateli oznacza zakaz ustanawiania regulacji o charakterze dyskryminującym bądź faworyzującym, ale pod warunkiem, że adresaci normy prawnej charakteryzują się w równym stopniu określonymi cechami**. Innymi słowy, **zakazane jest nierówne traktowanie podmiotów podobnych, co jednak nie wyklucza nierównego traktowania podmiotów, które podobne nie są ze**

względu na daną cechę istotną, relewantną" (podkr. - D.R.K.).[89] Na tę właśnie linię orzecznictwa powołano się w wyroku z 23 czerwca 1997 r., w którym nie uwzględniono zarzutu naruszenia zasady równości w ustawie nowelizującej ustawę o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi.[90] Uznano w nim m.in., że ochotnicze straże pożarne, będące stowarzyszeniami wykonującymi, przeważnie na koszt budżetu państwa, istotne funkcje publiczne, nie są „podmiotami podobnymi" do innych podmiotów ubiegających się o pozwolenia na jednorazową sprzedaż napojów alkoholowych podczas imprez organizowanych na otwartym powietrzu. Dochody z dozwalanej im działalności mają bowiem służyć odciążeniu państwa i realizacji zadań użytecznych dla ogółu, a nie - tak jak w przypadku innych jednostek - przysparzać korzyści i zysków przedsiębiorcom. Niestety Trybunał nie dopowiada, że z zasady równości wynika nie tylko dopuszczalność ale wręcz obowiązek różnego traktowania podmiotów znajdujących się w różnej sytuacji faktycznej, na co kładzie się nacisk w literaturze i orzecznictwie w innych państwach europejskich.[91]

Ponieważ Konstytucja gwarantuje wszystkim prawo do sądu i dochodzenia przed nim naruszonych wolności i praw (art. 45 i 77 ust. 2), może nasuwać się wątpliwość, czy nie wynikają stąd jakieś szczególne wymagania pod adresem dokładności określenia w ustawie determinant przyszłych decyzji o wydaniu lub odmowie pozwolenia. W zachodniej doktrynie - mającej do rozważenie ten sam dylemat - ugruntowany został już od dawna pogląd, że gwarantowana konstytucyjnie ochrona sądowa przed naruszeniami fundamentalnych praw i wolności jednostki nie wymaga od ustawodawcy zachowania wyższego stopnia określoności (precyzji) stanowionego prawa. Ochronę taką gwarantuje bowiem zarówno regulacja, w której posłużono się upoważnieniami do podejmowania decyzji w granicach pozostawionego administracji uznania, jak też wówczas, gdy oparto ją na przepisach zawierających w mniejszym lub w większym stopniu, zwroty nieostre, pozwalające na nadanie im różnej treści, w zależności od przyjętego przez władzę wykonawczą lub sądy administracyjne, znaczenia takich pojęć jak „dobro ogółu", „bezpieczeństwo państwa", „bezpieczeństwo publiczne" itp. **Zastosowanie regulacji uznaniowej nie eliminuje bowiem kompetencji sądu do zbadania zgodności z prawem sposobu jego wykorzystania**. Ustawodawca chce w ten sposób zapobiec, aby właściwy w sprawie sąd administracyjny nie zastępował przyjętego zgodnie z prawem przez administrację uregulowania indywidualnej sprawy, swoją

89. Por. wyrok z dnia 14 maja 1996 K. 30/95 (OTK 1996, Nr 3, poz. 20), w którym Trybunał powołuje się na swoje wcześniejsze orzeczenia w sprawach o sygn. akt: U. 7/87, K. 3/89, K. 6/89, K. 5/91, K. 15/91, K. 10/93, K. 14/93, P. 1/94, K. 11/94, K. 10/95, K. 12/95, K. 17/95, K. 28/95.

90. K. 3/97 (OTK 1997 cz. 2, poz. 22).

91. Por. orzecznictwo i piśmiennictwo wskazane w przypisie 86.

własną.[92] Jak wyraził to Fritz Ossenbühl, **konieczność zapewnienia jednostce sądowej ochrony przed naruszeniami jej praw i wolności nie oznacza, że tam, gdzie ustawa daje możliwość wyboru co najmniej dwóch zgodnych z prawem rozstrzygnięć, decyzję o zastosowaniu takiego, a nie innego rozwiązania musi podejmować w ostateczności sąd.**[93] Jeżeli sama ustawa dopuszczająca uznaniowe rozstrzyganie o udzieleniu lub odmowie pozwolenia nie narusza Konstytucji, niemożliwość uzyskania w sądzie rozstrzygnięcia o prawie do pozwolenia nie będzie naruszała prawa do ochrony sądowej. Sąd wykona bowiem „swoje zadanie" sprawdzając czy odmowna lub nadmiernie - zdaniem skarżącego - ograniczona zastrzeżeniami decyzja jest zgodna z prawem, czy też je narusza.

Podobnie odnosi się do tego zagadnienia również nasza krajowa doktryna i orzecznictwo,[94] chociaż nie jest to tendencja trwała. Zdarzają się bowiem, nawet często, orzeczenia NSA i SN, w których taktuje się stworzoną w ustawach możliwość wydania decyzji uznaniowych, jako przejaw swoistego „aktu łaski" organu administracji, uciekającego spod kontroli sądowej.[95] Ponieważ ten kierunek rozumowania zmierza w zupełnie przeciwstawnym kierunku w stosunku do linii orzecznictwa obserwowanych w innych państwach europejskich można żywić nadzieję, że jest to zjawisko tylko przejściowe.

Zasada równości ani zasada sądowej ochrony praw i wolności jednostki nie wymagają zatem od ustawodawcy, aby zrezygnował z posługiwania się przepisami odsyłającymi do wyższych wartości, czy też innego typu ogólnymi klauzulami zawierającymi zwroty podlegające ocenie (wartościowaniu). Nie stoi też na przeszkodzie korzystania przy regulowaniu zasad udzielania pozwoleń z przepisów pozostawiających organom administracyjnym określoną sferą uznania.[96] W literaturze przedmiotu spotykamy wszakże odmienne zapatrywania co do przydatności obu metod regulacji prawnej. Odnotować możemy poglądy, że już na pierwszy rzut oka metoda oparta na stosowaniu wymagających definiowania przez organy stosujące daną regulację pojęć prawnych w lepszym stopniu zapewnia równe traktowanie obywateli i lepszą ochronę przed samowolą administracji niż metoda oparta na pozostawianiu władzom wykonawczym odpowiedniej sfery uznania

92. Por. F. Fleiner: Institutionen..., op. cit., wyd. 8, s. 258-259.W. Antoniolli: op. cit., s. 111, H. Krüger: Rechtsstaatliche Gesetzgebungstechnik, DÖV 1956, s. 551-552.

93. Por. F. Ossenbühl: Von unbestimmten Gestzbegriff zur letzverbindlichen Verwaltungsentscheidung, DVBl 1974, s. 312.

94. Por. Por. zwłaszcza E. Smoktunowicz: Niektóre zagadnienia wykładni prawa administracyjnego, op. cit., s. 49-51, idem: Akt łaski czy prawo podatnika, Glosa 1998, Nr 9, J. Zimmermann: Polska Jurysdykcja Administracyjna, Warszawa 1996, s. 115-123.

95. Por. E. Smoktunowicz: Akt łaski..., op. cit. - wraz z powołanymi tam orzeczeniami sądowymi.

96. Por. O. Bachof: Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum, JZ 1972, s. 209, G. Schmidt-Eichstaedt: Ermessen, Beurteilungsspielraum und eigenverantwortliches Handeln der Verwaltung, AöR 1973, s. 189-190.

administracyjnego. Przekonanie takie opiera się na założeniu, że o ile - w przypadku decyzji uznaniowych - decydująca rola w sprawdzaniu przestrzegania wymogów zasady równości, podczas stosowania ustawy, przypada władzom administracyjnym, w przypadku wykorzystywania *niedookreślonych* pojęć prawnych (*unbestimmte Rechtsbegriffe*), kierując się fikcją ich jedynie właściwej wykładni (*einzig richtigen Auslegung*), funkcję tę przejmują sądy administracyjne uprawnione do wiążącego ustalenia właściwego znaczenia pojęcia zastosowanego w ustawie.[97]

Są jednak autorzy, którzy poddają w wątpliwość tak optymistyczną - z punktu widzenia zasady równości - ocenę praktyki wykorzystywania w przepisach pojęć prawnych. Zwracają przy tym przede wszystkim uwagę na to, że skala spraw, jakie trafiają przed oblicze sądu jest znikoma w porównaniu do praktyki orzeczniczej administracji. Jeżeli w wyniku zastosowania odmiennej definicji pojęcia prawnego, dokonanej przez sąd, organ administracji rozstrzygnie daną sprawę, to będzie to - naturą rzeczy - rozstrzygnięcie odmienne od wszystkich tych, które zapadły przed i po załatwieniu sprawy będącej przedmiotem sprawy sądowej. Ponieważ - w odróżnieniu od sądów - organy administracji nie są niezawisłe, lecz uzależnione od instrukcji, dyrektyw i poleceń władz zwierzchnich, nie jest wcale pewne, że wyrok sądu zmieni praktykę administracyjną i po jego wydaniu będzie miało miejsce równe traktowanie adresatów obowiązujących norm. Wszelkie wewnętrzne przepisy instrukcyjne zmieniane bywają nie po incydentalnym wyroku, lecz dopiero po ujawnieniu się trwałej tendencji w interpretacji określonego pojęcia przez wszystkie sądy. W przypadku podejmowania decyzji w oparciu o uznanie administracyjne, tego typu ryzyko różnorodności orzecznictwa, przynajmniej tam, gdzie władze niższego szczebla obligowane są skutecznie do stosowania się do instrukcji władz zwierzchnich, miałoby być mniejsze.[98]

Innego rodzaju wątpliwość co do zalet pojęć nieostrych, klauzul i odwoływania się do ogólnych, wysoko cenionych wartości, opiera się na obserwacji praktyki wymiaru sprawiedliwości, w którym bardzo często mamy do czynienia ze swego rodzaju „ucieczką" przed merytorycznym ustosunkowaniem się sądu do problemu nadania tym kategoriom w konkretnej sprawie właściwego znaczenia. Sądy czynią to powołując się na swobodę oceniania (*Beurteilungsspielraum*) pozostawioną w sprawach administracyjnych organom władzy wykonawczej oraz na zagrożenie naruszeniem zasady podziału władz.[99]

Powyższe stwierdzenia prowadzą do ostatecznego wniosku, że nie da się wskazać ustawodawcy jedynie słusznej drogi. Wybór każdej z nich niesie z sobą

97. W. Schaumann: Gleicheit und Gesetzmässigkeitprinzip, op. cit., s. 723.
98. Por. B. Preusche: op. cit., s. 107-108.
99. Por. F. Ossenbühl: op. cit., s. 310 i nast.

zarówno zagrożenia dla równości jednostek wobec prawa i jednakowego ich traktowania przez władze publiczne, jak też nie odbiera możliwości zindywidualizowanej, dostosowanej do zastanych okoliczności, kontroli przestrzegania reguł sprawiedliwego traktowania obywateli tak w postępowaniu administracyjnym, jak i w sądowym.

10. Inne konstytucyjne zasady ograniczające ingerencje państwa (zasady demokracji parlamentarnej i podziału władz publicznych, zaufania do państwa i prawa, ochrony praw nabytych)

W liberalnym państwie demokracji parlamentarnej, opierającym swój ustrój na zasadzie podziału i równowagi władz, należałoby oczekiwać, że każdemu wolno podejmować wszelkie zachowania nie zabronione ustawami przyjętymi przez parlament, a przypadki, w których dochodzi do uzależnienia możliwości korzystania przez jednostkę ze swoich praw i wolności od wcześniejszej aprobaty danego zamierzenia przez władzę wykonawczą, muszą być w ustawie nie tylko przewidziane ale i w niej uregulowane. W ten sposób należy - moim zdaniem - odczytywać sens przytaczanego wcześniej art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. „Ustanowienie ograniczenia", o którym mowa w tym przepisie, nie może być rozumiane jedynie jako udzielenie ogólnego upoważnienia administracji do ingerencji. Należy je traktować jako upoważnienie i zobowiązanie władzy ustawodawczej do wskazania nie tylko sytuacji, w której ma dojść do ograniczenia możliwości korzystania z praw konstytucyjnych, ale także do zakresu przedmiotowego (głębokości) tej ingerencji. W tym celu niezbędne jest wskazanie w ustawie kryteriów, od których uzależnione będzie udzielenie pozwolenia lub odmowa jego wydania. Jeżeli Konstytucja nie wymaga wyłącznego regulowania danej materii w ustawie (tj. gdy przemilcza tę kwestię lub ogranicza się do stwierdzenia, że ustawa ma „ustanowić ograniczenie"), do pomyślenia jest także uregulowanie niektórych kwestii dotyczących wydawania pozwoleń w aktach wykonawczych wydawanych na podstawie upoważnień spełniających wymogi ustalone w art. 92 Konstytucji. Jednakowoż w żadnym przypadku nie może dojść do przeniesienia do rozporządzeń określenia zasad wydawania pozwoleń, nie mówiąc już o ustalaniu w nich okoliczności, w jakich jednostka, korzystająca z konstytucyjnych praw i wolności, musiałaby uzyskać pozwolenie administracyjne.

Zaprezentowane w czterech pierwszych załącznikach do niniejszej pracy przypadki wymagania pozwolenia administracyjnego mieszczą wśród siebie znaczną część takich rozwiązań, które nie spełniają powyższych wymagań: ich wyłączną podstawą prawną jest rozporządzenie albo wszystkie okoliczności istotne przy podejmowaniu decyzji o ich wydaniu zostały ustalone w akcie podustawowym (dotyczy to zwłaszcza aktów występujących pod nazwą „zgoda" i „zezwole-

nie"). Na gruncie obowiązującej aktualnie Konstytucji należałoby uznać takie rozwiązania za prawnie niedopuszczalne.

Zasadność takiego zapatrywania się na problematykę ustanawiania kompetencji administracji publicznej do wydawania pozwoleń oraz regulowania zasad ich wydawania w aktach podejmowanych przez samą administrację, potwierdza częściowo najnowsze orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego oraz trwała linia jurysdykcji Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Ustosunkowując się do pytania prawnego NSA co do zgodności z ustawą § 12 ust. 7 rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 14 grudnia 1994 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie,[100] Trybunał Konstytucyjny, w wyroku z dnia 11 maja 1999 r.,[101] doszedł do wniosku, że organ wydający badane rozporządzenie, upoważniając organy administracji budowlanej do wyrażania zgody na pobudowanie budynku w bliższej odległości od granicy nieruchomości, do której ma tytuł prawny, niż wynika to z ustalonych tym samym aktem warunków technicznych (gdy brak jest na taką zabudowę zgody właściciela sąsiedniej nieruchomości), wykroczył poza zakres udzielonego mu upoważnienia ustawowego. Wprawdzie Trybunał nie nawiązał bezpośrednio w tym orzeczeniu do zasady podziału i równoważenia władz, a jedynie do art. 56 tzw. Małej Konstytucji (określającego - tak jak art. 92 Konstytucji RP z 1997 r. - wymagania w zakresie wydawania aktów wykonawczych przez ministrów), to niewątpliwie wyrokiem swym utwierdził powyższe rozumienie i konsekwencję tej zasady. Wszak ograniczenia do stanowienia przepisów prawa przez administrację publiczną są konsekwencją obowiązywania zasady trójpodziału i równoważenia władz publicznych. Wyrok ten nie ustosunkowuje się jednak do kwestii zasadniczej - czy w przypadku zachowania granic upoważnienia ustawowego ustanowienie takiej samej kompetencji organów administracji do wydawania pozwoleń na ingerencję w prawo własności byłoby dopuszczalne.

W orzecznictwie NSA niemal od początku jego funkcjonowania panowała zasada, że akty podustawowe mogą być wyłączną podstawą prawną decyzji administracyjnych jedynie w takich przypadkach i w takim zakresie, w jakich organy administracji bedące ich autorami upoważnione zostały w ustawach do ustanowienia przepisów powszechnie obowiązujących.[102] Zasadniczo nie kwestionuje zatem ów sąd możliwości powierzenia przez ustawodawcę organom administracji także

100. Dz.U. z 1995 r. Nr 10, poz. 46; zm.: Nr 118, poz. 574; z 1996 r. Nr 45, poz. 200, z 1998 r. Nr 132, poz. 878.

101. P 9/98 (OTK 1999 r. Nr 4, poz. 75.

102. Por. wyrok z dnia 21 stycznia 1981 r. SA 806/80, (k.p.a...., s. 37), z dnia 6 lutego 1982 SA 819/80 (OSPiKA 1981 Nr 10. Poz. 189 z glosą W. Dawidowicza) i z dnia 10 czerwca 1983 r. I SA 217/83 (ONSA 1983, Nr 1, poz. 41).

uprawnienia do ustanowienia wymogu uzyskania pozwolenia. W kontekście unormowań zawartych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także w tych wszystkich jej przepisach, które wymagają nie tylko „ustanawiania" ale i „określania" ograniczeń praw i wolności w ustawach, punkt widzenia i Trybunału i NSA, wydaje się być jeszcze nie dostosowany do sytuacji ustrojowej stworzonej wejściem w życie nowej Konstytucji.

Odmiennie pod tym względem prezentuje się zachodnia doktryna i orzecznictwo niemieckich trybunałów, w którym konieczność ustanawiania wymogu uzyskania pozwolenia wyłącznie w ustawie i określania w niej kryteriów, a przynajmniej ogólnych celów i kierunków decyzji wydawanych przez administrację, podkreślana jest od kilkudziesięciu lat.[103] Wymagania te są czasami nawet tak wysokie, że również od regulacji ustawowych, zawierających tzw. zakaz z zastrzeżeniem pozwolenia, nie pozostawiających organom administracji żadnej sfery uznaniowości, oczekuje się określenia celów i wartości, którymi należy kierować się podczas interpretowania pojęć prawnych zawartych w przepisach warunkujących wydanie decyzji w sprawie pozwolenia. Twierdzi się bowiem, że nie do przyjęcia jest fikcyjne założenie o istnieniu zawsze i wszędzie tylko jednego zgodnego z ustawą (*einzige gesetzmäßige Entscheidung*) rozstrzygnięcia konkretnej sprawy nawet wtedy, gdy istnieje wyczerpujący katalog ustawowych przesłanek determinujących przyszłe rozstrzygnięcia, skonstruowanych w oparciu o wymagające interpretacji pojęcia prawne.[104] Pojęcia te mają przecież odnosić się do rzeczywistości i służyć regulowaniu realnych zjawisk. Ustalanie ich treści będzie następowało w oparciu o legalne definicje, porównywanie do innych, podobnych kategorii, wykorzystywanie wyjaśnień i interpretacji urzędowych organów zwierzchnich, a w końcu - również w oparciu o posiadane subiektywne doświadczenie. Określenie w ustawie ogólnych celów i wartości, którymi należy kierować się przy wydawaniu indywidualnych rozstrzygnięć, pozwala, jeżeli nie na usunięcie, to przynajmniej na ograniczenie dowolności i subiektywizmu w procesie niezbędnej wykładni zwrotów zastosowanych w przepisach prawa.

Nieodosobnione są też głosy w doktrynie, że posługiwanie się przez ustawodawcę przepisami uznaniowymi prowadzić może do wyższego stopnia określoności regulacji prawnej, niż ma to miejsce w przypadku posługiwania się zwrotami niedookreślonymi. O ile bowiem w pierwszym przypadku ustawodawca może uregulować wiele ogólnych zagadnień wiążących się z wykorzystaniem pozostawionego organowi uznania (takimi, jak cele regulacji, różnorodne aspekty regulowa-

103. Por. np. wyrok z 16 stycznia 1957 r. (BverfG E 6, s. 42 i nast.), z dnia 23 czerwca 1967 r. (BverwG E 27, s. 224), z dnia 19 listopada 1971 r. (BverwG E 39, s. 79-80), i z dnia 3 października 1972 r. (BverwG E 41, s. 5 i 8).

104. Por. O. Bachof: op. cit., s. 208-209, Preusche: op. cit., s. 102.

nych zjawisk, na które należy zwracać szczególną uwagę itp.), opisując w ustawie w sposób wyczerpujący stan faktyczny, w jakim ma zapaść decyzja pozytywna lub negatywna, rezygnuje czasami ze wskazywania ogólnych zasad pozostawiając przyporządkowanie danej instytucji pod określone cele i wartości samej administracji publicznej. W ogólnym rachunku owa daleko posunięta szczegółowość przepisów wcale nie przyczynia się do ułatwienia organom administracji stosowania prawa zgodnie z jego sensem i celem i zwiększenia stopnia określoności ustaw.[105]

O ile posługiwanie się regulacją prawną opartą na uznaniu administracyjnym bądź na przepisach zawierających pojęcia prawne podlegające - w ostateczności - wiążącej wykładni sądu administracyjnego, pozostaje bez większego znaczenia dla zapewnienia wymaganej Konstytucją RP określoności ustaw ustanawiających ograniczenia w korzystaniu z gwarantowanych w niej praw i wolności, wybór jednej z tych metod ma istotne znaczenie w zapewnieniu pewności prawa. Według terminologii stosowanej w polskim orzecznictwie i doktrynie, chodzi tu o zasadę pogłębiania zaufania do państwa i stanowionego w nim prawa. Zasada ta, traktowana jako nieodłączny element państwa prawnego, zobowiązuje w szczególności do ochrony praw nabytych i zaniechania podejmowania takich działań, które są nieprzewidywalne i zaskakują obywateli przeświadczonych, że mogą korzystać z dobrodziejstw aktualnego porządku prawnego i żyć w przekonaniu, że nabyte na jego podstawie prawa oraz możliwości niezakłócanego przez państwo zachowania, nie zostaną im odebrane nagle i bez usprawiedliwiającego taką ingerencję powodu. Ponieważ ta ostatnia kwestia łączy się z omówioną wcześniej zasadą proporcjonalności, w tym miejscu możemy skupić się jedynie na zachowaniu pierwszego z wymienionych warunków.

Z zakłóceniem poczucia pewności prawa będziemy mieli do czynienia przede wszystkim wówczas, gdy przepisy prawa pozostawiać będą organom administracji możliwość przesądzania o tym, czy uzyskają w danych okolicznościach wymagane prawem pozwolenie, czy spotka ich decyzja odmowna. Z tego też względu wszędzie tam, gdzie wymóg uzyskania pozwolenia sięga zachowań mieszczących się w sferze konstytucyjnych praw i wolności jednostek, należałoby oczekiwać, że to w ustawie, a nie w akcie wykonawczym albo - co gorsza - dopiero w decyzji rozstrzygajacej sprawę, określone zostaną argumenty przemawiające za odmową udzielenia pozwolenia. Pewność prawa i konieczność pogłębiania zaufania do państwa i prawa wymaga, aby w tego rodzaju sprawach rezygnować z regulacji uzna-

105. Por. H. Ehmke: „Ermessen" und „unbestimmter Rechtsbegriff" im Vrwaltungsrecht, Tübingen 1960, s. 45, K.A. Bettermann: Rechtsgleicheit und Ermessenfreiheit, Der Staat 1962, s. 84-85, H.H. Rupp: Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965, s. S. 198 i 201-202.

niowych na rzecz rozwiązań opartych na formułowaniu bezpośrednio w ustawach wyczerpujących przesłanek decyzji pozytywnych lub negatywnych, także przy wykorzystaniu wymagających dalszej wykładni pojęć prawnych i wyższych wartości. Poza tą sferą, korzystniejszą regulacją dla „skazanego" na uznanie organu administracji publicznej, jest unikanie tego rodzaju pojęć i dokładne regulowanie celów, wartości i zasad, którymi organ taki musi kierować się przy korzystaniu z pozostawionego mu przez władzę ustawodawczą uznania.[106]

Z drugiej jednak strony pojawia się wątpliwość, że o ile w wyniku sądowej oceny sposobu wykorzystania przez administrację kompetencji uznaniowej może dojść do zakwestionowania jej działań i uznania podjętej decyzji za bezprawną (np. ze względu na nadużycie kompetencji), w przypadku kontroli sądowej aktów wydanych w oparciu o przepisy zawierające zwroty niedookreślone nie można wykluczyć, że sądy będą nadmiernie wstrzemięźliwe w korzystaniu ze swoich uprawnień do ustalenia odpowiedniej wykładni danego zwrotu ustawowego. Liczni autorzy wskazują na takie przypadki. Sądy nie ingerują w powszechnie stosowaną w praktyce administracyjnej interpretację pojęć prawnych powołując się właśnie na potrzebę zachowania pewności prawnej i na konieczność niepodważania zaufania obywateli do administracji publicznej. Czynią tak, o ile sposób rozumowania administracji wyda im się racjonalny, odpowiadający celowi danej regulacji i niesprzeczny z ustawą.[107] Wprawdzie doktryna przeciwstawia się tego rodzaju pojmowaniu roli sądu w sprawach administracyjnych,[108] ale nie zmienia to faktu, że tendencja do daleko posuniętej ostrożności, przy zastępowaniu sposobu rozumienia pojęć prawnych przyjętego w praktyce administracyjnej własnymi zapatrywaniami sądu - utrzymuje się. Wprawdzie w polskim sądzie administracyjnym nie odnotowano dotąd takiej tendencji, nie można jej przecież wykluczyć. Zwłaszcza, że sędziowie znakomicie uświadamiają sobie konsekwencje (wydatki budżetowe, restytucje majątkowe), jakie pociąga za sobą zmiana rozumienia niektórych zwrotów zawartych w ustawie oraz to, że nie ponoszą za nie żadnego ryzyka, podczas gdy organy administracji czynią to samo na własną (polityczną, a niekiedy także i prawną) odpowiedzialność. Wpływ stopnia określoności przesłanek warunkujących uzyskanie pozwolenia na pewność prawa i pogłębianie zaufania obywateli do demokratycznego państwa i stanowionego w nim prawa nie jest zatem wcale taki jednoznaczny.

106. Przekonanie o tym jest charakterystyczne dla doktryny niemieckiej. Por. R.R. Huber: Wirtschatsverwaltungsrecht, op. cit., s. 668, M. Bullinger: Ermessen und Beurteilungdspiel – Versuche eine Therapie, NJW 1974, s. 772, G. Schmidt-Eichstaed: op. cit., s. 193.

107. Por. M. Bullinger: ibidem, G. Schmidt-Eichstaed: op. cit., s 188, H. Ehmke: op. cit., s. 46 i nast, H.H. Rupp: Grundfragen..., op. cit., s. 210 i nast.a także uchwałę połączonych składów wyższych sądów administracyjnych Niemiec z dnia 19 października 1971 r. (BverwG E 39, s. 368-369).

108. M. Bullinger: ibidem.

Zaufanie do państwa może być podważone nie tylko zastosowaniem takiej czy innej instytucji prawnej, ale także, a może i przede wszystkim - treścią ustaw. Gdy pozbawiają one poczucia stabilności posiadanych uprawnień (są często zmieniane i dopuszczają ingerowanie w uprawnienia nabyte na podstawie wcześniejszych przepisów), gdy zobowiązują do stosowania nowych rozwiązań do sytuacji zaistniałych w okresie, gdy dana regulacja jeszcze nie obowiązywała, winny być traktowane jako naruszające omawiane zasady konstytucyjne. Praktyki takie nie omijają regulacji dotyczących wydawanych pozwoleń.

