

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
Wydział Prawa i Administracji

Krzysztof Tomaszewski

ROZPRAWA DOKTORSKA

**Prywatyzacja realizacji celów publicznych,
określonych w art. 6 ustawy o gospodarce
nieruchomościami**

Praca doktorska napisana
pod kierunkiem naukowym
Prof. UAM dr hab. Marka Szewczyka

Poznań 2012

SPIS TREŚCI

WPROWADZENIE	9
1 ROZDZIAŁ PIERWSZY: PŁASZCZYZNA HISTORYCZNA	13
1.1 Historia prywatyzacji realizacji celów publicznych	13
1.2 Ewolucja pojęcia „celu publicznego” w poglądach doktryny prawa.....	23
1.3 Regulacje prawne okresu II Rzeczypospolitej.....	28
1.3.1 Uwagi ogólne.....	28
1.3.2 Dekret Naczelnika Państwa w przedmiocie przepisów tymczasowych o wywłaszczeniu przymusowym na użytek dróg żelaznych i innych dróg komunikacyjnych lądowych i wodnych oraz wszelkich urządzeń użyteczności publicznej.....	30
1.3.3 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 17.03.1921	31
1.3.4 Prawo o postępowaniu wywłaszczeniowym.....	33
1.4 Regulacje prawne okresu lat 1945 – 1989.....	35
1.4.1 Uwagi ogólne.....	35
1.4.2 Dekret o wywłaszczeniu majątków zajętych na cele użyteczności publicznej w okresie wojny 1939-1945 r.....	38
1.4.3 Dekret o nabywaniu i przekazywaniu nieruchomości niezbędnych dla realizacji narodowych planów gospodarczych	39
1.4.4 Ustawa o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości	40
1.4.5 Ustawa o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości	41
2 ROZDZIAŁ DRUGI: NORMATYWNA DEFINICJA CELU PUBLICZNEGO W POLSKIM SYSTEMIE PRAWNYM	44
2.1 Ustawa o gospodarce nieruchomościami	44
2.2 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej	52
3 ROZDZIAŁ TRZECI: CHARAKTERYSTYKA PODSTAWOWYCH POJĘĆ PRAWNYCH	61
3.1 Definicja i zakres pojęcia "prywatyzacji"	61
3.2 Charakterystyka pojęcia "celu publicznego"	71

3.3	Charakterystyka pojęcia "celu publicznego" w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.....	84
3.4	Znaczenie pojęcia "celu publicznego"	88
4	ROZDZIAŁ CZWARTY: PROBLEMATYKA PRYWATYZACJI REALIZACJI CELÓW PUBLICZNYCH.....	93
4.1	Wstęp	93
4.2	Motywy prywatyzacji.....	95
4.3	Metody prywatyzacji realizacji celów publicznych.....	98
4.3.1	Uwagi ogólne	98
4.3.2	Zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, a umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym	99
4.3.3	Regulowanie monopolii naturalnych	101
4.4	Skutki prywatyzacji realizacji celów publicznych	103
4.4.1	Ochrona jednostki	107
4.4.2	Brak regulacji prawnych	108
4.4.3	Wzrost bezrobocia.....	110
4.4.4	Koncentracja zysku	111
4.4.5	Problem odpowiedzialności	113
4.5	Podsumowanie	115
5	ROZDZIAŁ PIĄTY: PRYWATYZACJA REALIZACJI CELÓW PUBLICZNYCH W POLSKIM SYSTEMIE PRAWNYM.....	117
5.1	Uwagi ogólne.....	117
5.2	Przymusowe ograniczenie prawa własności nieruchomości na rzecz podmiotów prywatnych pod realizację publicznej infrastruktury przesyłowej	117
5.2.1	Charakter prawny przymusowego ograniczenia prawa własności	117
5.2.2	Podmioty uprawnione	127
5.2.3	Rodzaje inwestycji	130
5.2.4	Wymóg realizacji inwestycji na terenie przeznaczonym na cele publiczne	133
5.2.5	Podsumowanie	134

5.3	Prywatyzacja realizacji celu publicznego w dziedzinie budowy dróg publicznych.....	136
5.3.1	Uwagi ogólne.....	136
5.3.2	Wydzielanie gruntów pod drogi publiczne	138
5.3.3	Podmioty uprawnione	140
5.3.4	Realizacja inwestycji niedrogowych.....	142
5.3.5	Realizacja inwestycji drogowych w systemie partnerstwa publiczno-prywatnego	146
5.3.6	Podsumowanie	152
5.4	Prywatyzacja realizacji celu publicznego w dziedzinie łączności.....	153
5.4.1	Budowa stacji bazowej telefonii komórkowej jako cel publiczny	153
5.4.2	Uwagi.....	157
5.4.3	Realizacja publicznej infrastruktury telekomunikacyjnej w trybie przepisów ustawy o wspieraniu usług i sieci telekomunikacyjnych	159
5.4.4	Podsumowanie	162
5.5	Prywatyzacja realizacji celu publicznego w zakresie realizacji infrastruktury kolejowej.....	163
5.5.1	Uwagi ogólne.....	163
5.5.2	Prywatyzacja infrastruktury kolejowej	164
5.5.3	Podsumowanie	166
5.6	Prywatyzacja realizacji celu publicznego w zakresie budowy i eksploatacji lotnisk.....	167
5.6.1	Uwagi ogólne.....	167
5.6.2	Wydzielanie gruntów pod budowę lotnisk w trybie tzw. specustawy lotniskowej.....	169
5.6.3	Prywatyzacja portów lotniczych.....	170
5.6.4	Wnioski.....	175
5.7	Prywatyzacja realizacji celu publicznego w sektorze usług wodno – kanalizacyjnych oraz odzysku i unieszkodliwiania odpadów.....	176
5.7.1	Uwagi ogólne.....	176
5.7.2	Prywatyzacja sektora usług wodno-kanalizacyjnych.....	178
5.7.3	Uwarunkowania ekonomiczne sektora usług wodno-kanalizacyjnych.....	180
5.7.4	Koncepcje prywatyzacji sektora wodno-kanalizacyjnego	181
5.7.5	Prywatyzacja sektora wodno-kanalizacyjnego w polskim systemie prawnym.....	184
5.7.6	Podsumowanie	188
5.7.7	Budowa i utrzymanie urządzeń służących do odzysku i unieszkodliwiania odpadów	188
5.7.8	Uwagi ogólne.....	188
5.7.9	Struktura rynku odpadów komunalnych w Polsce.....	191

5.7.10	Partnerstwo publiczno-prywatne w gospodarce odpadami komunalnymi	193
5.8	Prywatyzacja realizacji celu publicznego w dziedzinie opieki nad nieruchomościami stanowiącymi zabytki	194
5.8.1	Uwagi ogólne	194
5.8.2	Opieka nad zabytkami w systemie partnerstwa publiczno – prywatnego	197
5.8.3	Wnioski	199
5.9	Prywatyzacja realizacji celu publicznego w systemie edukacji publicznej	200
5.9.1	Uwagi ogólne	200
5.9.2	Prywatyzacja systemu edukacji publicznej	203
5.9.3	Kierunki prywatyzacji systemu edukacji publicznej na świecie	206
5.10	Prywatyzacja realizacji celu publicznego w dziedzinie ochrony zdrowia	210
5.10.1	Ochrona zdrowia jako cel publiczny	210
5.10.2	Definicja prywatyzacji ochrony zdrowia.....	211
5.10.3	Status prawny ochrony zdrowia w polskim systemie prawnym.....	214
5.10.4	Ustawa o działalności leczniczej w systemie partnerstwa publiczno-prywatnego	217
5.10.5	Prawo Unii Europejskiej w zakresie ochrony zdrowia.....	219
5.10.6	Prywatyzacja ochrony zdrowia w niemieckim systemie prawnym	221
5.10.7	Prywatyzacja przedsiębiorstwa państwowego „Szpitale Hamburg”	226
5.11	Prywatyzacja realizacji celu publicznego dziedzinie budowy i utrzymania infrastruktury sportowej.....	227
5.11.1	Uwagi ogólne	227
5.11.2	Zastosowanie instytucji partnerstwa publiczno-prywatnego.....	229
5.12	Prywatyzacja sektora usług pocztowych	232
5.12.1	Charakterystyka sektora usług pocztowych w Polsce	232
5.12.2	Podsumowanie	237
6	ROZDZIAŁ SZÓSTY: ZAGADNIENIE PRYWATYZACJI REALIZACJI CELÓW PUBLICZNYCH W WYBRANYCH SYSTEMACH PRAWNYCH	239
6.1	Uwagi ogólne	239
6.2	Stany Zjednoczone	240
6.2.1	Wyłączenie jako instrument rozwoju gospodarczego Stanów Zjednoczonych.....	242
6.2.2	Sprawa „Berman v. Parker”	246
6.2.3	Sprawa “Hawaii Housing Authority v. Midkiff”	248

6.2.4	Sprawa “Poletown Neighborhood Council v. City of Detroit”	250
6.2.5	Sprawa „Kelo v. City of New London”	253
6.2.6	Podsumowanie	259
6.3	Szwecja.....	261
6.3.1	Rozwój infrastruktury telekomunikacyjnej trzeciej generacji (3G).....	261
6.3.2	Rozwój energetyki wiatrowej	264
7	ROZDZIAŁ VII: WNIOSKI KOŃCOWE.....	267
	BIBLIOGRAFIA	276

Wprowadzenie

Rozwój cywilizacyjny każdego państwa sprawia, iż tradycyjne formy realizowania celów publicznych przez organy administracji publicznej stają się niewystarczające. W Polsce, od momentu rozpoczęcia transformacji systemowej występuje szereg procesów, polegających na decentralizacji władzy publicznej i odpaństwowieniu wielu dziedzin życia społecznego i gospodarczego. Procesy te skutkują tym, iż w coraz większym stopniu realizacja celów publicznych odbywa się przez podmioty prywatne.

Celem niniejszej pracy jest przedstawienie zjawiska prywatyzacji realizacji celów publicznych, ujętych w art. 6 ustawy o gospodarce nieruchomościami¹, perspektyw jej rozwoju oraz wykazanie, że prywatyzacja celów publicznych jest niezbędna dla poprawy oraz zwiększenia efektywności ich realizacji przez państwo i jego organy. Podstawową tezę rozprawy jest stwierdzenie, iż ustanowiony w art. 6 u.g.n. katalog celów publicznych jest niedostosowany do aktualnych potrzeb gospodarczych państwa, które w dobie gospodarki wolnorynkowej nie musi w sposób bezpośredni zaspokajać potrzeb ogólnospołecznych. Niniejsza praca ma na celu również wykazanie, iż procesy prywatyzacyjne, które zachodzą w zaspokajaniu przez państwo potrzeb ogólnospołecznych, wykraczają swoim zasięgiem poza sztywne ramy pojęcia „celu publicznego”, utożsamionego z katalogiem czynności zawartych w art. 6 u.g.n.

Intencją ustawodawcy przy wprowadzeniu normatywnej definicji „celu publicznego” do polskiego porządku prawnego było ograniczenie organów władzy publicznej w realizacji przedsięwzięć o znaczeniu ogólnospołecznym do tych czynności, które znajdują swoje odzwierciedlenie w katalogu celów publicznych, zawartym w art. 6 u.g.n. Tymczasem od początku lat dziewięćdziesiątych XX w. do czynienia mamy ze zjawiskiem, określanym mianem „prywatyzacji administracji publicznej”, polegającym na rezygnacji przez państwo i inne podmioty prawa publicznego z monopolu w zakresie realizacji wielu zadań publicznych². Powoduje to, iż praktyczna interpretacja celu publicznego jest całkowicie oderwana od motywów, jakimi kierował się polski ustawodawca, uchwalając w 1997 r. u.g.n. W wielu przypadkach podmiotami realizującymi cele publiczne nie są organy władzy publicznej, lecz podmioty prywatne, czego dobitny przykład stanowią koncesjonariusze

¹ Ustawa z 21.08.1997, tekst jedn. Dz.U. nr 102/2010, poz. 651 ze zm., powoływana dalej jako „u.g.n.”.

² S. Biernat: Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka Prawna, Warszawa – Kraków 1994 oraz B. Adamiak, glosa do postanowienia NSA z 10.11.1992, II SA 2068/92, OSP nr 10/1994 poz. 196.

budujący i eksploatujący autostrady płatne, które należą przecież do dróg publicznych kategorii dróg krajowych³.

Debata na temat prywatyzacji zadań zastrzeżonych dotychczas wyłącznie dla państwa dotyczy takich problemów jak to, czy realizacja celów publicznych w ogóle powinna zostać sprywatyzowana, które cele powinny podlegać prywatyzacji, jakie będą rezultaty prywatyzacji (przede wszystkim w zakresie ochrony konstytucyjnie zagwarantowanych praw podmiotowych jednostki) oraz jak zabezpieczyć właściwą realizację celów publicznych przez podmioty prywatne. Także sądy administracyjne zmagają się z problemem prywatyzacji realizacji celów publicznych. W jednym z wyroków Naczelny Sąd Administracyjny uznał, że prywatyzacja zadań publicznych musi mieć podstawę prawną, której obecnie nie ma⁴. Z kolei w innym wyroku stwierdził, że w wielu dziedzinach działalności gospodarczej miejsce ma "prywatyzacja zadań publicznych" i dalej, że "wielu dziedzinach można nawet mówić o prywatyzacji celów publicznych"⁵. Jeśli odwołać się do komentarza do ustawy o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości⁶, wydanego w połowie lat dziewięćdziesiątych XX w., to znajdziemy tam jednoznaczną tezę, że w rozumieniu prawa wywłaszczeniowego cel publiczny musi służyć realizacji zadań ciężących tylko na państwie i samorządzie terytorialnym (gminie), nie zaś celów realizowanych przez podmioty prywatne⁷. Czy pogląd ten wciąż jest aktualny?

Pomimo istnienia przedstawionych problemów, w piśmiennictwie polskim wciąż brakuje wypowiedzi doktryny w tej kwestii. Jako pierwsi rozwiązania problemu prywatyzacji zadań publicznych podjęli się w 1994 r. S. Biernat⁸, a następnie w 2000 r. L. Zacharko⁹. Biorąc pod uwagę perspektywę lat, jakie upłynęły od ukazania się wymienionych monografii, można uznać, iż niezbędnym wydaje się ukazanie opracowania, zawierającego analizę prywatyzacji realizacji celów publicznych przez państwo.

Należy jednak mieć na uwadze, iż dokonanie pełnej analizy prywatyzacji zadań publicznych wykraczałoby poza tematykę niniejszej pracy. Prywatyzacja zadań publicznych

³ Art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z 21.03.1985 o drogach publicznych, tekst jedn. Dz.U. nr 19/2007, poz. 115 ze zm.

⁴ Wyrok NSA z 10.03.2009, II OSK 1623/08, LEX nr 597337.

⁵ Wyrok NSA z 4.10.2005, II OSK 495/05, LEX nr 202045.

⁶ Ustawa z 29.04.1985, tekst jedn. Dz.U. nr 30/1991, poz. 127, uchylony.

⁷ E. Drozd, Z. Truskiewicz: Gospodarka gruntami i wywłaszczanie nieruchomości. Komentarz, Kraków 1995, s. 207 oraz wyrok NSA z 8.01.1982, SA/Po 553/81, ONSA nr 1/1982, poz. 6.

⁸ S. Biernat, jw.

⁹ L. Zacharko: Prywatyzacja zadań publicznych gminy. Studium administracyjnoprawne, Katowice 2000.

jest bowiem zagadnieniem szerszym znaczeniowo, niż prywatyzacja realizacji celów publicznych i może być badana z różnych punktów widzenia, nie tylko na gruncie prawa ale również ekonomii, politologii czy socjologii. Niniejsza praca ogranicza się swoim zakresem do prywatyzacji realizacji celów publicznych, ustanowionych w art. 6 u.g.n., natomiast w kilku aspektach niezbędne wydało się być odniesienie do zagadnień związanych z ekonomią, socjologią czy statystyką.

Na gruncie niniejszej pracy, dokonując analizy zjawiska prywatyzacji realizacji celów publicznych posłużono się przede wszystkim metodą prawno – empiryczną, mającą na celu wykonanie badań, których wnioski i rezultaty będą mogły służyć poprawie praktyki występującej w wybranym obszarze. Również Z. Leoński zwracał uwagę, iż lepsze rezultaty przynosi stosowanie „pluralizmu metod”, w tym przede wszystkim badań prawno - empirycznych¹⁰.

Pracę można podzielić na trzy części.

W pierwszej części podjęto próbę wykładni pojęć i definicji, występujących w procesie prywatyzacji realizacji celów publicznych, a także problematykę omawianego zjawiska. Ważny element stanowi płaszczyzna historyczna, obejmująca swoim zakresem kształtowanie się zjawiska prywatyzacji realizacji zadań zarezerwowanych dla państwa oraz ingerencję władzy publicznej w prawo własności, a także ewolucję tego zjawiska w systemie prawa polskiego. Charakterystyka pojęć prawnych przeprowadzona została w oparciu o aspekt teoretyczny i metodę logiczno - językową.

Następna część pracy stanowi próbę praktycznego spojrzenia na tematykę prywatyzacji realizacji celów publicznych przy pomocy rozpatrywania konkretnych regulacji, obowiązujących w polskim systemie prawnym, uwarunkowań jej przebiegu, a także konsekwencji omawianego zjawiska dla państwa i obywateli. Praca niniejsza zawiera przegląd obowiązującego prawa, zawierającego podstawy do wyodrębnienia pojęcia celów publicznych i prywatyzacji ich realizacji. W tej części pracy podstawową metodą badawczą jest egzegeza prawnicza.

W trzeciej części pracy nacisk położony został na poglądy i ewolucję zjawiska prywatyzacji realizacji celów publicznych w innych systemach prawnych, do których zaliczono ustawodawstwo Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej oraz Szwecji, gdzie poświęca się szczególnie dużo uwagi prywatyzacji realizacji celów publicznych. Ta część

¹⁰ Z. Leoński: Aspekty badawcze administracji państwowej (Problematyka nauk o administracji państwowej), Problemy Rad Narodowych, Nr 50/1981, s. 94 – 95.

pracy zawiera więc aspekt komparatystyczny, oparty o regulacje prawne innych państw.

W podsumowaniu pracy przedstawione zostały uwagi i wnioski końcowe, w których wskazane zostały pożądane kierunki zmian w polskim systemie prawnym.

1 Rozdział pierwszy

Płaszczyzna historyczna

1.1 Historia prywatyzacji realizacji celów publicznych

Finansowanie realizacji celów publicznych przez podmioty prywatne oraz pierwsze wiadomości na temat ingerencji państwa w prawo własności, w imię szeroko pojętego „wyższego interesu” można znaleźć jeszcze w czasach rzymskich. Początków dopuszczalności wywłaszczenia dla celów publicznych można doszukiwać się również w zapisach Starego Testamentu¹¹.

Pojęcie prawa własności w okresie Cesarstwa Rzymskiego było bardzo rozbudowane i polegało na bezwzględnym oddzieleniu tego prawa od państwa. Własność uważana była za domenę jednostki, do której państwo nie miało prawa i była prawem absolutnym oznaczającym, iż nikomu na danej rzeczy nie przysługiwały żadne prawa bez woli właściciela¹². Nieograniczoność prawa własności w prawie rzymskim istniała tak długo, dopóki nie wystąpił jakiś pozytywny zakaz. Właściciel mógł zostać bowiem ograniczony w przysługującym mu prawie własności z różnych przyczyn, u których podstaw zawsze leżała użyteczność publiczna („*utilitas publica*”). W prawie rzymskim zachowały się źródła, zwłaszcza z okresu późniejszego Cesarstwa, z których może wynikać, że dokonywano wywłaszczeń na ściśle określony cel („*utilitas publica*”), za pełnym odszkodowaniem¹³. Pomimo, że Kodeks Justyniana („*Corpus iurus civilis*”, 528-534 r.) nie wspomina ani słowem na temat ograniczenia prawa własności w imię szeroko pojętych celów publicznych, to wydaje się niemożliwym aby konstrukcja rzymskich dróg, przebiegających przez całe Imperium, bądź akweduktów zależała jedynie od dobrej woli właścicieli nieruchomości, na których były posadowione¹⁴. Pierwszym aktem prawnym, poruszającym tematykę wywłaszczenia, traktowanego jako władcza ingerencja w imię realizacji celów państwowych w prawie rzymskim była „*Lex Iulia municipalis*” z 45 r. p.n.e., która w szczegółowy sposób

¹¹ Zgodnie z Księgą Króli 21: 1-15, gdy król Izraela Ahab pożądał winnicy stanowiącej własność Nabota, miał mu w zamian zaoferować nową winnicę lub „jej wartość w pieniądzu”.

¹² M. Zimmermann: Wywłaszczenie, Lwów 1933, s. 86.

¹³ S. Czuba: Cywilnoprawna problematyka wywłaszczenia, Warszawa 1980, s. 14.

¹⁴ M. P., Harrington: The Original Understanding of the So-Called 'Takings' Clause. Hastings Law Journal, Vol. 53, Nr 1/2002, www.ssrn.com., s. 6.

regulowała zasady utrzymania we właściwym stanie dróg, budowy i naprawy budynków oraz procedurę wywłaszczenia nieruchomości. Akt ten dotyczył m. in. budowy akweduktów, przechodzących przez grunty prywatne, a zaopatrujących miasto „Colonia Genetiva” w wodę publiczną. Zgodnie z jego podstawowym założeniem, jeśli zaistniała potrzeba budowy takiego akweduktu, a brak było urządzeń służących zaopatrywaniu miasta w wodę, radni miasta w obecności sędziego mogli zdecydować o przeprowadzeniu go przez każdy grunt i nikt nie miał prawa się temu przeciwstawić¹⁵. Również w późniejszym okresie rzymski filozof Seneca stworzył teorię, iż państwu jako dysponentowi swojego terytorium przysługuje coś w rodzaju „wyższej własności” przy wykonywaniu zadań o znaczeniu ogólnopaństwowym¹⁶.

Poczucie obowiązku realizacji celów państwowych przez społeczeństwo rzymskie pozwala na poszukiwanie w tamtym okresie początków instytucji partnerstwa publiczno-prywatnego. Współczesne znaczenie słowa „koncesja” wywodzi się z łacińskiego „*concessio*” i z czasownika „*concedere*”¹⁷. Termin „*concessio*” rzadko występował w języku prawnym przed wydaniem Kodeksu Justyniana („*Corpus iurus civilis*”, 528-534 r.). W momencie, w którym się pojawiał, oznaczał zazwyczaj specyficzny rodzaj przysporzenia, którego przedmiot stanowiło jakieś dobro, natomiast termin „*concedere*” oznaczał przeniesienie praw rzeczowych („*iure in rem*”) lub praw osobistych¹⁸. W prawie publicznym termin „*concessio*” określany był jako przywilej, nadawany przez władze obywatelom, np. „*concessio testamenti factionis*” (dopuszczalność sporządzenia testamentu bez zachowania prawnie nakazanej formy), czy też inny przywilej polegający na zwolnieniu z obowiązku wykonywania robót publicznych. Ponadto termin „*ius concedendi*” oznaczał prawo do wznoszenia budynków publicznych („*in publico*”), które nie były wykorzystywane przez władzę tak długo, dopóki

¹⁵ R. Taylor: Public Needs and Private Pleasures: Water Distribution, the Tiber River and the urban development of Ancient Rome, L'erma di Bretschneider, Rzym 2000, s. 117: “As to public waters to be conducted to the town of Colonia Genetiva, the *duoviri* in office at that time shall put to the town councilors, when two thirds are present, the question through which lands they may conduct the water. Wherever the majority of the councilors who are present shall decree that it be conducted, provided that the water is not conducted through any structure not build for the purpose, the right and authority shall exist to conduct water through those lands and nobody may prevent water from being so conducted”.

¹⁶ M. Zimmermann, jw., s. 122.

¹⁷ P. Fischer, Historic aspects of international concession agreements [w:] C. H. Aleksandrowicz: Studies in the history of the law of nations, Grotian Society Papers, Tom 2, Haga 1972, s. 225.

¹⁸ Tamże.

prawo („*lex municipalis*”) tego nie nakazywało¹⁹. Przykłady powyższe wskazują na to, że termin „*concessio*” w prawie rzymskim przed wydaniem Kodeksu Justyniana nie miał określonego znaczenia i sprowadzał się do przysporzenia, dokonywanego przez władzę publiczną na rzecz jednostki, w opozycji do transakcji dokonywanych pomiędzy obywatelami. Za zbliżony do partnerstwa publiczno - prywatnego przykład „*concessio*” można uznać „*societates vectigalium*”, czyli rodzaj spółki prywatnej powoływanej w celu pośrednictwa w poborze podatków pomiędzy władzą publiczną, a obywatelami. W zamian za pobór podatków i ich transfer na rzecz władzy, spółka ta otrzymywała zryczałtowane wynagrodzenie²⁰. Inny przykład partnerstwa publiczno – prywatnego może stanowić sposób funkcjonowania poczty, gdzie za jej transport na obszarze Cesarstwa Rzymskiego (czyli „*vehiculatio*”) odpowiedzialny był cesarz, natomiast wspólnoty lokalne („*municipia*”) za „*stationes*”, czyli stacje pocztowe. Na mocy umowy zawieranej w wyniku przetargu przez władze lokalne z zarządcami budynków pocztowych, powierzano tym ostatnim budowę takich obiektów, ich utrzymanie i prowadzenie przez okres pięciu lat (*lustrum*), który był zazwyczaj stosowanym okresem obowiązywania umów według prawa rzymskiego²¹. Na właścicieli nieruchomości został również przez Cesarza Augusta nałożony obowiązek przekazywania poczty, który polegał na utrzymywaniu w odpowiednich odległościach zaprzęgów, gotowych w każdej chwili do dalszej jazdy i transportu przesyłki. Na umowach koncesyjnych opierała się nie tylko poczta Cesarza Augusta, podobnie było w przypadku utrzymania we właściwym stanie dróg. Jednym z ograniczeń prawa własności były tzw. ciężary publiczne, np. obowiązek utrzymania w należytym stanie dróg publicznych przez właścicieli nieruchomości, leżących w sąsiedztwie tych dróg, który wynikał m. in. z ustawy XII Tablic, a następnie z ww. „*Lex Iulia municipalis*”²².

Rzymskie pojęcie koncesji, pomimo swojej złożoności i różnorodności, nie zawierało w sobie elementu, polegającego na realizacji celów gospodarczych państwa. Jak wskazano, pojęcie koncesji ograniczało się jedynie do delegowania na jednostki prerogatyw władzy państwowej (np. pobór podatków czy utrzymywanie we właściwym stanie infrastruktury), a nie prowadziło do rozbudowy państwa czy zarządzania jego strukturami. Gospodarczy wymiar koncesji rozwinięty został w epoce średniowiecza, wraz z powstaniem prerogatyw

¹⁹ Tamże.

²⁰ Tamże, s. 225-226.

²¹ A. Panasiuk: Partnerstwo Publiczno-Prywatne. Poradnik., Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2010, s. 27.

²² M. Jaczynowska: Historia Starożytnego Rzymu, Warszawa 1986, Rozdział VII.

królewskich („*iura regalia*”)²³. Prerogatywy te dzieliły się na „*regalia maiora*”, odnoszące się bezpośrednio do osoby króla, które ze swej natury były niezbywalne (np. stanowienie prawa, zwoływanie armii) oraz na „*regalia minora*”, odnoszące się do jego uprawnień, które mogły zostać delegowane na podległe mu miasta, szlachtę, a nawet pojedyncze jednostki. Oprócz uprawnień do poboru podatków w imieniu króla, można wśród tych drugich wyróżnić uprawnienie do ochrony militarnej kupców, Żydów i pielgrzymów, do wydobywania surowców na terenie państwa, a także uprawnienie do budowy dróg i pobierania opłat za przejazd nimi²⁴. Tzw. „*ius telonii*” obejmowało indywidualne uprawnienie do ustalania wysokości opłat za przejazd osób i towarów tymi drogami, a także uprawnienie do ustanawiania barier i obszarów na których opłaty te były pobierane oraz stanowienia wyjątków od obowiązku ich uiszczania. Opłaty te stanowiły dochód króla, natomiast koncesjonariuszom wypłacane było zryczałtowane wynagrodzenie²⁵. Początki partnerstwa publiczno - prywatnego w zakresie budowy dróg upatruje się również w XIII w. Francji, w której ziemscy feudałowie w celu m. in. budowy dróg wykorzystywali mechanizm określany jako „*bastide*”, polegający na pozyskiwaniu mieszkańców do osad rozwijających się na ich nieruchomościach. Osadnicy zasiedlający nieruchomości feudałów otrzymywali grunty, na których mogli budować swoje domy, w zamian za co zobowiązywali się do płacenia podatków oraz świadczenia prac budowlanych, w tym także robót przy wykonywaniu nowych dróg²⁶. Inny przykład delegacji zadań państwowych na prywatne podmioty stanowiło uprawnienie do wybijania monet. W okresie średniowiecza cesarski skarbiec mógł być zarządzany zarówno przez specjalnych urzędników („*Munzmeister*”), jak i przez indywidualne jednostki, które musiały płacić za ten przywilej. W późniejszym okresie, indywidualne uprawnienie do zarządzania skarbcem zastąpione zostało na rzecz specjalnych organizacji, składających się z rzemieślników („*Munzerhausgenossenschaften*”), które stanowiły źródło współczesnych spółek, działających na zasadzie koncesji. Nierzadko oprócz uprawnień w zakresie emisji pieniądza oraz zarządzania królewskim skarbcem, otrzymywały one wyłączność na handel surowcami (np. srebrem)²⁷. Jeszcze inny przykład delegacji zadań publicznych prywatnym podmiotom stanowiło uprawnienie do wydobywania surowców. Średniowieczne „*ius soli*”

²³ P. Fischer, jw., s. 226.

²⁴ Tamże, s. 227.

²⁵ Tamże, s. 228.

²⁶ A. Serbeńska: PPP w sieci miejskich dróg cz. 1, www.edroga.pl.

²⁷ P. Fisher, jw., s. 228-229.

obejmowało delegację na rzecz prywatnych podmiotów uprawnień królewskich w zakresie eksploatacji gruntu w poszukiwaniu i wydobywaniu surowców (metali, węgla i soli) i do XI w. odbywało się według modelu rzymskiego tj. wydobyte surowce stanowiły własność króla, a w zamian za ich wydobywanie podmiot prywatny otrzymywał zryczałtowane wynagrodzenie. Od XI w. uprawnienie to obejmowało już własność wydobytych surowców, w zamian za podział zyskiem z władzą królewską. Od tego momentu król wciąż był właścicielem wszystkich surowców na terytorium państwa, jednak mógł swoją prerogatywę w zakresie ich wydobywania delegować na inne podmioty. Spowodowało to gwałtowny rozwój organizacji zajmujących się wydobywaniem surowców („*Gewerken*”)²⁸.

Średniowieczny model koncesji stanowił więc zezwolenie, które było udzielane przez króla na rzecz innego podmiotu, które dotyczyło realizacji zadań publicznych i w zamian za które koncesjonariusz musiał wносить opłatę. Należy przy tym zwrócić uwagę na fakt, iż definicje i konstrukcje teoretyczne, dotyczące udziału podmiotów prywatnych i publicznych na zasadzie partnerstwa pojawiły się znacznie później, niż praktyczne realizowanie przedsięwzięć tego typu i wówczas nie było jeszcze wiadomo, że przedsięwzięcia te zostaną zdefiniowane jako partnerstwo publiczno - prywatne²⁹. W okresie średniowiecza nie istniało pojęcie prywatyzacji, a powierzanie podmiotom prywatnym zadań publicznych odbywało się wolą ówczesnej władzy. Natomiast pojęcie „użytku publicznego” było nierozdzielnie związane z instytucją wyłączenia, której było warunkiem, ale nie koniecznym, np. w 1303 r. rozporządzenie Filipa Pięknego pozwalało wyłączać na cele budowli kościelnych „*pro bono publico*”. W późniejszym okresie, w dobie absolutyzmu, przejęcia nieruchomości dokonywano w drodze zwykłej konfiskaty, jeżeli król jako właściciel zwierzchni wszystkich ziem królestwa uznał, że oznaczone nieruchomości potrzebne są dla użytku publicznego³⁰. Rozwój instytucji partnerstwa publiczno-prywatnego kontynuowany był we Francji na przełomie kolejnych stuleci i jako przykład można podać, iż w 1438 r. francuski szlachcic Luis de Bernam otrzymał koncesję rzeczną na pobieranie opłat za towary przewożone po Renie³¹. Następnie w 1554 r. Adam de Craponne otrzymał pierwszą w historii Francji koncesję na budowę kanału³². Innym przykładem koncesji tego typu była koncesja, którą przyznano

²⁸ Tamże, s. 229.

²⁹ J. Zysnarski: Partnerstwo publiczno-prywatne w sferze usług komunalnych, Gdańsk, ODDiK 2007, s. 7.

³⁰ M. Zimmermann, jw., s. 131.

³¹ A. Panasiuk, jw., s. 27.

³² A. Matuszewska: Możliwości wykorzystania partnerstwa publiczno-prywatnego w komunikacji miejskiej w Polsce, Poznań 2011, s. 9.

braciom Perrier w 1792 r. na dystrybucję wody na terenie Paryża³³. Wkrótce we francuskim systemie prawnym pojawiła się instytucja tzw. „koncesji robót publicznych” („*concession de travaux publics*”), na podstawie której koncesjonariusz zobowiązywał się do budowy dróg, mostów czy kanałów w zamian za możliwość pobierania opłat za ich korzystanie³⁴. Definicję „*concession de travaux publics*” przypisuje się M. Ch. Delalleau³⁵. We Francji koncesja robót publicznych uważana była za umowę „w której jedna lub kilka osób zobowiązuje się względem administracji państwowej do tego, że wytworzy w interesie publicznym na własny koszt i własne ryzyko określone w niej urządzenia, w zamian za równocześnie umówione świadczenie wzajemne w postaci uprawnień do pobierania opłat lub za inne finansowo użyteczne prawa”³⁶. Wzniesione przez koncesjonariusza budowle i inne urządzenia pozostawały własnością państwa. W trybie koncesji robót publicznych najczęściej realizowano przedsięwzięcia komunikacyjne (ulice, trakty, kanały) oraz wznoszono budowle publiczne (bramy miejskie, mosty). Wynagrodzenie koncesjonariusza stanowiły opłaty pobierane bezpośrednio od użytkowników (tzw. „*peages*”). Czasem uzupełniająco stosowano metodę wynagradzania prywatnego inwestora przez państwo w ramach zawieranych odrębnie umów³⁷. Ze względu na okres ważności rozróżniano koncesje wieczyste, długoterminowe (25–50 lat) i krótkoterminowe (do 10 lat), na czas nieokreślony oraz specjalne³⁸. Instytucja partnerstwa publiczno-prywatnego rozwijała się następnie w dziejach nowożytnych Francji. W XIX w. z inicjatywy Napoleona III baron Haussmannian wydał 42 koncesje na budowę dróg. Obejmowały one nie tylko budowę jezdni, ale również instalacji sieci wodno-kanalizacyjnej i oświetlenia ulicznego, a także nasadzenie zieleni i montaż wyposażenia ulic np. ławek. Przychody, umożliwiające prowadzenie drogowych inwestycji pochodziły z opłat bezpośrednich za korzystanie z dróg oraz ze sprzedaży działek uzbrojonych w infrastrukturę techniczną, które położone były wzdłuż tras budowanych na zasadzie koncesji. Do dziś są to aleje i bulwary, jakie znajdują się na terenach współczesnych francuskich miast³⁹.

W prawie niemieckim prywatyzacja realizacji celów publicznych, jak i pojęcie

³³ A. Panasiuk, jw., s. 27.

³⁴ A. Blondeau: *La concession de service public. Etude d'histoire du droit administratif*. These Grenoble 1929, s. 9.

³⁵ M. Ch. Delalleau: *Traite de l'expropriation pour causa d'utilite publique*, Paris 1928.

³⁶ A. Panasiuk, jw., s. 27.

³⁷ Tamże.

³⁸ Tamże.

³⁹ A. Serbeńska: PPP w sieci miejskich dróg cz. 1, www.edroga.pl.

„użyteczności publicznej” pojawiły się dużo później niż we Francji i były słabo rozwinięte. Na spowolnienie rozwoju prywatyzacji realizacji celów publicznych w Cesarstwie Niemieckim miał wpływ ustrój polityczny państwa, składającego się z wielu księstw, w odróżnieniu od państwa o jednolitej strukturze. Wyrazem tego była instytucja tzw. „*Leihzwang*” (przymus lenny), zobowiązująca króla do rozdysponowania pozostającej w jego własności ziemi, poprzez oddanie jej w lenno nowemu lennikowi, zamiast włączenia jej do domeny królewskiej. Uniemożliwiało to zjednoczenie państwa i przyczyniało się do osłabienia, a wręcz upadku władzy centralnej. Władca niemiecki, w odróżnieniu od króla Francji nie miał własnej dzielnicy dominialnej. Skoro nie dysponował własną ziemią, nie mógł realizować celów infrastrukturalnych, a kwestia delegowania funkcji publicznych na podmioty prywatne rozstrzygana była na poziomie regionalnym. Pierwszą wzmiankę na temat pojęcia „użyteczności publicznej” można znaleźć w prawie górniczym, w wydanym w 1476 r. przywileju udzielonym obywatelom miasta Wiesenstadt przez kurfursta Albrechta Brandenburskiego, w którym wywłaszczenie na cele wydobywania kopalni mogło nastąpić tylko wtedy, gdy większy „pożytek” przyniesie eksploatacja wnętrza gruntu, niż gruntu samego⁴⁰. W pozostałych przypadkach potrzebę przejmowania nieruchomości prywatnych pod realizację celów publicznych stosowano w drodze konfiskaty majątku jako kary lub też zwykłego zajęcia, będącego najczęściej aktem samowoli. Często stosowano je wobec przeciwników politycznych, powołując się na „interes publiczny” lub w wykonywaniu regalii, w tym zwłaszcza tzw. „*Bergregal*”⁴¹. Opóźnienie w realizacji przez państwa niemieckie celów infrastrukturalnych o znaczeniu publicznych ilustruje fakt, iż pierwsze ustawy wywłaszczeniowe pojawiły się w tych państwach dopiero w XIX w. i wymagały dla każdego celu wywłaszczenia (budowa dróg, kolei) wydania odrębnej ustawy⁴². Pierwsza ustawa wywłaszczeniowa została wydana w Bawarii w 1837 r. i wymieniała w sposób wyczerpujący wszystkie przypadki celów użyteczności publicznej uzasadniających wywłaszczenie, natomiast inne państwa niemieckie ograniczały się w tym czasie tylko do wydawania ustaw specjalnych, regulujących w sposób szczegółowy wywłaszczenie na ściśle określone cele (np. w Prusach pierwsza ogólna ustawa wywłaszczeniowa została wydana dopiero w 1874 r.)⁴³. Dopiero na przełomie XIX i XX w. zaczęto w państwach niemieckich wydawać ogólne ustawy wywłaszczeniowe, zezwalające na

⁴⁰ M. Zimmermann, jw., s. 135.

⁴¹ S. Czuba, jw., s. 10.

⁴² M. Zimmermann, jw., s. 193.

⁴³ Tamże.

realizację większej ilości celów o charakterze publicznym⁴⁴.

W prawie anglosaskim kwestia nienaruszalności własności prywatnej zawarta została w wydanej w 1215 r. Wielkiej Karcie Swobód („*Magna Charta Libertatum*”). Zgodnie z jej art. 39 żaden obywatel nie mógł zostać wywłaszczony bez wyroku sądowego lub na podstawie prawa właściwego dla jego kraju⁴⁵. Opierając się na zapisach Wielkiej Karty można stwierdzić, że państwo nie miało prawa odbierać ziemi nawet dla realizacji celów o charakterze publicznym. W prawie anglosaskim uznanie dla własności prywatnej było tak duże, że nie zezwalało na najmniejsze jej naruszenie nawet dla ogólnego dobra całej społeczności. Jeżeli np. nowa droga miałaby powstać na terenie należącym do osoby prywatnej i nawet jeśli taka inwestycja byłaby w dużym stopniu korzystna dla ogółu społeczeństwa, to prawo nie zezwalało na jej realizację bez zgody właściciela gruntu. Za błędne uznawano twierdzenie, że dobro jednostki powinno ustąpić dla realizacji interesów społeczności, gdyż niebezpiecznym byłoby oddanie w ręce ogółu prawa do decydowania czy dobro publiczne jest w danym przypadku celowe czy też nie. Uznawano, że koncepcja dobra publicznego jest w zasadzie niczym bardziej zainteresowana, niż w ochroną prawa własności każdej osoby prywatnej⁴⁶. Król nie miał więc prawa odbierać komuś nieruchomości bez zapłaty odszkodowania, nawet jeżeli wywłaszczenie odbywało się w celu realizacji przedsięwzięć o charakterze publicznym. Średniowieczna Anglia była więc jedynym państwem europejskim o tak szeroko rozwiniętej prawnej ochronie własności prywatnej. Natomiast to liberalne koncepcje ustrojowe i ekonomiczne sformułowane w Anglii w XIX w. stanowią podstawę współczesnych procesów prywatyzacji realizacji celów publicznych. Według nich państwo dysponuje zbyt potężnym aparatem przymusu, aby powierzać mu cokolwiek więcej niż ochrona naturalnych praw człowieka – wolności, własności i bezpieczeństwa. Według koncepcji liberalnych rząd spełniać również musiał kryteria ekonomiczne i racjonalne⁴⁷. W XIX – wiecznej Anglii nastąpił wzrost ilości zadań

⁴⁴ Tamże, s. 191.

⁴⁵ P. Janowski: *Magna Charta, Magna Charta Libertatum, Wielka karta Wolności z 15 czerwca 1215 roku* [w:] *Encyklopedia Katolicka*, Lublin 2006, t. XI, kol. 804-805. Przepis ten brzmiał następująco: “No free man shall be taken or imprisoned or dispossessed, or outlawed, or banished, or in any way destroyed, nor will we go upon him, or send upon him, except by the legal judgment of his peers or by the law of the land”.

⁴⁶ M. P. Harrington, jw., s. 19.

⁴⁷ A. Błaś: *Granice prywatyzacji zadań publicznych w państwie prawa* [w:] *Samorząd terytorialny III Rzeczypospolitej. 10 lat doświadczeń*, Lublin 2002, s. 304 oraz E. Knosala: *Zadania publiczne, formy organizacyjnoprawne ich wykonywania i nowe pojęcia – zakres niektórych problemów do dyskusji nad koncepcją systemu prawa administracyjnego* [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J.

publicznych, zapoczątkowany procesem industrializacyjnym, któremu towarzyszyła intensywna urbanizacja. Postęp techniczny oraz wzrastająca komplikacja życia społecznego i gospodarczego spowodowały wzrost ilości zadań nałożonych na administrację państwową, co skutkowało koniecznością jej modernizacji poprzez reformę aparatu urzędniczego, a przede wszystkim poprzez wzmocnienie samorządu terytorialnego tak, aby mieszkańcy lokalnych wspólnot z własnych środków utrzymywali wybrane przez siebie władze i załatwiali lokalne sprawy⁴⁸. Dla przykładu angielski parlament pod wpływem liberalnych idei gospodarczych chętnie przyznawał przywileje prywatnym spółkom akcyjnym. W ten sposób do 1850 r. zbudowano ¼ całej sieci kolejowej⁴⁹.

W Polsce pojęcie tzw. „wyższej użyteczności” również stanowiło przesłankę dla realizacji celów infrastrukturalnych. Do XVI w. pojęcie „celu publicznego” nie funkcjonowało w języku prawnym, a przypadki odbierania oraz ograniczania prawa własności w imię szeroko pojętego „interesu ogółu” sprowadzały się zazwyczaj do realizacji woli ówczesnej władzy⁵⁰. Do XVI w. o wywłaszczeniu orzekł Król, później uprawnienie to przeszło na Sejm, a następnie na Komisję Skarbową. Dotyczyło ono w zasadzie tylko tych nieruchomości, które były najbardziej potrzebne do osiągnięcia celów publicznych w przypadku rozbudowy obiektów obronnych, gmachów publicznych, budowy dróg i mostów⁵¹. W Ustawie Rządowej z 3.05.1791 r., w części drugiej („Szlachta, ziemianie”) znalazł się jednak zapis o nienaruszalności własności prywatnej, wyniesionej wręcz do rangi prawa obywatelskiego, przynależnego każdemu człowiekowi⁵². W XIX w. na skutek przyjęcia przez wiele państw ustawodawstwa napoleońskiego, rozpoczął się proces likwidacji przywilejów szlacheckich i powolnego kształtowania poglądu o nienaruszalności własności prywatnej. Prawdziwy przełom w tym względzie stanowiła Konstytucja Królestwa Polskiego z 27.11.1815 r., przyjmująca klasyczną burżuazyjną

Zimmermann, Warszawa 2007 s. 118.

⁴⁸ Tamże, s. 304.

⁴⁹ A. Panasiuk, jw., s. 28.

⁵⁰ S. Czuba, jw., s. 16.

⁵¹ Tamże.

⁵² J. Łojek: Konstytucja 3 Maja, Lublin 1981. Zapis ten brzmiał: „Dlaczego bezpieczeństwo osobiste i wszelką własność komukolwiek z prawa przynależną, jako prawdziwy społeczności węzeł, jako źrenicę wolności obywatelskiej szanujemy, zabezpieczamy, utwierdzamy i aby na potomne czasy szanowane, ubezpieczone i nienaruszone zostawały mieć chcemy. Szlachtę za najpierwszych obrońców wolności i niniejszej konstytucji uznajemy. Każdego szlachcica cnotcie, obywatelstwu i honorowi jej świętość do szanowania, jej trwałość do strzeżenia poruczamy jako jedyną twierdzą Ojczyzny i swobód naszych”.

formułę własności jako instytucję świętą i nietykalną, podlegającą wręcz nadzwyczajnej ochronie⁵³. Konstytucja ta dopuszczała jednakże interwencję w ten stan rzeczy, wymieniając w art. 27 rząd działający w interesie „użyteczności publicznej” za „sprawiedliwym i poprzednim wynagrodzeniem”⁵⁴. Powyższy przepis stanowił pierwszy przypadek ingerencji władzy w prawo własności w imię „użyteczności publicznej” na ziemiach polskich⁵⁵.

Czasy rozbiorów stanowiły początek stosowania instytucji partnerstwa publiczno-prywatnego na ziemiach polskich. W trybie koncesji budowano najważniejsze magistrale kolejowe. W zaborze rosyjskim pierwsza zbudowana linia połączyła w 1848 r. Warszawę z Wiedniem. Inna, ukończona w drugiej połowie XIX w. połączyła Warszawę z Petersburgiem i Warszawę z Moskwą. Rozbudowę sieci na tym obszarze dynamizowała konkurencja dwóch wielkich inwestorów kolejowych: Leopolda Kronenberga (uzyskał koncesję na budowę drogi nadwiślańskiej) i Jana Błocha (uzyskał koncesję na budowę kolei brzesko-kijowskiej)⁵⁶. W Królestwie Kongresowym kapitał prywatny najdłużej przetrwał w kolejnictwie. Jednak pod koniec XIX w. rząd rosyjski przestał odnawiać koncesje na eksploatację kolei. Wkrótce nastąpiła intensywna nacjonalizacja. W zaborze pruskim linie kolejowe łączące miasta Śląska były budowane przez prywatne spółki. Do końca XIX w. niemal wszystkie koleje znalazły się w administrowaniu państwa. Na obszarze zaboru austriackiego w latach 50 XIX w. własność kolei przeszła w ręce kapitału prywatnego. Stan taki trwał do 1890 r., kiedy rząd przystąpił do nacjonalizacji kolejnictwa⁵⁷.

W Polsce pierwsze wzmianki o możliwości ustanawiania służebności na gruntach prywatnych w celu budowy np. dróg można znaleźć w wydany w 1880 r. przez A. Okolskiego „Wykładzie prawa administracyjnego oraz prawa administracyjnego obowiązującego w Królestwie Polskim”, gdzie autor w tomie III podnosząc o „Prawie administracyjnym ekonomicznych stosunków narodu”, zawarł obszerne rozważania, dotyczące ogólnego zabezpieczenia prawa własności⁵⁸. Autor ten wyróżniał służebności

⁵³ A. Sylwestrzak: Prawo własności w konstytucjonalizmie polskim, Czasopismo Prawno – Historyczne, Nr 2, Warszawa 2004, s. 335. Przepis art. 26 Konstytucji brzmiał: „Ktokolwiek nachodzi cudzą własność, za gwałciela bezpieczeństwa publicznego uważany i jako taki karany będzie”.

⁵⁴ Tamże.

⁵⁵ Tamże.

⁵⁶ A. Panasiuk, jw., s. 31.

⁵⁷ Tamże.

⁵⁸ A. Okolski: Wykład prawa administracyjnego oraz prawa administracyjnego w Królestwie Polskim, t. I-III,

ustanawiane na użytek publiczny, które „wypływają z tej samej zasady, co i wywłaszczenie, to jest z pojęcia o użyteczności publicznej, przed którą winna ustąpić korzyść osób prywatnych. Różnica pomiędzy nimi polega głównie na tym, iż w wywłaszczeniu właściciel obowiązany jest ustąpić wszystkich, swych praw własności, w służebnościach zaś jest tylko ograniczony w użytkowaniu ze swej własności przez służebność, wskutek czego nie może rozrządzać nią z taką swobodą, jak właściciel nieruchomości nieobciążonej służebnością”⁵⁹. Służebności te mogły być stałe i czasowe oraz nakazujące i zakazujące podejmowania robót na gruncie. Do stałych powoływany autor zaliczał obowiązek zachowania w należyтым stanie dróg, kolei, rzek lub kanałów, nałożony na właścicieli gruntów do nich przyległych. Właściciele ci nie mogli również stawiać zabudowań w odległości bliższej, niż określona w ustawie. Służebności czasowe zawierały w sobie obowiązek, nałożony na właścicieli nieruchomości, przez które przechodzi droga, aby w nagłych wypadkach umożliwiali przejazd drogą zastępczą. Do służebności czasowych autor ten zaliczał również obowiązek udostępniania nieruchomości w celu poszukiwania złóż osobom, które uzyskały specjalne zezwolenie od Komisji Spraw Wewnętrznych. Właściciele nieruchomości gruntowych, na których wybudowane były wjazdy na drogi publiczne, mogli również zostać zobowiązani do wznoszenia na własny koszt mostów na rowach przydrożnych oraz do ich utrzymania i naprawy⁶⁰.

1.2 Ewolucja pojęcia „celu publicznego” w poglądach doktryny prawa

W XVI w. Jean Bodin jako pierwszy ustalił pojęcie suwerenności państwa, starając się jednocześnie ograniczyć niebezpieczeństwo jego nieograniczonej władzy w istnieniu praw nadrzędnych tj. prawa boskiego i prawa naturalnego. Jednym z takich praw boskich była zasada, że nikomu nie można odebrać jego własności, a wyjątek może nastąpić tylko dla realizacji dobra publicznego i w pewnych wypadkach za zwrotem szkody⁶¹.

Natomiast poglądy Grocjusza, który zbudował swój własny system na podstawie podziału prawa do rzeczy na „*dominium eminens*” („panowanie wyższe”) i „*dominium utile*” („panowanie użyteczne”), w którym wywłaszczenie występuje jako konkretyzacja

Warszawa 1880 – 1884, s. 23, 40-47.

⁵⁹ Tamże.

⁶⁰ Tamże.

⁶¹ R. A. Epstein: Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain, Harvard University Press. Cambridge M.A. 1985, s. 162-165.

własności zwierzchniej, stanowiły zwrotny punkt w nauce o wywłaszczeniu i celach publicznych⁶². W dziele „O prawie wojny i pokoju” („*De iure belli ac pacis*”, 1625)⁶³ wskazał, iż zgodnie z zasadą prawa naturalnego ani własność, ani też inne uprawnienie nabyte w sposób zgodny z prawem, nie mogą być bez przyczyny odebrane przez panującego. Chociaż istnieje podporządkowanie praw poddanych zwierzchnictwu państwa w osobie króla, to jednak w takim tylko zakresie, w jakim wymaga tego pożytek publiczny⁶⁴. W stosunku do każdej rzeczy istnieje bowiem podwójne prawo: własność jednostki i wyższa własność państwa. Pierwsze istnieje w interesie prywatnym, drugie w publicznym - gdy interes publiczny wchodzi w grę, wchodzi równocześnie w zastosowanie ten drugi rodzaj własności⁶⁵. Jego definicja wywłaszczenia po raz pierwszy zrywała z prawem rzymskim, a opierała się na nowożytnej teorii państwa, prawa i własności. Zgodnie z nią własność obywateli znajduje się pod „wyższym panowaniem” („*dominium eminens*”), a więc państwo, bądź organ go reprezentujący może ją w sposób dowolny używać, a nawet zniszczyć lub zabrać nie tylko w przypadku bezpośredniej potrzeby, istniejącej po stronie prywatnych podmiotów, ale również dla dobra publicznego. Państwo jest przy tym zobowiązane do naprawienia na koszt publiczny szkody na rzecz tych, którzy utracili swoją własność⁶⁶. Definicja ta stanowiła podstawę dla późniejszego rozwoju tzw. szkoły klasycznej prawa wywłaszczeniowego i związanego z nim pojęcia celu publicznego. Zgodnie z nią tradycyjna funkcja wywłaszczenia polega na pozbawieniu własności lub innego prawa jedynie w interesie publicznym czy użyteczności publicznej. W konsekwencji użyteczność publiczna lub interes publiczny jako cel dla którego następuje wywłaszczenie, jest jednocześnie przesłanką realizacji wywłaszczenia.

Na rozwój pojęcia celów publicznych znaczący wpływ mieli także inni teoretycy prawa kontynentalnego. W 1673 r. niemiecki teoretyk prawa i historyk Samuel von Puffendorf w dziele „*De Officio Hominis et Civis Juxta Legem Naturalem Libri Duo*”⁶⁷ wskazał, iż „trzecie prawo władcy polega na tym, że gdy zachodzi nagle konieczność państwa, każda własność należąca do obywateli, a której natychmiastowa sytuacja wymaga,

⁶² M. Zimmermann, jw., s. 130.

⁶³ H. Grotius: O prawie wojny i pokoju: trzy księgi w których znajdują wyjaśnienie prawo natury i prawo narodów, a także główne zasady prawa publicznego, t. 1, Warszawa 1957.

⁶⁴ S. Czuba, jw., s. 10.

⁶⁵ M. Zimmermann, jw., s. 131.

⁶⁶ Tamże.

⁶⁷ Samuel von Puffendorf: *De Officio Hominis et Civis*, Tom II, Cambridge Univ. Press 1991, Rozdział XV.

może zostać zajęta i stosowana do realizacji celów publicznych, nawet jeśli wartość zajętej nieruchomości znacznie przekracza potrzeby państwa. Nadwyżka powinna wówczas zostać zwrócona wywłaszczonemu obywatelowi ze skarbu państwa lub z nakładów innych obywateli”⁶⁸. W 1737 r. duński teoretyk prawa Cornelius van Bynkershoek w dziele „*Quaestionum Juris Publici Libri Duo*”⁶⁹ zdystansował się od poglądów Grocjusza stwierdzając, że państwo przy odbieraniu czyjejś własności powinno w pierwszej kolejności zwracać uwagę na publiczną użyteczność, a dopiero następnie na wypłatę odszkodowania, które nie jest wcale obligatoryjne⁷⁰. Wreszcie w 1758 r. szwajcarski filozof, prawnik oraz dyplomata Emmerich de Vattel, którego teorie legły u podstaw prawa międzynarodowego, w dziele „*Le Droit Des Gen.; Ou, Principes De La Loi Naturelle: Appliqués à La Conduite Et Aux Affaires Des Nations Souverains*”⁷¹ scharakteryzował wywłaszczenie jako „prawo przynależne państwu lub rządzącemu do przejmowania w razie potrzeby wszystkich nieruchomości na jego terytorium dla dobra publicznego”⁷².

Wszystkie te fragmenty składają się na całość pojmowania celów publicznych w dobie nowożytności. Wywłaszczenie było rozumiane jako przejaw suwerenności państwa, zastrzeżona wyłącznie dla jego organów, działających z niczym nie ograniczoną władzą. Było również często związane z prerogatywami władzy królewskiej. Spór wśród teoretyków prawa w tamtym okresie sprowadzał się do ustalenia, jakie uzasadnienie musiała przedstawiać suwerenna władza przy odbieraniu czyjejś własności. Wszyscy zgadzali się, że władza nie może posługiwać się wywłaszczeniem bez konieczności, ale różnili się co do jego przesłanek. Emmerich de Vattel i Hugo Grocjusz uznawali tylko jedną, ogólną przesłankę "dobra publicznego". Z kolei Samuel von Puffendorf zaproponował również jedną, ale dość ścisłą - "pilna konieczność". O ile wszyscy przedstawiciele ówczesnej doktryny byli zgodni co do prawa władzy do odebrania i zatrzymania własności obywateli, to żaden z nich nie podjął się zdefiniowania wprost, co należy rozumieć pod pojęciem „dobra publicznego” czy „pilnej konieczności” oraz „wyższego panowania”⁷³.

⁶⁸ E. R. Claeys: Public use limitations and natural property rights, Michigan State Law Review 2004, www.ssrn.com., s. 17.

⁶⁹ Cornelius van Bynkershoek: *Quaestionum Juris Publici Libri Duo*, Tom II, W.S. Hein 1995, Rozdział XV.

⁷⁰ E. R. Claeys, jw.

⁷¹ Emmerich de Vattel: *Le Droit Des Gen.; Ou, Principes De La Loi Naturelle: Appliqués à La Conduite Et Aux Affaires Des Nations Souverains*, , Carnegie Institute of Washington, 1916, §244.

⁷² E. R. Claeys, jw.

⁷³ Tamże, s. 18.

Kontynentalny sposób definiowania „celu publicznego” spotkał się z krytyką przedstawicieli systemu prawnego „*common law*”, którzy stworzyli własną definicję, opartą na podstawach prawa naturalnego.

Teoria celu publicznego Johna Locka⁷⁴ wywodziła się z ogólnej teorii państwa, opierającej się na tzw. „przymusowej wymianie” pomiędzy wszystkimi obywatelami. Idea „przymusowej wymiany” wynikała z ogólnych założeń J. Locka, dotyczących relacji państwo-jednostka, otóż w momencie w którym państwo odbiera jednostce jej własność, musi ona otrzymać w zamian odszkodowanie, stanowiące ekwiwalent konfiskowanego dobra albo ekwiwalent i udział w zyskach osiągniętych przez państwo w ten sposób. J. Locke definiował bowiem władzę publiczną jako władzę, której zadaniem jest działanie wyłącznie w imię celu publicznego. Podstawowym pytaniem na które J. Locke usiłował udzielić odpowiedzi było to, która grupa społeczna najwięcej partycypuje w zyskach wypracowanych przez państwo i na jakich zasadach odbywa się ich podział. W wizji rządów T. Hobbesa władza była nieograniczona w rozdzielaniu pomiędzy obywatelami tak dużej ilości dóbr, jaką mogła zdobyć. Obywatele byli zmuszani do oddania własnej wolności oraz własności władzy absolutnej. Ludzka chciwość i samolubność musiała prowadzić do podporządkowania się suwerenowi, dysponującemu nieograniczoną władzą absolutną⁷⁵. Skoro więc żadna jednostka nie była uprawniona do formułowania własnych poglądów w opozycji do władcy, to w doktrynie T. Hobbesa pojęcie „celu publicznego” nie funkcjonowało, gdyż każde działanie władzy było za takie uważane. Z kolei w teorii J. Locka władza w dystrybucji dóbr była ograniczona w ten sposób, aby wolności oraz dobra majątkowe obywateli zostały przy tym nienaruszone. Warunek ten miał za zadanie przede wszystkim ograniczenie monopolu władzy, skupionej w rękach niewielkiej grupy ludzi. W jego ocenie władza była jednak uprawniona do konfiskaty dóbr, ale jedynie tych które są niezbędne dla utrzymania i kierowania krajem. Zysk generowany przez państwo powinien być zostać rozdzielony pomiędzy obywateli proporcjonalnie do ich nakładów, poczynionych na rzecz władzy⁷⁶. W konsekwencji, zdaniem J. Locka kiedy państwo dokonywało konfiskaty prywatnych dóbr w

⁷⁴ J. Locke: Dwa traktaty o rządzie, Warszawa 1992.

⁷⁵ T. Hobbes: Lewiatan czyli materia, forma i władza państwa kościelnego i świeckiego, Warszawa 1954, rozdział 13.

⁷⁶ Np. jeżeli suma wszystkich aktywów Państwa wynosi 100, a społeczeństwa w nim żyjącego 150, to powstaje zysk w wysokości 50, który musi zostać rozdzielony. Jeżeli koszty funkcjonowania Państwa wynoszą 20, to zysk zmniejsza się do 30. Jeżeli społeczeństwo tworzy 10 osób, to każda z nim otrzyma średnio po 3 jednostki tego zysku, pomimo, że niektóre osoby otrzymają ich 5, a niektóre tylko 1 - R. A. Epstein, jw.

imię celu publicznego, wymóg realizacji przez państwo tego celu musiał zapewnić sprawiedliwy podział zysków uzyskanych w wyniku tej konfiskaty. Sprawiedliwy podział oznaczał zaś niedopuszczenie do sytuacji, w której pewna grupa ludzi partycypuje w tym zysku w inny niż „*pro rata*” sposób. Wywłaszczenie dla potrzeb realizacji prywatnych celów obywateli było w ocenie J. Locka całkowicie zabronione, ponieważ jego beneficjenci skupiali wówczas w swoich rękach cały zysk nawet wtedy, gdy zapłacili poszkodowanym sprawiedliwe odszkodowanie⁷⁷. W rezultacie J. Locke dopuszczał wywłaszczenie tylko na cel publiczny. J. Locke zreformował instytucję wywłaszczenia, przenosząc ją na grunt prawa naturalnego. Z momentem, w którym ludzie stawali się w sposób dobrowolny członkiem społeczności w celu ochrony oraz powiększania swojego majątku, rząd musiał zaprzestać domagania się posłuszeństwa, gdy chciał majątek ten komuś odebrać⁷⁸.

W podobnym tonie wypowiedział się inny angielski teoretyk prawa natury - Thomas Rutherford. W dziele „*Institutes of Natural Law*”⁷⁹ ostrzegł, że wywłaszczenie nie jest prawem do odbierania komuś całości lub jakiegokolwiek części jego majątku w sposób arbitralny. Jego zdaniem, uszanowanie własności jest jednym z warunków, pod jakim jednostka wkracza do społeczeństwa i absurdem byłoby sądzić, że gotowa byłaby ją poświęcić jednocześnie dążąc do jej zachowania⁸⁰.

Poglądy H. Grocjusza („*dominium eminens*”) i J. Locka stały się podstawą konstrukcji V Poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych z 1787 r., która wywłaszczenie określa mianem „*eminent domain*”⁸¹.

⁷⁷ R. A. Epstein, jw., s. 160-165.

⁷⁸ E. R. Claeys, jw., s. 18. Tekst oryginalny J. Locka: “*The preservation of Property being the end of Government, and that for which Men enter into Society, it necessarily supposes and requires, that the People should have Property, without which they must be supposed to lose that by entering into Society, which was the end for which they entered into it, too gross an absurdity for any Man to own*”.

⁷⁹ T. Rutherford: *Institutes of Natural Law*, Cambridge 1756.

⁸⁰ E. R. Claeys, jw., s. 19.

⁸¹ R. A. Epstein, jw.

1.3 Regulacje prawne okresu II Rzeczypospolitej

1.3.1 Uwagi ogólne

W dwudziestoleciu międzywojennym, w orzecznictwie sądownoadministracyjnym uważano, iż „pojęcie użyteczności publicznej jest szersze, aniżeli pojęcie użytkowania publicznego, urządzenie zatem użyteczności publicznej obejmuje nie tylko urządzenie służące do bezpośredniego używania przez publiczność, lecz i takie, które są potrzebne dla dobra publicznego, mogą jednak jednocześnie służyć interesom prywatnym przedsiębiorstwa, na korzyść którego dokonuje się wywłaszczenie”⁸². Zdaniem tamtejszej doktryny „pojęcie wyższej użyteczności ma rozmaite znaczenie, gdyż oznacza ono, że do pewnego zagadnienia ze względów społecznych, gospodarczych, czy kulturalnych przywiązuje państwo szczególne znaczenie i działalność w tym kierunku uważa za użyteczną dla państwa ponad przeciętną miarę. W tym znaczeniu „*in abstracto*” pojęta „wyższa użyteczność” jest warunkiem kępującym ustawodawcę przy wydawaniu ustawy dopuszczającej wywłaszczenie na pewne cele”⁸³. Wyższa użyteczność nie musiała jednak oznaczać bliżej nieokreślonego „dobra ogółu”, ale też zwykle popieranie celów państwa⁸⁴. Podnoszono, iż w momencie, w którym ustawodawca wprowadzał możliwość wywłaszczania, to również czynił to z pewnych

⁸² Wyrok Najwyższego Trybunału Administracyjnego, 8828/1930, niepubl.