Pierwszym przykładem może tu być sygnalizowana wcześniej nowa regulacja prawna wydawania pozwoleń na budowę. Wykluczono na jej mocy możliwość uzyskania pozwolenia na dokończenie robót budowlanych wszczętych bez pozwolenia, a także pozwolenia na użytkowanie samowolnie wzniesionego budynku, o ile same roboty i ich efekt nie naruszają innych norm prawnych, jakie należy zachować podczas zabudowy nieruchomości. Pomijając kontrowersyjność samego rozwiązania, chciałbym w tym miejscu odnieść się wyłącznie do sposobu jego wprowadzenia w życie. Na mocy art. 103 Prawa budowlanego miało być ono stosowane także do obiektów budowlanych rozpoczętych przed wejściem w życie ustawy, o ile nie zostały do tego czasu zakończone. Trybunał Konstytucyjny zakwestionował taką regulację prawną w wyroku z dnia 31 stycznia 1996 r.,[109] właśnie z powodu naruszenia przez parlament omawianych zasad ustrojowych. (chociaż odrzucił zarzut wprowadzenia nowych rozwiązań z mocą wsteczną). Jako powód takiej oceny wskazano zarówno zaskakujące wprowadzenie nowej, bardziej uciążliwej regulacji bez zastosowania odpowedniego vacatio legis, jak też nie dające się uzasadnić celami ustawy zróżnicowanie jej adresatów w zależności od tego, czy jedynie rozpoczęli budowę bez pozwolenia przed wejściem ustawy w życie, czy też ją także zakończyli. Uprzywilejowanie tej drugiej grupy TK uznał na podważające zaufanie obywateli do państwa i prawa.

Za niedopuszczalną ingerencję w posiadane prawa uznać należy takie regulacje ustawowe, które nakładają na posiadaczy ostatecznych pozwoleń obowiązek ponoszenia opłat lub poddawania się dodatkowym procedurom weryfikującym kwalifikacje do prowadzenia określonego rodzaju działalności, uznane wcześniej za wystarczające, zwłaszcza wówczas, gdy następuje to z mocą wsteczną. Znalazło to potwierdzenie w licznych orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego, w tym także w takich, które odnosiły się bezpośrednio do pozwoleń administracyjnych.[110]

109. OTK 1996, cz. 1, poz. 2.

110. Por. wyrok TK z dnia 20 sierpnia 1992 r. K. 4/92 (OTK 1992, cz. 2, poz. 22), z dnia 8 kwietnia 1998 r. K10/97 (OTK 1998 Nr 3, poz. 29) i z dnia 15 września 1998.

Ocena przestrzegania zasady pewności prawa, w tym zwłaszcza zakazu stosowania prawa wstecz, nakazu dostosowywania długości okresów przejściowych do możliwości adaptowania się jego adresatów do nowych rozwiązań (czyli - unikania zaskakiwania obywateli nowym prawem) nie może przebiegać w odosobnieniu od innych wymogów, jakie życie państwa i społeczeństwa stawia przed ustawodawcą. Jej wyniki muszą być relatywizowane względem ważkości i pilności celów, jakie mają czy muszą być zrealizowane. W sytuacjach, w których podstawowe wartości wymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji tego wymagają, nie można wykluczyć nawet rozwiązań zaskakujących i retroaktywnych, o ile będzie to następowało w zgodzie z omówioną w poprzedniej części rozdziału zasadą współmierności.

ZAKOŃCZENIE

Zaprezentowane czytelnikowi stanowiska, wyrażane w orzecznictwie sądowym, poglądy doktryny i samego autora ukazują jedynie pewien fragment całości problematyki związanej z wydawaniem pozwoleń administracyjnych. Z uwagi na przyjęte założenia badawcze, nie podjęto w tej pracy tematyki związanej bezpośrednio z procesem stosowania prawa przewidującego obowiązek uzyskania aprobaty organu administracyjnego na zamierzone zachowanie. Wprawdzie rozważania i ustalenia w tym zakresie mogłyby przyczynić się do uczynienia pracy bardziej kompleksową, jednak znajomość tych zagadnień z wieloletniej praktyki administracyjnej autora pozwala na stwierdzenie, że nie jest to materia charakteryzująca się jakimiś szczególnymi - właściwymi wyłącznie dla pozwoleń administracyjnych - cechami. Pewnym wyjątkiem są w tym zakresie problemy związane z trwałością pozwoleń. Ich posiadacze narażeni są bowiem przeważnie - w odróżnieniu od posiadaczy innego rodzaju indywidualnych aktów administracyjnych - na ryzyko cofnięcia ostatecznej decyzji. Jest to jednak problematyka bardzo bogata w istotne zawiłości i zasługuje niewątpliwie na odrębną monografię.

Uzupełniających badań wymaga również problematyka ograniczeń, jakie w posługiwaniu się przez polskiego ustawodawcę wymogiem uzyskania pozwolenie wynikają z postanowień prawa europejskiego oraz wiążących nasz kraj umów międzynarodowych. Pozostawiono ją jednak świadomie poza obszarem badawczym, jako stanowiącą przedmiot badawczy innej dziedziny wiedzy - nauki prawa międzynarodowego. Warto jednak pamiętać o istnieniu takowych ograniczeń, gdyż są one bardzo liczne i różnorodne (obejmują ponad 600 umów międzynarodowych).

Kończąc niniejsze opracowanie spróbujmy podsumować je syntetyczną prezentacją wszystkich, dokonanych ustaleń i wniosków częściowych. Przeprowadzone badania prowadzą do wniosku, że **istotą typowego pozwolenia administracyjnego jest wiążące ustalenie niezaistnienia żadnej, dającej się oprzeć na obowiązującym prawie, wystarczającej przeszkody w podjęciu określonej działalności czy innego rodzaju zachowań.** W niektórych pozwoleniach orzeczenie o braku przeszkód wyrażone będzie zwrotem prostym i jednoznacznym, w innych - będzie mogło być sformułowane w sposób złożony: poprzez wyznaczenie terminu, warunków (zawieszających lub rozwiązujących), obowiązków określonych zachowań podczas korzystania z ustalonych uprawnień (zleceń) itp. O takich przypadkach będziemy mogli mówić, że dochodzi w nich do określenia sposobu korzystania z przysługujących jednostce praw i wolności.

Wnioski powyższe dotyczą także tych sytuacji, w których ustawodawca traktuje wydanie pozwolenia jako zjawisko wyjątkowe, mające miejsce w szczegól-

nie uzasadnionych przypadkach i po ustaleniu, że przeprowadzenie takiego przedsięwzięcia nie spowoduje poważniejszego zagrożenia dla wartości chronionych takim zakazem, o ile będzie przeprowadzone zgodnie z takim pozwoleniem. Wyróżniliśmy wśród tych ostatnich **dyspensy** traktując je **jako odstępstwa od ustalonego prawem** (nakazanego lub zakazanego), **konkretnego sposobu zachowania, następujące** nie dlatego, że nie spowoduje ono w danym przypadku żadnych szkód w prawnie chronionych wartościach, lecz **dlatego, że za "przełamaniem" danej normy przemawia potrzeba ochrony interesu** (indywidualnego lub zbiorowego) **zasługującego na ochronę lub realizację w większym stopniu, niż interes, w ochronie którego została ona ustanowiona**.

Pewna część pozwoleń wydawana jest w oparciu o przepisy prawne pomijające sprecyzowanie chronionych bądź realizowanych tym sposobem interesów, część - pozostawiona została dyskrecjonalnej władzy (uznaniu) organów administracji publicznej. **Istotą i celem regulacji prawnych przewidujących możliwość wydawania pozwoleń uznaniowych jest stworzenie możliwości wyznaczania każdemu zakresu jego negatywnych praw podmiotowych** względem państwa lub innego podmiotu sprawującego władzę publiczną, **bądź** też **określenia granic jego konstytucyjnych praw pozytywnych.** Zawsze jednak organ administracji musi - oprócz przepisu upoważniającego do wydawania lub odmawiania (cofania) pozwoleń - mieć do dyspozycji obowiązujący przepis prawny, z którego można wywieść wniosek o niedopuszczalności takiego zachowania, na którego przeprowadzenia zamierza nie udzielić pozwolenia. To samo dotyczy sytuacji, w których władza wykonawcza zamierza ograniczyć swobodę adresata swojej decyzji jakimikolwiek postanowieniami dodatkowymi.

Różnica między pozwoleniami uznaniowymi, a wydawanymi w warunkach związania postanowieniami przepisów prawa oczywiście istnieje i polega na tym, że **w przypadku pozwoleń zwanych związanymi kryteria oceny** (wartościowania) **zamierzenia, na które pozwolenie ma być udzielone, określa ustawa** (bądź wydany na jej podstawie i w celu jej wykonania akt wykonawczy); natomiast **wartościowanie zachowań podlegających pozwoleniom o charakterze uznaniowym następuje na podstawie przesłanek, które formułuje sam organ administracji publicznej będąc** jednak **ograniczonym obowiązkiem zmieszczenia się w ramach wyznaczonych obowiązującym prawem**.

Ustanawianie *zakazów z zastrzeżeniem pozwolenia* ogranicza wolność prawną jednostki przez to, że odbiera jej prawo swobodnego podejmowania objętych nimi zachowań bez wcześniejszego pozwolenia, a nie przez to, że traci ona prawo do ich podejmowania w ogóle. Rzeczywisty zakres ograniczenia wolności i praw jednostki ustalić można dopiero na podstawie analizy całego systemu prawa. Wyznaczają go te normy, które mogą uzasadniać odmowę udzielenia zezwolenia, jego ograniczenie lub cofnięcie. Samo pozwolenie nie ustanawia uprawnienia jed-

nostki do określonego zachowania, a jedynie - możność czynienia z niego użytku. Z punktu widzenia obowiązującego w Polsce prawa, owa "możność" winna być jednak traktowana także jako prawo uzyskiwane przez jednostkę.

Każdy podmiot może żądać zbadania zamierzonego przedsięwzięcia i - o ile spełnia określone prawem wymagania - udzielenia mu pozwolenia administracyjnego. Jednostce przysługuje roszczenie o zbadanie i ocenę zamierzonego przez nią przedsięwzięcia, a nawet - o udzielenie pozwolenia - również wówczas, gdy ubiega się o akt zaliczany do grupy pozwoleń wyjątkowych.. Źródłem prawnym takiego roszczenia jest albo ogólna wolność każdego człowieka przed nieuzasadnionymi, przeważającymi jego indywidualne, osobiste racje ingerencjami ze strony władzy publicznej, albo któreś z konstytucyjnie gwarantowanych praw lub wolności. Jeżeli w rezultacie przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego okaże się, że ustawowo określony cel, którego osiągnięciu bądź ochronie miałby służyć zakaz, od którego uwolnienia domaga się zainteresowany, nie usprawiedliwia ograniczenia swobody jego zachowania, organ administracji nie powinien odmówić udzielenia przewidzianego prawem pozwolenia. Prawna swoboda zachowań jednostki (oznaczająca między innymi wolność od jakichkolwiek, nieuzasadnionych przeważającymi interesami ogółu ingerencjami władzy publicznej) staje się w takich okolicznościach podstawą prawną roszczenia o udzielenie pozwolenia.

Przeprowadzane badania normatywne i teoretyczne nie potwierdziły zasadności odmiennego traktowania koncesji przewidzianych polskim prawem pozytywnym, ale równocześnie potwierdziły istnienie pewnej grupy aktów (nazwanych w prawie pozytywnym "koncesjami", ale nie tylko tak), które nie dadzą się zamknąć w ustalonych wyżej ramach pojęcia "pozwolenia administracyjnego". O ile przyjęliśmy, że ustanowienie w przepisach prawnych wymogu uzyskania pozwolenia administracyjnego jest przejawem ograniczenia podstawowych praw i wolności jednostki, a wydane pozwolenie przywraca jej ową swobodę zachowań przynajmniej w takim zakresie, jaki treść tego pozwolenia wyznacza, możemy bez większego trudu wskazać w prawie pozytywnym i w praktyce administracyjnej na przypadki, gdy wprowadzenie wymogu uzyskania przyzwolenia władzy publicznej na określone zachowania nie stanowi jakiegokolwiek ograniczenia swobód jednostki. Z tego też względu udzielone (nadane) jej uprawnienie nie przywraca - bo i nie może - czegoś, co zostało jej wcześniej odebrane. Jedną z grup tego typu aktów są właśnie instytucje prawne nazywane zarówno we Fracji, jak i w niektórych innych państwach, koncesjami.

Koncesje, udzielane przez organy administracji publicznej, charakteryzują się tym, że **nadają ich adresatom szczególną pozycję wśród innych podmiotów prawa, wyrażającą się w możliwości - i równocześnie - obowiązku prowadzenia działalności na rzecz ogółu mieszkańców i jednostek organizacyjnych, stanowiącej realizację zadań bądź uprawnień należących do państwa lub jedno-**

stki samorządu terytorialnego. Działalność nimi objęta wcale nie musi być niedostępna osobom prywatnym (zmonopolizowana przez państwo). Tym, co odróżnia wykonującego koncesję od korzystającego z pozwolenia jest to, że ten pierwszy wykonuje ją niejako za państwo, realizując jego zadania (zwalniając je z nich). Jeżeli z obowiązującego prawa nie da się wyprowadzić wniosku, że prowadzenie danej działalności jest obowiązkiem administracji publicznej (wykonywanej nawet bez korzystania z immanentnych organom państwowym środków władczych), konieczność uzyskania przed jej rozpoczęciem aktu administracyjnego, nazwanego przez ustawę "koncesją", oznaczać będzie nic innego jak obowiązek uzyskania typowego pozwolenia administracyjnego.

Ustanawianie wymogów uzyskania pozwolenia administracyjnego to technika prawodawcza, przy pomocy której państwo próbuje zrealizować trzy podstawowe funcje: regulacyjną, nadzorczą i sterującą. W doktrynie zachodnioeuropejskiej dominuje pogląd, że jest to technika najbardziej do tego odpowiednia. W moich badaniach doszedłem wszakże do bardziej sceptycznych wniosków. Korzyści z tej techniki łatwo zaprzepaścić niedpowiednim jej stosowaniem.

Instytucja pozwolenia administracyjnego - wykorzystana w sposób właściwy - jest w stanie wyeliminować konflikt między niemożliwością ujęcia w przepisach prawa wszystkich różnorodności zjawisk oraz ich skutków a potrzebą stanowienia prawa przewidywalnego, sprawiedliwego i racjonalnego. Posługując się upoważnieniem, udzielanym przez ustawodawcę administracji publicznej, do regulowania sytuacji obywatela w zaistniałych okolicznościach faktycznych w postępowaniu zmierzającym do wydania pozwolenia, nie naraża się na szwank nakazu określoności przepisów ustawowych normujących zachowania jednostek. Działając na podstawie takiego upoważnienia władza wykonawcza jest w stanie szybciej i skuteczniej dostosować się do zmieniającej się ustawicznie sytuacji i uwzględnić indywidualne okoliczności występujące w poszczególnych sprawach, niż byłoby to możliwe przy stosowaniu, określonych definitywnie, abstrakcyjnych i generalnych norm regulujących tego samego rodzaju działalność. Z drugiej strony, posługując się blankietowymi upoważnieniami do wymagania i udzielania pozwoleń, nie gwarantując wystarczająco sprawnej i skutecznej kontroli na korzystaniem z tych kompetencji, ustawodawca może uruchomić procesy biurokratyzowania stosunków społecznych, rozwijania szarej strefy, nepotyzmu, klientyzmu i korupcji.

Również niepełna określoność regulacji ustawowych upoważniających do odmawiania lub cofania pozwoleń skłaniać może do wykorzystywania jej w celach zupełnie obcych jej celom. Cierpieć na tym może pewność sytuacji prawnej jednostki. Nie dyskwalifikuje to jednak techniki regulacji pozwoleniami administracyjnymi. Porównując niebezpieczeństwa stosowania konstrukcji pozwolenia administracyjnego wydawanego w oparciu o przepisy wyrażone przy pomocy zwrotów nieostrych z rezultatami regulacji opierającej się na równie niedookreślonych

zwrotach upoważniających do zakazywania tej samej działalności, do której rozpoczęcia nie jest wymagane pozwolenie, dojdziemy do wniosku, że ryzyko i straty, na jakie narażałby ustawodawca osoby podejmujące daną działalność, co do której kontynuowania organ administracji mógłby zgłosić swoje zastrzeżenia, kierując się nie dosyć precyzyjnymi upoważnieniami do jej zakazania, byłyby niewątpliwie większe, niż w przypadku zastosowania *metody prewencyjnej,* tzn. opartej na ustanowieniu wymogu uzyskania pozwolenia administracyjnego przed rozpoczęciem zamierzonej działalności. Uzyskane pozwolenie precyzuje i stabilizuje sytuację prawną osoby podejmującej się dozwalanej działalności i eliminuje obawę przed poniesieniem strat w postaci poniesienia bezowocnych nakładów na działalność swobodnie rozpoczętą i następnie - zakazaną.

Wysoko wypada również ocena techniki regulacji opartej na uprzednich pozwoleniach z punktu widzenia zagrożeń dla zasady równości. O wiele łatwiej jest bowiem zapewnić równe traktowanie osób muszących wystarać się o pozwolenie, bądź narażonych na jego odmowę lub cofnięcie, niż wówczas, gdy pozytywna ocena sytuacji zainteresowanych przejawia się w zaniechaniu zastosowania przewidzianej prawem "sankcji", a negatywna - zakazem kontynuowania prowadzonej już działalności. Bezprawnych zaniechań nie sposób bowiem kontrolować (nikt o nich nie wie poza urzędnikiem i zadowolonym kontrolowanym), natomiast naruszenie zasady równości w decyzji odmawiającej pozwolenia może być poddane zarówno kontroli instancyjnej, jak i sądowej, uruchamianych przez samych zainteresowanych. Także względy ekonomii procesowej i aspekty fiskalne przemawiają za użytecznością metody regulacji opartej o pozwolenia. Przerzuca ona bowiem inicjatywę i obowiązek przygotowania środków dowodowych, mających uzasadnić możliwość lub konieczność wydania okreslonej decyzji, na zainteresowanych. W metodach opartych na stosowaniu środków represyjnych cały ten ciężar musi "dźwigać" organ administracji i nie może raczej liczyć na pomoc stron. Ponadto, poprzez powiązanie z procedurą wydawania pozwoleń pobierania opłat należnych za ich uzyskanie, władza publiczna uzyskuje sprawny instrument gwarantujący konsekwentne uiszczanie tych (i innych) należności publicznoprawnych.Władza nie musi szukać zobowiązanych do ich uiszczania - wszyscy złaszają się sami.

Posługiwanie się wymogiem uzyskania pozwolenia - nie tylko w sferze fiskalnej - daje możliwość uzyskania lepszych rezultatów działań nadzorczych, niż metoda oparta na ograniczeniu obowiązków stron do zgłaszania odpowiedniemu organowi zamierzonej działalności lub zachowania, połączonej z uprawnieniem go do zastosowania środków władczej ingerencji w przypadku stwierdzenia, że planowane lub realizowane przedsięwzięcie zagraża określonym wartościom lub bezpośrednio je narusza. Powód jest tu ten sam: zainteresowani uzyskaniem pozwolenia dobrowolnie poddają swoje zamiary badaniom i ocenom, mogąc być przy tym

zmuszonymi do gromadzenia i przedkładania organowi administracji wszelkiego rodzaju informacji o zamierzonym zachowaniu.

Z pozytywną oceną przydatności technik prawodawczych opartych na ustanawianiu wymogów uzyskania pozwolenia do realizacji nadzorczych funkcji państwa nie można wszakże przesadzać, zwłaszcza tam, gdzie wprowadzanie ograniczeń swobodnego działania motywowane jest wyłącznie celami fiskalnymi, a nie - potrzebą zapobiegania powstawaniu niebezpieczeństw dla dóbr i wartości zasługujących na ochronę bądź realizację w demokratycznym państwie prawnym. Zwiększanie skali reglamentacji prawnej określonych dziedzin gospodarki przyczynia się do rozrostu szarej strefy. Osoby wykazujące skłonność do obchodzenia przepisów nakładających obowiązek ponoszenia wszelkiego rodzaju danin w równym stopniu obchodzić mogą wymóg uzyskania pozwolenia. Państwo, posługujące się metodą uzależniania prawa jednostek do swobodnego podejmowania wszelkich działań nie zagrażających dobrom i wartościom publicznym oraz prawom i wolnościom innych osób jedynie w celach fiskalnych, naraża się na znaczne ryzyko utraty zaufania obywateli, a stwarzając dodatkowe bariery uruchamiania działalności gospodarczej może oczekiwać raczej spadku aktywności i - co za tym idzie - wpływów z podatków i opłat publicznych niż odwrotnych rezultatów. Jedynie w takich dziedzinach, w których nie sposób prowadzić działalności niejawnie, efekt taki by nie następował i ustanowienie wymogu uzyskania pozwolenia spełniałoby funkcję porządkującą i ułatwiającą nadzór władzy publicznej nad jednostkami jej się podejmującymi.

Ustanowienie wymogu uzyskania pozwolenia daje znakomitą sposobność do dokładnego poznania przez administrację zamiarów osób występujących o ich uzyskanie i wpływania na nich, aby odstąpili od nich lub przeprowadzili je w taki czy inny sposób. W badaniach doszedłem jednak do wniosku, że im większe jest ryzyko spowodowania określoną działalnością lub sposobem jej prowadzenia, nieodwracalnych lub trudno odwracalnych szkód w dobrach lub wartościach podlegających prawnej ochronie, tym bardziej zasadne jest wykorzystywanie do sterowania zachowaniami jednostek techniki legislacyjnej opartej na ustanawianiu wymogu uzyskania pozwolenia, połączonej - najlepiej - z możliwością szczegółowego kształtowania takim aktem treści praw i obowiązków ubiegającego się o nie. Tam, gdzie niebezpieczeństwo takie jest znikome, wymaganie pozwoleń prowadzić będzie do uciążliwej i szkodliwej dla rozwoju społeczeństwa oraz swobody jednostek biurokracji.

Pozwolenia administracyjne może być i jest wykorzystywane jako instrument służący do wprowadzania w życie ustaleń zawartych w różnego rodzaju planach i programach przyjmowanych przez organy władzy publicznej i mających zapewnić uporządkowany przebieg procesów gospodarczych lub społecznych oraz tam, gdzie konieczne jest ilościowe ograniczenie określonych działań lub .przedsięw-

zięć. Możemy wręcz generalnie stwierdzić, że instytucję pozwolenia administracyjnego wykorzystuje się w praktyce prawodawczej i administracyjnej w celu nakłonienia przedsiębiorców do podejmowania działań zgodnych z polityką społeczną lub gospodarczą państwa. Jest to wynikiem wykorzystania istoty tej techniki prawotwórczej polegającej na umożliwieniu zindywidualizowanego regulowania pozycji prawnej jednostek, pozwalającego na elastyczne i dokładne dostosowanie ustanawianych reguł zachowania do zmieniającej się rzeczywistości

Niektóre przedsięwzięcia, z uwagi na swój skomplikowany charakter, wymagają tak różnorodnej regulacji i stymulacji ze strony państwa, że nie tylko uzasadnione staje się poprzedzenie ich procedurą uzyskania stosownego pozwolenia, ale nawet szeregu następujących po sobie pozwoleń rozstrzygających poszczególne etapy lub aspekty danego działania lub działalności. Aby uniknąć marnotrawienia nakładów na przygotowanie przedsięwzięcia do etapu dojrzałego do wydania decyzji pozwalającej na jego pełne zrealizowanie, proces rozstrzygania o braku przeszkód i zagrożeń dla interesów publicznoprawnych rozkłada się na kilka etapów (kilka decyzji wstępnych i jedna końcowa, kilka następujących po sobie i warunkujących uzyskanie kolejnego aktu, rozstrzygnięć itp.), pozwalających albo odstąpienie od zamiaru bez ponoszenia większych wydatków, albo na zweryfikowanie i zmianę sposobu jego przeprowadzenia. W tym "ułatwianiu" życia obywatelom i przedsiębiorcom łatwo jednak przesadzić i doprowadzić do tego, że spełnienie wszystkich wymogów staje się dla niego istną biurokratyczną, trwającą nieraz kilka lat mitręgą. By uniknąć tego należy poszukiwać sposobów na koncentrowanie wielu, przewidzianych prawem, postępowań przed różnymi organami w celu uzyskania licznych, odrębnych pozwoleń, w jedno postępowanie, przed jednym organem, zobligowanym do uzyskania stosownych uzgodnień z innymi organami.

Posługiwaniu się przez prawo instytucją pozwolenia administracyjnego zarzuca się niejednokrotnie, że wpływa na zwiększenie ryzyka rozwoju zjawisk korupcyjnych. Jak dowiedziono, to nie technika regulacji jest jednak "winna" narastaniu tego typu tendencji, lecz sposób jej wykorzystania. Niektóre techniki alternatywne względem tej, która oparta jest na pozwoleniach, stwarzają nawet większe niebezpieczeństwo stronniczych zachowań urzędniczych. Sama rezygnacja z wymogu uzyskania pozwolenia przyczyni się do zmniejszenia niebezpieczeństwa korupcji tylko wówczas, gdy w miejsce ustanawiających go przepisów nie zostaną wprowadzone żadne środki o charakterze zastępczym. Korupcję wzmagają bowiem:

- zwiększanie stopnia koncentracji kompetencji organów uprawnionych do podejmowania decyzji;
- brak lub ograniczanie możliwości skontrolowania uzyskanego rozstrzygnięcia o przysługujących mu prawach lub o nieciążeniu na nim obo-

wiązków przez inne organy władzy publicznej, niż organ podejmujący decyzję;

- ❖ zwiększanie zakresu uznania pozostawianego decydentowi,
- ❖ posługiwanie się niejednoznacznymi, podlegającymi swobodnej ocenie organu administracji, terminami użytymi przez ustawodawcę do opisania sytuacji, w których władza wykonawcza upoważniona będzie do odmowy wydania oczekiwanego lub niepożądanego przez stronę aktu lub innego typu ingerencji;
- ❖ kameralne, umykające uwadze otoczenia bądź nawet tylko innym zainteresowanym niezakłóconym prowadzeniem danej działalności, procedury poprzedzające podejmowane decyzje;
- ❖ niewyraźne przesłanki odpowiedzialności za podejmowane bądź zaniechane akty;
- ❖ niskie prawdopodobieństwo wdrożenia postępowań kontrolnych i nadzorczych.

Ustalenie konstytucyjnych uwarunkowań posługiwania się instytucją pozwolenia administracyjnego przez ustawodawcę oraz organy władzy wykonawczej wymagało zbadania, **czy i kiedy jest to rozwiązanie współmierne** (adekwatne, proporcjonalne). Odpowiedź na takie pytania nie jest prosta i jednoznaczna. Nie zawsze bowiem ustanawianie wymogu uzyskania pozwolenia, jego wydanie, ograniczenie, odmowa lub cofnięcie będzie działaniem, o którym będziemy mogli stwierdzić, że jest zdatne i nieodzowne do osiągnięcia zamierzonych celów i nie stanowi nieproporcjonalnie dotkliwej, nie dającej się usprawiedliwić tymi celami, ingerencji w prawa i wolności jednostki.

Przede wszystkim badania doprowadziły do wniosku, że **ustanowienie obowiązku uzyskania pozwolenia przed podjęciem danej czynności lub działalności będzie instrumentem przydatnym wszędzie tam, gdzie uprzednie ustalenie zakresu praw i obowiązków osoby zamierzającej podjąć określone zachowanie** (w tym także ustalenie, że dane zamierzenie jest w świetle prawa niedopuszczalne) **może zapobiec powstaniu realnego zagrożenia, a także bezpośredniej szkodzie w tych dobrach lub wartościach, dla których ochrony określone prawo lub wolność mogą być ograniczane.**

Zapobieganie zagrożeniom dla tych dóbr i wartości, o których mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, nie zawsze musi polegać na ustanawianiu wymogów uzyskiwania pozwoleń, na odmawianiu ich lub cofaniu. Niedopuszczalnym jest ustanawianie wymogu uzyskania pozwolenia, gdy ten sam cel, bez większego uszczerbku dla interesu jednostki i interesu publicznego da się osiągnąć przy pomocy techniki opartej na obowiązku zgłaszania danego zamiaru lub podjętych już działań do ewidencji, rejestracji itp. (w tym także - połączonych z możliwością wydania

stosownych zakazów). Naruszeniem reguły współmierności będzie także nadmiernie sztywne uregulowanie przesłanek uzasadniających wydanie decyzji niekorzystnej dla jednostki. Nakaz konieczności wymaga posługiwania się instrumentarium pozwalającym na stosowanie rozwiązań pośrednich (pozwoleń opatrzonych różnymi klauzalami ograniczającymi swobodę adresata w miejsce odmowy lub cofnięcia pozwolenia).

Przepis art. 31 ust. 3 Konstytucji wymaga, aby wprowadzenie w życie przepisu ustawowego, ograniczającego prawa lub wolności konstytucyjne, miało być środkiem przydatnym i niezbędnym dla ochrony bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, ... etc. Jeżeli cele te nie mogą być osiągnięte bezpośrednio w drodze ustanowienia przez Parlament odpowiedniego prawa, a dla dobra demokratycznego państwa i jego obywateli nie można z nich zrezygnować, koniecznym stanie się określenie w ustawach takich ograniczeń, które będą mogły być zastosowane przez władzę wykonawczą w indywidualnych przypadkach. Konieczność ta wynikać będzie stąd, że bez ustanowienia odpowiedniej ustawy upoważniającej do zindywidualizowanego rozstrzygania o potrzebie poddania się przewidzianym w niej ingerencjom, zapewnienie, aby ograniczenia wolności i praw konstytucyjnych stosowane były tylko wtedy, gdy będą mogły doprowadzić do pożądanego celu i nie przekraczały granic niezbędności, nie będzie możliwe.

Badając proporcjonalność wymogów uzyskania pozwolenia i decyzji wydawanych na podstawie przepisów je przewidujących należy pamiętać, że w procesie wyważania skali ingerencji w swobodę zachowań jednostki z wymaganiami stojącymi przed ustawodawcą w zakresie ochrony interesów usprawiedliwiających jej ograniczanie powinniśmy kierować się świadomością, że o skali tej ingerencji przesądzają przesłanki, od których zależy czy pozwolenie zostanie wydane, czy też będzie musiało lub mogło być odmówione. Zaniechanie ich określenia nie oznacza, że organ podejmujący decyzję ma pełną swobodę działania, i że wprowadzony w ten sposób wymóg uzyskania pozwolenia jest niewspółmiernie dotkliwy, chociaż proces oceny współmierności uczynionej w ten sposób dotkliwości w prawach i wolnościach będzie wówczas zdecydowanie trudniejszy.

Ocenie proporcjonalności podlegać powinny nie tylko zastrzeżenia o obowiązku uzyskania pozwolenia i zastosowane w konkretnym przypadku przesłanki ich wydania lub odmowy, ale także przepisy określające zakres przedmiotowy, czasowy, podmiotowy i przestrzenny obwarowań, które miałyby być umieszczane w decyzjach.

Generalna ocena instrumentu pozwolenia administracyjnego w kontekście postanowień Konstytucji RP wypada zdecydowanie pozytywnie. Tego samego nie można niestety powiedzieć o praktyce legislacyjnej, a także o wykorzystywaniu tego narzędzia w praktyce administracyjnej.

Odniesienie ustaleń dokonanych w niniejszej pracy do polskiego prawa pozytywnego dałoby rezultaty - możnaby rzec - zatrważające. Przeważająca część wymaganych w naszym kraju pozwoleń administracyjnych nie odpowiada bowiem wymogom stawianym przez obowiązującą Konstytucję. Są to częstokroć rygory ustanawiane w aktach podustawowych, a jeżeli nie, to stopień określoności przepisów ustaw będących ich podstawą prawną waha się - gdyby to można było przedstawić na osi współrzędnych - w okolicach zera. Przy takiej regulacji trudno też dowodzić, że przewidywane w nich ingerencje w swobodne zachowania jednostek mogą służyć celom publicznym uzasadniającym ograniczanie praw i wolności, że są do osiągnięcia ich konieczne i nie są przesadnie dotkliwe dla obywateli. Przed polskim ustawodawcą stoi zatem do wykonania tytaniczne zadanie.

Wykaz Nr 1 - aktów prawnych przewidujących obowiązek uzyskania „zezwolenia"

1. Ustawa z dnia 24 marca 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców (DzU. z 1996 r. Nr 54, poz. 245, z 1997 r. Nr 140, poz. 939, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), *art. 1 ust. 1.*
2. Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 1 lutego 1927 r. o zniesieniu służebności w województwie kieleckiem, lubelskiem, łódzkiem, warszawskiem i w zachodniej części województwa białostockiego (Dz.U. Nr 10, poz. 74), art. 18 ust. 2, art. 31 (milczenie organu dorozumianym_zezwoleniem) i art. 42.
3. Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 22 marca 1928 r. o dozorze nad artykułami żywności i przedmiotami użytku (Dz.U. Nr 36, poz. 343, z 1934 Nr 110, poz. 977, z 1939 r. Nr 54, poz. 342, z 1946 r. Nr 5, poz. 44, z 1949 r. Nr 42, poz. 311 , z 1970 r. Nr 29, poz. 245, z 1997 r. Nr 88, poz. 554), art. 25 <z. blankiet.>.
4. Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 21 października 1932 r. o warunkach uprawnień do holowania statków w polskich portach morskich (Dz.U. Nr 91, poz. 783), art. 6.
5. Ustawa z dnia 28 marca 1933 r. o grobach i cmentarzach wojennych (Dz.U. Nr 39, poz. 311), *art. 4 ust. 2* i art. 5.
6. Kodeks handlowy (Dz.U. z 1934 r. Nr 57, poz. 502, z 1946 r. Nr 57, poz. 321, z 1950 r. Nr 34, poz. 312, z 1964 r. Nr 16, poz. 94, z 1988 r. Nr 41, poz. 326, z 1990 r. Nr 17, poz. 98 i Nr 51, poz. 298, z 1991 r. 35, poz. 155, Nr .94, poz. 418 i Nr 111, poz. 480, z 1994 r. Nr 121, poz. 591, z 1995 r. 96, poz. 478, z 1996 r. Nr.6, poz. 43, z 1997 r. Nr 88, poz. 554, Nr 118, poz. 754 i Nr 121, poz. 770), art. art 161, 310 § 1 i 3 <z. blankiet.>, art. 320 § 1 i art. 399 § 2.

---

1. Akty prawne ujętew wykazie uszeregowano chronologicznie według daty opublikowania ich tekstu (pierwotnego lub jednolitego) w Dzienniku Ustaw. Po tytule i miejscu promulgacji danego aktu wskazano przepisy stanowiące o konieczności uzyskania zezwolenia. Występujące po wskazanym przepisie informacje i symbole oznaczają:

a) np. (7x) itp. - przepis przewiduje uzyskanie zezwolenia na siedem różnych zachowań itp.;

b) <blankiet> - ustawa nie określa przesłanek udzielenia zezwolenia i przekazuje ustalenie zasad i warunków od których zależy jego uzyskanie organowi władzy wykonawczej;

c) <z. wyjątk.> - przepisy przewidujące udzielanie danego zezwolenia w wyjątkowych przypadkach;

d) <dyspensa> - przepisy przewidujące możliwość odstąpienia od zakazów lub nakazów określonego zachowania się.

e) np. art. 7 - przepisy nie zawierają żadnych wskazań co do okoliczności, od których wystąpienia uzależnione jest uzyskanie zezwolenia i nie przewidują ich uregulowania w aktach wykonawczych;

f) np. *§ 5 i 8 ust. 2* - przepisy pozostawiają decyzję udzieleniu zezwolenia uznaniu organu administracji;

g) <z. symboliczne> - zezwolenie udzielane w drodze gestu lub innego zachowania je symbolizującego;

h) <z. os. prywat.> - zezwolenie udzielane przez osobę prywatną wykonującą funkcję publiczną;

i) <z. konkursowe> - zezwolenia rozdzielane w drodzekonkuru pretendujących o zezwolenie.

7. Rozporządzenie prezydenta RP z dnia 24 października 1934 r. - Prawo o postępowaniu układowym (Dz.U. Nr 93, poz. 836, z 1950, Nr 38, poz. 349, z 1990 r. 55, poz. 320, z 1996 r. Nr 6, poz. 43 i Nr 43, poz. 189, z 1997 r. Nr 96, poz. 592 i Nr 121, poz. 770 i Nr 133, poz. 885), art. 28 § 1 i 2 <z. nadzorcy sądowego>.
8. Ustawa z dnia 16 czerwca 1936 r. o pożyczkach premiowych (Dz.U. Nr 33, poz. 210), art. 6 ust 1.
9. Rozporządzenie Ministra Opieki Społecznej z dnia 10 października 1936 r. o dozorze nad mięsem i przetworami mięsnymi (Dz.U. Nr 92, poz. 643, z 1937 r. Nr 49, poz. 378, z 1952 r. 12, poz. 75, z 1958 r. 56, poz. 275, z 1961 r. Nr 61, poz. 4.26), *§ 40 ust. 2* <z. wyjątk.>.
10. Rozporządzenie Ministra Opieki Społecznej z dnia 18 stycznia 1939 r. o dozorze nad wyrobem i obiegiem środków kosmetycznych. (Dz.U. Nr 13, poz. 72), § 3 <wpis do rejestru jako pozwolenie>.
11. Ustawa z dnia 21 czerwca 1939 r. o zniesieniu służebności w województwach: krakowskim, lwowskim, stanisławowskim, tarnopolskim i cieszyńskiej części województwa śląskiego (Dz.U. Nr 59, poz. 389), art. art. 17, 27 i 60 ust. 2.
12. Dekret z dnia 12 czerwca 1945 r. o przeniesieniu własności resztówek majątków rozparcelowanych na spółdzielnie Samopomocy Chłopskiej (Dz.U. Nr 27, poz. 162), *art. 8.*
13. Rozporządzenie Ministrów: Pracy i Opieki Społecznej, Zdrowia i Przemysłu z dnia 26 marca 1946 r. o higienie pracy w zakładach przemysłu włókienniczego (Dz.U. Nr 23, poz. 151), § 2 <z. inspektora pracy>.
14. Dekret z dnia 3 lutego 1947 r. w sprawie rejestracji i umarzania niektórych dokumentów na okaziciela emitowanych przed dniem 1 września 1939 r. (Dz.U. z 1948 r. Nr 28, poz. 190), art. 7.
15. Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 15 kwietnia 1948 r. o dozorze nad wyrobem i obiegiem artykułów zastępczych (surogatów) artykułów żywności i przedmiotów użytku (Dz.U. Nr 24, poz. 167), § 8.
16. Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 15 września 1948 r. - Przepisy sanitarne w morskich portach handlowych i przystaniach (Dz.U. Nr 45, poz. 335), §§ 4, 5, 19, 22.
17. Ustawa z dnia 18 listopada 1948 r. o przejściu na własność Państwa niektórych lasów i innych gruntów samorządowych (Dz.U. Nr 57, poz. 456), art. 8.
18. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 26 marca 1949 r. o wprowadzeniu ograniczeń w rejonach umocnionych: Hel, Redłowo, Sobieszewo, Kępa Oksywska i Westerplatte (Dz.U. z 1949 r. Nr 21, poz. 138), art. art. 2 (9x), 3(9x) , 4, 5.
19. Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 22 grudnia 1949 r. w sprawie używania lodu naturalnego do chłodzenia i konserwowania artykułów żywności. (Dz.U. Nr 65, poz. 537), *§ 6.*
20. Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 28 lutego 1950 r. w sprawie wyrobu oraz obiegu octów i esencji octowej (Dz.U. Nr 9, poz. 95, z 1951 r. Nr 28, poz. 220), § 2 ust. 2.

21. Rozporządzenie Ministrów: Ppracy i Opieki Społecznej, Przemysłu Ciężkiego, Przemysłu Lekkiego, Górnictwa i Energetyki, Przemysłu Rolnego i Spożywczego, Żeglugi, Komunikacji, Budownictwa oraz Zdrowia z dnia 4 kwietnia 1950 r. w sprawie obsługi suwnic elektrycznych w zakładach pracy (Dz.U. Nr 25, poz. 223), § 18 <z. inspektora pracy>.
22. Rozporządzenie Ministrów: Pracy i Opieki Społecznej, Przemysłu Ciężkiego oraz Zdrowia z dnia 13 kwietnia 1951 r. w sprawie bezpieczeństwa pracy przy sprężarkach powietrznych (Dz.U. Nr 22, poz. 174), §§ 1, 19 i 20.
23. Rozporządzenie Ministrów Pracy i Opieki Społecznej oraz Zdrowia z dnia 28 kwietnia 1951 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy na obrabiarkach do metali (Dz.U. Nr 25, poz. 192), § 10 <z. przełożonego>.
24. Dekret z dnia 2 sierpnia 1951 r. o targach i targowiskach (Dz.U. Nr 41, poz. 312, z 1990 r. Nr .34, poz. 198 i z 1997 r. Nr 121, poz. 770), art. 4 ust. 2.
25. Rozporządzenie Ministra Przemysłu Ciężkiego z dnia 16 grudnia 1951 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy w hutach żelaza (Dz.U. z 1962 r. Nr 1, poz.1), § 56 ust. 1 <z. przełożonego>.
26. Rozporządzenie Ministrów: Pracy i Opieki Społecznej, Przemysłu Ciężkiego oraz Zdrowia z dnia 7 lutego 1952 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy na niektórych obrabiarkach do drewna (Dz.U. Nr 10, poz. 62), § 10 <z. przełożonego>.
27. Rozporządzenie Ministrów Pracy i Opieki Społecznej oraz Zdrowia z dnia 30 lipca 1953 r. w sprawie bezpieczeństwa i higiena pracy w hutach ołowiu (Dz.U. Nr 46, poz. 227), § 34 <z. lekarskie na zatrudnienie>.
28. Rozporządzenie Ministrów: Pracy i Opieki Społecznej oraz Zdrowia z dnia 10 sierpnia 1953 r. w sprawie bezpieczeństwa i higiena pracy przy przerobie miedzi (Dz.U. Nr 45, poz. 221), § 63 <jw.>.
29. Rozporządzenie Ministrów Pracy i Opieki Społecznej oraz Zdrowia z dnia 11 sierpnia 1953 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wytwarzaniu i przerobie arsenu oraz jego związków(Dz.U. Nr 48, poz. 236), § 31 (jw.).
30. Rozporządzenie Ministrów Pracy i Opieki Społecznej oraz Zdrowia z dnia 30 października 1953 r. w sprawie higieny pracy przy wytwarzaniu, przerobie i stosowaniu związków chromu (Dz.U. z 1954 r. Nr 7, poz. 22), § 16 (jw.).
31. Rozporządzenie Ministrów Pracy i Opieki Społecznej oraz Zdrowia z dnia 15 maja 1954 r. w sprawie Bezpieczeństwo i higiena pracy przy użytkowaniu butli z gazami sprężonymi, skroplonymi i rozpuszczonymi pod ciśnieniem (Dz.U. Nr 29, poz. 115, z 1971 r. Nr 23, poz. 216), § 18 <dyspensa>.
32. Dekret z dnia 18 kwietnia 1955 r. o uwłaszczeniu i uregulowaniu innych spraw, związanych z reformą rolną i osadnictwem rolnym (Dz.U. z 1959 r. Nr 14, poz.78, z 1971 r. Nr 27, poz. 250, z 1990 r. Nr 34, poz. 198 i z 1998 r. Nr 106, poz. 668), *art. 2, 6 ust. 3, art. 19 ust. 2 i 4.*
33. Ustawa z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (Dz.U. z 1972 r. Nr 47, poz. 298, z 1975 r . Nr 17, poz. 94, z 1989 r. Nr 29, poz. 154, z 1990 r. Nr 34, poz. 198, z 1991 r. Nr 64, poz. 271, z 1997 r. Nr 126, poz. 805 i Nr

141, poz. 943, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 6 ust. 4, art. *9 ust. 4* <z. wyjątk.>, art. 11 ust. 9 <z. prokuratora>, art. 14 ust. 2 i 3, art. 15 ust. 1.

34. Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 11 sierpnia 1959 r. - Przepisy sanitarne na lotniskach o ruchu międzynarodowym (Dz.U. Nr 49, poz. 300), *§ 5* <dyspensa>, § 9 i § 25.

35. Rozporządzenie Ministra Żeglugi i Gospodarki Wodnej z dnia 15 sierpnia 1959 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy na statkach w żegludze śródlądowej (Dz.U. Nr 61, poz. 366), § 77.

36. Rozporządzenie Ministrów Budownictwa i Przemysłu Materiałów Budowlanych, Przemysłu Ciężkiego oraz Przewodniczącego Komitetu Drobnej Wytwórczości z dnia 25 marca 1960 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy w hutach szkła i zakładach szklarskich (Dz.U. Nr 24, poz. 137), § 13 ust. 5 <z. kierownika zakładu pracy>.

37. Rozporządzenie Ministra Przemysłu Chemicznego z dnia 15 grudnia 1960 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy w przemyśle włókien syntetycznych poliamidowych (Dz.U. Nr 4, poz. 21), § 67 <z. lekarskie>.

38. Rozporządzenie Ministra Przemysłu Chemicznego z dnia 15 grudnia 1960 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy w przemyśle włókien sztucznych wiskozowych (Dz.U. Nr 4, poz. 22), § 50 ust. 1 <jw.>.

39. Ustawa z dnia 31 stycznia 1961 r. o broni, amunicji i materiałach wybuchowych (Dz.U. Nr 6, poz. 43, z 1983 r. Nr 6, poz. 35, z 1988 r. Nr 41, poz. 324, z 1989 r. Nr 35, poz. 192, z 1997 r. Nr 6, poz. 31, Nr 88, poz. 554 i Nr 114, poz. 740), *art. 24 ust. 5* <z. wyjątk.>.

40. Ustawa z dnia 1 grudnia 1961 r. - Kodeks morski (Dz.U. z 1998 r. Nr 10, poz. 36), *art. 12 § 3* <z. wyjątkowe>, art. 253 § 1.

41. Ustawa z dnia 15 lutego 1962 r. o ochronie dóbr kultury (Dz.U. Nr 10, poz. 49, z 1983 r. Nr 38, poz. 173, z 1989 r. Nr 35, poz. 192, z 1990 r. Nr 34, poz. 198 i Nr 56, poz. 322, z 1995 Nr 141, poz. 692, z 1996 r. Nr 106, poz. 496 i Nr 156, poz. 773, z 1997 r. Nr 5, poz. 24, Nr 88, poz. 554, Nr 106, poz. 668, Nr 115, poz. 741), art. 21 ust. 1(3x), art. 27 ust. 1(10x), ust. 2 (3x) i ust. 3, *art. 41 ust. 2 i 3.*

42. Ustawa z dnia 31 maja 1962 r. - Prawo lotnicze (Dz.U. Nr 32, poz. 153, z 1984 r. Nr 53, poz. 272, z 1987 r. Nr 33, poz. 180, z 1988 r. Nr 41, poz. 324, z 1989 r. Nr 35, poz. 192, z 1996 r. Nr 45, poz. 199, z 1997 r. Nr 88, poz. 554, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 18 ust. 3, art. 28 ust. 1 i art. 52 <z. blankiet.>, art. 30 ust. 3, art. 46 ust. 2, art. 54 i 55 ust. 4, art. 33 <z. os. prywat.>.

43. Ustawa z dnia 21 maja 1963 r. o substancjach trujących (Dz.U. Nr 22, poz. 116, z 1983 r. Nr 6, poz. 35,z 1996 r. Nr 24, poz. 110, z 1997 r. Nr 88, poz. 554, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 7 <5x z. blankiet>.

44. Rozporządzenie Ministra Żeglugi z dnia 11 lipca 1963 r. w sprawie bezpieczeństwa ruchu zbiornikowców przewożących ciecze palne (Dz.U.Nr 33, poz. 193, z 1973 r. Nr 1, poz. 3), §§ 12, 13, 27 ust. 3 i 4, § 29a.

45. Ustawa z dnia 13 listopada 1963 r. w sprawie zwalczania chorób zakaźnych (Dz.U. Nr 2, poz. 8, z 1971 r. Nr 12, poz. 115, z 1974 r. Nr 47, poz. 280, z 1989 r. Nr 35, poz. 192, z 1990 r. Nr 34, poz. 198, z 1997 r. Nr 60, poz. 369, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 7 ust. 1 pkt 1.

46. Rozporządzenie Ministra Komunikacji z dnia 15 września 1964 r. w sprawie cywilnych lotnisk, lądowisk i lotniczych urządzeń naziemnych (Dz.U. Nr 37, poz. 237, z 1994 r. Nr 89, poz. 414, z 1998 r. Nr 30, poz. 859 i z 1999 r. Nr 21, poz. 192), § 35 ust. 4.

47. Ustawa z dnia 31 marca 1965 r. o wyższym szkolnictwie wojskowym (Dz.U. Nr 10, poz. 40, z 1996 r. Nr 7, poz. 44, z 1997 r. Nr 96, poz. 590, Nr 107, poz. 688, Nr 115, poz. 741, Nr 121, poz. 770, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 21 ust. 3 pkt 1 i 2, art. 24 ust. 4.

48. Ustawa z dnia 17 czerwca 1966 – o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (Dz.U. z 1991 r. Nr 36, poz.161, z 1992 r. Nr 20, poz. 78, z 1993 r. Nr 28, poz. 127, z 1995 r. Nr 85, poz. 426 i Nr 41, poz. 692, z 1996 r. Nr 43, poz. 189 i Nr 146, poz. 680 i Nr 156, poz. 773, z 1997 r. Nr 137, poz. 926, Nr 141, poz. 943 i 944, z 1998 r. Nr 133, poz. 872 i Nr 162, poz.1126), art. 52 ust. 1 <z. wewnątrzadministracyjne>.

49. Ustawa z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1992 r. Nr 4, poz. 16, Nr 40, poz. 174, Nr 54, poz. 254, z 1994 r. Nr 43, poz. 165, z 1995 r. Nr 141, poz. 692, z 1996 r, Nr 7, poz. 44, Nr 10, poz. 56, Nr 106, poz. 496, z 1997 r. Nr 6, poz. 31, Nr 28, poz. 153, Nr 80, poz. 495, Nr 88, poz. 554, Nr 121, poz. 770, Nr 141, poz. 944, z 1998 r. Nr 146, poz. 961, Nr 162, poz. 1114 i 1126), art. 53 ust. 2 i 4, art. 64 ust. 4, art. 65 ust. 6, art. 66 i 67 ust. 3.

50. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 18 czerwca 1968 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy stosowaniu promieniowania jonizującego (Dz.U. Nr 20, poz.122) § 25 ust. 1.

51. Rozporządzenie Przewodniczącego Komitetu Drobnej Wytwórczości z dnia 21 marca 1970 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy w zakładach przemysłu torfowego. (Dz.U. Nr 9, poz. 75), § 11 ust. 3.

52. Rozporządzenie Ministra Kultury i Sztuki z dnia 28 kwietnia 1970 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy produkcji filmowej (Dz.U.Nr12, poz. 113, z 1993 r. Nr 50, poz. 229), § 64 ust. 1 <z. lekarskie.>, *§ 100* <dyspensa>.

53. Ustawa z dnia 30 czerwca 1970 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (Dz.U. z 1997 r. Nr 10, poz. 55, Nr 28, poz. 153, Nr 106, poz. 678, Nr 107, poz. 688, Nr 121, poz. 770, Nr 117, poz. 753, Nr 141, poz. 944, z 1998 r. Nr 162, poz. 1117, z 1999 r. Nr 1, poz. 7), art. art. 47, 48 ust. 1, *art. 50 ust. 1*, art. 51 ust. 1, art. 69 ust. 2 i art. 103 ust. 3.

54. Ustawa z dnia 25 listopada 1970 r. o warunkach zdrowotnych żywności i żywienia (Dz.U. Nr 29, poz. 245, z 1971 r. Nr 12, poz. 115, z 1985 r. Nr 12, poz. 49, z 1989 r. Nr 35, poz. 192, z 1992 r. Nr 33, poz. 144 i Nr 91, poz. 456, z 1997 r. Nr

43, poz. 272, Nr 60, poz. 369 i Nr 88, poz. 554 i z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 5 ust. 1, art. 11 ust. 2 i art. 12 ust. 1 pkt 5 <z. blankiet.>, *art. 26.*

55. Rozporządzenie Przewodniczącego Komitetu Drobnej Wytwórczości z dnia 21 marca 1971 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy w zakładach przemysłu torfowego (Dz.U. Nr 9, poz..75), § 11 ust. 3 <z. kier. zakładu pracy>.

56. Rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 10 kwietnia 1972 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy w zakładach anatomii patologicznej, w prosektoriach oraz w pracowniach histopatologicznych i histochemicznych (Dz.U. Nr 17, poz.123), *§ 22* <dyspensa>.

57. Rozporządzenie Ministrów Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska oraz Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 20 października 1972 r. w sprawie urządzania cmentarzy, prowadzenie ksiąg cmentarnych oraz chowanie zmarłych (Dz.U. Nr 47, poz. 299*), § 25 ust. 4, § 29 ust. i § 31 ust. 2 pkt 2*<dyspensa> *§ 30 ust. 5* <z. wyjątk.>.

58. Rozporządzenie Ministra Żeglugi z dnia 1 lutego 1974 r. w sprawie transportu morskiego materiałów niebezpiecznych (Dz.U. Nr 9, poz. 55, z 1984 r. Nr 51, poz. 267), § 17 ust. 2 pkt 3, ust. 3 <dyspensa>, §§ 25 i 26 ust. 2 i *§ 21 ust. 2.*

59. Ustawa z dnia 24 października 1974 r. - Prawo wodne (Dz.U. Nr 38, poz. 230, z 1975 r. Nr 17, poz. 94, z 1980 r. Nr 3, poz. 6, z 1983 r. Nr 44, poz. 201, z 1989 r. Nr 26, poz. 139 i Nr 35, poz. 192, z 1990 r. Nr 34, poz. 198 i Nr 39, poz. 222, z 1991 r. Nr 32, poz. 131 i Nr 77, poz. 335, z 1993 r. Nr 40, poz. 183, z 1994 r. Nr 27, poz. 96, z 1995 r. Nr 47, poz. 243 i Nr 141, poz. 692, z 1996 r. Nr 106, poz. 496, z 1997 r. Nr 47, poz. 299, Nr 88, poz. 554, Nr 106, poz. 668 i Nr 133, poz. 885, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), *art. 12 ust. 1.*

60. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 6 lutego 1976 r. w sprawie warunków, trybu i organów właściwych do wydawania zagranicznym osobom prawnym i fizycznym uprawnień do tworzenia przedstawicielstw na terytorium Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej dla wykonywania działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 11, poz. 63, z 1984 r. Nr 26, poz. 133), *§ 1 ust. 1.*

61. Rozporządzenie Ministrów Komunikacji i Obrony Narodowej z dnia 20 kwietnia 1977 r. w sprawie ruchu lotniczego cywilnych statków powietrznych (Dz.U. Nr 15, poz.63, z 1993 r. Nr 75, poz. 358, z 1996 r. Nr 154, poz. 754), § 6.

62. Rozporządzenie Ministra Przemysłu Maszynowego z dnia 2 listopada 1978 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy eksploatacji wózków jezdniowych z napędem silnikowym Dz.U.78.27.119*), § 5 pkt 2* <z. zakładu pracy>.

63. Ustawa z dnia 21 grudnia 1978 r. o odznakach i mundurach (Dz.U. Nr 31, poz. 130, z 1998 r. Nr 162, poz. 1126), *art. 5 ust. 1* i art. 13.