⁸³ F. Nadrowski: Prawo o postępowaniu wywłaszczeniowym, Komentarz, Warszawa 1936 r., Biblioteka WPiA Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Autor ten podnosi jednak, że „ustawowe stwierdzenie wyższej użyteczności nie przesądza jednak, czy przedsięwzięcie konkretne, zmierzające do tego celu, ma cechę wyższej użyteczności, czy więc „*in concreto*” ta wyższa użyteczność istnieje. Np. budowa kolei ma cechę wyższej użyteczności, ale budowa kolei wyłącznie konkurencyjnej znamienia tego nie posiada. Stwierdzenie więc, czy dane przedsiębiorstwo, służące celom o ustawowo stwierdzonej wyższej użyteczności, posiada tę cechę „*in concreto*” ze względu na projektowaną pracę, należy już do orzecznictwa władzy wykonawczej. Istnieje jeszcze pojęcie „wyższej użyteczności” w znaczeniu czysto porównawczym - celem rozwiązania konfliktów między sprzecznymi interesami, np. budowa kolei ma charakter „wyższej użyteczności” stwierdzony ustawowo, wskutek czego właściwe władze przyznały ten charakter budowie kolei np. Warszawa-Radom. Trasa jednak została zaprojektowana w ten sposób, że przecina park, który, jako zabytek przyrody, należy utrzymać, gdyż jest on chroniony przez inne ustawy. Istnieje więc w tym przypadku kolizja interesów, z których każdy ma charakter wyższej użyteczności „*in abstracto*”, „*in concreto*” wszakże jeden z nich musi ustąpić, i w tym konflikcie o tej wyższej użyteczności jednego z nich powinna orzekać władza wykonawcza, tzn. bądź dopuścić wywłaszczenie parku, bądź też polecić przełożenie trasy i zmianę planu”.

⁸⁴ E. Dubanowicz: Cele „użyteczności publicznej” w rozumieniu powszechnego ustawodawstwa ekspropriacyjnego, Lwów 1911.

motywów, które musiał odpowiednio unormować z zastrzeżeniem, że instytucja ta może być stosowana tylko w tych granicach, które są zakreślone niezbędnością danego przedmiotu dla celu wyłączenia. Powyższy warunek usuwał dowolność organów przy wyborze celu wyłączenia, gdyż charakter celu zostawał przesądzony w momencie uchwalania ustawy. Ścisłą konsekwencją tej zasady było to, że cele które dają się zrealizować bez sięgania po prawo wyłączeniowe, nie były celami „użyteczności publicznej” w rozumieniu tamtejszego ustawodawstwa wyłączeniowego „choćby pożytek, który one przynoszą był największy”⁸⁵.

W ustawodawstwie międzywojennym często posługiwano się zwrotami „zakładów użyteczności publicznej” lub „urządzeń użyteczności publicznej”⁸⁶. Użycie w ustawie pojęcia „zakładów użyteczności publicznej” nie było przypadkowe. Zgodnie z tzw. teorią przedsiębiorstwa („*Unternehmen*”), stworzoną przez przedstawicieli niemieckiej doktryny⁸⁷, za wyłączenie uważana była wyłącznie ingerencja na korzyść określonego przedsiębiorstwa, służącemu dobru publicznemu. Powyższa koncepcja była reakcją orzecznictwa i doktryny na trudności w odróżnianiu wyłączenia, od innych form ingerencji w prawa majątkowe i stanowiła próbę przywrócenia formalnych kryteriów lub znalezienie w ich miejsce nowych kryteriów materialnych⁸⁸. Przedsiębiorstwa użyteczności publicznej, które ze swej natury nie były powołane do prowadzenia administracji publicznej, musiały usprawiedliwiać wyłączenie, czyli działać na podstawie koncesji⁸⁹. W nauce prawa administracyjnego okresu międzywojennego nie było jednolitości poglądów w kwestii charakteru prawnego koncesji, np. S. Kasznica podkreślał, iż przedsiębiorstwo koncesjonowane to przedsiębiorstwo prywatne, któremu z racji spełnianych funkcji, wchodzących w zakres funkcji publicznej, nadany zostaje charakter użyteczności publicznej, a tym samym szereg uprawnień administracyjnoprawnych, przez co staje się ono odrębnym podmiotem administracji publicznej⁹⁰. W okresie II Rzeczypospolitej funkcjonowało

⁸⁵ Tamże.

⁸⁶ Np. art. 10 ustawy elektrycznej z 21.03.1922, Dz.U. nr 34/1922, poz. 277, nieobowiązujący: „nieruchomości stale lub czasowo potrzebne do budowy i utrzymania zakładów elektrycznych użyteczności publicznej mogą być na zasadzie aktu uprawnienia wyłączone lub czasowo zajęte”.

⁸⁷ O. Mayer Dt: *Verwaltungsrecht* II, 1896 s. 294 oraz E. Kaufmann [w:] *Fleischmann* (Hrsg.), *Worterbuch des Deutschen Staats – und Verwaltungsrechts* III, 2. Aufl., 1914, s. 688.

⁸⁸ S. Czuba, jw., s. 20.

⁸⁹ M. Zimmermann, jw., s. 36.

⁹⁰ S. Kasznica: *Polskie prawo administracyjne. Pojęcia i instytucje zasadnicze*. Wyd. 4., Poznań 1947, s. 100—101.

rozporządzenie Prezydenta z 17.03.1927 r. „O wydzieleniu z administracji państwowej przedsiębiorstw państwowych, przemysłowych, handlowych i górniczych oraz o ich komercjalizacji”⁹¹. Celem wydania powyższego rozporządzenia była komercjalizacja przedsiębiorstw państwowych tak, aby mogły funkcjonować na rynku. W rezultacie wydzielenia i komercjalizacji, przedsiębiorstwa publiczne upodabniały się do prywatnych, zachowując elastyczność i sprawność kupiecką. W ten sposób przekształcone przedsiębiorstwa uważane były za wyższy i bardziej ekonomiczny stopień administrowania przez związek publiczny⁹². Przepisy rozporządzenia miały zagwarantować prowadzenie przedsiębiorstwa według zasad gospodarki wolnorynkowej i zapewnić takiemu przedsiębiorstwu samowystarczalność finansową (zwłaszcza art. 8 oraz 12, które stanowiły, że celem takiego przedsiębiorstwa jest dążenie do rentowności oraz racjonalne wykorzystywanie jego zysków). Pomimo komercjalizacji, przedsiębiorstwa te wciąż były w swojej działalności uzależnione od czynników zewnętrznych, a zwłaszcza od decyzji organów administracyjnych, gdyż komercjalizacja nie odbierała danemu przedsiębiorstwu charakteru podmiotu publicznego⁹³.

W okresie międzywojennym funkcjonowały dwa podstawowe akty prawne, odnoszące się w najpełniejszy sposób do szeroko rozumianego pojęcia celu publicznego. Zarówno Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 17.03.1921 r.⁹⁴, jak i rozporządzenie Prezydenta RP z 24.09.1934 r. Prawo o postępowaniu wywłaszczeniowym⁹⁵ posługiwały się pojęciem „wyższej użyteczności”, stanowiącym synonim użyteczności publicznej. Zanim powyższe akty prawne zostały uchwalone pojęcie celów publicznych było definiowane w mniejszym lub większym zakresie przez przepisy tymczasowe.

1.3.2 Dekret Naczelnika Państwa w przedmiocie przepisów tymczasowych o wywłaszczeniu przymusowym na użytek dróg żelaznych i innych dróg komunikacyjnych lądowych i wodnych oraz wszelkich urządzeń użyteczności publicznej

Na podstawie powyższego dekretu⁹⁶ o wywłaszczeniu orzekał Naczelnik Państwa, bądź Rada Ministrów, a orzeczenie takie mogło zapaść tylko „na użytek dróg żelaznych — oraz

⁹¹ Dz.U. nr 25/1927, poz. 195, uchylony.

⁹² L. Zacharko, Prywatyzacja..., jw., rozdział 2.

⁹³ Tamże.

⁹⁴ Dz.U. nr 44/1921, poz. 267, uchylony.

⁹⁵ Dz.U. nr 86/1934, poz. 776 ze zm., uchylony.

⁹⁶ Dekret z 7.02.1919, Dz.U. nr 14/1919, poz. 162, nieobowiązujący.

wszelkich urządzeń użyteczności publicznej", o ile zachodziła „konieczność przymusowego wywłaszczenia lub zajęcia czasowego" dla użytku takich urządzeń⁹⁷. Brak było innych ograniczeń w dokonywaniu wywłaszczeń, stąd Naczelnik Państwa nie był niczym ograniczony w decydowaniu, które nieruchomości są niezbędne na użytek urządzeń użyteczności publicznej. Postanowienie Naczelnika Państwa w powyższym zakresie stanowiło konstytutywny akt administracyjny, oparty na swobodnym uznaniu⁹⁸. Wywłaszczenie mogło nastąpić na rzecz „urządzenia", „przedsiębiorstwa" lub „instytucji" użyteczności publicznej, a więc także na rzecz podmiotów prywatnych, działających na podstawie koncesji. Ponadto za wywłaszczenie uważano nie tylko odebranie prawa własności, ale także jego ograniczenie trwałe lub czasowe, obejmujące nie tylko nieruchomości, ale również „konieczne materiały"⁹⁹. Dekret ten regulował zatem jedynie postępowanie wywłaszczeniowe, które odbywało się z zaakcentowaniem roli Naczelnika Państwa (a także w późniejszym okresie jego obowiązywania - Prezydenta), przy czym nie definiował pojęcia „użyteczności publicznej". Na mocy powyższego dekretu w latach 1919 – 1928 wydano prawie 90 aktów wykonawczych, w których wywłaszczano pod ściśle określone w nich cele, spośród których sporą część stanowiła rozbudowa kolei, ale również budowa cmentarzy, oraz ulic itp¹⁰⁰.

1.3.3 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 17.03.1921

Warunkiem wywłaszczenia według art. 99 ust. 1 Konstytucji¹⁰¹ była „wyższa użyteczność"¹⁰². Ponieważ przepis ten zawarty został w ustawie zasadniczej, jego zadaniem

⁹⁷ Art. 1 oraz 2 dekretu.

⁹⁸ Zob. M. Mincer: Pojęcie uznania administracyjnego, PiP 1976 nr 3 s. 111-121.

⁹⁹ Art. 1 dekretu.

¹⁰⁰ Spis aktów wykonawczych do ww. dekretu dostępny na stronie Internetowego Systemu Aktów Prawnych www.isap.sejm.gov.pl.

¹⁰¹ Dz.U. nr 44/1921, poz. 267, uchylony.

¹⁰² „Rzeczpospolita Polska uznaje wszelką własność, czy to osobistą poszczególnych obywateli, czy to zbiorową związków obywateli, instytucji, ciał samorządowych i wreszcie samego Państwa, jako jedną z najważniejszych podstaw ustroju społecznego i porządku prawnego, oraz poręcza wszystkim mieszkańcom, instytucjom i społecznościom ochronę ich mienia, a dopuszcza tylko w wypadkach, ustawą przewidzianych, zniesienie lub ograniczenie własności, czy to osobistej, czy to zbiorowej, ze względów wyższej użyteczności, za odszkodowaniem. Tylko ustawa może postanowić, jakie dobra i w jakim zakresie, ze względu na pożytek ogółu, mają stanowić wyłącznie własność Państwa, oraz o ile prawa obywateli i ich prawnie uznanych związków do swobodnego użytkowania ziemi, wód, minerałów i innych skarbów przyrody mogą, ze względów publicznych,

było związanie ustawodawcy, który nie mógł w ten sposób w poszczególnych ustawach dopuszczać wywłaszczenia z pominięciem warunków wyższej użyteczności i odszkodowania.

W orzecznictwie podnoszono, że „ustanowiona w Konstytucji Marcowej zasada, że wywłaszczenie jest dopuszczalne tylko ze względu wyższej użyteczności jest wytyczną dla ustawodawstwa. Każda poszczególna ustawa musi realizować powyższą zasadę i zezwalając na wywłaszczenie dla pewnego celu, uznawać dany cel za odpowiadający względem użyteczności publicznej, pozostawiając władzy wykonawczej jedynie ocenę, czy pod pojęcie tego celu podpada cel, dla którego w konkretnym wypadku dokonano wywłaszczenia, np. jeżeli ustawa zezwala na wywłaszczenie dla celów budowy wszelkich zakładów leczniczych, to organy orzekające o wywłaszczeniu ustalają jedynie czy zakłady, dla których budowy zażądano wywłaszczenia są zakładami leczniczymi”¹⁰³. W konsekwencji, jeżeli przepis ustawy specjalnej zezwalał na wywłaszczenie, to organ administracji nie miał obowiązku badać czy istnieje wyższa użyteczność dla konkretnego wywłaszczenia, opartego na wymienionym przepisie chyba, że ustawa specjalna tego wymagała. W takim przypadku organ powinien był jedynie ustalić istnienie wszystkich wymogów, od których ustawa uzależniała dopuszczalność wywłaszczenia. Jak podkreślał Najwyższy Trybunał Administracyjny „wyższa użyteczność domniemywa się sama przez się, skoro przepis ustawy zezwala dokonywać wywłaszczenia dla konkretnego celu, wola ustawy dopuszczającej wywłaszczenie dla oznaczonego w niej celu zastępuje ustalenie władzy co do istnienia wyższej użyteczności. Uznanie przez właściwy organ fachowy konkretnego projektu kolei za racjonalny przesądza zarazem o potrzebie zajęcia pewnych, a nie innych gruntów pod budowę urządzeń użyteczności publicznej”¹⁰⁴.

Zdaniem przedstawicieli ówczesnej doktryny „zawarte w art. 99 Konstytucji marcowej pojęcie „wyższej użyteczności” było czymś odmiennym, niż użytek ogółu czy użyteczność publiczna i możnaby je interpretować albo jako większą, lepszą ekonomicznie użyteczność, albo też jako użyteczność wyższych jednostek socjalnych”¹⁰⁵. Na tle art. 99 Konstytucji

doznać ograniczenia. Ziemia, jako jeden z najważniejszych czynników bytu narodu i Państwa, nie może być przedmiotem nieograniczonego obrotu. Ustawy określają przysługujące Państwu prawo przymusowego wykupu ziemi, oraz regulowania obrotu ziemią, przy uwzględnieniu zasady, że ustrój rolny Rzeczypospolitej Polskiej ma się opierać na gospodarstwach rolnych, zdolnych do prawidłowej wytwórczości i stanowiących osobistą własność”.

¹⁰³ Wyrok Najwyższego Trybunału Administracyjnego, 3892/1926, niepubl.

¹⁰⁴ Wyrok Najwyższego Trybunału Administracyjnego, 2237/1926, niepubl.

¹⁰⁵ M. Zimmermann, jw., s. 228.

Marcowej interesująco przedstawia się również art. 3 i 4 Konstytucji Rumuńskiej z 20.02.1938 r., który definiował wywłaszczenie dla celów użyteczności publicznej jako wywłaszczenie „które z natury jest przeznaczone do oddania równocześnie wszystkim i każdemu z osobna pewnych korzyści w terażniejszości”¹⁰⁶.

Warto zauważyć, iż kolejna ustawa zasadnicza z 23.04.1935 r., tzw. „Konstytucja Kwietniowa”¹⁰⁷ w ogóle nie poruszała tematyki wywłaszczenia oraz związanych z nim celów publicznych.

1.3.4 Prawo o postępowaniu wywłaszczeniowym.

Rozporządzenie z 24.09.1934 r.¹⁰⁸ ujednotaczało procedurę wywłaszczeniową na terytorium Polski, ale nie poruszało tematyki materialnego prawa wywłaszczeniowego, ani wykładni związanej z nim „wyższej użyteczności” wychodząc z założenia, iż jest to dziedzina która nie może zostać zawarta w jednej ustawie. Dla realizacji konkretnych celów wydawane więc były poszczególne ustawy, przewidujące dopuszczalność wywłaszczenia. Wskazywane w poszczególnych ustawach cele zostały przez tamtejszego ustawodawcę uznane jako cele wyższej użyteczności, co w efekcie usuwało potrzebę wyjaśniania pojęcia „celu publicznego”. Stanowił o tym wprost art. 1 rozporządzenia mówiący, iż wywłaszczenie jest dopuszczalne tylko ze względów wyższej użyteczności za odszkodowaniem, w przypadkach, w których przepis prawa przewiduje możliwość wywłaszczenia. Zgodnie z art. 2 rozporządzenia, odjęcie prawa własności mogło nastąpić na cele obrony państwa, dróg lądowych, wodnych i kolei. Dopuszczalność wywłaszczenia była uzależniona więc nie tylko od istnienia „wyższej użyteczności”, ale również od upoważnienia ustawowego. W związku z tym w literaturze podkreślano, że „celem wywłaszczenia może być tylko użyteczność publiczna według powszechnego uznania prawodawstwa i teorii prawa publicznego”¹⁰⁹. Przykładem takich ustaw mogą być:

1. art. 10 ustawy elektrycznej z 21.03.1922 r.¹¹⁰ zgodnie z którym „nieruchomości, stale lub czasowo potrzebne do budowy i utrzymania zakładów elektrycznych użyteczności publicznej, mogą być nabyte drogą wywłaszczenia lub czasowo zajęte”;

¹⁰⁶ M. Szalewska: Wywłaszczenie nieruchomości, Toruń 2005, s. 90.

¹⁰⁷ Dz.U. nr 30/1935, poz. 227, nieobowiązujący.

¹⁰⁸ Dz.U. nr 86/1934, poz. 776 ze zm., uchylony.

¹⁰⁹ E. Musiański: Encyklopedia prawa publicznego, red. Z. Cybichowski, Warszawa, s. 1151.

¹¹⁰ Dz.U. nr 34/1922, poz. 277, nieobowiązujący.

2. art. 124 ustawy wodnej z 19.09.1922 r.¹¹¹, który stanowił wykładnię pojęcia „wyższej użyteczności”, ale tylko na gruncie tego aktu. Zgodnie z nim „na rzecz przedsiębiorstwa, które ma na celu osuszanie rowami lub drenami i nawodnienie gruntów, odprowadzenie wód zużytych, dostarczenie wody dla celów gospodarstwa domowego, lub przemysłowych (...), o ile nie może być inaczej celowo lub tylko z niepomiarnie wysokimi kosztami przeprowadzone, a oczekiwane korzyści znacznie przewyższają straty – mogą być ustanowione za odszkodowaniem stosowne ograniczenia (służebności) i obciążenia prawa własności gruntów i wód płynących (...) lub muszą być odstąpione potrzebne grunty i inne nieruchomości”.
3. art. 5 rozporządzenia Prezydenta RP z 1.06.1927 r. o popieraniu rozbudowy i rozwoju gospodarczego miasta i portu Gdyni¹¹²: „ze względów wyższej użyteczności mogą być na rzecz Skarbu, miasta lub portu w Gdyni wyłączone grunty, potrzebne dla celów komunikacyjnych, rozbudowy składów i urządzeń portowych, rozbudowy wolnej strefy portowej w wypadkach gospodarczej konieczności państwowej w trybie przewidzianym w ustawie z 11.06.1874 r. o wyłączeniu nieruchomości”.
4. art. 23 rozporządzenia Prezydenta RP z 14.03.1928 r. o prawie lotniczym¹¹³, zgodnie z którym „dla urządzenia lub powiększenia lotnisk, fabryk lotniczych i szkół lotniczych, służących dla celów państwowych lub publicznych, dla przeprowadzenia do nich dróg dojazdowych oraz dla urządzeń pomocniczych, niezbędnych dla żeglugi powietrznej użytku państwowego lub publicznego, dopuszczalne jest za odszkodowaniem: wyłączenie, ograniczenie praw własności i praw rzeczowych na nieruchomościach oraz czasowe zajęcie nieruchomości”.

¹¹¹ Dz.U. nr 102/1922, poz. 936, nieobowiązujący.

¹¹² Tekst jedn. Dz.U. nr 42/1935, poz. 285, nieobowiązujący.

¹¹³ Tekst jedn. Dz.U. nr 69/1935, poz. 437, nieobowiązujący.

1.4 Regulacje prawne okresu lat 1945 – 1989

1.4.1 Uwagi ogólne

Pojęcie „interesu społecznego”, występujące w okresie socjalistycznym jest pojęciem historycznie poprzedzającym pojęcie „celu publicznego”. Definicja „użyteczności publicznej” była w tamtym okresie stosunkowo mało skomplikowana, jednakże bardzo szeroka. System socjalistyczny, tak samo jak wszystkie systemy totalitarne charakteryzował się bowiem subiektywnym podejściem do pojęcia „celu publicznego”, a zdaniem M. Gdesza w Polsce Ludowej pojęcie „celu publicznego” w ogóle nie występowało w języku prawnym¹¹⁴.

W okresie realnego socjalizmu pojęcia „celu publicznego”, „interesu publicznego” oraz „użyteczności publicznej” zostały utożsamione z pojęciami „interes społeczny”, „interes ogólnospołeczny”, albo nawet „zasadnicza linia polityki państwa”. W doktrynie prawnej tamtejszego okresu można spotkać niejednorodność poglądów w tej kwestii. J. S. Langrod uznawał dobro ogółu, użyteczność powszechną i pożytek społeczny jako synonimy interesu publicznego¹¹⁵. Jak wskazywał, wykładnia pojęcia interesu publicznego prowadzi do licznych nieporozumień, na które się składają ogólnikowość, nieokreśloność, niepodatność do zdefiniowania, a także ścisłość oraz jego istnienie we wszystkich działach prawa, a równocześnie odmiennosc sposobów podchodzenia do niego w każdym z tych działów z osobna. Zdaniem tego autora, znaczenie interesu publicznego tkwi w jego prymacie nad interesem prywatnym — choćby zbiorowym. Mimo tego autor ten podnosił, iż prymat interesu publicznego nad prywatnym nie ma znaczenia bezwzględnego i oznacza jedynie jego przewagę w wypadku kolizji obydwu interesów. Interes publiczny nie pociągał więc za sobą przekreślenia interesu prywatnego tam, gdzie kolizji tej brak¹¹⁶. Taka sytuacja nie mogła być akceptowalna w państwie socjalistycznym, w którym interes prywatny był podporządkowany ogólnospołecznemu. W odróżnieniu od J. S. Langroda, zdaniem M. Kuleszy „interes społeczny” oraz „interes publiczny” nie są pojęciami tożsamymi, gdyż w ustroju socjalistycznym nastąpiła zmiana polityki państwa, która doprowadziła do jakościowo szerszego zakresu reglamentacji działalności jednostek gospodarczych, a więc i zwiększenia

¹¹⁴ M. Gdesz: *Cel publiczny w gospodarce nieruchomościami*, Zielona Góra 2002.

¹¹⁵ J. S. Langrod: *Instytucje prawa administracyjnego. Zarys części ogólnej*, 1948 - 1950, reprint, Kraków 2003, s. 241-248.

¹¹⁶ Tamże.

zasięgu stosowania przez władzę pojęć niedookreślonych. Pojęcia te nie służą już zatem do oceny czy dana działalność czy stan rzeczy godzi w interes publiczny, lecz co jest społecznie korzystne i pożądane (co leży w "interesie społecznym")¹¹⁷. Pojęcie „interesu publicznego” było zdaniem powołanego autora w okresie socjalistycznym zbyt wąskie „by objaśnić szerokie zadania państwa i jego organów, związane z organizowaniem nowego ładu społecznego, szczególnie w sferze odnoszącej się do materialnych warunków życia społecznego w sferze zarządzania gospodarczego”¹¹⁸. Definiując „interes społeczny” J. Lang stwierdził natomiast, że „(...) przez pojęcie (interes społeczny) należy rozumieć interes całego społeczeństwa, a nie poszczególnych grup czy innych zbiorowości”¹¹⁹. Zdaniem tego autora ocena interesu społecznego zawsze będzie należeć do organów państwowych, ponieważ jest on tzw. „interese społecznym formalnym” tzn. uznanym przez państwo jako polityczną organizację określonego społeczeństwa¹²⁰.

Utożsamienie pojęcia „interesu publicznego” czy „użyteczności publicznej” z „interese społecznym” uzasadnione było wprowadzeniem ustroju socjalistycznego, który w swoich założeniach nawiązywał do zapewnienia potrzeb ogólnospołecznych. Przynoszenie „korzyści” społeczeństwu w wyniku posługiwania się przez organy państwowe pojęciem „interesu społecznego” nie miało jednak swojego odzwierciedlenia w praktycznej interpretacji art. 3 pkt. 1 ustawy z 12.03.1958 r. o zasadach i trybie wywłaszczenia nieruchomości¹²¹, polegającej na dokonywaniu masowych wywłaszczeń pod realizację celów użyteczności publicznej, które były sformułowane w sposób niejasny, bądź nie zostały zrealizowane w ogóle¹²². W praktyce realizacja celów użyteczności publicznej z punktu widzenia np. omawianej ustawy z 1958 r. zawsze sprowadzała się do realizacji zamierzeń, które były urzeczywistniane przez jednostki państwowe i inne jednostki gospodarki uspołecznionej, uprawnione do wystąpienia o wywłaszczenie, a które podlegały szczegółowej rejestracji w zatwierdzonych planach gospodarczych¹²³. W okresie realnego socjalizmu podnoszono wręcz, że pojęcie użyteczności publicznej we współczesnych państwach kapitalistycznych miało tylko charakter „dekoracyjny i maskowało rzeczywisty charakter czynności państwa

¹¹⁷ M. Kulesza: Administracyjnoprawne uwarunkowania polityki przestrzennej, Warszawa 1987, s. 58, 79.

¹¹⁸ Tamże.

¹¹⁹ J. M. Lang: Struktura prawna skargi w prawie administracyjnym, Wrocław 1972, s. 109.

¹²⁰ Tamże.

¹²¹ Tekst jed. Dz.U. nr 10/1974, poz. 64 ze zm., uchylony.

¹²² Zob. orzecznictwo NSA, np. w sprawie z 13.02.2009, I OSK 380/08, LEX nr 516974.

¹²³ W. Ramus: Prawo wywłaszczeniowe, Warszawa 1975, s. 19.

kapitalistycznego, a nie miało nic wspólnego ze społecznym użytkowaniem, pożytkiem lub interesem”¹²⁴ oraz, że „brak konkretnych podstaw do nadania pojęciu „użyteczności publicznej” jakiejś sprecyzowanej treści prawnej sprawia, że przez „cele użyteczności publicznej” ogólnie rzecz biorąc, rozumieć można co najwyżej zamierzenia społecznie pożyteczne”¹²⁵. Kryterium „użyteczności publicznej” zostało więc „zoperacjonalizowane poprzez odwołanie się do treści rozstrzygnięć zawartych w planach gospodarczych. Za publiczne uznawano wszelkie zadania obowiązujące w planach, co uzasadniać miało przejmowanie dóbr niezbędnych dla realizacji tych zadań”¹²⁶. Państwo socjalistyczne zajmowało się więc realizacją wszelkich celów o znaczeniu ogólnospołecznym, które w innych warunkach ustrojowych mogłyby być wykonywane przez podmioty niepubliczne. Stąd cele publiczne w okresie socjalistycznym należy traktować bardzo ogólnie, ponieważ ich realizacja zawsze następowała przez państwo lub na rzecz państwa, które w swoich założeniach ideologicznych utożsamiało się z całym społeczeństwem. Taka sytuacja nie mogła mieć miejsca w państwie demokratycznym, gdzie cel publiczny nie był utożsamiany z ogólnospołecznym¹²⁷.

Przeгляд ustawodawstwa socjalistycznego, odnoszącego się do tematyki „celu publicznego” ma znaczenie dla tematyki niniejszej pracy, ponieważ obecnie obowiązujące uregulowania prawne w tym zakresie, nawiązują swoją treścią oraz budową do ustaw, obowiązujących w poprzednim systemie politycznym, o czym będzie mowa w dalszej części

¹²⁴ K. Sobczak: Wywłaszczenie jako instrument gospodarki planowej rad narodowych, Toruń 1962, s. 20.

¹²⁵ K. Sobczak: Nowe prawo wywłaszczeniowe, PiP Nr 8-9/1958, s. 294.

¹²⁶ S. Piątek: Przedsiębiorstwo użyteczności publicznej jako instytucja gospodarcza, Warszawa 1986, s. 58.

¹²⁷ M. Kulesza, jw., s. 58, 66. Zdaniem tego autora: „Wobec rozszerzenia granic ingerencji państwa w życie obywateli, prawo w ustroju socjalistycznym zaczęło służyć do kierowania jednostkami, przede wszystkim ich działalnością oraz działalnością podmiotów gospodarujących sektora uspołecznionego w celu osiągnięcia założonych przez państwo planów, mających zaspokajać potrzeby społeczeństwa socjalistycznego. Przyjęcie zasady jedności mienia ogólnonarodowego i związane z tym ograniczenie autonomii jednostek w sferze wyboru metod działania, polegające na „celowej” organizacji porządku prawnego wywołało nawet dyskusję nad prawnym charakterem tzw. „normy planowej” zezwalającej na planowanie gospodarki socjalistycznej i szerokie uprawnienia organów państwowych do kierowania jednostkami gospodarki uspołecznionej. W efekcie ten właśnie system wyznaczał najdalsze granice działalności gospodarczej państwa i obywateli, a zatem i merytoryczną treść interesu społecznego (jako ogólnospołecznego), który stanowił jeden globalny cel, jedno główne kryterium działalności organów państwa (tzw. zasadnicza linia polityki państwa). Ewentualne antagonizmy pomiędzy celami publicznymi były traktowane jako „nieantagonistyczne”, a do rozstrzygnięcia tych konfliktów i koordynacji celów zostały zobowiązane organy państwowe - każdy w ramach swej kompetencji planistycznej, zarządzającej czy administracyjnej”.

pracy.

1.4.2 Dekret o wywłaszczeniu majątków zajętych na cele użyteczności publicznej w okresie wojny 1939-1945 r.

Dekret ten w art. 2¹²⁸ stanowił, iż dopuszczalne jest wywłaszczenie na cele użyteczności publicznej. Z art. 2 dekretu wynikało, że wywłaszczenie dotyczyć może tylko tych nieruchomości, które zostały zajęte na wymienione pod literami "a-f" cele oraz są nadal użytkowane na cele wymienione w pkt 1 lub w planach zagospodarowania przestrzennego, bądź w wytycznych do tych planów są przewidziane na cele wymienione w pkt 1 i zostały częściowo lub całkowicie zagospodarowane z funduszy publicznych, bądź też zagospodarowanie ich jest przewidziane do realizacji w pierwszej kolejności planu. Art. 2 ust. 1 dekretu pod literami "a-e" dokładnie precyzował i określał cele, na które nieruchomość musiała zostać zajęta, aby podlegać wywłaszczeniu i cele te nie wymagały interpretacji, gdyż były określone przy użyciu konkretnych pojęć. Natomiast cele pod literą "f" określone były bardzo ogólnie ("na cele użyteczności publicznej"), co powodowało, że w każdej sprawie należało je dokładnie badać, tym bardziej, że w ustawodawstwie powojennym nie było ścisłej definicji pojęcia "celów użyteczności publicznej". Poza tym przed literą "f" nie użyto określenia "na inne cele użyteczności publicznej", co świadczyło o tym, że poprzednie cele określone literami "a-e" nie były podane jedynie przykładowo, a były to cele stanowiące samodzielną podstawę wywłaszczenia¹²⁹. Ponadto zgodnie z art. 4 powyższego dekretu do wywłaszczenia nieruchomości należało stosować odpowiednio przepisy rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 24.09.1934 r. prawo o postępowaniu wywłaszczeniowym, wraz ze zmianami określonymi w samym dekrete.

Powyższy dekret obejmował bardzo różne sytuacje. Z jednej strony przewidywał on

¹²⁸ Dekret z 7.04.1948, Dz.U. nr 20/1948, poz. 138, uchylony. Art. 2: „Wywłaszczenie przewidziane w art. 1 ust. 1 dotyczyć może tylko tych nieruchomości, które:

1) zajęte zostały:

- a) na cele budowy, rozwoju i utrzymania urządzeń komunikacji publicznej;
- b) na cele przedsiębiorstw podstawowych gałęzi gospodarki narodowej, będących przedsiębiorstwami państwowymi lub przejętych na własność Państwa;
- c) na cele wojskowe;
- d) pod ulice i place publiczne, skwery, zieleńce, parki, place sportowe i cmentarze;
- e) pod zalesienia lub na melioracji;
- f) na cele użyteczności publicznej”.

¹²⁹ Wyrok NSA z 5.03.2008, I OSK 1807/06, LEX nr 506599.

wywłaszczenie nieruchomości, które zostały zajęte na określone cele i były nadal użytkowane na cele wymienione w dekrete w chwili wywłaszczenia. Z drugiej strony przewidywał wywłaszczenie nieruchomości, które zostały zajęte na określone cele i były przewidziane na wymienione cele, choćby w chwili wywłaszczenia nie były wykorzystywane na te cele. Z przepisów art. 1 ust. 1 i art. 2 pkt 1 i 2 omawianego dekretu nie wynikało bowiem, aby wywłaszczeniu podlegały wyłącznie nieruchomości, na których cel "użyteczności publicznej" został już uprzednio zrealizowany. Samo zajęcie nieruchomości na określony cel nie oznaczało zatem, że już w chwili wywłaszczenia była ona faktycznie wykorzystywana na ten cel, a w konsekwencji, że cel ten został zrealizowany¹³⁰.

1.4.3 Dekret o nabywaniu i przekazywaniu nieruchomości niezbędnych dla realizacji narodowych planów gospodarczych

Dekret ten¹³¹ przewidywał w art. 3, że nieruchomości stanowiące własność Skarbu Państwa, bądź osób prawnych wymienionych w art. 2 lub znajdujące się w ich zarządzie, bądź użytkowaniu, niezbędne dla realizacji narodowych planów gospodarczych, będą przekazywane właściwym wykonawcom tych planów na własność, bądź w zarząd i użytkowanie. Zarówno z tytułu dekretu, jak i jego art. 1 wynikało *expressis verbis*, że przejmowanie, bądź nabywanie nieruchomości mogło nastąpić tylko, gdy nieruchomości lub ich części były niezbędne dla realizacji narodowych planów gospodarczych. Pojęcie "niezbędne dla realizacji narodowych planów gospodarczych" było pojęciem, które wymagało każdorazowej oceny przy wywłaszczaniu nieruchomości, przy czym samo wywłaszczenie mogło nastąpić bądź w wyniku zawarcia dobrowolnej umowy sprzedaży nieruchomości, bądź w drodze wydania decyzji. Omawiany dekret zezwalał na wywłaszczenie praktycznie na każdy cel wskazany w planie rozwoju gospodarczego, zatwierdzony przez ówczesną władzę¹³².

¹³⁰ Wyrok TK z 9.12.2008, SK 43/07, OTKiA nr 10/2008, poz. 175.

¹³¹ Dekret z 26.04.1949, tekst. jedn. Dz.U. nr 4/1952, poz. 31 ze zm., uchylony.

¹³² „Art. 1: Nieruchomości lub ich części niezbędne dla realizacji narodowych planów gospodarczych mogą być przejmowane, nabywane, zbywane i przekazywane zgodnie z przepisami niniejszego dekretu.

Art. 2: Prawo przejmowania, nabywania, zbywania i przekazywania nieruchomości w trybie niniejszego dekretu służy wykonawcom narodowych planów gospodarczych, a w szczególności:

1) władzom i urządzeniom państwowym;

2) zakładom i instytucjom państwowym, instytucjom ubezpieczeń społecznych, zakładom ubezpieczeń, przedsiębiorstwom państwowym i pod zarządem państwowym, bankom;

1.4.4 Ustawa o zasadach i trybie wywłaszczenia nieruchomości

Ustawa ta¹³³ określała w art. 3 na jakie cele dopuszczalne jest wywłaszczenie nieruchomości¹³⁴. Paradoksalnie w doktrynie zarzucano wadliwość sformułowań art. 3 omawianej ustawy, która mogłaby prowadzić do wykładni „ograniczającej” dopuszczalność wywłaszczenia, ponieważ na gruncie omawianej ustawy nie każde zadanie objęte zatwierdzonym planem gospodarczym uzasadniało nabycie przez państwo nieruchomości, a to w wyniku wyliczenia pewnej grupy celów uzasadniających wywłaszczenie (a więc przyjęcie odmiennej koncepcji od tej, jaka została zrealizowana pod rządem wcześniejszego dekretu wywłaszczeniowego z 1949 r., który dla określenia celów wywłaszczenia posługiwał się jednym pojęciem: realizacji planów gospodarczych)¹³⁵. W rzeczywistości jednak dokonane przez ustawę z 1958 r. rozróżnienie celów nie miało większego znaczenia, gdyż praktycznie wszystkie zmierzały do realizacji zadań, określonych w zatwierdzonych planach gospodarczych¹³⁶.

Wywłaszczenie dla realizacji zadań, określonych w zatwierdzonych planach gospodarczych (art. 3 ust. 1) dopuszczalne było tylko na cele inwestycji gospodarczych. Z literatury wynika ponadto, że w praktyce nie dokonywano wywłaszczeń gruntów i budynków, jeżeli nie były one przewidziane dla realizacji zadań, wynikających z narodowego planu

3) spółkom prawa cywilnego i handlowego, w których Skarb Państwa, przedsiębiorstwa państwowe albo inne osoby prawne prawa publicznego posiadają udział wynoszący ponad 50% kapitału zakładowego;

4) organizacjom samorządu gospodarczego oraz stowarzyszeniom wyższej użyteczności;

5) centralom spółdzielni i centralom spółdzielczo – państwowym;

6) spółdzielniom

Art. 3: Nieruchomości, stanowiące własność Skarbu Państwa bądź osób prawnych wymienionych w art. 2 lub znajdujące się w ich zarządzie bądź użytkowaniu, niezbędne dla realizacji narodowych planów gospodarczych, będą przekazywane właściwym wykonawcom tych planów (art. 2) na własność bądź w zarząd i użytkowanie”.

¹³³ Ustawa z 12.03.1958, tekst jedn. Dz.U. nr 10/1974, poz. 64 ze zm., uchylony.

¹³⁴ Nieruchomość może być wywłaszczona, jeżeli była niezbędna ubiegającemu się o wywłaszczenie:

1. na cele użyteczności publicznej (art. 3 ust. 1)

2. na cele obrony państwa (art. 3 ust. 1)

3. dla wykonania zadań określonych w zatwierdzonych narodowych planach gospodarczych (art. 3 ust. 1)

4. dla planowej realizacji na terenie miasta budownictwa ogólnomiejskiego i zorganizowanego budownictwa mieszkaniowego (art. 3 ust. 2)

5. z przeznaczeniem jej dla organizacji spółdzielczej lub organizacji kółek rolniczych (art. 3 ust. 3)

¹³⁵ K. Sobczak: Wywłaszczenie jako instrument gospodarki planowej rad narodowych, Toruń 1962, s. 32.

¹³⁶ W. Ramus, jw., s. 18.

gospodarczego, a w praktyce nie były związane z działalnością inwestycyjną¹³⁷.

1.4.5 Ustawa o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości

Zadaniem przedmiotowej ustawy¹³⁸ było unormowanie problemów prawnych w zakresie gospodarowania zasobami gruntów, do których wchodziły grunty będące własnością państwa i nabywane na własność państwa¹³⁹. Wyłączone z instytucji wywłaszczenia zostały wszelkie elementy służące „uspołecznianiu” własności prywatnej i w związku z tym ściśle powiązano tę instytucję z potrzebami publicznymi, a nie państwowymi czy nawet politycznymi. Cele publiczne stały się jedynym uzasadnieniem dla ingerencji w sferę interesów prywatnych w drodze wywłaszczenia¹⁴⁰.

Wraz z wejściem w życie przedmiotowej ustawy odrzucono subiektywne (w znaczeniu totalitarnym) podejście do pojęcia celu publicznego¹⁴¹. Nie oznaczało to jednak całkowitego odejścia od normowania celów publicznych w sposób odpowiadający zapotrzebowaniom gospodarki socjalistycznej, gdyż pkt. 6 powołanego przepisu dopuszczał wywłaszczenie na potrzeby realizacji zadań, określonych w planach społeczno-gospodarczych. W 1990 r. w ramach nowelizacji ww. ustawy zrezygnowano z generalnej klauzuli „celu użyteczności publicznej” i zastąpiono ją pojęciem „celu publicznego”¹⁴².

Ustawa ta po raz pierwszy wprowadzała pojęcie „celu publicznego” do polskiego porządku prawnego, w miejsce dotychczasowej „użyteczności publicznej”. Tamtejsza koncepcja „celu publicznego” znacząco ograniczyła zakres jego znaczenia w stosunku do

¹³⁷ S. Czuba, jw., s. 10.

¹³⁸ Ustawa z 29.04.1985, tekst jedn. Dz.U. nr 30/1991, poz. 127, uchylony.

¹³⁹ Art. 13 ust. 2 cyt. ustawy w jej pierwotnym brzmieniu.

¹⁴⁰ E. Drozd, Z. Truskiewicz, jw., s. 205.

¹⁴¹ Art. 50 przedmiotowej ustawy w wersji pierwotnej stanowił, iż „nieruchomość może być wywłaszczona, jeżeli jest niezbędna na cele:

- 1) obronności i bezpieczeństwa Państwa;
- 2) uspołecznionego budownictwa mieszkaniowego;
- 3) skoncentrowanego budownictwa jednorodzinne;
- 4) użyteczności publicznej;
- 5) utworzenia stref ochronnych;
- 6) wykonania innych szczególnie ważnych zadań państwowych, określonych w planach społeczno-gospodarczych”.

¹⁴² Ustawa z 29.09.1990 o zmianie ustawy o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości, Dz.U. nr 79/1990, poz. 464, uchylony.

„użyteczności publicznej”. Spowodowało to istotną zmianę w całym podejściu do tego kluczowego elementu prawa wywłaszczeń. Ta zmiana powinna być definiowana jako przekształcenie subiektywnego podejścia do celu publicznego (jako każdego działania władzy) do podejścia obiektywnego. Artykuł 46 ust. 2 tej ustawy stanowił, że jako cel publiczny powinna być traktowana m. in. budowa i utrzymanie dróg, szkół, szpitali, obiektów wojskowych, zorganizowane budownictwo mieszkaniowe, urządzenia elektryczne¹⁴³ itp. Powyższy katalog celów publicznych nie był wyczerpujący, gdyż art. 46 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy stanowił o „innych oczywistych celach publicznych”. Występująca w omawianej ustawie przesłanka „oczywistości” celu publicznego nie była objęta pojęciem „celu publicznego” i stanowiła odrębną przesłankę wywłaszczenia. Przesłanka ta sprawiała zatem, że jakiegokolwiek wątpliwości co do publicznego charakteru zamierzonego przedsięwzięcia stanowiły przeszkodę dla odjęcia lub ograniczenia prawa rzeczowego¹⁴⁴. Należy podkreślić, iż w praktyce przesłanka „oczywistości” mogła być wykorzystywana szeroko, np. w sytuacji, gdy wprawdzie podobny cel uznany został za publiczny i wymieniony w pkt 1-4, jednak nie wymieniono go konkretnie. Przykładem takiej sytuacji mogło być to, iż w art. 46 ust. 2 pkt 2 wymienia się budowę i utrzymanie szkół podstawowych, a pominięto średnie. W konsekwencji ocena czy dany cel może uzasadniać wywłaszczenie nieruchomości należała w rzeczywistości do organu wywłaszczeniowego¹⁴⁵. W literaturze podnoszono, że przykładowo tego rodzaju cel stanowiła budowa ośrodka zdrowia, szkoły ponadpodstawowej, terenów

¹⁴³ Art. 46 ust. 2: „Nieruchomość może być wywłaszczona na rzecz Skarbu Państwa albo na rzecz gminy, jeżeli jest niezbędna ca cele:

- 1) budowy i utrzymania dróg i urządzeń komunikacji publicznej, obiektów budowlanych i urządzeń koniecznych do zapewnienia łączności publicznej, ochrony środowiska, pomieszczeń dla urzędów publicznych, komunalnych ujęć wody, regulacji cieków i wznoszenia wałów przeciwpowodziowych;
- 2) budowy i utrzymania szkół podstawowych, szpitali, domów opieki społecznej, urządzeń sanitarnych i cmentarzy;
- 3) budowy i utrzymania obiektów budowlanych i urządzeń niezbędnych do obronności państwa oraz do zapewnienia bezpieczeństwa publicznego, w tym budowy i utrzymania zakładów karnych oraz zakładów dla nieletnich;
- 4) zorganizowanego budownictwa wielorodzinnego;
- 4a) budowy i utrzymania urządzeń i instalacji energetycznych służących do wytwarzania paliw i energii oraz ich przesyłania i dystrybucji za pomocą sieci
- 5) inne oczywiste cele publiczne”.

¹⁴⁴ E. Drozd, Z. Truskiewicz, jw., s. 208.

¹⁴⁵ Wyrok NSA z 15.02.2000, SA/Bk 901/99, OSP Nr 4/2001, poz. 61.

rekreacyjnych czy domu kultury¹⁴⁶. Znamienym jest, że powyższa ustawa do czasu jej nowelizacji wspomnianą ustawą z 29.09.1990 r., za cel użyteczności publicznej uznawała skoncentrowane budownictwo jednorodzinne, natomiast po wejściu w życie wspomnianej zmiany – zorganizowane budownictwo wielorodzinne. Słabą stroną tej regulacji było ograniczenie realizacji celów publicznych tylko do działalności państwa, bądź jednostek samorządu terytorialnego.

¹⁴⁶ E. Drozd, Z. Truskiewicz, jw., s. 206.

2 Rozdział drugi

Normatywna definicja celu publicznego w polskim systemie prawnym

2.1 Ustawa o gospodarce nieruchomościami

Wraz z wejściem w życie omawianej ustawy¹⁴⁷ powstał nowy katalog celów publicznych. W odróżnieniu od poprzednich uregulowań, ustawa ta prezentuje bardziej obiektywne podejście do pojęcia celów publicznych. W art. 6 omawianej ustawy przedstawiony został katalog działalności, traktowanych jako cele publiczne¹⁴⁸. Porównując

¹⁴⁷ Ustawa z 21.08.1997, tekst jedn. Dz.U. nr 102/2010, poz. 651 ze zm.

¹⁴⁸ Zgodnie z nim są nimi: 1) wydzielanie gruntów pod drogi publiczne i drogi wodne, budowa, utrzymywanie oraz wykonywanie robót budowlanych tych dróg, obiektów i urządzeń transportu publicznego, a także łączności publicznej i sygnalizacji; 1a) wydzielenie gruntów pod linie kolejowe oraz ich budowa i utrzymanie; 1b) wydzielanie gruntów pod lotniska, urządzenia i obiekty do obsługi ruchu lotniczego, w tym rejonów podejść, oraz budowa i eksploatacja tych lotnisk i urządzeń; 2) budowa i utrzymywanie ciągów drenażowych, przewodów i urządzeń służących do przesyłania lub dystrybucji płynów, pary, gazów i energii elektrycznej, a także innych obiektów i urządzeń niezbędnych do korzystania z tych przewodów i urządzeń; 3) budowa i utrzymywanie publicznych urządzeń służących do zaopatrzenia ludności w wodę, gromadzenia, przesyłania, oczyszczania i odprowadzania ścieków oraz odzysku i unieszkodliwiania odpadów, w tym ich składowania; 4) budowa oraz utrzymywanie obiektów i urządzeń służących ochronie środowiska, zbiorników i innych urządzeń wodnych służących zaopatrzeniu w wodę, regulacji przepływów i ochronie przed powodzią, a także regulacja i utrzymywanie wód oraz urządzeń melioracji wodnych, będących własnością Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego; 5) opieka nad nieruchomościami stanowiącymi zabytki w rozumieniu przepisów o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami; 5a) ochrona Pomników Zagłady w rozumieniu przepisów o ochronie terenów byłych hitlerowskich obozów zagłady oraz miejsc i pomników upamiętniających ofiary terroru komunistycznego; 6) budowa i utrzymywanie pomieszczeń dla urzędów organów władzy, administracji, sądów i prokuratur, państwowych szkół wyższych, szkół publicznych, a także publicznych: obiektów ochrony zdrowia, przedszkoli, domów opieki społecznej, placówek opiekuńczo-wychowawczych i obiektów sportowych; 6a) budowa i utrzymywanie obiektów oraz pomieszczeń niezbędnych do realizacji obowiązków w zakresie świadczenia przez operatora publicznego powszechnych usług pocztowych, a także innych obiektów i pomieszczeń związanych ze świadczeniem tych usług; 7) budowa i utrzymywanie obiektów oraz urządzeń niezbędnych na potrzeby obronności państwa i ochrony granicy państwowej, a także do zapewnienia bezpieczeństwa publicznego, w tym budowa i utrzymywanie aresztów śledczych, zakładów karnych oraz zakładów dla nieletnich; 8) poszukiwanie, rozpoznawanie, wydobywanie złóż kopalin objętych własnością górnictwem; 9) zakładanie i utrzymywanie cmentarzy; 9a) ustanawianie i ochrona miejsc pamięci narodowej; 9b)

do siebie poszczególne cele publiczne należy stwierdzić, że z punktu widzenia techniki prawodawczej są one skonstruowane w sposób zupełnie odmienny – np. ogólnikową ochronę przyrody ze szczegółowym wydzieleniem gruntów pod drogi publiczne.

Cele publiczne zawarte w art. 6 u.g.n można podzielić na dwie grupy.

Pierwszą z nich stanowi wyliczenie w pkt 1 – 9 u.g.n. konkretnych typów działań stanowiących cel publiczny. Wyliczenie to ma charakter precyzyjny i usuwający wątpliwości, co do możliwości zakwalifikowania danej aktywności państwa jako cel publiczny. Cele te nie mogą być zatem odczytywane w sposób generalny, na co zwracał uwagę Naczelny Sąd Administracyjny w swoim orzecznictwie¹⁴⁹. Ustawodawca użył bowiem sformułowania „celami publicznymi w rozumieniu ustawy są”, a słowo to wskazuje na ścisłe, precyzyjne rozumienie wymienionych celów¹⁵⁰. Działania określone w pkt 1 - 9 stanowiące cel publiczny w rozumieniu art. 6 u.g.n. również można podzielić na kilka grup. Pierwszą z ich stanowią działania o charakterze inwestycyjnym, polegające na budowie urządzeń infrastrukturalnych, takich jak: np. drogi, linie kolejowe, przewody i urządzenia służące do przesyłania płynów, pary, gazów i energii elektrycznej. Drugą grupę stanowi utrzymywanie wszystkich wymienionych urządzeń infrastrukturalnych. Trzecią grupę celów stanowią działania o charakterze ochronnym, dotyczące dóbr o szczególnym znaczeniu dla państwa tj. dobra kultury, Pomniki Zagłady, miejsca pamięci narodowej oraz zagrożone wyginięciem gatunki roślin i zwierząt lub siedliska przyrody. Do odrębnej kategorii celów publicznych należy zaliczyć poszukiwanie, rozpoznawanie, wydobywanie złóż kopalin objętych własnością górnictwem.

Druga grupa celów publicznych ustanawia wyjątek od reguły enumeratywnego wyliczenia celów publicznych i została ustanowiona w pkt. 10 tego artykułu, stanowiącym, iż celami publicznymi są również inne cele publiczne, określone w odrębnych ustawach. Przykładowo są nimi:

ochrona zagrożonych wyginięciem gatunków roślin i zwierząt lub siedlisk przyrody; 10) inne cele publiczne określone w odrębnych ustawach.

¹⁴⁹ Wyrok z 15.05.2008, II OSK 548/07, LEX nr 503449, gdzie Sąd podniósł, iż „art. 6 ustawy o gospodarce nieruchomościami zawiera listę celów publicznych, która nie może zostać poszerzona na drodze wykładni. W katalogu tym znajdują się, co prawda pewne „furtki” interpretacyjne, takie jak klauzula obronności państwa czy bezpieczeństwa publicznego, jednak i one muszą one być tłumaczone w sposób zwięzający, opierając się na przepisach innych ustaw, zgodnie z *ratio legis* art. 6 ustawy o gospodarce nieruchomościami, którym jest stworzenie wyraźnie oznaczonej liczby przypadków stosowania terminu „celu publicznego”

¹⁵⁰ M. Wolanin: Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz, 2010.

1. sama u.g.n., z której art. 37 ust. 3 można wyprowadzić wniosek, iż celami publicznymi są nadto budownictwo mieszkaniowe oraz realizacja urządzeń infrastruktury technicznej. Powyższy przepis stanowi bowiem, że możliwe jest zwolnienie z obowiązku zbycia w drodze przetargu nieruchomości przeznaczonych pod budownictwo mieszkaniowe lub na realizację urządzeń infrastruktury technicznej albo innych celów publicznych niż wcześniej wymienione¹⁵¹;
2. ustawa z 28.09.1991 r. o lasach¹⁵², której art. 37 ust. 1 stanowi, iż „Kierownik jednostki organizacyjnej Lasów Państwowych, z wyjątkiem kierownika jednostki organizacyjnej, o której mowa w art. 32 ust. 2 pkt 4, za zgodą Dyrektora Generalnego, może nabywać stanowiące własność osób fizycznych lub prawnych lasy oraz grunty przeznaczone do zalesienia, jak również inne grunty i nieruchomości, jeżeli jest to uzasadnione potrzebami gospodarki leśnej i nie narusza interesu Skarbu Państwa”;
3. art. 13e ustawy z 11.08.2001 r. o szczególnych zasadach odbudowy, remontów i rozbiórek obiektów budowlanych zniszczonych lub uszkodzonych w wyniku działania żywiołu¹⁵³, gdzie ustawodawca stwierdził, że „wydzielanie gruntów w celu realizacji miejscowego planu odbudowy stanowi cel publiczny w rozumieniu ustawy o gospodarce nieruchomościami”;
4. art. 1 ustawy z 8.07.2010 r. o szczególnych zasadach przygotowania do realizacji inwestycji w zakresie budowli przeciwpowodziowych¹⁵⁴. Ustawodawca stwierdza w niej, że ustawa ta określa szczególne zasady i warunki przygotowania inwestycji w zakresie budowli przeciwpowodziowych oraz organy właściwe w tych sprawach, zaś w art. 3 stwierdza, że inwestycja ta jest celem publicznym w rozumieniu przepisów u.g.n.
5. ustawa z 7.09.2007 r. o przygotowaniu finałowego turnieju Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO 2012¹⁵⁵, która w artykule 3 stanowi, iż „wszystkie przedsięwzięcia w zakresie projektowania, budowy, przebudowy lub remontu stadionów i innych obiektów budowlanych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej niezbędnych do przeprowadzenia turnieju Euro 2012 są celami publicznymi i

¹⁵¹ M. Szewczyk: Opinia o senackim projekcie ustawy o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz niektórych innych ustaw, Opinie i Ekspertyzy nr 19, OE-19/2004.

¹⁵² Tekst jedn. Dz.U. nr 12/2011, poz. 59, ze zm.

¹⁵³ Dz.U. nr 84/2001, poz. 906 ze zm.

¹⁵⁴ Dz.U. nr 143/2010, poz. 963.

¹⁵⁵ Tekst jedn. Dz.U. nr 26/2010, poz. 133 ze zm.

- inwestycjami celu publicznego w rozumieniu przepisów o gospodarce nieruchomościami oraz przepisów o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym”;
6. ustawa z 12.02.2009 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie lotnisk użytku publicznego¹⁵⁶, która w art. 14 stanowi, iż „uzyskanie decyzji o zezwoleniu na realizacji inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego jest równoznaczne z uzyskaniem decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu i pozwolenia na budowę w rozumieniu przepisów ustawy z 7.07.1994 r. — Prawo budowlane¹⁵⁷, a także decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego w rozumieniu przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami”;
 7. ustawa z 16.04.2004 r. o ochronie przyrody¹⁵⁸, która w art. 7 ust. 1 i 2 stanowi, iż „utworzenie lub powiększenie obszaru parku narodowego lub rezerwatu przyrody jest celem publicznym w rozumieniu ustawy o gospodarce nieruchomościami, a utworzenie lub powiększenie obszaru parku narodowego lub rezerwatu przyrody obejmujące obszary, które stanowią nieruchomości niebędące własnością Skarbu Państwa, następuje za zgodą właściciela, a w razie braku jego zgody - w trybie wyłączenia określonym w ustawie o gospodarce nieruchomościami”;
 8. ustawa z 24.04.2009 r. o inwestycjach w zakresie terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu¹⁵⁹, która w art. 4 stanowi, iż „inwestycje w zakresie terminalu oraz inwestycje towarzyszące są celami publicznymi w rozumieniu przepisów ustawy z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami”;
 9. ustawa z 18.07.2001 r. Prawo wodne¹⁶⁰, która w art. 4a pkt 3 stanowi, że „W celu zapewnienia prawidłowego gospodarowania wodami, w tym w szczególności ochrony zasobów wodnych oraz ochrony ludzi i mienia przed powodzią, uzgodnienia z właściwym dyrektorem regionalnego zarządu gospodarki wodnej wymaga ustalenie inwestycji celu publicznego oraz warunków zabudowy (...) – dla przedsięwzięć wymagających uzyskania pozwolenia wodnoprawnego (...)”;
 10. ustawa z 29.06.2011 r. o przygotowaniu i realizacji inwestycji w zakresie obiektów energetyki jądrowej oraz inwestycji towarzyszących¹⁶¹, zgodnie z której art. 3:

¹⁵⁶ Dz.U. nr 42/2009, poz. 340 ze zm.

¹⁵⁷ Tekst jedn. Dz.U. nr 243/2010, poz. 1623 ze zm.

¹⁵⁸ Tekst jedn. Dz.U. nr 151/2009, poz. 1220 ze zm.

¹⁵⁹ Dz.U. nr 84/2009, poz. 700 ze zm.

¹⁶⁰ Tekst jedn. Dz.U. z 2012, poz. 145.

¹⁶¹ Dz.U. nr 135/2011, poz. 789.

„zasady i warunki przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie budowy obiektów energetyki jądrowej oraz inwestycji towarzyszących stanowią cel publiczny w ustawy o gospodarce nieruchomościami”.

11. ustawa z 21.11.1996 r. o muzeach¹⁶², z której art. 1 i 2 wynika, że muzea są jednostkami realizującymi cele publiczne, polegające na sprawowaniu opieki nad zabytkami¹⁶³ oraz ustawa z 27.06.1997 r. o bibliotekach¹⁶⁴, zgodnie z której art. 3 ust. 1: „Biblioteki i ich zbiory stanowią dobro narodowe oraz służą zachowaniu dziedzictwa narodowego, Biblioteki organizują i zapewniają dostęp do zasobów dorobku nauki i kultury polskiej oraz światowej”. Tym samym realizują cele publiczne¹⁶⁵;
12. umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej, a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki o statusie sił zbrojnych Stanów Zjednoczonych Ameryki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej¹⁶⁶, która w art. 3 ust. 6 pkt a) stanowi, iż „siły zbrojne Stanów Zjednoczonych mogą podejmować roboty budowlane oraz dokonywać zmian i ulepszeń w uzgodnionych obiektach i terenach w zakresie, w jakim wymienione roboty, zmiany i ulepszenia są rozsądnie konieczne dla wspierania wspólnie uzgodnionej misji sił zbrojnych Stanów Zjednoczonych w uzgodnionych obiektach i terenach. Prawo Rzeczypospolitej Polskiej dotyczące robót budowlanych nie ma zastosowania w odniesieniu do robót budowlanych podejmowanych przez Stany Zjednoczone w uzgodnionych obiektach i terenach, chyba że niniejsza umowa stanowi inaczej. Roboty takie są celem publicznym w rozumieniu prawa Rzeczypospolitej Polskiej”;

Stworzenie prawnej definicji odesłania zawartego w art. 6 pkt. 10 u.g.n. jest problematyczne, ponieważ nie wszystkie działania mogą być traktowane jako działania w ramach celu publicznego. Analizując charakter odesłania, zawarty w art. 6 pkt. 10 u.g.n. Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, iż pojęcie "cel publiczny", jakim posługuje się u.g.n., nie jest dowolne i przy jego interpretacji nie można się odwoływać do potocznego jego znaczenia. Zdaniem Sądu, ustawodawca ustalił w art. 6 u.g.n. zamknięty katalog celów

¹⁶² Dz.U. nr 5/1997, poz. 24 ze zm.

¹⁶³ Wyrok NSA z 28.10.2010, II OSK 1386/09, LEX nr 746504.

¹⁶⁴ Dz.U. nr 85/1997, poz. 539 ze zm.

¹⁶⁵ M. Szewczyk: Opinia o senackim projekcie ustawy o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz niektórych innych ustaw, Opinie i Ekspertyzy nr 19, OE-19/2004.

¹⁶⁶ Dz.U. nr 66/2010, poz. 422.

publicznych, a wymienione w pkt 10 tego artykułu "inne cele" to tylko cele określone w odrębnych ustawach. Ponadto przeznaczenie tych celów musi być wyraźnie powiązane z przeznaczeniem celów określonych w zamkniętym katalogu art. 6 u.g.n.¹⁶⁷. Oznacza to, że zakwalifikowanie danej działalności jako cel publiczny nie może polegać na subiektywnym przekonaniu organu administracji publicznej, ale wyłącznie na obiektywnej definicji takiej działalności w ustawie. Podobne stanowisko zawiera wyrok NSA z 15.02.2000 r., zgodnie z którym „wywłaszczenie nieruchomości na inne cele, niż określone w art. 6 pkt 1-9 u.g.n., czyli na cele przewidziane w art. 6 pkt 10 tej ustawy, jest dopuszczalne jedynie wtedy, gdy przepisu innej ustawy *expressis verbis* wynika, że dla realizacji określonego w nim celu publicznego może nastąpić wywłaszczenie nieruchomości”¹⁶⁸. Dość ciekawy wywód zaprezentował Naczelny Sąd Administracyjny w jednym z wyroków, stwierdzając, że „skoro cele publiczne w rozumieniu ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym ograniczają się do celów wskazanych wprost w wymienionym przepisie art. 6 u.g.n., albo przepisie innej ustawy, która by wyraźnie nazywała jakąś sytuację celem publicznym na potrzeby tego artykułu lub na potrzeby regulacji prawnej gospodarki przestrzennej, to skatalogowany w ten sposób zakres inwestycji celu publicznego ma charakter zbioru wyjątków od zasady. „*Exceptiones non sunt extendendae*” („wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco”) zaś to powszechnie uznawany kanon wykładni prawniczej”¹⁶⁹.

W konsekwencji, w świetle orzecznictwa sądów administracyjnych wszelkie inwestycje nie mające normatywnego powiązania z art. 6 pkt 1-10 u.g.n. nie mogą być uznane za inwestycje celu publicznego, które stanowią katalog zamknięty. Celem powyższej regulacji było powstrzymanie organów władzy publicznej od swobodnej interpretacji pojęcia „celu publicznego”, w szczególności, czy w danych okolicznościach istotnie występuje cel publiczny. Ustawowe określenie celów publicznych służy więc „skutecznej ochronie interesów majątkowych obywateli i sprzyja umocnieniu praworządności”¹⁷⁰. Zatem „nie każde zamierzenie, którego rezultat dałoby się nawet zakwalifikować jako „dotyczący ogółu, służący ogółowi ludzi, przeznaczony, dostępny dla wszystkich; ogólny, powszechny, społeczny, nieprywatny” może być uznane za cel publiczny w rozumieniu u.g.n., ale tylko

¹⁶⁷ Wyrok z 10.10.2000, II SA/Kr 1010/2000, ONSA Nr 4/2001, poz. 186 oraz uchwała SN z 17.07.2003, III CZP 46/03 OSNC Nr 10/2004, poz. 153.

¹⁶⁸ Wyrok NSA z 15.02.2000, SA/Bk 901/99, OSP Nr 4/2001, poz. 61.

¹⁶⁹ Wyrok NSA z 15.05.2008, II OSK 548/07, LEX nr 503449.

¹⁷⁰ J. Szachulowicz, M. Krassowska, A. Łukaszewska: Gospodarka nieruchomościami. Przepisy i komentarz., Wyd. 2, Warszawa 2002, str. 25.

takie, które mieści się w katalogu zawartym w art. 6¹⁷¹. Takie podejście do definicji celu publicznego eliminuje z jej zakresu takie pojęcia jak np. budowa elektrowni¹⁷².

Zdaniem M. Szalewskiej „rozbieżności w ocenie charakteru wyliczenia zawartego w art. 6 u.g.n. wynikają z odmiennego rozumienia pojęcia katalog zamknięty. O ile bowiem „za katalog zamknięty uważać będziemy katalog zawarty w jednym konkretnym przepisie prawnym, w omawianym przypadku w art. 6 u.g.n., to niewątpliwie poprzez odesłanie z pkt 10 nie ma on takiego charakteru (zamkniętego). Jeśli natomiast za zamknięty katalog celów publicznych uznamy obiektywnie istniejący, na gruncie obowiązującego prawa, ściśle określony ustawowo zakres pojęcia „cel publiczny”, to niewątpliwie katalog zawarty w art. 6 u.g.n. ma charakter katalogu zamkniętego, z tym jednak zastrzeżeniem, iż w jego zakres wchodzi zarówno cele publiczne określone w art. 6 pkt 1-9b, jak i cele publiczne zawarte w innych ustawach”¹⁷³. Podobny pogląd wyraża J. Szachułowicz stwierdzając, iż zamieszczenie wzmianki w art. 6 u.g.n. że „celami publicznymi w rozumieniu ustawy są cele wyraźnie wymienione w tym przepisie, nie oznacza, że ich katalog jest zamknięty, pkt 10 tego przepisu bowiem dopuszcza jeszcze inne cele publiczne określone w odrębnych ustawach (...)”¹⁷⁴.