64. Rozporządzenie Ministra Handlu Zagranicznego i Gospodarki Morskiej z dnia 25 czerwca 1979 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy na morskich statkach handlowych (Dz.U. Nr 14, poz.96), *§ 32.*

65. Ustawa z dnia 31 stycznia 1980 r. o ochronie i kształtowaniu środowiska (Dz.U. z 1994 r. Nr 49, poz. 196, z 1995 r. Nr 141, poz . 692, Nr 90, poz. 446, z 1996 r.

Nr 106, poz. 496, Nr 132, poz. 622, Nr 156, poz. 773, z 1997 r. Nr 46, poz. 296, Nr 88, poz. 554, Nr 96, poz. 592, Nr 121, poz. 770, Nr 133, poz. 885, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), *art. 37a ust. 1,* art. 48 ust. 2.

66. Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. - Prawo o adwokaturze (Dz.U. Nr 16, poz.124 i Nr 25, poz. 187, z 1983 r. Nr 5, poz. 33, z 1986 r. Nr 42, poz. 202, z 1990 r. Nr 36, poz. 206, z 1995 r. Nr 4, poz. 17, z 1996 r. Nr 77, poz. 367, z 1997 r. Nr 28, poz. 153, Nr 75, poz. 471 i Nr 141, poz. 943, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art.4 d i *art. 21 ust. 1 i 2.*

67. Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o zasadach prowadzenia na terytorium Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej działalności gospodarczej w zakresie drobnej wytwórczości przez zagraniczne osoby prawne i fizyczne (Dz.U. z 1989 r. Nr 27, poz. 148 i Nr 74, poz. 442, z 1991 r. Nr 60, poz. 253 i Nr 111, poz. 480, z 1994 r. Nr 121, poz. 591, z 1995 r. Nr 141, poz. 692, z 1997 r. Nr 121, poz. 770 i z 1998 r. Nr 106, poz. 668), *art. 5 ust. 1 i art. 21 ust. 1 i 2.*

68. Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (Dz.U. Nr 35, poz. 230, z 1984 Nr 34 poz. 184, z 1987 r. 33 poz. 180; z 1989 r. Nr 35 poz. 192; 1990 r. Nr 34 poz. 198 i Nr 73 poz. 431; z 1991 r. Nr 73 poz. 321 i Nr 94 poz. 419; z 1993 r. Nr 40 poz. 184; z 1996 r. Nr 127 poz. 593; z 1997 r. Nr 88 poz. 554, Nr 113 poz. 732 i Nr 121 poz. 770; z 1998 r. Nr 106 poz. 668) *art. 9 ust. 1, art. 18 ust. 1, art. 18[1].*

69. Rozporządzenie Ministra - Kierownika Urzędu Gospodarki Morskiej z dnia 7 maja 1983 r. w sprawie zasad i warunków sprzedaży, podawania i spożywania napojów alkoholowych na morskich statkach handlowych w żegludze międzynarodowej oraz w międzynarodowych portach morskich (Dz.U. Nr 25, poz. 121), *§ 2 ust. 2 i § 5 ust. 1.*

70. Ustawa z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz.U. Nr 38, poz. 173, z 1989 r. Nr .34, poz. 178, z 1996 r. Nr 106, poz. 496 i Nr 156, poz. 775, z 1997 r. Nr 88, poz. 554 i Nr 141, poz. 943, z 1998 r. Nr 106, poz. 668 i Nr 155, poz. 1016), *art. 14 ust. 2* i art. 35 ust. 3.

71. Ustawa z dnia 6 kwietnia 1984 o fundacjach (Dz.U. z 1991 r. Nr 46, poz. 203), art. 19 ust. 2.

72. Rozporządzenie Ministra Nauki Szkolnictwa Wyższego i Techniki z dnia 25 lipca 1984 r. w sprawie zasad klasyfikowania i kwalifikowania dokumentacji oraz zasad i trybu przekazywania materiałów archiwalnych do archiwów państwowych (Dz.U. Nr 41, poz. 216), *§ 7 ust. 3.*

73. Rozporządzenie Ministra Nauki Szkolnictwa Wyższego i Techniki z dnia 25 lipca 1984 r. w sprawie wcześniejszego udostępniania materiałów archiwalnych (Dz.U. Nr 41, poz. 217), *§ 2 ust. 2* i § 2 ust. 4

74. Ustawa z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. Nr 14, poz. 60, z 1988 Nr 19, poz. 132, z 1989 r. Nr 35, poz. 192, z 1990 r. Nr 34, poz. 198, z 1991 r. Nr 75, poz. 332, z 1993 r. Nr 47, poz. 212, z 1994 Nr 127, poz. 627, z 1995 r. Nr 141, poz. 692, z 1997 r. Nr 6, poz. 31, Nr 80, poz. 497, Nr 106, poz.

677 i Nr 123, poz . 780, z 1998 r. Nr 106, poz. 668 i Nr 162, poz. 1126), art. 35 ust. 2i art. 40 ust. 1 (2x), *art. 39 ust.3* <z. wyjątk.>.

75. Ustawa z dnia 18 kwietnia 1985 r. o rybactwie śródlądowym (Dz.U. Nr 21, poz. 91, z 1988 r. Nr 19, poz. 132, z 1989 r. Nr 35, poz. 192, z 1990 r. Nr 34, poz. 198, z 1995 r. Nr 141, poz. 692, z 1996 r. Nr 106, poz. 496 i Nr 128, poz. 602, z 1997 r. Nr 88, poz. 554 i z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 3 i 7 ust. 2 <z. osoby prywat.> i ust. 4 <z. cywilnoprawne>.

76. Rozporządzenie Ministra Komunikacji z dnia 27 listopada 1985 r. w sprawie szczególnych warunków przewozu koleją zwłok i szczątków zwłok ludzkich (Dz.U. Nr 59, poz. 305), § 3.

77. Ustawa z dnia 10 kwietnia 1986 - Prawo atomowe.(Dz.U. Nr 12, poz. 70, z 1987 r. Nr 33, poz. 180, z 1991 r. Nr 8, poz. 28, z 1994 r. Nr 90, poz. 418, z 1995 r. Nr 104, poz. 515, z 1996 r. Nr 24, poz. 110 i Nr 106, poz. 496 i z 1997 r. Nr 88, poz. 554), art. 4 ust. 1 (x9) i art. 6 ust. 2 <z. blankiet.>, art. 19 ust. 1.

78. Ustawa z dnia 20 czerwca 1986 r. o prokuraturze (Dz.U. z 1994 r. Nr 19, poz. 70, Nr 105, poz. 509, z 1995 r. Nr 34, poz. 163, z 1996 r. Nr 77, poz. 367, z 1997 r. Nr 90, poz. 557, Nr 98, poz. 604 i 607, Nr 106, poz. 679, Nr 117, poz. 752 i 753, Nr 124, poz. 782, Nr 141, poz. 944, z 1998 r. Nr 155, poz. 1016, Nr 162, poz. 1123 i 1125), art. 49 ust. 3, art. 54 ust. 1 <z. kom. dyscyplinarnej>, art. 94 ust. 2 i art. 94a.

79. Rozporządzenie Ministra Komunikacji z dnia 10 września 1986 r. w sprawie personelu lotniczego (Dz.U. Nr 41, poz. 199), *§ 4.*

80. Ustawa z dnia 29 września 1986 r. - Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz.U. Nr 36, poz. 180, z 1988 r. Nr 19, poz. 132, z 1989 r. Nr 29, poz. 154, z 1990 r. Nr 34, poz. 198, z 1995 r. Nr 83, poz. 417 i z 1998 r. Nr 117, poz. 757), art. 25.

81. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 27 października 1986 r. w sprawie praw i obowiązków pracowników państwowej jednostki organizacyjnej "Polska Poczta, Telegraf i Telefon" (Dz.U. Nr 43, poz. 209, z 1991 r. Nr 63, poz. 267, z 1996 r. Nr 24, poz. 110), *§ 2 ust. 2* <dyspensa> oraz §§ 30 i 31.

82. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 listopada 1986 r. w sprawie kuratorów sądowych (Dz.U. Nr 43, poz. 212, z 1991 r. Nr 12, poz. 54, z 1992 r. Nr 44, poz. 196), *§§ 27 i 33 ust. 4* <z. wyjątk.>.

83. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 sierpnia 1987 r. w sprawie okresów przechowywania i warunków niszczenia lub przekazywania archiwom akt spraw rozpoznanych przez Naczelny Sąd Administracyjny (Dz.U. Nr 26, poz. 151), § 5 ust. 2.

84. Rozporządzenie Ministra Komunikacji z dnia 6 października 1987 r. w sprawie wykazu rzeczy niebezpiecznych wyłączonych z przewozu koleją oraz szczególnych warunków przewozu rzeczy niebezpiecznych dopuszczonych do przewozu (Dz.U. Nr 32, poz. 169), § 3.

85. Ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. - Prawo o stowarzyszeniach (Dz.U. Nr 20, poz. 104, z 1990 r. Nr 14, poz. 86, z 1996 r. Nr 27, poz. 118 i z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 44 ust. 2.

86. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 5 maja 1989 r. w sprawie okresów przechowywania i warunków niszczenia akt spraw sądowych lub przekazywania ich archiwom państwowym (Dz.U. Nr 28, poz. 150), § 5 ust. 2.

87. Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. - Prawo geodezyjne i kartograficzne (Dz.U. Nr 30, poz. 163, z 1989 r. Nr 43, poz. 241, z 1990 r. Nr 34, poz. 198, z 1991 r. Nr 103, poz. 446, z 1995 r. Nr 141, poz. 692, z 1996 r. Nr 106, poz. 496 i Nr 156, poz. 775, z 1997 r. Nr 54, poz. 349, Nr 115, poz. 741 i Nr 121, poz. 770, z 1998 r. Nr 106, poz. 668 i Nr 162, poz. 1126), art. 18.

88. Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. Nr 30, poz. 179, z 1991 r. Nr 94, poz. 422 i Nr 107, 461, z 1992 r. Nr 54, poz. 254, z 1994 r. Nr 53, poz. 214, z 1995 r. Nr 4, poz. 17, Nr 34, poz. 163 i Nr 104, poz. 515, z 1996 r. Nr 59, poz. 269 i Nr 106, poz. 496, z 1997 r. Nr 28, poz. 153, Nr 80, poz. 499, Nr 88, poz. 554, Nr 106, poz. 680, Nr 123, poz. 779 i Nr 141, poz. 943, z 1998, Nr 106, poz. 668), art. 62, 63 ust. 4 i *art. 103 ust. 2 <z. wyjątk.>*.

89. Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Urzędzie Ochrony Państwa (Dz.U. z 1999 r. Nr 51, poz. 526), *art. 11b ust. 2*, art. 49, 50 ust. 4, art. 51 ust. 1, *art. 90 ust. 2* <z. wyjątk.>.

90. Ustawa z dnia 28 lipca 1990 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz.U. z 1996 r. Nr 11, poz. 62, z 1997 r. Nr 43, poz. 272, Nr 88, poz. 554, Nr 107, poz. 685, Nr 121, poz. 770, Nr 137, poz. 934, z 1998 r. Nr 155, poz. 1015), art. 2 ust. 1, art. 37e ust. 2, art. 37g ust. 3, art. 41a ust. 6 <z. blankiet.>, art. 42a ust. 1, art. 42 d, *art. 45a ust. 3 pkt 2 lit. d-e,* art. 63 ust. 4 z. generalne>, art. 65 i art. 95 ust. 3.

91. Ustawa z dnia 12 września 1990 r. o szkolnictwie wyższym (Dz.U. Nr 65, poz. 385, z 1992 r. Nr 54, poz. 254, Nr 63, poz. 314, z 1994 r. Nr 1, poz. 3, Nr 43, poz. 163, Nr 105, poz. 509, Nr 121, poz. 591, z 1996 r. Nr 5, poz. 34, Nr 24, poz. 110, z 1997 r. Nr 28, poz. 153, Nr 96, poz. 590, Nr 104. poz. 661, Nr 121, poz. 770 i Nr 141, poz. 943, z 1998 r. Nr 50, poz. 310, Nr 106, poz. 668 i Nr 162, poz. 1115 i 1118), art. 15 ust. 1 i art. 64 ust. 7.

92. Ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz.U. Nr 78, poz. 462, z 1991 r. Nr 94, poz. 422, z 1992 r. Nr 54, poz. 254, z 1993 r. Nr 12, poz. 52, 1994 r. Nr 53, poz. 214, z 1995 r. Nr 4, poz. 17, Nr 34, poz. 163, Nr 104, poz. 515, z 1996 r. Nr 106, poz. 496, Nr 124, poz. 583, z 1997 r. 28, poz. 153, Nr 88, poz. 554, Nr 121, poz. 770), art. 67, 68 ust. 4 i art. 107 ust. 2.

93. Ustawa z dnia 23 listopada 1990 r. o łączności (Dz.U. z 1996 r. Nr 117, poz. 564, i Nr 106, poz. 496, z 1997 r. Nr 43, poz. 272, Nr 88, poz. 554, Nr 106, poz. 675, Nr 121, poz. 770, Nr 137, poz. 926, z 1998 r. Nr 137, poz. 887, Nr 150, poz. 984), *art. 8 ust. 2,* art. 12 ust. 1 pkt 1 i 2.

94. Ustawa z dnia 21 grudnia 1990 r. o zawodzie lekarza weterynarii i izbach lekarsko-weterynaryjnych (Dz.U. Nr 8, poz. 27, z 1995 r. Nr 120, poz. 576, z 1997 r. Nr 60, poz. 369, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 25.

95. Ustawa z dnia 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej (Dz.U. Nr 32, poz. 131, z 1994 r. Nr 27, poz. 96, z 1995 r. Nr 7, poz. 31, Nr 47, poz. 243, z 1996 r. Nr 34, poz. 145, z 1997 r. Nr 111, poz. 726), art. 23 i 26.

96. Ustawa z dnia 14 kwietnia 1991 r. o spółkach z udziałem zagranicznym (Dz.U. z 1997 r. Nr 26, poz. 143, z 1998 r. Nr 160, poz. 1063), art. 6 ust. 1 pkt 1 i 2.

97. Ustawa z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (Dz.U. Nr 41, poz. 179 i Nr 105, poz. 452, z 1997 r. Nr 43, poz. 272, i Nr 121, poz. 770, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 4 ust. 2.

98. Ustawa z dnia 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej (Dz.U. Nr 88, poz. 400, z 1992 r. Nr 21, poz. 86, Nr 54, poz. 254, z 1994 r. Nr 53, poz. 214, z 1995 r. Nr 4, poz. 17, Nr 34, poz.163 i Nr 141, poz. 692, z 1996 r. Nr 106, poz. 496, Nr 152, poz. 723, Nr 56, poz.773, z 1997 Nr 28, poz. 153, Nr 88, poz. 554 i Nr 106, poz. 680, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 57c, *art. 89 ust. 2* <z. wyjątk.>, art. 114c ust. 2.

99. Ustawa z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (Dz.U. z 1996 r. Nr 67, poz. 329, Nr 106, poz. 496, z 1997 r. Nr 28, poz. 153, Nr 141, poz. 943, z 1998 r. Nr 117, poz. 759, Nr 162, poz. 1126), art. 16 ust. 8, *art.art.. 58 ust. 3 i 66 ust. 1* <z. blankiet.>.

100. Ustawa z dnia 10 października 1991 r. o środkach farmaceutycznych, materiałach medycznych, aptekach, hurtowniach i Inspekcji Farmaceutycznej (Dz.U. Nr 105, poz. 452, z 1993 r. Nr 16, poz. 68 i Nr 47, poz. 211, z 1996 r. Nr 106, poz. 496, z 1997 r. Nr 28, poz. 152, Nr 43, poz. 272, Nr 60, poz. 369, Nr 88, poz. 554, Nr 121, poz. 770, z 1998, poz. 106, poz. 668), art. 62 ust. 1 pkt 2.

101. Ustawa z dnia 16 października 1991 r. o ochronie przyrody (Dz.U. Nr 114, poz. 492, z 1992 r. Nr 54, poz. 254, z 1994 r. Nr 89, poz. 415, z 1995 r. Nr 147, poz. 713, z 1996 r. Nr 91, poz. 409 i Nr 156, poz. 773, z 1997 r. Nr 14, poz. 72, Nr 43, poz. 272, Nr 54, poz. 349, Nr 88, poz. 554 i Nr 133, poz. 885, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), *art. 27 ust. 4* <z. wyjątk.>.

102. Ustawa z dnia 29 listopada 1991 r. o pomocy społecznej (Dz.U. z 1998 r. Nr 64, poz. 414, Nr 106, poz. 668, Nr 117, poz. 756, Nr 162, poz. 1118 i 1126, z 1999 r. Nr 20, poz. 170), art. 19a i 20 ust. 2a <z. blankiet.>.

103. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 kwietnia 1992 r. - Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz.U. Nr 38, poz. 163, z 1993 r. Nr 79, poz. 372, z 1996 r. Nr 131, poz. 619, z 1998 r. Nr 111, poz. 698 i Nr 124, poz. 822), § 105, 154 ust. 1 i § 245 <z. procesowe>.

104. Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 7 maja 1992 r. w sprawie pilotarzu morskiego (Dz.U. Nr 43, poz. 192), § 3 ust. 4.

105. Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 23 maja 1992 r. w sprawie kwalifikacji zawodowych i składu załóg polskich statków mor-

skich (Dz.U. Nr 49, poz. 22, z 1996 r. Nr 34, poz. 145, z 1998 r. Nr 9, poz. 34 i Nr 45, poz. 285), § 51 ust. 3.

106. Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 22 czerwca 1992 r. w sprawie zasadniczej służby wojskowej i nadterminowej zasadniczej służby wojskowej oraz przeszkolenia wojskowego (Dz.U. Nr 56, poz. 277, z 1994 r. Nr 9, poz. 34, z 1995 r. Nr 42, poz. 218 i Nr 100, poz. 499, z 1998 r. Nr 67, poz. 438), § 47a.

107. Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 24 czerwca 1992 r. w sprawie przepływu okrętów wojennych obcych państw przez polskie morze terytorialne oraz warunków wejścia tych okrętów na polskie morskie wody wewnętrzne (Dz.U. Nr 54, poz. 264) § 2 ust.1.

108. Ustawa z dnia 29 lipca 1992 r. o grach losowych i zakładach wzajemnych (Dz.U. z 1998 r. Nr 102, poz. 650, Nr 145, poz. 946, Nr 146, poz. 952, Nr 155, poz. 1014, Nr 160, poz. 1061), art. 6 ust. 1 <z. konkursowe>, art. 13 ust. 3, art. 26 ust. 3 i 29 ust. 3.

109. ozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 12 listopada 1992 r. w sprawie zarządzania ruchem na drogach (Dz.U. Nr 97, poz. 485, z 1995 r. Nr 2, poz. 11, z 1997 r. Nr 98, poz. 602), § 9 ust. 1.

110. Rozporządzenie Ministrów Transportu i Gospodarki Morskiej oraz Spraw Wewnętrznych z dnia 11 stycznia 1993 r. w sprawie znaków i sygnałów drogowych (Dz.U. Nr 32, poz. 145, z 1996 r. Nr 129, poz. 609), § 23 ust. 1 pkt 1, § 26 ust. 1 pkt 1, § 26 ust. 4 pkt 2-7, § 27 ust. 4 pkt 1 <z. "symboliczne">.

111. Rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 26 marca 1993 r. w sprawie obowiązków wytwórcy i importera leków w zakresie wprowadzania do obrotu środków farmaceutycznych i materiałów medycznych oraz ich kontroli seryjnej (Dz.U. Nr 30, poz. 139), § 12 ust. 3.

112. Ustawa z dnia 3 kwietnia 1993 r. o normalizacji (Dz.U. Nr 55, poz. 251, z 1995 r. Nr 95, poz. 471, z 1997 r. Nr 121, poz. 770), *art. 21 ust. 1* <dyspensa.>.

113. Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 28 kwietnia 1993 r. w sprawie określenia warunków i trybu oraz jednostek i zasad ich współdziałania z Policją w zakresie usuwania i blokowania pojazdów oraz pilotowania pojazdów nienormatywnych (Dz.U. Nr 49, poz. 225, z 1998 r. Nr 107, poz. 677), § 9 i 12 ust. 1. .

114. Rozporządzenie Ministra Łączności z dnia 31 maja 1993 r. w sprawie określenia systemów telekomunikacyjnych, zakładanych i używanych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 63, poz. 302, z 1997 r. Nr 47, poz. 309), § 6 ust. 2.

115. Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 6 lipca 1993 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy w portach morskich i śródlądowych (Dz.U. Nr 73, poz. 346), § 140 ust. 3.

116. Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 8 września 1993 r. w sprawie warunków i trybu przyjmowania do szkół i placówek publicznych osób nie

będących obywatelami polskimi oraz zasad odpłatności tych osób za naukę i opiekę w szkołach i placówkach publicznych (Dz.U. Nr 88, poz. 409), § 7 ust. 3.

117. Rozporządzenie Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 27 stycznia 1994 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy stosowaniu środków chemicznych do uzdatniania wody i oczyszczania ścieków (Dz.U. Nr 21, poz. 73), § 19 ust. 2 pkt 2 <z. pracodawcy>.

118. Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. Nr 24, poz. 83, Nr 43, poz. 170, z 1997 r. Nr 43, poz. 272 i Nr 88, poz. 554), art. 2 ust. 2 art.art. 6, 10, 22, 51, 72, 81 i 82 <z. prawa prywatnego>, art. 104 ust. 2.

119. Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. - Prawo geologiczne i górnicze (Dz.U. Nr 27, poz. 96, z 1996 r. Nr 106, poz. 496, z 1997 r. Nr 88, poz554, Nr 111, poz. 726, Nr 133, poz. 885, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), *art. 44*

120. Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. z 1998 r. Nr 119, poz. 773, z 1999 Nr 45, poz. 437), art. 3 ust. 4.

121. Rozporządzenie Ministra Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa z Dnia 18 sierpnia 1994 r. w sprawie gromadzenia informacji i próbek uzyskanych w wyniku prowadzenia prac geologicznych i sposobu postępowania z próbkami i dokumentacjami geologicznymi (Dz.U.94.91.425), *§ 5 ust. 1.*

122. Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U.94.111.535, z 1997 r. Nr 88, poz. 554, Nr 113, poz. 731, z 1998 r. Nr 106, poz. 668, z 1999 r. Nr 11, poz. 95), art. 22 ust. 5 <z. sądu opiek.>.

123. Rozporządzenie Ministra Przemysłu i Handlu z dnia 12 października 1994 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznych zabezpieczeń przeciwpożarowych w odkrywkowych zakładach górniczych (Dz.U. Nr 114, poz. 552), *§ 24 ust. 1 (4x) i § 109,* §; *§ 138 ust. 2* <z. wyjątk.>, *§§ 142 i 162, 173, 201, 217,* 256 <z. wyjątk.>.

124. Rozporządzenie Ministra Przemysłu i Handlu z dnia 19 października 1994 r. w sprawie środków strzałowych i sprzętu strzałowego w zakładach górniczych (Dz.U. Nr 135, poz. 702), *§ 12 ust. 1,* § 16, *§ 22 ust. 1,* § 27 ust. 2 i § 66 ust. 2 <z. wyjątk.>, § 81, § 98 ust. 2 i 106 ust. 1 <z. wyjątk.>..

125. Ustawa z dnia 20 października 1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych (Dz.U. Nr 123, poz. 600, z 1995 r. Nr 141, poz. 692, z 1996 r. Nr 106, poz. 496, z 1997 r. Nr 121, poz. 770, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 16 ust. 1 <z. konkursowe>

126. Ustawa z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych (Dz.U. Nr 127, poz. 627, z 1996 r. Nr 106, poz. 496, Nr 156, poz. 775, z 1997 r. Nr 133, poz. 885, z 1998 r. Nr 106, poz.668), art. 31 ust. 1.

127. Ustawa z dnia 14 grudnia 1994 r. o zatrudnieniu i przeciwdziałaniu bezrobociu (Dz.U. Nr 25, poz. 128, Nr 28, poz. 153, Nr 41, poz. 255, Nr 63, poz. 403, Nr 93, poz. 569, Nr 107, poz. 692, Nr 121, poz. 770, Nr 123, poz. 776, z 1998 r. Nr 66, poz. 431, Nr 108, poz. 684, z 1998 r. Nr 106, poz. 668, Nr 137, poz. 887, Nr 162, poz. 1112, 1118 i 1126), *art. 50 ust. 1.*

128. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 10 stycznia 1995 r. w sprawie sposobu prowadzenia i organizacji działalności normalizacyjnej związanej z obronnością i bezpieczeństwem państwa oraz rodzajów dokumentów normalizacyjnych dotyczących tej problematyki, a także zasad i trybu opracowywania, ustanawiania i stosowania tych dokumentów (Dz.U. Nr 7, poz. 32), § 5 ust. 6.

129. Rozporządzenie Ministra Przemysłu i Handlu z dnia 11 stycznia 1995 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznych zabezpieczeń przeciwpożarowe w zakładach górniczych wydobywających kopaliny otworami wiertniczymi (Dz.U. Nr 22, poz. 119i Nr 118, poz. 574), *§ 42 ust. 4, § 167 ust. 2, § 176 ust. 3, § 179 ust. 1 pkt 2, § 231 ust. 4, § 353 ust. 4, § 458 ust. 1, § 459 ust. 1,* § 548 ust. 1 <dyspensa>.

130. Ustawa z dnia 3 lutego 1995 r. o ochronie gruntów rolnych i leśnych (Dz.U. Nr 16, poz. 78, Nr 141, poz. 692, z 1997 r. Nr 60, poz. 370, Nr 80, poz. 505, Nr 160, poz. 1079, z 1998r. Nr 106, poz. 668), art. 12 ust. 1.

131. Rozporządzenie Ministra Przemysłu i Handlu z dnia 8 lutego 1995 r. w sprawie organizacji, zadań i wyposażenia ratownictwa górniczego przedsiębiorcy i podmiotu zawodowo trudniącego się ratownictwem górniczym oraz prowadzenia akcji ratowniczych (Dz.U. Nr 33, poz. 162), *§ 114 ust. 3.*

132. Ustawa z dnia 16 marca 1995 r. o zapobieganiu zanieczyszczania morza przez statki (Dz.U. Nr 47, poz. 243), art. 16 ust. 3, art. 17 ust. 2 i 3.

133. Rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 27 marca 1995 r. w sprawie zasad i warunków sprowadzania z zagranicy środków farmaceutycznych i materiałów medycznych dla użytkowników indywidualnych (Dz.U. Nr 42, poz. 220, z 1996 r. Nr 95, poz. 442, z 1999 r. Nr 13, poz.123), § 9 i 18 ust. 3.

134. Rozporządzenie Ministra Przemysłu i Handlu z dnia 14 kwietnia 1995 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych. (Dz.U. Nr 67, poz. 342, z 1998 r. Nr 3, poz. 60), § 19, *§ 28 ust. 1, §§ 62 ust. 4, 95 ust. 2, 104 ust. 2, 111 ust. 2* <z. wyjątk.>, §§ 116 (7x), 175, 185 ust. 2, 187 ust. 3, *§ 195 ust. 2,* § 201 ust. 2 (2x), *§§ 218 ust. 3 i 243 ust. 3* <dyspensy>, *§ 241,*244 ust. 3, *§ 255 ust. 4,* § *271 ust. 2* <dyspensa>, § 293 ust. 2, *§ 329 ust. 2 (2x), §§ 339 ust. 2, 379 ust. 3 i 384 ust. 4* <dyspensy>, § 393 ust. 3, § 410 ust. 4, § 432, *465 ust. 2* <z. wyjątk.>, §§ 514, 589, 601, 618, 695, 720, 769 i 817 <*dyspensa*>.

135. Ustawa z dnia 12 lipca 1995 r. o ochronie roślin uprawnych (Dz.U. Nr 90, poz. 446, z 1997 r. Nr 121, poz. 770, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 8 ust. 2, art. 14 ust. 2.

136. Ustawa z dnia 13 października 1995 r. - Prawo łowieckie (Dz.U. Nr 147, poz. 713, z 1997 r. Nr 14, poz. 72, Nr 60, poz. 369, Nr 88, poz. 554, Nr 110, poz. 715, Nr 133, poz. 884, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 4 ust. 1 pkt 2, art. 10 i 44 ust. 3.

137. Ustawa z dnia 26 października 1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz.U. Nr 138, poz. 682, z 1997 r. Nr 88, poz. 554, Nr 104, poz. 661), art. 9 ust. 3 <z. sądowe>.

138. Ustawa z dnia 9 listopada 1995 r. w sprawie ochrony zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych (Dz.U. z 1996 r. Nr 10, poz. 55, z 1997 r. Nr 88, poz. 554, Nr 121, poz. 770), *art. 5 ust. 2* <z. wyjątk.>.

139. Ustawa z dnia 24 listopada 1995 r. o nasiennictwie (Dz.U. Nr 149, poz. 724, z 1997 r. Nr 121, poz. 770, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 45 ust. 1, art. 63 ust. 1.

140. Ustawa z dnia 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej (Dz.U. Nr 25, poz. 113, z 1996 r. Nr 137, poz. 639, z 1997 r. Nr106, poz. 680, Nr 121, poz. 770, Nr 160, poz. 1078, z 1998 r. Nr 106, poz. 668) art. 10 ust. 4 <z. blankiet.>.

141. Ustawa z dnia 18 stycznia 1996 r. o rybołówstwie morskim (Dz.U. Nr 34, poz. 145), art. 4 ust. 2, art. 6 ust. 1, art. 11 ust. 1, art. 12 ust. 2, art. 23 i 26 ust. 2.

142. Rozporządzenie Ministra Łączności z dnia 16 lutego 1996 r. w sprawie szczegółowych zasad postępowania w zakresie korzystania ze środków łączności przez przedstawicielstwa dyplomatyczne, misje i organizacje międzynarodowe (Dz.U. Nr 31, poz. 138), § 2 ust. 1.

143. Ustawa z dnia 26 kwietnia 1996 r. o służbie więziennej (Dz.U. Nr 61, poz. 283, Nr 106, poz. 496, z 1997 r. Nr 28, poz. 153, Nr 88, poz. 554, Nr 133, poz. 883), art. 63 i 93 ust. 3.

144. Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 27 maja 1996 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o zakwaterowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 65, poz. 320), § 18 ust. 1.

145. Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 29 maja 1996 r. w sprawie przypadków, w których wyjątkowo jest dopuszczalne zatrudnianie młodocianych, którzy nie ukończyli szkoły podstawowej, oraz osób nie mających 15 lat, które ukończyły szkołę podstawową (Dz.U. Nr 62, poz. 291), § 1 ust. 1 pkt 2 lit. a, § 3.

146. Ustawa z dnia 30 maja 1996 r. o rezerwach państwowych oraz zapasach obowiązkowych paliw (Dz.U. Nr 90, poz. 404, Nr 156, poz. 775, z 1997 r. Nr 121, poz. 770), art. *18 ust. 2.*

147. Ustawa z dnia 5 lipca 1996 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (Dz.U. Nr 91, poz. 410, z 1998 r. Nr 106, poz. 668, i Nr 162, poz. 1115), art. 10 ust. 3 <z. blankiet.>, art. 25 ust. 1 i art. 25 ust. 3.

148. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 20 sierpnia 1996 r. w sprawie określenia szczególnych zasad udzielania zamówień publicznych ze względu na ochronę bezpieczeństwa narodowego, ochronę tajemnicy państwowej, stan klęski żywiołowej lub inny ważny interes państwa (Dz.U. Nr 109, poz. 524, z 1997 r. Nr 81, poz. 515), *§ 5 ust. 2.*

149. Ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. Nr 132, poz. 622, z 1997 r. Nr 60, poz. 369 i Nr 121, poz. 770), art. 7 ust. 1.

150. Ustawa z dnia 9 stycznia 1997 r. - Kodeks celny (Dz.U. Nr 23, poz. 117, Nr 64, poz. 407, Nr 121, poz. 770, Nr 157, poz. 1026, Nr 160, poz. 1084, z 1998 r. Nr

106, poz. 668 i Nr 160, poz. 1063), art. 42 § 1, *art. 133 ust. 4* <z. wyjątkowe>, art. 248 § 3.

151. Ustawa z dnia 26 marca 1997 r. o zawodzie lekarza (Dz.U. Nr 28, poz. 152, Nr 88, poz. 554, z 1998 r. Nr 106, poz. 668, Nr 162, poz. 1115), art. 19 ust. 1 <z. blankiet.>, art. 50 ust. 1 i 2..

152. Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 12 marca 1997 r. w sprawie gospodarowania żywymi zasobami morza i ich ochrony (Dz.U. Nr 39, poz. 247), *§ 15 ust. 2 i 3* <dyspensy>.

153. Rozporządzenie Ministra Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa z dnia 4 kwietnia 1997 r. w sprawie szczegółowych zasad i warunków wykonywania polowania oraz obowiązku znakowania (Dz.U. Nr 35, poz. 215, z 1999 r. Nr 3, poz. 19), § 48 <z. os. prywat.>.

154. Ustawa z dnia 24 kwietnia 1997 r. o zwalczaniu chorób zakaźnych zwierząt, badaniu zwierząt rzeźnych i mięsa oraz Inspekcji Weterynaryjnej (Dz.U. Nr 60, poz. 369, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 11 ust. 4, art. 12 ust. 1 , *art. 28 ust. 3.*

155. Ustawa z dnia 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. Nr 75, poz. 468 i Nr 88, poz. 554, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), *art. 15, 23 ust. 1-3, 6 i 8, art. 24 ust. 1, art. 25 ust. 2, 3 i 5 <z. blankiet.>, art. 27 ust. 1 i 2, art. 33 ust. 1 i 4,* art. 34 ust. 1.

156. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 19 maja 19997 r. w sprawie rodzajów i organizacji zakładów poprawczych oraz zasad pobytu w nich nieletnich (Dz.U. Nr 58, poz. 361), § 27 pkt 4, 5, 8-11

157. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 19 maja 1997 r. w sprawie rodzajów i organizacji schronisk dla nieletnich oraz zasad pobytu w nich nieletnich (Dz.U. Nr 58, poz. 362*), § 19 pkt 4, 5, 8 i 10*<z. "nagrodą">.

158. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. Nr 90, poz. 557, Nr 160, poz. 1083), art. 90 pkt 5, art. 123 § 3, art. 218 § 1, *art.art. 115 § 2, 141 § 4 i 148 § 4 <z. wyjątk.>, art.art. 131 § 2, 136 § 1 (3x), i 165 § 2, art. 138 § 1 pkt 1-3, 7 i 8 <z. "nagrodą">,*art. 234 § 2.

159. Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. Nr 98, poz. 602, Nr 123, poz. 779, Nr 160, poz. 1086, z 1998 r. Nr 106, poz. 668 i Nr 133, poz. 872), art. 53 ust. 1 pkt 9, art. 61 ust. 11 i art. 125 ust. 1 <z. blankiet.>, art. 65 ust. 1, *art. 67 ust. 1* <dyspensa>, art. 102, *art. 132 ust. 2.*

160. Ustawa z dnia 25 czerwca 1997 r. o cudzoziemcach (Dz.U. Nr 114, poz. 739, z 1998 r. Nr 106, poz. 668 i Nr 162, poz. 1126), art. 7 ust. 1 (4x), *art. 14, 16 pkt 1 i 2,* art.art. 43, 44 i 50.

161. Ustawa z dnia 26 czerwca 1997 r. o wyższych szkołach zawodowych (Dz.U. Nr 96, poz. 590, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 11 ust. 1 <z. blankiet.>.

162. Ustawa z dnia 27 czerwca 1997 r. o transporcie kolejowyn (Dz.U. Nr 96, poz. 591, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 8 <dyspensa>, art 10 ust. 7.

163. Ustawa z dnia 27 czerwca 1997 r. o odpadach (Dz.U. Nr 96, poz. 592, Nr 88, poz. 554, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), *art. 8 ust. 1 i 3, art. 11 ust. 3 (3x),* art. 23 ust. 3, *art. 43 ust. 2 i art. 44 ust. 1 i 2.*

164. Ustawa z dnia 2 sierpnia 1997 r. o warunkach wykonywania międzynarodowego transportu drogowego (Dz.U. Nr 106, poz. 677, z 1999 r. Nr 32, poz. 310), art. 15 ust. 1, art. 16 ust. 1 (3x), art. 21 ust. 1 i art. 22 ust. 1, art. 23.

165. Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 12 sierpnia 1997 r. w sprawie zakładów kształcenia nauczycieli (Dz.U. Nr 104, poz. 664), § 4 ust. 2.

166. Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o organizacji hodowli i rozrodzie zwierząt gospodarskich (Dz.U. Nr 123, poz. 774, z 1998 Nr 106, poz. 668), art. 14 ust. 1, art. 20, art. 26, art. 29 i 33 ust. 2.

167. Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt (Dz.U. Nr 111, poz. 724, Nr 88, poz. 554, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 10 ust. 1, art. 13 ust. 1, art. 19 ust. 4, art. 22 ust. 1, art. 26 ust. 1 i art. 29 ust. 2 <z. blankiet.>, art. 28 ust. 5 i 8.

168. Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. Nr 115, poz. 741, z1998 r. Nr 106, poz. 668), *art. 122 ust. 1, art. 124 ust. 1, art. 125 i 126.*

169. Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. - Prawo o ustroju sądów wojskowych (Dz.U. Nr 117, poz. 753), *art. 30 ust. 1* <z. sądu dyscyp.>, *art. 50 ust. 7.*

170. Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. - Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi (Dz.U. Nr 118, poz. 754, Nr 88, poz. 554, Nr 141, poz. 945, z 1998 r. Nr 107, poz. 669), *art. 30 ust. 2 pkt 1-7 i ust. 4-6, art. 35 ust. 1, art. 53 ust. 1, art. 57 ust. 1, art.art. 92, 93 i 95 ust. 1, art. 97 i 102 ust. 1, art. 114 ust. 1.*

171. Ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o bezpieczeństwie imprez masowych (Dz.U. Nr 106, poz. 680, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 6 i 9 ust. 1.

172. Ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz.U. Nr 114, poz. 740, z 1999 r. Nr 11, poz. 95), *art. 10 ust. 1,* art. 25 ust. 2 pkt 1 i 2.

173. Ustawa z dnia 28 sierpnia 1997 r. o funduszach inwestycyjnych (Dz.U. Nr 139, poz. 933), *art. 11 ust. 1,* art. 19 ust. 1, *art. 30,* art. 39 ust. 1, art. 42 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 70 ust. 2 i art. 113 ust. 2, *art. 77 ust. 3 <dyspensa>.*

174. Ustawa z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (Dz.U. Nr 139, poz. 934, z 1998 r. Nr 98, poz. 610, Nr 106, poz. 668, Nr 162, poz. 1118), *art. 12 pkt 3,* art. 22 ust. 1, *art. 23 ust 3,* art. 38 ust. 1, *art. 53,* art.art. 58, 68 i 143, *art. 149 ust. 3.*

175. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o strażach gminnych (Dz.U. Nr 123, poz. 779), art. 31.

176. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz.U. Nr 137, poz. 926, Nr 160, poz. 1083, z 1998 r. Nr 106, poz. 668, z 1999 r. Nr 11, poz. 95), art. 175 i 262 § 1 pkt 3 <z. procesowe>.

177. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych (Dz.U. Nr 133, poz. 884, Nr 158, poz. 1043, z 1998 r. Nr 113, poz. 714 i z 1999 r. Nr 40, poz. 401),

art. 4 ust. 1 (2x), art. 20 ust. 1 (4x) <"uprawnienie" pozwoleniem>, art. 38 ust. 1 <"zaszeregowanie" zezwoleniem>.

178. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe (Dz.U. Nr 140, poz. 939, z 1998 r. 160, poz. 1063, Nr 162, poz. 1118, z 1999 r. Nr 11, poz. 95), *art. 20 ust. 1, art. 21 i 25 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 pkt 2,* art. 28 ust. 1, *art. 34 ust. 2, art. 36 ust. 1, art. 40 ust. 1, art. 42 ust. 1.*

179. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o warunkach wykonywania krajowego drogowego przewozu osób (Dz.U. Nr 141, poz. 942, Nr 158, poz. 1045, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 10 ust. 1, *art. 5 ust. 2,* art. 13 ust. 1.

180. Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 września 1997 r. w sprawie bezpieczeństwa żeglugi statków morskich i bezpieczeństwa życia na morzu (Dz.U. Nr 132, poz. 879, z 1998 r. Nr 91, poz. 581), *§ 19 ust. 2 pkt 1.*

181. Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 17 listopada 1997 r. w sprawie służby wojskowej kandydatów na żołnierzy zawodowych (Dz.U. Nr 143, poz. 962), §§ 56, 57 ust. 1, 59 ust. 1, 61 ust. 2.

182. Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 6 marca 1998 r. w sprawie trybu i zasad uznawania pojazdów straży gminnych za pojazdy uprzywilejowane (Dz.U. Nr 34, poz. 192), § 1 ust. 2.

183. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 sierpnia 1998 r. w sprawie regulaminu wykonywania kary pozbawienia wolności (Dz.U. Nr 111, poz. 699), §§ 6 ust. 2, 16 ust. 1 i 18 ust. 2, i 33 ust. 3, *§§ 19, 29 ust. 3, 33 ust. 4, 35 ust. 2,*

184. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 sierpnia 1998 r. w sprawie regulaminu wykonywania tymczasowego aresztowania (Dz.U. Nr 111, poz. 700), §§ 8 ust. 2 i 24 ust. 2, *§§ 25, 38 ust. 3, 42 ust. 3 i 5.*

185. Rozporządzenie Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji z dnia 1 września 1998 r. w sprawie trybu postępowania w zakresie podziału nieodpłatnego czasu emisyjnego, przygotowania i emisji oraz informowania o terminach emisji audycji wyborczych przed wyborami do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw (Dz.U. Nr 118, poz. 769), *§ 2 ust. 2.*

186. Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie (Dz.U. Nr 151, poz. 987), *§ 37 ust. 5.*

187. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 22 września 1998 r. w sprawie pełnienia służby poza granicami państwa przez żołnierzy zawodowych (Dz.U. Nr 127, poz. 840), § 22 ust. 3.

188. Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. Nr 137, poz. 887, Nr 162, poz. 1118 i 1126, z 1999 r. Nr 26, poz. 228), *art. 56 ust. 3 <z. wyjątk.>.*

189. Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 17 listopada 1998 r. w sprawie wewnętrznych służb ochrony (Dz.U. z 1999 r. Nr 4, poz. 31), § 3 ust. 1.

190. Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (Dz.U. Nr 155, poz. 1016, z 1999 r. Nr 38, poz. 360), art. 19 ust. 6, *art. 22* <z. wyjątk.>.

191. Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. - Prawo dewizowe (Dz.U. Nr 160, poz. 1063, *art. 9 (13x) i 10, art. 16 <dyspensy od 24 nakazów i zakazów określonych w art. 11-14).*

192. Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 24 grudnia 1998 r. w sprawie należności żołnierzy za podróże i przeniesienia służbowe (Dz.U. z 1999 r. Nr 3, poz. 14), *§ 5 ust. 2 pkt 2.*

193. Ustawa z dnia 21 stycznia 1999 r. o sejmowej komisji śledczej (Dz.U. Nr 35, poz. 321), art. 12 ust. 1 <z. procesowe>.

194. Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 2 lutego 1999 r. w sprawie zakwaterowania tymczasowego oraz hoteli garnizonowych (Dz.U. 12, poz. 103), § 4, *7, 13 ust. 2 i 3.*

195. Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 10 lutego 1999 r. w sprawie określenia warunków, jakim powinny odpowiadać strzeżone ośrodki dla cudzoziemców i areszty w celu wydalenia, oraz regulaminu pobytu w tych ośrodkach i aresztach (Dz.U. Nr 20, poz. 179), § 1 ust. 3, § 6 ust. 1 pkt 16 i 19 oraz ust. 2 załącznika Nr 1 i § 1 ust. 3 pkt 5, § 6 ust. 1 pkt 8, 14, 16 i 19 oraz ust. 2 załącznika nr 2.

196. Rozporządzenie Ministrów Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz Obrony Narodowej z dnia 26 lutego 1999 r. w sprawie trybu i sposobu przyjmowania, przewożenia, wydawania i ochrony materiałów (Dz.U. Nr 18, poz. 168), *§ 21 ust. 1.*

(Razem: 639 "zezwoleń")

Wykaz Nr 2 - aktów prawnych zawierających przepisy ustanawiające wymóg uzyskania „pozwolenia"

1. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej dnia 22 marca 1928 r. o dozorze nad artykułami żywności i przedmiotami użytku (por. wykaz Nr 1 poz. 2), art. 7 pkt 2.

2. Rozporządzenie Ministra Skarbu z dnia 7 sierpnia 1929 r. w sprawie wykonania postanowień konwencji o zwalczaniu przemytnictwa towarów alkoholowych, podpisanej w Helsingforsie dnia 19 sierpnia 1925 r. (Dz.U.R.P. z 1927 r. Nr 75, poz. 656, Dz.U. Nr 65, poz. 504, z 1933 r. Nr 63, poz. 471), §§ 1 i 2.

3. Ustawa z dnia 15 marca 1933 r. o zbiórkach publicznych (Dz.U. 22 poz. 162), *art.. 1.*

4. Dekret z dnia 16 kwietnia 1946 r. o zwalczaniu chorób wenerycznych (Dz.U. z 1949 r. Nr 51, poz. 394), *art. 13 ust. 1 pkt 1.*

5. Ustawa z dnia 7 marca 1950 r. o żegludze i spławie na śródlądowych drogach wodnych Dz.U. z 1952 r. Nr 26, poz. 182, z 1960 r. Nr 29, poz. 163, z 1988 r. Nr 41, poz. 324, z 1989 r. Nr 35, poz. 192, 1997 r. Nr 141, poz. 943), art. 5 ust. 1 <p. blankiet.>.

6. Ustawa z dnia 31 stycznia 1961 r. o broni, amunicji i materiałach wybuchowych (por. wykaz Nr 1 poz. 39) *art. 4 ust. 1*, art. 20 ust. 1, art. 22 ust. 3 i art. 24 ust. 1,

7. Ustawa z dnia 24 października 1974 r. - Prawo wodne (por. wykaz Nr 1 poz. 59), art. 20 ust. 1 w zw. z art. 53 ust. 2 (11x) i art. 20 ust. 2 w zw. z art. 82 (20x), art. 52.

8. Ustawa z dnia 18 kwietnia 1985 r. o rybactwie śródlądowym (por. wykaz Nr 1 poz. 75), art. 4 ust. 1.

9. Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 17 lutego 1992 r. w sprawie dozoru technicznego dla urządzeń technicznych o szczególnej konstrukcji, sposobie eksploatacji lub przeznaczeniu, objętych wojskowym dozorem technicznym (Dz.U. Nr 20, poz. 81, z 1996, Nr 127, poz. 599), § 19 ust. 2 pkt 2.

10. Ustawa z dnia 2 grudnia 1993 r. o zasadach szczególnej kontroli obrotu z zagranicą towarami i technologiami w związku z porozumieniami i zobowiązaniami międzynarodowymi (Dz.U. Nr 129 poz. 598, z 1996r. Nr 106, poz. 496, z 1997 r. Nr 88 poz. 554 i Nr 157, poz. 1026), *art. 3 ust. 1.*

11. Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz.U. Nr 89 poz. 414, z 1995 r. Nr 141, poz. 692, z 1996 r. Nr 88, poz. 554 Nr 100, poz. 465, Nr 106, poz. 496, Nr 146, poz. 680, z 1997 r. Nr 111, poz. 726, z 1998 r. Nr 22, poz. 118, Nr 106, poz. 668, z 1999 r.. Nr 41, poz. 412, Nr 49, poz. 483), art. 28, art. 30 ust. 3, art. 31 ust. 3, art. 51 ust. 1a, art. 55 ust. 1 i 2, art. 71 ust. 1.

12. Ustawa z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych (por. wykaz Nr 1 poz. 126), art. 25 ust. 2.

13. Ustawa z dnia 9 stycznia 1997 r. - Kodeks celny (por. wykaz Nr 1 poz. 141), art 8, *art.14 § 6, art. 20[1] § 1 i 2,* art. 35 § 2, art. 50 § 3, *art. 79 § 1*, art. 90 § 1, art. 100 § 1, art. 105 § 1, art. 110, *114 § 1*, art. 116 § 2, art. 118, *122 § 1*, art. 125 § 2, art. 126[1] § 2 <dyspensa>, *art. 139*, 145 § 2, art. 153, 159 § 4, art. 186 § 1 i *art. 197 § 1.*

14. Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym (por. wykaz Nr 1 poz. 159), art. 71 ust. 1 i *art. 95 ust. 1.*

15. Ustawa z dnia 11 grudnia 1997 r. o administrowaniu obrotem z zagranicą towarami i usługami oraz obrocie specjalnym (Dz.U. Nr 157, poz. 1026), art. 9 ust. 1 (x8), art. 13 ust. 2 i 3, art. 26 ust. 1, art. 33 ust. 1 <wpis do rejestru pozwoleniem>, art. 38 ust. 1.

16. Ustawa z dnia 11 grudnia 1997 r. o ochronie przed nadmiernym przywozem na polski obszar celny niektórych towarów tekstylnych i odzieżowych (Dz.U. Nr 157, poz. 1029), art. 10.

17. Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 3 marca 1998 r. w sprawie warunków przydziału, przechowywania i ewidencjonowania broni i amunicji przez straże gminne (Dz.U. Nr 32, poz. 172), § 2.

18. Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 6 sierpnia 1998 r. w sprawie zasad uzbrojenia specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych i warunków przechowywania oraz ewidencjonowania broni i amunicji (Dz.U. Nr 113, poz. 730), *§ 2 ust. 1.*

(razem 83 "pozwoleń")

Wykaz Nr 3 - aktów prawnych przewidujących obowiązek uzyskania „zgody" organu administracji publicznej

1. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 lutego 1927 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 1 lutego 1927 r. o zniesieniu służebności w województwie kieleckiem, lubelskiem, łódzkiem, warszawskiem i zachodniej części województwa białostockiego (Dz.U. Nr 14, poz. 109), § 27 ust. 1<procesowa>.

2. Ustawa z dnia 15 marca 1933 r. o zbiórkach publicznych (Dz.U. Nr 22, poz. .162), § 2 ust. 2.

3. Ustawa z dnia 21 kwietnia 1934 r. o Stosunku Państwa do Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 30, poz. 240, z 1945 r. Nr 48, poz. 271 i 273), art. 33 i 44 ust. 1.

4. Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 24 października 1934 r. o ustalaniu nazw miejscowości i o numeracji nieruchomości (Dz.U. Nr 94, poz. 850, z 1948 r. Nr 36, poz. 251, z 1971 r. Nr 12, poz. 115, z 1990 r. Nr 34, poz. 198), § 3 ust. 4 <procesowa>.

5. Rozporządzenie Ministra Opieki Społecznej z dnia 18 stycznia 1939 r. o dozorze nad wyrobem i obiegiem środków kosmetycznych (Dz.U. Nr 13, poz. 72), § 11 ust. 2.

6. Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Reformy Rolnej z dnia 1 marca 1945 r. w sprawie wykonania dekretu Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 6 września 1944 r. o przeprowadzeniu reformy rolnej (Dz.U. Nr 10, poz. 51, z 1946 r. Nr 34, poz. 215, z 1947 r. Nr 72, poz. 456), § 32.

7. Dekret z dnia 6 września 1946 r. o ustroju rolnym i osadnictwie na obszarze Ziem Odzyskanych i byłego Wolnego Miasta Gdańska (Dz.U. Nr 49, poz. 279, z 1947 r. Nr 66, poz. 410, z 1951 r. Nr 5, poz. 39, z 1958 r. Nr 17, poz. 71, z 1969 r. Nr 13, poz. 95, z 1971 r. Nr 27, poz. 250, z 1990 r. Nr 34, poz. 198, z 1995 r. Nr 141, poz. 692, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), *art. 14 ust. 1.*

8. Dekret Rady Ministrów z dnia 27 lipca 1949 r. o zaciąganiu nowych i określeniu wysokości nie umorzonych zobowiązań pieniężnych Dz.U. Nr 45, poz. 332, z 1990 r. Nr 55, poz. 321), art. 14 ust. 2.
9. Ustawa z dnia 7 marca 1950 r. o żegludze i spławie na śródlądowych drogach wodnych (Dz.U. z 1952 r. Nr 26.182, z 1960 r. Nr 29, poz. 163, z 1988 r. Nr 41, poz. 324, z 1989 r. Nr 35, poz. 192, z 1997 r. Nr 141, poz. 943), art. 14 ust. 3.
10. Ustawa z dnia 18 lipca 1950 r. o odpowiedzialności zawodowej fachowych pracowników służby zdrowia (Dz.U. Nr 36, poz. 332, z 1989 r. Nr 30, poz. 158, z 1991 r. Nr 41, poz. 178 i 179), art. 3 ust. 2.
11. Dekret z dnia 24 czerwca 1953 r. o uprawie tytoniu i wytwarzaniu wyrobów tytoniowych Dz.U.53.34.144, z 1988 r. Nr 41, poz. 324, z 1989 r. Nr 35, poz. 192, z 1993 r. Nr 47, poz. 211, z 1996 r. Nr 10, poz. 55, z 1997 r. Nr 88, poz. 554), art. 1 ust. 4.
12. Rozporządzenie Ministrów Pracy i Opieki Społecznej oraz Zdrowia z Dnia 15 maja 1954 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy użytkowaniu butli z gazami sprężonymi, skroplonymi i rozpuszczonymi pod ciśnieniem (por. wykaz Nr 1, poz. 31) , § 14 ust. 3.
13. Rozporządzenie Ministrów Pracy i Opieki Społecznej oraz Zdrowia z dnia 16 lipca 1954 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy obsłudze kolei w zakładach pracy (Dz.U. Nr 38, poz. 167), § 47 ust. 4 <dyspensa>.
14. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 października 1954 r. o Utworzeniu Tatrzańskiego Parku Narodowego. (Dz.U. Nr z 1955 r. Nr 4, poz. 23, z 1981 r. Nr 18, poz. 87), §§ 10 ust. 1 pkt 2, 10 ust. 4 i 11 ust. 1 pkt 17.
15. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 26 marca 1958 r. o umundurowaniu pracowników urzędów morskich (Dz.U.58.19.77, z 1977 r. Nr 22, poz. 96), § 4a ust. 1 pkt 3.
16. Ustawa z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (por. wykaz Nr 1 poz. 33), art. 1 ust. 2 i 3.
17. Rozporządzenie Ministrów Budownictwa i Przemysłu Materiałów Budowlanych, Przemysłu Ciężkiego oraz Przewodniczącego Komitetu Drobnej Wytwórczości z dnia 23 marca 1960 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy w hutach szkła i zakładach szklarskich (Dz.U. Nr 24, poz. 137), § 5 ust. 3.
18. Rozporządzenie Ministrów Zdrowia i Opieki Społecznej, Spraw Wewnętrznych oraz Obrony Narodowej z dnia 26 stycznia 1961 r. o bezpieczeństwie i higienie pracy przy używaniu i przechowywaniu butli ze sprężonym tlenem w zakładach leczniczych (Dz. U. Nr 9, poz. 52), § 17 ust. 1 pkt 5.
19. Ustawa z dnia 15 lutego 1962 r. o obywatelstwie polskim (Dz.U. Nr 10, poz. 49, z 1975 r . Nr 17, poz. 94, z 1990 r. Nr 34, poz. 198, z 1995 r. Nr 141, poz. 692, z 1997 r. Nr 114, poz. 739, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 13 ust. 1.
20. Ustawa z dnia 31 maja 1962 r. - Prawo lotnicze (por. wykaz Nr 1 poz. 42), art. 34 ust. 4.