W związku z powyższym powstał istotny problem na gruncie interpretacji odesłania zawartego w pkt. 10 art. 6 u.g.n., polegający na pytaniu czy do spełnienia dyspozycji „innego celu publicznego, określonego w odrębnej ustawie” niezbędne jest określenie wprost w tej ustawie, że dla realizacji określonego w nim celu publicznego może nastąpić wywłaszczenie nieruchomości? Z powołanego wyżej wyroku NSA z 15.02.2000 r. wynika, że tak. Taki sam pogląd prezentuje T. Woś¹⁷⁵. Odmienny pogląd prezentuje M. Wolanin, zdaniem którego takie ujęcie wykładni omawianego przepisu prowadziłyby do wniosku, że „zawarte w nim odesłanie jest zbędne, skoro i tak ustawodawca musiałby w odrębnej ustawie wyraźnie wskazywać na dopuszczalność wywłaszczenia, tak jak i na dopuszczalność stosowania innych

¹⁷¹ T. Grossmann: Pojęcie inwestycja celu publicznego w dziedzinie łączności, PiP Nr 9/2005, s. 81.

¹⁷² WSA w Warszawie w wyroku z 9.02.2007, IV SA/Wa 2339/2006, LEX nr 319125 stoi na stanowisku, iż „budowa elektrowni wiatrowej, a zatem wykorzystującej siłę wiatru nie jest inwestycją celu publicznego w rozumieniu przepisu art. 6 pkt. 2 u.g.n. Do celów publicznych - w myśl tego przepisu zaliczono jedynie urządzenia służące do przesyłania energii elektrycznej nie zaliczając do nich urządzeń do jej wytwarzania”.

¹⁷³ M. Szalewska, jw., str. 102.

¹⁷⁴ Szachułowicz, Krassowska, Łukaszevska, jw., str. 25.

¹⁷⁵ T. Woś: Wywłaszczenie nieruchomości i ich zwrot, Wyd. 3, Warszawa 2007, s. 58: „wywłaszczenie nieruchomości na cele inne niż określone w art. 6 pkt. – 9b u.g.n. jest dopuszczalne tylko wówczas gdy szczegółowy przepis ustawy stanowi *expressis verbis*, że dla realizacji określonego w nim, konkretnie wskazanego celu publicznego może nastąpić wywłaszczenie nieruchomości”.

czynności lub instytucji określonych w u.g.n.”¹⁷⁶. Identyczny pogląd prezentuje M. Szalewska¹⁷⁷. Należy więc uznać, iż interpretacja art. 6 ust. 10 u.g.n., polegająca na wyrażaniu *expressis verbis* w zapisach ustawowych, możliwości dokonania wyłączenia na dany cel publiczny jest bezcelowa, ponieważ zgodnie z obowiązującym stanem prawnym nie ma aktu prawnego, który zawiera normę dopuszczającą *expressis verbis* wyłączenie, a który nie zawierałby odesłania do art. 6 u.g.n.¹⁷⁸.

Obiektywne podejście do pojęcia celu publicznego jest więc wciąż głęboko zakorzenione w polskim ustawodawstwie i na dzień dzisiejszy nie ma miejsca na debatę czy jakakolwiek działalność ma charakter celu publicznego czy też nie. Aby taka działalność mogła stać się celem publicznym w rozumieniu przepisów u.g.n., musi zostać wyrażona w akcie rangi ustawowej¹⁷⁹.

¹⁷⁶ M. Wolanin, glosa do wyroku NSA z 15.02.2000, SA/Bk 901/99, OSP Nr 4/2001, poz. 61: „konstytucyjna zasada dopuszczalności wyłączenia (...) nie wymaga, aby jeden przepis definiował zarówno cel, jak i dopuszczalność wyłączenia na jego realizację. Tym samym należy uznać za dopuszczalne wyłączenie praw rzeczowych tylko na ustawowo zdefiniowane cele publiczne, bez konieczności każdorazowego określania w drodze ustawy (zawierającej definicję celu publicznego) możliwości wyłączenia dla pozyskania nieruchomości na jego realizację. O ile (...) nie można dokonać wyłączenia bez wyraźnego ustawowego określenia danego celu mianem celu publicznego, o tyle nie wydaje się prawnie uzasadnione ograniczanie stosowania art. 6 pkt 10 u.g.n. tylko do tych celów publicznych określonych w odrębnej ustawie, która to ustawa dopuszcza zarazem *expressis verbis* wyłączenie”.

¹⁷⁷ M. Szalewska, jw., s. 104: „przyjęcie tezy o konieczności wyraźnego ustawowego dopuszczenia wyłączenia na cel publiczny wskazany w odrębnej ustawie, powinno mieć analogiczne zastosowanie również do pozostałych czynności, dokonywanych w oparciu o przepisy ustawy o gospodarce nieruchomościami, w których kryterium celu publicznego odgrywa jakiegokolwiek znaczenie. Przyjęcie z kolei takiego rozwiązania wskazywałoby na całkowitą zbędność regulacji zawartej w art. 6 pkt. 10, skoro i tak ustawodawca musiał by w odrębnej ustawie wyraźnie wskazywać na dopuszczalność wyłączenia, tak jak i na dopuszczalność stosowania innych czynności lub instytucji określonych w ustawie o gospodarce nieruchomościami”.

¹⁷⁸ M. Gdesz, Cel publiczny, jw., str. 19.

¹⁷⁹ Podobny pogląd prezentuje M. Wolanin, Ustawa o gospodarce..., jw., według którego „sformułowanie zawarte w art. 10 posiada trojakić znaczenie – pierwsze to, że w ramach u.g.n. cele publiczne określone są tylko w art. 6, drugie to, że katalog celów publicznych w art. 6 jest otwarty i trzecie, że inne cele publiczne dla zastosowania przepisów u.g.n. w tym wyłączenia mogą być określone tylko w drodze ustawy, nie jest dopuszczalne określenie celu publicznego w akcie prawnym innego rodzaju aniżeli ustawa. Ustawa taka powinna określać ten cel co najmniej w taki sam sposób jak u.g.n. Celem publicznym w rozumieniu pkt. 10 będzie tylko taki cel określony w innej ustawie, którego definicja będzie zawierała elementy takie jak: określenie przedmiotu (obiekt, urządzenie), określenie charakteru (cel publiczny) oraz odesłanie do u.g.n. (w rozumieniu u.g.n.). Zdaniem tego autora nie można zatem przyjąć za cel publiczny takiego celu, który byłby określony w

2.2 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej

Tak jak wiele konstytucji państw demokratycznych, polska Konstytucja z 2.04.1997 r.¹⁸⁰ stanowi w art. 21 ust. 2, iż „wywłaszczenie jest dopuszczalne jedynie wówczas, gdy jest dokonywane na cele publiczne i za słusznym odszkodowaniem”. Powyższy przepis odzwierciedla ogólną tendencję konstytucji państw demokratycznych do ochrony podstawowych praw człowieka i wolności, wśród których pierwszorzędną rolę odgrywa prawo własności.

Podobne uregulowania zawierają konstytucje innych państw. Konstytucja Republiki Federalnej Niemiec z 23.05.1949 r. w art. 14 ust. 3 stanowi m. in., iż „własność zobowiązuje i korzystanie z niej winno zarazem służyć dobru ogółu oraz, że wywłaszczenie jest dopuszczalne tylko dla dobra ogółu. Może ono nastąpić tylko przez ustawę lub na podstawie ustawy, która reguluje sposób i rozmiar odszkodowania”¹⁸¹. Z kolei Konstytucja Stanów Zjednoczonych z 17.09.1787 r. w Poprawce V uchwalonej przez Kongres 25.08.1789, ratyfikowanej 15.12.1791 r. mówi wprost, iż „własność prywatną można przejąć na użytek publiczny tylko za sprawiedliwym odszkodowaniem”¹⁸².

Szeroko rozumiany cel publiczny uzasadniający wywłaszczenie przybiera w konstytucjach innych państw formę:

1. interesu publicznego lub społecznego (Włochy — art. 42 ust. 3 Konstytucji z 27.12.1947 r.¹⁸³, Dania - § 73 ust. 1 Konstytucji z 5.06.1953 r.¹⁸⁴, Hiszpania - art. 33

innym akcie prawnym, chociażby wydanym na podstawie ustawy (np. art. 13 ust. 4 Ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym). Za cel publiczny nie można również przyjąć celów definiowanych wyłącznie na potrzeby innych ustaw (np. art. 13 ust. 3 U.p.z.p.). O ile każda działalność państwa lub gminy musi posiadać swoje źródło w ustawie, o tyle nie każda działalność może być uznana za cel publiczny w rozumieniu u.g.n”.

¹⁸⁰ Dz.U. nr 78/1997, poz. 483 ze zm.

¹⁸¹ Tekst dostępny na stronie www.libr.sejm.gov.pl oraz http://www.gesetze-im-internet.de/gg/art_14.html: “(1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.(2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.(3) Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen”.

¹⁸² Źródło: www.libr.sejm.gov.pl: “(...) nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”

¹⁸³ Źródło: www.libr.sejm.gov.pl: „Własność prywatna może być, w sytuacjach przewidzianych przez ustawę i z zastrzeżeniem odszkodowania, wywłaszczona ze względu na interes ogólny”.

- ust. 3 Konstytucji z 27.08.1992 r.¹⁸⁵, Chorwacja — art. 50 ust. 1 Konstytucji z 22.12.1990 r.¹⁸⁶; Czechy — art. 11 ust. 4 Karty Podstawowych Praw i Wolności¹⁸⁷, Ukraina — art. 41 ust. 5 Konstytucji z 28.06.1996 r.¹⁸⁸, Grecja — art. 17 ust. 2 Konstytucji z 9.06.1975 r.¹⁸⁹);
2. konieczności publicznej (Francja — art. XVII Deklaracji praw człowieka i obywatela z 26.08.1789 r.¹⁹⁰; Rumunia — art. 41 ust. 3 Konstytucji z 21.11.1991 r.¹⁹¹);
 3. użyteczności publicznej (Japonia — art. 29 ust. 3 Konstytucji z 31.11.1946 r.¹⁹²);
 4. potrzeby społeczeństwa (Estonia — § 32 ust. 1 Konstytucji z 28.06.1992 r.¹⁹³);
 5. celów państwowych (Rosja — art. 35 ust. 3 Konstytucji z 12.12.1993 r.¹⁹⁴).

¹⁸⁴ Źródło: www.libr.sejm.gov.pl: „Prawo własności jest nienaruszalne. Nikt nie może zostać zmuszony do wyrzeczenia się swej własności, chyba że wymaga tego interes publiczny. Może to nastąpić tylko wówczas, gdy przewiduje to ustawa i za pełnym odszkodowaniem”.

¹⁸⁵ Źródło: www.libr.sejm.gov.pl: „Nikt nie może być pozbawiony mienia i praw inaczej niż z powodów usprawiedliwionych względami użyteczności publicznej lub interesu społecznego, za odpowiednim odszkodowaniem i zgodnie z postanowieniami ustaw”.

¹⁸⁶ Źródło: www.libr.sejm.gov.pl: „W interesie Republiki Chorwacji własność można ograniczyć lub jej pozbawić za zwrotem wartości rynkowej”.

¹⁸⁷ Źródło: www.libr.sejm.gov.pl: „Wywłaszczenie lub przymusowe ograniczenie prawa własności jest dopuszczalne tylko w interesie publicznym, na podstawie ustawy i za odszkodowaniem”.

¹⁸⁸ Źródło: www.libr.sejm.gov.pl: „Przymusowe wywłaszczenie dotyczące obiektów prywatnej własności można stosować tylko wyjątkowo w przypadkach koniecznych ze względu na interes społeczny, na podstawie i w trybie, określonym w ustawie oraz pod warunkiem uprzedniego i pełnego odszkodowania. Przymusowe wywłaszczenie takich obiektów z pełnym odszkodowaniem w terminie późniejszym, dopuszcza się tylko w warunkach stanu wojennego lub wyjątkowego”.

¹⁸⁹ Źródło: www.libr.sejm.gov.pl: „Nikt nie może być pozbawiony swojej własności, chyba że w należycie uzasadnionym interesie publicznym”.

¹⁹⁰ Źródło: www.libr.sejm.gov.pl: „Własność jest prawem nietykalnym i świętym, nikt nie może być go pozbawiony, z wyjątkiem przypadku, gdy wymaga tego konieczność publiczna prawnie uznana, ale pod warunkiem słusznego i wypłaconego z góry odszkodowania”.

¹⁹¹ Źródło: www.libr.sejm.gov.pl: „Nikt nie może zostać wywłaszczony, z wyjątkiem sytuacji konieczności publicznej, określonej zgodnie z ustawą oraz za sprawiedliwym i uprzednim odszkodowaniem”.

¹⁹² Źródło: www.libr.sejm.gov.pl: „Własność prywatna może być przejęta na użytek publiczny wyłącznie za słusznym odszkodowaniem”.

¹⁹³ Źródło: www.libr.sejm.gov.pl: „Własność jest nienaruszalna i podlega ochronie. Pozbawienie własności bez zgody właściciela jest dopuszczalne tylko w przypadkach i w trybie określonym w ustawie na potrzeby publiczne oraz za sprawiedliwym i natychmiastowym odszkodowaniem. Każdy, kogo majątek został bez jego zgody poddany wywłaszczeniu, ma prawo zwrócić się do sądu i zakwestionować wywłaszczenie majątku, jak też charakter lub wysokość odszkodowania”.

Pewne różnice natomiast zawiera Konstytucja Szwecji z 1.01.1975 r., w której skład wchodzi cztery oddzielne dokumenty, wśród których „Akt o formie rządów” z 1974 r. w art. 18 stanowi m. in., iż „Prawo własności każdego jest zagwarantowane w ten sposób, że nikt nie może zostać wywłaszczony, bądź zmuszony zrzec się swojej własności na rzecz instytucji publicznych, bądź osób prywatnych oraz tolerowania ograniczeń nałożonych przez instytucje publiczne dotyczących użytkowania nieruchomości (grunty, budynki), chyba, że z przeznaczeniem na cel publiczny”¹⁹⁵. Konstytucja szwedzka ustanawia zatem obowiązek wypłaty odszkodowania w przypadku działań władzy publicznej skutkującym bezpośrednio pozbawieniem własności oraz tzw. faktycznego wywłaszczenia. Pod tym pojęciem mieściłyby się przejawy ingerencji skutkujące naruszeniem istoty prawa własności, którym nie towarzyszyłoby formalne odjęcie (odebranie) tego prawa¹⁹⁶.

Wszystkie z podanych konstytucji nie wymieniają wprost katalogu celów publicznych legitymizujących wywłaszczenie, żadna z nich nie zawiera ponadto legalnej definicji celu publicznego. Wynika to z faktu, iż szczegółowe określenie celów publicznych w samej

¹⁹⁴ Źródło: www.libr.sejm.gov.pl: „Nikt nie może zostać pozbawiony swojego mienia inaczej, jak tylko na mocy wyroku sądowego. Przymusowe wywłaszczenie na cele państwowe może być dokonane wyłącznie pod warunkiem uprzedniego i równowartościowego odszkodowania”.

¹⁹⁵ Źródło: www.libr.sejm.gov.pl oraz www.riksdagen.se: “The property of every citizen shall be so guaranteed that none may be compelled by expropriation or other such disposition to surrender property to the public institutions or to a private subject, or tolerate restriction by the public institutions of the use of land or buildings, other than where necessary to satisfy pressing public interests. A person who is compelled to surrender property by expropriation or other such disposition shall be guaranteed compensation for his loss. Such compensation shall also be guaranteed to a person whose use of land or buildings is restricted by the public institutions in such a manner that ongoing land use in the affected part of the property is substantially impaired, or injury results which is significant in relation to the value of that part of the property. Compensation shall be determined according to principles laid down in law. There shall be access for all to the natural environment in accordance with the right of public access, notwithstanding the above provisions”.

¹⁹⁶ M. Szewczyk, Ingerencja publicznoprawna w prawo własności jednostki w demokratycznym państwie prawnym [w:] Jednostka w demokratycznym państwie prawa, red. J. Filipek, Bielsko-Biała 2003: „Faktyczne wywłaszczenie może występować zwłaszcza przy nowelizacji, bądź uchwalenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Będzie tak się działo wówczas, kiedy owa nowelizacja, bądź zmiana planu doprowadzi do tego, że właściciel utraci możliwość korzystania ze swej nieruchomości w sposób dotychczasowy lub zgodny z dotychczasowym przeznaczeniem albo gdy w sposób drastyczny organ dysponujący władztwem planistycznym mu taką możliwość ograniczy. Tak będzie zwłaszcza wówczas gdy na mocy nowego lub znowelizowanego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego na określonym obszarze zostanie wprowadzony zakaz zabudowy albo gdy dany obszar objęty planem zostanie zarezerwowany na realizację celów publicznych”.

Konstytucji jest niemożliwe do wykonania, stąd sama formuła dopuszczalności wywłaszczenia na cele publiczne powinna zostać zawężona do wskazania, iż są to ważne cele publiczne i określone ustawą¹⁹⁷.

Polska Konstytucja z 1997 r. łączy wywłaszczenie z ingerencją publiczną, służącą osiągnięciu celu publicznego. Zgodnie z treścią art. 21 ust. 2 Konstytucji RP jest to jedyny cel, który może usprawiedliwić wywłaszczenie i pozwala traktować je jako dopuszczalne, a w dalszej konsekwencji i legalne. Oznacza to, że Konstytucja wyklucza możliwość stosowania instytucji wywłaszczenia do osiągnięcia celów, których nie można traktować jako celów publicznych i stanowi zabezpieczenie dla właścicieli wywłaszczonych nieruchomości przed władczą ingerencją podmiotów publicznoprawnych, mogącą się przejawiać się między innymi w dowolnym ustalaniu wysokości odszkodowania czy dokonywaniu wywłaszczeń na inne cele niż w nim wskazane¹⁹⁸. Powołany art. 21 ust. 2 Konstytucji RP nie precyzuje też zawartych w nim pojęć, jak również nie wskazuje, czy stanowią one elementy składające się na istotę wywłaszczenia czy też tylko przesłanki (warunki), które powinny towarzyszyć zgodnemu z prawem wywłaszczeniu¹⁹⁹. Odpowiedź na to zagadnienie można znaleźć w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, zdaniem którego literalne brzmienie art. 21 ust. 2 Konstytucji RP wyraźnie wskazuje, iż cel publiczny stanowi kryterium dopuszczalności wywłaszczenia, nie będąc elementem konstrukcji samego pojęcia wywłaszczenia²⁰⁰. Tak więc, realizacja celu publicznego oraz zagwarantowanie słusznego odszkodowania stanowi niezbędną przesłankę konstytucyjnej dopuszczalności każdego wywłaszczenia, nie stanowiąc jego istoty²⁰¹.

Przepis ten niewiele również odbiega swoją treścią od dotychczas unormowanej instytucji wywłaszczenia (choćby w art. 7 tzw. „Małej Konstytucji” z 17.10.1992 r.²⁰²). W literaturze podnosi się, iż zamieszczenie w ustawie zasadniczej klauzuli wywłaszczenia,

¹⁹⁷ B. Banaszak: Prawo konstytucyjne, Warszawa 1999 r., s. 196 oraz M. Szalewska, jw., s. 94. Zdaniem B. Banaszaka „sama Konstytucja powinna jeśli już nie zdefiniować co rozumie pod pojęciem celów publicznych, to przynajmniej wyraźnie wskazać, iż chodzi tu o dobro ogółu. Zapobiegałoby to ewentualnym pochopnym wywłaszczeniom lub wywłaszczeniom pozornym, z ukrytym zamiarem przekazania wywłaszczonego dobra określonym podmiotom, nie realizującym celów publicznych związanych z dobrem ogółu”.

¹⁹⁸ M. Szewczyk, Ingerencja publicznoprawna..., jw.

¹⁹⁹ T. Woś, jw. s. 41.

²⁰⁰ Wyrok TK z 12.04.2000, K 8/98, OTK Nr 3/2000, poz. 87.

²⁰¹ Wyrok TK z 14.02.2000, P 5/99, OTK Nr 2/2000 r., poz. 60.

²⁰² Ustawa Konstytucyjna z 17.10.1992 o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym, Dz.U. nr 84/1992, poz. 426 ze zm., uchylony.

dopuszczającej jego dokonanie pod warunkiem istnienia „celu publicznego” może oznaczać swego rodzaju pogorszenie praktyki legislacyjnej wobec dotychczasowej regulacji ustawowej (np. ustawy o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości), która cele wywłaszczenia formułowała wyraźnie konkretniej. Również zakres uznania administracyjnego w podejmowanej w celu wywłaszczenia decyzji może być zbyt duży, co może naruszać ideę państwa prawnego²⁰³. Powyższe wątpliwości wynikają z faktu, iż do momentu uchwalenia Konstytucji z 1997 r. wywłaszczenie na cele publiczne było normowane w sposób całościowy w regulacjach rangi ustawowej, natomiast Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 22.07.1952 r.²⁰⁴ w ogóle nie wspominała o istnieniu po stronie państwa „celu publicznego” przy dokonywaniu wywłaszczeń, stwierdzając jedynie ogólnikowo, iż państwo „ochrania indywidualną własność”. Z chwilą uchwalenia obowiązującej Konstytucji nastąpił dualizm „celów publicznych”, normowanych zarówno w niej samej, jak i w ustawach – głównie w u.g.n. Taki zabieg ustawodawcy nie może być oceniany krytycznie, gdyż jak zostało zilustrowane wyżej, konstytucyjna klauzula „celów publicznych” nie odbiega swym charakterem od uregulowań reszty państw demokratycznych, natomiast znaczenie prawne art. 21 ust. 2 Konstytucji przejawia się w tym, że narzuca on kierunek wykładni przepisów regulujących instytucję wywłaszczenia, zawartych w ustawach zwykłych²⁰⁵. Zgodnie z orzecnictwem Trybunału Konstytucyjnego przy wykładni pojęć konstytucyjnych nie mogą mieć znaczenia wiążącego i przesądzającego o sposobie ich interpretacji definicje formułowane w aktach niższego rzędu. Proces interpretacji pojęć konstytucyjnych powinien przebiegać w odwrotnym kierunku, tj. przepisy konstytucyjne winny narzucać sposób i kierunek wykładni postanowień, zawartych w innych aktach normatywnych. Tak więc normatywną podstawą dla określenia zakresu art. 21 ust. 2 Konstytucji, winny być przede wszystkim postanowienia konstytucyjne, nie zaś uregulowania zawarte w ustawach zwykłych²⁰⁶. Należy zatem przyjąć, że dla określenia treści i zakresu pojęcia „celu publicznego”, użytego w art. 21 ust. 2 Konstytucji RP podstawowe znaczenie mają pozostałe przepisy tej Konstytucji oraz zasady z niej wynikające, natomiast nie można znaczenia pojęć konstytucyjnych wyprowadzać z treści aktów niższej rangi, jeżeli nie zostało

²⁰³ Konstytucje Rzeczypospolitej, komentarz do Konstytucji RP z 1997 r., red. J. Boć, Wrocław 1998 r. s. 57.

²⁰⁴ Tekst jedn. Dz.U. nr 7/1976, poz. 36, uchylony.

²⁰⁵ M. Szalewska, jw., s. 95.

²⁰⁶ Wyrok TK z 14.03.2000, P 5/99, OTK Nr 2/2000, poz. 60 oraz z 12.04.2000, K 8/98, OTK Nr 3/2000, poz. 87.

to w wyraźny sposób wskazane przez ustawodawcę²⁰⁷.

Oprócz art. 21 ust. 2 w Konstytucji funkcjonują jeszcze inne przepisy dotyczące ochrony własności tj. art. 64 ust. 3²⁰⁸ oraz art. 31 ust. 3²⁰⁹. Należy więc rozważyć czy konstytucyjne pojęcie „celów publicznych” może odnosić się także do powołanych przepisów, przy czym art. 31 ust. 3 dotyczy dopuszczalności we wprowadzaniu ograniczeń w korzystaniu m.in. z konstytucyjnych wolności i praw, wśród których ustawodawca umieścił własność w art. 64.

W wyroku z 11.05.1999 r.²¹⁰ Trybunał Konstytucyjny podniósł, że art. 64 ust. 3 Konstytucji RP pełni podwójną rolę. Po pierwsze, stanowi jednoznaczną i wyraźną konstytucyjną podstawę wprowadzania ograniczeń prawa własności, po drugie, zawarte w nim przesłanki dopuszczalności ograniczenia własności mogą stanowić zarówno formalne jak też materialne kryterium dla kontroli dokonanych przez prawodawcę ograniczeń. Z kolei art. 31 ust. 3 Konstytucji RP formułuje kumulatywnie ujęte przesłanki dopuszczalności ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności. Są to: ustawowa forma ograniczenia; istnienie konieczności wprowadzenia ograniczenia w demokratycznym państwie; funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wartości (bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób) oraz zakaz naruszania istoty danego prawa i wolności²¹¹. Ograniczenie w korzystaniu z konstytucyjnego prawa do własności może więc polegać na pozbawieniu tego prawa, gdy wymagają tego okoliczności określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, przy zachowaniu zasady proporcjonalności²¹². Zastawienie treści art. 64 ust. 3 z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP powoduje, że art. 31 ust. 3 Konstytucji RP powinien względem art. 64 ust. 3 spełniać rolę podstawową, natomiast art. 64 ust. 3 Konstytucji RP należy traktować wyłącznie jako konstytucyjne potwierdzenie

²⁰⁷ M. Szalewska, jw., s. 95.

²⁰⁸ „własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza ona istoty prawa własności”

²⁰⁹ „ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”

²¹⁰ K 13/98, OTK Nr 4/1999, poz. 74.

²¹¹ T. Woś, jw., s. 36.

²¹² M. Wolanin: Cel publiczny jako normatywne kryterium oddziaływania na stosunki cywilnoprawne w gospodarce nieruchomościami, Nieruchomości, Nr 9/2009.

dopuszczalności wprowadzania ograniczeń tego prawa. Wynika to z faktu, że art. 64 ust. 3 Konstytucji RP nie zawiera w swojej treści wskazania wartości i dóbr, których ochrona przemawia za uznaniem dopuszczalności ingerencji w prawa właściciela. Określenie to ogranicza się wyłącznie do wskazania przesłanki formalnej (wymóg ustawy) oraz zakreslenia maksymalnej granicy ingerencji (zakaz naruszania istoty prawa własności)²¹³.

W doktrynie brak jest jednolitego stanowiska co do związku art. 21 ust. 2 z art. 31 ust. 3 oraz art. 64 ust. 3 Konstytucji RP. Z jednej strony podkreśla się, że art. 21 ust. 2 nie może być uznawany za *lex specialis*, wykluczając w sposób całkowity zastosowanie innych przepisów Konstytucji, co powoduje, że należy go odczytywać w powiązaniu z innymi jej postanowieniami, przede wszystkim z art. 64 ust. 3 i art. 31 ust. 3. W konsekwencji prawo własności może być ograniczone zarówno ze względu na cele publiczne, o których mowa w art. 21 ust. 2 Konstytucji RP, jak również ze względu na cele określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Samo wywłaszczenie zostało zaś uznane za szczególny rodzaj ograniczenia, o którym mowa w art. 64 ust. 3 Konstytucji RP, a w konsekwencji również do wywłaszczenia ma zastosowanie wymóg podstawy ustawowej i zasada proporcjonalności²¹⁴. Zgodnie z przeciwstawnym stanowiskiem, art. 64 ust. 3 Konstytucji RP nie może być odczytywany jako swego rodzaju komentarz do art. 21 ust. 2 Konstytucji RP, gdyż znajduje on zastosowanie tylko do sytuacji, w których ograniczenie własności nie narusza jej istoty²¹⁵. Z kolei wywłaszczenie jako typowy przykład władczej ingerencji w prawo własności bezspornie narusza jego istotę²¹⁶. Tym samym art. 64 ust. 3 Konstytucji reguluje zupełnie inną problematykę, niż wywłaszczanie nieruchomości i zarówno ten przepis jak i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP nie mogą stanowić podstawy do wyciągnięcia wniosku o konieczności

²¹³ T. Woś, jw., s. 37.

²¹⁴ L. Garlicki: Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 1997, s. 15, B. Banaszkiewicz: Konstytucyjne prawo do własności, Warszawa 2001, s. 28. oraz M. Wolanin, Cel publiczny, jw.

²¹⁵ M. Szalewska, jw., s. 96 oraz M. Szewczyk, Ingerencja..., jw., s. 657.

²¹⁶ W kwestii tej wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 14.03.2000 r., P 5/99, OTK Nr 2/2000, podnosząc, iż „skoro więc, art. 64 ust. 3 Konstytucji formułuje granice dopuszczalnej ingerencji w treść prawa własności, to tym samym nie jest on adekwatny dla oceny konstytucyjnej dopuszczalności instytucji wywłaszczenia, w której immanentnie mieści się element naruszenia istoty własności. Uwzględnienie unormowania problematyki wywłaszczenia zawartego w art. 21 ust. 2 Konstytucji, prowadzić musi do wniosku, iż nie jest zasadna taka interpretacja przepisów formułujących przesłanki dopuszczalnego ograniczenia prawa własności (przede wszystkim art. 64 ust. 3), której celem byłoby rozszerzenie ich zastosowania (np. poprzez argumentację *a minori ad maius*) także na zagadnienie całkowitego odjęcia własności”.

wyłączonego ustawowego definiowania celów publicznych²¹⁷.

Należy więc przychylić się do drugiego stanowiska. Po pierwsze, porównując art. 21 ust. 2 z art. 64 Konstytucji RP należy wskazać, iż przepis ten znajduje się w rozdziale pierwszym („Rzeczpospolita”), określającym zasady ustrojowe Państwa Polskiego, co powoduje, że posiada on szerszy zakres, niż powołany art. 64 ust. 3. Po drugie, w odróżnieniu od art. 21 ust. 2, w art. 64 ust. 3 ustawodawca nie określił celu dla którego dopuszczalne jest ograniczenie prawa. Po trzecie, w odróżnieniu od art. 64 ust. 3, pojęcie „własności”, zawarte w art. 21 ust. 2 Konstytucji RP, obejmuje szerszy zakres znaczeniowy własności, niż własność w postaci różnorodnych interesów majątkowych, której istota nie może zostać naruszona. Norma zawarta w art. 21 ust. 2 posługuje się ogólnym pojęciem własności. Z kolei art. 64 posługuje się pojęciem własności w trzech znaczeniach. W ust. 2 przepis ten powołuje się na „własność i inne prawa majątkowe”, a więc na własność w znaczeniu ekonomiczno-prawnym. W ust. 3 przepis art. 64 używa pojęcia „własność” dwa razy – na określenie sytuacji, kiedy może zostać ona ograniczona oraz charakteryzując „istotę” prawa własności. W rezultacie nie wiadomo czy własność z art. 21 ust. 2 ma taką samą wartość jak w art. 64 ust. 3 Konstytucji RP. Dopuszczalne jest więc powiązanie art. 21 ust. 2 z dowolnym celem publicznym, który nie musi mieć powiązania z art. 31 ust. 3, ani z zasadą nienaruszalności „istoty prawa własności”, ustanowionej w art. 64 ust. 3 Konstytucji RP.

Skoro art. 21 ust. 2 Konstytucji pozostaje bez związku z art. 64 ust. 3, to na gruncie Konstytucji brak jest przepisów nakazujących ustawowe formułowanie celów publicznych. Jednak zdaniem M. Szalewskiej, wymóg ustawowego określenia celów publicznych może wynikać z zasady wyłączności regulacji ustawowej. Powołując się na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 9.11.1999 r., K 28/98²¹⁸, w którym Trybunał podniósł, że nie ma obecnie potrzeby stawiania pytania, czy dana materia musi być regulowana ustawowo (bo jest to zawsze konieczne w obrębie źródeł powszechnie obowiązującego prawa), natomiast pojawia

²¹⁷ Inaczej twierdzi M. Wolanin podnosząc, że „ustawowa konieczność ustalenia celów publicznych znajduje przy tym zakotwiczenie nie tylko w powołanym art. 31 ust. 3 i art. 64 ust. 3, ale także w konstytucyjnej formule państwa prawnego oraz w samej treści art. 21 ust. 2 Konstytucji RP. Jeżeli bowiem ograniczenie własności w ujęciu ekonomicznym może nastąpić na cele określone w art. 31 ust. 3 przy zachowaniu określoności tych celów w drodze ustawy, to tym bardziej cele publiczne wynikające z art. 21 ust. 2 Konstytucji RP mogą być określone tylko w ustawie z uwagi na ich charakter, jako stanowienie podstawy do wywłaszczenia prawa własności o szerszym zakresie znaczeniowym, niż tylko w znaczeniu ekonomicznym tej własności” - M. Wolanin, Cel publiczny...jw.

²¹⁸ Dz.U. nr 92/1999, poz. 1062.

się pytanie, jaka ma być szczegółowość (głębokość) regulacji ustawowej, a jakie materie wykonawcze można pozostawić rozporządzeniu, autorka ta stwierdza, że z samego faktu umiejscowienia art. 21 ust. 2 w rozdziale określającym podstawy ustrojowe Państwa Polskiego wynika, że „iż określenie istoty wyłączenia (poprzez ustalenie elementów podmiotowych i przedmiotowych) jak i przesłanek jego dopuszczalności, tj. celu publicznego i słusznego odszkodowania, może nastąpić wyłącznie w drodze ustawy”²¹⁹.

Należy zaznaczyć, iż wymóg ustawowego określenia celów publicznych wynika również przede wszystkim z wiążących Polskę postanowień Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności²²⁰, podpisanej przez Polskę wraz z jej przystąpieniem do Rady Europy 26.11.1991 r. i która weszła w życie z dniem ratyfikacji 19.01.1993 r., której art. 1 Pierwszego Protokołu²²¹ stanowi wyraźnie, iż „nikt nie może być pozbawiony swojej własności, chyba że (...) na warunkach przewidzianych przez ustawę (...)”.

²¹⁹ M. Szalewska, jw., s. 97.

²²⁰ Dz.U. nr 61/1993, poz. 284 ze zm.

²²¹ Sporządzonego w Paryżu w dniu 20 marca 1952 r., Polska ratyfikowała Protokół Nr 1 w dniu 10.10.1994, Dz.U. nr 36/1995 poz. 175.

3 Rozdział trzeci

Charakterystyka podstawowych pojęć prawnych

3.1 Definicja i zakres pojęcia „prywatyzacji”

Pojęcie „prywatyzacji” występuje głównie na gruncie prawa gospodarczego i w przeważającej mierze kojarzy się z prywatyzacją przedsiębiorstw państwowych i przekształceniami własnościowymi o podobnym charakterze. Stąd pojęcie to nie stanowiło przedmiotu szerszego zainteresowania doktryny prawa administracyjnego. W polskim porządku prawnym legalna definicja pojęcia „prywatyzacji” zawarta została w ustawie o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych²²² i dotyczy ona prywatyzacji, pojmowanej jako zjawisko gospodarcze. Zjawisko to stanowi element polityki liberalizacyjnej, realizowanej na całym świecie na rzecz restrukturyzacji gospodarek państw, które stają się niewydolne w związku ze zbytnim zaangażowaniem sektora usług publicznych.

Mozemy więc wyróżnić prywatyzację:

1. w sensie materialnym - polegającą na podejmowaniu działań ograniczających udział władz publicznych w działalności lub we własności zasobów na rzecz sektora prywatnego, najczęściej poprzez zbycie (sprzedaż) przedsiębiorstwa publicznego, odbywające się przez giełdę, na której sprzedaje się akcje jednoosobowej spółki Skarbu Państwa²²³. Zbycie to może mieć charakter całkowity, wtedy państwo traci kontrolę nad tym przedsiębiorstwem lub częściowy, które prowadzi do powstania przedsiębiorstwa z kapitałem mieszanym. W tym ostatnim przypadku dochodzi często do konfliktów interesów między dążeniem do maksymalizacji zysku, a wykonywaniem

²²² Ustawa z 30.08.1996, tekst jedn. Dz.U. nr 171/2002, poz. 1397 ze zm. Zgodnie z brzmieniem art. 1 ust 2 tej ustawy, prywatyzacja polega na „obejmowaniu akcji w podwyższonym kapitale zakładowym jednoosobowych spółek Skarbu Państwa powstałych w wyniku komercjalizacji przez podmioty inne niż Skarb Państwa lub inne niż państwowe osoby prawne, zbywaniu należących do Skarbu Państwa akcji w spółkach, a także na rozporządzaniu wszystkimi składnikami materialnymi i niematerialnymi majątku przedsiębiorstwa państwowego lub spółki powstałej w wyniku komercjalizacji na zasadach określonych ustawą przez: sprzedaż przedsiębiorstwa, wniesienie przedsiębiorstwa do spółki czy oddanie przedsiębiorstwa do odpłatnego korzystania”.

²²³ E. S. Savas: Prywatyzacja: klucz do lepszego rządzenia, PWE, 2002, s. 10.

zadań publicznych. Problem ten stanowi również mankament instytucji partnerstwa publiczno-prywatnego²²⁴.

2. w sensie formalnym - polegającą na zmianie sposobu wykonywania zadań publicznych przez państwo z bezpośredniego na pośredni, poprzez angażowanie podmiotów prywatnych. Udział podmiotów niepublicznych w realizacji zadań publicznych może nastąpić z mocy prawa, na podstawie aktu administracyjnego, bądź na podstawie umów. Celem jest redukcja zadań wykonywanych przez organy administracji publicznej i odciążenie budżetu publicznego. Nie oznacza to jednak, iż zadania tracą swój publiczny charakter, gdyż podmioty wykonujące zadania publiczne w formach prawa handlowego (spółki akcyjnej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością) poddane są regulacyjnej działalności organów administracji publicznej, ponieważ organy te nie zostały zwolnione z odpowiedzialności za realizację wyłączonych zadań²²⁵.

Podobna definicja prywatyzacji występuje na całym świecie, gdzie wyróżnia się prywatyzację:

1. w znaczeniu wąskim - oznaczającą przeniesienie z sektora publicznego do sektora prywatnego prawa własności przedsiębiorstw publicznych, czego obiektywny miernik stanowi redukcja udziału tych przedsiębiorstw w PKB danego kraju²²⁶.
2. w znaczeniu szerokim – oznaczającą nie tylko sprzedaż przedsiębiorstw państwowych, ale także proces zmiany roli państwa w życiu gospodarczym i społecznym danego kraju. Obejmuje ona tworzenie nowych przedsiębiorstw prywatnych (tzw. „grass-roots” albo „bottom-up privatisation”) i ich ekspansję w sektory gospodarki, zarezerwowane dotychczas wyłącznie dla państwa np. infrastruktura, bądź usługi²²⁷. Definicja ta składa się z trzech części – rezygnacji państwa z dostarczania towarów i usług, zwiększenia roli państwa w umożliwieniu rozwoju działalności sektora prywatnego (wzmocnienie rządów prawa, zapewnienie

²²⁴ E. Knosala: Zadania publiczne, formy organizacyjnoprawne ich wykonywania i nowe pojęcia – zakres niektórych problemów do dyskusji nad koncepcją systemu prawa administracyjnego [w:] Koncepcja systemu prawa administracyjnego, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007, s. 122.

²²⁵ E. Knosala, jw., s. 122-123.

²²⁶ Privatisation and regulation in developing countries and economies in transition. Report. United Nations, New York, 1999 r., <http://www.un.org>, s. 9.

²²⁷ Tamże.

infrastruktury, itp.) oraz prowadzenia przez państwo działalności regulacyjnej, potrzebnej do utrzymania uczciwej konkurencji, stabilności gospodarki, promowania wydajności i efektywności wśród przedsiębiorców. Prywatyzacja w znaczeniu szerokim jest ciągłym procesem politycznym, którego powodzenie warunkuje dokonanie wielu wewnętrznych reform m. in. reformy edukacji, instytucji rynku kapitałowego, wzmocnienie rządów prawa²²⁸.

Z powyższych definicji wynika, iż pojęcie prywatyzacji nie musi ograniczać się jedynie do zmiany właściciela przedsiębiorstw państwowych na podstawie ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych, ale może obejmować swoim zasięgiem wszelkie przejawy odstępowania przez podmioty administracji publicznej, działające w formach prawa publicznego od wykonywania zadań publicznych²²⁹. Prywatyzacja w takim ujęciu nie pociąga za sobą zmiany prawa własności majątku państwowego, lecz obejmuje zmianę sposobu realizacji zadań publicznych, do których na podstawie różnych ustaw zobowiązane są organy administracji państwowej i samorządowej. Prywatyzacja ta może polegać bądź na zmianie cech podmiotu wykonującego zadania publiczne (miejsce podmiotu publicznego zajmuje podmiot niepubliczny), bądź na zmianie formy wykonywania tych zadań - z form prawa publicznego (administracyjnego) na formy prawa prywatnego²³⁰.

Zdaniem S. Biernata takie podejście do prywatyzacji zadań publicznych może być rozumiane w dwojaki sposób²³¹:

1. jako „prywatyzowanie” czyli pewien proces oraz kierunek przekształceń dotychczasowego wykonywania zadań. Miejsce podmiotu prawa publicznego zajmuje podmiot prawa prywatnego (cywilnego lub handlowego);
2. jako wynik tego procesu, czyli nowy sposób wykonywania zadań publicznych, polegający na zmianie form wykonywania zadań od form prawa publicznego (administracyjnego) do form prawa prywatnego oraz zmianie charakteru stosunków rzeczowych, łączących podmioty wykonujące zadania publiczne z obywatelami.

Inny zaproponowany przez tego autora podział prywatyzacji zadań publicznych opiera się na kryterium przedmiotowym tj. w jakim stopniu państwo decyduje się na prywatyzację

²²⁸ Tamże.

²²⁹ S. Biernat, Prywatyzacja..., jw., s. 25.

²³⁰ Tamże, s. 26.

²³¹ Tamże.

realizacji zadań publicznych. Jak wskazuje S. Biernat, prywatyzacja jako proces jest stopniowalna, można mówić o większym lub mniejszym nasileniu prywatyzacji albo o tym, że prywatyzacja jest mniej lub bardziej zaawansowana. Stopniowalność ta jest jednak trudna do zmierzenia, bowiem nie da się skonstruować jednolitej skali, na której udałoby się umieścić w uporządkowanej kolejności poszczególne przejawy prywatyzacji – od bardziej do mniej zaawansowanej. Ma to związek z tym, że prywatyzacja obejmuje swym zakresem wiele zróżnicowanych procesów zachodzących w administracji publicznej, w różnych powiązaniach – zarówno zmian po stronie podmiotów wykonujących zadania, jak i form wykonywania zadań. W takim przypadku, zdaniem tego autora możemy wyróżnić²³²:

1. Prywatyzację *sensu stricte*, czyli pełną prywatyzację zadań publicznych. Pojawia się ona w sytuacji, kiedy państwo rezygnuje z wykonywania określonych zadań publicznych, które dotychczas do niego należały i jednocześnie zwalnia się z obowiązku ich realizacji. W takim przypadku zadania takie przestają być publicznymi. Przypadki pełnej prywatyzacji zadań publicznych zachodzą niezmiernie rzadko i są efektem rozstrzygnięć o charakterze politycznym, ekonomicznym, bądź społecznym;
2. Prywatyzację *sensu largo*, czyli prywatyzację pośrednią. Pojawia się ona w sytuacji, kiedy państwo zachowuje rolę organizatora lub inicjatora realizacji zadań publicznych, natomiast bezpośrednie wykonanie tych zadań powierzone zostaje podmiotom niepublicznym.

Zaproponowany przez S. Biernata podział prywatyzacji zadań publicznych, polegający bądź na zmianie cech podmiotu wykonującego zadania publiczne z publicznego na prywatny, bądź na zmianie formy wykonywania zadań publicznych, z form prawa publicznego (administracyjnego) na formy prawa prywatnego, znalazł akceptację u innych przedstawicieli doktryny.

Zdaniem A. Błasia, przez prywatyzację zadań publicznych rozumie się najczęściej „proces polegający na przekazywaniu podmiotom prywatnym zadań publicznych, przypisanych prawnie administracji rządowej i samorządowi terytorialnemu” i można wyróżnić²³³:

1. prywatyzację zadań publicznych w znaczeniu szerszym, polegającą na przekazywaniu

²³² Tamże, s. 27 – 30.

²³³ A. Błaś: *Formy działania administracji w warunkach prywatyzacji zadań publicznych*, [w:] *Administracja i prawo administracyjne u progu trzeciego tysiąclecia*, Materiały Konferencji Naukowej Katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego, Łódź 2000.

podmiotom prywatnym zadań publicznych przypisanych prawnie państwu, obejmującym np. niektóre funkcje prawodawcze, które w państwie tradycyjnie należą do władzy ustawodawczej oraz funkcje, które w państwie prawa, w konstytucyjnym podziale władz publicznych należą do władzy sądowniczej;

2. prywatyzację zadań publicznych w znaczeniu węższym, będącą procesem przekazywania podmiotom prywatnym zadań publicznych, przypisanych prawnie administracji rządowej i samorządowi terytorialnemu.

Zdaniem T. Bąkowskiego prywatyzacja realizacji zadań publicznych może także oznaczać m. in.²³⁴:

1. rezygnację państwa z ingerencji w sprawy objęte dotychczas regulacją prawną i mające przymiot zadań publicznych, poprzez pozostawienie ich realizacji podmiotom spoza systemu administracji publicznej lub szerzej podmiotom spoza systemu władzy w państwie;
2. przejście przez podmioty spoza systemu administracji publicznej realizacji celów nadal uznawanych przez państwo za cele publiczne, w tym zwłaszcza sytuację w której cele publiczne zostają powierzone osobom fizycznym lub osobom prawnym (np. spółkom prawa handlowego), bądź jednostkom organizacyjnym, które z uwagi na charakter prawny i cel działania funkcjonują w obrocie prywatnoprawnym, czy też podmiotom sprawującym funkcje społeczne np. stowarzyszenia.

Zdaniem tego autora, w obowiązującym porządku prawnym można wyróżnić dwa rodzaje prywatyzowania zadań publicznych²³⁵:

1. z mocy prawa poprzez powierzenie zadań publicznych podmiotom z mocy ustawy²³⁶;

²³⁴ T. Bąkowski: *Administracyjnoprawna sytuacja jednostki w świetle zasady pomocniczości*, Warszawa 2007, s. 184.

²³⁵ T. Bąkowski, *jw.*, s. 187.

1. ²³⁶ kierownikom zakładów, o których mowa w art. 18 ustawy z 10.04.1974 o ewidencji ludności i dowodach osobistych (tekst jedn. Dz.U. nr 139/2006, poz. 993 ze zm.) lub upoważnionym przez nich osobom oraz podmiotom wskazanym w art. 29-31 tej ustawy;
2. zakładowym komisjom ochrony środowiska oraz społecznym inspektorom ochrony środowiska do organizowania i przeprowadzania społecznej kontroli ochrony środowiska na terenie zakładu pracy (art. 45 ustawy z 3.10.2008 o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko, Dz.U. nr 199/2008 poz. 1227 ze zm.);
3. organizacjom zbiorowego zarządzania prawami autorskimi lub prawami pokrewnymi, w zakresie

2. na podstawie porozumienia, zawieranego między podmiotem administracji publicznej ustawowo umocowanym do realizacji celów publicznych, a podmiotem spoza systemu administracji publicznej, zainteresowanym realizacją celów publicznych lub na podstawie zezwolenia wydawanego zazwyczaj przez podmiot zamierzający scedować cele publiczne. Działanie takie jest dopuszczalne tylko na podstawie wyraźnego ustawowego upoważnienia (znajdującego się w ustawie o samorządzie gminnym, powiatowym i województwa, a także w ustawie o gospodarce komunalnej)²³⁷.

określonym w ustawie z 4.02.1994 o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn. Dz.U. nr 90/2006, poz. 631 ze zm.);

4. organizacjom konsumenckim, polegających na opiniowaniu spraw dotyczących kierunków działania na rzecz ochrony interesów konsumentów prowadzonych przez organy administracji rządowej i samorządowej, zgodnie z art. 45 ustawy z 16.02.2007, o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 50/2007, poz. 331 ze zm.);
5. spółkom wodnym i związkom wałowym w zakresie zaspokajania wskazanych ustawą z 18.07.2001 Prawo wodne (tekst jedn. Dz.U. z 2012, poz. 145.) potrzeb w dziedzinie gospodarowania wodami;
6. podmiotom świadczącym usługi pilotarzy na podstawie przepisów ustawy z 21.12.2000 o żegludze śródlądowej (tekst jedn. Dz.U. nr 123/2006, poz. 857 ze zm.);
7. polskiemu związkowi sportowemu właściwym w sprawach przyznawania licencji trenera i sędziego zgodnie z przepisami ustawy z 29.07.2005 o sporcie kwalifikowanym (Dz.U. nr 155/2005, poz. 1298, uchylony);
8. Polskiemu Czerwonemu Krzyżowi w zakresie organizowania i prowadzenia działalności humanitarnej i wychowawczej zgodnie z przepisami ustawy z 16.11.1964 o Polskim Czerwonym Krzyżu (Dz.U. nr 41/1964, poz. 276 ze zm.);
9. Społecznej inspekcji pracy w zakresie przewidzianym przepisami ustawy z 24.06.1983 o społecznej inspekcji pracy (Dz.U. nr 35/1983, poz. 163 ze zm.);
10. Polskiemu Związkowi Łowieckiemu w zakresie określonym przepisami ustawy z 13.10.1995 Prawo Łowieckie (tekst jedn. Dz.U. nr 127/2005, poz. 1066 ze zm.);
11. Geodecie w sprawach ustalania granic i zawierania ugody przed geodetą, stosownie do przepisów art. 31 ustawy z 17.05.1989 Prawo geodezyjne i kartograficzne (tekst jedn. Dz.U. nr 193/2010, poz. 1287 ze zm.);
12. Osobie wpisanej na listę izby samorządu zawodowego urbanistów albo architektów, w zakresie sporządzania projektów decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego oraz decyzji o warunkach zabudowy, zgodnie z przepisami art. 50 ust. 4 i art. 60 ust. 4 ustawy z 27.03.2003 o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. nr 80/2003, poz. 717 ze zm.).

²³⁷ w szczególności w sprawach:

1. zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków na podstawie ustawy z 7.06.2001 o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (tekst jedn. Dz.U. nr 123/2006, poz. 858 ze zm.);

Przy założeniu, że obecność podmiotów publicznych, realizujących cele publiczne jest prawnie dopuszczalna, zdaniem P. Wilczyńskiego zasadne jest wyróżnienie czterech typów obecności podmiotów niepublicznych w sferze administracji publicznej²³⁸:

1. współdomena – stan w którym podmiot niepubliczny działa w sferze celów administracji, choć nie wykonuje jej zadań, nie jest też wspierany przez podmioty należące do administracji. Zdaniem S. Biernata w pewnych okolicznościach ta postać prywatyzacji realizowania zadań publicznych będzie swoistym etapem przejściowym, w którym pozytywna ocena działań podmiotów niepublicznych może stać się podstawą przekazania im zadań publicznych do realizacji przy równoczesnym zwolnieniu podmiotów publicznych od działań w tym zakresie²³⁹;
2. wspieranie działalności podmiotów niepublicznych – stan, w którym podmiot niepubliczny działa w sferze celów administracji, choć nie wykonuje jej zadań, jego działalność jest jednak wspierana przez podmioty należące do administracji;
3. współuczestniczenie w realizacji zadań administracji publicznej – stan, w którym podmiotowi niepublicznemu powierzone zostało wykonywanie zadań administracji publicznej;
4. świadczenie usług przez podmioty publiczne - sytuacja kooperacji, polegająca na zleceniu przez podmioty publiczne świadczenia usług na rzecz adresatów działań administracji publicznej.

Zdaniem P. Wilczyńskiego na skutek faktu, iż w ujęciu funkcjonalnym podmiotem administracji publicznej jest każdy podmiot który wykonuje jej zadania, niemożliwym jest wyznaczenie trwałych i wyrazistych granic struktury administracji publicznej, a w konsekwencji ostateczne określenie, który z podmiotów dopuszczonych do wykonywania zadań administracji jest pomiotem tej administracji, a który nim nie jest²⁴⁰. Pogląd ten podziela M. Stahl podnosząc, iż niemożliwym jest jednoznaczne przesądzenie charakteru

2. odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych, ochrony przed bezdomnymi zwierzętami, prowadzenia schronisk dla bezdomnych zwierząt, a także grzebowisk i spalarni zwłok zwierzęcych i ich części na podstawie przepisów ustawy z 13.09.1996 o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jedn. Dz.U. z 2012, poz. 391);

3. ochrony zabytków i opieki nad zabytkami na podstawie przepisów ustawy z 23.07.2003 o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U. nr 162/2003, poz. 1568 ze zm.).

²³⁸ P. Wilczyński: Podmioty niepubliczne w sferze administracji publicznej, PiP Nr 2/2002, s. 49–62.

²³⁹ S. Biernat, jw., s. 56,

²⁴⁰ P. Wilczyński, jw., s. 56.

zadania publicznego i przypisanie go tylko jednemu określone podmiotowi. Jednoznaczne określenie kategorii podmiotów publicznych jest jej zdaniem niemożliwe do wykonania z uwagi na ich zróżnicowany charakter, w tym także podmiotów niepublicznych, które również nie stanowią jednolitej kategorii i posiadają zróżnicowane formy udziału w realizacji zadań publicznych. Sam udział w realizacji zadań publicznych nie może więc przesądzać o publicznym bądź niepublicznym charakterze określonego podmiotu ani o charakterze określonego celu czy interesu²⁴¹.

Na tej podstawie K. Bandarzewski wyróżnia prywatyzację zadań publicznych sprowadzającą się do²⁴²:

1. etapu konkretyzacji stosunku administracyjnoprawnego przez podmiot publiczny (tzw. prywatyzacja podmiotowa zadania publicznego) której przykład stanowi art. 39 ust. 4 ustawy o samorządzie gminnym²⁴³ uprawniający organ stanowiący gminy do upoważnienia organu wykonawczego jednostki pomocniczej oraz organów innych podmiotów do wydawania decyzji administracyjnych;
2. wydawania indywidualnego aktu administracyjnego (prywatyzacja formy działania). Polega ona na zastąpieniu publicznoprawnych form załatwiania spraw administracyjnych, mających zasadniczo charakter decyzji administracyjnych, przez dwustronne formy załatwiania spraw, właściwe prawu cywilnemu. W rezultacie załatwienie sprawy następuje w drodze czynności o charakterze dwustronnym, a pozycja obu stron jest równa lub zbliżona do równej. Zdaniem tego autora przykładem załatwienia sprawy w drodze umowy cywilnoprawnej jest wykonywanie zadania w zakresie gospodarki zasobem mieszkaniowym gminy – art. 5, 20-25 ustawy z 21.06.2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie kodeksu cywilnego²⁴⁴.

Autor ten podnosi również, iż każde odstępstwo od realizacji przez podmiot publiczny wyżej wymienionych elementów stanowi przejaw prywatyzacji zadań publicznych²⁴⁵. Z kolei L. Zacharko podnosi, iż prywatyzacja „oznacza twórczy proces w zakresie sposobu

²⁴¹ M. Stahl: Cele publiczne i zadania publiczne [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007, s. 103.

²⁴² K. Bandarzewski: *Prywatyzacja zadań publicznych* [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007, s. 334-335.

²⁴³ Ustawa z 8.03.1990, tekst jedn. Dz.U. nr 142/2001, poz. 1591 ze zm.

²⁴⁴ Tekst jedn. Dz.U. nr 31/2005, poz. 266 ze zm.

²⁴⁵ K. Bandarzewski, jw.

wykonywania zadań publicznych przez podmioty niepubliczne, przejmujące zadania dobrowolnie, a prowadzące je w interesie wyższym (ogólnym), nie zaś w interesie jednostkowym. Realizacja zadań odbywa się w formach i metodach prawa prywatnego (cywilnego lub handlowego)”²⁴⁶. Autorka ta wyróżnia dwa rodzaje zlecenia zadań administracji publicznej tj. wewnątrz administracji publicznej — między jej różnymi segmentami (zazwyczaj podmiotom administracji zdecentralizowanej), gdzie państwo przekazuje dodatkowe zadania jako zleczone oraz na zewnątrz administracji, tj. prywatyzacja administracji publicznej²⁴⁷.

Niniejsza praca obejmuje swoim zakresem prywatyzację realizacji celów publicznych, rozumianą jako sytuację, w której w miejsce podmiotu prawa publicznego wstępuje podmiot prawa prywatnego - cywilnego lub handlowego i przekazane zostają mu do realizacji cele publiczne. Zlecenie to odbywa się bądź na podstawie aktu administracyjnego lub w drodze zawierania umów cywilnoprawnych. Ten rodzaj prywatyzacji realizacji celów publicznych występuje najczęściej w praktyce, co zostanie wykazane przy omawianiu prywatyzacji konkretnych typów celów publicznych np. poprzez zastosowanie instytucji partnerstwa publiczno-prywatnego, sprowadzającej się najczęściej do udzielenia przez podmiot publiczny koncesji lub zezwoleń w drodze aktu administracyjnego, dopuszczającego podmioty prywatne do prowadzenia działalności, polegającej na realizacji celów publicznych. Także przepisy u.g.n. zawierają podstawy prawne do prywatyzacji realizacji celów publicznych w drodze aktów administracyjnych np. poprzez szczególny tryb wyłączenia, ustanowiony w art. 124 u.g.n., zezwalający staroście na wydanie decyzji, ograniczającej prawo własności nieruchomości w celu realizacji publicznej infrastruktury przesyłowej (art. 6 ust. 2 u.g.n.) przez podmiot prywatny, co wynika wprost z brzmienia art. 124 ust. 2 u.g.n.²⁴⁸. W wielu przypadkach można znaleźć upoważnienie do zawierania umów między organami administracji publicznej, a podmiotami prywatnymi np. umowa na odbieranie odpadów komunalnych, zawierana między gminą, a przedsiębiorcą, odbierającym odpady komunalne w trybie przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach²⁴⁹. Odnosząc się do powszechnie akceptowanego podziału S. Biernata, prywatyzacja ta opiera się więc na zmianie cech podmiotu, wykonującego zadania publiczne z publicznego na prywatny i stanowi

²⁴⁶ L. Zacharko, Prywatyzacja...jw., s. 20.

²⁴⁷ Tamże, s. 13.

²⁴⁸ „Starosta, wykonujący zadanie z zakresu administracji rządowej, udziela zezwolenia z urzędu albo na wniosek (...) innej osoby lub jednostki organizacyjnej”.

²⁴⁹ Ustawa z 13.09.1996, tekst jedn. Dz.U. z 2012, poz. 391.

jednocześnie prywatyzację *sensu largo*, w której państwo zachowuje rolę organizatora lub inicjatora prywatyzacji realizacji celów publicznych, ponosząc jednocześnie odpowiedzialność za ich zrealizowanie. Odpowiedzialność ta polega na tym, iż w miejsce dawnych czynności podejmowanych przez państwo, a polegających na organizacji wykonywania zadań i ich bezpośredniej realizacji przez organy administracji publicznej, zakłady bądź przedsiębiorstwa publiczne, wchodzi czynności polegające na nadzorze, kontroli czy wspieraniu podmiotów prywatnych.

Ten rodzaj prywatyzacji realizacji celów publicznych, poprzez powierzanie ich innym podmiotom (organizacjom społecznym, osobom fizycznym, osobom prawnym) może znaleźć swoje oparcie także w art. 20 Konstytucji RP²⁵⁰.

Opisana w niniejszej pracy praktyka zlecania podmiotom prywatnym realizacji zadań publicznych nie stanowi nowego rozwiązania prawnego, bowiem już J. S. Langrod wyróżniał podmioty prywatne, działające na zasadach współpracy z administracją publiczną. Autor określał te podmioty mianem „kolaborantów administracji”, związanych z administracją „węzłem wynikającym ze współpracy różnego rodzaju” np. powiązaniem kontraktowym, poprzez wykonywanie robót publicznych. Ponadto, jego zdaniem „służby publiczne mogą – choć wyjątkowo – być *ex lege* poddane prawu prywatnemu, czy to do całości ich aktywności (możliwy, choć niekonieczny, przejaw tzw. „komercjalizacji”), czy też do pewnych jej fragmentów (np. co do kupna pewnych nieruchomości inwentarzowych itp.) a – co najważniejsze, - z drugiej strony, aktywność administracyjna przybiera, coraz częściej formy odbiegające w różnym stopniu od reżimu odrębnego, a zbliżające się ku kształtom eksploatacji prywatnej (lub nawet pokrywające się z tą ostatnią)”²⁵¹. Nawet w poprzednim ustroju politycznym przyjmowano, że podmioty niebędące organami państwowymi mogą być włączane w procesy wykonywania administracji publicznej, co przybierało formę tzw. „zlecenia funkcji administracyjnych”, oznaczającą przeniesienie pewnych uprawnień, wykonywanych przez administrację w formach władczych, na podmioty nienależące do sektora administracji²⁵². Podmioty te, pełniąc tzw. „funkcje zleczone”, działały w imieniu państwa, a ich działania sankcjonowane były przymusem państwowym. Praktyka „zlecenia

²⁵⁰ „Społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej”.

²⁵¹ J. S. Langrod: Instytucje prawa administracyjnego. Zarys części ogólnej, 1948 - 1950, reprint, Kraków 2003, s. 222, 239.

²⁵² Z. Rybicki: Zarys prawa administracyjnego i nauki administracji, Warszawa 1984, s. 226.

funkcji administracyjnych” stosowana była między innymi w grupie przedsiębiorstw działających w sferze tzw. publicznych służb technicznych, do której należało między innymi przedsiębiorstwo „Polska Poczta Telegraf i Telefon”, wydające zezwolenia na użytkowanie aparatów radiowych i telewizyjnych²⁵³. Także obecnie podnosi się, iż „zlecenie funkcji administracji” polega na przyznaniu przez przepisy prawa podmiotowi niebędącemu częścią aparatu państwa, kompetencji do stosowania rozstrzygnięć jednostronnych. W praktyce oznacza to upoważnienie takiego podmiotu do wydawania aktów administracyjnych, choć nie czyni z niego organu administracji (ponieważ nadal zachowuje swój charakter prawny, a tylko w zakresie zlecenia działa jak organ publiczny)²⁵⁴.

Należy zastrzec, że prywatyzacja realizacji celów publicznych może mieć miejsce w tych dziedzinach, których przekazanie podmiotom prywatnym może odbyć się bez uszczerbku dla samego celu publicznego i prawnie zagwarantowanych interesów obywateli. Jeśli mamy do czynienia z liberalną formą sprawowania władzy, w której państwo pełni rolę „nocnego stróża”, lista celów publicznych mogących podlegać zjawisku prywatyzacji jest znacznie krótsza, niż w przypadku państwa opiekuńczego – tzw. „welfare state”, kładącego szczególny nacisk na rozwiązywanie problemów społecznych. Polska dokonała w tym względzie wyboru pośredniego, ponieważ po zmianie ustroju politycznego w 1989 r., natychmiastowe przejście do modelu pełnego liberalizmu było niemożliwe, gdyż społeczeństwo nie poniosłoby ciężaru deregulacji celów, których realizację gwarantowało państwo socjalistyczne²⁵⁵. Jak wykazano w części historycznej niniejszej pracy, liczba tych celów uległa za to znacznemu zmniejszeniu, co oznacza, że nowy porządek prawny nie uwzględnia ich w katalogu zadań przypisanych państwu, a część z tych celów uległa zjawisku dalszej prywatyzacji, w różnych formach (np. budowa dróg w trybie koncesji). Nie oznacza to jednak, iż obecne uregulowania w zakresie normatywnej definicji celu publicznego są satysfakcjonujące, co zostanie opisane w dalszej części pracy.

3.2 Charakterystyka pojęcia „celu publicznego”

Skonstruowanie wykładni pojęcia „celu publicznego” wiąże się z brakiem możliwości określenia jego granic tak, aby nie dochodziło do sytuacji, w której szeroko pojęty interes

²⁵³ Tak TK w wyroku z 16.03.2010, K 24/08, OTK-A Nr 3/2010 poz. 22.

²⁵⁴ M. Wierzbowski i A. Wiktorowska: *Prawo administracyjne*, Warszawa, 2009, s. 115.

²⁵⁵ M. Tabernacka, *The phenomenon of privatisation of public professions as one of the elements of political changes in Poland*, *Acta Universitatis Wratislaviensis*, Nr 16/2008.

państwa wchodzi w konflikt z interesem jednostki. Trudności w sformułowaniu legalnej definicji tego pojęcia wiążą się także z faktem, iż od momentu pierwszych kodyfikacji prawnych, większość norm nastawiona była na zabezpieczenie indywidualnych potrzeb człowieka w opozycji do interesów ogółu. Dotyczyło to zwłaszcza zasad na jakich dochodziło do zawłaszczania dóbr rzeczowych, dla których pierwszorzędną rolę odgrywała przede wszystkim instytucja prawa własności²⁵⁶. W miarę rozwoju cywilizacyjnego jednostka w celu zaspokojenia swych rosnących potrzeb coraz częściej zmuszona była korzystać z pomocy społeczeństwa, a swobody tej jednostki ulegały w konsekwencji uszczupleniu na rzecz wspólnoty w jakiej się znajduje²⁵⁷. Stąd od samego początku prawa własności towarzyszy szereg zasad na jakich dochodziło do jego ograniczeń. Podstawową z tych zasad był obowiązek zrzeczenia się prawa własności nieruchomości na rzecz realizacji celu publicznego. W ostatniej dekadzie na interpretację pojęcia „celu publicznego” olbrzymi wpływ miały procesy globalizacji, demokratyzacji, rozwój cywilizacyjny, w tym gwałtownie zmieniające się społeczeństwo ery informatycznej, wymogi opierania procesów gospodarczych – w warunkach ich koncentracji – na głębokiej wiedzy, procesy dostosowawcze (harmonizacja i zbliżanie) do prawa Unii Europejskiej i jego stosowanie oraz szeroko rozumiane przemiany ustrojowe w Polsce, w tym przekształcenia własnościowe i prywatyzacja zadań publicznych oraz realizowanie zasady subsydiarności²⁵⁸.