21. Rozporządzenie Ministrów Przemysłu Ciężkiego, Komunikacji, Obrony Narodowej, Gospodarki Komunalnej oraz Żeglugi z dnia 29 września 1962 r. w sprawie bezpieczeństwa i higiena pracy przy przechowywaniu i stosowaniu cyjanków do obróbki cieplnej metali (Dz.U. Nr 54, poz. 272), § 20 ust. 2 i § 41.
22. Ustawa z dnia 29 czerwca 1963 r. o zagospodarowaniu wspólnot gruntowych (Dz.U. Nr 28, poz. 169, z 1982 r. Nr 11, poz. 80, z 1990 r. Nr 34, poz. 198, z 1995 r. Nr 141, poz. 692, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 26 ust. 1.
23. Rozporządzenie Ministra Komunikacji z dnia 29 września 1965 r. w sprawie sprawdzania zdatności sprzętu lotniczego (Dz.U. Nr 43, poz. 271), § 13 ust. 3 i § 29 pkt 3.
24. Rozporządzenie Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska oraz Przewodniczącego Głównego Komitetu Kultury Fizycznej i Turystyki z dnia 26 lipca 1973 r. w sprawie wymagań higienicznosanitarnych dla hoteli i innych zakładów noclegowych (Dz.U. Nr 33, poz. 196), § 12.
25. Rozporządzenie Ministra Żeglugi z dnia 1 lutego 1974 r. w sprawie transportu morskiego materiałów niebezpiecznych (por. wykaz Nr 1 poz. 58), § 3 ust. 4, § 15 ust. 2, § 17 ust. 4, § 28 ust. 2 <z. wyjątk.>.
26. Ustawa z dnia 29 maja 1974 r. w sprawie zaopatrzenia inwalidów wojennych i wojskowych oraz ich rodzin (Dz.U. z 1983 r. Nr 13, poz. 68, z 1990 r. Nr 34, poz. 198 i Nr 36, poz. 206, z 1991 r. Nr 104, poz. 450, z 1992 r. Nr 21, poz. 84, z 1993 r. Nr 129, poz. 602, z 1994 r. Nr 10, poz. 37, z 1995 r. Nr 4, poz. 17, Nr 138, poz. 681 i Nr 141, poz. 692, z 1996 r. Nr 136, poz. 636, z 1997 r. Nr 28, poz. 153, z 1998 r. Nr 106, poz. 668 i Nr 162, poz. 1118), art. 18 ust. 3.
27. Rozporządzenie Ministrów Komunikacji i Obrony Narodowej z dnia 20 kwietnia 1977 r. w sprawie ruchu lotniczego cywilnych statków powietrznych. (Dz.U. Nr 15, poz. 63, z 1993 r. Nr 75, poz. 358 i z 1996 r. Nr 154, poz. 754), § 3 ust. 4.
28. Ustawa z dnia 21 grudnia 1978 r. o odznakach i mundurach (por. wykaz Nr 1 poz. 63), § 4 ust. 5.
29. Ustawa z dnia 31 stycznia 1980 r. o ochronie i kształtowaniu środowiska (por. wykaz Nr 1 poz. 65), art. 83 ust. 3.
30. Rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 24 września 1980 r. w sprawie zapobiegania szerzeniu zakaźnych schorzeń jelitowych przez nosicieli (Dz.U. Nr 22, poz. 85), § 8.
31. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 5 listopada 1980 r. w sprawie szczegółowych zasad ochrony przed elektromagnetycznym promieniowaniem niejonizującym szkodliwym dla ludzi i środowiska (Dz.U. Nr 25, poz. 101, z 1990 r. Nr 39, poz. 222, z 1997 r. Nr 133, poz. 885), § 6 ust. 1.
32. Ustawa z dnia 6 maja 1981 r. o pracowniczych ogrodach działkowych (Dz.U. z 1996 r. Nr 85, poz. 390, z 1997 r. Nr 141, poz. 943, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 11 ust. 2.

33. Ustawa z dnia 26 marca 1982 r. o scalaniu i wymianie gruntów (Dz.U. z 1989 r. Nr 58, poz. 349, z 1990 r Nr 34, poz. 198, z 1994 r. Nr 127, poz. 627, z 1995 r. Nr 141, poz. 692, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 21 ust. 2.

34. Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. - Prawo o adwokaturze (por. wykaz Nr 1 poz. 66), art. 70 i 71.

35. Ustawa z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych (Dz.U. Nr 31, poz. 214, z 1984 r. Nr 35, poz. 187, z 1988 r. Nr 19, poz. 132, z 1989 r. Nr 4, poz. 24, Nr 34, poz. 178 i 182, z 1990 r. Nr 20, poz. 121, z 1991 r. Nr 55, poz. 234, Nr 88, poz. 400, Nr 95, poz. 425, z 1992 r. Nr 54, poz. 254, Nr 90, poz. 451, z 1994 r. Nr 136, poz. 704, z 1995 r. Nr 132, poz. 640, z 1996 r. Nr 89, poz. 402, Nr 106, poz. 496, z 1997 r. Nr 98, poz. 604, Nr 133, poz. 882 i 883, Nr 141, poz. 943, z 1998 r. Nr 131, poz. 860, Nr 155, poz. 1016, Nr 162, poz. 1118, z 1999 r. Nr 49, poz. 483), art. 19 ust. 1.

36. Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (por. wykaz Nr 1 poz. 68), art. 18 ust. 4.

37. Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 15 listopada 1982 r. w sprawie szczegółowych zasady i tryb ustalania wysokości depozytów założycielskich składanych przez zagraniczne podmioty gospodarcze, podejmujące działalność w zakresie drobnej wytwórczości (Dz.U. Nr 36, poz. 238), § 5 ust. 2 i § 7 ust. 3.

38. Rozporządzenie rady Ministrów z dnia 24 marca 1983 r. w sprawie niektórych praw i obowiązków pracowników służby dyplomatyczno-konsularnej (Dz.U. Nr 20, poz. 90), § 8 i 10 ust. 3.

39. Ustawa z dnia 28 lipca 1983 r, w sprawie podatku od spadków i darowizn (Dz.U. z 1997 r. Nr 16, poz. 89, Nr 34, poz. 209, Nr 137, poz. 926, Nr 139, poz. 932), art. 18 ust. 2, art. 19 ust. 1, 3 i 6.

40. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 kwietnia 1984 r, w sprawie prowadzenia rejestru fundacji (Dz.U. Nr 27, poz. 139, z 1991 r. Nr 64, poz. 278)), § 14 ust. 3.

41. Ustawa z dnia 15 listopada 1984 r. - Prawo przewozowe (Dz.U. z 1995 r. Nr 119, poz. 575, z 1997 r. Nr 23, poz. 117, Nr 96, poz. 591, Nr 101, poz. 629, Nr 141, poz. 942, z 1998 r. Nr 117, poz. 758 i Nr 106, poz. 668), art. 8 ust. 1 pkt 2 lit. a-d.

42. Ustawa z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (por. wykaz Nr 1 poz. 74), art. 29 pkt 2.

43. Ustawa z dnia 20 czerwca 1985 r. - Prawo o ustroju sądów powszechnych Dz.U. z 1994 r. Nr 7, poz. 25, Nr 77, poz. 355, Nr 91, poz. 421, Nr 105, poz. 509, z 1995 Nr 34, poz. 163, Nr 81, poz. 406, z 1996 r. Nr 77, poz. 367, z 1997 r. Nr 75, poz. 471, Nr 98, poz. 604, Nr 106, poz. 679, Nr 117, poz. 751, 752 i 753, Nr 124, poz. 782, Nr 133, poz. 882, z 1998 r. Nr 98, poz. 607, Nr 160, poz. 1064, Nr 162, poz. 1118 i 1125, z 1999 r. Nr 20, poz. 180), art. 68 § 1, art. 115 § 2 i § 4.

44. Ustawa z dnia 20 czerwca 1986 r. o prokuraturze (por. wykaz Nr 1 poz. 78), art. 56 ust. 1.

45. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 2 listopada 1985 r. w sprawie zasad i trybu ustalania kary pieniężnej za pobór wody w ilości większej niż ustalona w pozwoleniu wodnoprawnym (Dz.U. Nr 52, poz. 271), § 1 ust. 2.

46. Rozporządzenie Ministra Komunikacji z dnia 27 listopada 1985 r. w sprawie szczególnych warunków przewozu koleją żywych zwierząt (Dz.U. Nr 59, poz. 306), § 11 ust. 2.

47. Rozporządzenie Ministra - Kierownika Urzędu Gospodarki Morskiej z dnia 20 sierpnia 1986 r. w sprawie pomiaru statków morskich (Dz.U. Nr 38, poz. 191), § 4 ust. 3 pkt 4.

48. Rozporządzenie Ministra Komunikacji z dnia 10 września 1986 r. w sprawie personelu lotniczego (Dz.U. Nr 41, poz. 199), § 8 ust. 3 i § 17 ust. 2.

49. Ustawa z dnia 29 września 1986 r. - Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz.U. Nr 36, poz. 180, z 1988 r. Nr 19, poz. 132, z 1989 r. Nr 29, poz. 154, z 1990 r. Nr 34, poz. 198, z 1995 r. Nr 83, poz. 417, z 1998 r. Nr 117, poz. 757), art. 24.

50. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 8 czerwca 1987 r. w sprawie biegłych sądowych i tłumaczy przysięgłych (Dz.U. Nr 18, poz. 112), § 18 ust. 2.

51. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 22 lutego 1988 r. w sprawie szczegółowych zasad gospodarki finansowej instytucji filmowych (Dz.U. Nr 9, poz. 67), § 10 ust. 2 i § 23 ust. 2.

52. Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 29, poz. 154, z 1990 r. Nr 51, poz. 297, Nr 55, poz. 321, Nr 86, poz. 504, z 1991 r. Nr 95, poz. 425, Nr 107, poz. 459, z 1993 r. Nr 7, poz. 34, z 1994 r. Nr 1, poz. 3, z 1997 r. Nr 28, poz. 153, Nr 90, poz. 557, Nr 96, poz. 590 i nr 141, poz. 943, z 1998 r. Nr 59, poz. 375, Nr 106, poz. 668, Nr 117, poz. 757), art. 32 ust. 1.

53. Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o izbach lekarskich (Dz.U. Nr 30, poz. 158, z 1990 r. Nr 20, poz. 120, z 1996 r. Nr 106, poz. 496, z 1997 r. Nr 28, poz. 152, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 18 ust. 1.

54. Ustawa z dnia 30 maja 1989 r. o izbach gospodarczych (Dz.U. Nr 35, poz. 195, z 1992 r. Nr 75, poz. 368, z 1996 r. Nr 43, poz. 189, z 1997 r. Nr 121, poz. 770 i Nr 139, poz. 934), art. 12 ust. 4 pkt 2.

55. Ustawa z dnia 28 lipca 1990 r. o działalności ubezpieczeniowej (por. wykaz Nr 1 poz. 90), art. 42f ust. 6, art. 42m ust. 5, art. 45 ust. 3 pkt 2 lit. e.

56. Ustawa z dnia 12 września 1990 r. o szkolnictwie wyższym (por. wykaz Nr 1 poz. 91), art. 3 ust. 6, art. 147 ust. 1.

57. Ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (por. wykaz Nr 1, poz. 92), art. 34 ust. 4.

58. Ustawa z dnia 21 grudnia 1990 r. o zawodzie lekarza weterynarii i izbach lekarsko-weterynaryjnych (por. wykaz Nr 1 poz. 94), art. 22 ust. 1.

59. Ustawa z dnia 24 stycznia 1991 r. o, kombatantach oraz niektórych osobach będących ofiarami represji wojennych i okresu powojennego (Dz.U. z 1997 r. Nr

142, poz. 950, z 1998 r. Nr 37, poz. 204, Nr 106, poz. 668, Nr 162, poz. 1118, z 1999 r. Nr 38, poz. 360), art. 11 ust. 1.

60. Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. o notariacie (Dz.U. Nr 22, poz. 91, z 1997 r. Nr 28, poz. 153), art. 19 § 3.

61. Ustawa z dnia 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej ([por. wykaz Nr 1 poz. 95), art. 27 ust. 1, art. 28, art. 37 ust. 1.

62. Ustawa z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (por. wykaz Nr 1 poz. 97), art. 23 ust. 1.

63. Ustawa z dnia 14 czerwca 1991 r. o spółkach z udziałem zagranicznym (Dz.U. z 1997 r. Nr 26, poz. 143, z 1998 r., Nr 160, poz. 1063, z 1999 r. Nr 49, poz. 484), art. 14 ust. 1 pkt 2.

64. Ustawa z dnia 4 lipca 1991 r. o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego (Dz.U. Nr 66, poz. 287, z 1991r. Nr 95, poz. 425, z 1993 r. Nr 7, poz. 34, z 1994 r. Nr 1, poz. 3, z 1997 r. Nr 28, poz. 153 i Nr 90, poz. 557, z 1998 r. Nr 59, poz. 375, Nr 106, poz. 668), art. 28 ust. 1.

65. Ustawa z dnia 20 lipca 1991 r. o Inspekcji Ochrony Środowiska (Dz.U. Nr 77, poz. 335, z 1996 r. Nr 106, poz. 496, z 1997 r. Nr 121, poz. 770, Nr 133, poz. 885, Nr 141, poz. 943, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 13 ust. 2 i art. 20 ust. 4.

66. Ustawa z dnia 24 sierpnia 1991 r. o ochronie przeciwpożarowej (Dz.U. Nr 81, poz. 351, z.1994 r. Nr 27, poz. 96, Nr 89, poz. 414, z 1995 r. Nr 141, poz. 692, z 1996 r. Nr 106, poz. 496, Nr 156, poz. 773, z 1997 r. Nr 111, poz. 725 i Nr 121, poz. 770, z 1998 r. Nr 106, poz. 668 i Nr 162, poz. 1126), art. 17.

67. Rozporządzenie Ministra - Szefa Urzędu Rady Ministrów z dnia 30 sierpnia 1991 r. w sprawie stypendiów i innych koszty kształcenia w Krajowej Szkole Administracji Publicznej (Dz.U. Nr 78, poz. 348, Nr 110, poz. 479 i z 1992 r. Nr 68, poz. 345), § 9 <dyspensa>.

68. Ustawa z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (por. wykaz Nr 1 poz. 99), art. 59 ust. 2.

69. Ustawa z dnia 10 października 1991 r. o środkach farmaceutycznych, materiałach medycznych, aptekach, hurtowniach i Inspekcji Farmaceutycznej (por. wykaz Nr 1 poz. 100), art. 36 ust. 3 i art. 40 ust. 1.

70. Ustawa z dnia 16 października 1991 r. o ochronie przyrody (por. wykaz Nr 1 poz. 101), art. 44.

71. Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 10 marca 1992 r. w sprawie przyznawania i wypłaty odszkodowań przysługujących w razie wypadków i chorób pozostających w związku ze służbą w Policji, Urzędzie Ochrony Państwa, Straży Granicznej i Państwowej Straży Pożarnej (Dz.U. Nr 29, poz. 129, Nr 77, poz . 393, z 1993 r. Nr 127, poz. 589), § 13 ust. 2 pkt 1 lit a.

72. Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 1 października 1992 r. w sprawie szczegółowych zasady i trybu przeprowadzania egzaminów eksternistycz-

nych oraz zasad odpłatności za ich przeprowadzanie (Dz.U. Nr 80, poz. 410, z 1998 r. Nr 65, poz. 424), § 7 ust. 3.

73. Ustawa z dnia 16 października 1992 r. o orderach i odznaczeniach (Dz.U. Nr 90, poz. 450), art. 5.

74. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 5 listopada 1992 r. w sprawie szczególnych uprawnienia żołnierzy i osób spełniających zastępczo obowiązek służby wojskowej oraz członków ich rodzin (Dz.U. Nr 85, poz. 430, z 1994 r. Nr 82, poz. 376), § 20 ust. 2.

75. Ustawa z dnia 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowym (Dz.U. Nr 11, poz. 50, z 1993 r. Nr 28, poz. 127, z 1993 r. Nr 129, poz. 599, z 1994 r. Nr 132, poz. 670, z 1995 r. Nr 44, poz. 231, z 1995 r. Nr 142, poz. 702 i 703, z 1996 r. Nr 137, poz. 640, z 1996 r. Nr 137, poz. 640, z 1997 r. Nr 111, poz. 722, Nr 123, poz. 776 i poz. 780, Nr 137, poz. 926, Nr 141, poz. 943, Nr 162, poz. 1104, z 1998 r. Nr 139, poz. 905, Nr 161, poz. 1076, z 1999 r. 50, poz. 499), art. 5 ust. 2 i *art. 14 ust. 3.*

76. Rozporządzenie Ministra Przemysłu i Handlu z dnia 7 kwietnia 1993 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy budowie i remoncie jednostek pływających (Dz.U. Nr 33, poz. 151), § 49 ust. 1, § 55 i 112.

77. Ustawa z dnia 30 kwietnia 1993 r. o Narodowych funduszach inwestycyjnych i ich prywatyzacji (Dz.U. Nr 44, poz. 202, z 1994 r. Nr 84, poz. 385, z 1997 r. Nr 30, poz. 164, Nr 47, poz. 298 i Nr 107, poz. 691), art. 25 ust. 3.

78. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 lipca 1993 r. w sprawie liczby członków Centralnej Komisji do Spraw Tytułu Naukowego i Stopni Naukowych oraz zasad i trybu ich wyboru (Dz.U. Nr 74, poz. 351), § 8 ust. 3.

79. Rozporządzenie Ministra Kultury i Sztuki z dnia 18 sierpnia 1993 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu przeprowadzania egzaminów eksternistycznych w szkołach artystycznych oraz zasad odpłatności za ich przeprowadzanie (Dz.U. Nr 82, poz. 386), § 8.

80. Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 7 września 1993 r. w sprawie zasad wydawania oraz wzorów świadectw, dyplomów państwowych i innych druków szkolnych, sposobu dokonywania ich sprostowań i wydawania duplikatów, a także legalizacji dokumentów przeznaczonych do obrotu prawnego z zagranicą oraz odpłatności za wykonywanie tych czynności (Dz.U. Nr 102, poz. 467, z 1997 r. Nr 109, poz. 708), § 2 ust. 3.

81. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 września 1993 r. w sprawie utworzenia Biebrzańskiego Parku Narodowego (Dz.U. Nr 84, poz. 394), § 5 ust. 2 pkt 2 (2x).

82. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 16 września 1993 r. w sprawie utworzenia Parku Narodowego Gór Stołowych (Dz.U. Nr 88, poz. 407, z 1997 r. Nr 5, poz. 25), § 5 ust. 2 pkt 2

83. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 17 stycznia 1994 r. w sprawie Poleskiego Parku Narodowego (Dz.U. Nr 9, poz. 31), § 5 ust 2 pkt 2.

84. Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. - Prawo geologiczne i górnicze (por. wykaz Nr 1 poz. 119), art. 67 ust. 1, art. 142 ust. 3.

85. Ustawa z dnia 13 maja 1994 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Augsburskiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 73, poz. 323, z 1997 r. Nr 28, poz. 153, Nr 90, poz. 557, z 1998 r. Nr 59, poz. 375, Nr 106, poz. 668), art. 23 ust. 1.

86. Ustawa z dnia 13 maja 1994 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Reformowanego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 73, poz. 324, z 1997 r. Nr 28, poz. 153, Nr 90, poz. 557, z 1998 r. Nr 59, poz. 375, Nr 106, poz. 668), art. 12 ust. 2.

87. Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. z 1998 r. Nr 119, poz. 773, z 1999 Nr 45, poz. 437), art. 38 ust. 4.

88. Ustawa z dnia 24 czerwca 1994 r. o restrukturyzacji banków spółdzielczych i Banku Gospodarki Żywnościowej oraz o zmianie niektórych ustaw Dz.U. Nr 80, poz. 369, z 1995 r. Nr 142, poz. 704, z 1996 r. Nr 106, poz. 496, z 1997 r. Nr 121, poz. 770, Nr 140, poz. 939), art. 13 ust. 1.

89. Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. w sprawie gwarantowanych przez Skarb Państwa ubezpieczenia kontraktów eksportowych (Dz.U. Nr 86, poz. 398, z 1996 r. Nr 106, poz. 496, z 1997 r. Nr 28, poz. 154, Nr 79, poz. 484 i Nr 121, poz. 770), art. 10 ust. 4.

90. Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (por. wykaz Nr 2 poz.. 11), art. 9 ust. 2 <dyspensa>, art. 39a.

91. Rozporządzenie Ministra Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa z dnia 29 lipca 1994 r. w sprawie zakresu i sposobu prowadzenia ewidencji zasobów złóż kopalin (Dz.U. Nr 88, poz. 410), § 3. .

92. Rozporządzenie Ministra Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa z dnia 26 sierpnia 1994 r. w sprawie szczegółowych wymagań, jakim powinien odpowiadać projekt zagospodarowania złoża kopaliny, w tym projekt sporządzony w formie uproszczonej (Dz.U. Nr 93, poz. 446), § 5.

93. Rozporządzenie Ministra Przemysłu i Handlu z dnia 12 października 1994 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznych zabezpieczeń przeciwpożarowych w odkrywkowych zakładach górniczych (Dz.U. Nr 114, poz. 552), §§ 174, 225 ust. 2 i art. 239 ust. 2.

94. Rozporządzenie Ministra Przemysłu i Handlu z dnia 19 października 1994 r. w sprawie środków strzałowych i sprzętu strzałowego w zakładach górniczych (Dz.U. Nr 135, poz 702), § 32 ust. 1.

95. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 listopada 1994 r. w sprawie utworzenia Magurskiego Parku Narodowego (Dz.U. Nr 126, poz. 618), § 5 ust. 2 pkt 2.

96. Rozporządzenie Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 14 grudnia 1994 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z 1999 r. Nr 15, poz. 140 i Nr 44, poz. 434), § 72 ust. 2, § 73 ust. 3, § 87 ust. 3 <dyspensa>, § 132 ust. 2 i § 153 ust. 2.

97. Ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz.U. Nr 13 z 1995 r., poz.590), art. 75 ust. 2.

98. Rozporządzenie Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 13 stycznia 1995 r. w sprawie zasad pobierania opłat konsularnych oraz ich wysokości (Dz.U. Nr 17.83, z 1997 r. Nr 157, poz. 1038, z 1999 r. Nr 50, poz. 517), § 14 ust. 3.

99. Rozporządzenie Ministra Przemysłu i Handlu z dnia 11 stycznia 1995 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w zakładach górniczych wydobywających kopaliny otworami wiertniczymi (Dz.U. Nr 22, poz. 119 i Nr 118, poz. 574), § 82 ust. 3, § 124 ust. 2, § 211 ust. 4, § 243 ust. 1, § 422 ust. 3, § 472 ust. 1, § 491, § 492 ust. 2, § 531 ust. 10, § 536 i § 545 ust. 2.

100. Ustawa z dnia 3 lutego 1995 r. o ochronie gruntów rolnych i leśnych (por. wykaz Nr 1 poz. 130), art. 7 ust. 2, art. 9 ust. 3

101. Rozporządzenie Ministra Przemysłu i Handlu z dnia 8 lutego 1995 r. w sprawie organizacja, zadania i wyposażenie ratownictwa górniczego przedsiębiorcy i podmiotu zawodowo trudniącego się ratownictwem górniczym oraz prowadzenie akcji ratowniczych (Dz.U. Nr 33, poz. 162), § 2 ust. 1.

102. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 28 lutego 1995 r. w sprawie Roztoczańskiego Parku Narodowego (Dz.U. Nr 23, poz. 124), § 5 ust. 2 pkt 2.

103. Rozporządzenie Ministra Przemysłu i Handlu z dnia 14 kwietnia 1995 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz.U. Nr 67, poz. 342, z 1998 r. Nr 3, poz. 6), § 34 ust. 5 <dyspensa>, § 108 ust. 1, § 114 ust. 3, § 121 ust. 2, § 124 <dyspensa>, § 137 ust. 1, § 223 ust. 3, § 224 ust. 2, § 235 ust. 3, § 330 ust. 2, § 367 ust. 2, § 374 ust. 1, § 379 ust. 2, § 385 ust. 2, § 404 ust. 2, § 462 ust. 6 i § 507 ust. 6..

104. Ustawa z dnia 30 czerwca 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Chrześcijan Baptystów w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 97, poz. 480,. z 1997 r. Nr 28, poz. 153, Nr 90, poz. 557, z 1998 r. Nr 59, poz. 375, Nr 106, poz. 668), art. 20 ust. 1.

105. Ustawa z dnia 13 października 1995 r. - Prawo łowieckie (por. wykaz Nr 1 poz. 136), art. 28 ust. 3 i art. 29 ust. 1a.

106. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 3 stycznia 1996 r. w sprawie Drawieńskiego Parku Narodowego (Dz.U. Nr 4, poz. 28, z 1998 r. Nr 156, poz. 1021), § 5 ust. 2 pkt 2.

107. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 3 stycznia 1996 r. w sprawie Świętokrzyskiego Parku Narodowego (Dz.U. Nr 4, poz. 29), § 5 ust. 2 pkt 2.

108. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 3 stycznia 1996 r. w sprawie Wolińskiego Parku Narodowego (Dz.U. Nr 4, poz. 30), § 5 ust. 2 pkt 2.

109. Ustawa z dnia 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej (por. wykaz Nr 1 poz. 140), art. 29 ust. 4 i art. 55 ust. 3.

110. Ustawa z dnia 18 stycznia 1996 r. o rybołówstwie morskim (Dz.U. Nr 34, poz. 141), § 11 ust. 3.

111. Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 26 lutego 1996 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać skrzyżowania linii kolejowych z drogami publicznymi i ich usytuowanie (Dz.U. Nr 33, poz. 144, z 1997 r. Nr 96, poz. 591), § 5 ust. 1 pkt 1 i 2, § 7 ust. 2 pkt 2-4, § 24 pkt 1 i 3, §§ 26, 31 i 38 ust. 1, § 60 ust. 2, § 77 ust. 3.

112. Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 19 marca 1996 r. w sprawie ekwiwalentu konserwacyjny oraz równoważnika mieszkaniowy, przysługującego osobom uprawnionym do osobnych kwater stałych i najemcom lokali mieszkalnych (Dz.U. Nr 37, poz. 165, z 1997 r. Nr 52, poz. 331, z 1998 r. Nr 45, poz. 275, z 1999 r. Nr 22, poz. 203), § 4 ust. 1.

113. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 maja 1996 r. w sprawie utworzenia Parku Narodowego "Bory Tucholskie (Dz.U. Nr 64, poz. 305), § 5 ust. 2 pkt 2.

114. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 maja 1996 r. w sprawie Karkonoskiego Parku Narodowego (Dz.U. Nr 64, poz. 306), § 5 ust. 2 pkt 2.

115. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 maja 1996 r. w sprawie Pienińskiego Parku Narodowego (Dz.U. Nr 64, poz. 307), § 5 ust. 2 pkt 2.

116. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie urlopów i zasiłków wychowawczych (Dz.U. Nr 60, poz. 277, z 1998 r. Nr 25, poz. 131 i Nr 162, poz. 1118), § 18 ust. 1 pkt 1.

117. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie przygotowania zawodowego młodocianych i ich wynagradzania (Dz.U. Nr 60, poz. 278), § 10 ust. 1 pkt 2.

118. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 1 lipca 1996 r. w sprawie Narwiańskiego Parku Narodowego (Dz.U. Nr 77, poz. 368), § 5 ust. 2 pkt 2.

119. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 16 lipca 1996 r. w sprawie Białowieskiego Parku Narodowego (Dz.U. Nr 93, poz. 424), § 5 ust. 2 pkt 2.

120. Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 7 sierpnia 1996 r. w sprawie określenia warunków, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia w jednostkach organizacyjnych Straży Granicznej, przeznaczone dla osób zatrzymanych (Dz.U. Nr 103, poz. 479), § 2 ust. 2, § 8 <dyspensa>.

121. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 22 października 1996 r. w sprawie Wielkopolskiego Parku Narodowego (Dz.U. Nr 130, poz. 613), § 5 ust. 2 pkt 2.

122. Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 12 listopada 1996 r. w sprawie rejestru okrętowego (Dz.U. Nr 141, poz. 659), § 10 ust. 2.

123. Rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 13 listopada 1996 r. w sprawie sposobu i warunków tworzenia krajowych i regionalnych banków komórek i tkanek przeznaczonych do przeszczepiania oraz ich zadania (Dz.U. Nr 144, poz. 668), § 6.

124. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 19 listopada 1996 r. w sprawie Bieszczadzkiego Parku Narodowego (Dz.U. Nr 144, poz. 664), § 5 ust. 2 pkt 2.

125. Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 28 listopada 1996 r. w sprawie zasad organizowania kształcenia dzieci obywateli polskich czasowo przebywających za granicą (Dz.U. Nr 149, poz. 705), § 6 ust. 3.

126. Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 17 grudnia 1996 r. w sprawie ekwiwalentu konserwacyjnego oraz równoważnika mieszkaniowy, przysługujących osobom uprawnionym do osobnych kwater stałych i najemcom lokali mieszkalnych (Dz.U. Nr 158, poz. 816, z 1997 r. Nr 146, poz. 987, z 1998 r. Nr 67, poz. 442), § 5 ust. 1.

127. Ustawa z dnia 9 stycznia 1997 r. - Kodeks celny (Dz.U. Nr 23, poz. 117, Nr 64, poz. 407, Nr 121, poz. 770, Nr 157, poz. 1026, Nr 160, poz. 1084, z 1998 r. Nr 106, poz. 668 i Nr 160, poz. 1063), art. 40 § 1, art. 41 § 2, art. 44 § 1, art. 74 § 2, art. 96 i 122 § 2, art. 177 § 1 pkt 7, art. 190 § 1 pkt 35, art. 214 § 1 i 3, art. 227 § 2.

128. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 1997 r. w sprawie Gorczańskiego Parku Narodowego (Dz.U. Nr 5, poz. 26), § 5 ust. 2 pkt 2.

129. Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 21 stycznia 1997 r. w sprawie warunków, jakie muszą spełniać organizatorzy wypoczynku dla dzieci i młodzieży szkolnej, a także zasad jego organizowania i nadzorowania (Dz.U. Nr 12, poz. 67), § 14.

130. Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 31 stycznia 1997 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o grach losowych i zakładach wzajemnych (Dz.U. Nr 12, poz. 68, Nr 162, poz. 1123, z 1999 r. Nr 3, poz. 10),), § 4 i 21 ust. 2.

131. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 6 marca 1997 r. w sprawie Wigierskiego Parku Narodowego (Dz.U. Nr 24, poz. 124), § 5 ust. 2 pkt 2 i 3.

132. Ustawa z dnia 26 marca 1997 r. o zawodzie lekarza (Dz.U. Nr 28, poz. 152, Nr 88, poz. 554, z 1998 r. Nr 106, poz. 668, Nr 162, poz. 1115), art. 9 pkt 1 i 2.

133. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 6 maja 1997 r. w sprawie szczegółowego zakresu obowiązków i uprawnień specjalistycznych organizacji ratowniczych oraz wysokości świadczeń przysługujących ratownikom górskim i wodnym (Dz.U. Nr 47, poz. 303), § 5 ust. 1.

134. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 6 maja 1997 r. w sprawie określenia warunków bezpieczeństwa osób przebywających w górach, pływających, kąpiących się i uprawiających sporty wodne (Dz.U. Nr 47, poz. 303), § 5 ust. 1.

135. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 maja 1997 r. w sprawie organizacji i sposobu zwalczania zanieczyszczeń na morzu (Dz.U. Nr 53, poz. 337), § 6.

136. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 19 maja 1997 r. w sprawie rodzai i organizacji zakładów poprawczych oraz zasad pobytu w nich nieletnich (Dz.U. Nr 58, poz. 361), § 25 pkt 10.

137. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 19 maja 1997 r. w sprawie rodzai i organizacji schronisk dla nieletnich oraz zasad pobytu w nich nieletnich (Dz.U. Nr 75, poz. 469), § 17 pkt 10.

138. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. o Inspekcji Celnej (Dz.U. Nr 71, poz. 449, z 1998 r. Nr 137, poz. 886, z 1999 r. Nr 49, poz. 483) art. 34 ust. 2.

139. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. Nr 90, poz. 557 i Nr 160, poz. 1083), art. 105 § 1, art. 121 § 2, art. 131 § 1, art. 216 § 2.

140. Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym (por. wykaz Nr 1 poz. 159), art. 6 ust. 1 pkt 5, art. 119 ust. 5.

141. Ustawa z dnia 25 czerwca 1997 r. o cudzoziemcach (por. wykaz Nr 1 poz. 160), art. 55 ust. 2, art. 79 ust. 3 i 4.

142. Ustawa z dnia 26 czerwca 1997 r. o wyższych szkołach zawodowych (Dz.U. Nr 96, poz. 590), art. 10 ust. 4a.

143. Ustawa z dnia 27 czerwca 1997 r. o transporcie kolejowym (por. wykaz Nr 1 poz. 162), art. 48 ust. 1.

144. Ustawa z dnia 1 lipca 1997 r. o Polskiej Akademii Nauk (Dz.U. Nr 75, poz. 469, z 1998 r. Nr 141, poz. 943, z 1999 Nr 49, poz. 484), art. 75 ust. 2.

145. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 5 sierpnia 1997 r. w sprawie szczegółowych warunków i trybu udzielania przez Skarb Państwa poręczeń i gwarancji oraz opłat z tytułu udzielonego poręczenia lub gwarancji (Dz.U. Nr .99, poz. 606), § 9 ust. 2.

146. Rozporządzenie Ministra Kultury i Sztuki z dnia 5 sierpnia 1997 r. w sprawie warunków i trybu przyjmowania uczniów do szkół i placówek artystycznych oraz przechodzenie z jednych typów szkół do innych Dz.U. Nr 99, poz. 610), § 18 ust. 1.

147. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 8 sierpnia 1997 r. w sprawie Ojcowskiego Parku Narodowego (Dz.U. Nr 99, poz. 607), § 5 ust. 2 pkt 2.

148. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 8 sierpnia 1997 r. w sprawie Babiogórskiego Parku Narodowego (Dz.U. Nr 99, poz. 608), § 5 ust. 2 pkt 2.

149. Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 12 sierpnia 1997 r. w sprawie zakładów kształcenia nauczycieli (Dz.U. Nr 104, poz. 664), § 4 ust. 2 pkt 1.

150. Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. - Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi (por. wykaz Nr 1 poz. 170), *art. 50 ust. 1,* art. 61 ust. 1, art. 63 ust. 3, art. 87, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 96, art. 106 ust. 1, art. 128 ust. 3, *art. 149 ust. 1.*

151. Ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o publicznej służbie krwi (Dz.U. Nr 106, poz. 681, z 1998 r. Nr 117, poz. 756), art. 14 ust. 1.

152. Ustawa z dnia 28 sierpnia 1997 r. o funduszach inwestycyjnych (Dz.U. Nr 139, poz. 933), art. 21 ust. 2, art. 26 ust. 2 i art. 67 ust. 5.

153. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji (Dz.U. Nr 133, poz. 882), art. 22 ust. 2 i art. 29 ust. 2.

154. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. Nr 133, poz. 883) art. 48.

155. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (por. wykaz Nr 1 poz. 176), art. 66 § 2.

156. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe (por. wykaz Nr 1 poz. 178), art. 22 ust. 3 i art. 127 ust. 3 (2x).

157. Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 9 września 1997 r. w sprawie zatrudniania lub powierzenia innej pracy zarobkowej cudzoziemcowi bez konieczności uzyskania zezwolenia i zgody dyrektora wojewódzkiego urzędu pracy (Dz.U. Nr 109, poz. 710), § 1.

158. Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 22 września 1997 r. w sprawie zmiany rozporządzenia w sprawie kwalifikacji wymaganych od osób kierownictwa i dozoru ruchu zakładów górniczych oraz mierniczego górniczego i geologa górniczego (Dz.U. Nr 124, poz. 792), § 2.

159. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 25 września 1997 r. w sprawie Kampinoskiego Parku Narodowego (Dz.U. Nr 132, poz. 876), § 5 ust. 2 pkt 2.

160. Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (Dz.U. Nr 129, poz. 844), § 18 ust. 2, § 20 ust. 2 i § 25.

161. Ustawa z dnia 11 grudnia 1997 r. o ochronie przed przywozem na polski obszar celny towarów po cenach dumpingowych Dz.U. Nr 157, poz. 1028), art. 24 ust. 3 <procesowa>.

162. Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 12 grudnia 1997 r. w sprawie szczegółowych zasad przydziału, opróżnianie i norm zaludnienia lokali mieszkalnych oraz tymczasowych kwater przeznaczonych dla strażaków Państwowej Straży Pożarnej (Dz.U. z 1998 r. Nr 4, poz. 13), § 10 ust. 1.

163. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 1997 r. w sprawie określenia wypadków, w których należności celne przywozowe lub wywozowe są zwracane lub umarzane, oraz trybu i warunków dokonywania zwrotu lub umorzenia (Dz.U. Nr 158, poz. 1050), § 1 ust. 1 pkt 6.

164. Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 27 stycznia 1998 r. w sprawie sposobu przeprowadzania, zasad i warunków przetargów lub rokowań oraz kryteriów oceny zamierzeń co do przedsięwzięć gospodarczych, które mają być podjęte przez przedsiębiorców, na terenie Kostrzyńsko-Słubickiej Specjalnej Strefy Ekonomicznej (Dz.U. Nr 22, poz. 97), § 9 ust. 2.

165. Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 27 stycznia 1998 r. w sprawie sposobu przeprowadzania, zasad i warunków przetargów lub rokowań oraz kryteriów oceny zamierzeń co do przedsięwzięć gospodarczych, które mają być podjęte przez przedsiębiorców, na terenie Specjalnej Strefy Ekonomicznej "Krakowski Park Technologiczny" (Dz.U. Nr 22, poz. 99), § 9 ust. 2

166. Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 27 stycznia 1998 r. w sprawie sposobu przeprowadzania, zasad i warunków przetargów lub rokowań oraz kryteriów

oceny zamierzeń co do przedsięwzięć gospodarczych, które mają być podjęte przez przedsiębiorców, na terenie Mazowieckiej Specjalnej Strefy Ekonomicznej "Technopark-Modlin" (Dz.U. Nr 22, poz. 101), § 9 ust. 2

167. Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 27 stycznia 1998 r. w sprawie sposobu przeprowadzania, zasad i warunków przetargów lub rokowań oraz kryteriów oceny zamierzeń co do przedsięwzięć gospodarczych, które mają być podjęte przez przedsiębiorców, na terenie Słupskiej Specjalnej Strefy Ekonomicznej. (Dz.U. Nr 22, poz. 103), § 9 ust. 2

168. Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 27 stycznia 1998 r. w sprawie sposobu przeprowadzania, zasad i warunków przetargów lub rokowań oraz kryteriów oceny zamierzeń co do przedsięwzięć gospodarczych, które mają być podjęte przez przedsiębiorców, na terenie Specjalnej Strefy Ekonomicznej "Starachowice".(Dz.U. Nr 22, poz. 105), § 9 ust. 2

169. Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 27 stycznia 1998 r. w sprawie sposobu przeprowadzania, zasad i warunków przetargów lub rokowań oraz kryteriów oceny zamierzeń co do przedsięwzięć gospodarczych, które mają być podjęte przez przedsiębiorców, na terenie Tarnobrzeskiej Specjalnej Strefy Ekonomicznej "Euro-Park Wisłosan". (Dz.U. Nr 22, poz. 107), § 9 ust. 2.

170. Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 27 stycznia 1998 r. w sprawie sposobu przeprowadzania, zasad i warunków przetargów lub rokowań oraz kryteriów oceny zamierzeń co do przedsięwzięć gospodarczych, które mają być podjęte przez przedsiębiorców, na terenie Specjalnej Strefy Ekonomicznej"Tczew" (Dz.U. Nr 22, poz. 109), § 9 ust. 2.

171. Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 27 stycznia 1998 r. w sprawie sposobu przeprowadzania, zasad i warunków przetargów lub rokowań oraz kryteriów oceny zamierzeń co do przedsięwzięć gospodarczych, które mają być podjęte przez przedsiębiorców, na terenie Warmińsko-Mazurskiej Specjalnej Strefy Ekonomicznej (Dz.U. Nr 22, poz. 111), § 9 ust. 2.

172. Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 27 stycznia 1998 r. w sprawie sposobu przeprowadzania, zasad i warunków przetargów lub rokowań oraz kryteriów oceny zamierzeń co do przedsięwzięć gospodarczych, które mają być podjęte przez przedsiębiorców, na terenie Specjalnej Strefy Ekonomicznej "Żarnowiec" (Dz.U. Nr 22, poz. 113), § 9 ust. 2.

173. Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 16 marca 1998 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu wyznaczania strażaków Państwowej Straży Pożarnej do wykonywania zadań poza jednostkami organizacyjnymi Państwowej Straży Pożarnej oraz ich uprawnień i obowiązków (Dz.U. Nr 38, poz. 223), § 17.

174. Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 28 kwietnia 1998 r. w sprawie szczegółowych warunków i trybu przyjmowania żołnierzy zawodowych na studia w wyższych szkołach wojskowych, przebiegu immatrykulacji oraz studiów, jak również organów wojskowych właściwych w tych sprawach (Dz.U. Nr 58, poz. 370), § 27.

175. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 maja 1998 r. w sprawie szczegółowych zasad ustalania stopy zwrotu i średniej ważonej stopy zwrotu wszystkich otwartych funduszy emerytalnych, sposobu i terminu zawiadamiania Urzędu Nadzoru nad Funduszami Emerytalnymi przez otwarty fundusz emerytalny o wysokości stopy zwrotu otwartego funduszu emerytalnego, wartości aktywów netto i wartości jednostki rozrachunkowej otwartego funduszu emerytalnego oraz sposobu podawania przez Prezesa Urzędu Nadzoru nad Funduszami Emerytalnymi do publicznej wiadomości wysokości średniej ważonej stopy zwrotu wszystkich otwartych funduszy emerytalnych, a także sposobu i terminu przekazywania przez otwarty fundusz emerytalny informacji o wysokości stopy zwrotu funduszu do agencji informacyjnej (Dz.U. Nr 63, poz. 404), § 1 ust. 3 pkt 3.

176. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 maja 1998 r. w sprawie wysokości, trybu i terminów wnoszenia opłat przez powszechne towarzystwa emerytalne, pracownicze towarzystwa emerytalne oraz pracodawców prowadzących pracownicze programy emerytalne, pobieranych przez Urząd Nadzoru nad Funduszami Emerytalnymi (Dz.U. Nr 65, poz. 417), § 6 ust. 3 pkt 3. .

177. Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji, Ministra Obrony Narodowej oraz Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 maja 1998 r. w sprawie określenia wykazu wydzielonych pomieszczeń przeznaczonych dla osób zatrzymanych, w których mogą być odrębnie umieszczani tymczasowo aresztowani i skazani oraz warunków, którym muszą one odpowiadać (Dz.U. Nr 67, poz. 441), § 10.

178. Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 22 czerwca 1998 r. w sprawie uposażenia zasadniczego dla typowych stanowisk służbowych funkcjonariuszy Straży Granicznej, jego wzrostu z tytułu wysługi lat oraz szczegółowych zasad otrzymywania i wysokość dodatków do uposażenia (Dz.U. Nr 84, poz. 538), § 12 ust. 2 pkt 2.

179. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 czerwca 1998 r. w sprawie aplikantów sądowych i prokuratorskich (Dz.U. Nr 86, poz. 550), § 12 ust. 4.

180. Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 31 lipca 1998 r. w sprawie wynagradzania nauczycieli akademickich oraz bibliotekarzy dyplomowanych i dyplomowanych pracowników dokumentacji i informacji naukowo-technicznej państwowych wyższych szkół zawodowych (Dz.U. Nr 104, poz. 655, z 1999 r. Nr 39, poz. 390), § 6.

181. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 sierpnia 1998 r. w sprawie regulaminu wykonywania kary pozbawienia wolności (Dz.U. Nr 111, poz. 699), § 87 pkt 1 i § 88 pkt 1.

182. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 26 sierpnia 1998 r. w sprawie szczegółowych zasad zatrudniania skazanych (Dz.U. Nr 113, poz. 727), §§ 17, 29 i 30.

183. Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 7 września 1998 r. w sprawie zasad i warunków korzystania przez żołnierzy zawodowych

oraz członków ich rodzin z prawa do przejazdu na koszt wojska (Dz.U. Nr 121, poz. 796), § 8 ust. 1 <dyspensa>.

184. Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie Warunki techniczne, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie (Dz.U. Nr 151, poz. 987), § 45 ust. 3 pkt 1 <dyspensa>, § 98 ust. 8.

185. Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 27 listopada 1998 r. w sprawie sposobu przeprowadzania, zasad i warunków przetargów lub rokowań oraz kryteriów oceny zamierzeń co do przedsięwzięć gospodarczych, które mają być podjęte przez przedsiębiorców na terenie Kamiennogórskiej Specjalnej Strefy Ekonomicznej Małej Przedsiębiorczości (Dz.U. Nr 153, poz. 1001), § 9 ust. 2.

186. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 22 grudnia 1998 r. w sprawie określenia podmiotów uprawnionych do składania wniosku o wyrażenie zgody na wprowadzenie do publicznego obrotu praw pochodnych, szczególnych warunków, jakie obowiązane są spełniać te podmioty, oraz szczególnego trybu i warunków wprowadzania tych papierów wartościowych, w tym kryteriów, jakie muszą one spełniać, aby mogły być przedmiotem obrotu (Dz.U. Nr 163, poz. 1155), § 7 ust. 1.

187. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 1998 r. w sprawie nadania statutu Polskiemu Centrum Badań i Certyfikacji. (Dz.U. Nr 164, poz. 1166), § 4 ust. 2.

188. Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Gospodarki Żywnościowej z dnia 20 stycznia 1999 r. w sprawie szczegółowych warunków weterynaryjnych wymaganych przy przetwórstwie mięsa i składowaniu przetworów mięsnych (Dz.U. Nr 10, poz. 91), § 20 ust. 2 <dyspensa>.

189. Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 15 lutego 1999 r. w sprawie rodzajów, zasad tworzenia, przekształcania i likwidowania oraz zasad działania placówek doskonalenia nauczycieli (Dz.U. Nr 14, poz. 133), § 11 ust. 1 i 3.

190. Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 10 lutego 1999 r. w sprawie określenia warunków, jakim powinny odpowiadać strzeżone ośrodki dla cudzoziemców i areszty w celu wydalenia, oraz regulaminu pobytu w tych ośrodkach i aresztach (Dz.U. Nr 20, poz. 179), § 6 ust. 1 pkt 18 załącznika Nr 1 i § 6 ust. 1 pkt 18 załącznika Nr 2.

191. Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 lutego 1999 r. w sprawie specjalizacji z zakresu organizacji pomocy społecznej (Dz.U. Nr 21, poz. 187), § 4.

192. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 29 marca 1999 r. w sprawie sposobu, zakresu i terminów realizacji obowiązków przekazywania Narodowemu Bankowi Polskiemu danych niezbędnych do sporządzania bilansu płatniczego, bilansów należności i zobowiązań zagranicznych państwa oraz zgłoszeń mienia (Dz.U. Nr 27, poz. 246), § 4.

193. Rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 25 marca 1999 r. w sprawie specjalizacji lekarzy i lekarzy stomatologów (Dz.U. Nr.31, poz. 302), § 7 ust. 3, § 12 ust. 3.

194. Ustawa z dnia 7 maja 1999 r. w sprawie ochrony terenów byłych hitlerowskich obozów zagłady (Dz.U. Nr 41, poz. 412), art. 8 ust. 2.

(315 wymaganych "zgód" organu administracji publicznej)

Wykaz Nr 4 - aktów prawnych przewidujących obowiązek uzyskiwania „koncesji"

1. Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 22 marca 1928 r. o dozorze nad artykułami żywności i przedmiotami użytku (por. wykaz Nr 1 poz. 2), art. 25
2. Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 21 października 1932 r. o warunkach uprawnień do holowania statków w polskich portach morskich (Dz.U. Nr 91, poz. 783), art. 1.
3. Ustawa z dnia 22 kwietnia 1959 r. w sprawie zwalczania niedozwolonego wyrobu spirytusu (Dz.U. Nr 27, poz. 169, z 1988 r. Nr 41, poz. 324, z 1991 r. Nr 107, poz. 460, z 1997 r. Nr 43, poz. 272 i Nr 88, poz. 554), art. 1.
4. Ustawa z dnia 16 lipca 1987 r. o kinematografii (Dz.U. Nr 22, poz. 127, z 1989 r. Nr 6, poz. 33 i Nr 35, poz. 192, z 1990 r. Nr 89, poz. 517, z 1998 r. Nr 106, poz. 668), art. 51 ust. 2, art. 52 ust. 4 i art. 53 ust. 4 <"upoważnienia" jako koncesje lub pozwolenia>, art. 52 ust. 5.
5. Ustawa z dnia 19 listopada 1987 r. o dozorze technicznym (Dz.U. Nr 36, poz. 202, z 1995 r. Nr 104, poz. .515, z 1996 r. Nr 106, poz. 496, z 1997 r. Nr 64, poz. 406, Nr 88, poz. 554 i Nr 141, poz. 943), art. 8 ust. 1 <"uprawnienie" jako koncesja>.
6. Ustawa z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 41, poz. 324, z 1990 r. Nr 26, poz. 149, Nr 34, poz. 198, Nr 86, poz.504, z 1991 r. Nr 31, poz. 128, Nr 41, poz. 179, Nr 73, poz. 321, Nr 105, poz. 452, Nr 106, poz. 457, Nr 107, poz. 460, z 1993 r. Nr 28, poz. 127, Nr 47, poz. 212, Nr 134, poz. 646, z 1994 r. Nr 27, poz.. 96, Nr 127, poz. 627, z 1995 r. Nr 60, poz. 310, Nr 85, poz. 426, Nr 90, poz. 446, Nr 141, poz. 700, Nr 147, poz. 713, z 1996 r. Nr 41, poz. 177, Nr 45, poz. 199, z 1997 r. Nr 9, poz. 44, Nr 23, poz. 117, Nr 43, poz. 272, Nr 54, poz. 348, Nr 60, poz. 369 Nr 75, poz. 471, Nr 88, poz. 554, Nr 96, poz. 591, Nr 98, poz. 602, Nr 106, poz. 677, Nr 113, poz. 733, Nr 114, poz. 740, Nr 121, poz. 770, Nr 124, poz. 783, Nr 133, poz. 884, Nr 157, poz. 1026, z 1999 r. Nr 40, poz. 401 i Nr 41, poz. 412), art. 11 ust. 1 (25x).
7. Ustawa z dnia 23 listopada 1990 r. o łączności (por. wykaz Nr 1 poz. 93), art. 3 ust. 1 pkt 1i 2, art. 4 pkt 5.

8. Ustawa z dnia 10 października 1991 r. o środkach farmaceutycznych, materiałach medycznych, aptekach, hurtowniach i Inspekcji Farmaceutycznej (por. wykaz Nr 1 poz. 100), art. 19 ust. 1, art. 33 ust. 1 <2x k. blankiet.>.
9. Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz.U. z 1993 r. Nr 7, poz. 34, z 1995, Nr 66, poz. 335 i Nr 142, poz. 701, z 1996 r. Nr 106, poz. 496, z 1997 r. Nr 88, poz. 554, Nr 121, poz. 770), art. 2 ust. 1.
10. Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. - Prawo geologiczne i górnicze (por. wykaz Nr 1 poz. 119), art. 15 pkt 1-4.
11. Ustawa z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych (por. wykaz Nr 1 poz. 126), art. 40.
12. Ustawa z dnia 12 lipca 1995 r. o ochronie roślin uprawnych (por. wykaz Nr 1poz. 135), art. 23 ust. 1.
13. Ustawa z dnia 13 października 1995 r. - Prawo łowieckie (por. wykaz Nr 1 poz. 136), art. 17 pkt 1-3.
14. Ustawa z dnia 18 stycznia 1996r r. o kulturze fizycznej (por. wykaz Nr 1 poz. 140), art. 29 ust. 2.
15. Ustawa z dnia 9 stycznia 1997 r. - Kodeks celny (por. wykaz Nr 1 poz. 150), art. 259 § 1.
16. Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (Dz.U. Nr 54, poz. 348, z 1997 r. Nr 158, poz. 1042, z 1998 r. Nr 94, poz. 594, Nr 106, poz. 668 i Nr 162, poz. 1126), art. 32 ust. 1 pkt 1-4.
17. Ustawa z dnia 27 czerwca 1997 rr. o transporcie kolejowym (por. wykaz Nr 1 poz. 162) art 24 pkt 1 i 2.
18. Ustawa z dnia 2 sierpnia 1997 r. o warunkach wykonywania międzynarodowego transportu drogowego (por. wykaz Nr 1 poz. 164), art 6 ust. 1.
19. Ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (por. wykaz Nr 1 poz. 172), art. 15 ust. 1.
20. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. w sprawie wyrobu i rozlewu wyrobów winiarskich oraz obrotu tymi wyrobami (Dz.U. Nr 124, poz. 783), art. 9 ust. 1.

(43 rodzaje działalności "koncesjonowanej")

Wykaz Nr 5 - aktów prawnych przewidujących obowiązek uzyskania „licencji"

1. Zarządzenie Ministra Przedsiębiorstw Gospodarki Rolnej z dnia 31 lipca 1951 r. w sprawie ustalenia prawideł wyścigowych wyścigów konnych.(M.P. Cz. A Nr 84, poz. 1157), § 4 pkt 7 i § 8.

2. Ustawa z dnia 31 maja 1962 r. - Prawo lotnicze (por. wykaz Nr 1 poz. 39), art. 37 ust. 1 (16x) + rozporządzenie Ministra Komunikacji z dnia 10 września 1986 r. w sprawie personelu lotniczego (Dz.U. Nr 41, poz. 199).
3. Ustawa z dnia 19 października 1972 r. o wynalazczości (Dz.U. z 1993 r. Nr 26, poz. 117, z 1997 r. Nr 88, poz. 554 i Nr 121, poz. 770), *art. 49 ust. 1* <licencja przymusowa>
4. Ustawa z dnia 30 października 1992 r. o ochronie topografii układów scalonych, (Dz.U. Nr 100, poz. 498, z 1997 r. Nr 88, poz. 554 i Nr 121, poz. 770), *art. 16 ust. 1* <licencja przymusowa>
5. Ustawa z dnia 24 listopada 1995 r. o nasiennictwie (por. wykaz Nr 1 poz. 139), *art. 39 ust. 1* <licencja przymusowa>.
6. Ustawa z dnia 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej (por. wykaz Nr 1 poz. 140), art. 24 ust. 1 i art. 46 ust. 1 <blankiet.>.
7. Ustawa z dnia 18 stycznia 1996 r. o rybołówstwie morskim (Dz.U. Nr 34, poz. 141), art. 17 i art. 24 ust. 1 <blankiet>.
8. Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (por. wykaz Nr 1 poz. 168), art. 179 ust. 2 i art. 184 ust. 2.
9. Ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia. (Dz.U. Nr 114, poz. 740), art. 25 ust. 1 i 2.