W obowiązującym systemie prawnym pojęcie „cel publiczny” zostało wprowadzone do polskiego języka prawnego w drodze nowelizacji ustawy o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości²⁵⁹, która zmieniła treść dotychczas obowiązującego art. 50, określającego przesłanki wywłaszczenia²⁶⁰. Do momentu powyższej zmiany przepis ten

²⁵⁶ A. Wasilewski: *Administracja wobec własności nieruchomości gruntowych*, Kraków 1972, s. 6.

²⁵⁷ E. Drozd, Z. Truskiewicz, jw., s. 206.

²⁵⁸ M. Stahl, *Cele publiczne...*, jw., s. 96.

²⁵⁹ Ustawa z 29.09.1990, Dz.U. nr 79/ 990, poz. 464 ze zm., uchylony.

²⁶⁰ Zgodnie ze zmianą wywłaszczenie mogło być zastosowane, jeżeli cele publiczne nie mogą być zrealizowane w inny sposób niż przez ograniczenie lub odjęcie prawa własności do nieruchomości na rzecz Skarbu Państwa lub na rzecz gminy, a nieruchomość nie może być nabyta w drodze umowy. Wywłaszczenie mogło być dokonywane na cele:

- 1) budowy i utrzymania dróg i urządzeń komunikacji publicznej, obiektów budowlanych i urządzeń koniecznych do zapewnienia łączności publicznej, ochrony środowiska, pomieszczeń dla urzędów publicznych, komunalnych ujęć wody, regulacji cieków i wznoszenia wałów przeciwpowodziowych,
- 2) budowy i utrzymania szkół podstawowych, szpitali, domów opieki społecznej, urządzeń sanitarnych i cmentarzy,

taksatywnie wymieniał cele na które może być wyłączone nieruchomości (m. in. obronność i bezpieczeństwo państwa, tworzenie stref ochronnych, budownictwo jednorodzinne oraz wielorodzinne, a także inne cele zatwierdzone w planach społeczno-gospodarczych), spośród których odpowiednikiem „celów publicznych” były „cele użyteczności publicznej”²⁶¹.

W doktrynie i orzecznictwie podejmowano wiele prób zdefiniowania pojęcia „cel publiczny” jednak żadna nie przyniosła oczekiwanego rezultatu. Wśród definicji można wyróżnić formułowane w sposób ogólny, np.: „pojęcie celu publicznego, z etymologicznego punktu widzenia, oznacza cel dotyczący ogółu ludzi, służący ogółowi, przeznaczony (dostępny) dla wszystkich”²⁶² oraz szczególny. Wśród tych ostatnich na uwagę zasługują:

1. „cel publiczny stanowi definicję legalną, w związku z czym jej szczególna waga interpretacyjna przejawia się w dwóch aspektach. Po pierwsze, zawarta w ustawie definicja określonego terminu przełamuje znaczenie zaczerpnięte ze słownika języka ogólnego. Po drugie, sformułowanej przez definicję legalną znaczenia nie przełamuje się nawet w sytuacji, gdyby treść językowa tej definicji podważała założenia o racjonalnym prawodawcy. Co istotne "definicja jako przepis prawny poddawana jest tak samo interpretacji, jak i inne przepisy. Jej waga interpretacyjna polegająca na tym, że definicji tej nie da się przełamać, dotyczy tylko sytuacji, gdy definicja ta byłaby na gruncie interpretacyjnych reguł językowych jednoznaczna. Jest sprawą oczywistą, że dokonywanie interpretacji definicji odbywać się musi znów w pierwszej kolejności z odwołaniem się do innych definicji, a następnie jeśli takich nie ma - do znaczeń słownikowych języka ogólnego, a jeśli i one nie wystarczą - do znaczeń ustalonych w oparciu o reguły pozajęzykowe”²⁶³.
2. „użyte w art. 6 ustawy o gospodarce nieruchomościami pojęcie "cel publiczny" nie jest dowolne i nie może prowadzić do uprzywilejowania określonego zadania względem innych. Charakter celu publicznego nie zależy też od powszechnego

3) budowy i utrzymania obiektów budowlanych i urządzeń niezbędnych do obronności państwa oraz do zapewnienia bezpieczeństwa publicznego, w tym budowy i utrzymania zakładów karnych oraz zakładów dla nieletnich,

4) zorganizowanego budownictwa wielorodzinnego,

5) inne oczywiste cele publiczne.

²⁶¹ Art. 50 ust. 1 pkt. 4 ustawy.

²⁶² G. Bieniek: Komentarz do ustawy o gospodarce nieruchomościami, Warszawa 2005, s. 396.

²⁶³ T. Grossmann, Pojęcie inwestycji..., jw.

przekonania o jego użyteczności dla ogółu społeczeństwa, lecz od normatywnie przyznanej cechy publiczności, co wiąże się z konstytucyjną zasadą proporcjonalności, w ramach której ustawodawca jest zobowiązany do wyboru takiej metody normatywnej realizacji określonego zadania, która w powszechnym poczuciu sprawiedliwości zasługuje na ochronę z pogwałceniem innego dobra konstytucyjnie chronionego”²⁶⁴;

3. „cel publiczny może polegać na tym, żeby były zaspokajane poszczególne, powtarzające się typowo interesy jednostek. Inne stanowisko ujmuje cel publiczny bardziej organicznie, tłumaczy, że są pewne cele, z których spełnienia każdy korzysta choćby pośrednio, dzięki powiązaniom funkcjonalnym istniejącym w społeczeństwie. Ogólne określenie jakościowe celu (tego typu jak „cel publiczny”, „interes zbiorowy”, czy „dobro powszechne”) jest użyciem wyrazów, które pokrywają cały ogromny mechanizm działań społecznych, dotąd niedostatecznie wyjaśniony. Sprezycyzowanie tych wyrazów nie może się należycie ustrzec przed włączeniem w nie własnego ładunku postulatów i w rezultacie widzi się administrację spełniającą te cele, które chciałoby się widzieć spełniane”²⁶⁵;
4. „pojęcie inwestycji celu publicznego jest w swej istocie oparte na kryterium przedmiotowym, nie zaś podmiotowym czy funkcjonalnym. Oznacza to, że inwestycję tego typu stanowi każde działanie o zasięgu lokalnym i ponadlokalnym, które realizuje cele publiczne, bez względu na to czy inwestorem jest podmiot prywatny czy publiczny. Nie ma również znaczenia zaangażowanie środków publicznych. Inwestycja celu publicznego może być finansowana równie dobrze w całości ze środków prywatnych jak i publicznych, o ile tylko realizuje cele zawarte w zamkniętym katalogu przepisu art. 6 u.g.n.”²⁶⁶;
5. „pojęcie „cele użyteczności publicznej” należy do tych pojęć niedookreślonych, którym w ujęciu historycznym nadaje się wielokrotnie różny sens w zależności od tego, jaką rolę przypisuje się instytucjom państwowym i komunalnym w spełnianiu przez nie funkcji w interesie ogółu społeczeństwa. Generalnie w pojęciu użyteczności publicznej mieści się wszystko to, co jest ogólnie dostępne dla całego społeczeństwa jak i poszczególnych jego członków. Przeciwnieństwem tego pojęcia jest wszystko to,

²⁶⁴ Wyrok WSA w Gdańsku z 15.02.2002, II SA/Gd 317/06, niepubl.

²⁶⁵ F. Longchamps: Założenia nauki administracji, Wrocław 1994, s. 117.

²⁶⁶ Wyrok NSA z 5.07.2011, II OSK 671/11, niepubl.

co służy zaspokojeniu potrzeb wyłącznie jednej osoby, kilku osób czy też ściśle określonych grup społecznych czy zawodowych”²⁶⁷;

6. „pojęcie celu publicznego obejmuje grupę spraw najpowszechniej spotykanych, służących zaspokajaniu bieżących potrzeb ludności i niezbędnych do funkcjonowania wspólnoty samorządowej i chodzi tu o niektóre zadania własne w rozumieniu ustaw samorządowych (ustawy o samorządzie gminnym, ustawy o samorządzie powiatowym i ustawy o samorządzie województwa), w tym o takie, które są zadaniami o charakterze użyteczności publicznej”²⁶⁸;
7. „etymologia zwrotu „cel publiczny” prowadzi do wniosku, iż jest to efekt, zamierzony i planowany wynik racjonalnego działania, służący ogółowi, dostępny i przeznaczony dla wszystkich, odnoszący się do ogółu ludzi (do całego społeczeństwa). A więc, każde racjonalne i zamierzone działanie służące ogółowi, powszechnie dostępne może być w znaczeniu językowym uznane za „cel publiczny”²⁶⁹;
8. „znaczenia tego pojęcia nie można dochodzić pośrednio przytaczając sformułowania funkcjonujące w przepisach niższego rzędu. W każdym bowiem z tych przepisów, w zależności od przedmiotu regulacji zakres tego pojęcia jest różny, mimo iż podstawowe cechy tego pojęcia: powszechna dostępność do efektów, pożyteczność efektów dla ogółu społeczeństwa - pozostają zawsze te same”²⁷⁰;
9. „wspólne interesy formowane lokalnie, rozumiane jako określona wartość motywacyjna, ujawniona lub ujawniająca się w razie kontrowersyjnego zbiegu dwóch zachowań, przejawianych przez co najmniej dwa podmioty czy grupy podmiotów”²⁷¹;
10. „zaspokajanie zmiennych, niekiedy przeciwstawnych potrzeb różnorodnych grup społecznych czy nieokreślonych liczbowo anonimowych podmiotów”²⁷²;

Zanim pojęcie „cel publiczny” zostało dodane do języka prawnego, ustawodawca na określenie zadań szczególnie istotnych z punktu widzenia dobra państwa posługiwał się wieloma pojęciami. Pojęciami tymi były np. zadanie publiczne, interes publiczny,

²⁶⁷ Wyrok NSA z 28.03.1996 r., IV SA 1500/94, niepubl.

²⁶⁸ Z. Niewiadomski: Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz, 2005.

²⁶⁹ M. Szalewska, Wywłaszczenie..., jw., s. 94.

²⁷⁰ Wyrok NSA z 25.06.1999, IV SA 1213/97, LEX nr 47332.

²⁷¹ J. Boć: Konstytucje Rzeczypospolitej. Komentarz do Konstytucji RP z 1997 r., Wrocław 1998, s. 59.

²⁷² W. Skrzydło, S. Grabowska, R. Grabowski: Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz Encyklopedyczny, Warszawa 2009.

użyteczność publiczna, dobro ogółu, wyższa użyteczność, konieczność państwowa itp. W nauce prawa administracyjnego powyższe terminy traktowane były jako tzw. pojęcia niedookreślone, które nie mają oznaczonego charakteru i zmieniają się w zależności od potrzeb politycznych i gospodarczych państwa. U podstaw takiego twierdzenia leżał fakt, że to samo państwo decyduje o tym co jest, a co nie jest celem, interesem, bądź zadaniem publicznym, zaś oceny te mogą być kwestionowane wyłącznie na drodze politycznej, a nie prawnej²⁷³. Wprawdzie na użytek wyłączenia starano się wskazać dodatkowo na zasady, które mogłyby wyznaczyć granice pojęcia „użyteczność publiczna”, „interes publiczny”, czy też innych używanych zamiennie pojęć, ale żadne z proponowanych rozwiązań nie przyniosło oczekiwanego rezultatu²⁷⁴. Występujące obecnie w u.g.n. pojęcie „cel publiczny” również stanowi klauzulę generalną, której praktyczne znaczenie zmienia się w zależności od przemian politycznych i gospodarczych państwa. Podobny pogląd prezentuje M. Stahl, zdaniem której określenie zadania publicznego, celu publicznego, a szerzej interesu publicznego jest zmienne w czasie i przestrzeni, zależy od określonego kontekstu prawnego, politycznego, społecznego, przyjmowanego systemu wartości. Jest zatem pojęciem niemożliwym do sprecyzowania w drodze przepisów prawa, w wielu ujęciach uznaje się je zatem bardziej za pojęcie o charakterze politycznym, nawet jeśli jest stosowane przez ustawodawcę²⁷⁵. Cechą celu publicznego jest więc jego zależność od gospodarczej, politycznej oraz społecznej sytuacji państwa, a wraz ze zmianą tych sytuacji mogą pojawiać się nowe określenia celów publicznych, mające za zadanie lepiej oddać naturę tych zmian²⁷⁶.

²⁷³ M. Stahl, Cele publiczne..., jw., s. 101.

²⁷⁴ S. Czuba, Cywilnoprawna problematyka..., jw., s.3. Autor ten wskazuje również, iż „w szczególności podkreśla się znaczenie zasady bezpośredniości dla oznaczenia granic pojęcia użyteczności publicznej. Według niej z użytecznością publiczną mamy do czynienia wówczas, gdy prawo może przynieść bezpośrednią korzyść dla wszystkich mieszkańców kraju lub jego części, czy też, określając negatywnie, gdy nikt ni może być wyłączony od korzystania z prawa”.

²⁷⁵ M. Stahl, jw. s. 95-96.

²⁷⁶ M. Wyrzykowski, Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym, Warszawa 1986, s. 11. Na przykładzie pojęcia „interesu publicznego” M. Wyrzykowski sformułował tezę, iż „jest to pojęcie zmienne w zależności nie tylko od uwarunkowań historycznych, ale również w zależności od gałęzi prawa w której występuje. W przypadku prawa administracyjnego dodatkowym czynnikiem modyfikującym treść tego pojęcia jest regulacja ustawowa danego działu prawa administracyjnego. Z chwilą wprowadzenia pojęcia interesu publicznego (a więc także celu publicznego – aut.) do ustawodawstwa, stało się ono pojęciem prawnym. Jego treść jest konkretyzowana w poszczególnych dziedzinach prawa i w poszczególnych przypadkach rozstrzyganych przez organy administracji publicznej”.

Szeroko rozumiane zadania publiczne, występujące w ustawodawstwie pod postacią celu lub interesu publicznego przypisane są do realizacji wyłącznie państwu. To państwo decyduje, które zadania będzie wykonywać na zasadzie wyłączności, a które przekaże do realizacji innym organom władzy publicznej czy podmiotom niepublicznym. Problem stanowi natomiast okoliczność, iż państwo nie jest w stanie skonstruować zwięzłej definicji „celu publicznego”, odzwierciedlającej złożoności tego pojęcia i która byłaby relewantna dla każdego przypadku działalności władzy publicznej. Warto zauważyć, iż już u schyłku XIX w. A. Okolski pisał, że „...urządzenie każdego organu, jego atrybucje i obowiązki, sposób działalności, winny być określane przez państwo za pomocą prawa. Państwo jednak nigdy nie może określić wyczerpująco *a priori* wszystkich wypadków, w których pojedynczy organ winien działać, tudzież sposobu jego działalności”²⁷⁷. Stąd zdaniem części doktryny zdefiniowanie pojęcia „celu publicznego” jest zadaniem niemożliwym do wykonania, biorąc pod uwagę celowość definiowania, tj. przydatność definicji do analizy instytucji wyłączenia²⁷⁸. Nie da się bowiem skonstruować przepisu ustawowego, który w sposób precyzyjny określałby postępowanie władzy publicznej w każdym przypadku. Dlatego, jak podkreślał E. Modliński, zamiarem ustawodawcy może być celowe pozostawienie uznania władzy w zakresie postępowania w tych okolicznościach, w których władza jest obowiązana do działania, a których ustawodawca nie chce, albo nie może ich ściśle określić. W takich wypadkach ustawodawca wprowadza do porządku prawnego przepis ogólny, pozwalający na postępowanie władzy według jej uznania²⁷⁹.

„Cel publiczny” jako pojęcie niedookreślone nie może stanowić jednak przesłanki do zastosowania uznania administracyjnego. W doktrynie oraz w orzecznictwie sądownoadministracyjnym za sporne uznaje się upoważnienie do uznania w sytuacji, gdy przepis prawny zawiera pojęcia niedookreślone. Pierwsza grupa poglądów mówi, iż jednym ze sposobów ustalenia uznania jest sytuacja, gdy przepis prawny posługuje się zwrotami nieostrymi (niedookreślonymi) przy opisie stanu faktycznego, uzasadniającego działanie organu²⁸⁰. Do przedstawicieli opozycyjnego stanowiska należy M. Jaśkowska (Mincer)²⁸¹,

²⁷⁷ A. Okolski, Wykłady prawa administracyjnego oraz prawa administracyjnego obowiązującego w Królestwie Polskim, Warszawa, t. 1, 1880, s. 55., www.ebuw.uw.edu.pl.

²⁷⁸ M. Szalewska, Wyłączenie..., jw., s. 94.

²⁷⁹ E. Modliński: Pojęcie interesu publicznego w prawie administracyjnym, Warszawa 1932, s. 13: „ujęcie publicznego interesu w pewien jednolity system jest niemożliwe. Wymogi interesu publicznego ulegają bowiem zmianie w każdej niemal instytucji prawnej”.

²⁸⁰ M. Wierzbowski, A. Wiktorowska: Prawne formy działania administracji [w:] Prawo administracyjne, pod

zdaniem której nie można łączyć uznania z występowaniem w normie pojęć niedookreślonych, gdyż mamy wówczas do czynienia z różnymi etapami, które zachodzą w procesie stosowania prawa. Zdaniem powołanej autorki sam fakt użycia zwrotów niedookreślonych, nie świadczy jeszcze o istnieniu upoważnienia do uznania, gdyż spotkać się można z wykładnią pojęcia niedookreślonego (ustaleniem treści np. porządku publicznego), a następnie z oceną stanu faktycznego oraz sprawdzeniem, czy dany stan faktyczny odpowiada przyjętej treści pojęć. W przypadku istnienia takiej zgodności może istnieć obowiązek określonego zachowania, czyli brak uznania²⁸². M. Mincer (M. Jaśkowska) jest reprezentantem wąskiego ujęcia uznania, obejmującego jedynie pewną formę władzy dyskrecyjnej w zakresie stosowania prawa²⁸³. Autorka ta opiera się na tzw. „modelu decyzyjnym stosowania prawa”, zbudowanym przez J. Wróblewskiego²⁸⁴, odzwierciedlającym problemy występujące przed organem w trakcie dostosowywania normy prawnej do konkretnego przypadku. Zdaniem autorki można wyodrębnić w procesie stosowania prawa cztery etapy²⁸⁵:

1. etap wykładni, w którym organ stosujący prawo ustala znaczenie poszczególnych terminów występujących w tekście prawnym. Będzie tu wchodzić w grę zarówno ustalenie znaczenia pojęć nieokreślonych, takich jak "tłum", "wielka szkoda", jak i pojęć "bezpieczeństwo, publiczne" "porządek publiczny";
2. etap swobodnej oceny dowodów;

red. M. Wierzbowskiego, Warszawa 2009, s. 281 oraz wyrok NSA z 16.11.1999, III SA 7900/98, LEX nr 47243, gdzie Sąd stwierdził, iż „w przeciwieństwie do innych rodzajów luzów decyzyjnych uznanie jest możliwością wyboru konsekwencji prawnej. W celu wydania prawidłowego orzeczenia w sytuacji uznania administracyjnego organ administracyjny obowiązany jest szczegółowo zbadać stan faktyczny i utrwalić w aktach wyniki badania. Obowiązki organu administracyjnego w zakresie postępowania dowodowego są nawet większe niż przy ustawowym skrępowaniu, gdyż w poszukiwaniu materialnego kryterium do wydania decyzji powinien on najwszechstronniej zbadać stan faktyczny, w wymiarze wychodzącym poza okoliczności typowe w sytuacjach związania, mając na uwadze szczególną rolę w decyzji uznaniowej jej zgodności z interesem społecznym i słusznym interesem obywatela z art. 7 k.p.a.”.

²⁸¹ M. Mincer: *Uznanie administracyjne*, Toruń 1983, Wyd. UMK, s. 41 - 78 oraz M. Jaśkowska: *Uznanie administracyjne, a inne formy władzy dyskrecyjnej administracji publicznej [w:] System prawa administracyjnego. Instytucje prawa administracyjnego. Tom I*, pod red. R. Hausnera, Z. Niewiadomskiego, A. Wróbla, Warszawa 2010, s. 229.

²⁸² M. Mincer, *Uznanie...jw.*, s. 55.

²⁸³ M. Mincer, *Uznanie...jw.*, s. 41 – 78, tenże, *Uznanie administracyjne, a inne formy władzy... jw.*, s. 229.

²⁸⁴ J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1972, s. 50-57 oraz M. Mincer, *Uznanie...jw.*, s. 54.

²⁸⁵ M. Mincer, *Uznanie...jw.*, s. 54

3. subsumpcję faktu uznanego za udowodniony „pod” stosowane przepisy prawa;
4. wiążące ustalenie konsekwencji prawnych faktu uznanego za udowodniony na podstawie stosowanego przepisu prawa. Konsekwencje te mogą polegać na określonym z góry przez normę skutku prawnym (brak uznania), albo też może zająć możliwość wyboru przez organ skutku prawnego, przewidzianego w tej normie (czyli uznaniu).

Zdaniem powoływanej autorki, uznanie administracyjne występuje wówczas, gdy norma prawna nie determinuje tych konsekwencji w sposób jednoznaczny, ale gdy pozostawia w sposób wyraźny dokonanie wyboru organowi administracyjnemu. Uznanie dotyczy przyszłości, a jego przedmiotem nie jest ani ustalenie znaczenia prawnego, ani ocena występujących faktów, lecz określenie skutku prawnego²⁸⁶. Podzielając ww. pogląd należy również powołać stanowisko A. Wróbla²⁸⁷, zgodnie z którym interpretacja pojęć niedookreślonych powinna następować w procesie stosowania prawa proceduralnego przez organy administracji publicznej. W odniesieniu do zbliżonego znaczeniowo do „celu publicznego”, pojęcia „interesu społecznego” autor ten stwierdza, iż „nie można powoływać się na abstrakcyjnie ujęty interes społeczny przy podejmowaniu negatywnych dla strony rozstrzygnięć procesowych bez udowodnienia i wyczerpującego uzasadnienia, na czym ten interes w konkretnym przypadku polega i dlaczego przemawia przeciwko załatwieniu sprawy proceduralnej zgodnie z wnioskiem strony”²⁸⁸. Aprobując powyższe poglądy należy stwierdzić, iż aby można było mówić o istnieniu uznania administracyjnego przy operowaniu przez organy administracji publicznej pojęciem „celu publicznego”, koniecznym byłoby użycie przez ustawodawcę w art. 6 u.g.n. zwrotów takich jak: „może”, „wymaga zgody”, „za zgodę”, „dopuszcza się”²⁸⁹, a co nie ma miejsca w obowiązującej u.g.n. Ponadto M. Mincer (Jaśkowska), zauważa, że istnieje pewna grupa terminów, które tradycyjnie uznawano za upoważniające do uznania, a które same przez się niczego jeszcze nie oznaczają. Dotyczy to przede wszystkim „pozwoleń” oraz „zezwoleń”. Jak podkreśla autorka, nawet w każdym przypadku użycia tego typu terminów należy znaleźć odpowiedź na pytanie, czy w określonych warunkach organ ma obowiązek wydać zezwolenie, czy też może, ale nie musi

²⁸⁶ Tamże, s. 64.

²⁸⁷ A. Wróbel: Komentarz do art. 7 k.p.a. [w:] Kodeks postępowania administracyjnego, pod red. M. Jaśkowskiej, A. Wróbla. Komentarz LEX 2012.

²⁸⁸ Tamże.

²⁸⁹ M. Mincer, *Uznanie...*, jw., s. 81-88.

tak postąpić²⁹⁰. Podstawą uznania może więc być tylko konkretna norma prawna, która „musi wyznaczać adresata i okoliczności, w których postępowanie ma być realizowane oraz zawierać określenie wyznaczonego postępowania”²⁹¹. Norma zbudowana na potrzeby uznania musi więc składać się z dwóch elementów: hipotezy dotyczącej określenia stanu faktycznego, w stosunku do którego może zachodzić swobodna ocena dowodów i następstwa prawnego w formie alternatywy²⁹², czego również nie można stwierdzić przy analizie art. 6 u.g.n.

Podstawowym celem ustawodawcy, który w 1997 r. stworzył art. 6 u.g.n. było określenie obszarów, co do których koniecznym mogło być użycie wyłączenia dla skutecznej realizacji celów publicznych. Należy zaznaczyć, iż obecnie zakwalifikowanie danej aktywności jako cel publiczny ma swoje konsekwencje nie tylko na gruncie u.g.n. ale również dla możliwości zagospodarowania nieruchomości. Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym²⁹³ w art. 2 pkt 5 definiuje pojęcie „inwestycji celu publicznego”, które w istocie odwołuje się do pojęcia „celu publicznego” w art. 6 u.g.n.²⁹⁴. Konstruując w 1997 r. katalog celów publicznych, nie rozważano natomiast kwestii, związanych z lokalizacją inwestycji celu publicznego, gdyż pojęcie to pojawiło się w polskim porządku prawnym dopiero w 2003 r. Tak więc obecnie zaliczenie danej aktywności do celów publicznych nie oznacza wyłącznie możliwości wyłączenia nieruchomości pod ten cel, ale również możliwość ubiegania się wydanie decyzji o ustaleniu lokalizacji celu publicznego, a nie decyzji o warunkach zabudowy, czego przykładem są stacje bazowe telefonii komórkowej, zapewniająca łączność publiczną. Funkcja art. 6 u.g.n. jest więc diametralnie różna od tej, jaką spełniał art. 46 poprzednio obowiązującej ustawy o gospodarce gruntami i wyłączeniu nieruchomości – który również przewidywał katalog działań publicznie użytecznych, ale uzasadniających tylko wyłączenie. Uzyskanie przez inwestora decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego ma z kolei doniosłe znaczenie dla realizacji danego przedsięwzięcia. Zgodnie z art. 59. ust. 1 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, zmiana zagospodarowania terenu w przypadku braku planu miejscowego,

²⁹⁰ Tamże, s. 82.

²⁹¹ M. Jaśkowska, *Uznanie administracyjne, a inne formy władzy...*, s. 247.

²⁹² Tamże, s. 252.

²⁹³ Dz.U nr 80/2003 poz. 717 ze zm.

²⁹⁴ „działania o znaczeniu lokalnym (gminnym) i ponadlokalnym (powiatowym, wojewódzkim i krajowym), a także krajowym (obejmującym również inwestycje międzynarodowe i ponadregionalne), bez względu na status podmiotu podejmującego te działania oraz źródła ich finansowania, stanowiące realizację celów, o których mowa w art. 6 u.g.n.”.

polegająca na budowie obiektu budowlanego lub wykonaniu innych robót budowlanych, a także zmiana sposobu użytkowania obiektu budowlanego lub jego części wymaga co do zasady ustalenia, w drodze decyzji, warunków zabudowy. Wyjątkiem jest tu inwestycja celu publicznego, która może być lokalizowana na podstawie decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. Jedną z istotniejszych różnic pomiędzy obiema decyzjami jest to, lokalizacja inwestycji celu publicznego nie wymaga spełnienia tzw. zasady dobrego sąsiedztwa. Ponadto procedura uzyskiwania decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego jest o wiele prostsza i szybsza. Po pierwsze inwestor nie musi spełniać trudnych do spełnienia warunków, przewidzianych w art. 61 ust. 1 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, przewidzianych dla decyzji o warunkach zabudowy. Po drugie, prowadząc postępowanie w sprawie inwestycji celu publicznego organ może zawiadamiać strony poprzez obwieszczenia, co znacznie usprawnia całą procedurę (art. 53 ww. ustawy). Po trzecie organ nie musi do postępowania zapraszać zainteresowanych organizacji ekologicznych. Po czwarte, decyzja o lokalizacji inwestycji celu publicznego korzysta ze wzmożonej trwałości i jej wyeliminowanie z obrotu prawnego po upływie 12 miesięcy od wydania jest niemożliwe (art. 53 ust. 7 ww. ustawy). Wszystko to powoduje, iż obecnie funkcjonujący art. 6 u.g.n. wciąż opiera się na głęboko zakorzenionej w polskim ustawodawstwie praktyce enumeratywnego wyliczenia aktywności państwa, które uzasadniają wyłączenie nieruchomości, podczas gdy w wielu przypadkach nadanie realizowanym przedsięwzięciom statusu inwestycji celu publicznego ma wyraz wyłącznie planistyczny, nie związany z przymusowym pozbawieniem prawa własności nieruchomości i niemający prawie żadnego znaczenia dla u.g.n.

Inaczej sytuacja przedstawia się, gdy cel publiczny stanowi przesłankę do zastosowania instytucji wyłączenia nieruchomości. W takim przypadku powszechna dostępność do efektów wyłączenia jest podstawowym elementem definiującym cel publiczny, który może uzasadniać sięgnięcie po instytucję wyłączenia²⁹⁵. W polskim ustawodawstwie celami publicznymi, będącymi podstawą pozbawienia własności w drodze wyłączenia są urządzenia, z których społeczeństwo korzysta bezpośrednio np. drogi, linie kolejowe, lotniska. Wspomniana bezpośrednio w korzystaniu z efektów wyłączenia musi respektować zasadę równości wobec prawa. Wyłączenie nie może zatem zmierzać do zaspokojenia potrzeb prawnie ograniczonej grupy osób. Żadnej osobie z góry indywidualnie oznaczonej, względnie określonej ściśle grupie osób nie może być wzbroniony

²⁹⁵ E. Drozd, Z. Truskiewicz, *Gospodarka gruntami...*s. 206.

dostęp do korzyści, którym ma służyć wyłączenie. Tak rozumianej powszechności nie przekreśla to, że w rzeczywistości z przedsięwzięcia realizowanego za pomocą wyłączenia będzie korzystać ograniczona liczba osób. Istotne jest bowiem to, że potencjalnie w tym, przedsięwzięciu może mieć udział każda osoba znajdująca się w takim samym położeniu²⁹⁶. Dlatego trudno byłoby przyjąć, aby tworzenie prywatnych urządzeń infrastrukturalnych uzasadniało ingerencję w prawa rzeczowe jednostki w drodze wyłączenia. Również Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, iż sam fakt konieczności zapewnienia dojazdu do nieruchomości osoby fizycznej, nie uzasadnia wyłączenia nieruchomości²⁹⁷. Na powyższym przykładzie można wskazać, iż celem publicznym w ujęciu funkcjonalnym nie jest sama budowla drogi publicznej, lecz zapewnienie powszechności korzystania z niej przez każdego, z zastrzeżeniem dopuszczalności ograniczenia tej powszechności dostępu na podstawie przepisu prawa, np. płatne parkowanie lub płatny przejazd po autostradzie. Celem publicznym w ujęciu funkcjonalnym nie jest więc sam obiekt budowlany, lecz funkcja której realizacji lub osiągnięciu ten obiekt ma służyć²⁹⁸.

W procesie ustawowego tworzenia i konkretyzowania celów publicznych ustawodawca nie jest nieograniczony. Z jednej bowiem strony za cel publiczny może być uznane wyłącznie to, co służy ogółowi, a więc jest powszechnie dostępne, stanowi dobro ogółu, tj. całego społeczeństwa, bądź społeczności regionalnej²⁹⁹. Drugie ograniczenie wiąże się natomiast z wynikającej z art. 2 Konstytucji RP zasady proporcjonalności³⁰⁰. Nawet ta

²⁹⁶ E. Modiński, jw., s. 53: „dostęp do efektów wyłączenia nie musi polegać na dostępie fizycznym ogółu społeczeństwa, może być ograniczony do nawet do niewielkiej grupy społeczeństwa. Istotą owej powszechności jest przeznaczenie efektów wyłączenia do dostępu ogółowi, a poszczególne jednostki czy grupy mogą z nich korzystać tylko dlatego że stanowią integralną część ogółu”. Taką kolejność E. Modliński uważa za bezwzględną i wykluczającą wypadki, w których z przedmiotu użyteczności korzystać mogłyby w pierwszym rzędzie jednostki a dopiero pośrednio za ich pośrednictwem ogół.

²⁹⁷ Wyrok z 8.01.1982, SA/Po 553/81, ONSA Nr 1/1982, poz. 6.

²⁹⁸ M. Wolanin: Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz, 2010.

²⁹⁹ T. Dybowski: Własność w przepisach konstytucyjnych wedle stanu obowiązującego w 1996 r. [w:] Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania, Warszawa 1996.

³⁰⁰ Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z 26.04.1995 K. 11/94, OTK Nr 1/1995 poz. 12 oraz z 17.10.1995, K. 10/95 OTK Nr 2/1995 poz. 10, w których Trybunał stwierdził, iż zasady tej wynika m.in., że „przyjęcie danej regulacji jest możliwe tylko wówczas, gdy jest to niezbędne dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, kształtowanie danej regulacji powinno nastąpić w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzonych skutków, a ponadto ustawodawca ma obowiązek zachowania proporcji między efektami wprowadzonej regulacji a ciężarami lub niedogodnościami wynikającymi z niej dla obywateli. Zasada ta nakazuje wybierać spośród możliwych środki skuteczne, a zarazem najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być

zasada nie ma jednak charakteru nieograniczonego. Jak trafnie wskazuje A. Walaszek - Pyziół „zasada proporcjonalności jest instrumentem mającym na celu zapobieżenie nadmiernemu ograniczaniu konstytucyjnych praw podmiotowych przez ustawodawcę zwykłego. Wymóg konieczności ograniczenia danego prawa ma swój punkt odniesienia w postaci „celu publicznego”, który ustawodawca zamierza zrealizować poprzez ograniczenie tego prawa. Nawet bardzo daleko idące ograniczenie prawa da się pogodzić z zasadą proporcjonalności jeśli jest dla realizacji określonego, wystarczająco istotnego celu publicznego środkiem przydatnym i koniecznym. Tak więc zasada proporcjonalności jako taka nie stanowi bariery zabezpieczającej przed naruszeniem „istotnej treści” czy „jądra” prawa podmiotowego”³⁰¹.

W Polsce Ludowej socjalistyczne ustawodawstwo za cel uzasadniający wyłączenie uznawało np. budownictwo mieszkaniowe, rolnicze spółdzielnie produkcyjne oraz wszystkie zadania ujęte w zatwierdzonych narodowych planach gospodarczych. Transformacja ustrojowa narzuciła konieczność przebudowy tej definicji, tak aby stała się koherentna z wartościami akceptowanymi w demokratycznym społeczeństwie. Ta przemiana znalazła swój finał w art. 6 u.g.n., gdzie ustawodawca zawarł katalog sytuacji stanowiących jego zdaniem cel publiczny. W trakcie 15 lat obowiązywania u.g.n. katalog celów publicznych został już 9 razy zmieniony, przy czym zmiany te polegały w praktyce na jego rozszerzaniu. Taka ilość zmian dobitnie pokazuje jak szybko i dynamicznie zmienia się zakres omawianej definicji, bowiem mimo zawarcia jej w akcie rangi ustawowej i mimo ustawowego taksatywnego wskazania celów publicznych, określenie charakteru konkretnej inwestycji może rodzić wątpliwości, wynikające z nienadążania ustawodawcy za zmianami w regulacji prawnej, wymuszonymi zmianami systemowymi oraz dostosowywaniem prawa polskiego do prawa europejskiego. Trudności wynikają także z późniejszych zmian sposobu wykonywania zadań w administracji publicznej: nowymi funkcjami regulacyjnymi, prywatyzacją, partnerstwem publiczno-prywatnym (jako kategorie, których dotyczy takie partnerstwo wymienia się w doktrynie pojęcia interesu publicznego, zadań publicznych i społecznej użyteczności)³⁰².

Występujące obecnie na gruncie u.g.n. pojęcie „celu publicznego” stanowi więc definicję formalną, której praktyczne znaczenie ogranicza się do enumeratywnego wskazania przypadków, w których działalność państwa podpada pod jej zakres. Ustawodawca zrezygnował zatem ze stworzenia legalnej definicji „celu publicznego”, ani tym bardziej nie

zastosowane, lub dolegliwe w stopniu nie większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu”.

³⁰¹ A. Walaszek-Pyziół: Zasada proporcjonalności w orzecznictwie TK, PUG Nr 1/1995, s. 14-23.

³⁰² M. Stahl, Cele publiczne..., jw., s. 108.

pozostawił swobody organom administracji publicznej w decydowaniu, kiedy działalność państwa jest zgodna z „celem publicznym”, a kiedy nie. Główną przyczyną tej sytuacji jest obawa przed dowolną interpretacją tego pojęcia w sytuacji, kiedy na przeszkodzie państwa w realizacji jego celów staje jednostka i jej interesy, głównie majątkowe. O tym, czy dana inwestycja będzie realizowała cele publiczne nie można rozstrzygać więc w oderwaniu od okoliczności danego przypadku³⁰³. Na gruncie obecnej u.g.n. wartość pojęcia „celu publicznego” uzależniona jest więc od wykładni celowościowej w kontekście danej inwestycji, a nie od abstrakcyjnego znaczenia tego pojęcia. W zindywidualizowanym, a nie abstrakcyjnym znaczeniu powinno dokonać się oceny celu publicznego, gdyż w u.g.n. definicja celu publicznego służy określonym konkretnie celom, co oznacza, że cel publiczny powinno definiować się w kontekście danej sprawy.

3.3 Charakterystyka pojęcia „celu publicznego” w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności

Pojęcie „celu publicznego” na gruncie Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności³⁰⁴, podpisanej przez Polskę wraz z jej przystąpieniem do Rady Europy 26.11.1991 r. i która weszła w życie z dniem ratyfikacji 19.01.1993 r. oraz w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, formułowane jest jako wyznacznik dopuszczalnej ingerencji państwa w prawa jednostki. Zasadę ochrony prawa własności zawiera art. 1 Pierwszego Protokołu³⁰⁵ do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności,

W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka pojęcie „celu publicznego” uważane jest za bardzo szerokie. W wielu wyrokach, wydanych zwłaszcza na

³⁰³ Wyrok NSA z 28.11.2007, II OSK 1583/06, LEX nr 416607.

³⁰⁴ Dz.U. nr 61/1993, poz. 284 ze zm.

³⁰⁵ Sporządzonego w Paryżu w dniu 20 marca 1952 r., Polska ratyfikowała Protokół Nr 1 w dniu 10.10.1994, Dz.U. nr 36/1995 poz. 175. Przepis ten stanowi, iż:

1. „Każda osoba fizyczna lub prawna ma prawo do poszanowania swego mienia. Nikt nie może być pozbawiony swojego mienia, chyba że z powodu użyteczności publicznej i na warunkach przewidzianych przez prawo i zasady ogólne prawa międzynarodowego;
2. Powyższe postanowienia nie będą jednak w żaden sposób naruszać prawa państwa do stanowienia takich ustaw, jakie uzna za konieczne do uregulowania sposobu korzystania z własności zgodnie z interesem powszechnym lub w celu zabezpieczenia uiszczania podatków bądź innych należności lub kar pieniężnych”.

tle art. 1 Pierwszego Protokołu, odnoszącego się do ochrony prawa własności, Trybunał pozostawiał ustawodawcy krajowemu osąd co do treści „publicznego” czy „powszechnego” interesu. Przykładem może być orzeczenie w sprawie *James and Others v. the United Kingdom*³⁰⁶, w którym Europejski Trybunał Praw Człowieka przyznał Państwom Członkowskim swobodę w określaniu granic pojęcia „cel publiczny” i odejmowaniu na jego podstawie prawa własności, dopóki nie będzie to sprzeczne z wartościami określonymi w art. 1 Pierwszego Protokołu do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Artykuł 1 Pierwszego protokołu ustanawia trzy odrębne zasady. Pierwsza, mająca ogólny charakter, stanowi o prawie każdego do poszanowania swego mienia. Druga zasada przewiduje prawo państwa do pozbawienia własności, ale tylko pod pewnymi warunkami, którymi są interes publiczny, upoważnienie ustawowe oraz wiążące państwo umowy międzynarodowe. Z kolei trzecia zasada daje umawiającym się państwom pewien margines swobody w postaci kontroli korzystania przez obywateli z ich prawa własności poprzez egzekwowanie takiego prawa, które uznają do tego za niezbędne, ale również tylko na warunkach określonych w przepisach Pierwszego Protokołu. Europejski Trybunał Praw Człowieka orzekł, iż trzy wymienione zasady, pomimo, iż są odrębne, to nie pozostają bez związku. Druga i trzecia z nich winny być brane pod uwagę w szczególnych przypadkach, gdy następuje kolizja z prawem do poszanowania własności i w związku z tym powinny być interpretowane w świetle pierwszej z norm, która ma charakter ogólny³⁰⁷. Taki sam pogląd

³⁰⁶ Judgment of 21 February 1986, series A no. 98, p. 32, § 46 – “Furthermore, the notion of "public interest" is necessarily extensive. In particular, as the Commission noted, the decision to enact laws expropriating property will commonly involve consideration of political, economic and social issues on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely. The Court, finding it natural that the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one, will respect the legislature's judgment as to what is "in the public interest" unless that judgment be manifestly without reasonable foundation. In other words, although the Court cannot substitute its own assessment for that of the national authorities, it is bound to review the contested measures under Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1) and, in so doing, to make an inquiry into the facts with reference to which the national authorities acted”.

³⁰⁷ Orzeczenie *Scyllo v. Italy*, z 28.09.1995 r., sygn. 19133/91: “Article 1 (P1-1) guarantees in substance the right of property. It comprises three distinct rules. The first, which is expressed in the first sentence of the first paragraph (P1-1) and is of a general nature, lays down the principle of peaceful enjoyment of property. The second rule, in the second sentence of the same paragraph (P1-1), covers deprivation of possessions and makes it subject to certain conditions. The third, contained in the second paragraph (P1-1), recognises that the Contracting States are entitled, amongst other things, to control the use of property in accordance with the general interest, by enforcing such laws as they deem necessary for the purpose. However, the rules are not

wyraził Europejski Trybunał Praw Człowieka w podobnej sprawie - Bugajny i inni przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej (wyrok z 6.11.2007), powołując się na sprawę Anheuser - Bush Inc. przeciwko Portugalii³⁰⁸. W orzeczeniu tym Trybunał przypomniał również swoje dalej idące stanowisko wyrażone m.in. w sprawie Papamichalopoulos i inni p. Grecji, 1993r., Sporong i Lonroth przeciwko Szwecji oraz James and Others przeciwko Wielkiej Brytanii stanowiąc, iż wyłączenie może nastąpić nie tylko wskutek prawnych decyzji władz. Skrajne wypadki odmowy poszanowania mienia muszą być traktowane jako faktyczne wyłączenie. Przy ocenie, czy doszło do wyłączenia nie należy kierować się wyłącznie względami formalnymi, gdyż Konwencja ma chronić zawarte w niej prawa w sposób rzeczywisty i skuteczny. W każdej sprawie należy więc zbadać, czy zakres ingerencji w korzystanie z mienia nie oznaczał faktycznego pozbawienia własności³⁰⁹.

Należy wskazać, że Konwencja nie precyzuje, jaki podmiot uprawniony jest do nabycia własności nieruchomości w drodze wyłączenia. Tak samo sprawa przedstawia się ze związaną z tym wysokością należnego odszkodowania. Tym samym i na tym polu Konwencja pozostawiła Państwom Członkowskim pewien zakres swobody, pozwalający na prywatyzację realizacji celów publicznych, o ile działania te nie są „oczywiście sprzeczne” z jej postanowieniami³¹⁰. Należy jednak pamiętać, że w procesie ustawowej konkretyzacji celów publicznych ustawodawca nie jest nieograniczony, ponieważ cały czas jest związany wynikającą z art. 2 Konstytucji RP zasadą proporcjonalności³¹¹. Na znaczenie powyższej zasady zwracał uwagę Europejski Trybunał Praw Człowieka podnosząc, że przy ocenie

"distinct" in the sense of being unconnected: the second and third rules are concerned with particular instances of interference with the right to peaceful enjoyment of property. They must therefore be construed in the light of the general principle laid down in the first rule".

³⁰⁸ Sygn. WI, nr 73049/01, §62, ETPCz 2007.

³⁰⁹ M.A. Nowicki: Wokół Konwencji Europejskiej. Krótki komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Wyd. II, 2002, s. 363. oraz wyrok WSA w Lublinie z 26.06.2008, II SA/Lu 326/08, LEX nr 513422.

³¹⁰ James and Others v. the United Kingdom, judgment of 21 February 1986, series A no. 98, p. 32

³¹¹ Wyroki Trybunatu Konstytucyjnego z 26.04.1995, K. 11/94, OTK Nr 1/1995 oraz z 17.10.1995, K 10/95, OTK Nr 2/1995, w których stwierdził on, iż zasady tej wynika m.in., że „przyjęcie danej regulacji jest możliwe tylko wówczas, gdy jest to niezbędne dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, kształtowanie danej regulacji powinno nastąpić w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzonych skutków, a ponadto ustawodawca ma obowiązek zachowania proporcji między efektami wprowadzonej regulacji a ciężarami lub niedogodnościami wynikającymi z niej dla obywateli. Zasada ta nakazuje wybierać spośród możliwych środków skuteczne, a zarazem najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane, lub dolegliwe w stopniu nie większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu".

istnienia użyteczności publicznej (a więc także celów publicznych – aut.), uzasadniającej odebranie własności, istotną kwestią jest zachowanie, zgodnie z zasadą proporcjonalności, równowagi pomiędzy naruszeniem praw indywidualnych, a faktyczną potrzebą interesu publicznego³¹². Zgodnie z postanowieniami Konwencji warunek istnienia „celu publicznego” zostaje spełniony, gdy pozbawienie własności będzie wynikiem prowadzonej przez państwo polityki, na przykład społecznej lub ekonomicznej, nawet jeżeli z w ten sposób uzyskanej własności nie będzie korzystało wprost całe społeczeństwo³¹³.

Wyznacznikiem granic ingerencji władzy publicznej w prawo własności jest więc szeroko rozumiany „cel publiczny”, do którego przykładów Europejski Trybunał Praw Człowieka zalicza m. in. planowanie przestrzenne, ochronę środowiska, regulację działalności gospodarczej czy też ograniczenia obrotu z zagranicą³¹⁴.

Z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, dotyczącego „celu publicznego” można również wywieść kształtowanie się pojęcia „dobra publicznego”, które determinuje posługiwanie się celem publicznym przez organy władzy publicznej. Państwo może posługiwać się szeroko pojętym dobrem publicznym, jednak pod pewnymi zasadami, wśród których można wyróżnić³¹⁵:

1. niemożność powoływania się przez kraj członkowski na ochronę ważnego interesu ogólnego, jeżeli w danym obszarze obowiązują regulacje europejskie;
2. niemożność powoływania się na interes publiczny w przypadku instrumentów motywowanych celami gospodarczymi (np. ochrona konkretnego sektora przemysłu), ponieważ zapewnienie integralności systemu gospodarczego leży w gestii Wspólnoty;
3. zasadę wzajemnego uznawania przepisów krajowych o porównywalnym systemie ochrony (kraj goszczący nie może uzasadniać celowości regulacji dobrem publicznym, które ma równoważną ochronę w kraju pochodzenia);
4. zasadę, że przy braku regulacji europejskiej kraj członkowski może

³¹² I. Lach: Europejskie aspekty prawa własności, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r., a członkostwo Polski w Unii Europejskiej, IV Ogólnopolska Konferencja Prawnicza, Toruń 19-20 listopada 1998 r.

³¹³ Wyrok ETPCz w sprawie James and Others przeciwko Wielkiej Brytanii z 21.02.1986, §45, ECHR, Series A, vol. 98.

³¹⁴ Odpowiednio sprawy Allan Jacobson przeciwko Szwecji, wyrok z 25.10.1989, ECHR, Series A, vol 163, Fiedin przeciwko Szwecji, wyrok z 18.02.1991, WCHR, Series A, vol 192, decyzja w sprawie Karni przeciwko Szwecji, z 8.03.1988, DR 55, s. 157 oraz wyrok w sprawie AGOSI przeciwko Wielkiej Brytanii, 24.10.1986 ECHR, Series A, vol. 108.

³¹⁵ M. Stahl, Cele publiczne..., jw., s. 114.

stosować własne prawo chroniące jakieś „dobro publiczne” („the interest of the general good”).

Wpływ orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości na pojęcie „dobra publicznego” w krajach członkowskich oraz zakaz dokonywania ingerencji publicznoprawnej w wartości objęte ochroną w omawianym Pierwszym Protokole do Konwencji oznacza w rzeczywistości tzw. „europeizację prawa administracyjnego”. Pod tym pojęciem należy rozumieć „poszukiwanie pewnego uniwersalnego systemu wartości, charakterystycznych dla kultur europejskich. Tak pojmowana europeizacja jest procesem rozciągniętym w czasie, który przebiega w rozmaitych obszarach prawa i w różnych formach. Obejmuje ona:

1. recepcję prawa;
2. wpływ międzynarodowych organizacji i ich aktów, które mają znaczenie dla narodowych porządków prawnych (np. udział w Radzie Europy);
3. wpływ prawa wspólnotowego³¹⁶.

Postanowienia Protokołu 1 Konwencji zostały wprost recypowane w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej³¹⁷, której moc wiążącą nadał Traktat Lizboński, podpisany przez Polskę 13.12.2007 r. i który wszedł w życie 1.12.2009 r. Stosowanie zapisów Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej podlega jednak w Polsce ograniczeniom, wynikającym z przyłączenia się do tzw. protokołu brytyjskiego³¹⁸, którego podstawowe założenia opierają się na tym, iż w przypadku konfliktu jakiegokolwiek części postanowień Karty z prawem polskim, prawo polskie ma pierwszeństwo.

3.4 Znaczenie pojęcia „celu publicznego”

Aktualnie w polskim ustawodawstwie możemy wyróżnić dwa rodzaje celu publicznego:

1. pełny, czyli uregulowany w u.g.n. oraz innych ustawach, który daje podstawę do realizacji infrastruktury publicznej i jej prywatyzacji;

³¹⁶ M. Jaśkowska: Europeizacja prawa administracyjnego [w:] PiP Nr 11/1999, s. 18.

³¹⁷ Dz. Urz. UE C 303/01 z 14.12.2007. Przepis art. 17 ust. 1 Karty stanowi, iż „każdy ma prawo do władania, używania, rozporządzania i przekazania w drodze spadku mienia nabytego zgodnie z prawem. Nikt nie może być pozbawiony swojej własności, chyba że w interesie publicznym, w przypadkach i na warunkach przewidzianych w ustawie, za słusznym odszkodowaniem za jej utratę wypłaconym we właściwym terminie. Korzystanie z mienia może podlegać regulacji ustawowej w zakresie, w jakim jest to konieczne ze względu na interes ogólny”.

³¹⁸ Protokół nr 7 dołączony do Traktatu Lizbońskiego.

2. niepełny (np. budowa elektrowni), któremu odmawia się takiego charakteru.

Na utrudnienie w wykonywaniu inwestycji mających za przedmiot niepełny cel publiczny wpływa istniejący system planowania. Obecnie tylko niewielka liczba obszarów zurbanizowanych posiada plany zagospodarowania przestrzennego. Plany obejmujące obszary miast w okresie socjalizmu okazały się nieodpowiednie do procesu inwestycyjnego występującego w gospodarce wolnorynkowej, gdyż cechowały się zbytnią ogólnikowością i przestarzałym typem zagospodarowania. W konsekwencji rozwój pojęcia „celu publicznego” pozostaje obecnie pod znakiem zapytania, wobec tzw. planowania *ad hoc* poprzez wydawanie decyzji o warunkach zabudowy, bądź decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego.

Ograniczenie ustawodawcy w swobodnym kreowaniu celów publicznych może być ujęte w sposób negatywny przez wskazanie celów, które nie mogą być podstawą do kwalifikowania ich jako publiczne, albo w sposób pozytywny ograniczający tą swobodę do z góry do pewnej grupy celów, co ma miejsce w u.g.n. Polski ustawodawca zdecydował się na skonstruowanie definicji formalnej celów publicznych, poprzez stworzenie katalogu czynności podpadających pod jej zakres. Wymóg istnienia celów publicznych przedstawia się więc jako warunek – władza może wywłaszczyć jeśli stwierdzi, że warunek ten rzeczywiście zachodzi. Z tego punktu widzenia cele publiczne muszą stanowić bezwzględny element definicji wywłaszczenia, ale nie konieczny. Ustawodawca może bowiem w każdym momencie zmienić katalog celów publicznych poprzez ustanowienie nowych, bądź dokonać korekty istniejących celów publicznych. Należy jednak pamiętać, że działając w ten sposób ustawodawca jest zmuszony formułować cele publiczne w sposób odpowiadający wykładni pojęć konstytucyjnych i zasad z niej wypływających³¹⁹.

Jak zostało wskazane wyżej, pojęcie „celów publicznych” ulega ciągłej zmianie w zależności od zapotrzebowania gospodarczego państwa i społeczeństwa, co powoduje, że cele publiczne są stale rozszerzane przez ustawodawcę, a także przez praktykę sądową (głównie w systemach prawnych common-law).

W doktrynie prawa administracyjnego można znaleźć jednak nurt opowiadający się za całkowitym odejściem od wymogu formułowania „celów publicznych”³²⁰. Jego przeciwnikami są zwolennicy tzw. klasycznej koncepcji wywłaszczenia, dla których „cel publiczny” stanowi nieodłączny element definicji każdego wywłaszczenia. Wywłaszczenie dopuszczalne jest więc po spełnieniu szeregu mniej, lub bardziej rygorystycznych zasad i

³¹⁹ M. Szalewska...Wywłaszczenie, jw., s. 105.

³²⁰ Np. M. Zimmermann, Wywłaszczenie...jw.

warunków, jakim w demokratycznym państwie prawa powinny odpowiadać uregulowania wywłaszczeniowe i postępowanie organów administracyjnych, dokonujących wywłaszczenia konkretnej nieruchomości³²¹. Zdaniem przedstawicieli klasycznej teorii wywłaszczenia pomimo, że pojęcie „celów publicznych” jest i zawsze będzie ze swojej natury pojęciem niedookreślonym, to dzięki doktrynie oraz działalności sądów administracyjnych dokonujących kontroli zgodności z prawem decyzji wywłaszczeniowych „cele te nie budzą w zasadzie większych wątpliwości i w miarę obejmowania organizatorską funkcją państwa coraz to nowych obszarów życia społecznego ulegają poszerzeniu i zróżnicowaniu. W ten sposób i w związku z tym rozszerzeniu ulega również zakres stosowania instytucji wywłaszczenia nieruchomości”³²². Przedstawiciele szkoły klasycznej stanowią dziś większość, o ile nie stanowią jedynej grupy mającej wpływ na definiowanie pojęcia wywłaszczenia i związanych z nim celów publicznych³²³. Wynika to z faktu, iż wywłaszczenie jako najdalej idąca ingerencja państwa w interesy majątkowe obywateli ma rangę przepisu konstytucyjnego, dopuszczającego jego wykonanie tylko pod warunkiem istnienia ustawowo sprecyzowanych celów publicznych. W konsekwencji wymóg jak najdalej ustawowej konkretyzacji wywłaszczenia, będącego środkiem *ultima ratio*, pociąga za sobą także cele publiczne. W prawie polskim pojęcie celów publicznych było zawsze powiązane z wywłaszczeniem oraz regulowane w aktach rangi ustawowej, począwszy od „prawa o postępowaniu wywłaszczeniowym” z 1934 r., poprzez ustawę o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości z 1958 r., a skończywszy na ustawie o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości z 1985 r. Także w momencie uchwalania obecnie obowiązującej u.g.n., konstrukcja celów publicznych odnosiła się wyłącznie do możliwości wywłaszczania nieruchomości, co uległo zmianie w 2003 r. z chwilą wejścia w życie ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym.

W swojej obszernej monografii M. Zimmermann podnosił, że zarówno „cel publiczny” jak i „odszkodowanie” są w istocie postulatami prawnonaturalnymi stawianymi w opozycji do władzy państwowej, która odbierając czyjąś rzecz powinna to wynagrodzić i nie powinna odbierać jej bez koniecznej potrzeby³²⁴. Bez wymogu „celów publicznych”, zdaniem tego autora nic w definicji wywłaszczenia się nie zmieni, oprócz szerszej sądowej kontroli decyzji

³²¹ T. Woś, Wywłaszczanie..., jw., s. 22.

³²² Tamże.

³²³ Przykładowo: G. Bieniek: Komentarz do ustawy o gospodarce nieruchomościami, Warszawa 2005, M. Wolanin, Ustawa..., jw., E. Drozd, Z. Truskiewicz, Gospodarka..., jw., W. Ramus, Prawo..., jw.

³²⁴ M. Zimmermann, Wywłaszczenie..., jw., s. 90-101.

wywłaszczającej, odnoszącej się do zasadności samego wywłaszczenia. Wprowadzanie przez ustawodawcę szerokiego katalogu celów publicznych, spośród których część może być sformułowana w sposób błędny, bądź nieodpowiadający zapotrzebowaniom współczesnej gospodarki uzasadnia odstąpienie od formułowania „celów publicznych” w ogóle. Wymóg ścisłej precyzji „celów publicznych” stawiany przez szkołę klasyczną jest w opinii M. Zimmermanna sam w sobie sprzeczny, bowiem po pierwsze jest pozostawiony swobodnej ocenie władzy państwowej, po drugie niemożność całościowego uregulowania celów publicznych stawia wymóg formułowania „furtok interpretacyjnych”, w których to władza jest uprawniona do uznania czy dany cel ma charakter publiczny i czy w związku z tym istnieje potrzeba jego ustawowej regulacji, czy też nie. W rezultacie zdaniem M. Zimmermanna pojęcie „celów użyteczności publicznej” jest ujmowane przez władzę tak szeroko, że „niekiedy traci w ogóle wszelkie znaczenie i oznacza po prostu istnienie w ogóle jakichś motywów dla ustawodawcy”³²⁵. Jako czołowy przedstawiciel nurtu opierającego się z skonstruowaniem definicji wywłaszczenia *in genere*, M. Zimmermann był zwolennikiem całkowitego odejścia od posługiwania się pojęciem celów użyteczności publicznej, jako pojęcia niedookreślonego, którego próba generalnego zobiektywizowania musi zawieść i w związku z tym „nie może ona stanowić części składowej formalnej definicji wywłaszczenia jako instytucji prawnej”. Identyfikując cele publiczne z celami państwa usiłował wykazać, że pojęcie celu publicznego jest zbędne dla instytucji wywłaszczenia, ponieważ każda działalność państwowa poprzez stanowienie prawa w formie ustaw służy w rzeczywistości celom państwowym. Gdy państwo stanowi prawo, z mocy którego orzeka o wywłaszczeniu, to i tak będzie go używać wszędzie tam, gdzie uzna to za stosowne³²⁶.

W obecnych czasach taka teoria byłaby trudna do przyjęcia, bowiem większość ustawodawstw nakierowana jest na ochronę praw jednostki w opozycji do władzy, która wkraczając w jej sferę praw majątkowych może to robić tylko w określonych celach. Cele te stanowią gwarancję podstawowych praw obywatelskich i nie bez powodu zostały zamieszczone w Konstytucji. Mimo wszystko, konieczność ustawowej regulacji celów publicznych nie oznacza, że należy zaprzestać poszukiwań istoty ogólnej wywłaszczenia, abstrahującej od pozytywnoprawnych regulacji. Należy bowiem zwrócić uwagę, że to przepisy Konstytucji determinują kształt definicji ustawowych, nie odwrotnie. Nic nie stoi zatem na przeszkodzie formułowania istoty ogólnej celów publicznych w oparciu o normy

³²⁵ Tamże.

³²⁶ Tamże.

konstytucyjne. Zawarcie pojęcia „celów publicznych” w konstrukcji wyłączenia odzwierciedlałoby jego rzeczywistą niedookreśloność i zmienność w zależności od potrzeb gospodarczych³²⁷.

³²⁷ M. Szalewska, Wyłączenie..., jw., s. 107 - 108.

4 Rozdział czwarty

Problematyka prywatyzacji realizacji celów publicznych

4.1 Wstęp

Transformacja ustroju politycznego i gospodarczego narzuciła konieczność wprowadzenia w życie idei prywatyzacji podstawowych usług, takich jak np. dostarczanie wody, elektryczności, telefonii, a także edukacji czy systemu opieki zdrowotnej. Podstawową instytucją, pozwalającą na prywatyzację realizacji usług świadczonych przez organy administracji publicznej okazał się być w krajach Europy Zachodniej system partnerstwa publiczno – prywatnego, w ramach którego można zrealizować niemal wszystkie cele publiczne, szczególnie z zakresu usług użyteczności publicznej (np. infrastruktura, energetyka, wodociągi i kanalizacja), o ile tylko realizowane przedsięwzięcie daje inwestorowi szansę zwrotu zainwestowanych środków oraz wypracowanie zysku. Liderem we wdrażaniu systemu partnerstwa publiczno - prywatnego pozostaje Anglia, gdzie funkcjonuje on od ponad 20 lat, a za jego pomocą realizuje się inwestycje o wartości ok. 60 mld euro, co stanowi ok. 3,6 PKB tego kraju³²⁸. Dla przykładu w przeciągu ostatnich 20 lat w Anglii z udziałem sektora prywatnego powstają szpitale (ponad 44 od 1997 r.), więzienia (w 13 takich obiektach zbudowanych według tego systemu przebywa ponad 10 proc. wszystkich osadzonych), drogi, linie kolejowe, odcinki londyńskiego metra, a także wiele budynków rządowych, m.in. Ambasada Brytyjska w Berlinie czy Ministerstwo Skarbu Państwa w Londynie. Do tych przykładów należy dodać również niezliczone projekty z obszaru ochrony środowiska i gospodarki odpadami czy transportu publicznego³²⁹.

Przedsiębiorstwo	Sektor gospodarki	Data prywatyzacji
„Cable & Wireless”	Telekomunikacja	Październik 1981
„Associated British Ports”	Transport	Luty 1983
„British Telecom”	Telekomunikacja	Listopad 1984
Regional water companies	Dostarczenie wody	Grudzień 1989
Electricity distribution companies	Elektryczność	Grudzień 1990

³²⁸ A. Panasiuk, Partnerstwo Publiczno-Prywatne..., jw., s. 24.

³²⁹ Tamże.

Tabela nr 1 - wykaz sektorów usług publicznych brytyjskiej gospodarki, które zostały sprywatyzowane, źródło: Privatisation of Public Services and the role of social enterprises, JPA Europe Limited, marzec 2010 r.

Nie ulega wątpliwości, że zjawiska występujące w krajach Europy Zachodniej wywołują konieczność zmiany w sposobie realizacji celów publicznych także w Polsce. Przedsiębiorstwa komunikacyjne czy szpital, nie muszą być ogniwem struktury organizacyjnej administracji publicznej. Najbardziej spektakularnym przykładem prywatyzacji realizacji celów publicznych mogą być koncesjonariusze budujący i eksploatujący autostrady płatne, które przecież należą do dróg publicznych kategorii dróg krajowych³³⁰. Podobnie jest w przypadku aptekarzy, którzy mimo, iż w większości są prywatnymi przedsiębiorcami prowadzącymi apteki, wykonują określone ustawowo zadania publiczne polegające na ochronie zdrowia publicznego³³¹. Prywatyzacja wkroczyła także na obszar telekomunikacji, nazywanej kiedyś „łącznością”. Przed transformacją ustrojową ten obszar aktywności ludzkiej objęty był monopolem państwa, natomiast obecnie został on sprywatyzowany. Istniejące w poprzednim ustroju społeczno - gospodarczym przedsiębiorstwa państwowe, mające monopol na wykonywanie usług telekomunikacyjnych, przekształciły się w spółki prawa handlowego, działające w celu osiągnięcia zysku. Obecnie więc to prywatne przedsiębiorstwa opracowują nowe generacje telefonii komórkowej i wprowadzają je na rynek. Od początku okresu transformacji ustrojowej gwałtowny proces tzw. nieformalnej prywatyzacji ma także miejsce w sektorze opieki zdrowotnej, a polegający na wykorzystywaniu podmiotów publicznych do wykonywania prywatnej działalności medycznej. Wiele samorządów, które przejęły na własność zakłady opieki zdrowotnej, rozpoczęły proces ich restrukturyzacji i prywatyzacji. Niemniej na dzień dzisiejszy to sektor publiczny posiada w dalszym ciągu pozycję dominującą na rynku świadczeń opieki zdrowotnej³³².

³³⁰ Art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z 21.03.1985 o drogach publicznych, tekst jedn. Dz.U. nr 19/2007, poz. 115 ze zm.

³³¹ Art. 86 ust. 1 ustawy z 6.09.2001 prawo farmaceutyczne, tekst jedn. Dz.U. nr 45/2008, poz. 271, ze zm.

³³² Cele publiczne związane z ochroną zdrowia zawarte są w Konstytucji RP w art. 68, a także w u.g.n., której art. 6 pkt. 6 stanowi wprost, iż budowa obiektów ochrony zdrowia jest celem publicznym w rozumieniu tej ustawy. Warunki i zakres udzielania świadczeń określa ustawa. Jest nią ustawa z 27.08.2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (ustawa z 27.08.2004, tekst jedn. Dz.U. nr 164/2008, poz. 1027, ze zm.). W art. 132 ust. 1 stwierdzono, że podstawą udzielania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych przez Narodowy Fundusz Zdrowia (NFZ) jest umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, zawarta między świadczeniodawcą, a dyrektorem oddziału wojewódzkiego NFZ.

4.2 Motywy prywatyzacji

Przyjmując za E. S. Savas'em, motywy prywatyzacji można podzielić na cztery grupy: pragmatyczny, ideologiczny, ekonomiczny oraz populistyczny³³³.

Motyw pragmatyczny ma na celu zwiększenie efektywności sektora publicznego w realizowaniu świadczeń społecznych i skuteczniejsze rządzenie. Dotychczas podmioty publiczne, świadczące usługi pojmowane były jako obciążające budżet, a nie generujące nowych środków. Podstawowym argumentem pragmatycznym, przemawiającym za koniecznością prywatyzacji realizacji celów publicznych jest więc to, że zasady panujące na wolnym rynku skutkują bardziej efektywnym dostarczaniem produktów i usług przez podmioty prywatne, działające na zasadach prawa prywatnego, co w naturalny sposób ogranicza zakres ich działalności tylko do przedsięwzięć, których są wykonawcami. Podmioty prywatne, którym zostają przekazane do realizacji cele publiczne nabywają szereg uprawnień, dotychczas zarezerwowanych wyłącznie dla podmiotów publicznych, co efekcie czyni je odrębnym podmiotem, świadczącym usługi użyteczności publicznej. Zdaniem A. Błasia, w momencie, w którym zadanie zostaje powierzone do realizacji podmiotom spoza administracji publicznej, traci ono charakter zadania publicznego, a staje się usługą publiczną, realizowaną przez podmiot niepubliczny. Podobnie beneficjent usługi przestaje być podmiotem prawa publicznego, a staje się podmiotem prawa prywatnego³³⁴. W przypadku zlecenia realizacji celów publicznych, podmiot niepubliczny zobowiązany zostaje do dostarczenia określonych towarów, bądź usług, podczas gdy organ administracji publicznej zobowiązany zostaje do zapłaty wynagrodzenia, pozostawiając w zakresie swoich kompetencji instrumenty nadzoru nad realizacją tych celów. Z tych powodów, A. Błaś postuluje wprowadzenie w umowach z podmiotami niepublicznymi klauzul zobowiązujących je do świadczenia usług w sposób nieprzerwany, zgodnie z zasadą równego i powszechnego dostępu do usług publicznych, z wyłączeniem możliwości nakładania na beneficjentów usług

W obowiązującym systemie prawnym można uznać, że jeśli umowa zawarta między niepublicznym zakładem opieki zdrowotnej, a NFZ jest zawarta, to warunek określony art. 68 Konstytucji jest spełniony i zarówno prywatni i publiczni dostawcy usług opieki zdrowotnej mają formalnie równy status w dostępie do środków publicznych i mogą zawierać na równych prawach umowy z NFZ na świadczenie usług z zakresu opieki zdrowotnej.

³³³ E. S. Savas: *Prywatyzacja: klucz do lepszego rządzenia*, 2002, s. 12.

³³⁴ A. Błaś: *Formy działania administracji w warunkach prywatyzacji zadań publicznych*, w: *Administracja i prawo administracyjne u progu trzeciego tysiąclecia. Materiały konferencji naukowej Katedr prawa i postępowania administracyjnego*, Łódź 2000, s. 30.

publicznych obowiązków, które nie są uzasadnione charakterem tych usług, w szczególności płatności za nie³³⁵.

Motyw ideologiczny związany jest z chęcią ograniczenia roli instytucji publicznych, które są zbyt wielkie i rozbudowane oraz nadmiernie ingerujące w życie obywateli. Granica między sektorem publicznym, a prywatnym może być zmienna, co rodzi niebezpieczeństwo stopniowego zwiększania roli instytucji publicznych, a nawet podważenie zasad demokracji. Im większa część dochodów przejmowana jest przez państwo, tym bardziej decyzje o ich alokacji podejmowane są pod wpływem uwarunkowań politycznych, bardzo często różniących się od indywidualnych preferencji obywateli i budzących mniejsze zaufanie niż rozstrzygnięcia wolnego rynku. Motyw ideologiczny wiąże się zatem z chęcią zmniejszenia roli władzy i liczny podejmowanych decyzji politycznych³³⁶.

Motyw ekonomiczny ma na celu zwiększenie roli podmiotów prywatnych w gospodarce. Sektor publiczny jest bowiem bardzo kosztowny, a skoro niektóre z wykonywanych przez niego działań, nie są ściśle zarezerwowane dla państwa (np. budowa dróg), to można je powierzyć podmiotom prywatnym. Spowoduje to lepsze wykorzystanie majątku publicznego. Dzięki prywatyzacji sektorów państwowych istnieje również możliwość pozyskania przez państwo środków, które mogą zostać następnie wykorzystane do redukcji zadłużenia, bądź realizacji innych projektów w sektorze publicznym³³⁷. Poza tym do zamierzonych z perspektywy państwa celów prywatyzacji należą: zapewnienie wzrostu gospodarczego, zwiększenie dochodów państwowych, zmniejszenie długu państwowego poprzez wystawienie nierentownych przedsiębiorstw państwowych na warunki wolnorynkowe. Skoro więc określona dziedzina działalności może być z powodzeniem realizowana na warunkach rynkowych, to nie ma powodu, aby działalność tę prowadziły same władze publiczne — w różnych formach istnieje możliwość zlecenia tych zadań rozlicznym podmiotom gospodarczym, instytucjom, organizacjom społecznym, a także osobom fizycznym³³⁸. Jednakże z punktu widzenia obywatela, uzasadnienie prywatyzacji polega przede wszystkim na zwiększeniu efektywności i jakości usług świadczonych przez państwo oraz obniżenie ich cen poprzez zaistnienie konkurencji. Kosztami realizacji celu publicznego zostają obłożone podmioty zainteresowane w postaci różnego rodzaju opłat, natomiast sam cel przestaje być finansowany z pieniędzy publicznych. Taka forma

³³⁵ Tamże.

³³⁶ E. S. Savas, jw.

³³⁷ H. Izdebski, M. Kulesza: *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1988, s. 128-129.

³³⁸ Tamże.

współdziałania pomiędzy podmiotem publicznym, a prywatnym stanowi podstawę funkcjonowania partnerstwa publiczno - prywatnego, oznaczającego zazwyczaj zawieranie szeregu umów w ramach realizacji konkretnego przedsięwzięcia inwestycyjnego (typowy przykład stanowi koncesja).

Ostatni motyw ma charakter populistyczny i związany jest z uwłaszczeniem obywateli poprzez zapewnienie im możliwości decydowania o tym, co jest im potrzebne oraz możliwości kształtowania wspólnoty, opierającej się bardziej na więziach sąsiedzkich, niż narzuconych w sposób odgórny przez państwo³³⁹. Społeczeństwo powinno mieć prawo do samookreślenia celów i priorytetów wydatkowania środków publicznych. W motyw ten wpisuje się również pojęcie decentralizacji władzy centralnej na rzecz wspólnot lokalnych.

Można przyjąć również inny podział motywów, przemawiających za prywatyzacją realizacji celów publicznych:

1. w przedsiębiorstwach prywatnych lepsze zarządzanie stwarza bodźce, skutkujące eliminacją strat i maksymalizacją wydajności, podczas gdy jednostki sektora publicznego odznaczają się niedochodowym charakterem działalności. Oczywistym skutkiem takiego stanu rzeczy jest osłabienie bodźców, zachęcających do zwiększenia produktywności. Zbyt wielka odpowiedzialność ciążąca na organach władzy publicznej paraliżuje niekiedy zdolności decyzyjne, rodząc niechęć do podejmowania ryzyka;
2. zarówno na płaszczyźnie państwa, jak i w gałęziach jego gospodarki, przy podejmowaniu decyzji interes własny stanowi motyw dominujący, bowiem najczęściej stosowane w praktyce metody wyboru, polegające na odwoływaniu się do opinii większości obywateli są nieefektywne, gdyż żaden system głosowania nie pozwala przejść w sposób zadawalający od preferencji indywidualnych do społecznych. Skutkuje to tym, że to co jest własnością publiczną najczęściej wykorzystywane jest do budowy struktur państwa, nadobsadą stanowisk publicznych, biurokracją i generalnym marnotrawstwem funduszy publicznych. Przedsiębiorstwa publiczne nie mogą bowiem zbankrutować – wszystkie ich straty pokrywa państwo lub samorząd terytorialny. Polityka budżetowa jednostek należących do sektora publicznego odbywa się poprzez narzucanie pewnych sztywnych ram postępowania, a planowanie długookresowe nierzadko sprowadza się do przenoszenia odpowiedzialności za realizowane zadania na przyszłych decydentów tj. na okres po

³³⁹ E. S. Savas, jw., s. 12.

wyborach.

4.3 Metody prywatyzacji realizacji celów publicznych

4.3.1 Uwagi ogólne

Poniżej scharakteryzowane zostaną dwie podstawowe metody, w oparciu o które możliwa jest prywatyzacja realizacji celów publicznych: zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi i umowy o partnerstwie publiczno - prywatnym. Szczegółowe omówienie obydwu instytucji wykraczałoby poza tematykę niniejszej pracy, stąd niezbędnym wydaje się być przytoczenie ich podstawowych cech oraz różnic pomiędzy nimi. Szczegółowe rozwiązania prawne w zakresie stosowania umowy koncesji oraz umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym w polskim oraz w innych systemach prawnych zostaną omówione przy charakterystyce prywatyzacji realizacji konkretnych celów publicznych, w następnych rozdziałach niniejszej pracy.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej³⁴⁰, jednostki samorządu terytorialnego w drodze umowy mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, z uwzględnieniem m. in. przepisów ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym³⁴¹, w trybie przepisów ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi³⁴² oraz przepisów ustawy prawo zamówień publicznych³⁴³. Zgodnie z tym przepisem, dopuszczalne jest powierzenie przez samorząd celów publicznych do wykonywania podmiotom prywatnym w różnych formach. Jednak w aktualnym systemie prawnym, zawsze gdy współpraca pomiędzy podmiotem publicznym i niepublicznym cechować się będzie podziałem zadań i ryzyk między strony kontraktu, przy czym podmiot prywatny zobligowany będzie sfinansować lub współfinansować jego realizację, a także w okresie jego trwania ciążyć będzie na nim obowiązek zarządzania składnikiem majątkowym, będącym własnością publiczną (czyli spełnione będą przesłanki definiujące partnerstwo publiczno-prywatne zgodnie z art. 1 oraz art. 7 ust. 1 ww. ustawy o partnerstwie publiczno-

³⁴⁰ Ustawa z 20.12.1996, tekst jedn. Dz.U. nr 45/ 2011, poz. 236 ze zm.

³⁴¹ Ustawa z 19.12.2008, Dz.U. nr 19/2009, poz. 100 ze zm.

³⁴² Ustawa z 9.01.2009, Dz.U. nr 19/2009, poz. 101 ze zm.

³⁴³ Ustawa z 29.01.2004, tekst jedn. Dz.U. nr 113/2010, poz. 759 ze zm.

prywatnym), to zaktualizuje się wymóg zastosowania przepisów ustawy o partnerstwie publiczno – prywatnym. Uzasadnieniem takiego wymogu jest przede wszystkim chęć zapewnienia przez ustawodawcę wszystkim zainteresowanym podmiotom konkurencyjnego i otwartego dostępu do możliwości realizacji kontraktów z udziałem władzy publicznej.

4.3.2 Zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, a umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym

Udzielenie koncesji stanowi jedną z metod zaangażowania sektora prywatnego w świadczenie usług publicznych. Pojęcie koncesji pochodzi z Francji („*concession de travaux publics*”, „*concession de services publics*”), natomiast w krajach anglosaskich współpraca w formie koncesji określana jest skrótem „DBFO” („design, build, finance, operate” - projektuj, buduj, finansuj, eksploatuj)³⁴⁴. Z kolei w prawie austriacko-niemieckim koncesja ma charakter kwalifikowanego pozwolenia przemysłowego o charakterze policyjnym, wydawanego w formie decyzji administracyjnej i ustalającego określone prawa podmiotowe do wykonywania działalności gospodarczej³⁴⁵. Podstawową cechą powierzenia realizacji usług publicznych w trybie koncesji jest powiązanie wynagrodzenia przedsiębiorcy, realizującego usługę, z jej eksploatacją („*exploitation du service*”)³⁴⁶.

Chociaż poszczególne typy koncesji mogą różnić się między sobą w systemach prawnych, jej koncepcja jest jednolita. Unormowany w polskiej ustawie o koncesji na roboty budowlane i usługi typ koncesji, jest klasycznym typem koncesji francuskiej, polegającym na odstąpieniu od monopolu państwowego na rzecz podmiotów niepaństwowych w celu zlecenia im realizacji zadań administracyjnych państwa o charakterze gospodarczym (np. prawo do pobierania opłat od użytkowników). Udzielenie tego rodzaju koncesji następuje w formie umowy administracyjnej albo decyzji administracyjnej i umowy. W zamian za możliwość pobierania pożytków z przedmiotu koncesji, koncesjonariusz odpowiedzialny jest za zaprojektowanie, wybudowanie, finansowanie i eksploatację (koncesja na roboty budowlane) lub tylko finansowanie i eksploatację (koncesja na usługi), a także ponoszenie zasadniczej części ryzyka ekonomicznego realizacji przedsięwzięcia. Wraz z końcem ważności umowy koncesji, jej przedmiot powraca do sektora publicznego. Okres trwania umowy koncesji wynosi maksymalnie 30 lat, w przypadku koncesji na roboty budowlane i 15 lat, w przypadku

³⁴⁴ L. Lipiec-Warzecha: Komentarz do ustawy o koncesji na roboty budowlane i usługi, LEX 2009.

³⁴⁵ Tamże.

³⁴⁶ Tamże.

koncesji na usługi³⁴⁷. Układ koncesji umożliwia także ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej³⁴⁸

Podstawowa różnica między wyborem partnera prywatnego na podstawie ustawy o partnerstwie publiczno – prywatnym, a zawarciem umowy koncesji na roboty budowlane i usługi sprowadza się do ustalenia wynagrodzenia. Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi nie przewiduje możliwości przyjmowania płatności od podmiotu publicznoprawnego (koncesjodawcy), której nie będzie towarzyszyć prawo do korzystania z przedmiotu koncesji. Co do zasady również koncesjonariusz nie może uzyskać od koncesjodawcy więcej niż 50% wynagrodzenia, a płatność ta nie może prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem koncesji nakładów, poniesionych przez koncesjonariusza³⁴⁹. Przepisy ustawy o partnerstwie publiczno - prywatnym nie zabraniają zaś, aby wynagrodzenie partnera prywatnego mogło pochodzić w całości, albo w przeważającej części od podmiotu publicznego. Kolejną z różnic jest rozłożenie ryzyka przedsięwzięcia pomiędzy podmiot publiczny, a prywatny. Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi stanowi, że koncesjonariusz zawsze ponosi w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji³⁵⁰. Z kolei przepisy ustawy o partnerstwie publiczno - prywatnym pozwalają na rozłożenie ryzyka przedsięwzięcia w ten sposób, że będzie ono w przeważającej części spoczywało na podmiocie publicznym. Dopuszczone jest także wniesienie przez podmiot publiczny składnika majątkowego, jako wkładu do przedsięwzięcia (w praktyce najczęściej jest to nieruchomości), a czego nie przewiduje ustawa o koncesji. Partnerstwo publiczno – prywatne może być także realizowane w formie spółki. Ostatnią z różnic, pomiędzy obydwoma formami współpracy między podmiotem publicznym, a prywatnym jest czas jej trwania. Okres trwania umowy koncesji wynosi maksymalnie 15 lub 30 lat, a partnerstwa publiczno – prywatnego nie został sprecyzowany, co oznacza, że może być dowolnie ustalony przez strony. Należy jednak pamiętać, że jeśli specyfika umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym będzie odpowiadać specyfice umowy koncesji, to w grę wchodzi w takim przypadku terminy dotyczące umowy koncesji.

Udzielanie koncesji podmiotom prywatnym znajdzie zastosowanie przede wszystkim

³⁴⁷ Art. 24 ust. 1 ustawy.

³⁴⁸ Art. 4 ust. 1 ustawy.

³⁴⁹ art. 1 ust. 3 ustawy

³⁵⁰ Tamże.

w realizacji projektów inwestycyjnych, wymagających nakładu sporych środków finansowych, a więc w przypadku robót budowlanych, polegających na wzniesieniu obiektu budowlanego (np. budowa infrastruktury sportowej, oczyszczalni ścieków, składowiska odpadów komunalnych) lub świadczenia określonych usług (np. zarządzanie obiektami użyteczności publicznej lub lokalnym wodociągiem). Założeniem koncesji jest, że koncesjonariusz prowadzi będzie działalność gospodarczą w oparciu o eksploatowaną infrastrukturę, ponosząc większość ryzyk związanych z tą działalnością.

Bardzo istotną cechą koncesji, jak i ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym jest ich ścisłe osadzenie w systemie zamówień publicznych. Zaliczenie ich do tej kategorii związane jest z naturą środków (pieniężnych lub niepieniężnych, np. nieruchomości w przypadku partnerstwa publiczno -prywatnego), zaangażowanych w realizację kontraktu z podmiotem prywatnym, wykonującym cel publiczny. Umieszczenie koncesji i partnerstwa publiczno-prywatnego w systemie zamówień publicznych pociąga za sobą konieczność stosowania ustawy prawo zamówień publicznych w zakresie zawierania stosownych umów między podmiotem publicznym, a prywatnym.

Stosowanie koncesji przy prywatyzacji realizacji celów publicznych należy uznać za właściwe, gdy rynek robót budowlanych, bądź usług stanowiących przedmiot koncesji wykazuje duży popyt i obietnicę zwrotu nakładów poniesionych na realizację danego przedsięwzięcia, a gdy jego całkowita prywatyzacja jest niemożliwa ze względu na ochronę prawną, względy ekonomiczne czy polityczne.

4.3.3 Regulowanie monopolu naturalnych

Prawny monopol państwa ma miejsce w sytuacji, gdy ustawa zastrzega dla państwa wyłączność podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej w danej dziedzinie, co jest równoznaczne z ogólnym zakazem podejmowania tej działalności przez podmioty niepaństwowe. Jest przy tym kwestią wtórną forma prawna wykonywania przez państwo przysługującego mu monopolu (np. ustawa może przewidywać utworzenie specjalnej państwowej jednostki organizacyjnej albo też udzielanie koncesji wyłącznie podmiotom państwowym itp.)³⁵¹. Natomiast monopol naturalny ma miejsce wtedy, gdy na rynku prowadzi działalność jedno przedsiębiorstwo, które może wytwarzać dobro taniej oraz efektywniej niż kilka konkurencyjnych przedsiębiorstw. Najczęściej wiąże się to z

³⁵¹ A. Walaszek – Pyziół: Zasada równouprawnienia sektorów gospodarczych, a monopol państwowy. Edukacja Prawn. Nr 2/1995, s. 37 -41.

korzyściami skali, gdyż wraz ze wzrostem produkcji spada koszt jednostkowy wytworzenia tego dobra. Zdaniem Z. Stańka, świadczona w monopolu naturalnym minimalna efektywna skala produkcji przekracza wielkość popytu, a koszt krańcowy dodatkowej jednostki produkcji czy usługi jest niski. Efekty skali produkcji i wielkości popytu wskazują na ekonomiczną opłacalność jednego producenta. Przy tego rodzaju dobrach koszt jednostkowy ulega obniżeniu wraz z większą liczbą konsumentów³⁵².

Typowymi przykładami monopolu naturalnego są usługi stanowiące cele i zadania publiczne, a związane z dostarczeniem elektryczności, telekomunikacji, gazu, a także wodociągi i kanalizacja oraz transport (np. kolej), gdzie zaistnienie konkurencji może doprowadzić do braku efektywności rynku. Przy poniesieniu przez producenta usług wysokich kosztów stałych, związanych z produkcją wymienionej usługi, koszt jej świadczenia jest bowiem relatywnie niski. Istnienie na danym rynku np. dwóch firm zajmujących się produkcją energii elektrycznej, z własnym źródłem zasilania i liniami energetycznymi, doprowadziłoby niemal do podwojenia cen jej świadczenia. Monopol naturalny jaki występuje przy realizacji części celów publicznych z u.g.n. (np. wodociągi, dostarczanie energii elektrycznej, telekomunikacji) sprawia dylemat jak zorganizować rynek na którym cele te są świadczone, tak aby uzyskać ekonomiczne korzyści z ich produkcji przez jedną firmę, przy jednoczesnej minimalizacji wad wynikających z braku konkurencji. Kraje na całym świecie zmierzając się z zaistniałym problemem dokonywały regulacji sektorów dotkniętych monopolem naturalnym, bądź jego całkowitej prywatyzacji. Dopuszczalność ustawowej regulacji monopolu naturalnych można wprowadzać w sytuacjach wyjątkowych. Zdaniem A. Walaszek - Pyziół może polegać to na konieczności realizacji szczególnie ważnego dobra wspólnego (celu publicznego) przez państwo, gdy realizacja tego dobra (celu) poprzez działalność gospodarczą, prowadzoną przez podmioty prywatne lub z udziałem takich podmiotów nie jest możliwa. Chodzi tu o tego rodzaju przypadki, w których zarobkowy (nastawiony na zysk) charakter danej działalności (prowadzonej w dodatku w konkurencji z innymi podmiotami) koliduje z realizacją danego dobra wspólnego (celu publicznego). W tej sytuacji - zdaniem autorki - dopuszczalny jest zabieg, polegający na wprowadzeniu ustawą ogólnego zakazu podejmowania działalności gospodarczej danego rodzaju (naturalnie przy zachowaniu wymogów wynikających zasady proporcjonalności) z równoczesnym przejściem tej działalności przez państwo, jako jednego z zadań

³⁵² Z. Staniek: Teoretyczne aspekty polskiej prywatyzacji w okresie transformacji, Warszawa 2001, s. 130.

publicznych³⁵³.

Przykłady regulacji prawnych tzw. naturalnych monopolii zostaną omówione w rozdziale dotyczącym prywatyzacji urządzeń wodociągowych.

4.4 Skutki prywatyzacji realizacji celów publicznych

Świadczenie przez podmioty prywatne usług publicznych, polegających przykładowo na dostarczaniu energii elektrycznej, wody, łączności itp. oznacza przełamanie istniejącego monopolu państwowego i powstanie rynków, w których podmioty te będą mogły między sobą konkurować. Spowoduje to wzrost wydajności tych usług, a wskutek zaistnienia konkurencji dokona się obniżenie cen ich świadczenia dla potencjalnych odbiorców. Jednak prywatyzacja niektórych usług, świadczonych przez administrację publiczną spotyka się z krytyką. Krytyka ta polega na tym, iż pomimo, że prywatyzacja realizacji celów publicznych stwarza nowe możliwości, nieuchronnie powoduje również pewne ograniczenia. Ograniczenia te dotyczą odbiorców usług świadczonych dotychczas przez państwo i sytuacji, w jakiej znajdują się, gdy państwo zaprzestanie ich świadczenia, a rolę tę przejmą podmioty prywatne, które mogą ustanawiać prywatne monopole, regulować ceny, wielkość siły roboczej, dostępność towarów itp. Kontrowersje wzbudza przede wszystkim kwestia dostępności dóbr podstawowych i usług dla tzw. odbiorców wrażliwych, czyli znajdujących się w trudnej sytuacji materialnej³⁵⁴. Ponadto w dziedzinach, w których świadczenie usług publicznych nie jest opłacalne dla podmiotów prywatnych (np. kosztownej opieki medycznej), ich dostarczanie może zostać wstrzymane. Powstaje w takim razie pytanie o prawa obywateli, którzy uprawnieni są do korzystania z

³⁵³ A. Walaszek – Pyziół: Zasada równouprawnienia..., jw., s. 37 -41. Zdaniem autorki „warunkiem koniecznym zgodności takiego zabiegu z Konstytucją jest jednak to, aby państwo prowadziło ta działalność, jako zadanie publiczne, wyłącznie dla realizacji konkretnego dobra wspólnego (celu publicznego) a nie ja działalność gospodarczą nastawioną (*ex definitione*) na zysk, co oczywiście nie wyklucza odpłatności za świadczenia, jeśli miałyby one na celu tylko pokrycie kosztów danej działalności. Mówiąc inaczej - konieczne jest, aby państwo w drodze ustawowej odebrało danego rodzaju działalności charakter działalności gospodarczej. Następnie, w wyniku przejęcia działalności przez państwo, powstanie wprawdzie szczególnego rodzaju „monopol państwowy” ale nie będzie monopolem gospodarczym i jako taki nie będzie kolidował z zasadą równouprawnienia sektorów gospodarczych”.

³⁵⁴ Urząd Regulacji Energetyki charakteryzuje „odbiorców wrażliwych” jako „osoby podlegające ochronie w odniesieniu do ich stosunków ze sprzedawcami energii (np. osoby niepełnosprawne, długotrwale chore, emeryci, osoby o niskich dochodach oraz osoby mieszkające na obszarach odległych)” – www.ure.gov.pl.

podstawowych i uniwersalnych usług oraz o odpowiedzialność państwa za ich dostarczanie.

Kolejne kontrowersje wzbudza pytanie czy wszystkie cele i zadania zarezerwowane dotychczas dla państwa mogą być sprywatyzowane, a nawet jeżeli tak, to czy jest to prawnie dopuszczalne. Teoretycznie każdy cel publiczny można przekształcić w taki sposób, że będzie wykonywany przez podmiot działający na zasadach prawa prywatnego. Jednak nie we wszystkich dziedzinach takie działanie może odnieść spodziewany efekt, gdyż zadaniem firmy prywatnej jest osiągnięcie zysku, natomiast zadaniem organów władzy publicznej jest zaspokajanie potrzeb społecznych.

Należy też zwrócić uwagę na pogląd, zgodnie z którym rynek usług publicznych nie jest doskonały i pewne jego wady mogą wpływać niekorzystnie zarówno na gospodarkę, jak i na sytuację indywidualnych jego uczestników w przypadku, gdy ich dostarczaniem zajmie się podmiot prywatny. Wyrazem tych wątpliwości jest tzw. koncepcja zawodności rynku, zwracająca uwagę na podstawowe twierdzenie ekonomii dobrobytu mówiące, iż gospodarka jest efektywna jedynie po spełnieniu pewnych warunków (efektywność wymiany, produkcji i struktury produkcji). Istnieje bowiem kilka przyczyn, które mogą przesądzić o braku efektywności, którymi są: istnienie dóbr publicznych (jak np. prawo do nauki), zawodność konkurencji, efekty zewnętrzne, niekompletność rynków oraz niedoskonałość informacji³⁵⁵. Z drugiej strony nie można zgodzić się z tezą, iż przedsiębiorstwa publiczne zawsze będą w stanie zaspokoić potrzeby społeczne, ponieważ bardzo często funkcjonują one w oparciu o nieefektywne metody produkcji. Tradycyjne formy świadczenia celów publicznych nie zachęcają władz do uwzględniania w rozrachunku ekonomicznym pełnych kosztów ich realizacji, na co wpływ ma struktura organizacyjna jednostek zaliczanych do sektora finansów publicznych. Jednostki te rozliczają się z budżetem lokalnym, bądź centralnym na zasadzie „netto”, czyli samym wynikiem finansowym, nie prowadząc przy tym wyceny kosztów prowadzonej działalności w taki sposób, w jaki dokonują tego firmy prywatne. Pomijanie faktycznych kosztów, składających się na ostateczną cenę usług świadczonych dotychczas przez państwo przed ich prywatyzacją, może w razie nagłego „urealnienia” tych kosztów wywołać protesty społeczne, skierowane również wobec samej koncepcji prywatyzacji realizacji celów publicznych³⁵⁶.

Następnym problem stanowi fakt, iż nieodłącznym skutkiem prywatyzacji realizacji celów publicznych jest powstanie konkurencyjnych struktur rynkowych, w

³⁵⁵ J. E. Stiglitz: *Ekonomia sektora publicznego*, Warszawa 2004.

³⁵⁶ A. Panasiuk, *Partnerstwo Publiczno-Prywatne...*, jw., s. 25.

których podmioty niepubliczne konkurują między sobą na zintegrowanym i otwartym rynku. Wprowadzenie elementów konkurencji w systemie usług publicznych może oznaczać w rzeczywistości niski poziom koncentracji podmiotów na rynku, ponieważ podmioty mające duże udziały w rynku będą miały możliwość tworzenia rozmaitych barier wejścia na ten rynek dla nowych podmiotów – konkurentów (np. poprzez tworzenie karteli). W sektorach, w których przed prywatyzacją istniał monopol w zakresie świadczenia usług publicznych można spodziewać się wzrostu liczby dostawców usług po ich prywatyzacji, jak miało to miejsce w sektorze energetycznym, gdzie Polska wyróżnia się kilkuset firmami, które uzyskały koncesję na obrót energią elektryczną³⁵⁷. Rynek na którym występuje wielu producentów o różnym stopniu udziału w całkowitej produkcji w danej gałęzi jest typowym modelem konkurencji monopolistycznej. Oznacza to, że wejście na taki rynek przez nowego producenta wiąże się z ponoszeniem dodatkowych kosztów, związanych z pozyskaniem nabywców, co utrudnia konkurencję w sektorze dostarczania usług publicznych.

Aby zrozumieć problemy, dotyczące prywatyzacji realizacji celów publicznych w pierwszej kolejności należy dokonać klasyfikacji towarów i usług według ich charakteru i właściwości. Przyjmując za E. S. Savase'm³⁵⁸ dobra i usługi możemy podzielić na:

1. dobra prywatne, które są konsumowane indywidualnie i nie mogą być używane przez konsumenta bez zgody dostawcy, którą otrzymuje się zazwyczaj po wniesieniu opłaty. Za przykład może posłużyć dostarczanie prywatnej opieki zdrowotnej.
2. dobra odpłatne, które są użytkowane (konsumowane) zbiorowo, ale użytkownik musi wnieść opłatę, a ci, którzy nie zapłacą, mogą zostać z łatwością wykluczeni spośród użytkowników tych dóbr. Im trudniejsze i kosztowniejsze jest wykluczenie konsumenta z grona użytkowników dobra odpłatnego, tym bardziej staje się ono dobrem zespołowym. Za przykład może posłużyć dostarczanie energii elektrycznej czy telefonii.
3. dobra wspólne, które są konsumowane indywidualnie i zakazanie komukolwiek swobodnego korzystania z nich jest nierealne, przykładem czego jest dostęp do wody.

³⁵⁷ W 2011 r. ogólna liczba podmiotów posiadających koncesję na obrót energią elektryczną wynosiła ok. 340, źródło – Urząd Regulacji Energetyki, www.ure.gov.pl.

³⁵⁸ E. S Savas., *Prywatyzacja...*, jw., s. 48.

4. dobra zespołowe, które są użytkowane wspólnie i nie można nikogo wykluczyć z grona użytkowników, co oznacza, że generalnie ludzie nie płacą za nie, gdy nie są do tego zmuszani. Przykładem jest chociażby dostęp do telewizji.

Dla właściwej oceny prywatyzacji realizacji celów publicznych, niezbędnym wydaje się również być przedstawienie procesu ich dostarczania. Proces ten składa się z trzech podstawowych uczestników: konsumenta, inicjatora i wytwórcy³⁵⁹:

1. konsument jest uczestnikiem, który ostatecznie otrzymuje lub korzysta z usługi. Może być nim pojedynczy człowiek, gospodarstwo domowe, wszyscy ludzie zamieszkujący na danym obszarze, wreszcie grupa ludzi o pewnych cechach np. uczniowie;
2. wytwórcą jest podmiot, który faktycznie i bezpośrednio wykonuje pracę i dostarcza usługę konsumentowi. Może być nim organ władzy (rządowej lub samorządowej), prywatna firma, organizacja działająca nie dla zysku;
3. inicjator usługi (dostawca usługi) kojarzy wytwórcę z konsumentem lub odwrotnie, wybiera wytwórcę, który ma świadczyć usługę konsumentowi. Często inicjatorem jest organ władzy – zarząd miasta, rząd, stowarzyszenie.

Relacje pomiędzy tymi trzema uczestnikami w procesie świadczenia dóbr oraz usług publicznych, są jednym z głównych tematów dyskusji nad prywatyzacją realizacji celów publicznych. Krytycy prywatyzacji realizacji celów publicznych twierdzą, że niektóre usługi są z natury dostarczane przez państwo. Można jednak argumentować, iż rząd może zachować funkcję „producenta” dóbr lub usług, podczas gdy ich świadczenie może zostać przeniesione na sektor prywatny. Podobnie, to sektor prywatny może włączyć się w proces produkcji dóbr i usług mając na względzie, iż ich dostarczanie lub dystrybucja pozostanie zadaniem publicznym³⁶⁰. Zdaniem E. S. Savas’a opór wobec prywatyzacji pojawia się ze strony tych, którzy sądzą, że z chwilą kiedy rząd pozbawia się funkcji wytwórcy, musi również automatycznie zrzec się funkcji dostawcy. Dlatego podnoszone są fałszywe alarmy w związku z prywatyzacją świadczeń, które ze swej istoty należą do państwa, natomiast nic nie stoi na przeszkodzie aby pozostało ono odpowiedzialne za dostarczanie usług publicznych, nie będąc jednocześnie ich

³⁵⁹ Tamże, s. 71.

³⁶⁰ Tamże.

wytwórcą³⁶¹.

Poniżej zostaną przedstawione podstawowe problemy, które mają miejsce w związku z prywatyzacją realizacji celów publicznych.

4.4.1 Ochrona jednostki

Wśród negatywnych konsekwencji prywatyzacji realizacji celów publicznych można wymienić słabszą ochronę prawną obywateli traktowanych jako adresatów działalności wykonywanej przez podmioty prywatne. W przypadku, w którym cele publiczne świadczone są przez państwo lub samorząd, Konstytucja i ustawy przyznają obywatelom bezpośrednie roszczenie względem organów o zrealizowanie tych celów³⁶². W momencie w którym cel przestaje być realizowany przez podmioty publiczne, staje się elementem nastawionej na zysk działalności prowadzonej przez podmioty prywatne. Firmy prywatne aby osiągnąć zysk oraz efektywność produkcji i tym samym utrzymać się na rynku, muszą za wykonywane usługi otrzymać jak najwyższą cenę jaką rynek jest w stanie zaoferować, co nierzadko koliduje z realizacją celów o wymiarze społecznym np. edukacji czy zdrowia publicznego. Podmioty te prowadzą ponadto działalność dla celów ekonomicznych i skupiają się wyłącznie na spełnieniu umowy zawartej z podmiotem publicznym o realizację celu publicznego. W rezultacie zaangażowane są wyłącznie w produkcję określonych dóbr lub świadczenie określonych usług, zamiast koncentrować się na pojedynczym obywatelu lub społeczności. Pogląd ten można jednak zakwestionować, ponieważ podmiot prywatny znajdując się bliżej odbiorców usług, powinien być w stanie realizować usługi skoncentrowane bardziej na indywidualnym obywatelu niż organy publiczne, traktujące odbiorców jako obszerną i zróżnicowaną grupę społeczną.

Należy również zauważyć, iż skoro podmioty prywatne działają na zasadach wolnorynkowych, to w przypadku w którym usługi przez nie świadczone przestaną być rentowne i przynosić dochód, mogą zrezygnować z ich świadczenia lub podnieść ich ceny. Otwartym pytaniem pozostaje więc kwestia odpowiedzialności państwa za realizację pewnych podstawowych zadań publicznych przez podmioty prywatne, takich jak zaopatrzenie w wodę, gaz czy energii elektrycznej³⁶³.

³⁶¹ Tamże s. 72.

³⁶² Np. art. 68 ust. 1 oraz 70 ust. 1 Konstytucji, które stanowią, iż każdy ma prawo do nauki oraz każdy ma prawo do ochrony zdrowia.

³⁶³ A. Błaś: Granice prywatyzacji zadań publicznych w państwie prawa [w:] Samorząd terytorialny III

Szeroko pojęta prywatyzacja realizacji celów publicznych powinna więc służyć nie tyle maksymalizacji zysku, co raczej optymalnemu wykorzystaniu dostępnych środków w celu maksymalizacji świadczenia usług publicznych. Ryzykowne byłoby więc np. prywatyzowanie policji, która byłaby oceniana z punktu widzenia ilości i wysokości wymierzonych mandatów, a nie poprawy bezpieczeństwa w ruchu drogowym, zmniejszenia liczby wypadków itp. Na tej podstawie możnaby wyodrębnić te przedmioty działalności sektora publicznego, które mogą być wykonane lepiej przez podmioty prywatne³⁶⁴. Do rozważenia pozostaje jednak kwestia skuteczności działalności podmiotów niepublicznych, sprawujących funkcje publiczne, ponieważ wielu przedsiębiorców (działających w różnych formach organizacyjnych) prowadzi działalność, wymagającą sprawnego egzekwowania od wielu podmiotów nawet niewielkich kwot należności za świadczone usługi. Oczywiście zarówno świadczenie tych usług, jak i obowiązek zapłaty wynikają z umów cywilnoprawnych, jednak skuteczne egzekwowanie należności nie jest niemożliwe bez wsparcia organów państwa³⁶⁵.

4.4.2 Brak regulacji prawnych

Współcześnie za podstawę prawnoustrojową przekazywania zadań publicznych do realizacji podmiotom niepublicznym uważa się zasadę subsydiarności, według której główna funkcja władzy polega na zaspokajaniu potrzeb podlegających jej społeczności lub osób niezdolnych do pełnego rozwoju i ma ona charakter wtórny i pomocniczy, bowiem stanowi jedynie środek realizacji celów jednostek i społeczności³⁶⁶. Jej materialnoprawne źródło stanowi preambuła Konstytucji RP z 1997 r.³⁶⁷. Zasada ta jest uznawana za podstawę włączania podmiotów niepublicznych w tzw. system pomocniczości w zakresie wykonywania zadań publicznych pod nadzorem i kontrolą państwa³⁶⁸.

W doktrynie podnoszone są jednak wątpliwości co do konstytucyjności takiego rozumienia prywatyzacji zadań publicznych, na gruncie zasady subsydiarności. Zdaniem A.

Rzeczpospolitej. 10 lat doświadczeń, Lublin 2002, s. 310-311.

³⁶⁴ E. Knosala, *Zadania publiczne...*, jw., s. 123.

³⁶⁵ Tak TK w wyroku z 16.03.2010, K 24/08, OTK-A Nr 3/2010 poz. 22.

³⁶⁶ M. Stahl, *Cele publiczne...*, jw., s. 102.

³⁶⁷ „(...) ustanawiamy Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej jako prawa podstawowe dla państwa oparte na poszanowaniu wolności i sprawiedliwości, współdziałaniu władz, dialogu społecznym oraz na zasadzie pomocniczości umacniającej uprawnienia obywateli i ich wspólnot”.

³⁶⁸ P. Wilczyński: *Podmioty niepubliczne w sferze administracji publicznej*, PiP nr 2/2002, s. 51.

Błasia w polskim porządku prawnym brak jest norm konstytucyjnych, które upoważniałyby administrację rządową i samorządową do redukcji zadań publicznych w drodze ustawowej, poprzez powierzanie wykonywania takich zadań podmiotom prywatnym³⁶⁹. Jak stwierdza E. Knosala, wolny rynek na którym działają przedsiębiorcy prywatni oparty jest na zasadzie równości i wolności wyboru. To klient wybiera towar i negocjuje jego cenę ze sprzedającym. Natomiast państwo działa na zasadzie monopolu kompetencyjnego i co do zasady nie istnieje konkurencja pomiędzy urzędami np. w walce o klienta. W pewnych obszarach działalności państwa istnieje bowiem przymus korzystania z usług świadczonych przez organy administracji publicznej np. obowiązek szkolny czy odbycie kary w zakładzie penitencjarnym³⁷⁰. W rezultacie A. Błaś dochodzi do wniosku, że w wyniku zawarcia umowy o powierzeniu podmiotowi prywatnemu wykonania zadania publicznego, dokonuje się zmiana charakteru zadania publicznego i zmiana statusu obywatela (jednostki), do którego adresowana jest działalność objęta zleconym zadaniem publicznym. Zadanie traci charakter zadania publicznego i staje się usługą publiczną o zrealizowanie której obywatelowi nie służy żadne roszczenie, a jedynie roszczenie o odszkodowanie za szkodę, którą poniósł z tytułu niewykonania usługi. Na tej podstawie A. Błaś uznaje regulacje ustawowe, zezwalające na powierzanie zadań publicznych podmiotom prywatnym za niekonstytucyjne, ponieważ to Konstytucja gwarantuje obywatelowi prawo do określonej działalności władz publicznych³⁷¹. Przeciwny pogląd przedstawia T. Bąkowski, którego zdaniem przejęcie zadań publicznych przez podmioty niepubliczne jest generalnie zgodne z celami i treścią zasady subsydiarności, ponieważ podmioty niepubliczne są podmiotami „mniejszymi” w sensie organizacyjnym, a także ekonomicznym względem podmiotów przekazujących realizację zadań publicznych i tym samym są sprawniejsze i bardziej predysponowane do realizacji przekazanych im zadań publicznych, aniżeli podmioty „większe”, którym zadania publiczne zostały powierzone bezpośrednio przez prawodawcę³⁷². Zdaniem tego autora, wskazanie podmiotów niepublicznych bezpośrednio w akcie normatywnym, jako wyłącznych lub równoległych realizatorów zadań publicznych świadczy o woli ustawodawcy co do utrzymania publicznego charakteru zadań, podlegających prywatyzacji oraz o uznaniu podmiotów niepublicznych jako optymalnych w kontekście realizacji tych zadań. Prywatyzacja zadań publicznych prowadzi jego zdaniem do wprowadzenia w życie postulatów wynikających z zasady subsydiarności tj.

³⁶⁹ A. Błaś: *Granice...*, jw., s. 308.

³⁷⁰ E. Knosala, *Zadania publiczne...*, jw., s. 124.

³⁷¹ Tamże, s. 308-310.

³⁷² T. Bąkowski, *Administracyjnoprawna sytuacja...*, jw., s. 195.

realizacji tych zadań możliwie na jak najniższym ze szczebli struktury państwa i społeczeństwa. Podmiot publiczny powierzając realizację zadania publicznego podmiotowi prywatnemu dokonuje *sui generis* korekty przyporządkowania wykonywania zadania publicznego podmiotowi właściwemu między innymi ze względu na zasadę subsydiarności. Zdaniem powołanego autora powyższa zasada nie musi jednak odgrywać roli dominującej przy rozważaniu przesłanek powierzenia podmiotom niepublicznym realizacji celów publicznych. Równie istotną rolę mogą odgrywać względy ekonomiczne jak i prakseologiczne, takie jak podniesienie jakości świadczonych usług przy optymalizacji kosztów ich świadczenia. Nie umniejsza to jednak roli zasady subsydiarności przy powierzaniu podmiotom prywatnym tego typu celów, albowiem to właśnie względy prakseologiczne są wpisane w jej treść³⁷³.

4.4.3 Wzrost bezrobocia

Redukcja zatrudnienia w restrukturyzowanej firmie przeprowadzana jest zazwyczaj w celu obniżenia kosztów działalności i zwiększenia wydajności pracy zatrudnionych w niej osób. Natomiast jeżeli przedsiębiorstwo jest nierentowne, to na skutek cięć w zatrudnieniu bardzo prawdopodobnie jest, że może ono upaść w odróżnieniu od sytuacji, w której przedsiębiorstwo pozostaje w rękach państwa, gdzie dotacje rządowe mogą utrzymać jego działalność. W literaturze zachodniej podnosi się, iż prywatyzacja usług publicznych doprowadziła na świecie na przestrzeni lat do masowej redukcji zatrudnienia w sektorach państwowych w ramach tzw. „społecznie akceptowalnej redukcji zatrudnienia”³⁷⁴. Wyniki takiej polityki dla osób, które pozostały nadal zatrudnione w sprywatyzowanych przedsiębiorstwach oznaczają m. in. dłuższe godziny pracy, zwiększenie godzin nadliczbowych, mniej przerw w pracy, a w niektórych przypadkach nawet wzrost zawieranych krótkoterminowych umów o pracę i wynagrodzeń na tzw. minimum socjalnym.

Rozważając powyższy problem należy wziąć pod uwagę trzy czynniki³⁷⁵:

1. ramy czasowe - w niektórych przypadkach niekorzystny wpływ prywatyzacji na utratę miejsc pracy jest niewielki, gdyż zwolnienia mogą zostać dokonane przed przejściem przedsiębiorstwa przez firmę prywatną. Przykładem jest Chile, gdzie

³⁷³ Tamże, s. 194-195.

³⁷⁴ Privatisation and regulation in developing countries and economies in transition. Report. United Nations, www.un.org., New York 1999, s. 38.

³⁷⁵ Tamże.

redukcja zatrudnienia w państwowych przedsiębiorstwach, zajmujących się dostarczaniem usług telekomunikacyjnych i energii elektrycznej została dokonana jeszcze zanim ich prywatyzacja miała miejsce³⁷⁶;

2. konsekwencje – trzeba rozważyć jaki skutek odniesie redukcja zatrudnienia w sprywatyzowanym przedsiębiorstwie. Dla niektórych firm zmiana właściciela może prowadzić do wzrostu efektywności zarządzania i rozszerzenia ich działalności, a w konsekwencji wzrostu zatrudnienia. W Chile, zatrudnienie w sektorze telekomunikacji i energii elektrycznej wzrosło o 10 % ze względu na ogólną poprawę sytuacji ekonomicznej sprywatyzowanych przedsiębiorstw³⁷⁷. Inne przedsiębiorstwa mogą jednak przynosić zyski w długim okresie tylko poprzez stałe ograniczenie siły roboczej. Wreszcie, niektóre przedsiębiorstwa mogą nie być opłacalne dla nowych właścicieli nawet po redukcji siły roboczej. Dla tych przedsiębiorstw likwidacja będzie więc jedynym ratunkiem. Aby uporać się z problemem utraty miejsc pracy, prywatyzacji zawsze powinna towarzyszyć aktywna polityka strukturalna państwa, zachęcająca do tworzenia nowych miejsc pracy;
3. konkurencja – czyli w jaki sposób zmienia się rynek po prywatyzacji przedsiębiorstwa państwowego. Jeżeli rynek na którym takie przedsiębiorstwo działało jeszcze przed prywatyzacją podlegał zasadom wolnej konkurencji, a samo przedsiębiorstwo otrzymywało ograniczone wsparcie finansowe ze strony państwa, istnieje małe prawdopodobieństwo redukcji zatrudnienia³⁷⁸.

4.4.4 Koncentracja zysku

Zysk, który jest wytworzony przez firmę prywatną, zostaje przekazany na rzecz jej wspólników, podczas gdy w przedsiębiorstwie państwowym, zysk wpierv zasila budżet państwa, a w dalszej kolejności rozdysponowany zostaje na rzecz społeczności. Nastawiona na zysk działalność podmiotów prywatnych kłóci się z koniecznością ponoszenia - nierzadko – bardzo wysokich kosztów inwestycji w sektorze usług publicznych, a także redystrybucji dóbr materialnych pomiędzy członków społeczeństwa. Dlatego niekontrolowana prywatyzacja usług publicznych może sprzyjać powiększaniu polaryzacji społecznej i zmniejszaniu demokratycznego wpływu na proces dostarczania usług publicznych.

³⁷⁶ Tamże.

³⁷⁷ Tamże.

³⁷⁸ Tamże.

Umożliwienie przykładowo wywłaszczenia nieruchomości na korzyść podmiotów prywatnych, świadczących usługi dla ogółu społeczności niesłoby za sobą konsekwencje w postaci nieekonomicznego wykorzystywania przez państwo środków na ten cel. Sądy ustalając wysokość należnego odszkodowania za przejęcie nieruchomości bardzo często ignorują realną jej wartość i zasądają odszkodowania w kwocie znacznie ją przewyższającą podnosząc, iż wywłaszczonemu właścicielowi należy się „sprawiedliwe” odszkodowanie. W efekcie, wypłacona kwota odszkodowań dla właścicieli wszystkich niezbędnych dla realizacji prywatnego przedsięwzięcia nieruchomości, może przewyższyć zakładane przez prywatne podmioty koszty pozyskania nieruchomości i spowodować niezrealizowanie inwestycji. Dopuszczenie „prywatnych” wywłaszczeń może nie zasługiwać na uwzględnienie z jeszcze jednego powodu. W rezultacie wywłaszczenia na korzyść podmiotu prywatnego, zysk skoncentrowany zostaje w rękach tego podmiotu (np. budowa osiedla mieszkaniowego - deweloper), podczas gdy z wywłaszczenia dla ogółu społeczności, zysk rozdzielony zostaje pomiędzy całe społeczeństwo (np. budowa autostrady). Tak więc to podmioty prywatne mogą mieć silniejszy bodziec do ubiegania się o wywłaszczenie kolejnych nieruchomości niż społeczeństwo, ponieważ czerpią z tej działalności bezpośredni zysk i to w sposób, który może nie być akceptowalny społecznie.

Niekontrolowana prywatyzacja realizacji celów publicznych może doprowadzić do sytuacji, w której brak na rynku wystarczającej ilości podmiotów prywatnych uniemożliwi zaistnienie na tym rynku zasad wolnej konkurencji i w rezultacie tzw. monopole państwowe zostaną zastąpione przez monopole prywatne lub oligopole. Dlatego jeśli państwo zdecyduje się na rezygnację ze świadczenia celów publicznych, to nie powinno w ostatecznym rozrachunku pomijać sytuacji rynkowej, w jakiej cele te będą świadczone przez podmioty niepaństwowe.

Nie do końca uzasadniona wydaje się też prywatyzacja realizacji celów publicznych, których beneficjentem była dotychczas część społeczeństwa o niskich dochodach, czyli tzw. odbiorcy wrażliwi. Ma to związek z dostępnością tych grup społecznych do niezbędnych usług i w niektórych przypadkach dostępność ta może tylko została przywrócona tylko poprzez regulacje publicznoprawne. Przykładem tego jest odcinanie wody i dostaw energii elektrycznej dla użytkowników, którzy nie uregulowali wymaganych należności. Podobnie sytuacja przedstawia się w sektorze edukacji, gdzie dostęp do lepiej wyposażonych i renomowanych szkół, które często są własnością podmiotów prywatnych, nie jest możliwy dla dzieci imigrantów, klasy robotniczej i uczniów bez wyników w nauce, bowiem oczywistym jest, iż szkoła prywatna zabiega przede wszystkim o uczniów z dobrymi

wynikami, ponieważ oznacza to mniej pracy i kosztów poniesionych na edukację. Rezultat takich działań może oznaczać marginalizację, a wręcz segregację społeczną.

Prywatyzacja nie zawsze oznacza również zmniejszenie wydatków po stronie państwa. Liczne przykłady pokazują, że prywatyzacja realizacji celów publicznych często powoduje dodatkowe koszty dla budżetu i długoterminową redukcję dochodów państwa np. w Wielkiej Brytanii prywatyzacja kolei (British Rail) uzależniona była od obietnicy długoterminowych dotacji państwowych, co miało zachęcić potencjalnych nabywców do kupna jej udziałów³⁷⁹.

4.4.5 Problem odpowiedzialności

Wprowadzenie elementów konkurencji do systemu świadczenia usług publicznych stało się standardową metodą prywatyzacji w krajach zachodnich, gdzie doświadczenia pokazały, że zlecenie realizacji celów publicznych podmiotom prywatnym może prowadzić do znacznych oszczędności, wzrostu efektywności świadczonych usług oraz ich jakości³⁸⁰. W tym miejscu należałoby zwrócić uwagę na problem dotyczący tego, który z podmiotów ponosiłby odpowiedzialność za realizację celu publicznego – państwo jako podmiot zlecający wykonanie tego zadania czy podmiot prywatny będący jego głównym wykonawcą? Choć można stwierdzić, że w prywatnej firmie istnieje większa kontrola jej działalności, ponieważ musi rozliczać się wobec swoich wspólników, akcjonariuszy, to równocześnie brak jest takiej kontroli przez podmioty publicznoprawne. Nawet jeśli taka kontrola ze strony państwa występuje (poprzez koncesje czy pozwolenia administracyjne), to państwo wykonując uprawnienia kontrolne kieruje się z reguły interesem publicznym, a nie ochroną praw jednostki, gdyż obszary dotychczas zarezerwowane dla państwa podlegają zasadom wolnego rynku³⁸¹. W kwestii odpowiedzialności za realizację zadań publicznych S. Biernat wyraził pogląd, iż odpowiedzialność państwa pozostaje aktualna także w przypadkach upoważnienia do wykonania tych zadań podmiotów niepublicznych, a wówczas zmieniają się jedynie zakresy i formy tej odpowiedzialności³⁸². K. Bednarzewski zauważył, iż ustawodawca w

³⁷⁹ Privatisation and regulation in developing countries and economies in transition. Report. United Nations, www.un.org., New York 1999.

³⁸⁰ E. S. Savas: Privatization in the City: Successes, Failures, Lessons (Washington, DC: CQ Press, 2005), rozdział 1.

³⁸¹ Z. Leoński: Problemy prywatyzacji administracji publicznej, a ochrona praw jednostki, Jednostka wobec działań administracji publicznej - Międzynarodowa Konferencja Naukowa, Olszanica, 21-23 maja 2001 r., Rzeszów, 2001.

³⁸² S. Biernat, Prywatyzacja...jw., s. 29.

sposób daleki od całościowego uregulował zasady ponoszenia odpowiedzialności przez podmioty publiczne w zakresie wykonywania zadań publicznych. Zdaniem tego autora, należy postulować wyraźne uregulowanie odpowiedzialności za wykonywanie zadań publicznych dodatkowo w prawie publicznym. Celowym byłoby też przyznanie społecznościom lokalnym uprawnień w zakresie domagania się od podmiotów niepublicznych realizacji zadań publicznych, a zwłaszcza realizacji ich na odpowiednim poziomie³⁸³.

Należy zauważyć, iż obywatele nie zostali wyposażeni w żadne instrumenty prawne, mające na celu ochronę ich interesów w przypadku niezrealizowania celu publicznego przez podmiot prywatny, ani też nie mogą przeciwstawiać się ogólnym rozstrzygnięciom dotyczącym prywatyzacji. Jak trafnie wskazuje Z. Leoński, obywatele mają tylko interes faktyczny, by zadania publiczne realizowane przez podmioty prywatne były wykonywane w należyty sposób. Mogą jedynie korzystać z ogólnych instytucji, zawartych w kodeksie postępowania administracyjnego, takich jak skargi czy wnioski³⁸⁴. Natomiast wszelkie strategiczne rozstrzygnięcia w zakresie prywatyzacji realizacji celów publicznych podejmowane są w sposób zinstytucjonalizowany za pośrednictwem partii politycznych, związków zawodowych, stowarzyszeń i innych grup nacisku. Co prawda Konstytucja i ustawy przewidują instytucję referendum jako formę wyrażenia woli, ale w przypadku realizacji celów publicznych nie znajduje ona większego zastosowania³⁸⁵.

Problemem pozostaje również kwestia kontroli nad działalnością lub wykorzystaniem majątku publicznego przez podmioty prywatne. W takim wypadku kluczowe znaczenie ma ustanowienie przepisów prawnych, pozwalających na skuteczne monitorowanie przetargów, na podstawie których dochodzi do wyboru najkorzystniejszej oferty oraz staranne sformułowanie zapisów kontraktu, ustanawiającego współpracę z podmiotem prywatnym. Brak nadzoru czy kar oraz zachęt finansowych dla utrzymania jakości usług może skutkować spadkiem jakości świadczonych usług lub nadmiernym zużyciem infrastruktury pozostawionej bez należytej konserwacji³⁸⁶. Organy władzy publicznej powinny dążyć do tego, aby w kontrakcie z podmiotem prywatnym określić sposób nadzoru nad cenami i jakością świadczonych przez ten podmiot usług. Prywatyzacja realizacji celów publicznych może wiązać się z przekazaniem podmiotowi prywatnemu uprawnień w zakresie określania

³⁸³ K. Bednarzewski, Prywatyzacja zadań publicznych..., jw., s. 344.

³⁸⁴ Z. Leoński, Problemy prywatyzacji..., jw.

³⁸⁵ S. Biernat, Prywatyzacja..., jw., s. 96.

³⁸⁶ A. Panasiuk, Partnerstwo..., jw., s. 25.

parametrów świadczonych usług, ram czasowych w jakich będą dostarczane (terminowość, rozkłady), czy w końcu wyceny ich wartości, wpływającej m.in. na ustalanie cenników obowiązujących konsumentów. W takim wypadku podmiot publiczny powinien zapewnić sobie w kontrakcie efektywne narzędzia nadzoru nad działaniami podmiotów niepublicznych, ponieważ to na nim spoczywa ciężar zabezpieczenia interesu publicznego³⁸⁷.

Należy więc uznać, że odpowiedzialność państwa za realizację celów publicznych pozostaje aktualna także w przypadkach ich delegacji na podmioty prywatne, co skutkuje jedynie zmianą zakresu oraz form tej odpowiedzialności. Organ administracji publicznej zlecający realizację celu publicznego nie może tym samym wyzbyć się odpowiedzialności za efekt takiego działania, gdyż do niego należy m. in. egzekwowanie prawa. Zasady na jakich odbywa się powierzanie realizacji celów publicznych podmiotom prywatnym, powinny zostać ustalone już na etapie wyboru konkretnego podmiotu, natomiast później działalność tych podmiotów powinna zostać poddana nadzorowi ze strony organów³⁸⁸. Organy władzy publicznej powinny ponosić odpowiedzialność za to, że pewne zadania będą wykonywane prawidłowo przez podmioty niepubliczne i prawa obywateli nie doznają przez to uszczerbku. Natomiast podmiot prywatny, aby mógł realizować cele publiczne musi wykazać, że świadczone przez niego usługi będą bardziej ekonomiczne i wydajne niż te, które były uprzednio realizowane przez organy lub nawet inny prywatny podmiot. Organom publicznym lub jednostkom samorządu terytorialnego mogą przysługiwać ku temu kompetencje nadzorcze³⁸⁹. Można również wprowadzić mechanizm regulacji w dziedzinach, w których dopuszczono podmioty prywatne do realizacji celów publicznych, tak aby uniemożliwić dokonywanie nadużyć, bądź monopolizacji rynku przez jeden podmiot.

4.5 Podsumowanie

W przeciwieństwie do prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych, której początki na zachodzie sięgają lat osiemdziesiątych XX w., brak jest danych potwierdzających długotrwałe rezultaty dopuszczenia podmiotów prywatnych do realizacji celów publicznych. Zalety oraz wady wykonywania celów publicznych przez podmioty prywatne stanowi wciąż przedmiot otwartej dyskusji. Z pewnością powierzanie realizacji celów publicznych podmiotom prywatnym, które jedynie ze względu na powierzone im zadania i funkcje mogą być uznane

³⁸⁷ Tamże.

³⁸⁸ S. Biernat, *Prywatyzacja...*, jw., s. 102.

³⁸⁹ Tamże, s. 139.

za administrację publiczną, czyni wykonywanie zadań administracji publicznej tańszym i mniej zbiurokratyzowanym³⁹⁰. Jednakże podmioty prywatne zainteresowane wyłącznie osiągnięciem zysku i utrzymaniem się na rynku w warunkach gospodarki wolnorynkowej mogą zaprzestawać wykonywania usług nierentownych, które nie przynoszą im zysku, ale są konieczne z punktu widzenia obywatela. Przeszkodę może stanowić także niewystarczające merytoryczne przygotowanie podmiotów prywatnych, powołanych do wykonywania celów publicznych oraz osłabienie nadzoru administracyjnego nad realizacją tych celów³⁹¹. Podmioty prywatne mają również skłonność do ograniczania nie tylko zakresu usług publicznych, ale także obniżania jakości świadczonych usług³⁹². Wielość celów publicznych jak i stopień ich zróżnicowania pod względem użyteczności dla ogółu społeczeństwa, wymaga określenia granic w swobodnym powierzaniu ich realizacji podmiotom prywatnym. Powyższe znajduje swoje uzasadnienie przede wszystkim z punktu widzenia ochrony interesów jednostki. Nie do pomyślenia byłaby sytuacja, w której Skarb Państwa, bądź jednostka samorządu terytorialnego przystępując do realizacji przedsięwzięcia inwestycyjnego z podmiotem prywatnym, wyzbyła się odpowiedzialności nad jego prawidłowym wykonaniem, np. gdyby zbyła na rzecz podmiotu prywatnego nieruchomości pod realizację celu publicznego, pozbawiając się jednocześnie uprawnień nadzorczych. Niezrealizowanie celu publicznego przez podmiot prywatny powinno zawsze rodzić odpowiedzialność odszkodowawczą, bądź obowiązek zwrotu wywłaszczonej nieruchomości poprzedniemu właścicielowi.

³⁹⁰ P. Wilczyński, *Podmioty niepubliczne...*, jw., s. 49-62.

³⁹¹ M. Wincenciak: *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Warszawa 2008.

³⁹² A. Błaś: *Prywatyzacja zadań samorządu terytorialnego [w:] Studia nad samorządem terytorialnym*, red. A. Błaś, Wrocław 2002, s. 369 – 370.

5 Rozdział piąty

Prywatyzacja realizacji celów publicznych w polskim systemie prawnym

5.1 Uwagi ogólne

Wycofywanie się organów administracji publicznej z realizacji celów publicznych poprzez zlecenie, subsydiowanie, udzielanie koncesji czy partnerstwo publiczno – prywatne, stanowi obecnie zasadniczą zmianę w sposobie zaspokajania potrzeb społecznych. Opisywana część pracy stanowi raport z realizacji celów publicznych, określonych w art. 6 u.g.n. przez podmioty niepubliczne wraz z dogłębną analizą różnych aspektów tej prywatyzacji, a także jej skutków społecznych i politycznych. Zawarta została ponadto analiza doświadczeń innych krajów we wdrażaniu idei prywatyzacji realizacji celów publicznych. Siłą rzeczy nie wszystkie cele określone w art. 6 u.g.n. mogły znaleźć się w niniejszej pracy, a to ze względu na ich naturę, która wyklucza prywatyzację (np. ustanawianie i ochrona miejsc pamięci narodowej). Dotyczy to również celów, które z punktu widzenia suwerenności mogą zostać zastrzeżone do realizacji wyłącznie państwu np. budowa i utrzymywanie obiektów oraz urządzeń niezbędnych na potrzeby obronności państwa i ochrony granicy państwowej.

5.2 Przymusowe ograniczenie prawa własności nieruchomości na rzecz podmiotów prywatnych pod realizację publicznej infrastruktury przesyłowej

5.2.1 Charakter prawny przymusowego ograniczenia prawa własności

Na gruncie obecnie obowiązujących uregulowań, przepisem przewidującym szczególną procedurę wydawania decyzji w przedmiocie przymusowego ograniczenia prawa własności nieruchomości pod realizację publicznej infrastruktury przesyłowej jest art. 124 u.g.n. Ograniczenie to jest przejawem kształtowania prawa własności w formie indywidualnego aktu administracyjnego, stanowiącego ingerencję publicznoprawną w prawa

rzeczowe do nieruchomości, uzasadnioną koniecznością naruszenia tych praw ze względu na realizację celu publicznego³⁹³. Skutkiem tej ingerencji jest ograniczenie praw rzeczowych do nieruchomości poprzez ustanowienie trwałego obowiązku znoszenia przez właściciela stanu ukształtowanego przebiegiem zainstalowanego urządzenia przesyłowego.

Od opisywanej instytucji należy odróżnić inne przejawy ograniczeń w korzystaniu przez właścicieli z przysługującego im prawa własności nieruchomości, dochodzące do skutku na podstawie ogólnego aktu normatywnego ustanawianego w interesie ogólnym. Do typowych przykładów takich ograniczeń zalicza się obowiązek zainstalowania na nieruchomości tablicy z nazwą ulicy, umożliwienie wykonania przez uprawnione podmioty prac geodezyjnych i kartograficznych na nieruchomości, a także nałożony przepisami ustawy prawo geodezyjne i kartograficzne³⁹⁴ obowiązek tolerowania na nieruchomości znaków geodezyjnych, urządzeń zabezpieczających te znaki oraz budowli triangulacyjnych³⁹⁵. Ze względu na istotę, sens i cel społeczny, ograniczenia takie nie wymagają zawsze kompensacji w postaci odszkodowania na rzecz właścicieli dotkniętych tym ograniczeniem. Jak wskazał w jednym z wyroków Trybunał Konstytucyjny, jako zasadę przy porównywaniu różnych form ograniczania prawa własności można przyjąć, że wszelkie ingerencje mające charakter ogólny, dotyczące często całej kategorii praw i realizowane w związku z tym w formie ustawy, które nie przewidują odszkodowania, nie są traktowane jako wywłaszczenie³⁹⁶. Wywłaszczenie polega natomiast na ograniczeniu lub odjęciu w całości na cele publiczne konkretnej nieruchomości na rzecz konkretnego podmiotu (Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego), dokonywane jest w drodze decyzji administracyjnej i zawsze wymaga zapłaty odszkodowania.