(29 rodzajów działalności lub zajęć "licencjonowanych")

Bibliografia

Adamiak B., Borkowski J.: Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, wyd. 1, Warszawa 1996

Adamovich L., Funk B.Ch.: Allgemeines Verwaltungsrecht, wyd. 1, Wien-New York 1980, wyd. 3, Wien-New York 1987

Antoniolli W.: Allgemeine Verwaltungsrecht, Wien 1954

Appelt H.: Privilegium Minus: Das staufische Keisertum und die Babenberger in Österreich, Wien 1973

Appelt W.: Die verwaltungsrechtliche Vertrag, Leipzig 1920

Arndt H.W., Rudolf W.: Öffentliches Recht, München 1996

Bühler O.: Die subiektiven öffentlichen Rechten und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin, Stuttgart, Leipzig 1914

Bühlers O.: Zur theorie des subjektiven öffentlichen Rechts, Festgabe für Fritz Fleiner, Tübingen 1927

Bachof O.: Die Rechtssprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1966, s. 561 i nast.

Bachof O.: Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum, JZ 1972, s. 641 i nast.

Badura P.: Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963

Badura P.: Die mitwirkungsbedurftige Verwaltungsakt mit belastender Auflage, „Juristische Schulung" 1964, s. 105 i nast.

Badura P.: Wirtschatsverwaltungsrecht (w:) Besonderes Verwaltungsrecht, pod red. I. von Münch, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1969

Baltz O.: Preußisches Baupolizeirecht, Wyd. 1 Berlin 1897

Banasiński C. Fryźlewicz M. Szafrański D.: Promesa (przyrzeczenie) wydania koncesji, M.Prawn. 1996 Nr 9

Banasiński C.: Koncesjonowanie jako forma reglamentacji działalności gospodarczej (w:) Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne, pod red. M. Wierzbowskiego, Warszawa 1996

Banasiński C.: Prawnoporównawcza analiza koncesjonowania administracji i gospodarki w wybranych porządkach prawnych, ST 1994, Nr 7-8

Bar L., Radziszewski E.: Nowy Kodeks budowlany. Komentarz, Warszawa 1995

Bartlsperger R.: Subjektives öffentliches Recht und störungspräventive Baunachbarklage, DVBl 1971, s. 721 i nast.

Beaumanoir P. de: Coumtumes de Beauvaisis, oprac. A. Salmon, t. 1, Paris 1970

Becker H. J.: Das Verfassungsmässige Prinzip der Verhältnismässihkeit, „Recht im Amt" 1977, s. 2 i nast.

Berman H.J.: Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej, Harvard 1983, wyd. polskie - Warszawa 1995 (tłum. S. Amsterdamski)

Berthelemy P.: Traité élémentaire de droit administrativ, Paris 1923

Bettermann K.A.: Verfassungswidriger Emissionsstop, BB 1969, s. 65 i nast.

Bettermann K.A,: Rechtsgleicheit und Ermessenfreiheit, Der Staat 1962, s. 79 i nast.

Biernat S.: Działalność gospodarcza delege lata i de lege ferenda, „Jurysta" 1994, Nr 7-8

Biernat S.: Podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej – wolność gospodarcza *de lege lata de lege ferenda,* PPH 1994, Nr 9

Biernat S.: Promesa koncesji (w:) Gospodarka-Administracja-Samorząd, pod red. H. Olszewskiego i B. Popowskiej, Poznań 1997

Biernat S.: Regulacja prawna kontyngentowania, PPH 1993, Nr 7

Bigo T.: Prawo administracyjne polskie. Część ogólna, Lwów 1928

Bigo T.: Związki publiczno-prawne, Warszawa 1928

Black W.: Law Dictionery, West Publishing Co. 1968

Blondeau: La concession de service public. Etude d'histore du droit administratif, Wyd. 12, Paris 1933

Bogucka I.: Państwo prawne a problem uznania administracyjnego, PiP 1992, z. 10

Bresiewicz T.: O kontraktach administracyjnych, Kraków 1901

Buhren G.: Zur materiell gechützten Rechtsposition des Dritten im Wirtschaftsverwaltungsrecht, DVBl 1975, s. 328 i nast.

Bullinger M.: Ermessen und Beurteilungsspielraum - Versuche eine Therapie, NJW 1974, s. 767 i nast.

Buse P.R.: Allgemeine Genehmigungen, Hamburg 1968

Chastagnol: La préfecture urbaine ŕ Rome sous le Bas-Empire, Paris 1960

Chełmoński A.: Instytucje administracyjnoprawne w zarządzaniu gospodarką narodową, (w:) System prawa administracyjnego, t. IV, Ossolineum 1980

Christphle: Traité des travaux publics, 1862

*Codex Theodosianus,*Ks. III-VIII, Berlin 1923, 1926

Comte von: Essai d'une théorie d'ensembl de la concession de service public, Sirey 1935

Conrad H.: Deutsche Rechtsgeschichte, t. 1, wyd. 2, Karlsruhe 1962

Dawidowicz W.: O stosowaniu prawa przez organy administracji, ZN WPiA UG, „Prace Instytutu Administracji i Zarządzania" Nr 4, Gdańsk 1981

Dawidowicz W.: Prawo administracyjne, Warszawa 1987

Dechsling R.: Das Verhältnismässigkeitsgebot, München 1989

Delalleau: Des droit et des obligations des concessionaires de travaux publics, „Revue de législation et de jurispridence" 1834

Drews B., Wacke G., Vogel K.: Gefahrenabwehr, t. 1, wyd. 8, Berlin, Köln, München, Bonn 1975

Drews B., Wacke G.: Allgemeines Polizeirecht, wyd. 7, Berlin, Köln, München, Bonn 1961, wyd. 8 Bonn 1975

Driksen H.: Hinterlassene Schriften, Leipzig 1973

Duguit L.: Les transformations du droit public, Paris 1913

Eberth W.: Landschaftsschutz und rechtsstaatlichen Grundsätze, DVBl 1965, s. 804 i nast.

Ehmke H.: „Ermessen" und „unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, Tübingen 1960

Enzyklopädie des Rechtswissenschaft, t. 4, wyd. 7, Berlin 1914

Erichsen H.-U., Martens W.: Das Verwaltungshandeln, w: Allgemeines Verwaltungsrecht, pod red. H-U. Erichsen, W. Martens, Berlin, New York 1975

Estreicher S.: Najstarszy zbiór przywilejów i wilkierzy miasta Krakowa, Kraków 1936

Eugster L.: Dier Rechtsnatur der Verhältnisse konzessionierter Privatunternehmen der Daseinvorsorge zu Dritten, insbesondere zu Abnehmern, Freiburg 1972

Feine H.E.: Kirchliche Rechtsgeschichte. Die Katholische Kirche, Wyd. 4, Graz 1964

Filipek J.: Prawo administracyjne. Instytucje ogólne. Cz. I, Kraków 1995

Fischer P.: Die Internationale Konzession. Theorie und Praxis der Rechtsinstitute in der internationalen Wirtschaftsbeziehungen, Wien-New York 1974

Fleiner F.: Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht, Wyd. 8, Tübingen 1913

Fleiner-Gerster Th.: Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrecht, Zürich 1977

Fluck J.: Die „Legalisierunswirkung" von Genehmigungen als Zentralproblem öffentlich-rechtlicher Haftung für Altlasten, VerwArch 1988, s. 406 i nast.

Forsthoff E.: Lehrbuch des Verwaltungsrechtes, T. I, Mnchen-Berlin 1966

Franßen E.: Über bedinungsfeindliche Verwaltungsakte, Münster 1969

Frers D.: Die Nachbarklage im Gewerberecht, GewArch 1989, s. 73 i nast.

Friauf K. H.: Baurecht und Raumordnung, w: Besonderes Verwaltungsrecht, pod. red. I. von Münch, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1969

Friauf K. H.: Das Verbot mit Erlabnisvorbehalt, JuS 1962, s. 423 i nast.

Friauf K. H.: Polizei- und Ordnungsrecht (w:) Besonderes Verwaltungsrecht, pod red. I. von Münch, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1969

Friauf K. H.: „Latende Störung", Rechtswirkungen der Bauerlaubnis und vorbeugende Nachbarklage, DVBl 1971, s. 719 i nast.

Friedberg: Corpus Iuris Canonici, cz. I. Decretum Magistri Gratiani, Graz 1959

Gönner N. T.: Teutsches Staatsrecht, Landshut 1804

Genz M.: Zur Verhältnismässihkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 1968, s. 1601 i nast.

Gliniecka J.: Instrumenty finansowego oddziaływania państwa na zagraniczne podmioty gospodarcze, Gdańsk 1992

Gluth O.: Genehmigung und subiektives Recht, „Archiv des öffentlichen Recht" 1988, s. 569 i nast.

Grodzicki S.: Uwagi o prawach przeciw zbytkowi w dawnej Polsce, ZN UJ, Prawo 5, Kraków 1958

Guillouard: Notion juridique de actes d'execution, des autorisations et des concessons administratives, "Thèse Caen" 1903

Gygi F.: Die Verwaltungsrechtssprechung, Bern 1977

Gygi F.: Verwaltungsrecht. Eine Einführung, Bern 1986

Gygi F.: Verwaltungsrechtspflege, Bern 1979

Häberlin C.F.: Handbuch des Teutschen Staatsrechts nach System des Herrn Geheimen Justizrath Pütter, Frankfurt-Leipzig 1794

Hönig W.: Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten, München 1968

Hagemeister E.F.: Auch der Regent ist an die von ihm gegebenen Gesetze gebunden, Leipzig 1795

Haselau K.: Die Freiheit der Straße als Rechtsproblem, Bad Godesberg 1960

Haselau K.: Stellt eine erlabnis oder Ausnahmebewilligung „lediglich natürliche" Freiheit wieder her ?, DÖV 1965, s. 450 i nast.

Hatschek J.: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrecht, Wyd. 4 Leipzig 1924

Hauriou M.: Précis de droit administratif et la droit public, Paris 1927

Heinrich H.: Der Rechtsschutz Dritter in der Rechtsprechung im Gewerberecht, WuV 1985, s. 1-22

Helbing: Bedingte Konzessionszurücklegung, „Das österreichischen Verwaltungsblatt" 1930

Hernnritt R. H.: Grundlehren des Verwaltungsrecht, Tbingen 1921

Herschel W.: Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, JZ 1967, s. 729 i nast.

Hilarowicz T.: Zarys nauki administracyjnej, Warszawa 1930

Hinschius P.: System des katolischen Kirchenrecht, t.3, Berlin 1883, Reprint Graz 1959

Hirschberg L.: Der Grundsazt der Verhältnismässihkeit, Göttingen 1981

Historia państwa i prawa Polski, pod. red. J. Bardacha t. 1, Warszawa 1964, t. 2, Warszawa 1966

Huber E.R.: Wirtschaftsverwaltungsrecht, t. 1, Tübingen 1954

Hüber H.: Über dem Grundsatz Verhältnismässihkeit im Verwaltungsrecht, ZSR I, 1977, s.21 i nast.

Ipsen H.P.: Konstruktionsfragen der Getreideeinfuhr-Lenkung; (w:) Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, s. 604 i nast.

Ipsen H.P.: Widerruf gültiger Verwaltungsakte, Hamburg 1932

Izdebski H., Kulesza M.: Administracja publiczna. Zagodnienia ogólne, Warszawa 1998

Jacobs M.Ch.: Der Grundsatz der Verhältnismässihkeit, Frankfurt a.M. 1985

Janvier Y.: La législation du Bas-Empire Romain sur les édificies publics, Axi-en-Provence 1969

Jaroszyński A.: Reglamentacja i zarządzanie gospodarką socjalistyczną, PiP 1968, Nr 10, s. 259 i nast.

Jaworska-Dębska B.: Charakter prawny koncesji na działalność gospodarczą, PUG 1994, Nr 3 i Nr 4

Jaworska-Dębska B.: Spór wobec modelu polskiej regulacji alkoholowej. Zagadnienia administracyjnoprawne, Łódź 1995

Jerzmański J., Nowacki K.: Uwarunkowania prawne recyklingu odpadów, ST 1999, Nr 10

Jędrzejewski St.: Glosa do wyroku NSA z dnia 12 grudnia 1996 r. II SA/Wr 236/96, OSP 1997, Nr. 11, poz. 202

Jędrzejewski St.: Nowe prawo budowlane, Bydgoszcz 1995

Jone H.: Gesetzbuch der Lateinischen Kirche, t. 1: Allgemeine Normen und Personenrecht, Wyd. 2, Padeborn 1950

K. Lange K.: Zur Anhörung in verwaltungsrechtlichen Genhmigungverfahren, DVBl 1975, s. 130 i nast.

Kaszubski R.W., Olszak M.: Koncesje a zasada wolności gospodarczej, Glosa 1998 Nr 7

Kelsen H.: Reine Rechtslehre, wyd. 2, Wien 1960

Kickenbusch K.: Die öffentlich-rechtliche Genehmigungen privater Rechtsgeschäfte, VerwArch 1966, s. 17 i nast.

Kijowski D, Płoskonka J., Prutis S., Srocki S.: Model ustrojowy sądownictwa administracyjnego, Samorząd Terytorialny 1999, Nr 5

Kijowski D.R.: Postanowienia dodatkowe i dopuszczalność opatrywania nimi decyzji administracyjnych, (w:) Prawo. Administracja. Obywatele, praca zb., Białystok 1997, s. 143-167

Kijowski D.: Zasada adekwatności w prawie administracyjnym, PiP 1990, z. 4

Kijowski D.: Zasada proporcjonalności (adekwatności) jako miernik dopuszczalności ingerencji państwa w prawa i wolności obywateli, „Biuletyn RPO" 1990 r. Nr 6

Klopfer M.: Kettenverwaltungsakten und Wiederrufsvorbehalt; DVBl 1972, s. 371 i nast.

Kodeks dyplomatyczny Miasta Krakowa, oprac. F. Piekosiński, Kraków. 1879 i *1882* (*Monnumenta Medii Aeri Historica*, T. V i VII)

Korman K.: System des rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910.

Kosikowski C.: Koncesje w prawie polskim, Kraków 1996

Kosikowski C.: Wolność gospodarcza w prawie polskim, Warszawa 1995

Kosikowski C.: Zezwolenia na działalność gospodarczą w prawie polskim, Warszawa 1997

Krüger H.: „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" und „Gewärung mit Auslesevorbehalt, DÖV 1958, s. 673 i nast.

Krüger H.: Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl 1955, s. 451 i nast.

Krüger H.: Rechtsstaatliche Gestzgebungtechnik, DÖV 1956, s. 550 i nast.

Krzyżak A.: Koncesja nową formą reglamentacji działalności przedsiębiorstw państwowych w zakresie handlu zagranicznego (w:) Wybrane zagadnienia administracyjne i finansowe przedsiębiorstw państwowych, pod. red. J. Grabowskiego, Katowice 1983

Kudrycka B.: Najpierw etyka; „Wspólnota" 1999, Nr 20, s. 9

Kunderewicz C.: Studia z rzymskiego prawa administracyjnego, Łódź 1991.

Laband P.: Das Staatsrechts des Deutschen Reiches, t. 1, wyd. 1, Berlin 1848, wyd. 5, Berlin 1911

Ladeur K.H.: „Abwägung – Ein neues Paradigma des Verwaltungsrecht. Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus, Frankfurt a.M.-New York-Campus 1984

Lagenstein F.: Die Gewerbepolizeierlaubnis, Tübingen 1912

Lang W., Wróblewski J., Zawadzki S.: Teoria państwa i prawa, wyd. 1, Warszawa 1979, wyd. 3 Warszawa 1986

Langrod G.: Administrative Contrats. A Comparative Study, 4 AJCL (1955) s. 332-337

Langrod J.S.: Służba publiczna jako funkcja administracyjna, Kraków 1932

Laubadère A.de: Traité théorique et praktique des contrats administratifs, Paris, t. 1, Paris 1956

Lautsch-Bendkowski St.: Nowe przepisy o podejmowaniu i prowadzeniu działalności gospodarczej, PUG 1989, Nr 7

Layer M.: Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vetrag, Graz u. Leipzig 1916

Lederer J.: Der Dispensbegriff des kanonischen Rechtes, München 1957

Leist J.Ch.: Lehrbuch des Teutschen Staatsrecht, Göttingen 1803

Lewis E.: Oil Land Leasing Act of 1920 with Amendments and Other Laws relating to Mineral Lands, Washington 1952

Lipiński A.: Kilka uwag o koncesjonowaniu działalności gospodarczej w zakresie górnictwa, PUG 1989 Nr 7

Lipiński A.: Nowe prawo geologiczne i górnicze.: "PiP" 1994 Nr 5

Lipiński A.: Z problematyki koncesji w nowym prawie geologicznym i górniczym, "Problemy Prawa Górniczego" 1995, Nr 16/17

Lipiński A.: Czy rzeczywiście „brak przy wpisie spółki z o.o.", PPH 1996, Nr 7

Lipiński A: Koncesje w prawie geologicznym i górniczym, PUG 1992, Nr 10-12

Lücke J.: Die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Zumutbarkeit, DÖV 1974, s. 769 i nast.

Maciąg Z. A.: Kształtowanie się zasad demokratycznego państwa prawnego socjalnego w Niemczech, Białystok 1998

Maciołek M.: O publicznym prawie podmiotowym, ST 1992, Nr 1-2, s. 3 i nast.

Maetzel W. B.: Bemerkungen zum vorbeugenden Rechtsschutz gegen kunftige Verwaltungsakte; DVBl 1974, s. 335 i nast.

Mangoldt H. von: Nebenbestimmungen bei rechtsgewährenden Verwaltungsakten, VerwArch 1932, s. 123 i nast.

Martens J.: Die Baugenehmigung - ein Beispiel für Wirkungsweise des Verwaltungsakt, „Juristische Schulung" 1975

Maurer H.: Allgemeines Verwaltungsrecht, München 1990

Mayer H.: Staatsmonopole, Wien 1976

Mayer O.: Theorie des französichen Verwaltungsrecht, Strassburg 1886

Mayer O.: Deutsches Verwaltungsrecht, t. 1, Wyd. 3, Berlin 1924

Mayzel J.: W sprawie kodyfikacji prawa przemysłowego, PiP 1948, Nr 7, s. 63 i nast.

Meiringer E.: Verwaltungsgenehmigung und entgegenstehende Rechte Dritter unter besonderer Beachtung des Baugenehmigungsverfahrens, Heidelberg 1986

Menger C.F., Erichsen H.U.: Höchstrichterliche Rechtssprechung zum Verwaltungsrecht, Verw. Arch. 1967, ss. 171 i nast., 278 i nast.

Merk W.: Deutsches Verwaltungsrecht, t. 1, Berlin 1962

Merkl A.: Allgemeinesverwaltungsrecht, Wien-Berlin 1927

Mincer M.: Uznanie administracyjne, Toruń 1983

Mitchel: The Contrats of Public Autorities, A Comparative Study. The London School of Economics, London 1954

Mohl R. von: Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, Wyd. 2, Tübingen 1844, tom 3, Tübingen 1845

Müller H.J.: Die nachtägliche Erlaubnis im Baurecht ind Gewerberecht, Bamberg 1981

Mussgnug R.: Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften, Heidelberg 1964

Naz R.: Dictionnaire de Droit Canonique, t. 4, Paris 1949

Nebinger R.: Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, wyd. 2, Stuttgart 1949

Niezgódka-Medkova M., Szubiakowski M.: Koncesjonowanie działalności gospodarczej, GAP 1989, Nr 8

Nowacki K.: Kontrola decyzji opartych na uznaniu administracyjnym, Wrocław 1986

Ochendowski E.: Prawo administracyjne, Toruń 1998

Ohryzko J.: Volumina Legum, t. I, Petersburg 1859

Ossenbühl F.: Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenlehre, DÖV 1968, s. 624;

Ossenbühl F.: Von unbestimmten Gestzbegriff zur letzverbindlichen Verwaltungsentscheidung, DVBl 1974, s. 309 i nast.

Palude P. de: Tractatus de potestate Papae, Tuluza 744 (rękopis), opr. przez P.T. Stella, Rom 1966

Passendorfer W.: Übermassverbot als rechtliches Gestaltungsprinzip der Verwaltung, „Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht und Völkerrecht" 1977, s. 261 i nast.

Pawłowicz K.: Nietypowe podmiot administrujące w sferze gospodarczej ; w: Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne, praca zb. pod red M. Wierzbowskiego, Warszawa 1996

Peters H.: Lehrbuch der Verwaltung, Berlin 1949

Pfenninger P.: Die Erteilung von Konzessionen und Bewilligungen bei fremdenverkehrsbahnen und Skiliften, Zürich 1968

Picard: Traité de chemins de fer, 1887

Piganiol: L'Empire chretien, Paris 1947

Pilon: Monopoles communaux, „Thèse Caen" 1898

Potschter O.: Wesen und Recht der Konzession (Verleihung) in Deutschland und Sowjetrußland, Jena 1928

Potyka G.: Großbritanniens rechtmäßiger und unrechtmäßiger Erwerb von Hoheitsrechten i Indien, „Österreiche Zeitschrift für öffentliches Recht" 1971, s. 174 i nast.

Preusche B.: Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt als Regulungsinstrumment, Frankfurt a.M. 1980

Przywileje miasta stołecznego Starej Warszawy, oprac. T. Wierzbowski, Warszawa 1913

Rüfner W.: Formen öffentlichen Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Berlin 1967

Rèmondon R.: La crise de L'Émpire Romain, Paris 1964

Rupp H.H.: Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965

Rybicki Z.: Pozwolenie wodnoprawne w systemie gospodarki planowej PRL, Warszawa 1958

Sachsenspiegel (Landrecht) w opracowaniu Claus'a von Schwerin, Stuttgart 1959

Schaumann W.: Gleicheit und Gestzmäßigheitprinzip, JZ 1966, s. 721 i nast.

Schmidt S.: Gesetzvollziehung durch Rechtssetzung, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1969

Schmidt-Eichstaedt G.: Ermessen, Beurteilungsspielraum und eigenverantwortliches Handeln der Verwaltung, AöR 1973, s. 173 i nast.

Schmidt-Salzer J.: Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, Berlin 1968, s.13-18

Scholz R.: Die polizeiliche Gefahr, VerwArch 1919, s. 54 i nast.

Scholz R.: Zur Lehre von Bauerlaubnis, VerwArch 1915 (23), s. 212 i nast.

Schulz-Schaefer H.: Auflagen zur Beseitigung gesetzlichen Versagungsgründe nach § 2 GastG, GewArch 1964, s. 1

Schwabe J.: Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, JuS 1973, Z. 3, s. 130i nast.

Schwarzenbach H.R.: Grundriess des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Wyd. 6, Bern 1975, Wyd. 7 Bern 1980

Simon A., Borries R. von: Die Genehmigungsfiktion im Bodenverkehrsrecht, NJW 1968 r., 1759 i nast.

Skalla G.: Rola koncesjonariusza w administracji w świetle kolizji prawa publicznego z prawem prywatnym (z przedmową J.S. Langroda), Katowice 1938

Smoktunowicz E. Mieszkowski J.: Źródła i wykładnia prawa podatkowego, Białystok 1998

Smoktunowicz E.: Akt łaski czy prawo podatnika, Glosa 1998, Nr 9

Smoktunowicz E.: Niektóre Zagadnienia wykładni prawa administracyjnego, w: idem: Orzecznictwo Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego, Kodeks postępowania administracyjnego, Warszawa 1994

Spindler M.: Die Anfange der bayerischen Landesfürstentums (w:) "Schriftenreihe zur bayerischen Landesgeschichte", 1937

Starościak J.: Decentralizacja administracji, Warszawa 1960

Stec R.: Koncesje w prawie łowieckim, PUG 1997 Nr 9

Steiner U.: Bindungswirkung und Bestandkraft der fingierten Bodensverkehrsgenehmigung, DVBl 1970, s. 34 i nast.

Steinitz J.: Dispensationsbegriff und Dispensationsgewalt auf dem Gebiete des deutschen Staatsrecht, Breslau 1901

Stelmachowski A.: Instytucje administracyjnoprawne reglamentacji gospodarki nieuspołecznionej, (w:) System prawa administracyjnego, t. IV, Ossolineum 1980

Stern K.: Die öffentliche Sache, VVDStRL Nr 21, 1964 s. 221 i nast.

Stern K.: Staatsrecht, wyd. 2, t. I, Berlin 1983

Stern K.: Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsverträges, AöR 1959

Stuible-Treder J.: Der Beliehene im Verwaltungsrecht, Tübingen 1986

Svarez C.G.: Vorträge über Recht und Staat, oprac. H. Conrad i G. Kleinheyer, Köln-Opladen 1960

Szablewski A.: Instytucja koncesjonowania w sferze infrastrukturalnej, ST 1991, Nr 3

Szewczyk M.: Nadzór w materialnym prawie administracyjnym, Poznań 1996

Szubiakowski M.: Podejmowanie działalności działalności gospodarczej, GAP 1989, Nr 4.

Thoma R.: Verweigerung einen Ausnahmebewilligung. VerwArch 1927, s. 247 i nast..

Turegg K.E., Kraus E.: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Wyd. 4, Berlin 1962

Ulbrich J.: Lehrbuch des österreichischen Verwaltungsrechtes, Wien 1904

Volbrecht A: Warenverkehrslenkung nach dem AWG im Rahmen des EG-rechts, Wien 1984

Volkmar D.: Allgemeiner Rechtsatz und Einzelakt, Berlin 1962

W. Jellinek, Verwaltungsrecht, Berlin 1928

Walaszek-Pyzioł A.: Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, PUG 1995, Nr 1

Walawski B.: Pozwolenia i koncesje administracyjne w prawie polskim, Wilno 1939

Waligórski M.: Administracyjna regulacja działalności gospodarczej, Poznań 1998

Waligórski M.: Administracyjnoprawna reglamentacja działalności gospodarczej, Poznań 1994

Waligórski M.: Reglamentacja prywatnej działalności gospodarczej w sferze handlu zagranicznego (w:) Handel zagraniczny przedsiębiorstw polonijnych i zagranicznych, Poznań 1984

Waline R.: Droit administratif, wyd. 9, Paris 1953

Waline R.: La notion de régie interessée, R.D.P. 1948,

Wasilewski A.: Ustawa z 1988 r. o działalnosci gospodarczej. Wstępna charakterystyka rozwiązań prawnych, PUG 1989, Nr 3, s. 75 i nast.

Wasilewski A.: Z problematyki doskonalenia podstaw prawnych działania jednostek gospodarki nieuspołecznionej, „Krakowskie Studia Prawnicze" 1985, rok XVIII

Weck H.: Schatenwirtschaft. Eine Möglichkeit zur Einschränkung der öffentliche Verwaltung ? Eine ekonomische Analise, Bern 1986

Wenger K.: Die öffentliche Unternehmung, wyd. 1, Wien 1969, wyd. 2 1970 i wyd. 3 1976

Wenger K.: Zur rechtlichen Problematik Wirtschaftslenkender Maßnammen, „Wirtschaftspolitische Blätter" 1978, s. 98 i nast.

Weyreuter F.: Rechtliche Bindung und gerichtliche Kontrolle planender Verwaltung im Bereich des Bodenrechts, Baurecht 1977, s. 295 i nast.

Weyreuther F.: Über „Baubedinungen", DVBl 1969, s. 232 i nast. oraz 295 i nast.

Wierzbowski M., Wiktorowska A.: Podstawowe pojęcia teoretyczne w nauce prawa administracyjnego, w: Polskie prawo administracyjne, pod red. J. Służewskiego, Warszawa 1995

Wolf H.J., Bachof O.: Verwaltungsrecht, wyd. 9, München 1974, t. 1

Wolf H.J.: Verwaltungsrecht, T. 1, wyd. 5, München-Berlin 1963

Wróblewski J.: Sądowe i pozasądowe stosowanie prawa. Problemy teorii i ideologii, Studia Prawno-Ekonomiczne XXVI, Łódź 1981

Zdyb M.: Komentarz do ustawy o działalności gospodarczej, Bydgoszcz 1997

Zimmerli U.: Der Grundsatz der Verhältnismässihkeit, ZSR II 1978

Zimmermann J.: Polska jurysdykcja administracyjna, Warszawa 1996