Należy więc uznać, iż ograniczenie prawa własności nieruchomości pod realizację publicznej infrastruktury przesyłowej, uregulowane w art. 124 u.g.n., jest szczególnym rodzajem wywłaszczenia, ponieważ spełnia każdy z postawionych wyżej warunków. Instytucja ta jest ponadto jedynym typem wywłaszczenia, które może zostać dokonane na rzecz podmiotu prywatnego, co wynika wprost z brzmienia art. 124 ust. 2 u.g.n. („lub innej jednostki organizacyjnej”). Wymienione w art. 124 u.g.n. urządzenia przesyłowe zostały

³⁹³ M. Szewczyk: Ingerencja publicznoprawna w prawo własności jednostki w demokratycznym państwie prawnym [w:] Jednostka w demokratycznym państwie prawa, red. J. Filipek, Bielsko-Biała 2003, s. 654 i 660-661.

³⁹⁴ Ustawa z 17.05.1989, tekst jedn. Dz.U. nr 193/2010, poz. 1287 ze zm.

³⁹⁵ Art. 15 ust. 1 i 3 ustawy.

³⁹⁶ Wyrok z 21.06.2005, P 25/02, OTK-A Nr 6/ 2005, poz. 65.

przez ustawodawcę zaliczone do kategorii celów publicznych, wymienionych w art. 6 ust. 2 u.g.n. Podobną regulację do wynikającej z art. 124 u.g.n. zawierał 70 ust. 1 ustawy o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości³⁹⁷ oraz art. 35 ust. 1 ustawy o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości³⁹⁸.

Orzecznictwo i doktryna prawa różnie oceniały skutki prawne wydania decyzji administracyjnej w przedmiocie przymusowego ograniczenia prawa własności nieruchomości. Uważano, że decyzja oparta na powołanym przepisie mogła stanowić bądź o czasowym zajęciu nieruchomości, bądź o zajęciu trwałym poprzez ingerencję w prawo własności, polegającą na jego ograniczeniu, bądź powstaniu obciążenia nieruchomości, na której powyższe przewody lub urządzenia były posadowione o treści podobnej do służebności, nazywanej często publiczną. Za przykład może posłużyć art. 35 ustawy o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości, który był pierwszym przepisem regulującym przymusowe czasowe zajęcie nieruchomości pod realizację publicznej infrastruktury przesyłowej. Na charakterystykę art. 35 tej ustawy bez wątplenia wpływało umieszczenie go w rozdziale 5 powołanej ustawy zatytułowanym „Szczególny tryb wywłaszczenia”, jednak już w okresie jego obowiązywania podnoszono, iż uregulowanie w nim zawarte polega na ograniczeniu własności nieruchomości przez ustanowienie w drodze decyzji administracyjnej określonych praw na rzecz określonych jednostek administracji i gospodarki państwowej. Prawa te miały charakter praw rzeczowych ograniczonych i mogły być ujawniane w księdze wieczystej³⁹⁹. W niektórych wypowiedziach ograniczenie prawa własności nieruchomości ustanowione na podstawie art. 35 ust. 1 tej ustawy było ujmowane jako swojego rodzaju służebność (nazywana służebnością publiczną lub służebnością przesyłową)⁴⁰⁰. Przedsiębiorstwo przesyłowe, budujące na cudzej nieruchomości urządzenia przesyłowe musiało bowiem uzyskać prawo do dysponowania tą nieruchomością, a charakter tych urządzeń wymagał trwałego do nich dostępu w celu ich konserwacji, bądź naprawy, a uprawnień tych nie gwarantowała także decyzja w sprawie lokalizacji szczegółowej, decyzja o pozwoleniu na budowę, jak też zgodność budowy z wymaganiami ustawy prawo budowlane⁴⁰¹. Przedsiębiorstwo to mogło uzyskać odpowiednie uprawnienia do ingerencji w

³⁹⁷ Ustawa z 29.04.1985, tekst jedn. Dz.U. nr 30/1991, poz. 127, uchylony.

³⁹⁸ Ustawa z 12.03.1958, tekst jedn. Dz.U. nr 10/1974, poz. 64, uchylony.

³⁹⁹ W. Ramus: Prawo wywłaszczeniowe, Warszawa 1975, s. 123.

⁴⁰⁰ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z 10.07.2002, II CKN 1316/00, LEX nr 55137 oraz z 9.03.2007, II CSK 457/07, niepubl.

⁴⁰¹ Tak Sąd Najwyższy m.in. w wyroku z 9.08.2005, IV CK 82/05, LEX nr 303363, z 29.01.2008, IV CSK

prawo własności bądź na podstawie przepisów kodeksu cywilnego, bądź na podstawie pisemnej umowy z właścicielem nieruchomości, ustanowieniu odpowiedniej służebności czy decyzji administracyjnej. Również w doktrynie podnoszono w tamtym okresie, iż „należy odstąpić od ścisłej wykładni językowej art. 145 kodeksu cywilnego i idąc za wzorem nauki niemieckiej można przyjąć, że wszędzie tam, gdzie potrzeby społeczno – gospodarcze wymagać będą połączenia nieruchomości z urządzeniami publicznymi lub prywatnymi, takimi jak urządzenie energetyczne, wodociągowe i inne, a połączenie takie możliwe jest tylko przez nieruchomości sąsiednie, należy stosować przepisy o drodze koniecznej”⁴⁰². Podstawą prawną dla ustanowienia „służebności gruntowej polegającej na dopuszczeniu do ustanowienia na nieruchomości urządzeń koniecznych do przeprowadzenia linii elektrycznej” po raz pierwszy zajął się Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 31.12.1962 r., w którym podniósł, iż co prawda pod rządami prawa rzeczowego⁴⁰³ nie ma przepisu, na podstawie którego można ustanowić służebność gruntową celem ustanowienia na nieruchomości urządzeń koniecznych do przeprowadzenia linii elektrycznej i nie jest takim przepisem art. 33 prawa rzeczowego, dotyczący ustanowienia drogi koniecznej, jednakże względy społeczno gospodarcze wypełniające treść art. 33 prawa rzeczowego (obecnie art. 145 kodeksu cywilnego), podyktowane koniecznością korzystania z energii elektrycznej, pozwalają na zastosowanie analogii do powołanego przepisu i w związku z tym czynią dopuszczalnym ustanowienie przez sąd odpowiedniej służebności gruntowej, polegającej na doprowadzeniu linii elektrycznej do nieruchomości, która nie jest przyłączona do sieci energetycznej⁴⁰⁴.

Skutkiem ostatecznej decyzji administracyjnej, wydanej na podstawie art. 35 ustawy o zasadach i trybie wywłaszczenia nieruchomości było więc ograniczenie prawa własności nieruchomości przez ustanowienie trwałego obowiązku znoszenia przez właściciela w sferze, w której może być wykonywana własność nieruchomości. Pomimo wielości poglądów na temat charakteru prawnego ograniczenia prawa własności w celu realizacji urządzeń

410/07, LEX nr 445289 i z 6.05.2009, II CSK 594/08, LEX nr 510969.

⁴⁰² A. Kubas: Ustanowienie służebności drogi koniecznej, Nowe Prawo, Nr 3/1966.

⁴⁰³ Dekret z 11.10.1946 prawo rzeczowe, Dz.U. nr 57/1946, poz. 319, uchylony.

⁴⁰⁴ Wyrok SN z 31.12.1962, II CR 1006/ 62, OSPiKA nr 5/1964, poz 91 wraz z glosami S. Grzybowskiego oraz A. Szpunara (s. 201 i 206). W glosach do ww. wyroku S. Grzybowski wskazał, że „w różnych okolicznościach może chodzić nie tylko o ustawienie słupów dla trakcji elektrycznej, ale także o inne sposoby korzystania z cudzej nieruchomości w celu przeprowadzenia przez nią różnych urządzeń, np. sieci wodociągowej”. Z kolei zdaniem A. Szpunara „z mocy art. 33 pr. rzecz. uprawniony ze względu na fakt sąsiedztwa nieruchomości może żądać ustanowienia odpowiedniej służebności gruntowej”

przesyłowych bezspornym pozostawało, iż wobec stanu ukształtowanego przebiegiem zainstalowanego urządzenia przesyłowego, należące do istoty tego ograniczenia obowiązki ciążyły na każdorazowym właścicielu nieruchomości wobec każdorazowego przedsiębiorcy przesyłowego, powodując nawiązanie między przedsiębiorstwem i właścicielem nieruchomości stosunku cywilnoprawnego charakteryzującego się trwałością i ciągłością⁴⁰⁵. W orzecznictwie Sądu Najwyższego ugruntował się więc pogląd, iż przymusowe ograniczenie prawa własności nieruchomości, poprzez zezwolenie na instalację urządzeń przesyłowych w trybie administracyjnym (art. 35 omawianej ustawy) ustanawia na rzecz przedsiębiorcy przesyłowego ograniczone prawo rzeczowe o skutkach zbliżonych do służebności w odniesieniu zarówno do przewodów elektrycznych⁴⁰⁶ jak i instalacji wodociągowych⁴⁰⁷. W drugim z powołanych orzeczeń Sąd Najwyższy uznał, iż dopuszczalne jest ustanowienie przez sąd służebności gruntowej obciążającej nieruchomość mającą bezpośrednią łączność z siecią wodociągową i polegającej na doprowadzeniu od tej sieci przewodów wodociągowych do nieruchomości, która nie jest do sieci przyłączona i nie ma z nią bezpośredniej łączności⁴⁰⁸. Z kolei w innym z wyroków Sąd Najwyższy zdystansował się od tego stanowiska stwierdzając, iż cechy podmiotowe i przedmiotowe tej służebności różnią ją od kodeksowych służebności gruntowych i nie można stosować wobec niej reguł odnoszących się do służebności gruntowych, zwłaszcza w zakresie roszczeń właściciela nieruchomości wobec uprawnionego⁴⁰⁹. Jeszcze inną interpretację służebności gruntowej, ustanawianej na rzecz przedsiębiorców przesyłowych, przedstawił Sąd Najwyższy w uchwale

⁴⁰⁵ Wyrok SN z 28.06.2005, I CK 14/05, LEX nr 311349 oraz z 9.03.2007, II CSK 457/07, niepubl., z 20.03.2002, V CKN 1863/00, LEX nr 530591, z 8.06.2005, V CK 679/04, LEX nr 311353, z 8.06.2005, V CK 680/04, LEX nr 180843, z 10.11.2005, III CZP 80/05, OSNC Nr 9/2006, poz. 146 i z 24.02.2006, II CSK 139/05, LEX nr 201025.

⁴⁰⁶ Uchwała SN z 30.08.1991, III CZP 73/91, OSNCP Nr 4/1992, poz. 53.

⁴⁰⁷ Uchwała SN z 3.05.1965, III CO 34/65, OSNCP Nr 7/1966, poz. 109.

⁴⁰⁸ Warto zauważyć, iż we fragmentach tego orzeczenia Sąd Najwyższy stwierdził, iż „art. 144 kodeksu cywilnego będący odpowiednikiem art. 31 prawa rzeczowego, nie normuje immisji bezpośredniej, w szczególności nie powtarza ostatniego zdania art. 31 pr. rzecz., w którym był zawarty zakaz oddziaływania za pomocą przewodów lub urządzeń (...) Skoro immisja bezpośrednia przy pomocy przewodów wodociągowych obciążałaby nieruchomość sąsiednią i polegałaby na tym, że właściciel nieruchomości władnącej korzystałby właśnie w tym zakresie z nieruchomości obciążonej, to dogodną formą dopuszczalności tej immisji byłaby służebność gruntowa (...) Względy uzasadniające potrzebę podłączenia do sieci wodociągowej są nie tylko doniosłe, ale i oczywiste, a potrzeby te mogłyby być - i to z reguły szybciej - zaspokajane w drodze administracyjnej”.

⁴⁰⁹ Wyrok SN z 20.03.2002, V CKN 1863/00, LEX nr 530591.

z 17.01.2003 r.⁴¹⁰ stwierdzając, iż ustanowienie takiej służebności zwiększa użyteczność nieruchomości zabudowanej stacją energetyczną, z którą połączona jest napowietrzna linia elektryczna (łącznie z przewodami i wspornikami - słupami), przechodząca przez nieruchomości obciążone. Sąd Najwyższy podkreślił, iż służebności gruntowe spełniają istotną funkcję gospodarczą, a wymagana przez ustawę użyteczność powinna mieć także charakter gospodarczy w sferze, jaka wiąże się zwykle z korzystaniem z nieruchomości władnącej. W rezultacie, skoro przedsiębiorstwo stanowi zorganizowany zespół składników, to zwiększenie jego użyteczności jako całości pośrednio obejmuje również wszystkie jego składniki, nie wyłączając nieruchomości wchodzących w skład przedsiębiorstwa.

Próbę ujednoczenia stanowiska w tym przedmiocie podjął Sąd Najwyższy w uchwale z 20.01.2010 r.⁴¹¹, gdzie Sąd ten rozważał charakter prawny przymusowego ograniczenia własności jako służebności, nazywanej służebnością publiczną lub służebnością przesyłową, która po wydaniu decyzji administracyjnej powstawała z mocy prawa czy też w końcu służebności gruntowej szczególnego rodzaju (o charakterze zbliżonym do służebności gruntowej), która w literaturze nazywana jest służebnością przesyłową. Nie zajmując jednoznacznego stanowiska w tym względzie Sąd Najwyższy podniósł, iż decyzja wydana w trybie art. 35 ustawy o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości jest tytułem prawnym dla przedsiębiorcy przesyłowego do stałego korzystania z wymienionej w tej decyzji

⁴¹⁰ III CZP 79/02, OSNC nr 11/2003 poz. 142. W głosie aprobującej do tej uchwały (Rejent nr 3/2003 poz. 122) G. Bieniek stwierdził, iż SN prawidłowo zinterpretował art. 285 k.c., który nie zawiera wymagania, aby ustanowienie służebności gruntowej mogło nastąpić tylko na rzecz nieruchomości sąsiedniej, czyli umożliwia również ustanowienie takiej służebności na rzecz nieruchomości oddalonej od nieruchomości obciążonych. Jego zdaniem wykładnia rozszerzająca art. 285 k.c. jest konieczna w przypadku szybkiego postępu technicznego i rosnących potrzeb gospodarczych w sytuacji, gdy ustawodawca nie przewidział możliwości ich zaspokajania przy kształtowaniu pojęcia i zakresu stosowania przepisów dotyczących zarówno drogi koniecznej, jak i służebności gruntowej. W głosie krytycznej do powyższej uchwały (Rejent nr 5/2003 poz. 149) E. Gniewek zarzucił SN naruszenie zasady *numerus clausus* praw rzeczowych i tym samym obejście istniejącego prawa poprzez ustanowienie służebności gruntowych na rzecz przedsiębiorców prowadzących przedsiębiorstwa dostarczające wodę, gaz, energię za pomocą urządzeń instalowanych na cudzych gruntach. Zdaniem tego autora, ustanowienie służebności gruntowej wymaga istnienia nieruchomości władnącej przy zachowaniu zasady, że nieruchomość gruntowa może mieć jedynie na celu zwiększenia nieruchomości władnącej lub jej części. Nie uzasadnia zaś ustanowienia służebności gruntowej, ani osobistej prowadzenie przedsiębiorstwa z jego urządzeniami przesyłowymi. Zdaniem autora, instalacja niezbędnych urządzeń przesyłowych służy prowadzeniu przedsiębiorstwa w ujęciu funkcjonalnym, a nie zwiększeniu użyteczności przedsiębiorstwa pojmowanego przedmiotowo czy poszczególnych jego składników.

⁴¹¹ III CZP 116/09, OSNC-ZD Nr 3/2010.

nieruchomości przez uniemożliwienie lub zmniejszenie możliwości korzystania przez właściciela z tej jej części, na której zostało zbudowane urządzenie przesyłowe oraz zawiera obowiązek znoszenia wkraczania na nieruchomość przez przedstawicieli przedsiębiorstwa przesyłowego w celach konserwatorskich, zawsze gdy to potrzebne. Ponadto umożliwienie przedsiębiorstwu przesyłowemu wstępu na cudzą nieruchomość stanowi nie tylko uprawnienie do wejścia na grunt w czasie zakładania tych urządzeń i ich konserwacji, ale również możliwość realizowania zadań i celów gospodarczych, którym urządzenia te służą.

Współczesna doktryna w większości traktuje zezwolenie na przymusowe ograniczenie prawa własności nieruchomości jako instytucję o skutkach zbliżonych do służebności. Zdaniem G. Bieńka zezwolenie o którym mowa w art. 124 u.g.n. może przybierać postać rzeczową – służebności gruntowej, a nieruchomością władnącą byłaby nieruchomość wchodząca w skład przedsiębiorstwa⁴¹². Ten sam autor podnosi również, iż zgoda właściciela lub użytkownika wieczystego nieruchomości wyrażona na podstawie ww. przepisu oznacza faktycznie zawarcie umowy cywilnoprawnej, o charakterze obligacyjnym ze skutkami w sferze prawa rzeczowego pomiędzy właścicielem nieruchomości, którego sposób korzystania z nieruchomości ma być ograniczony, a podmiotem ubiegającym się o dostęp do tej nieruchomości. Powstaje więc w takim przypadku służebność publiczna lub ustawowa, czyli służebność wynikająca z ustawy i mająca postać ograniczenia publicznoprawnego, nakładana przez ustawodawcę w celu osiągnięcia zamierzonych celów publicznych⁴¹³. Powyższe stanowisko podzielają inni autorzy twierdząc wprost, iż decyzja wydana w trybie art. 124 u.g.n. „prowadzi do powstania służebności publicznej (a ściślej ustawowej)”⁴¹⁴. Natomiast Z. Truskiewicz podnosi, iż „nie można wykluczyć, że między właścicielem nieruchomości, a osobą, której zależy na dostępie do jego nieruchomości zostanie zawarta umowa o ustanowienie ograniczonego prawa rzeczowego”⁴¹⁵. Zdaniem M. Dreli, w konsekwencji wydania przez starostę decyzji z art. 124 u.g.n. między właścicielem nieruchomości, a inwestorem powstaje „stosunek o charakterze cywilnoprawnym, gdyż strony te są między sobą równorzędne. Stosunek ten posiada przymioty trwałości i ciągłości (...)”⁴¹⁶.

⁴¹² G. Bieńka: Prawo obrotu nieruchomościami, Warszawa 2001, s. 675.

⁴¹³ G. Bieńka: Glosa do uchwały SN z 17.01.2003, III CZP 79/02, Rejent nr 3/2003, s. 130.

⁴¹⁴ A. Gill, A. Nowak-Far: Korzystanie przez przedsiębiorstwa ciepłownicze z sieci i urządzeń przesyłu energii cieplnej usytuowanych na cudzych gruntach, Prawo Spółek Nr 7-8/1999, s. 76.

⁴¹⁵ E. Drozd, Z. Truskiewicz: Gospodarka gruntami i wywłaszczanie nieruchomości. Komentarz, Kraków 1995, s. 286.

⁴¹⁶ M. Dreli: Rozważania nad art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami, Rejent Nr 4/2002, s. 51.

Zgoła odmienne wnioski wypływają z orzecznictwa sądów administracyjnych, gdzie wyraźnie akcentuje się związek instytucji przymusowego ograniczenia prawa własności nieruchomości poprzez zezwolenie na zakładanie urządzeń przesyłowych z instytucją wyłączenia nieruchomości (jako szczególny przypadek wyłączenia) i neguje się możliwość kreowania przez nią stosunków cywilnoprawnych. Naczelny Sąd Administracyjny stoi na stanowisku, iż na gruncie art. 35 ustawy o zasadach i trybie wyłączenia nieruchomości, zezwolenie na założenie i przeprowadzenie na nieruchomości prywatnej określonych ciągów technicznych nie jest jednak wyłączeniem *sensu stricto*, gdyż rodziło jedynie roszczenie o odszkodowanie za straty wynikłe z tych działań i przed dokonaniem którego inwestor zobligowany był do wystąpienia do właściciela nieruchomości o wyrażenie zgody na ułożenie urządzeń przesyłowych w trybie cywilnoprawnym (art. 6 ustawy o zasadach i trybie wyłączenia nieruchomości). Dopiero, gdy założenie i przeprowadzenie określonych przewodów lub urządzeń spowodowało, że nieruchomość przestała nadawać się do dalszego racjonalnego jej użytkowania przez właściciela na cele dotychczasowe, nieruchomość podlegała wyłączeniu (art. 35 ust. 3 ustawy o zasadach i trybie wyłączenia nieruchomości), w przeciwieństwie do wyłączenia, które zawsze powodowało zmianę właściciela nieruchomości. Tym samym, zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego, art. 35 ustawy o zasadach i trybie wyłączenia nieruchomości, ze względu na reguły wykładni systemowej stanowi *lex specialis* w stosunku do przepisów regulujących wyłączenie, polegające na całkowitym odjęciu prawa własności pomimo, iż został umieszczony w rozdziale 5 ustawy o zasadach i trybie wyłączenia nieruchomości, zatytułowanym "Szczególny tryb wyłączenia"⁴¹⁷. W innym z wyroków Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, iż posiadanie służebności musi być związane po pierwsze, z istnieniem nieruchomości władnącej, a po drugie, z określeniem w umowie zakresu korzystania ze służebności. Trudno zaś uznać, by po pierwsze, za nieruchomość władnącą uznać słupy i przewody elektroenergetyczne sieci przesyłowych, czy nawet nieruchomości, na których posadowione są obiekty i budynki będące siedzibą przedsiębiorstwa energetycznego przesyłowego, a po drugie, utożsamiać cel korzystania z nieruchomości (utrzymanie i umożliwienie eksploatacji linii elektroenergetycznej) z zakresem korzystania z nieruchomości. Nie można zdaniem tego Sądu kwalifikować do kategorii służebności gruntowych ograniczeń własności nieruchomości w celu zakładania, czy następnie korzystania i utrzymania przewodów i urządzeń służących do przesyłania energii

⁴¹⁷ Wyroki NSA z 18.06.2008, I OSK 954/07, LEX nr 496170 oraz z 19.04.2011, I OSK 961/10, niepubl.

elektroenergetycznej, jeżeli służą one do prowadzenia działalności gospodarczej przedsiębiorcy, a nie zwiększeniu użyteczności nieruchomości władnącej⁴¹⁸. Rozwinięcie powyższego stanowiska prezentuje wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, w którym uznano, iż instytucja ograniczenia prawa własności nieruchomości poprzez zezwolenie na przeprowadzanie urządzeń przesyłowych traktowana jest jako samodzielna instytucja administracyjnoprawna, odejmująca część uprawnień do nieruchomości (element negatywny), z drugiej jednak strony kreująca po stronie operatora urządzeń przesyłowych określoną wiązkę uprawnień do korzystania z rzeczy cudzej (element pozytywny). Zbyteczne zdaniem tego Sądu jest szukanie w niej elementów służebności czy użytkowania i nie jest tym samym uprawnione traktowanie jej jako prawa na rzeczy cudzej. Nie może być także mowy o kreowaniu poprzez nią jakichkolwiek praw rzeczowych czy obligacyjnych, tym samym nie stanowi ona w szczególności służebności gruntowych ani jakichkolwiek innych praw rzeczowych⁴¹⁹.

Należy podzielić przytoczone wyżej stanowisko. Możliwość przymusowego ograniczenia prawa własności nieruchomości jest samodzielną instytucją administracyjnoprawną, stanowiącą szczególny rodzaj wywłaszczenia, do którego zastosowanie mają wyłącznie przepisy rozdziału 4 działu III u.g.n. Instytucja ta nie tworzy więc praw rzeczowych do gruntu, zajmowanego przez urządzenia przesyłowe, będące własnością przedsiębiorstwa, a reguluje kwestię obciążenia nieruchomości, poprzez umożliwienie inwestorowi realizacji inwestycji w przypadku, gdy właściciel lub użytkownik wieczysty, nie wyrazi na to zgody. Ma więc zastosowania wyłącznie do tych przypadków, gdy zajęcie nieruchomości nastąpiło w drodze decyzji administracyjnej (zezwoleń), która zastępuje tę zgodę i ma charakter publicznoprawny, podlegający wymuszeniu środkami administracyjnoprawnymi. Tak sformułowane osobiste uprawnienie przedsiębiorcy do korzystania z cudzej nieruchomości, określone decyzją starosty, zostaje ujawnione na podstawie art. 124 ust. 7 u.g.n. w księdze wieczystej. Ponieważ zgodnie z art. 16 ust. 2 pkt 2 ustawy o księgach wieczystych i hipotece⁴²⁰, w księdze wieczystej, poza prawami rzeczowymi, zostają ujawnione roszczenia o ustanowienie ograniczonego prawa rzeczowego, we wszystkich przypadkach przewidzianych w przepisach ustawowych, to gdyby doszukiwać się w art. 124 u.g.n. związków ze służebnością, powołany art. 124 ust. 7 u.g.n. byłby zbędny.

⁴¹⁸ Wyrok NSA z 30.09.2009, II FSK 380/09, LEX nr 596425.

⁴¹⁹ Wyrok WSA w Warszawie z 12.05.2011, I SA/Wa 1671/10, niepubl.

⁴²⁰ Ustawa z 6.07.1982, tekst jedn. Dz.U. nr 124/2001, poz. 1361 ze zm.

Również w odniesieniu do art. 70 ustawy o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości podnoszono, że wątpliwości z wykładnią przepisów dotyczących szczególnego trybu wywłaszczenia powinny być rozstrzygane przy uwzględnieniu ogólnych zasad wywłaszczania nieruchomości i funkcji tej instytucji⁴²¹. Instytucja przymusowego ograniczenia prawa własności nieruchomości nie wyłącza jednocześnie w żaden sposób możliwości ograniczenia prawa własności nieruchomości, będącego przejawem (konsekwencją) ustanowienia ograniczonego prawa rzeczowego lub umowy obligacyjnej, ograniczającej właściciela w wykonywaniu lub rozporządzaniu własnością. Do realizacji celów w powyższym zakresie przedsiębiorstwo przesyłowe powinno dążyć na drodze cywilnoprawnej np. poprzez ustanowienie służebności przesyłu, stanowiącej tytuł prawny do posiadania fragmentu cudzej nieruchomości w związku z instalacją na tym fragmencie urządzenia przesyłowego. W przeciwieństwie bowiem do przymusowego ograniczenia własności nieruchomości w trybie administracyjnym, treść służebności przesyłu nie ogranicza się jedynie do uprawnienia przedsiębiorcy w zakresie dostępu do nieruchomości, na których umieszczone są urządzenia przesyłowe, a także możliwości stawiania na nich tych urządzeń oraz ich konserwacji i naprawy, lecz w ramach służebności przesyłu mieści się również uprawnienie do posiadania fragmentu cudzej nieruchomości. Służebność przesyłu stanowi więc rodzaj służebności gruntowej, co wynika w sposób jednoznaczny z art. 305⁽⁴⁾ kodeksu cywilnego⁴²². Ustanowienie służebności przesyłu – jako gruntowej – następuje na rzecz przedsiębiorcy, który jest właścicielem urządzeń, zawartych art. 49 §1 kodeksu cywilnego lub który zamierza wybudować takie urządzenia. Regulacja ta nawiązuje do art. 175 prawa rzeczowego, zgodnie z którym służebność mogła być ustanowiona także na rzecz kaźdoczesnego właściciela oznaczonego przedsiębiorstwa, a do służebności takiej stosowało się odpowiednio przepisy o służebnościach gruntowych. W przeciwieństwie do art. 175 prawa rzeczowego, w służebności przesyłu nie występuje jednak nieruchomość władająca i obciążona, a tylko nieruchomość obciążona oraz uprawniony przedsiębiorca, który zamierza wybudować urządzenia, o których mowa w art. 49 §1 kodeksu cywilnego, bądź którego własnością są takie urządzenia. Służebność przesyłu jako instytucja cywilnoprawna umożliwia – odróżnieniu od art. 124 u.g.n., stanowiącego *quasi* rodzaj wywłaszczenia – umowne ustalenie między stronami (względnie na drodze sądowej) na czym korzystanie z tej służebności ma polegać. Ustawodawca pozostawił stronom w tym względzie swobodę, która

⁴²¹ E. Drozd, Z. Truskiewicz, jw., s. 281.

⁴²² Ustawa z 23.04.1964, Dz.U. nr 16/1964, poz. 93 ze zm.

z reguły sprowadza się do udzielenia zgody przez właściciela nieruchomości na posadowienie urządzeń przesyłowych i zapewnienie do nich dostępu. Kolejną różnicą pomiędzy obydwoma instytucjami jest to, że służebność przesyłu umożliwia ustanowienie jej za odpowiednim wynagrodzeniem (odpowiadającym co najmniej wysokości czynszu dzierżawnego za grunt niezbędny do obsługi infrastruktury), które co do zasady określone jest jako świadczenie jednorazowe, jednak żaden przepis nie wyklucza ustanowienia w takim przypadku świadczenia okresowego, np. w formie opłat rocznych. Z kolei przymusowe ograniczenie prawa własności nieruchomości pociąga za sobą obowiązek jednorazowej wypłaty odszkodowania i to jedynie w przypadku, gdy przywrócenie nieruchomości do stanu poprzedniego po założeniu lub przeprowadzeniu urządzeń przesyłowych jest niemożliwe albo powoduje nadmierne trudności lub koszty⁴²³ oraz za udostępnienie nieruchomości oraz szkody powstałe na skutek czynności konserwacyjnych, remontów czy usuwania awarii⁴²⁴.

Możliwość alternatywnego stosowania instytucji służebności przesyłu i przymusowego ograniczenia sposobu korzystania z nieruchomości potwierdza fakt, że pomimo wprowadzenia do kodeksu cywilnego instytucji służebności przesyłu, ustawodawca nie wyłączył ani nie ograniczył zastosowania przepisów u.g.n., dotyczących przymusowego ograniczenia prawa własności nieruchomości w związku z realizacją inwestycji celu publicznego. Tym samym instytucja służebności przesyłu występuje w systemie prawnym obok instytucji przymusowego ograniczenia prawa własności w trybie art. 124 u.g.n. Z uwagi na to inwestorowi przysługuje prawo alternatywnego skorzystała z obu rozwiązań – tj. uzyskania decyzji w trybie art. 124 u.g.n. albo zwrócenia się do sądu z żądaniem ustanowienia służebności przesyłu, co znajduje potwierdzenie w najnowszych wypowiedziach doktryny⁴²⁵.

5.2.2 Podmioty uprawnione

Wątpliwości co do charakteru podmiotów, na rzecz których może zostać udzielone zezwolenie z art. 124 u.g.n. pojawiały się już na gruncie o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości, której art. 70 w ogóle nie wskazywał podmiotów uprawnionych do uzyskania pozwolenia. Podnoszono wtedy, iż „charakter i funkcja uregulowań wywłaszczeniowych, w szczególności ich ścisłe powiązanie z celami

⁴²³ Art. 124 ust. 4 u.g.n.

⁴²⁴ Art. 124b ust. 4 u.g.n.

⁴²⁵ G. Bieniek: Urządzenia przesyłowe. Problematyka prawna, Warszawa 2008, s. 80

publicznymi, przemawia raczej za ograniczeniem kręgu osób mogących się ubiegać o zezwolenie. Instytucje zaliczane do tzw. szczególnego trybu wywłaszczenia nie zostały utworzone w celu zwiększenia użyteczności określonej nieruchomości, lecz dla celów ogólnie użytecznych"⁴²⁶. Zdaniem tego autora, wątpliwości rodziły się już na gruncie ustawy o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości mimo, że art. 35 określał krąg osób mogących się ubiegać o zezwolenie, ale w rezultacie dochodzi on do wniosku, że „w okresie swobód wprowadzeniu działalności gospodarczej z możliwości uzyskania zezwolenia może skorzystać każdy podmiot gospodarczy, jeżeli tylko prowadzi działalność w zakresie użyteczności publicznej, wymagającej wykonywania przedsięwzięć, o których mowa w ust. 1"⁴²⁷. Poglądu tego na gruncie poprzednio obowiązującego art. 70 ustawy o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości nie podzielił jednak Naczelny Sąd Administracyjny⁴²⁸. W pierwszym okresie obowiązywania art. 124 u.g.n. w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego dominował bowiem pogląd, iż art. 124 u.g.n. stanowi następstwo art. 70 ustawy o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości, stąd z uwagi na wyjątkowy charakter instytucji ograniczenia prawa własności pod realizację urzędzeń przesyłowych, stanowiącej ingerencję w prawa podmiotowe przysługujące do nieruchomości, niezbędne jest wąskie określanie kręgu podmiotów, które mogą ubiegać się o wydanie zezwolenia⁴²⁹. Dotyczy to zwłaszcza „innych osób lub jednostek organizacyjnych”,

⁴²⁶ E. Drozd, Z. Truskiewicz, jw., s. 282.

⁴²⁷ Tamże.

⁴²⁸ Wyrok z 16.10.1998, IV SA 1825/96, LEX nr 43755: „Ponieważ wywłaszczenie nieruchomości może nastąpić wyłącznie na cele publiczne, określone wyczerpująco w art. 46 pow. ustawy, przepis zaś art. 50 ust. 1 wyczerpująco określa krąg podmiotów, które mogą ubiegać się o wywłaszczenie, a tym samym - które mogą ubiegać się o zastosowanie szczególnego trybu wywłaszczenia, przewidzianego w art. 70 ust. 1 cyt. ustawy - to instytucja ta nie może być stosowana na potrzeby innych podmiotów, a w szczególności - brak jest jakichkolwiek podstaw do wydania decyzji administracyjnej zezwalającej jednej osobie fizycznej na naruszenie prawa własności innej osoby fizycznej. Spór w tych kwestiach ma charakter cywilnoprawny i może być rozstrzygany wyłącznie przez sąd powszechny na podstawie przepisów kodeksu cywilnego”.

⁴²⁹ Wyrok WSA w Warszawie z 18.05.2005, I SA/Wa 451/04, niepubl, wyrok NSA z 30.08.2001, I SA 668/00, LEX nr 54755 oraz z 31.01.2005, I SA 1842/03, niepubl. Ponadto w uchwale z 28.02.2002, III CZP 1/02, OSNC Nr 1/2003 poz. 4 Sąd Najwyższy wskazał, iż „Szczególny charakter omawianych ograniczeń sprawia, że krąg podmiotów uprawnionych do ingerowania w prawa właścicielskie i korzystania z nieruchomości w związku z instalowaniem tam urządzeń infrastruktury technicznej jest zwięzony do jednostek samorządu terytorialnego oraz zakładów i przedsiębiorstw użyteczności publicznej, powołanych do bieżącego zaspokajania potrzeb zbiorowości lokalnych, w postaci świadczenia usług publicznych”.

wskazanych w art. 124 ust. 2 u.g.n. W powołanym wyroku⁴³⁰ Naczelny Sąd Administracyjny uznał więc, że podmiotami uprawnionymi do uzyskania zezwolenia na podstawie art. 124 ust. 1 u.g.n. są oprócz jednostek samorządu terytorialnego, wyłącznie zakłady i przedsiębiorstwa użyteczności publicznej, których celem jest zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług publicznych. Co ciekawe, w sposób odmienny wykładnię art. 124 u.g.n. przeprowadził Sąd Najwyższy, który ze względu na przekształcenia własnościowe dawnych uspołecznionych zakładów energetycznych w spółki prawa handlowego, dopuścił możliwość występowania z wnioskiem w trybie przepisu art. 124 ust. 1 u.g.n. przez inne osoby, niezależnie od ich struktury prawnej – w tym także przedsiębiorstwa energetyczne prowadzone w formie spółki akcyjnej, ale uzależnił jego stosowanie tylko w stosunku do obszarów przeznaczonych w planach miejscowych na cele publiczne⁴³¹.

Obecnie przyjmuje się, że art. 124 u.g.n., zezwalający na realizację potrzeb ogólnych oparty został na kryterium przedmiotowym, niezależnie od struktury podmiotowej osób realizujących cel publiczny. Skoro więc dla wydania zezwolenia z art. 124 u.g.n. nie ma znaczenia charakter prawny podmiotu realizującego zamierzenie inwestycyjne, a to czy będzie ono miało charakter celu publicznego na podstawie art. 6 u.g.n., to może zostać wydane na rzecz wszelkich osób fizycznych, prawnych oraz jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, w tym przedsiębiorców przesyłowych⁴³². Powyższy pogląd wynika także z art. 20 Konstytucji RP, który opiera społeczną gospodarkę rynkową na własności prywatnej, co nie pozwala na eliminację z kręgu podmiotów uprawnionych do uzyskania decyzji z art. 124 u.g.n. podmiotów i jednostek organizacyjnych, które ze swej

⁴³⁰ Wyrok z 30.08.2001, I SA 668/00, LEX nr 54755.

⁴³¹ Postanowienie SN z 21.05.2002, III CZP 27/02, OSNC Nr 1/2003 poz. 4, w którym Sąd Najwyższy wskazał wprost, że pogląd, iż podmiotami uprawnionymi do uzyskania zezwolenia, o jakim mowa w art. 124 u.g.n., mogą być - oprócz jednostek samorządu terytorialnego - wyłącznie zakłady i przedsiębiorstwa użyteczności publicznej, nie znajduje uzasadnienia. Zdaniem SN przeciwko takiemu rozumieniu zasięgu podmiotowego art. 124 u.g.n. przemawia nie tylko wyraźne brzmienie jego ust. 2, w którym nie sposób doszukać się sugerowanych obostrzeń, ale także argumenty pragmatyczne i celowościowe, bowiem biorąc pod uwagę przepisy ustawy Prawo energetyczne oraz wydanych na jej podstawie rozporządzeń jest jasne, że art. 124 ust. 1 u.g.n. odpowiada potrzebom i zadaniom wszelkich przedsiębiorstw energetycznych, niezależnie od ich struktury prawnej. Zadania realizowane przez przedsiębiorstwa energetyczne pozostają w sferze interesu publicznego, który przyświeca także unormowaniu zawartemu w art. 124 u.g.n.

⁴³² G. Bieniek: Urządzenia przesyłowe..., jw., s. 81; tenże, Prawo obrotu nieruchomościami, Warszawa 2001, s. 675. oraz R. Trzaskowski, Korzystanie przez przedsiębiorstwa energetyczne z cudzych nieruchomości, Rejent Nr 11-12/2003, s. 154.

natury mają charakter prywatnoprawny, ale realizują inwestycję o charakterze publicznym⁴³³. Nie jest jednak możliwe wystąpienie z takim wnioskiem przez osobę fizyczną, ani też odbiorcę mediów. Nie można *a contrario* przy interpretacji tego przepisu stosować wykładni rozszerzającej podmiotów, które mogą uzyskać stosowne zezwolenie. Przemawia za tym rozwiązaniem wyjątkowy charakter tej instytucji, która stanowi ingerencję w prawa podmiotowe przysługujące do nieruchomości, opartą na wydanym przez organ administracji upoważnieniu. Kręgu podmiotów uprawnionych do uzyskania zezwolenia powołany przepis wprost nie określa. Ponieważ więc wyłączenie nieruchomości (ograniczenie korzystania) może nastąpić wyłącznie na cele publiczne⁴³⁴, to brak jest jakichkolwiek podstaw do wydania decyzji administracyjnej zezwalającej jednej osobie fizycznej (grupie osób) na naruszenie prawa własności innej osoby⁴³⁵. Należy jednak zauważyć, iż zgodnie z art. 7 ust. 5 prawa energetycznego⁴³⁶, podmioty indywidualne mogą ubiegać się o przyłączenie do sieci i teoretycznie mogłyby wystąpić z wnioskiem o którym mowa w art. 124 u.g.n. Stoi temu jednak na przeszkodzie dalsze brzmienie art. 7 powołanej ustawy, zgodnie z którym obowiązek realizacji i finansowania takiego przyłączenia obciąża przedsiębiorstwo energetyczne.

5.2.3 Rodzaje inwestycji

Wydana przez starostę decyzja ograniczająca prawo własności nieruchomości uprawnia do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, w rozumieniu art. 32 ust.4 pkt 2 prawa budowlanego⁴³⁷ i umożliwia uzyskanie przez inwestora pozwolenia na budowę, przy spełnieniu pozostałych warunków wynikających z prawa budowlanego. Wymienione w art. 124 u.g.n. urządzenia przesyłowe zostały zaliczone przez ustawodawcę do kategorii celów

⁴³³ J. Jaworski, A. Prusaczek, A. Tułodziecki, M. Wolanin: Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz, Warszawa 2009.

⁴³⁴ art. 112 ust. 3 u.g.n.

⁴³⁵ Wyrok NSA z 30.08.2001, I SA 668/00, LEX nr 54755 oraz z 22.03.2005, OSK 1288/04, LEX nr 189216.

⁴³⁶ Ustawa z 10.04.1997, tekst jedn. Dz.U. nr 89/2006, poz. 625 ze zm.: „Przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się przesyłaniem lub dystrybucją paliw gazowych lub energii jest obowiązane zapewnić realizację i finansowanie budowy i rozbudowy sieci, w tym na potrzeby przyłączenia podmiotów ubiegających się o przyłączenie, na warunkach określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 9 ust. 1–4, 7 i 8 i art. 46 oraz w założeniach lub planach, o których mowa w art. 19 i 20”.

⁴³⁷ Ustawa z 7.07.1994, tekst jedn. Dz.U. nr 243/2010, poz. 1623 ze zm.

publicznych, wymienionych w art. 6 ust. 2 u.g.n.⁴³⁸ Urządzeniami tymi będą inwestycje liniowe związane z przesyłaniem energii, trakcje sieci elektrycznej czy też urządzenia pomiarowe np. słupy napowietrznych linii wysokiego napięcia, rury gazownicze, ciepłownicze czy kanalizacyjne, kable, stacje trafo. Natomiast przyłącza do tego typu przewodów i sieci, jako służące już tylko konkretnemu interesowi prywatnemu, nie będą miały takiego statusu. Nie wymagają one wydania pozwolenia na budowę, a tym samym wydania decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego (art. 50 ust. 2 pkt 2 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym⁴³⁹ w zw. z art. 29 ust. 1 pkt 20 prawa budowlanego).

W literaturze wskazuje się, że kategoria celu publicznego, o której stanowi się w przepisie art. 6 pkt 2 (czyli także art. 124) u.g.n. objęta jest w zasadzie przepisami ustawy prawo energetyczne⁴⁴⁰. Ustawodawca nie określa jednak jakie urządzenia należy uznać za niezbędne do korzystania z przewodów i urządzeń służących do przesyłania płynów, pary, gazów i energii elektrycznej. Jednoznaczne w tej kwestii stanowisko zajął Naczelny Sąd Administracyjny zauważając, że poszukując między obiektami i urządzeniami zależności, o której mowa w art. 6 pkt 2 u.g.n. przyjęć należy, iż chodzi o nieodzowność w znaczeniu technicznym, natomiast sam fakt wytwarzania i przetwarzania energii (celem jej późniejszego przekazania do sieci przesyłowych) nie powinien być interpretowany, jako wskazujący na ww. niezbędność⁴⁴¹. W konsekwencji, dla uznania np. elektrowni za inwestycję celu publicznego trzeba byłoby wykazać, iż jest ona niezbędna dla korzystania z sieci przesyłowych, a tak nie jest. Ugruntowane stanowisko sądów administracyjnych, odmawiające dokonywania wykładni rozszerzającej „obъекtów i urządzeń niezbędnych do korzystania z przewodów i urządzeń służących do przesyłania energii” uniemożliwia nadanie statusu inwestycji celu publicznego elektrowniom wodnym czy wiatrowym.

Zmiana orzecnictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego w powyższym zakresie wydaje się być mało prawdopodobna, na co wpływa sama konstrukcja art. 124 u.g.n., w którym ustawodawca przyjął, iż przesłanką ograniczenia własności nieruchomości jest

⁴³⁸ „Zakładanie i przeprowadzenie na nieruchomości ciągów drenażowych, przewodów i urządzeń służących do przesyłania lub dystrybucji płynów, pary, gazów i energii elektrycznej oraz urządzeń łączności publicznej i sygnalizacji, a także innych podziemnych, naziemnych lub nadziemnych obiektów i urządzeń niezbędnych do korzystania z tych przewodów i urządzeń”.

⁴³⁹ Ustawa z 27.03.2003, Dz.U. nr 80/2003, poz. 717 ze zm.

⁴⁴⁰ M. Gdesz: Cel publiczny w gospodarce nieruchomościami, Zielona Góra 2002, s.26.

⁴⁴¹ Wyrok NSA z 15.05.2008, II OSK 548/07, LEX nr 503449 oraz z 17.12.2010, II OSK 1928/09, niepubl.

wyłącznie zakładanie i przeprowadzanie wymienionych w tym przepisie urządzeń infrastruktury technicznej oraz obiektów i urządzeń niezbędnych do ich korzystania, w odróżnieniu od art. 6 pkt 2 u.g.n. który za cel publiczny uznaje także ich budowę i utrzymanie. Dodatkowe utrudnienie stanowią przepisy ustawy prawo energetyczne, a w szczególności art. 3 pkt 4 lit. a⁴⁴² i 11a⁴⁴³, z których wynika, że przewody i urządzenia służące do przesyłania energii funkcjonują niezależnie od elektrowni, której głównym celem jest wytwarzanie energii⁴⁴⁴, a nie jej przesyłanie. Należy także zwrócić uwagę na art. 3 pkt 12 powołanej ustawy, który zawiera definicję przedsiębiorcy energetycznego⁴⁴⁵. Natomiast zgodnie natomiast z art. 55 kodeksu cywilnego przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych, przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej, a więc działającym w interesie przedsiębiorcy, a nie społeczności lokalnej. Na terenie przedsiębiorstwa znajdują się nie tylko urządzenie biorące udział w procesach energetycznych, ale także cała infrastruktura związana z tymże przedsiębiorstwem, jak np. układ komunikacji wewnętrznej i zewnętrznej, budynek bazy sprzętu, budynek usług technicznych i socjalnych, obiekty związane z przygotowaniem paliw, które nie zostały zawarte w zakresie przedmiotowym art. 124 u.g.n. W jego skład wchodzi więc wiele urządzeń i obiektów nie związanych bezpośrednio z procesami energetycznymi - takimi jak wytwarzanie energii i wprowadzanie jej do systemów przesyłowych - które muszą się w niej znaleźć by mogła ona funkcjonować pod względem technologicznym⁴⁴⁶.

Należy przyjąć, iż literalna wykładnia art. 124 u.g.n. jest zbyt wąska i nie odpowiada zmieniającym się warunkom i potrzebom społeczeństwa dla którego wprowadzono pojęcie „celu publicznego”. O ile bowiem sama elektrownia wytwarza energię elektryczną, to z

⁴⁴² „Przez przesyłanie energii elektrycznej rozumie się jej transport sieciami przesyłowymi w celu ich dostarczenia do sieci dystrybucyjnych lub odbiorcom końcowym przyłączonym do sieci przesyłowych z wyłączeniem sprzedaży energii”.

⁴⁴³ „Za sieć przesyłowa uważa się sieć gazową wysokich ciśnień, z wyłączeniem gazociągów kopalnianych i bezpośrednich, albo sieć elektroenergetyczną najwyższych lub wysokich napięć, za której ruch sieciowy jest odpowiedzialny operator systemu przesyłowego”.

⁴⁴⁴ Warto również zwrócić uwagę na art. 3 pkt 7 ustawy prawo energetyczne w którym wskazano co należy rozumieć przez procesy energetyczne, mianowicie są to techniczne procesy w zakresie wytwarzania, przetwarzania, przesyłania, magazynowania, dystrybucji oraz użytkowania paliw lub energii. Z przepisu tego wynika, iż ustawodawca odróżnia takie pojęcia jak wytwarzanie i przesyłanie energii.

⁴⁴⁵ Zgodnie z tym przepisem przedsiębiorcą takim jest podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania, przetwarzania, magazynowania, przesyłania, dystrybucji paliw albo energii lub obrotu nimi.

⁴⁴⁶ Wyrok WSA w Olsztynie z 11.03.2009, II SA/OI 987/08, LEX nr 550313.

pewnością korzysta ona w pełnym zakresie z przewodów służących do przesyłania energii elektrycznej. Należy więc postulować uznanie przewodów, służących do przesyłania energii elektrycznej za częścią składową elektrowni, skoro za cel publiczny można uznać przewody od elektrowni do miejsca w którym inwestycja jest podłączona np. do przesyłowej sieci energetycznej odbiorcy.

5.2.4 Wymóg realizacji inwestycji na terenie przeznaczonym na cele publiczne

Ponieważ w art. 112 u.g.n. nie zastrzeżono w żaden sposób art. 124 u.g.n., należy uznać, iż warunkiem zastosowania wyłączenia poprzez przymusowe ograniczenie w korzystaniu z nieruchomości, jest przeznaczenie nieruchomości w planie miejscowym na cel publiczny, a w przypadku braku planu, w decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego⁴⁴⁷. Oznacza to jednak, że charakteru celu publicznego nie będą miały urządzenia przesyłowe określone w decyzji o warunkach zabudowy, bowiem w przypadku braku obowiązywania na danym terenie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, jedyną możliwością ustalenia lokalizacji inwestycji celu publicznego jest wydanie w tym przedmiocie decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego⁴⁴⁸. Mając na względzie, iż ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, odwołując się do definicji celu publicznego zawartej w u.g.n., poprzestaje jedynie na oparciu pojęcia inwestycji celu publicznego na kryterium przedmiotowym, warunkiem uznania inwestycji za inwestycje celu publicznego jest po pierwsze działanie o zasięgu co najmniej lokalnym (lub ponadlokalnym czy krajowym) oraz po drugie w zakresie celów określonych w art. 6 u.g.n. To, czy dane zamierzenie jest konieczne, by osiągnąć cel publiczny, winno się rozstrzygać opierając się na specjalistycznej wiedzy, głównie budowlanej i planistycznej. Ponieważ wydawanie decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego stanowi wyjątek, którego nie wolno domniemywać, niespełnienie którejkolwiek z dwóch wyżej wskazanych przesłanek musi skutkować odmową wydania decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego, a wydaniem decyzji o warunkach zabudowy. Jak wskazano wyżej uniemożliwi to jednak skorzystanie przez inwestora z instytucji określonej w art. 124 u.g.n.⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ Potwierdza to również ostatnie zdanie art. 124 ust. 1 u.g.n.: „następuje zgodnie z planem miejscowym, a w przypadku braku planu, zgodnie z decyzją o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego”.

⁴⁴⁸ J. Jaworski..., jw., s. 770 oraz G. Bieniek: Urządzenia przesyłowe..., jw., s. 79.

⁴⁴⁹ Wyrok WSA w Gliwicach z 25.03.2009, II SA/Gl 83/09, LEX nr 543662, w którym Sąd orzekł, iż inwestycja polegająca na umieszczeniu na budynkach mieszkalnych przekładników służących do przesyłania

5.2.5 Podsumowanie

Przymusowe ograniczenie prawa własności nieruchomości poprzez zezwolenie na zakładanie i przeprowadzanie urządzeń przesyłowych stanowi faktyczny rodzaj wyłączenia, do którego beneficjentów należy zaliczyć podmioty prywatne. Obecnie należy zaakceptować istnienie równoległe dwóch instytucji - służebności przesyłu oraz przymusowego ograniczenia prawa własności nieruchomości. Jednak relacje i przenikanie się pomiędzy tymi instytucjami w przypadku przyszłych planowanych instytucji jest nieuniknione⁴⁵⁰. Skoro polskie prawo cywilne recypowało instytucję służebności przesyłu, to powstaje pytanie – jakim prawem dysponuje przedsiębiorca infrastrukturalny. Sens tej instytucji musi być identyfikowany przede wszystkim z ustanowieniem określonego prawa na rzecz przedsiębiorcy, który zamierza zrealizować infrastrukturę przesyłową. Czyli w niedalekiej przyszłości art. 124 u.g.n. powinien służyć ustanawianiu służebności przesyłu w trybie administracyjnym, względnie stanowić podstawę do zajęcia nieruchomości wyłącznie na czas realizacji infrastruktury (czasowe zajęcie).

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na znajdujący się w Ministerstwie Gospodarki projekt ustawy o korytarzach przesyłowych⁴⁵¹, która to ustawa ma ułatwić inwestycje w sieci energetyczne, rurociągi do przesyłu gazu, ropy i wody. Ustawa zezwoli na tworzenie tzw. „korytarzy przesyłowych”, pod pojęciem których będzie się rozumieć wyodrębniony pod względem prawnym teren niezbędny do posadowienia i prawidłowej eksploatacji urządzeń przesyłowych. Wprowadzone mają zostać instrumenty umożliwiające rozwiązania sytuacji spornych powstałych w przeszłości wskutek lokalizowania urządzeń przesyłowych bez poszanowania prawa własności, czyli tzw. zaszczości. Przepisy ustawy będą dotyczyły również urządzeń przesyłowych lokalizowanych w istniejących korytarzach, jak również ustanawiania nowych korytarzy, w których zostaną umieszczone urządzenia przesyłowe, mające powstać w przyszłości. Z rozwiązań zawartych w ustawie będą mogli skorzystać przedsiębiorcy

drogą radiową sygnału internetowego oraz wykonanie w budynkach okablowania doprowadzającego sygnał do poszczególnych odbiorców nie stanowi inwestycji celu publicznego, gdyż zaplanowane prace z założenia mają ograniczony zakres i znaczenie tylko dla mieszkańców określonych budynków i określonej grupy odbiorców.

⁴⁵⁰ W systemie anglosaskim używa się dla tych praw określeń „easement” lub „servitude” – czyli pojęć przybliżonych do naszych służebności

⁴⁵¹ Prace na projektem ustawy toczyły się wiele miesięcy i projekt ten trafił do konsultacji międzyresortowych w październiku 2010 roku., jednak Zespół ds. Programowania Prac Rządu, na posiedzeniu w dniu 7.06.2011 r. podjął decyzję o wstrzymaniu dalszych prac nad przedmiotowym projektem. W marcu 2012 r. projekt ustawy o korytarzach przesyłowych znalazł się na etapie uzgodnień międzyresortowych.

przesyłowi, czyli osoby fizyczne, osoby prawne lub jednostki organizacyjne, w których władaniu znajdują się urządzenia przesyłowe albo którzy realizują inwestycje w zakresie urządzeń przesyłowych. Przedmiotem projektowanej ustawy jest również określenie zasad i warunków ustanawiania z mocy prawa służebności przesyłu w odniesieniu do ustanawianego korytarza, istniejących urządzeń, oraz ujawniania tego prawa w księdze wieczystej. Treść służebności przesyłu będzie obejmować swoim zakresem m.in. uprawnienie przedsiębiorcy przesyłowego do posadowienia urządzenia przesyłowego w korytarzu przesyłowym korytarza ustanowionego na nieruchomości oraz utrzymywania posadowionego na nieruchomości obciążonej urządzeniem przesyłowego, a także jego eksploatacji, konserwacji i remontu poprzez prawo wstępu na nieruchomość, jak również do ograniczenia korzystania z nieruchomości obciążonej poprzez wprowadzenie szeregu szczegółowo wymienionych w projektowanej specustawie zakazów⁴⁵².

Obecnie inwestor infrastrukturalny może dokonywać pewnej kalkulacji, która instytucja będzie korzystniejsza z punktu widzenia realizacji infrastruktury przesyłowej. Ustanowienie służebności przesyłu może okazać się bardziej pożądane w przypadku, gdy wybudowane urządzenia infrastruktury technicznej będą wymagały ciągłej eksploatacji i konieczne będzie w związku z tym ciągle korzystanie z nieruchomości. Zgodnie bowiem z art. 49 kodeksu cywilnego, urządzenia takie nie stanowią części składowej nieruchomości, jeżeli stanowią część składową przedsiębiorstwa i z chwilą przyłączenia takiego urządzenia do sieci staje się ono własnością przedsiębiorstwa, a wtedy dla samego istnienia tych urządzeń nie jest potrzebny tytuł prawny, skoro zostały prawnie oddzielone od nieruchomości. Jeżeli przedsiębiorca przesyłowy zamierza dopiero wybudować urządzenia przesyłowe, to korzystniejszym dla niego rozwiązaniem będzie zastosowanie trybu określonego w art. 124 u.g.n., gdyż wydanie przez starostę decyzji administracyjnej jest działaniem niejednokrotnie szybszym i korzystniejszym, niż postępowanie sądowe. Ponadto dodany nowelizacją z 24.09.2010 r. art. 124b u.g.n. zobowiązuje właściciela do udostępnienia nieruchomości w celu wykonania czynności związanych z konserwacją, remontami oraz usuwaniem awarii, a obowiązek ten podlega egzekucji administracyjnej.

W odróżnieniu od przymusowego ograniczenia prawa własności nieruchomości, instytucja służebności przesyłu znajdzie bez wątpienia zastosowanie do przypadków tzw. zaszłości, czyli sytuacji, w których urządzenia przesyłowe zostały wybudowane w przeszłości i których stan prawny jest nieuregulowany. Zgodnie bowiem z ugruntowanym orzecznictwem

⁴⁵² Zob. uzasadnienie projektu ustawy.

NSA, zrealizowanie na nieruchomości inwestycji przez inwestora przed wydaniem decyzji z art. 124 u.g.n. pozbawia go możliwości skutecznego wystąpienia z wnioskiem o przymusowe ograniczenie korzystania z nieruchomości, gdyż cel publiczny został już zrealizowany⁴⁵³.

5.3 Prywatyzacja realizacji celu publicznego w dziedzinie budowy dróg publicznych

5.3.1 Uwagi ogólne

Działania służące wydzielaniu gruntów pod drogi publiczne, jak również służące budowie takich dróg i ich utrzymywaniu w ramach u.g.n., stanowią inwestycje celu publicznego⁴⁵⁴. Pojęcie drogi publicznej należy rozumieć według przepisów ustawy o drogach publicznych⁴⁵⁵. Drogą publiczną jest droga zaliczona na podstawie tej ustawy do jednej z kategorii dróg, z której może korzystać każdy, zgodnie z jej przeznaczeniem, z ograniczeniami i wyjątkami określonymi w tej ustawie lub innych przepisach szczególnych⁴⁵⁶. Zasadniczymi wyróżnikami drogi publicznej są zatem dwa elementy: nieograniczona podmiotowo możliwość korzystania z drogi oraz zaliczenie drogi do określonej ustawowo kategorii. Natomiast samo pojęcie drogi zdefiniowane zostało w art. 4 pkt 2 tej ustawy⁴⁵⁷. Publiczny charakter dróg wynika więc z powszechności dostępu do nich, gdzie dostęp ten może zostać ograniczony wyłącznie wtedy, gdy wynika to z obowiązującej normy prawnej⁴⁵⁸. Drogi publiczne mają bowiem służyć przemieszczaniu się nieokreślonej grupie osób, bez względu na przysługujący im tytuł prawny.

⁴⁵³ Wyrok NSA z 18.03.2005, OSK 1216/04, LEX nr 176112 oraz z 11.12.2003, II SA/Łd 1857/00, niepubl., z 25.01.1995, SA/Wr 1507/94, niepubl. i z 1.04.1996, IV SA 1706/94, niepubl.

⁴⁵⁴ Zgodnie z art. 6 pkt 1 u.g.n. celem publicznym jest wydzielanie gruntów pod drogi publiczne i drogi wodne, budowa, utrzymywanie oraz wykonywanie robót budowlanych tych dróg, obiektów i urządzeń transportu publicznego, a także łączności publicznej i sygnalizacji.

⁴⁵⁵ Ustawa z 21.03.1985, tekst jedn. Dz.U. nr 19/2007, poz. 115 ze zm.

⁴⁵⁶ Art. 1 ustawy o drogach publicznych.

⁴⁵⁷ Zgodnie z którym drogę stanowi budowla wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiąca całość techniczno-użytkową, przeznaczona do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowana w pasie drogowym.

⁴⁵⁸ Dla przykładu, opłaty za przejazd autostradami płatnymi.

Jedynie w szczególny sposób ustawodawca wyłączył z kategorii dróg publicznych w ujęciu normatywnym drogi wewnętrzne⁴⁵⁹, do których dostęp również może być powszechny, ale który to dostęp może zostać ograniczony wolą właściciela gruntu, na którym znajduje się ta droga (art. 8 ustawy o drogach publicznych)⁴⁶⁰. Należy również zwrócić uwagę na utrwalony w orzecznictwie sądowym pogląd, wedle którego postępowanie o podział nieruchomości, nie może być wszczęte z urzędu na podstawie art. 97 ust. 3 pkt 1 u.g.n., w celu utworzenia drogi wewnętrznej, ponieważ nie jest to droga publiczna i jej budowa nie jest realizacją celu publicznego⁴⁶¹. Tym samym, skoro zgodnie z art. 8 ustawy o drogach publicznych, za drogi wewnętrzne mogą zostać uznane m. in. drogi dojazdowe do obiektów użytkowanych przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą, to zamierzenie inwestycyjne dotyczące budowy zjazdu i drogi dojazdowej do obiektów użytkowanych przez podmiot prowadzący działalność gospodarczą, należy zaliczyć do dróg wewnętrznych, które nie są drogami publicznymi i nie stanowią inwestycji celu publicznego. Należy wspomnieć jednak wyrok ETPC w Strasburgu z 6.11.2007 r.⁴⁶², w którym Trybunał orzekł, iż wydzielenie w trybie art. 98 ust. 1 u.g.n. gruntu pod drogi stanowi faktyczne wywłaszczenie na cel publiczny, nawet gdy wydzielone w ten sposób działki nie zostały przeznaczone pod drogi publiczne w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego, w sytuacji w której drogi wybudowane w ten sposób są połączone z siecią dróg publicznych i *de facto* są otwarte dla publicznego i prywatnego transportu. W efekcie, aktualnie orzecznictwo przyjmuje, iż wydzielenie w drodze podziału działki niestanowiącej drogi publicznej, lecz ogólnodostępną drogę wewnętrzną, jest pozbawieniem prawa własności w rozumieniu art. 1 Pierwszego Protokołu Dodatkowego do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności i implikuje konieczność ustalenia odszkodowania⁴⁶³.

Jednocześnie należy mieć na uwadze art. 2a ustawy o drogach publicznych, zgodnie z którym drogi krajowe stanowią własność Skarbu Państwa, zaś drogi wojewódzkie, powiatowe i gminne stanowią własność właściwego samorządu województwa, powiatu lub gminy.

⁴⁵⁹ Np. w szczególności drogi w osiedlach mieszkaniowych, dojazdowe do gruntów rolnych i leśnych, dojazdowe do obiektów użytkowanych przez przedsiębiorców, place przed dworcami kolejowymi, autobusowymi i portami oraz pętle autobusowe.

⁴⁶⁰ M. Wolanin: Nacjonalizacja działek drogowych przy podziale nieruchomości, cz. IV, „Nieruchomości C. H. Beck” Nr 1/2009.

⁴⁶¹ Wyrok NSA z 16.04.2002, II S.A./Łd 1093/01, ONSA Nr 1/2004, poz. 15.

⁴⁶² Sprawa Bugajny i inni przeciwko Polsce, sygn. 22531/05, LEX nr 318591.

⁴⁶³ Wyrok WSA w Warszawie z 25.01.2008, I SA/Wa 1834/07, LEX nr 898217.

Przepis powyższy określa strukturę własnościową dróg publicznych w sposób nie dopuszczający wyjątków. Z powyższego przepisu wynika także zakaz przenoszenia własności dróg publicznych na rzecz podmiotów innych niż wymienione w tym przepisie. W konsekwencji, w orzecznictwie sądowym drogi publiczne traktowane są jako rzeczy wyłączone z powszechnego obrotu („*reges extra commercium*”), skoro własność tych dróg może być przenoszona tylko pomiędzy podmiotami publicznoprawnymi (Skarbem Państwa i jednostkami samorządu terytorialnego). Nieruchomości drogowe nie mogą być więc obciążane prawami rzeczowymi na rzecz osób fizycznych, osoby te nie mogą też tymi nieruchomościami faktycznie władać w sposób prowadzący do zasiedzenia⁴⁶⁴. Jedyna dopuszczalna forma obrotu nieruchomościami zajętymi pod drogi publiczne polegać może na przeniesieniu własności pomiędzy podmiotami wymienionymi w art. 2a ustawy o drogach publicznych - a więc w obrębie Skarbu Państwa, samorządów województw, powiatów i gmin - w wyniku zmiany przynależności drogi publicznej do dotychczasowej kategorii. Droga publiczna nie może zatem przejść na własność innego podmiotu, niż określony w art. 2a ustawy o drogach publicznych i zawsze może służyć wyłącznie celom publicznym, z wyłączeniem sytuacji, w której zostanie pozbawiona charakteru drogi publicznej, co umożliwi wprowadzenie jej do obrotu cywilnoprawnego⁴⁶⁵.

5.3.2 Wydzielanie gruntów pod drogi publiczne

Podstawową przesłanką nabycia nieruchomości pod drogę publiczną, jest przeznaczenie wydzielonej z niej działki pod ten cel. Od dnia 1.01.1998 r. przejmowanie przez podmioty publicznoprawne działek wydzielanych pod drogi, uregulowane zostało u.g.n. Kwestie podziału nieruchomości uregulowane zostały w dziale III rozdziale 1 tej ustawy i zgodnie z art. 97 ust. 3 pkt. 1 u.g.n. podział nieruchomości jest dopuszczalny w sytuacji, kiedy jest niezbędny do realizacji celów publicznych, a więc celów zawartych w art. 6 pkt 1 u.g.n. Z kolei szczegółowe regulacje dotyczące przejmowania na rzecz podmiotów publicznoprawnych własności gruntów wydzielanych pod drogi publiczne zawiera art. 98 ust. 1 u.g.n., zgodnie z którym właściciel działek, przez które ma przebiegać droga publiczna, uprawniony został do wystąpienia do właściwych organów z wnioskiem o podział nieruchomości, będącej jego własnością w celu wydzielenia działek pod drogę. Wydzielone w ten sposób działki przechodzą z mocy prawa na własność odpowiedniego organu z dniem, w

⁴⁶⁴ Uchwała SN z 13.10.2006, III CZP 72/06, OSNC Nr 6/2007 poz. 85.

⁴⁶⁵ Wyrok WSA z 13.07.2007, I SA/Wa 675/07, LEX nr 355049.

którym decyzja zatwierdzająca podział stała się ostateczna albo orzeczenia o podziale prawomocne⁴⁶⁶. Z treści tego przepisu wynika, iż w swoich założeniach nawiązuje on do uregulowań prawnych obowiązujących w Polsce jeszcze przed 1945 r.⁴⁶⁷ i rozwiązania w nim przyjęte powodowały nierzadko wydłużające się postępowanie w przedmiocie nabycia nieruchomości pod drogi, toteż polski ustawodawca w 2003 r. zdecydował się uchwalić specjalną ustawę, upraszczającą zasady planowania i budowy dróg.

Ustawa o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych⁴⁶⁸ jest ustawą szczególną (*lex specialis*) w stosunku do u.g.n. i z mocy jej art. 1, samodzielnie reguluje ona zasady i warunki przygotowywania inwestycji w zakresie dróg publicznych, w tym m.in. lokalizację, nabywanie nieruchomości i ich podział oraz określa organy właściwe do orzekania w tych sprawach. Decyzją o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej zatwierdza się podział nieruchomości w myśl art. 12 ust. 1 omawianej ustawy. Do wydania omawianej decyzji w części dotyczącej zatwierdzenia podziałów nieruchomości nie stosuje się procedury podziałowej, wynikającej z u.g.n., ponieważ stosowanie u.g.n. w zakresie podziałów nieruchomości zostało przez ustawodawcę wskazane tylko wobec dokumentacji podziałowej - art. 11d ust. 1 pkt 3 specustawy drogowej⁴⁶⁹. Ponadto zgodnie z art. 11i ust. 2 specustawy drogowej, w sprawach dotyczących zezwolenia na realizację inwestycji drogowej nie stosuje się przepisów o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym.

Wzajemny stosunek powołanych trybów nabywania nieruchomości pod drogi publiczne uregulowany został ustawą z 24.08.2008 r. o zmianie u.g.n. oraz o zmianie

⁴⁶⁶ Art. 98 ust. 1 u.g.n.: „Działki gruntu wydzielone pod drogi publiczne: gminne, powiatowe, wojewódzkie, krajowe - z nieruchomości, której podział został dokonany na wniosek właściciela, przechodzą, z mocy prawa, odpowiednio na własność gminy, powiatu, województwa lub Skarbu Państwa z dniem, w którym decyzja zatwierdzająca podział stała się ostateczna albo orzeczenie o podziale prawomocne. Przepis ten stosuje się także do nieruchomości, której podział został dokonany na wniosek użytkownika wieczystego, z tym że prawo użytkowania wieczystego działek gruntu wydzielonych pod drogi publiczne wygasa z dniem, w którym decyzja zatwierdzająca podział stała się ostateczna albo orzeczenie o podziale prawomocne. Przepis stosuje się odpowiednio przy wydzielaniu działek gruntu pod poszerzenie istniejących dróg publicznych”.

⁴⁶⁷ M. Wolanin: *Nacjonalizacja...*, jw., str. 4.

⁴⁶⁸ Ustawa z 10.04.2003, tekst jedn. Dz.U. nr 193/2008, poz. 1194 ze zm., dalej zwana jako „specustawa drogowa”

⁴⁶⁹ M. Wolanin: *Ustawa o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 161.

niektórych innych ustaw⁴⁷⁰, na mocy której dodano do art. 2 u.g.n. punkty od 8 do 11. Zgodnie z art. 2 u.g.n., nie narusza ona innych ustaw w zakresie dotyczącym gospodarki nieruchomościami, a w szczególności m.in. zawartej w art. 2 pkt 11 u.g.n. specustawy drogowej. Oznacza to więc, iż tylko w razie wyraźnego odesłania do odpowiedniego przepisu u.g.n. lub w zakresie nieuregulowanym w przepisach specustawy drogowej, można stosować u.g.n. Specustawa drogowa nie zawiera natomiast zakazu realizacji inwestycji drogowych w oparciu o miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego lub decyzję o lokalizacji inwestycji celu publicznego. Właściwy zarządca drogi może w obecnym stanie prawnym wystąpić zarówno o pozwolenie na budowę w oparciu o plan miejscowy, jak i o zezwolenie na realizację inwestycji drogowej w trybie specustawy drogowej⁴⁷¹.

Dokonując interpretacji przepisów specustawy drogowej trzeba mieć na uwadze cel tej ustawy. Ze względu na priorytetowy interes publiczny, jakim jest poprawa infrastruktury drogowej w Polsce i konieczność racjonalnego wykorzystania unijnych środków finansowych, możliwe są odstępstwa, a nawet wyłączenia stosowania niektórych ustaw w związku z realizacją inwestycji drogowych. Ustawodawca korzysta w tym zakresie z szerokiej swobody, ograniczonej jedynie zasadami konstytucyjnymi⁴⁷².

5.3.3 Podmioty uprawnione

Ze specustawy drogowej mogą skorzystać jedynie Skarb Państwa i jednostki samorządu terytorialnego, co wynika zarówno z jej treści oraz z art. 2a ustawy o drogach publicznych, który stanowi wyraźnie, iż właścicielem dróg publicznych mogą być wyłącznie te podmioty. Natomiast podmiotem uprawnionym do wystąpienia z wnioskiem o wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej jest wyłącznie właściwy zarządca drogi, którym zgodnie z art. 19 ust. 2 ustawy o drogach publicznych jest Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w odniesieniu do dróg krajowych, wójt (burmistrz, prezydent miasta) w odniesieniu do dróg gminnych, zarząd powiatu w odniesieniu do dróg powiatowych oraz zarząd województwa w odniesieniu do dróg wojewódzkich.

Ewentualna realizacja inwestycji drogowej przez inne podmioty może nastąpić w ramach praw ustanawianych przez podmioty publicznoprawne. W przypadku inwestycji

⁴⁷⁰ Dz.U. nr 173/2007, poz. 1218.

⁴⁷¹ M. Gdesz, A. Trembecka: Regulowanie stanu prawnego nieruchomości pod drogi, Katowice 2011, s. 99 oraz wyrok WSA we Wrocławiu z 17.09.2009, II SA/Wr 137/09, LEX nr 638097.

⁴⁷² Tak Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 06.06.2006, K 23/05, OTK-A nr 6/2006 poz. 62.

drogowej może to być np. forma dzierżawy, użyczenia lub - w odniesieniu do jednostki nieposiadającej osobowości prawnej - prawo trwałego zarządu. Uzyskany tytuł prawny umożliwia inwestorowi uzyskanie pozwolenia na budowę oraz realizację na nieruchomości zamierzonej inwestycji drogowej⁴⁷³. Ponadto na mocy szczególnych uregulowań zawartych w art. 19 ust. 3, 7, 8 ustawy o drogach publicznych, wykonywanie zadań zarządcy drogi publicznej może zostać powierzone także partnerowi prywatnemu w ramach umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, zawartej na podstawie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym⁴⁷⁴ oraz spółce, z którą zawarto umowę o budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrady, a także drogowej spółce specjalnego przeznaczenia. Partnerem prywatnym może być przedsiębiorca lub przedsiębiorca zagraniczny wybrany w trybie art. 4 ustawy o partnerstwie publiczno – prywatnym. Zarządca prywatny realizuje zadania nałożone na niego w umowie zawartej z właściwym zarządcą drogi, które zgodnie z art. 19 ust. 7 ustawy o drogach publicznych mogą polegać wyłącznie na pełnieniu funkcji inwestora, utrzymaniu nawierzchni drogi, chodników, drogowych obiektów inżynierskich, urządzeń zabezpieczających ruch i innych urządzeń związanych z drogą, z wyjątkiem części pasa drogowego, o których mowa w art. 20f pkt 2 tej ustawy, realizacji zadań w zakresie inżynierii ruchu, koordynacji robót w pasie drogowym, wykonywaniu robót interwencyjnych, robót utrzymaniowych i zabezpieczających, przeciwdziałaniu niszczeniu dróg przez ich użytkowników, przeciwdziałaniu niekorzystnym przeobrażeniom środowiska mogącym powstać lub powstającym w następstwie budowy lub utrzymania dróg, dokonywaniu okresowych pomiarów ruchu drogowego oraz utrzymywaniu zieleni przydrożnej, w tym sadzeniu i usuwaniu drzew oraz krzewów.

Zarządcą dróg krajowych o klasie autostradowej może być również spółka, z którą Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad zawarł umowę o budowę i eksploatację albo wyłącznie o eksploatację autostrady. Umowa ta może więc przewidywać umocowanie spółki do realizacji zadań w ramach specustawy drogowej na warunkach określonych w umowie z wyjątkiem zadań, o których mowa w art. 20 pkt 1, 8, 17 ustawy o drogach publicznych. Zatem do jej zadań należą w szczególności te zadania, które zostały wymienione w art. 20 pkt 2-7, 9-16 i 18 powołanej ustawy, a więc np. nabywanie nieruchomości innych niż pod pasy drogowe dróg publicznych, zarządzanie drogami i gospodarowanie nimi w ramach

⁴⁷³ M. Gdesz, A. Trembecka, jw., s. 149.

⁴⁷⁴ Ustawa z 19.12.2008, Dz.U. nr 19/2009, poz. 100 ze zm.

posiadanego do nich prawa oraz koordynacja robót w pasie drogowym i sprawowanie szczególnego nadzoru nad takimi pracami.

Drogami krajowymi może zarządzać również drogowa spółka specjalnego przeznaczenia utworzona przez ministra właściwego ds. transportu, działająca na podstawie umowy zawartej z tym ministrem w warunkach określonych w ustawie o drogowych spółkach specjalnego przeznaczenia⁴⁷⁵. Spółki te mają się zajmować przygotowaniem przedsięwzięć budowlanych, m.in. realizacją przedsięwzięcia drogowego poprzez sporządzanie dokumentacji do decyzji: o ustaleniu lokalizacji drogi, o ustaleniu lokalizacji autostrady, o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu albo o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego oraz dokumentacji do decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, o pozwoleniu na budowę, o pozwoleniu na użytkowanie, a także innej dokumentacji niezbędnej do przygotowania lub realizacji przedsięwzięcia drogowego, a także występowanie z wnioskami o wydanie ww. decyzji⁴⁷⁶. Będą to firmy tworzone pod określone przedsięwzięcia. Spółki te są publiczne, nie wyklucza się jednak możliwości sprzedaży ich akcji podmiotom prywatnym, wówczas działałyby jako typowi koncesjonariusze obiektów drogowych (art. 3 ust. 7 ustawy dopuszcza prywatyzację takiej spółki). Spółce tej nie można jednak powierzyć zadań inwestycyjnych, dotyczących dróg krajowych w obszarze miasta na prawach powiatu, z wyjątkiem autostrad i dróg ekspresowych. Pozostałe klasy dróg krajowych położone w obszarze miasta na prawach powiatu przypisane zostały do zarządzania prezydentowi miasta na prawach powiatu⁴⁷⁷. Należy jednak podnieść, iż obecnie spółek takich nie ma⁴⁷⁸.

5.3.4 Realizacja inwestycji niedrogowych

Na podstawie obecnie obowiązujących przepisów, z wnioskiem o wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej może wystąpić jedynie zarządca drogi, którym jest zawsze podmiot publicznoprawny i który nie może przenieść ww. decyzji na inny podmiot. Powoduje to, iż ustawa ta jest adresowana do wąskiego kręgu adresatów pomimo, iż zainteresowaniem realizowania tego typu inwestycji mogą być podmioty prywatne. Możliwość realizacji inwestycji drogowych przez inne podmioty, niż zarządca drogi wynika z art. 16 ustawy o drogach publicznych, który pozwala jednostkom samorządu terytorialnego

⁴⁷⁵ Ustawa z 12.01.2007, Dz.U. nr 23/2007, poz. 136 ze zm.

⁴⁷⁶ M. Wolanin, Ustawa o szczególnych..., jw., s. 39.

⁴⁷⁷ Tamże, s. 65.

⁴⁷⁸ M. Gdesz, A. Trembecka, Regulowanie..., jw., s. 100.

zawierać z inwestorami stosowne umowy cywilnoprawne, w oparciu o które inwestorzy przystępują do finansowania inwestycji drogowych związanych z planowanym zamierzeniem o charakterze niedrogowym, skutkującym budową lub przebudową drogi publicznej⁴⁷⁹. Wskazany przepis daje więc podstawę prawną do obciążenia inwestora kosztami budowy lub przebudowy drogi publicznej, na skutek zrealizowania przez ten podmiot inwestycji niedrogowej, polegającej przykładowo na budowie stacji paliw, przydrożnej restauracji czy supermarketu.

Cel regulacji określonej w art. 16 ustawy o drogach publicznych koresponduje z przepisami innych ustaw. Stosownie do art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o finansowaniu infrastruktury transportu lądowego⁴⁸⁰, zadania w zakresie finansowania budowy i przebudowy dróg publicznych finansowane są z budżetów: Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, województw, powiatów oraz gmin w zależności od kategorii drogi, czyli w zależności od tego czyja jest dana droga. Jednakże stosownie do art. 3 ust. 5 ustawy o finansowaniu infrastruktury transportu lądowego, budowa drogi publicznej może być także finansowana przy udziale środków rzeczowych i pieniężnych, świadczonych przez osoby fizyczne i osoby prawne, krajowe i zagraniczne oraz jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej, w tym w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Co za tym idzie zasadą jest, że finansowanie budowy i przebudowy dróg publicznych ponosi podmiot publiczny, ale w sytuacji określonej w art. 3 ust. 5 powyższej ustawy, w powiązaniu z art. 16 ustawy o drogach publicznych, inwestor ma obowiązek partycypować w kosztach budowy/przebudowy drogi.

Należy podnieść, iż art. 16 ustawy o drogach publicznych odnosi się wyłącznie do dróg publicznych i nie obejmuje swoim zakresem dróg wewnętrznych, zarządzanych przez ich właścicieli np. dróg osiedlowych. Tak więc to na inwestorze spoczywa obowiązek budowy lub przebudowy dróg publicznych, spowodowanych inwestycją niedrogową, jeżeli funkcje inwestycji niedrogowej zależą od powiązań komunikacyjnych tej inwestycji z siecią

⁴⁷⁹ Zgodnie z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy o drogach publicznych budowa lub przebudowa dróg publicznych spowodowana inwestycją niedrogową należy do inwestora tego przedsięwzięcia, a szczegółowe warunki realizacji tego obowiązku określa umowa pomiędzy zarządcą drogi, a inwestorem inwestycji niedrogowej.

⁴⁸⁰ Ustawa z 16.12.2005, Dz.U. nr 267/2005, poz. 2251 ze zm.: „1. Zadania w zakresie budowy, przebudowy, remontu, utrzymania i ochrony dróg oraz zarządzania nimi finansowane są przez ministra właściwego do spraw transportu za pośrednictwem Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad albo drogowych spółek specjalnego przeznaczenia w odniesieniu do dróg krajowych, samorząd województwa w odniesieniu do dróg wojewódzkich, samorząd powiatowy w odniesieniu do dróg powiatowych. 2. Zadania w zakresie finansowania budowy, przebudowy, remontu, utrzymania i ochrony dróg gminnych oraz zarządzania nimi finansowane są z budżetów gmin.

dróg publicznych⁴⁸¹. Same warunki realizacji tego obowiązku regulowane są na podstawie art. 16 ust. 2 tej ustawy w drodze umowy zawieranej pomiędzy inwestorem, a zarządcą określającej szczegóły dotyczące realizacji obowiązku inwestora. Warto podkreślić, iż zawarcie między inwestorem przedsięwzięcia niedrogowego, a zarządcą drogi ww. umowy nie jest warunkiem powstania omawianego zobowiązania, które powstaje *ex lege*. W takiej sytuacji właściwemu zarządcy drogi (np. gminie) przysługuje wobec inwestora roszczenie o sfinansowanie budowy/przebudowy drogi publicznej na skutek zrealizowania inwestycji niedrogowej, a w razie uzyskania decyzji odmownej może dochodzić swoich praw przed sądem. W trakcie postępowania sądowego właściwy zarządca drogi będzie zobowiązany udowodnić konieczność budowy lub przebudowy drogi publicznej oraz zakres obowiązku ciążącego w tym zakresie na inwestorze na podstawie stosownych dokumentów czy analiz.

Okoliczność czy zachodzi konieczność budowy albo przebudowy drogi publicznej jest rezultatem uzgodnień z zarządcą drogi, dotyczących zasad obsługi komunikacyjnej planowanych przedsięwzięć:

1. na etapie sporządzania projektu miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, o czym stanowi art. 17 ust. 6 lit b) ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, zgodnie z którym wójt, burmistrz, prezydent miasta sporządzając projekt planu uzgadnia go z właściwym zarządcą drogi, jeżeli sposób zagospodarowania gruntów przyległych do pasa drogowego lub zmiana tego sposobu mogą mieć wpływ na ruch drogowy lub samą drogę;
2. przed wydaniem decyzji o warunkach zabudowy o czym stanowi art. 53 ust. 4 pkt 9 w zw. z art. 60 ust. 1 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, zgodnie z którym projekt decyzji w sprawie warunków zabudowy przed jej wydaniem przez wójta, burmistrza prezydenta miasta podlega uzgodnieniu z właściwym zarządcą drogi w odniesieniu do obszarów przyległych do pasa drogowego.

W związku z realizacją inwestycji niedrogowych powstaje istotny problem dotyczący uzyskania przez inwestora prywatnego stosownego zezwolenia na realizację inwestycji drogowej. Nie jest on bowiem podmiotem uprawnionym do uzyskania zezwolenia na

⁴⁸¹ Dla nałożenia przedmiotowego obowiązku na inwestora istotne znaczenia ma ustalenie co należy rozumieć pod pojęciem budowy lub przebudowa drogi publicznej. W myśl art. 4 pkt 17 ustawy o drogach publicznych przez budowę drogi należy rozumieć wykonywanie połączenia drogowego między określonymi miejscami lub miejscowościami, a także jego odbudowę i rozbudowę. Z kolei art. 4 pkt 18 tej ustawy stanowi, iż przebudowa drogi to wykonywanie robót, w których wyniku następuje podwyższenie parametrów technicznych i eksploatacyjnych istniejącej drogi, niewymagających zmiany pasa drogowego.

realizację inwestycji drogowej na podstawie specustawy drogowej. O wydanie takiego zezwolenia nie będzie mógł również wystąpić właściwy zarządca drogi, skoro obowiązek budowy lub przebudowy drogi publicznej spoczywa na inwestorze inwestycji niedrogowej, a zezwolenie na realizację inwestycji drogowej nie może zostać na niego przeniesione⁴⁸². Aby inwestor inwestycji niedrogowej mógł zrealizować wynikający z art. 16 ustawy o drogach publicznych obowiązek budowy drogi publicznej powinien każdorazowo uzyskać decyzję o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego dla drogi, a w dalszej kolejności pozwolenie na budowę, ponieważ nie jest on podmiotem uprawnionym do złożenia wniosku o zezwolenie na realizację inwestycji drogowej na podstawie specustawy drogowej, gdyż decyzja ta może być wydana na rzecz zarządcy drogi publicznej. Powoduje to w praktyce utrudnienia w realizacji inwestycji niedrogowych, gdyż pomimo inicjatywy inwestora prywatnego do realizacji całości inwestycji bez angażowania środków publicznych, nie może wystąpić samodzielnie z wnioskiem o wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej. W celu eliminacji tego problemu w grudniu 2010 r. podjęto w Ministerstwie Infrastruktury prace nad nowelizacją ustawy o szczególnych zasadach przygotowywania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych w świetle których planuje się dodanie do art. 1 ust. 4 w następującym brzmieniu „Uprawnienia, obowiązki i zadania właściwego zarządcy drogi wynikające z niniejszej ustawy stosuje się odpowiednio do inwestora inwestycji niedrogowej, o której mowa w art. 16 ustawy z 21.03.1985 r. o drogach publicznych, pod warunkiem zawarcia umowy pomiędzy zarządcą drogi, a inwestorem inwestycji niedrogowej.” Projektowane zmiany mają na celu rozszerzenie kręgu podmiotów uprawnionych do uzyskania decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, co implikuje po stronie właściwego zarządcy dodatkowy obowiązek wskazania praw i obowiązków przysługujących inwestorom innym niż zarządca drogi. Przedmiotowa zmiana będzie korzystna dla jednostek takich jak PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., które dzięki wprowadzeniu zmian również będą mogły na ich podstawie realizować swoje inwestycje. Podmioty takie będą realizować inwestycje ponadto z własnych środków, co zmniejszy także zapotrzebowanie na te środki przez instytucje sektora finansów publicznych⁴⁸³.

W przypadku, w którym budowa lub przebudowa drogi publicznej spowodowana będzie więcej niż jedną inwestycją niedrogową, koniecznym będzie określenie zakresu

⁴⁸² M. Wolanin, Ustawa o szczególnych..., jw., s. 35.

⁴⁸³ Zob. projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o szczególnych zasadach przygotowywania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych dostępny na stronie internetowej Ministerstwa Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej: www.transport.gov.pl.

obowiązku ciążącego na danym inwestorze. W takiej sytuacji wobec każdego z inwestorów należy określić wysokość udziału w kosztach budowy lub przebudowy drogi publicznej proporcjonalnie do zakresu obowiązku, tj. w jakim zakresie realizacja każdego z przedsięwzięć wymaga dokonania budowy lub przebudowy drogi publicznej. Decydować o tym może np. stopień przewidywanego korzystania z nowo wybudowanej drogi, ponieważ może ona obsługiwać także ruch ogólnomiejski, a nie tylko dojazdowy do wybudowanego obiektu. Ustalenie wówczas zakresu obowiązku dla każdego z inwestorów wymaga dokonania analizy technicznej, dotyczącej ustalenia stopnia natężenia ruchu wywołanego inwestycją zrealizowaną przez inwestora, a kosztami budowy czy przebudowy drogi publicznej.

Warto zauważyć, iż wynikający z art. 16 ustawy o drogach publicznych obowiązek może także być realizowany bezpośrednio przez inwestora inwestycji niedrogowej, bądź też inny podmiot. Wynika to z faktu, iż inwestor nie jest zobowiązany do bezpośredniego wykonywania robót budowlanych, polegających na budowie/przebudowie drogi publicznej, ale do ich sfinansowania.

5.3.5 Realizacja inwestycji drogowych w systemie partnerstwa publiczno- prywatnego

Obecne rozwiązania w zakresie realizacji inwestycji drogowych dotyczą dwóch modeli – państwowego oraz systemu partnerstwa publiczno- prywatnego. Przykładem kraju stosującego państwowy model budowy dróg są Niemcy, gdzie od 75 lat budowa autostrad finansowana jest z budżetu federalnego. Korzystanie z wybudowanych w ten sposób dróg przez wiele lat było bezpłatne, jednak nawet kraj o takim stopniu rozwoju gospodarczego odczuł wzrost kosztów utrzymania w ten sposób wybudowanych dróg i w 2003 r. zaczął pobierać myta od samochodów ciężarowych⁴⁸⁴.

System partnerstwa publiczno- prywatnego w zakresie realizacji inwestycji drogowych opiera się na współfinansowaniu budowy dróg przez podmioty centralne lub samorządowe i podmiot prywatny. Podmiot prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią. Z kolei podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego⁴⁸⁵. Każda ze stron ponosi część ryzyka powodzenia przedsięwzięcia.

⁴⁸⁴ M. Zieliński, K. Trębski: Zagubiona autostrada, Wprost, Nr 44 (1297), 2007.

⁴⁸⁵ Art. 7 ustawy o partnerstwie publiczno- prywatnym.

System ten może zostać wykorzystany zarówno do budowy nowych dróg i autostrad, jak też do ich remontu i modernizacji. Może on obejmować także realizację inwestycji towarzyszących budowie dróg np. mostów, tuneli i innych elementów drogowej sieci transportowej. Rzadziej wykorzystuje się partnerstwo publiczno-prywatne do budowy dróg miejskich, chociaż istnieją przykłady także takiego zastosowania, w większości dotyczące obwodnic dużych miast, np. obwodnica Madrytu⁴⁸⁶.

Najważniejszym zagadnieniem inwestycji drogowych, realizowanych w systemie partnerstwa publiczno-prywatnego jest dzielenie się ryzykiem pomiędzy podmiotem publicznoprawnym, a partnerem prywatnym. Trzy zasadnicze ryzyka występujące w tego rodzaju przedsięwzięciach to ryzyko budowy, eksploatacji i popytu.

1. Ryzyko budowy polega na tym, iż partner prywatny zobowiązuje się na swój koszt zaprojektować i wybudować zakładaną inwestycję, a także koordynować wszelkie prace z tym związane, w tym utrzymanie wybudowanego obiektu;
2. Ryzyko eksploatacji oznacza, iż partner prywatny zobowiązuje się nie tylko do wybudowania zakładanej inwestycji, ale również do ponoszenia pozostałych kosztów związanych z przystosowaniem jej do użytkowania i dalszą eksploatacją. W szczególności do tego typu ryzyka można zaliczyć ryzyko opóźnień w rozpoczęciu czy ukończeniu robót budowlanych, ryzyko nieprawidłowego wykonania robót budowlanych czy ryzyko wystąpienia wad fizycznych wybudowanego obiektu. Tego typu ryzyko po stronie wykonawcy zazwyczaj zabezpieczone jest ubezpieczeniami majątkowymi;
3. Ryzyko popytu związane jest z rentownością zakładanego przedsięwzięcia. Jest to typowe ryzyko gospodarcze, jakie zazwyczaj ponosi podmiot prywatny prowadzący działalność w celu odzyskania środków przeznaczonych na budowę i eksploatację obiektu np. pobieranie opłat za przejazd drogą. Środki te podmiot prywatny może także odzyskiwać w formie dopłat ze strony władz publicznych czy też innych metod zawartych w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym. Alokacja powyższego ryzyka uzależniona jest od tego, czy pobór opłat od użytkowników jest możliwy (technicznie i prawnie) i zasadny (finansowo i społecznie), od decyzji kto ma kształtować wysokość opłat za przejazd (jeżeli w ogóle mogą być wprowadzone) oraz od tego czy wysokość przychodów, generowanych z opłat jest wystarczająca dla pokrycia zobowiązań kredytowych strony prywatnej, przy jednoczesnym osiągnięciu

⁴⁸⁶ P. Szaciłło: PPP w projektach autostradowych i drogowych, model współpracy, www.edroga.pl

racjonalnego poziomu zysku z projektu. Przepisanie ryzyka popytu dokonuje się przez zastosowanie odpowiedniego mechanizmu płatności/wynagrodzenia dla partnera prywatnego, który przyporządkowuje ryzyko ruchu w sposób prezentowany w tabeli⁴⁸⁷:

Mechanizm wynagradzania	Ryzyko
Pobór opłat od użytkowników przez partnera prywatnego (opłata bezpośrednia)	Podmiot prywatny
Pobór opłat za dostępność infrastruktury dla użytkowników (opłata za dostępność)	Podmiot publicznoprawny
Płatność od strony publicznej uzależniona od liczby użytkowników (tzw. myto ukryte)	Dzielone, w większej części po stronie prywatnej

Tabela nr 2 – podział ryzyka w inwestycjach z zakresu partnerstwa publiczno – prywatnego, źródło: P. Szaciłło, PPP w projektach autostradowych i drogowych, model współpracy, www.edroga.pl

Zgodnie z art. 4 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym wybór partnera prywatnego może nastąpić w dwóch formach:

1. na podstawie ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, gdy wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej;
2. na podstawie prawa zamówień publicznych w innych przypadkach niż wyżej wymienione, także gdy wynagrodzenie partnera pochodzi wyłącznie od podmiotu publicznego.

Jak stanowi art. 6 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, wybór najkorzystniejszej oferty, która przedstawia najkorzystniejszy bilans wynagrodzenia i innych kryteriów odnoszących się do przedsięwzięcia następuje na podstawie podziału ryzyk, związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i prywatnym oraz terminów i wysokości przewidywanych płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego.

Początek stosowania instytucji partnerstwa publiczno – prywatnego w sektorze drogowym w Europie stanowią lata osiemdziesiąte XX w., chociaż istnieją też starsze koncesje na autostrady płatne np. w Hiszpanii pierwsze koncesje zostały przyznane w 1967 r.⁴⁸⁸. Budowę autostrad inicjują tam władze regionalne, a inwestycję i późniejsze koszty

⁴⁸⁷ P. Szaciłło, jw.

⁴⁸⁸ P. Szaciłło, jw.

eksploatacji ponosi 13 konsorcjów, których udziałowcami są podmioty prywatne i władze lokalne. Władze centralne wspierają konsorcja kredytami, gwarancjami i przejęciem na siebie ryzyka kursowego. To rozwiązanie sprawiło, że Hiszpania ma sieć autostrad, liczącą prawie 2500 km⁴⁸⁹. Niewątpliwym liderem wśród krajów europejskich, jeżeli chodzi o realizację projektów drogowych w systemie partnerstwa publiczno-prywatnego jest Wielka Brytania. Wiodącą metodą realizacji partnerstwa publiczno-prywatnego w tym kraju jest tzw. Private Finance Initiative („PFI”). W ramach tego rozwiązania na sektor prywatny przechodzą zadania związane z projektowaniem, finansowaniem, budową i utrzymaniem przedsięwzięcia. Zasada, która kwalifikuje dany projekt do realizacji, jest tzw. „value for money” czyli zapewnienie, że korzyści osiągnięte przez partnerów mają wartość adekwatną do zainwestowanych środków⁴⁹⁰. Koncepcja kontraktu partnerstwa publiczno-prywatnego może także łączyć rozbudowę połączeń drogowych z zagospodarowaniem przestrzennym poprzez budowę dróg równocześnie z otaczającą je infrastrukturą, w tym obiektów użyteczności publicznej, handlowo-usługowych i mieszkalnych. Umożliwia to rozwój obszarów miejskich, a jednocześnie podnosi wartość nieruchomości położonych w obszarach tras komunikacyjnych. Przykładem jest autostrada A2 w holenderskim Maastricht. Autostrada przecina miasto, więc postanowiono ją poprowadzić pod ziemią, a na terenach nad tunelami wybudować infrastrukturę miejską (budynki). Przychody uzyskane z nieruchomości wybudowanych na tunelach służą spłaceniu długów zaciągniętych pod budowę autostrady⁴⁹¹. Podobny przykład stanowi obwodnica irlandzkiego Dublina (M50). Kontrakt na jej budowę w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego obejmował dwa równoległe realizowane zadania. Pierwsze dotyczyło podniesienia parametrów technicznych drogi i zapewnienia dostępności (umowa na 35 lat), drugie – obejmowało instalację elektronicznego systemu poboru opłat. Przychody z poboru opłat władze miejskie wykorzystują do opłacenia prac konserwacyjnych na tej drodze, wykonywanych przez partnera prywatnego⁴⁹².

W Polsce pierwszym i do tej pory największym przedsięwzięciem inwestycyjnym w strukturze i systemie koncesyjnym według programu partnerstwa publiczno-prywatnego była budowa i eksploatacja autostrady płatnej A2 na odcinku Konin – Nowy Tomyśl⁴⁹³. Prace

⁴⁸⁹ M. Zieliński, K. Trębski: Zagubiona autostrada, Wprost, Nr 44 (1297), 2007 r.

⁴⁹⁰ P. Szaciłło, jw.

⁴⁹¹ A. Serbeńska: PPP w sieci miejskich dróg cz. 1 – www.edroga.pl

⁴⁹² Tamże

⁴⁹³ Drogi do EURO 2012, Analiza infrastruktury drogowej w Polsce, stan faktyczny i szanse rozwoju, Amerykańska Izba Handlowa w Polsce, 2007, s 10-11.

nad projektem autostrady A2 trwały od 1993 r., kiedy zarejestrowana została spółka Autostrada Wielkopolska S.A., utworzona do sfinansowania budowy i eksploatacji autostrady płatnej. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad (GDDKiA), pełniąca także rolę regulatora, reprezentuje w projekcie sektor publiczny. Sektor prywatny jest natomiast reprezentowany przez sponsorów i utworzone przez nich spółki inwestycyjne, spółki operatorskie, pożyczkodawców, firmy wykonawcze i użytkowników autostrady. Sponsorzy wnieśli 115 mln EUR w postaci środków kapitałowych. Pozostałe źródła finansowania stanowiły środki dłużne, pochodzące z Europejskiego Banku Inwestycyjnego (na kwotę 275 mln EUR) oraz kredyty konsorcjalne (na łączną kwotę 235 mln EUR)⁴⁹⁴. Głównym założeniem umowy koncesyjnej było zminimalizowanie zaangażowania Skarbu Państwa, które ograniczyło się do wykupu gruntów pod autostradę. Jako koncesjonariusz Autostrada Wielkopolska S.A. nie stała się właścicielem A2, lecz wypełnia warunki umowy koncesyjnej przez 40 lat czyli do 2037 r. Grunt pod autostradą przez cały czas pozostaje własnością Skarbu Państwa od czego spółka co roku odprowadza opłatę dzierżawną w wysokości ponad 7 mln zł⁴⁹⁵. Autostrada Wielkopolska S. A. uzyskała natomiast prawo do wybudowania i eksploatacji, na zasadzie wyłączności, odcinków autostrady objętych koncesją, przysługuje jej także prawo własności, w czasie trwania koncesji, do wybudowanych obiektów⁴⁹⁶. Skarb Państwa ponadto będzie uzyskiwać wpływy z tytułu podatku dochodowego od zysku Autostrady Wielkopolskiej S.A. Pod względem finansowym inwestycję na odcinku Nowy Tomyśl – Konin zaplanowano tak, aby wpływy z opłat wystarczyły na spłatę kredytów zaciągniętych na budowę A2, gwarantowały środki na utrzymanie, eksploatację i remonty autostrady oraz zapewniły zysk akcjonariuszom spółki i Skarbowi Państwa⁴⁹⁷. Po zakończeniu okresu koncesji, Autostrada Wielkopolska S.A. przekaze autostradę nieodpłatnie Skarbowi Państwa.

⁴⁹⁴ Tamże.

⁴⁹⁵ Źródło: strona internetowa „Autostrady Wielkopolskiej” - <http://www.autostrada-a2.pl>.

⁴⁹⁶ Drogi do EURO 2012, jw.

⁴⁹⁷ Tamże.

Odcinek	Spółka	Długość	Łączny czas realizacji	Okres budowy	Okres eksploatacji	Mechanizm płatności
A1 Gdańsk- Nowe Marzy	Gdańsk Transport Company	90 km	13 lat	2005 - 2008	2008 - 2039	Dostępność (95%), myto ukryte (5%)
A1 Nowe Marzy- Toruń		50 km	16 lat	2009 - 2011	2011-2039	Dostępność (95%), myto ukryte (5%)
A2 Konin- Nowy Tomyśl	Autostrada Wielkopolska	150 km	9 lat	1998 - 2004	2002 - 2037	Opłaty bezpośrednie
A2 Świecko- Nowy Tomyśl		110 km	16 lat	2009 -2011	2012 - 2037	Dostępność
A4 Katowice - Kraków	Stalexport Autostrada Małopolska	60 km	5 lat	1997 – 2000 (dostosowanie)	1997 - 2027	Opłaty rzeczywiste

Tabela nr 3 - Polskie autostrady wybudowane w systemie partnerstwa publiczno - prywatnego, źródło: P. Szaciłło, „PPP” w projektach autostradowych i drogowych (IV) Polskie doświadczenia, www.edroga.pl.

W ramach drugiego etapu inwestycji wybudowana została autostrada A1 na odcinku Gdańsk – Nowe Marzy oraz budowane są kolejne dwa odcinki: A1 Nowe Marzy – Toruń oraz A2 Świecko – Nowy Tomyśl⁴⁹⁸. W projektach tych państwo ma wpływ na poziom opłat (ryzyko ruchu jest ryzykiem strony publicznej), a dług na budowę został zaciągnięty pod planowane wpływy z opłaty za dostępność, wypłacanej ze środków Krajowego Funduszu Drogowego z gwarancjami Skarbu Państwa. Wszystkie trzy odcinki obciążają więc sektor finansów publicznych⁴⁹⁹. W ramach trzeciego etapu inwestycji planowane było zbudowanie autostrady A1 na odcinku Stryków – Pyrzowice oraz A2 Stryków – Konotopa. W obu projektach starano się połączyć możliwość kontroli stawek opłat przez stronę publiczną z przeniesieniem większości ryzyk na stronę prywatną. Oba projekty nie uzyskały zamknięcia i dlatego ich realizacja w systemie partnerstwa publiczno-prywatnego została uniemożliwiona na skutek braku czasu jaki był konieczny dla osiągnięcia zamknięcia finansowego projektu (podpisania umów z bankami na finansowanie projektów) oraz pozornie wyższy koszt w

⁴⁹⁸ Projekt budowy dróg krajowych na lata 2011-2015, www.transport.gov.pl, s. 32.

⁴⁹⁹ Tamże.

przeliczeniu na jeden kilometr autostrady⁵⁰⁰.

5.3.6 Podsumowanie

Podstawowym atutem jaki daje budowa dróg publicznych w oparciu o instytucję partnerstwa publiczno-prywatnego jest możliwość zaangażowania pomiotu prywatnego w finansowanie przedsięwzięcia. W przypadku zastosowania tej instytucji, ustawa o drogach publicznych pozwala również na wykonywanie przez partnera prywatnego wybranych zadań zarządcy drogi (wspomniany wcześniej art. 19 ust. 7 ustawy o drogach publicznych). Jednak najistotniejszą korzyścią, jaką odnosi władza publiczna, jest przyjęcie przez podmiot prywatny roli inwestora projektowanego przedsięwzięcia i przejęcie tym samym ciężaru finansowania procesu inwestycyjnego, co pozwala na eliminację długu publicznego jednostki publicznej oraz rozłożenie zobowiązań tej jednostki na wiele lat. Dlatego jeśli sektor publiczny nie chce lub nie może sobie pozwolić na podniesienie poziomu zadłużenia, system partnerstwa publiczno-prywatnego umożliwia wykonanie inwestycji pomimo braku środków publicznych w chwili podejmowania decyzji o ich realizacji. W ten sposób budżet unika dużych jednorazowych wydatków, a podmiot prywatny ma silne bodźce do jak najszybszego ukończenia inwestycji, ponieważ wówczas zaczyna zarabiać. Dzięki tej formule władze lokalne mogą również skupić się na egzekwowaniu postanowień umowy i na monitorowaniu wyników osiąganych przez partnera prywatnego. Nie muszą natomiast podejmować ogromnego wysiłku administracyjno-organizacyjnego w tworzeniu i realizacji koncepcji osiągnięcia celów jakościowych w usługach publicznych, a w przypadku transportu – dotyczących stopnia dostępności dróg i ich standardu⁵⁰¹.

W przypadku realizacji inwestycji drogowych we współpracy z partnerem prywatnym niezbędnym jest podział obowiązków pomiędzy podmiot publiczny, a prywatny. Należy jednak pamiętać, że na władzy publicznej spoczywa cały czas obowiązek zapewnienia dostępu do infrastruktury i w związku z tym ponosi ona odpowiedzialność za zrealizowanie przedsięwzięcia jak i utrzymywanie określonego standardu usług. Strona prywatna może odpowiadać w kontrakcie za zaprojektowanie, budowę oraz częściowo za finansowanie przedsięwzięcia. Ponadto kontrakt może zawierać dodatkowe, obok opłat za drogi czy dopłat pośrednich, źródła wynagrodzenia partnera prywatnego tj. działalność gospodarcza w pasie drogowym, pobór opłat za parkowanie czy opłat za przejazdy tunelem lub przez most.

⁵⁰⁰ Tamże.

⁵⁰¹ A. Serbeńska: PPP w sieci miejskich dróg cz. 2 – www.edroga.pl

5.4 Prywatyzacja realizacji celu publicznego w dziedzinie łączności

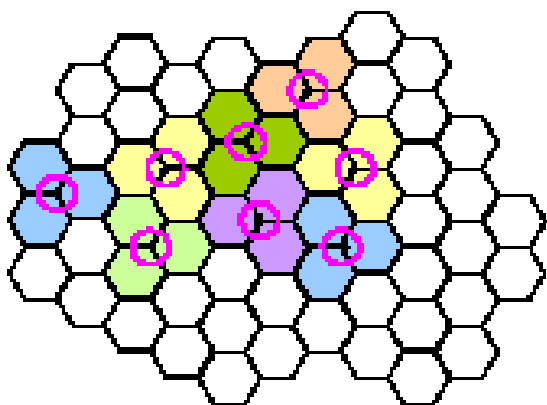
5.4.1 Budowa stacji bazowej telefonii komórkowej jako cel publiczny

W związku brakiem definicji pojęcia „publiczny” w odniesieniu do usług telekomunikacyjnych, powstał istotny problem związany z zaliczaniem budowy stacji telefonii komórkowej, realizowanej przez podmiot komercyjny i stanowiący po jej realizacji własność tego podmiotu, do pojęcia realizacji celu publicznego na gruncie art. 2 ust. 5 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym i art. 6 u.g.n. Jego istotą była wątpliwość czy komercyjny operator w takim przypadku nie tyle realizuje cel publiczny zdefiniowany w art. 6 u.g.n., lecz swój własny cel, związany z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą. Problem ten ma istotne znaczenie, gdyż przyznanie inwestycji, polegającej na budowie stacji bazowej telefonii komórkowej statusu celu publicznego uzasadnia możliwość przymusowego odjęcia własności nieruchomości na realizację przedmiotowej inwestycji.

Potrzeba inwestora, przejawiająca się w konieczności posiadania oznaczonej nieruchomości gruntowej, jest powszechnie uważana jako warunek niezbędny dla przeprowadzenia zgodnego prawem wywłaszczenia, jednak nie jest to warunek jedyny. Cel dla którego ma nastąpić nabycie nieruchomości musi być, generalnie ujmując „niezbędny”. Powyższe wynika z art. 112 ust. 3 u.g.n., który stanowi, iż wywłaszczenie nieruchomości może być dokonane, jeżeli cele publiczne nie mogą być zrealizowane w inny sposób niż przez pozbawienie albo ograniczenie praw do nieruchomości⁵⁰². Za sporną może zostać uznana kwestia czy maszty telefonii komórkowej muszą zostać ulokowane na konkretnej, ściśle oznaczonej nieruchomości. Jeśli liczba masztów przeznaczonych dla danej inwestycji jest ograniczona, odpowiedź z pewnością byłaby negatywna, gdyż możnaby znaleźć dla nich wiele alternatywnych lokacji. Taka sytuacja nie może usprawiedliwiać wywłaszczenia pod budowę masztu telefonii komórkowej, gdyż nie jest spełniony warunek niezbędności danej

⁵⁰² Dla przykładu, jeśli osoba prywatna zechce powiększyć swój ogród poprzez dodanie kilku metrów kwadratowych powierzchni nieruchomości sąsiada, to ten cel bezsprzecznie wymaga nabycia części nieruchomości, jednak wymóg ten z pewnością nie będzie uzasadniał sięgnięcia do instytucji wywłaszczenia, ponieważ nie jest traktowany jako warunek niezbędny. Aby dany cel mógł być traktowany jako „niezbędny” z punktu widzenia ogółu, korzyści płynące z wywłaszczenia nieruchomości pod ten cel muszą zaspokajać potrzeby większej ilości osób, jak to jest w przypadku budowy urządzeń infrastrukturalnych ogólnie dostępnych, takich jak np. drogi oraz innych wymienionych w art. 6 u.g.n.

nieruchomości⁵⁰³. Rozpatrując przypadek, w którym mamy do czynienia z ciągłym systemem wielu masztów (a nie określonej ich liczby), sprawa przedstawia się w ten sposób, że jeśli dany maszt został ulokowany w jednym miejscu, to jego położenie będzie determinowało usytuowanie innych (rys. 1). W związku z tym dla budowy całego systemu masztów telefonii komórkowej niezbędnym jest, aby każdy maszt był ulokowany na ograniczonym obszarze (spełniającym np. odpowiednie warunki topograficzne oraz gwarantujący dojazd). W takim przypadku warunek niezbędności nieruchomości pod realizację cel publicznego zostaje spełniony⁵⁰⁴. Warunek niezbędności pod budowę stacji bazowej telefonii komórkowej odnosi się nie tylko do jej usytuowania, ale również do elementów technicznych. Koniecznym zatem elementem inwestycji w zakresie łączności publicznej prócz budowy wieży antenowej, lokalizacji kontenera u podnóża wieży, ogrodzenia i utwardzenia terenu stacji oraz budowy przyłącza energetycznego, jest montaż anten nadawczo – odbiorczych, łączność tę zapewniających. Tylko inwestycja w takim kształcie stanowi o realizacji celu publicznego⁵⁰⁵.



Rysunek nr 1 - Schemat przedstawiający rozplanowanie sieci radiowych oraz usytuowanie stacji bazowych telefonii komórkowej, źródło: Thomas Kalbro, Private Compulsory Acquisition and the Public Interest Requirement, International Federation of Surveyors, September, 2007 r.

W orzecznictwie sądów administracyjnych, po wejściu w życie ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym w 2003 r., występowała rozbieżność poglądów w kwestii dopuszczenia podmiotów niepublicznych do wykonywania celów, jakimi są usługi telekomunikacyjne, jednakże przeważający okazał się pogląd, że pojęcie „łączność publiczna” powinna być odnoszona także do działań podmiotów prywatnych, wobec czego objekty i

⁵⁰³ T. Kalbro: Private Compulsory Acquisition and the Public Interest Requirement, International Federation of Surveyors, 2007.

⁵⁰⁴ Tamże.

⁵⁰⁵ Wyrok NSA z 13.11.2007, II OSK 1506/06, LEX nr 438619.

urządzenia telefonii komórkowej są inwestycją celu publicznego⁵⁰⁶. Powyższy pogląd został zaakceptowany w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego oraz w doktrynie⁵⁰⁷. Sąd ten wskazał, iż biorąc pod uwagę przepisy ustawy prawo telekomunikacyjne⁵⁰⁸, skoro stacja bazowa telefonii komórkowej jest zamierzeniem inwestycyjnym, mającym pozostać w sieci telekomunikacyjnej, wykorzystywanej do świadczenia usług telekomunikacyjnych dostępnych dla ogółu użytkowników to, mimo że jest inwestycją sektora prywatnego, posiada status urządzenia łączności publicznej w rozumieniu art. 6 u.g.n. i jako taka jest inwestycją celu publicznego⁵⁰⁹.

Rozumowanie Sądu przebiegało w następujący sposób. Świadczenie usług w zakresie telekomunikacji stanowiło we wcześniejszych regulacjach prawnych element pojęcia łączności, której brak w u.g.n. (w dacie uchwalania u.g.n. obowiązywała ustawa z 23.11.1990 r. o łączności⁵¹⁰, która regulowała w myśl art. 1 ust. 1: „zasady działalności w dziedzinie łączności, poczty i telekomunikacji”). Dawną ustawę o łączności, która posługiwała się pojęciem „łączności”, zastąpiły:

1. ustawa Prawo telekomunikacyjne⁵¹¹ - dotycząca usług telekomunikacyjnych;
2. ustawa Prawo pocztowe⁵¹² - dotycząca usług pocztowych.

Pojęcie łączności funkcjonujące jeszcze w ustawie o działach administracji rządowej⁵¹³ oznaczało zarówno usługi telekomunikacyjne, jak i usługi pocztowe. Zatem pojęcie "łączność" w znaczeniu przyjętym jednocześnie w ustawie o działach administracji rządowej oraz w ustawie o łączności obejmowało dwa człony" "pocztę" i "telekomunikację". Pojęcia „usług pocztowych” ustawodawca nie zdefiniował, uznając pojęcie "poczta" za wystarczająco jasne na gruncie języka powszechnego. Jak wynika z treści ww. ustaw, tylko w prawie pocztowym (art. 46 ust. 2) ustawodawca przyznał Poczcie Polskiej status wykonawcy

⁵⁰⁶ Wyroki WSA w Gdańsku z 22.06.2006, II SA/Gd 536/05, LEX nr 203307; wyrok z 5.12.2007, II SA/Gd 628/07, LEX nr 364731; wyrok WSA w Szczecinie z 9.02.2006, SA/Sz 1189/04, ZNSA Nr 4/2006 poz. 130.

⁵⁰⁷ Wyroki NSA z 4.10.2005, II OSK 495/05, LEX nr 202045, a także wyrok z 10.05.2006, II OSK 811/05, LEX nr 236467; M. Stahl, Cele publiczne i zadania publiczne [w:] Koncepcja systemu prawa administracyjnego, Warszawa 2007 oraz T. Grossmann, Pojęcie inwestycji celu publicznego w dziedzinie łączności, PiP Nr 9/2005, poz. 81.

⁵⁰⁸ Ustawa z 16.07.2004, Dz.U. nr 171/2004, poz. 1800 ze zm.

⁵⁰⁹ Wyrok NSA z 9.04.2009, II OSK 521/08, LEX nr 551277.

⁵¹⁰ Dz.U. nr 86/1990, poz. 504 ze zm., uchylony.

⁵¹¹ Ustawa z 16.07.2004, Dz.U. nr 171/2004, poz. 1800 ze zm.

⁵¹² Ustawa z 12.06.2003, tekst jedn. Dz.U. nr 189/2008, poz. 1159 ze zm.

⁵¹³ Ustawa z 4.09.1997, tekst jedn. Dz.U. nr 65/2007, poz. 437 ze zm.

łączości publicznej ("operator publiczny"), chociaż usługi pocztowe mogą wykonywać także inni operatorzy (prywatni, komercyjni, zagraniczni). Na gruncie art. 2 ust. 1 pkt 8 nieobowiązującej już ustawy o łączności, pojęcie „telekomunikacji” oznaczało zaś "nadawanie, transmisja i odbiór znaków, sygnałów, pisma, obrazów i dźwięków albo informacji jakiegokolwiek natury poprzez przewody, systemy radiowe, optyczne lub jakiegokolwiek inne urządzenia wykorzystujące energię elektromagnetyczną". Ustawą o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz o zmianie niektórych innych ustaw⁵¹⁴ dokonano nowelizacji u.g.n., w efekcie czego został do niej dodany do art. 4 punkt 18, zawierający definicję „łączości publicznej”, którą należy rozumieć jako „infrastrukturę telekomunikacyjną, służącą zapewnieniu publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych w rozumieniu przepisów prawa telekomunikacyjnego”⁵¹⁵. Z kolei legalna definicja inwestycji celu publicznego została zawarta w art. 2 pkt 5 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym⁵¹⁶.

W rezultacie, analizując konkretne zamierzenie inwestycyjne przez pryzmat definicji celu publicznego należy wziąć pod uwagę dwa elementy⁵¹⁷:

- 1) przedmiot („cel”) danej inwestycji, który powinien mieścić się w wyliczeniu celów publicznych, zawartym w art. 6 u.g.n.;
- 2) znaczenie, jakie można tej inwestycji przypisać (w przypadku inwestycji celu publicznego – ca najmniej lokalne albo ponadlokalne).

Mając na uwadze powyższe należy podzielić pogląd M. Stahl⁵¹⁸ oraz T. Wosia⁵¹⁹, że

⁵¹⁴ Ustawa z 24.08.2007, Dz.U. nr 173/2007, poz.1218.

⁵¹⁵ Tak. m. in. wyrok WSA w Olsztynie z 2.03.2006, II SA/OI 794/05, niepubl.

⁵¹⁶ Zgodnie z tą definicją za inwestycję celu publicznego należy rozumieć działania o znaczeniu lokalnym (gminnym) i ponadlokalnym (powiatowym, wojewódzkim i krajowym), a także krajowym (obejmującym również inwestycje międzynarodowe i ponadregionalne), bez względu na status podmiotu podejmującego te działania oraz źródła ich finansowania, stanowiące realizację celów, o których mowa w art. 6 u.g.n. Na tle przedmiotowej definicji NSA w wyroku z 13.03.2008, II OSK 222/07, LEX nr 401751, zaprezentował pogląd, że nie wynika z niej by „miała ona być realizowana wyłącznie przez podmiot publiczny. Inaczej mówiąc dla klasyfikacji prawnej danej inwestycji do inwestycji celu publicznego nie ma znaczenia kto finansuje i realizuje daną inwestycję. Jednostką realizującą cel publiczny może być także podmiot prywatny. Z kolei celem publicznym zgodnie z art. 6 pkt 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami jest także budowa i utrzymanie obiektów i urządzeń łączności publicznej”.

⁵¹⁷ T. Grossmann: Pojęcie inwestycji celu publicznego w dziedzinie łączności, PiP Nr 9/2005, poz. 81.

⁵¹⁸ M. Stahl, Cele publiczne..., jw., s. 110.

⁵¹⁹ T. Woś, Wywłaszczanie nieruchomości i ich zwrot, Wyd. 3, Warszawa 2007: „Wydaje się, że w świetle postanowień art. 112 ust. 2 i 3 U.g.n nie znajduje uzasadnienia wymaganie, aby planowana inwestycja musiała

pojęcie obiektów i urządzeń łączności publicznej, o jakim mowa w art. 6 u.g.n. obejmuje swoim zakresem m.in. obiekty i urządzenia telekomunikacji publicznej, a jego znaczenie należy ustalać na gruncie przepisów prawa telekomunikacyjnego. Co prawda nie zawiera ono pojęcia telekomunikacji publicznej, wielokrotnie używa jednak określeń z kwantyfikatorem „publiczny”, w tym m.in. publicznie dostępną usługą telekomunikacyjną, publiczna sieć telefoniczna, ruchoma publiczna sieć telekomunikacyjna, stacjonarna publiczna sieć telefoniczna, podmiot korzystający z publicznie dostępnej usługi telekomunikacyjnej. Zatem status obiektów i urządzeń łączności publicznej w rozumieniu u.g.n. będą miały przynajmniej te składniki infrastruktury telekomunikacyjnej ("obiekty i urządzenia"), które stanowiąć będą elementy publicznej sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu prawa telekomunikacyjnego, a więc sieci telekomunikacyjnej, wykorzystywanej głównie do świadczenia usług telekomunikacyjnych, dostępnych dla ogółu użytkowników. W konsekwencji, inwestycją celu publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym będą zamierzenia inwestycyjne, dotyczące takiej sieci lub jej poszczególnych elementów⁵²⁰.

Przeciwny pogląd zaprezentowany został w zdaniu odrębnym do jednego z wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego, zgodnie z którym „żaden przepis ustawy prawo telekomunikacyjne nie nadaje operatorom komercyjnym statusu wykonywania łączności publicznej. W ustawie jest mowa jedynie o sieciach publicznych, a więc służących ogółowi”⁵²¹.

5.4.2 Uwagi

Inwestorami budującymi urządzenia łączności publicznej są przedsiębiorcy telekomunikacyjni, posiadający odpowiednie uprawnienia, których działalność podlega kontroli i nadzorowi ze strony Prezesa UKE. Z faktu zaś, że przedsiębiorcy ci nie są podmiotami publicznymi i osiągają ze swojej działalności określone przychody, nie można wyprowadzić wniosku, iż nie realizują oni celów publicznych w zakresie budowy takich

być finansowana wyłącznie z budżetu Państwa lub wyłącznie z budżetu określonej jednostki samorządu terytorialnego (czy np. przez zakład energetyczny stanowiący spółkę handlową, która planuje budowę stacji elektroenergetycznej). Jest bowiem oczywiste, że zarówno Skarb Państwa, jak i określona jednostka samorządu terytorialnego, jako abstrakcyjne podmioty prawne, mogą realizować nałożone na nie przepisami prawnymi zadania i cele publiczne tylko w określonych formach organizacyjnych i za pośrednictwem określonych podmiotów, w tym m.in. podmiotów zorganizowanych np. w formie spółki handlowej”.

⁵²⁰ T. Grossmann, Pojęcie inwestycji celu publicznego..., jw.

⁵²¹ Zdanie odrębne do wyroku NSA z 4.10.2005, II OSK 495/05, LEX nr 202045.

urządzeń⁵²². Prywatny operator telekomunikacyjny ma również obowiązek spełniania szeregu czynności o charakterze publicznym, dotyczących numeru alarmowego, obowiązku przekazywania informacji o realizowaniu obowiązków (w tym obowiązków regulacyjnych, m.in. obowiązku przedstawiania do zatwierdzenia cennika lub regulaminu świadczenia usług), nałożonych ustawą lub decyzją Prezesa UKE, a także obowiązku przenoszenia numerów, przedstawiania rocznych sprawozdań i danych w zakresie określonym ustawą, przygotowywania oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym swoim abonentom, udostępniania służbom powołanym do niesienia pomocy informacji dotyczących zakończenia sieci, świadczenia przez wyznaczonego przedsiębiorcę usługi powszechnej i usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu dla uprawnionych ustawą jednostek organizacyjnych oraz licznych obowiązków na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego⁵²³. Zakres nadzoru Prezesa UKE nad działalnością przedsiębiorców telekomunikacyjnych jest więc rozległy, sprawowany w różnych formach, głęboko ingerujących w ich działalność. Już ten fakt wskazuje na publiczny charakter inwestycji związanych z funkcjonowaniem stacji bazowej telefonii komórkowej⁵²⁴.

Przeciwny pogląd prezentuje E. Mzyk, który uważa, że sam fakt zaspokajania potrzeb ludności przez telefonię komórkową, która niewątpliwie zawiera w sobie elementy „publiczne”, jeszcze nie przesądza o zaliczeniu jej do katalogu celów publicznych w rozumieniu u.g.n.⁵²⁵. Podstawą tego twierdzenia jest fakt, że przesłanką wyłączenia, zgodnie z art. 112 ust. 3 u.g.n. musi być niemożność zrealizowania celu publicznego „w inny sposób niż przez pozbawienie albo ograniczenie praw do nieruchomości”. Zdaniem autora, w omawianym przypadku cele te mogą zostać zrealizowane w inny sposób, a telefonia komórkowa jest tylko jednym z rodzajów zaspokajania potrzeb komunikowania się ludności. Odmienna wykładnia jego zdaniem prowadziłyby do możliwości wyłączenia nieruchomości na potrzeby telefonii komórkowej, co byłoby nie do przyjęcia, choćby ze względu na wielość podmiotów (inwestorów)⁵²⁶. Należy jednak zauważyć, że zgadza się on z twierdzeniem, że inwestycje służące celom publicznym niekoniecznie wymagają realizacji przez podmioty publiczne, natomiast to czy realizowaną inwestycję można uznać za realizację celu publicznego, podlegać będzie ocenie w konkretnej sprawie.

⁵²² Wyrok NSA z 9.04.2009, II OSK 521/08, LEX nr 551277.

⁵²³ M. Stahl, Cele publiczne..., jw., s. 111.

⁵²⁴ Tamże.

⁵²⁵ E. Mzyk: Komentarz do ustawy o gospodarce nieruchomościami, red. G. Bieniek, Warszawa 2005, s. 449.

⁵²⁶ Tamże.

5.4.3 Realizacja publicznej infrastruktury telekomunikacyjnej w trybie przepisów ustawy o wspieraniu usług i sieci telekomunikacyjnych

Charakter przesłanki zakładania i przeprowadzania „urządzeń łączności publicznej” normowała ustawa prawo telekomunikacyjne, która jako jedyny akt prawny zawierała w art. 140 ust. 4 wprost odesłanie do art. 124 u.g.n. i tym samym zezwalała na faktyczne wywłaszczenie nieruchomości w tym celu⁵²⁷. Obecnie na mocy art. 71 pkt 8 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych⁵²⁸ przepis ten utracił moc obowiązującą. Mimo tego, zapisy art. 140 powołanej ustawy prawo telekomunikacyjne zostały wprost inkorporowane do art. 33 ust. 1, 3 i 7 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych.

Przepisy tzw. specustawy telekomunikacyjnej kreują po stronie operatorów prywatnych⁵²⁹, którzy nie dysponują kanalizacją kablową i prawem drogi, uprawnienie do prowadzenia przez cudze nieruchomości (państwowe, samorządowe lub prywatne) własnej infrastruktury telekomunikacyjnej oraz jej eksploatacji i konserwacji. Do momentu wejścia w życie przedmiotowej ustawy, udostępnienie nieruchomości wiązało się zazwyczaj bądź z odmową, bądź z eskalacją żądań ze strony ich właścicieli, widzących w zaistniałej sytuacji szansę na dodatkowy przychód w postaci żądania opłat, znacznie przewyższających poniesione koszty (np. uchwalane przez gminy wysokie opłaty za zajęcie pasa drogowego czy konieczność modernizacji chodnika przez operatora, który układa kabel). Rozwiązując ten problem specustawa telekomunikacyjna przyjęła rozwiązania funkcjonujące w państwach

⁵²⁷ Z przepisu tego wynikało, że właściciel lub użytkownik wieczysty nieruchomości jest obowiązany umożliwić operatorom oraz podmiotom, o których mowa w art. 4 pkt 1, 2, 4, 5 i 8 powołanej ustawy, instalowanie na nieruchomości urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzanie linii kablowych pod, na albo nad nieruchomością oraz umieszczanie tabliczek informacyjnych o urządzeniach, a także ich eksploatację i konserwację, jeżeli nie uniemożliwia to racjonalnego korzystania z nieruchomości. Warunki korzystania z nieruchomości określa się przy tym w umowie. Dopiero w przypadku niezawarcia przedmiotowej umowy po stronie inwestora powstaje uprawnienie do wystąpienia do starosty z wnioskiem o czasowe zajęcie nieruchomości na podstawie art. 124 u.g.n. (art. 140 ust. 4) dla zainstalowania urządzeń telekomunikacyjnych.

⁵²⁸ Ustawa z 7.05.2010, Dz.U. nr 106/2010, poz. 675.

⁵²⁹ Odnośnie zakresu podmiotowego opisywanego zezwolenia, to zgodnie z przepisami prawa telekomunikacyjnego przedsiębiorcą telekomunikacyjnym jest przedsiębiorca lub inny podmiot uprawniony do wykonywania działalności gospodarczej na podstawie odrębnych przepisów, który wykonuje działalność gospodarczą polegającą na dostarczaniu sieci telekomunikacyjnych lub udogodnień towarzyszących lub świadczeniu usług telekomunikacyjnych przy czym przedsiębiorca telekomunikacyjny uprawniony do dostarczania publicznych sieci telekomunikacyjnych lub udogodnień towarzyszących, zwany jest "operatorem" (art. 2 pkt 27 Prawa telekomunikacyjnego).

zachodnich, gdzie przyjmuje się, że nieruchomości publiczna powinna być w maksymalnym stopniu wykorzystana na zaspokajanie potrzeb całego społeczeństwa przy wprowadzeniu przepisów chroniących prawa inwestorów⁵³⁰. Na gruncie specustawy, warunki zapewnienia dostępu do nieruchomości na potrzeby telekomunikacji muszą zostać określone w umowie w terminie 30 dni, przy czym w przypadku jej niezawarcia stosuje się tryb wywłaszczeniowy, przewidziany w art. 124 i 124a u.g.n.⁵³¹. Szczególny tryb wywłaszczenia stosowany jest także celem przejścia przez nieruchomości gruntową w sytuacji, w której operator żąda dostępu do budynku, który stanowi odrębny od nieruchomości gruntowej przedmiot własności (właścicielem budynku jest inny podmiot, niż podmiot mający prawo własności do nieruchomości gruntowej). Powołana ustawa uregulowała więc w sposób jednoznaczny sytuację pozyskania przez inwestora nieruchomości, w związku z budową urządzeń łączności publicznej, na rzecz zawartego w niej odesłania do art. 124 u.g.n. w ten sposób, że inwestor nie może wystąpić do sądu z wnioskiem o ustanowienie na jego rzecz służebności przesyłu, a status prawny zainstalowanych w tym trybie urządzeń regulowany będzie przez art. 49 K.c., bez konieczności ustanawiania do nieruchomości jakiegokolwiek tytułu prawnego dla pozostawiania na niej tych urządzeń⁵³². Podkreślenia wymaga to, że na mocy art. 124 ust. 1b u.g.n. decyzja starosty ograniczająca sposób korzystania z nieruchomości przez udzielenie zezwolenia na umieszczanie urządzeń łączności publicznej jest wydawana w uzgodnieniu z Prezesem UKE. Dopełnienie całej regulacji stanowi art. 36 specustawy, zgodnie z którym

⁵³⁰ Zob. uzasadnienie projektu ustawy: „W Austrii operatorzy są uprawnieni z mocy prawa, bez konieczności pozyskiwania dodatkowych uprawnień i bez opłat, do korzystania z dróg publicznych, chodników, miejsc publicznych oraz przestrzeni nad i pod nimi, a kompetencje jednostek zarządzających tymi nieruchomościami ograniczone są wyłącznie do uzgadniania warunków technicznych oraz związanych z wpływem na funkcjonowanie społeczności lokalnej (np. czas i zakres wyłączenia dróg z ruchu na okres robót). Podobne rozwiązanie przyjęto w Niemczech - korzystanie z dróg publicznych, mostów, placów, dróg wodnych, jest wolne od opłat i wymaga jedynie formalnego upoważnienia przez Krajowy Urząd ds. Sieci dla Energetyki, Gazu, Telekomunikacji, Poczty i Kolei (wymagana jest jeszcze zgoda zarządu drogi, ale ograniczona jest do kwestii technicznych, jak głębokość ułożenia kabla czy bezpieczeństwo). Korzystanie z tego typu nieruchomości jest wolne od dodatkowych opłat nie tylko w Austrii i Niemczech, ale również w Danii, Luksemburgu, Finlandii i Anglii”.

⁵³¹ Art. 33 ust. 1, 3 i 7 ustawy. Od przypadku zapewnienia dostępu do nieruchomości określonego w tych przepisach należy odróżnić sytuację gdy przedsiębiorca telekomunikacyjny doprowadził już publiczną sieć telekomunikacyjną do nieruchomości z zamiarem uzyskania dostępu do budynku. Wtedy korzysta on z uprawnień w tym zakresie, wynikających z przepisu art. 30 ust. 1 ustawy, czyli z prawa dostępu do budynku lub miejsca w budynku, w którym zbiegają się kable doprowadzone do lokalu w tym budynku.

⁵³² M. Wolanin: Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz, Warszawa 2009, s. 817.

operatorzy, którzy skorzystali z uprawnienia dostępu do nieruchomości, bądź na podstawie przepisów specustawy, bądź w drodze uzyskania zezwolenia w trybie art. 124 u.g.n. zobowiązani do dzielenia się tym prawem z innymi operatorami na zasadzie współkorzystania, określonego w sposób umowny przyjęty w specustawie.

Założeniem omawianej specustawy jest jednak przede wszystkim zezwolenie samorządom na podjęcie działalności jako operator telekomunikacyjny poprzez budowę i dostarczanie infrastruktury telekomunikacyjnej (kanalizacja kablowa, pomieszczenia kolokacyjne, słupy, maszty, kable, etc.) i sieci telekomunikacyjnych, a także na eksploatację takich sieci i infrastruktury oraz nabywanie prawa do istniejącej infrastruktury. Następnie samorzady mogą prowadzić działalność w zakresie udostępniania takiej infrastruktury i sieci prywatnym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, w tym użytkownikom końcowym⁵³³. Opisywana działalność samorządu stanowi jego zadanie własne o charakterze użyteczności publicznej, które może być wykonywane w sposób bezpośredni lub przez inne podmioty (w tym prywatne) na mocy art. 3 ustawy o gospodarce komunalnej. Rozwiązanie to należy uznać za słuszne, ponieważ zorganizowanie (czyli m. in. bieżąca obsługa sprzętu i dostarczanie usług użytkownikom końcowym) oraz późniejsze utrzymanie wybudowanej sieci może być zadaniem, z którego lepiej wywiązują się wyspecjalizowane podmioty zewnętrzne np. operator telekomunikacyjny. Samorząd może oddać w dzierżawę zrealizowaną z własnych środków sieć gminną poprzez wybór w postępowaniu przetargowym podmiotu gwarantującego świadczenie usług teleinformatycznych dla gminy oraz jej jednostek organizacyjnych. Tzw. "umowa outsourcingowa" może zawierać również korzystne dla dzierżawcy zapisy, umożliwiające w zamian za utrzymanie infrastruktury telekomunikacyjnej, świadczenie dodatkowych usług komercyjnych czy pobieranie od odbiorców końcowych opłat za korzystanie z sieci. Fakt powierzenia innemu podmiotowi realizacji przedsięwzięć z zakresu telekomunikacji, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy nie wyłącza jednak obowiązku zapewnienia dostępu oraz współkorzystania z infrastruktury i sieci telekomunikacyjnych, gdyż 13 ust. 4 pkt 1 i 2 specustawy telekomunikacyjnej zrównuje dostęp telekomunikacyjny zapewniany przez koncesjodawcę i partnera prywatnego z dostępem telekomunikacyjnym, zapewnianym bezpośrednio przez samorząd.

Przepisy specustawy zezwalają na wykonywanie działalności telekomunikacyjnej (poza świadczeniem usług telekomunikacyjnych odbiorcom końcowym) także podmiotom wykonującym zadania z zakresu użyteczności publicznej, czyli przedsiębiorstwom

⁵³³ Art. 3 ust. 1 ustawy.

energetycznym i wodociągowo-kanalizacyjnym, będącym jednostkami finansów publicznych lub nadzorowanym przez takie jednostki. Z uwagi na przewagę rynkową podmiotów wykonujących zadania z zakresu użyteczności publicznej (posiadana przez nie infrastruktura została zrealizowana ze środków publicznych) oraz samorządów, prowadzących działalność polegającą na świadczeniu usług telekomunikacyjnych, ustawa nakłada na te podmioty obowiązek udostępnienia infrastruktury i sieci telekomunikacyjnych zainteresowanym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym na zasadach równego traktowania oraz uczciwej i wolnej konkurencji⁵³⁴. Przedsiębiorca telekomunikacyjny może także skorzystać z pomocy samorządu w przypadku, gdy ze względu na warunki ekonomiczne nie jest możliwe prowadzenie opłacalnej działalności telekomunikacyjnej na danym obszarze. W takiej sytuacji samorząd może udostępnić takiemu przedsiębiorcy niezbędną infrastrukturę lub sieci telekomunikacyjne, a nawet współfinansować koszty ponoszone przez podmiot prywatny w zakresie świadczenia takich usług⁵³⁵. Przedsiębiorcy telekomunikacyjny w nowym stanie prawnym zostali również uprawnieni do wniesienia skargi do sądu administracyjnego na uchwałę w sprawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, który obecnie nie może na jakimkolwiek obszarze zakazywać, ani uniemożliwiać świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych, w szczególności poprzez zakazy lub ograniczenia w lokalizowaniu infrastruktury telekomunikacyjnej⁵³⁶. Dopuszczalne jest więc realizowanie każdej inwestycji celu publicznego z zakresu łączności, która nie jest sprzeczna z planem miejscowym, choćby plan inwestycji takiej wyraźnie nie przewidywał czy też nie określał wyraźnego przeznaczenia danego terenu na tego rodzaju inwestycje – np. poprzez przeznaczenie go na cele zabudowy wielorodzinnej czy rolnicze⁵³⁷.

5.4.4 Podsumowanie

Należy uznać, iż zmiana linii orzeczniczej sądów administracyjnych, polegająca na uznaniu stacji bazowej telefonii komórkowej za inwestycję celu publicznego oraz wejście w życie ustawy o wspieraniu usług i sieci telekomunikacyjnych, w pełni realizują postulat prywatyzacji realizacji celu publicznego w dziedzinie łączności. Działalność jednostki samorządu w zakresie budowy i eksploatacji infrastruktury telekomunikacyjnej została

⁵³⁴ Art. 3 ust. 2 pkt 2 oraz 17 ustawy.

⁵³⁵ Art. 8 pkt 1 i 2 ustawy.

⁵³⁶ Art. 48 ustawy.

⁵³⁷ Art. 46 ust. 1 i 2 ustawy.

uznana za zadanie własne o charakterze użyteczności publicznej i tym samym może zostać powierzone innemu podmiotowi, także prywatnemu.

5.5 Prywatyzacja realizacji celu publicznego w zakresie realizacji infrastruktury kolejowej

5.5.1 Uwagi ogólne

Zgodnie z art. 6 ust. 1a u.g.n. celem publicznym jest wydzielenie gruntów pod linie kolejowe oraz ich budowa i utrzymanie.

Materia dotycząca budowy, eksploatacji, zarządzania i utrzymania linii kolejowych oraz całej infrastruktury kolejowej zawarta została w ustawie o transporcie kolejowym⁵³⁸. Zgodnie z art. 4 pkt. 1a i 2 tej ustawy, linię kolejową stanowi droga kolejowa, będąca nawierzchnią kolejowa wraz z podtorzem i budowlami inżynieryjnymi oraz gruntem, na którym jest usytuowana, mająca początek i koniec wraz z przyległym pasem gruntu, na którą składają się odcinki linii, a także budynki, budowle i urządzenia przeznaczone do prowadzenia ruchu kolejowego wraz z zajętymi pod nie gruntami. Za linie kolejowe należy więc uważać tory kolejowe wraz z zajętymi pod nie gruntami oraz przyległy pas gruntu (który stanowią grunty wzdłuż linii kolejowych, usytuowane po obu ich stronach, przeznaczone do zapewnienia bezpiecznego prowadzenia ruchu kolejowego), a także budynki, budowle i urządzenia przeznaczone do prowadzenia ruchu kolejowego wraz z zajętymi pod nie gruntami⁵³⁹.

Pojęcie linii kolejowych zawiera się w normatywnym zakresie infrastruktury kolejowej⁵⁴⁰. Nie są to więc pojęcia tożsame, natomiast pozostała część infrastruktury kolejowej, poza liniami kolejowymi, może być ujmowana jako cel publiczny, stanowiący

⁵³⁸ Ustawa z 28.03.2003, tekst jedn. Dz.U. nr 16/2007, poz. 94 ze zm.

⁵³⁹ W. Szydło: Cele publiczne w gospodarce nieruchomościami skarbowymi i samorządowymi, *Kwartalnik Prawa Publicznego*, Nr 3/2005.

⁵⁴⁰ Za którą zgodnie z art. 4 pkt 1 omawianej ustawy należy uważać linie kolejowe oraz inne budowle, budynki oraz urządzenia wraz z zajętymi pod nie gruntami, usytuowane na obszarze kolejowym, przeznaczone do zarządzania, obsługi przewozu osób i rzeczy, a także utrzymania niezbędnego w tym celu majątku zarządcy infrastruktury.

obiekty i urządzenia transportu publicznego kolejowego, np. dworce kolejowe⁵⁴¹. Nie stanowi za to celu publicznego w rozumieniu art. 6 ust. 1a u.g.n. samo utrzymanie linii kolejowych, ponieważ ustawodawca za cel taki traktuje w sposób łączny wydzielanie gruntów pod linie kolejowe wraz z ich budową i utrzymaniem.

5.5.2 Prywatyzacja infrastruktury kolejowej

W świetle obowiązującej ustawy o komercjalizacji, restrukturyzacji i prywatyzacji przedsiębiorstwa państwowego Polskie Koleje Państwowe⁵⁴², liniami kolejowymi oraz pozostałą infrastrukturą kolejową, określoną w przepisach ustawy o transporcie kolejowym, z wyłączeniem budynków i budowli przeznaczonych do obsługi przewozu osób i rzeczy wraz z zajętych pod nie gruntami zarządzają PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna (PLK S.A.)⁵⁴³. Linie kolejowe o znaczeniu państwowym mogą zostać przekazywane nieodpłatnie na własność jednostce samorządu terytorialnego w celu wykonywania przewozów kolejowych⁵⁴⁴. Ma to ułatwić samorządom przejmowanie na własność linii lub ich odcinków, jeżeli są one zainteresowane poprawą stanu technicznego tych linii kolejowych, tj. przygotowują projekt inwestycyjny. W przypadku, gdy na przejętej linii kolejowej nie będą wykonywane przewozy kolejowe, wówczas samorząd terytorialny musi poinformować o tym ministra właściwego do spraw transportu, występując do niego z wnioskiem o zmianę przeznaczenia danej linii lub jej odcinka. Wówczas minister właściwy do spraw transportu albo wyda zgodę na zmianę przeznaczenia, pod warunkiem wykupu danej linii przez samorząd, albo też samorząd terytorialny zwróci linię w stanie niepogorszonym, odpowiednio do PKP S.A. lub PLK S.A. Natomiast ustawa ta zezwala również pod pewnymi wyjątkami na sprzedaż linii kolejowych, zbędnych dla działalności PLK S.A. przedsiębiorcom w trybie określonym w przepisach ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych⁵⁴⁵. W przypadku, gdy jednostka samorządu terytorialnego zobowiąże się do remontu linii kolejowych, pojawia się możliwość realizacji takiego przedsięwzięcia w oparciu o ustawę o partnerstwie publiczno-prywatnym. Z art. 13 u.g.n. wynika bowiem prawo jednostek samorządu terytorialnego do wnoszenia nieruchomości do spółek lub oddania tych

⁵⁴¹ J. Jaworski, Ustawa o gospodarce..., jw.

⁵⁴² Ustawa z 8.09.2000, Dz.U. nr 84/2000, poz. 948 ze zm.

⁵⁴³ Art. 15 ust. 1 ww. ustawy .

⁵⁴⁴ Art. 18a ustawy.

⁵⁴⁵ Ustawa z 30.08.1996, Dz.U. nr 171/2002, poz. 1397 ze zm.

nieruchomości w użytkowanie podmiotowi prywatnemu na podstawie innej umowy, jak: najem, dzierżawa, leasing.

Prywatyzację infrastruktury kolejowej należy rozpatrywać również w kontekście przeniesienia na własność jednostek samorządu terytorialnego, bądź ustanowienia na ich rzecz prawa użytkowania wieczystego nieruchomości, wraz z usytuowanymi na nich budynkami dworców kolejowych, na cele związane z inwestycjami infrastrukturalnymi - wykonania przebudowy lub remontu tych dworców. Dzięki ustawie z 29.10.2010 r. o zmianie ustawy o komercjalizacji, restrukturyzacji i prywatyzacji przedsiębiorstwa państwowego Polskie Koleje Państwowe oraz niektórych innych ustaw⁵⁴⁶, wprowadzony został art. 18d⁵⁴⁷, który pozwala jednostkom samorządu terytorialnego przejmować na własność dworce kolejowe wraz z należącymi do nich gruntami. Jedynym warunkiem przejścia jest zachowanie w budynku dworca funkcji związanych z obsługą podróżnych – np. kas, przechowalni bagaży, poczekalni, parkingów. Dla pewności, że przebudowa lub remont dworca będą zrealizowane, umowa przeniesienia jego własności musi określać termin i zakres przebudowy. Takie rozwiązanie nie oznacza jednak przeniesienia własności linii kolejowych. Minister Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej wydając zgodę na przekazanie przez PKP S.A. nieruchomości, będzie każdorazowo analizował, czy w jej skład nie wchodzi grunty zajęte pod liniami kolejowymi. Przejęcie przez samorząd na własność nieruchomości budynkowych umożliwi przeprowadzenie ich odnowy, bądź remontu w ramach umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym⁵⁴⁸. Zgodnie bowiem z art. 18 ust. 1a u.g.n. nieruchomość może być przekazywana nieodpłatnie w drodze umowy partnerowi prywatnemu lub spółce utworzonej przez podmiot publiczny i partnera prywatnego na czas realizacji przedsięwzięcia

⁵⁴⁶ Dz.U. nr 247/2010, poz. 1651.

⁵⁴⁷ „PKP SA, na wniosek jednostki samorządu terytorialnego i za zgodą ministra właściwego do spraw transportu, może przenieść w drodze umowy na jednostkę samorządu terytorialnego prawo własności albo prawo użytkowania wieczystego nieruchomości wraz z usytuowanymi na niej budynkami dworców kolejowych w granicach niezbędnych do prawidłowego z nich korzystania, na zasadach określonych w ust. 2. Zgoda ministra właściwego do spraw transportu jest zgodą, o której mowa w art. 18 ust. 2 (...)”.

⁵⁴⁸ Zob. Ministerstwo Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej, Master Plan dla transportu kolejowego w Polsce do 2030 r. , www.transport.gov.pl: „Obecnie struktura wiekowa budynków dworcowych jest bardzo zróżnicowana. Znaczna część budynków została zbudowana jeszcze w XIX w. - obiekty te są objęte ochroną konserwatora zabytków. Pozostałe obiekty zostały zbudowane w XX w., odbudowane po zakończeniu działań wojennych, lub zbudowane w latach 70-tych i 80-tych. Ze względu na permanentny przez lata brak wystarczających środków finansowych, wiele obiektów wymaga niezwłocznych i kompleksowych prac modernizacyjnych w celu radykalnej poprawy ich estetyki i stanu technicznego”.

w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Jednostki samorządu będą więc uprawnione do poszukiwania partnerów dla inwestowania w nowy wizerunek dworców, które są atrakcyjną ofertą ze względu na swoje położenie w centrach miast, wielofunkcyjność i duże możliwości adaptacji na różne cele: zakłady opieki zdrowotnej, domy kultury, supermarkety, restauracje, posterunki straży miejskiej. Aktualnie część dworców znajduje się poza terenami kolejowymi, jednak są i dworce, w których PLK S.A. ma swoje urządzenia, czy też stanowią one integralną część obiektów, jak chociażby Dworzec Centralny w Warszawie. W takiej sytuacji wydaje się, iż dworce te należałoby wprowadzić na własność PLK S.A. Co ważne, istnieje również możliwość wykorzystania sąsiadujących z dworcami gruntów, który kolej może udostępnić pod zabudowę, jednakże wpięrow nieruchomość, którą stanowi budynek dworca i znajdujący się pod nim grunt, musi być doprowadzona do takiego stanu prawnego, aby mogła być przedmiotem obrotu handlowego. Natomiast spora liczba dworców kolejowych, zlokalizowanych jest na działkach liniowych, na których położona jest cała stacja licząca najczęściej dziesiątki hektarów. Wówczas, przed wydzieleniem budynku dworca wraz z potrzebnym mu do funkcjonowania terenem i potwierdzeniem faktu posiadania tytułu prawnego do nieruchomości przez PKP S.A., samorząd nie może liczyć na przejęcie go na własność. W takiej sytuacji gmina może starać się jedynie o zawarcie umowy użytkowania nieruchomości, a później przeniesienie praw do nieruchomości na jej rzecz bezpośrednio po uregulowaniu stanu prawnego⁵⁴⁹.

Kiedy jednostka samorządu nie jest zainteresowana ofertą przejęcia dworca albo brak jest porozumienia stron w kwestii ceny lub sposobu przejęcia obiektu, PKP S.A. może ogłosić przetarg na podstawie art. 40 ustawy o komercjalizacji, restrukturyzacji i prywatyzacji przedsiębiorstwa państwowego "Polskie Koleje Państwowe". Obok jednostki samorządu mogą do niego stawać prywatni przedsiębiorcy, którzy mogą wykupić dworzec, by prowadzić w nim np. hotel czy restaurację.

5.5.3 Podsumowanie

Zastosowanie instytucji partnerstwa publiczno-prywatnego w przypadku przedsięwzięć kolejowych przynosi korzyści przede wszystkim w dużych przedsięwzięciach, które z jednej strony wymagają poważnych nakładów finansowych, z drugiej zaś opierają na wykorzystywaniu nowoczesnych technologii, wymagających znacznego doświadczenia w

⁵⁴⁹ Jednostki samorządu terytorialnego przejmą dworce kolejowe za zaległości podatkowe, Gazeta Prawna, 22.02.2011 r.

zarządzaniu projektami inwestycyjnymi. Dotychczas prawie 100 dworców kolejowych zostało przekazanych samorządom, a docelowo planowane jest zbycie - głównie gminom - około 1000 dworców. Jednocześnie PKP S.A. zamierza wystawić do sprzedaży ponad 300 nieruchomości, m.in. grunty pod budownictwo mieszkaniowe i komercyjne, lokale użytkowe i zaplecza warsztatowe⁵⁵⁰. Przykładem współpracy podmiotu publicznego i prywatnego jest budowa stacji kolejowej w Katowicach, połączonej z centrum handlowym oraz biurowcem, które zostaną wybudowane przez firmę „Neinver” i wkomponowane w otoczenie istniejącej bryły dworca.

Przeszkodą dla korzystania z prywatnego kapitału w inwestycjach kolejowych jest - poza stosunkową małą wiedzą o korzyściach, jakie płyną z dobrego skonstruowania projektów na zasadzie partnerstwa publiczno-prywatnego, nieuregulowanie stanu prawnego nieruchomości, na których znajdują się obiekty kolejowe. Utrudnieniem jest również konieczność podporządkowania się obowiązkom wynikającym z ochrony konserwatorskiej (wiele dworców to zabytkowe budowle) oraz wykluczenie gruntów kolejowych jako tzw. terenów zamkniętych z zakresu miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego.

5.6 Prywatyzacja realizacji celu publicznego w zakresie budowy i eksploatacji lotnisk

5.6.1 Uwagi ogólne

Zgodnie z art. 6 pkt 1b u.g.n. celem publicznym jest wydzielanie gruntów pod lotniska, urządzenia i obiekty do obsługi ruchu lotniczego, w tym rejonów podejść, oraz budowa i eksploatacja tych lotnisk i urządzeń.

Rozważając charakter prywatyzacji realizacji celu publicznego, polegającego na wydzielaniu gruntów pod lotniska należy mieć na względzie, iż w świetle art. 65 ust. 1 prawa lotniczego⁵⁵¹, nieruchomości gruntowe zajęte pod część lotniczą lotnisk międzynarodowych, na których funkcjonują stałe przejścia graniczne, mogą być własnością wyłącznie Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego, innych publicznych jednostek organizacyjnych, w tym przedsiębiorstw państwowych lub spółek prawa handlowego, w których udział Skarbu

⁵⁵⁰ Źródło: materiały z konferencji „Koncesja na roboty budowlane jako instrument rozwoju projektów infrastrukturalnych”, www.transport.gov.pl.

⁵⁵¹ Ustawa z 3.07.2002, tekst jedn. Dz.U. nr 100/2006, poz. 696 ze zm.

Państwa, bądź ww. jednostek wynosi co najmniej 51 % akcji albo udziałów. Przepis ten odnosi się jednak wyłącznie do części lotniczych lotnisk międzynarodowych, których wykaz zawarty jest w Rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie określenia lotnisk międzynarodowych⁵⁵², a nie do samych lotnisk jako infrastruktury.

Definicja „lotniska” zawarta została w art. 2 pkt 4 ustawy prawo lotnicze, zgodnie z którym jest nim wydzielony obszar na lądzie, wodzie lub innej powierzchni w całości lub w części przeznaczony do wykonywania startów, lądowań i naziemnego lub nawodnego ruchu statków powietrznych wraz ze znajdującymi się w jego granicach obiektami i urządzeniami budowlanymi o charakterze trwałym, wpisany do rejestru lotnisk. Z kolei zgodnie z pkt 17 tego przepisu lotnisko użytku publicznego stanowi port lotniczy, który jest wykorzystywany do lotów handlowych. Podkreśla się jednak, iż pojęcie „lotniska” użyte w art. 6 pkt 1b u.g.n. powinno być odnoszone do definicji tego pojęcia z art. 2 pkt 4 prawa lotniczego, nie zaś do definicji „port lotniczy”, ponieważ skoro ustawodawca ustanawiając katalog celów publicznych w art. 6 u.g.n. wskazuje w nim na publiczny charakter niektórych obiektów lub urządzeń (np. wydzielanie gruntów pod drogi publiczne), to brak literalnego wskazania przez ustawodawcę na publiczny charakter lotnisk oznacza, iż celem tym są tylko te obiekty lub urządzenia. Charakter ustawowo określonego celu publicznego nie musi wynikać z publicznego charakteru określonego rodzaju obiektów lub urządzeń⁵⁵³. Pogląd ten odnosi się tylko do językowego brzmienia obiektu „portu lotniczego”, gdyż status celu publicznego bez wątplenia posiada lotnisko użytku publicznego, a więc nie tylko lotnisko wykorzystywane do celów handlowych, ale również lotnisko otwartym dla wszystkich statków powietrznych w terminach i godzinach ustalonych przez zarządzającego tym lotniskiem i podanych do publicznej wiadomości⁵⁵⁴. Nie bez znaczenia ustawodawca posługuje się w tym przypadku

⁵⁵² Rozporządzenie z 30.05.2003, Dz.U. nr 99/2003, poz. 910 ze zm. Zagadnienie związane z określeniem części lotniczej lotniska wynika z przepisów ustawy prawo lotnicze. Przepis art. 2 pkt 6 prawa lotniczego w sposób jednoznaczny stanowi, co składa się na część lotniczą lotniska w rozumieniu tej ustawy (obszar trwale przeznaczony do startów i lądowań statków powietrznych oraz do związanego z tym ruchu statków powietrznych, wraz z urządzeniami do obsługi tego ruchu, do którego dostęp jest kontrolowany). Z kolei, na podstawie art. 21 ust. 2 pkt 2 i pkt 17 prawa lotniczego, zatwierdzanie granicy części lotniczej lotniska i wydawanie decyzji administracyjnych w sprawach określonych ustawą prawo lotnicze, należy do kompetencji Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego. Natomiast, w myśl art. 68 ust. 2 pkt 4 tej ustawy, granicę części lotniczej lotniska (podlegającą zatwierdzeniu przez Prezesa ULC) obowiązany jest określić zarządzający lotniskiem. Jest to jego obowiązek ustawowy, a nie jedynie uprawnienie wynikające z przepisów prawa.

⁵⁵³ M. Wolanin, Ustawa o gospodarce..., jw., s. 66.

⁵⁵⁴ Art. 54 ust. 2 prawa lotniczego.

zwrotem „publiczny”. Z kolei zgodnie z art. 54 ust. 3 ww. ustawy lotniskiem użytku niepublicznego mogą być np. lotniska wojskowe, służb porządku publicznego⁵⁵⁵.

Klasyfikację lotnisk zawiera §3 rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej w sprawie klasyfikacji lotnisk i rejestru lotnisk cywilnych⁵⁵⁶. Zgodnie z nim ze względu na przedmiot własności, lotniska dzielą się na państwowe (stanowiące własność Skarbu Państwa oraz innych państwowych osób prawnych), komunalne (stanowiące własność gminy oraz innych komunalnych osób prawnych) oraz prywatne (stanowiące własność osób fizycznych oraz osób prawnych innych niż państwowe i komunalne). Z oczywistych względów lotniska prywatne nie stanowią celu publicznego. W pojęciu lotniska jako celu publicznego nie mieści się również lądowisko, które jest pojęciem odrębnym sklasyfikowanym w art. 2 pkt 5 prawa lotniczego⁵⁵⁷.

5.6.2 Wydzielanie gruntów pod budowę lotnisk w trybie tzw. specustawy lotniskowej

Ustawa o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie lotnisk użytku publicznego⁵⁵⁸ określa zasady i warunki przygotowania lotnisk użytku publicznego przez zakładających lotniska, zarządzających lotniskami, a także Polską Agencję Żeglugi oraz zasady nabywania nieruchomości pod inwestycje w zakresie lotnisk. Ustawa ta nie stanowi oryginalnego rozwiązania legislacyjnego, opierając się w dużej mierze na rozwiązaniach przyjętych w ustawie z 10.04.2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych, łącząc w sobie kilka postępowań, wymaganych dla realizacji inwestycji w trybie zwyczajnym oraz upraszczając i przyspieszając wydanie decyzji zezwalającej na rozpoczęcie inwestycji.

Omawiana ustawa koresponduje z przepisami ustawy prawo lotnicze odsyłając w art. 2 pkt 2 do art. 55 ust. 2 tej ustawy w zakresie rodzaju podmiotów mogących uzyskać

⁵⁵⁵ Lotniskiem użytku niepublicznego jest lotnisko, na którym mogą lądować i startować wyłącznie:

- 1) statki powietrzne używane przez użytkowników lotniska określonych w dokumentacji rejestracyjnej tego lotniska;
- 2) statki powietrzne wykonujące loty niehandlowe, używane przez inne podmioty niż wskazane w pkt 1 - za zezwoleniem zarządzającego lotniskiem.

⁵⁵⁶ Rozporządzenie z 30.04.2004, Dz.U. nr 122/2004, poz. 1273 ze zm.

⁵⁵⁷ Wydzielony obszar na lądzie, wodzie lub innej powierzchni w całości lub w części przeznaczony do wykonywania startów, lądowań i naziemnego ruchu statków powietrznych, ujęty w ewidencji lądowisk.

⁵⁵⁸ Ustawa z 12.02.2009, Dz.U. nr 42/2009, poz. 340 ze zm.

zezwoleń na założenie lotniska publicznego⁵⁵⁹. W przypadku, gdy zakładającym lotnisko lub zarządzającym lotniskiem jest organ administracji publicznej lub samorządowa jednostka organizacyjna, na nabytych nieruchomościach ustanawiany jest trwały zarząd. W przypadku Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej, grunty oddawane są w użytkowanie wieczyste. Natomiast pozostałych przypadkach, czyli gdy zakładającymi lotniska lub zarządzającymi lotniskami są osoby inne niż publiczne czy samorządowe jednostki prawne (np. spółka prawa handlowego lub osoba fizyczna), nabyte nieruchomości muszą zostać oddane przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego w dzierżawę na okres co najmniej 30 lat, przy czym czynsz dzierżawny ustala się w wysokości nieodbiegającej od typowych na obszarze danego regionu⁵⁶⁰. Nie do zaakceptowania z punktu widzenia Konstytucji oraz u.g.n. byłaby bowiem sytuacja, w której nieruchomość przejęta pod budowę lotniska stawałaby się własnością przedsiębiorcy stawiającego ten obiekt.

Przepisy tzw. specustawy lotniskowej stanowią narzędzie, służące do nadania impulsu dla budowy lotnisk regionalnych przez podmioty prywatne. Państwo nie powinno angażować środków w celu budowy lotnisk, gdyż jest to zadanie podlegające zasadom wolnego rynku - jeśli podmiot chce wybudować dworzec kolejowy, to buduje je albo przewoźnik, albo ten podmiot, który operuje daną infrastrukturą. Należy postulować dalszą zmianę zakresu podmiotowego ustawy, ponieważ obecnie dotyczy ona wyłącznie podmiotów zakładających nowe lotniska, nie odnosi się natomiast do podmiotów, które wykazują chęć rozbudowy istniejących obiektów.

5.6.3 Prywatyzacja portów lotniczych

Porty lotnicze postrzegane są jako podmioty mające poważny ekonomiczny wpływ na otaczające je regiony, gdyż zapewniają niezbędną infrastrukturę do wspierania społecznego oraz regionalnego rozwoju gospodarczego i ze względu na swój autonomiczny charakter zdolne są do generowania zysków z poniesionych inwestycji, zarówno dla udziałowców, jak i całego społeczeństwa⁵⁶¹. Od momentu powstania, porty lotnicze traktowane były jako

⁵⁵⁹ „Zakładającym lotnisko może być organ administracji publicznej, państwowa lub samorządowa jednostka organizacyjna, spółka prawa handlowego lub spółdzielnia zarejestrowana w Polsce, stowarzyszenie, którego przedmiotem działalności jest działalność lotnicza, oraz osoba fizyczna posiadająca miejsce stałego pobytu na terytorium Polski”.

⁵⁶⁰ Art. 28-30 ustawy.

⁵⁶¹ S. Huderek: Znaczenie transportu lotniczego dla rozwoju miast i regionów, Materiały z Krakowskiej

jednostki użyteczności publicznej, dla których podstawowym profilem działalności nie było generowanie zysku, lecz zapewnienie niezakłóconego ruchu lotniczego. Powyższe związane było ze strukturą właścicielską podmiotów zarządzających infrastrukturą lotniskową, do których należały władze centralne i regionalne różnego szczebla. Lata 90 XX w. przyniosły intensyfikację procesów prywatyzacyjnych w sektorze lotniskowym. Pierwszym krokiem, mającym na celu zwiększenie znaczenia uwarunkowań rynkowych w funkcjonowaniu portów lotniczych, była komercjalizacja ich zarządców, rzadziej natomiast dokonywano transferu własności aktywów lotniskowych do podmiotów prywatnych⁵⁶².

Argumentem przemawiającym za prywatyzacją portów lotniczych jest wysokość nakładów finansowych, niezbędnych dla ich budowy i modernizacji. Szacuje się, że do 2020 r. potrzeby inwestycyjne w sektorze lotniczym w Polsce wyniosą do 3 mld euro⁵⁶³. W tej sytuacji, wobec ograniczonej możliwości inwestycji ze środków publicznych w rozwój portów lotniczych, istotną rolę w tym zakresie mogą odgrywać inwestorzy prywatni. Wielość czynników ograniczających podjęcie działalności gospodarczej oraz konkurencja na rynku lotniczym (w tym zwłaszcza wymóg dysponowania bardzo wysokim kapitałem) sprawiają, że pozyskanie przez podmiot publiczny inwestora prywatnego pozwoli na dokonanie bardzo kosztownych inwestycji oraz skorzystanie z jego doświadczenia i specjalistycznej wiedzy w zarządzaniu infrastrukturą lotniskową. Zaangażowanie inwestora prywatnego może w tym przypadku być uzależnione od rodzaju i zakresu planowanych inwestycji – dla jednego typu inwestycji, jak np. budowa parkingu dla samochodów, wystarczające może okazać się powołanie do życia spółki specjalnego przeznaczenia wraz z podmiotem prywatnym, natomiast dla projektów o większym zakresie, jak np. budowa nowego portu lotniczego czy rozbudowa istniejącego, konieczne może być zaangażowanie większego inwestora, w tym także zagwarantowanie jego udziału w strukturze właścicielskiej spółki zarządzającej lotniskiem⁵⁶⁴.

Konferencji Młodych Uczonych 2008, Wydział Zarządzania, Akademia Ekonomiczna, Poznań, s. 431.

⁵⁶² B. Baca, B. Godlewski: *Formy udziału inwestorów prywatnych w rozwoju portów lotniczych – prywatyzacja i kontrakt menedżerski*, Studium i prace Kolegium Zarządzania i Finansów, Zeszyty Naukowe SGH w Warszawie, Nr 106, Warszawa 2011, s. 51.

⁵⁶³ E. Marciszewska: *Zasady i źródła finansowania infrastruktury transportu lotniczego [w:] Finansowanie Rozwoju Transportu Europejskiego*, red. E. Załoga, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, Nr 535, s. 165.

⁵⁶⁴ B. Baca, B. Gorlewski, jw., s. 54.

Prywatyzacja portów lotniczych może przebiegać na dwa sposoby⁵⁶⁵:

1. upublicznienie akcji spółki lotniskowej i notowanie ich na giełdzie papierów wartościowych;
2. sprzedaż udziałów w spółce lotniskowej inwestorowi strategicznemu.

Pierwsza z form oznacza częściowe lub całkowite wyzbycie się przez władzę publiczną prawa własności udziałów w spółkach zarządzających lotniskiem i przejęcie kontroli nad infrastrukturą lotniska wraz z ryzykiem ekonomicznym jego działalności przez podmioty prywatne – akcjonariuszy. Jak wskazano, model ten nie musi zakładać całkowitej prywatyzacji danej spółki, np. w 1992 r. w ramach oferty publicznej sprzedano 27 % akcji spółki operatorskiej lotniska w Wiedniu⁵⁶⁶. Środki pochodzące z prywatyzacji mogą zostać przeznaczone albo na inwestycje w rozwój infrastruktury lotniska, albo mogą trafić bezpośrednio do budżetu państwa. O sukcesie wykorzystania pierwszej formy środków pochodzących z prywatyzacji świadczy fakt, iż w latach 1995 i 2000 r. kolejne pakiety akcji portu lotniczego w Wiedniu trafiły na giełdę⁵⁶⁷. Nawet w przypadku upublicznienia większości akcji spółki zarządzającej lotniskiem, nadal istnieje możliwość zachowania przez państwo kontroli nad przedsiębiorstwem poprzez ustanowienie limitu akcji do objęcia przez pojedynczego inwestora lub poprzez zachowanie po stronie państwa tzw. złotej akcji, dającej wpływ na kluczowe decyzje. Przykładem takiego działania jest całkowita prywatyzacja British Airports Authority w 1987 r., gdzie rząd brytyjski zachował złotą akcję, a limit akcji do objęcia przez pojedynczego inwestora ustalono na poziomie 15 %⁵⁶⁸.

Sprzedaż udziałów w spółce lotniskowej inwestorowi strategicznemu polega bądź na zdobyciu przez spółkę zarządzającą lotniskiem wyłącznie kapitału niezbędnego dla finansowania planów rozwojowych, poprzez zaangażowanie inwestorów finansowych, którzy nabywają akcje spółek lotniskowych na rynkach kapitałowych, bądź poprzez bezpośrednią sprzedaż udziałów przedsiębiorstwa inwestorowi, który zapewnia nie tylko napływ kapitału do spółki, ale również dysponuje potencjałem know-how, czyli specjalistycznymi umiejętnościami zarządzania infrastrukturą lotniskową⁵⁶⁹. Istnieje przy tym możliwość organizowania się podmiotów prywatnych w konsorcja inwestycyjne, w skład których wchodzi zarówno podmioty specjalizujące się zarządzaniem lotniskami, jak i banki i

⁵⁶⁵ Tamże, s. 55-56.

⁵⁶⁶ Tamże.

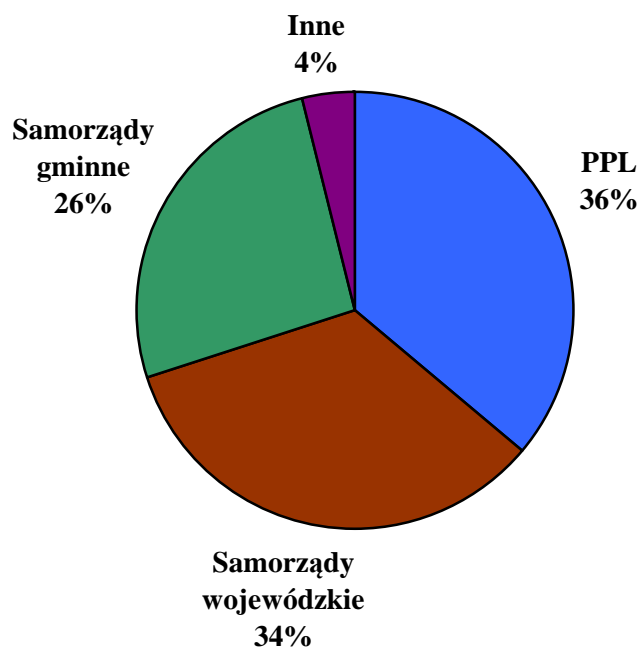
⁵⁶⁷ Tamże.

⁵⁶⁸ Tamże.

⁵⁶⁹ Tamże.

towarzystwa inwestycyjne, które finansują transakcję. Za przykład takiego działania może służyć częściowa prywatyzacja lotniska w Pekinie w 1999 r., gdzie najpierw dokonano sprzedaży 10% udziałów spółce Aéroports de Paris, a następnie dalszych 8% udziałów funduszowi kapitałowemu ABN Amro Venture, a następnie dokonano emisji akcji przedsiębiorstwa na giełdzie w Hongkongu w 2000 r. Aktualnie 65% akcji spółki kontrolowane jest przez państwo, a dalsze 35% akcji jest w rękach inwestorów zagranicznych⁵⁷⁰.

Obecnie w Polsce w spółkach zarządzających lotniskami przeważa publiczna własność udziałów. Nastawienie udziałowców do funkcjonowania i zarządzania portami lotniczymi, jak również ich doraźne potrzeby, są jednymi z głównych czynników wpływających na realizację przedsięwzięć prywatyzacyjnych. Poniższy wykres przedstawia strukturę właścicielską 11 obecnie funkcjonujących w Polsce lotnisk.



Wykres nr 1 – struktura właścicielska polskich lotnisk, źródło: Sebastian Gościński, Bartosz Baca, Krzysztof Łyszyk: Perspektywy prywatyzacji portów lotniczych w Polsce, www.prtl.pl

Największe udziały w spółkach zarządzających lotniskami posiadają Polskie Porty Lotnicze (PPL), zarządzające portami lotniczymi w Warszawie i Zielonej Górze – Babimoście oraz posiadający większościowe udziały w krakowskim, poznańskim i szczecińskim porcie lotniczym. W czerwcu 2009 r. ze struktur Polskich Portów Lotniczych wydzielony został port lotniczy w Rzeszowie. Przedsiębiorstwo pozostaje jednak ważnym

⁵⁷⁰ Tamże...s. 56-57.

udziałowcem spółki zarządzającej podkarpackim lotniskiem. Polskie Porty Lotnicze jako wspólnik obecny jest również w najważniejszych lotniskach funkcjonujących na terenie kraju tj. w Bydgoszczy, Gdańsku, Katowicach, Krakowie, Modlinie, Poznaniu, Szczecinie, Szczytnie i Wrocławiu⁵⁷¹.

Poniższa tabela przedstawia wysokość udziałów Polskich Portów Lotniczych w spółkach zarządzających lotniskami regionalnymi.

Spółka prawa handlowego zarządzająca lotniskiem	Udziały PPL (w %)
1. Port Lotniczy Bydgoszcz S.A.	8,06
2. Port Lotniczy Gdańsk Sp. z o.o.	36,5
3. Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A. w Katowicach (Międzynarodowy Port Lotniczy Katowice w Pyrzowicach)	17,89
4. Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków-Balice Sp. z o.o.	76,19
5. Port Lotniczy Mazury-Szczytno Sp. z o.o.	12,67
6. Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa-Modlin Sp. z o.o.	26,17
7. Port Lotniczy Poznań-Ławica Sp. z o.o.	49,89
8. Port Lotniczy „Rzeszów-Jasionka” Sp. z o.o.	45,65
9. Port Lotniczy Szczecin-Goleniów Sp. z o.o. im. NSZZ Solidarność	54,49
10. Port Lotniczy Wrocław S.A.	25,01

Tabela nr 4 - wysokość udziałów PPL w spółkach zarządzających lotniskami regionalnymi, źródło: Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze”, Raport roczny 2009, s. 14.

W rzeczywistości Polskie Porty Lotnicze od wielu lat zachowują stanowisko dość pasywne w odniesieniu do posiadanych udziałów w strukturze własnościowej lotnisk. Efektem takiego podejścia jest niechęć Polskich Portów Lotniczych do angażowania środków finansowych w projekty inwestycyjne w regionalnych portach lotniczych, co skutkuje przerzuceniem tego ciężaru na jednostki samorządu terytorialnego, które zostają zmuszone do partycypacji w niemałych kosztach budowy i modernizacji infrastruktury lotniczej. W tym przypadku czynnikiem motywującym samorząd do prywatyzacji portów lotniczych może okazać się brak środków na prowadzenie dalszych inwestycji, a jest rzeczą powszechnie znaną, iż aktualnie samorządy dochodzą do ustawowych progów zadłużenia. Ponadto

⁵⁷¹ Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze”, Raport roczny 2009, s. 13.

samorządy bardzo dobrze znają potrzeby portu lotniczego i rozumieją jego znaczenie dla rozwoju gospodarki i turystyki regionu. Tak więc to od nich zależy czy na polskich lotniskach pojawią się prywatni inwestorzy, mogący zapewnić środki na dalszy rozwój i niezbędną wiedzę w zakresie zarządzania portami lotniczymi. Ze względu na funkcjonującą obecnie strukturę własnościową polskiej infrastruktury lotniskowej, prywatyzacja lotnisk regionalnych wymaga pogodzenia interesów Polskich Portów Lotniczych, jednostek samorządu terytorialnego oraz samego inwestora⁵⁷².

5.6.4 Wnioski

Jak dotąd pierwszą i w dodatku nieudaną próbą prywatyzacji portu lotniczego w Polsce była prywatyzacja portu lotniczego w Bydgoszczy (należącego pierwotnie do Polskich Portów Lotniczych i samorządu województwa), polegająca na sprzedaży jego udziałów zagranicznemu inwestorowi. W 2008 r. nowym udziałowcem spółki Port Lotniczy Bydgoszcz S.A. została austriacka firma „Meinl Airports International Ltd”, która objęła 49% akcji lotniska, gdy w tym czasie do Bydgoszczy należało 23,9% akcji, a do województwa niecałe 17,7%. W 2009 r. firma ta sprzedała swój pakiet akcji niemieckiej firmie „Airport International”. Z powodu kryzysu firma ta następnie pozbyła się swoich udziałów w interesach prowadzonych na całym świecie, a w 2010 r. większościowy pakiet akcji zakupił od niej samorząd województwa kujawsko-pomorskiego sprawiając, iż lotnisko to ponownie stało się własnością regionu⁵⁷³. Nieudany przykład prywatyzacji portu lotniczego w Bydgoszczy stanowi do dziś skuteczną barierę powstrzymującą zarówno inwestorów jak i samorządy od współdziałania w zakresie inwestycji w sektorze lotniskowym. Dla powyższych inicjatyw nie bez znaczenia są uwarunkowania polityczne, które doprowadziły np. do niepowodzenia planów prywatyzacji portu lotniczego w Pradze (gdzie w marcu 2010 r. czeska Izba Poselska, odrzuciła weto prezydenta Vaclava Klausea do ustawy chroniącej własność państwową praskiego lotniska i utrzymała zakaz sprzedaży tego portu lotniczego), a także sukces przeprowadzenia prywatyzacji portu lotniczego w Budapeszcie (gdzie w 2005 r. najkorzystniejszą ofertę na zakup 75% akcji spółki zarządzającej lotniskiem złożyła w ramach realizowanego przetargu publicznego spółka „Ferrovial” (obecny właściciel m.in. „British Airports Authority”). W 2007 r. ten pakiet akcji odkupiło od spółki „Ferrovial” konsorcjum kierowane przez niemiecki „Hochtief Airport” (posiadający obecnie pakiety akcji m.in. w

⁵⁷² S. Gościński, B. Baca, K. Łyszyk: Perspektywy prywatyzacji portów lotniczych w Polsce, www.prtl.pl.

⁵⁷³ K. Aładowicz: Marszałek odleci z portu? Przymiarki do prywatyzacji, *Gazeta Wyborcza*, 10.10.2011.

spółkach zarządzających lotniskami w Hamburgu, Dusseldorfie, Sydney)⁵⁷⁴.

Należy również zwrócić uwagę na znajdujący się w Sejmie projekt ustawy o zasadach wykonywania niektórych uprawnień Skarbu Państwa. Projekt tej ustawy zakłada wyodrębnienie grupy podmiotów o kluczowym znaczeniu dla interesów gospodarczych Skarbu Państwa oraz wprowadzenie szczególnych regulacji, pozwalających na stosowanie rynkowych mechanizmów zarządzania tymi podmiotami, ukierunkowanych na budowanie ich wartości przy jednoczesnym utrzymaniu - niezbędnej ze względów strategicznych - kontroli państwa⁵⁷⁵. Przyznanie Polskim Portom Lotniczym takiego statusu oznaczałoby wyłączenie prywatyzacji tego sektora lotniczego, w których Polskie Porty Lotnicze mają większościowe udziały i ograniczenie jej zakresu tylko do portów regionalnych. Równoległe trwają prace nad uchwaleniem ustawy o komercjalizacji Polskich Portów Lotniczych. Projekt jest obecnie na etapie konsultacji międzyresortowych i zakłada utworzenie w miejsce Polskich Portów Lotniczych spółki, która przejmie ogół praw i obowiązków tego przedsiębiorstwa państwowego.

Tendencje światowe jasno wskazują więc, że prywatyzacja jest naturalnym i kolejnym etapem rozwoju portów lotniczych – od jednostki użyteczności publicznej przez przedsiębiorstwo państwowe działające w warunkach komercyjnych, aż do firmy prywatnej. Rosnąca liczba prywatyzacji portów lotniczych na świecie zdaje się świadczyć o akceptacji tego procesu, także jako sposobu na uporanie się z wyzwaniami rynkowymi⁵⁷⁶.

5.7 Prywatyzacja realizacji celu publicznego w sektorze usług wodno – kanalizacyjnych oraz odzysku i unieszkodliwiania odpadów

5.7.1 Uwagi ogólne

Budowa urządzeń służących zaopatrzeniu ludności w wodę, gromadzeniu i odprowadzaniu ścieków oraz utylizacja odpadów mają charakter celu publicznego ponieważ podejmowane są w interesie ogólnospołecznym, w celu ochrony warunków sanitarnego

⁵⁷⁴ B. Baca, B. Gorlewski, *Formy udziału...*s. 59.

⁵⁷⁵ Zob. projekt z dnia 28.10.2010 r., druk sejmowy nr 3580.

⁵⁷⁶ S. Gościński, B. Baca, K. Łyszyk: *Formy udziału prywatnych przedsiębiorców w portach lotniczych związane z przekazaniem własności*, www.prtl.pl.

bytowania człowieka i zapewnienia mu zdrowotności na zasadach powszechności publicznej⁵⁷⁷. Działania powyższe należą do obowiązków administracji samorządowej, ponieważ wchodzą w zakres jej gospodarki i służą zaspokojeniu zbiorowych potrzeb wspólnot.

Nie każda realizacja przedsięwzięć określona w art. 6 pkt 3 u.g.n. może być uznana za cel publiczny, ponieważ jest to uzależnione od zakresu inwestycji. Charakter publiczny będą miały te urządzenia, które będą na równych prawach oddane do powszechnego korzystania przez wszystkich mieszkańców wspólnoty, w szczególności za pomocą środków rzeczowych i finansowych tych wspólnot. Przykładowo, realizowanie sieci wodociągowej i kanalizacyjnej jako inwestycji liniowej należy uznać za realizację celu publicznego. Realizacja inwestycji liniowej wiąże się bowiem z wykonaniem jej na znacznym obszarze i służy ona określonej wspólnocie państwowej lub samorządowej. Charakter celu publicznego będą miały również przykładowo prace polegające na budowie i przebudowie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych w tym stacji uzdatniania wody, stacji pomp wody, hydroforni, zbiornika wody pitnej oraz ułożeniu i przeprowadzeniu kolektorów sanitarnych dla przesyłu ścieków. Również charakter takiej inwestycji będzie posiadać sieć wodociągowa rozdzielcza wraz z przyłączami do budynków mieszkalnych, ponieważ jest to urządzenie służące do zaopatrywania ludności w wodę, którego zakres nie ogranicza się tylko do wykonania indywidualnego przyłącza, gdyż taka inwestycja dotyczy realizacji sieci wodociągowej rozdzielczej wraz z przyłączami do budynków mieszkalnych, a więc zakłada budowę wodociągu, który następnie umożliwi dostarczenie bieżącej wody, poprzez przyłącza indywidualne⁵⁷⁸. Natomiast pozbawione tego charakteru będą urządzenia prywatne np. zakładowe oczyszczalnie ścieków i zakładowe urządzenia utylizacji odpadów czy też realizacja przyłącza wodociągowego i kanalizacyjnego do sieci kanalizacyjnej i wodociągowej wyłącznie do jednego budynku⁵⁷⁹. Podkreśla się również, że użycie przez ustawodawcę w cytowanym przepisie spójnika "i" (koniunkcji) oznacza, iż aby można było mówić o niezbędności wywłaszczenia nieruchomości dla realizacji celu publicznego, o jakim mowa w art. 6 pkt 3 u.g.n., konieczne jest wykazanie, że cel ten polegać będzie na budowie i utrzymaniu publicznych urządzeń. Konieczność utrzymywania istniejących już urządzeń

⁵⁷⁷ Zgodnie z art. 6 pkt. 3 u.g.n. cel publiczny stanowi budowa i utrzymywanie publicznych urządzeń służących do zaopatrzenia ludności w wodę, gromadzenia, przesyłania, oczyszczania i odprowadzania ścieków oraz odzysku i unieszkodliwiania odpadów, w tym ich składowania.

⁵⁷⁸ Wyrok WSA w Olsztynie z 16.11.2010, II SA/OI 660/10, LEX nr 754022.

⁵⁷⁹ Wyrok NSA z 22.03.2005, OSK 1288/04, LEX nr 189216.

publicznych, służących do zaopatrzenia ludności w wodę, gromadzenia, przesyłania, oczyszczania i odprowadzania ścieków oraz odzysku i unieszkodliwiania odpadów, w tym ich składowania bez uprzedniej konieczności ich budowy, nie stanowi celu publicznego o jakim mowa w art. 6 pkt 3 u.g.n., a zatem nie uzasadnia wszczęcia postępowania o wywłaszczenie nieruchomości⁵⁸⁰.

5.7.2 Prywatyzacja sektora usług wodno-kanalizacyjnych

Sektor usług wodno-kanalizacyjnych w większości państw oparty jest na własności publicznej⁵⁸¹. Pomimo istnienia różnych systemów politycznych, podejście do usług wodno-kanalizacyjnych zarówno w krajach uprzemysłowionych, jak i w krajach postsocjalistycznych było bardzo podobne. W pierwszych powszechność dostępu do wody, jak i wygoda korzystania z usług wodno-kanalizacyjnych sprawiła, że ich odbiorcy przywykli do nich traktując je jako „nie-produkty”, których wartości na co dzień się nie docenia. Natomiast w Polsce i innych krajach postsocjalistycznych do początku lat 90-tych sektor usług wodno-kanalizacyjnych funkcjonował według tradycji podejścia inżynierskiego lub „dyktowanego podażą”⁵⁸². Cechowało je bardziej techniczne, aniżeli ekonomiczne podejście do świadczenia usług wodno-kanalizacyjnych, opierające się na rachunku kosztów, wymogach oszczędności energii itd. Ze względu na założenia ideologiczne ustroju socjalistycznego, kraje Europy Środkowej i Wschodniej traktowały wodę jako dobro publiczne. Bezpłatne (lub prawie bezpłatne) świadczenie usług wodno-kanalizacyjnych wszystkim obywatelom było traktowane jako obowiązek państwa socjalistycznego. W ramach tego systemu priorytetem był wzrost produkcji. Poprawa poziomu usług świadczonych mieszkańcom znajdowała się natomiast na dalszym planie⁵⁸³. System ten wprowadził na terenie Polski duży zasięg i gęstość sieci wodno-kanalizacyjnych, natomiast po wprowadzeniu zasad gospodarki wolnorynkowej, okazał się być przestarzały i wymagający zmian strukturalnych. Ceny wody do początku lat 90-tych XX w. nie uwzględniały bowiem środowiskowych efektów

⁵⁸⁰ Wyrok NSA z 21.12.2007, I OSK 1759/06, LEX nr 365821.

⁵⁸¹ P. Jasiński: Modele zarządzania usługami wodno-kanalizacyjnymi – doświadczenia zagraniczne, materiały z sympozjum Zarządzanie przez gminy usługami wodno-kanalizacyjnymi, projekt PHARE "Prywatyzacja podmiotów komunalnych", www.komunalne.info, s. 2-3.

⁵⁸² P. Jasiński, jw., s. 2-3.

⁵⁸³ T. Aziewicz: Kluczowe problemy sektora usług wodociągowych i kanalizacyjnych, projekt PHARE "Prywatyzacja podmiotów komunalnych", www.komunalne.info, s. 2.

zewnątrznych i nie pokrywały rzeczywistych kosztów usług. Ponadto po przejściu przez gminy na własność przedsiębiorstw wodociągowo-kanalizacyjnych, inwestycje w tym sektorze przestały być finansowane z budżetu centralnego, co nałożyło na gminy obowiązek finansowania poważniejszych inwestycji, gdyż przedsiębiorstwa wodno-kanalizacyjne na ogół nie były zdolne do ich finansowania. W konsekwencji, świadczenie usług wodno-kanalizacyjnych zaczęto postrzegać jako działalność komercyjną, w której istotna jest ekonomiczna efektywność⁵⁸⁴.

Odmienne, niż ma to miejsce w sektorze energetycznym czy w sektorze usług telekomunikacyjnych, sektor usług wodno-kanalizacyjnych do niedawna był jednym z niewielu obszarów funkcjonowania państwa, których nie poddano szczegółowej regulacji ze strony władzy publicznej, ponieważ w odróżnieniu od pozostałych sektorów przesyłu sieciowego, prywatyzacja sektora usług wodno-kanalizacyjnych nie może zostać przeprowadzona w taki sam sposób⁵⁸⁵. W sektorze usług wodno-kanalizacyjnych dominują bowiem zintegrowane jednostki produkcji, dystrybucji i zaopatrzenia, prowadzące do integracji pionowej przedsiębiorstw, czyli łączenia wszystkich faz wytwarzania oraz dostawy wyrobów i usług w jednej firmie (tzw. ekonomia sekwencji). Integracja pionowa może obejmować produkcję usług, ich przesyłanie i rozdział oraz obsługę odbiorców⁵⁸⁶. W usługach wodno-kanalizacyjnych dodatkowym argumentem za integracją pionową jest odpowiedzialność za bezpieczeństwo higieniczne i zdrowotne, dlatego stosowane w ramach restrukturyzacji telekomunikacji, czy elektroenergetyki rozwiązanie, polegające na oddzieleniu zarządzania siecią od innych rodzajów działalności, które mogą być poddane presji konkurencyjnej może mieć zastosowanie jedynie w bardzo ograniczonym zakresie⁵⁸⁷.

W przypadku sektora usług wodno-kanalizacyjnych nie może znaleźć również zastosowania koncepcja poddania transportu produktu regułom wolnej konkurencji, gdzie przedsiębiorstwa konkurencyjne mogą transportować swój produkt za pomocą systemu dystrybucji innego operatora. Wynika to ze specyfiki świadczenia usług wodno-kanalizacyjnych w ramach monopoli geograficznych, czyniących elementy konkurencji w dziedzinie transportu tego surowca zupełnie niepraktycznymi⁵⁸⁸. W sektorze tym można

⁵⁸⁴ P. Jasiński, jw.

⁵⁸⁵ P. Jeżowski, Z. Grzymała: Przesłanki likwidacji komunalnych zakładów budżetowych, Zeszyty Naukowe SGH, Nr 92/2009, s. 11.

⁵⁸⁶ Tamże.

⁵⁸⁷ Tamże.

⁵⁸⁸ T. Aziewicz, jw., s. 1.

wyróżnić również inne czynniki, ograniczające możliwość tworzenia konkurencji tj. ograniczone możliwości wzrostu popytu, niemożność używania wspólnej sieci do przesyłania produktów różnych wytwórców czy brak substytutów wody używanej do celów bytowych oraz procesów technologicznych⁵⁸⁹.

5.7.3 Uwarunkowania ekonomiczne sektora usług wodno-kanalizacyjnych

Usługi wodno-kanalizacyjne świadczone są w ramach tzw. monopolu naturalnego. Charakterystyka tego monopolu polega na tym, iż wprowadzenie w dziedzinie, w której on występuje zasad konkurencji, spowodowałoby wzrost kosztów produkcji, a nie ich obniżkę⁵⁹⁰. Źródła monopolu naturalnego tkwią w uwarunkowaniach techniczno-eksploatacyjnych i specyfice świadczenia usług wodno-kanalizacyjnych, które w odróżnieniu od usług polegających na oczyszczaniu miast czy wywozu odpadów mają zarówno atrybuty związane z ekonomią skali, jak i atrybuty nie związane z ekonomią skali⁵⁹¹. Monopol ten charakteryzuje się także swoim lokalnym charakterem ze względu na fakt, iż niemożliwym jest rozwinięcie ogólnokrajowych sieci, umożliwiających transport wody z rejonów poboru do rejonów niedoboru, a ponadto woda ze swej natury jest produktem ciężkim, o dużej objętości, którego koszty transportu są wysokie⁵⁹². Kolejną cechą monopolu naturalnego sektora usług wodno-kanalizacyjnych jest to, że urządzenia infrastrukturalne, służące wydobyciu i transportowi wody są z natury immobilne, co ze względów ekonomicznych wywołuje bezcelowość ich duplikacji. Mało ekonomiczne byłoby układanie równoległych sieci, np. wodociągowych

⁵⁸⁹ Tamże.

⁵⁹⁰ W. J. Bachor: Specyfika majątku trwałego w komunalnym przedsiębiorstwie użyteczności publicznej i jego efektywność, *Zeszyty Naukowe SGH*, Nr 81/2007, s. 117.

⁵⁹¹ P. Jeżowski, Z. Grzymała: *Przesłanki likwidacji...*, jw., s. 10: „Ekonomia skali w produkcji występuje wówczas, gdy jeden producent wytwarza daną produkcję przy niższych kosztach całkowitych niż może to uczynić dwóch konkurentów. Ta ekonomia wynika z wysokiego udziału kosztów stałych, a więc jej obecność w przedsiębiorstwach komunalnych jest oczywista, chociaż nierozstrzygająca, ponieważ w większości przedsiębiorstw przemysłowych ten typ ekonomii skali obecnie dominuje. Ekonomia zasięgu związana jest z konsumpcją usług wspólnie wytwarzanych. Źródłem obniżki kosztów z tego tytułu jest lepsze wykorzystanie urządzeń centralnych i sieciowych w związku z wyrównywaniem czasowego obciążenia urządzeń w przypadku wspólnego zaopatrzenia przemysłu i gospodarstw domowych. Różni konsumenci wykazują szczytowe zapotrzebowanie w różnym czasie. Ekonomię zasięgu uznaje się za główną podstawę integracji poziomej infrastruktury przedsiębiorstw. W miarę zwiększania zasięgu przestrzennego osiąga ona bardziej zdywersyfikowaną strukturę odbiorców, a w konsekwencji lepsze wykorzystanie urządzeń”.

⁵⁹² Tamże.

tylko po to, aby sprostać konkurencji. Stąd powstaje naturalna bariera dla powstania konkurujących ze sobą firm wodociągowo-kanalizacyjnych, a sieciowy rozdział usług należy niepodważalnie do monopolu naturalnego⁵⁹³.

Rozwiązania koncepcyjne problemu monopolu naturalnego mogą polegać na:

1. zmianach strukturalnych przedsiębiorstwa (np. oddzielenie elementu sieciowego od innych usług). Jak wskazano wyżej próby te w sektorze wodno-kanalizacyjnym są niemożliwe do wykonania (brak ekonomii w transporcie), w odróżnieniu od elektroenergetyki czy gazownictwa, gdzie przełamano ekonomię skali w transporcie poprzez zasadę dostępu stron trzecich (third party access)⁵⁹⁴;
2. zmianie właściciela przedsiębiorstwa - wybór właściciela publicznego może zapobiec utracie dobrobytu społeczeństwa, podczas gdy wybór właściciela prywatnego promuje zwiększenie efektywności⁵⁹⁵;
3. dostarczaniu przedsiębiorstwom wodociągowo-kanalizacyjnym bodźców do zwiększonej efektywności poprzez regulację ekonomiczną, czyli stworzenie przez niezależne instytucje takich instrumentów prawnych, które w normalnych okolicznościach tworzy rynek i konfrontacja ich z konkurencją. Celem regulacji jest wymuszenie na przedsiębiorstwie - monopolistcie działania w sposób maksymalnie efektywny tzn. oparcia swojej rentowności na racjonalnym gospodarowaniu, a nie na wykorzystywaniu pozycji monopolistycznej⁵⁹⁶. Należy przy tym mieć na uwadze, iż wodociągi i kanalizacja należą do najbardziej kapitałochłonnych branż gospodarki komunalnej o wysokim udziale kosztów stałych. Stąd władze powinny dążyć do wymuszenia na przedsiębiorstwach wodociągowo-kanalizacyjnych maksymalnego wykorzystania zdolności produkcyjnych poprzez zachęty taryfowe lub przez zwiększenie liczby odbiorców i rozmiarów sprzedaży, ponieważ zawsze prowadzi to do obniżki kosztów przeciętnych i poprawy wyników ekonomicznych⁵⁹⁷.

5.7.4 Koncepcje prywatyzacji sektora wodno-kanalizacyjnego

Można wyróżnić następujące koncepcje prywatyzacji sektora wodno-kanalizacyjnego,

⁵⁹³ Tamże, s. 11.

⁵⁹⁴ P. Jeżowski: Restrukturyzacja krajowych monopolii naturalnych w Polsce [w:] Gospodarka rynkowa a polityka społeczna w Polsce – wyzwania XXI w., SGH, Warszawa 1998, s. 87–89.

⁵⁹⁵ P. Jasiński, jw., s. 4.

⁵⁹⁶ T. Aziewicz, jw., s. 2.

⁵⁹⁷ P. Jeżowski, Z. Grzymała, jw., s. 12.

w zależności od zaangażowania udziału podmiotów prywatnych:

1. kontrakt usługowy – w którym kontraktorzy powołani są do wypełniania ściśle określonych zadań technicznych i administracyjnych na rzecz przedsiębiorstwa publicznego. Zadania oraz wynagrodzenie za ich wykonanie są ściśle określone w kontrakcie. Kontrakty usługowe mogą być odnawiane, co sprzyja rozwojowi konkurencji. Ten typ prywatyzacji zadań sektora wodno-kanalizacyjnego występuje w Chile w drodze kontraktów m. in. na długoterminowe planowanie, konstrukcje, konserwację jednostek produkcyjnych i systemu dystrybucji, kontrolę jakości, prowadzenie systemu automatycznego licznikowania i wystawiania rachunków⁵⁹⁸;
2. kontrakt o zarządzanie - w którym podmiot prywatny przejmuje odpowiedzialność za eksploatację i konserwację infrastruktury wodociągowo-kanalizacyjnej, natomiast własność przedsiębiorstwa nie zmienia się i konsumenci pozostają klientami przedsiębiorstwa publicznego. Kontraktor jest opłacany za pracę według jasno określonej struktury cen umownych (od liczby podłączeń lub od jednostki objętości sprzedanej wody)⁵⁹⁹;
3. kontrakt dzierżawy – w którym dzierżawca oprócz eksploatacji i konserwacji urządzeń obarczony jest ryzykiem finansowym. Odbiorcy są klientami spółki prywatnej i część stawki taryfowej należy się według umowy dzierżawcy. Zarządzanie poprzez kontrakty na dzierżawę sieci daje możliwość kreowania konkurencji pomiędzy podmiotami ubiegającymi się o kontrakt. Procent stawki taryfowej należny dzierżawcy jest decydującym elementem we współzawodnictwie o kontrakt. Kontrakty te stosowane są we Francji (gdzie zawierane są na okres 10-20 lat) i USA (5 lat)⁶⁰⁰.
4. koncesja – gdzie w odróżnieniu od dzierżawy obowiązki kontraktora poszerzone są o finansowanie wymaganej rozbudowy i odbudowy infrastruktury. W zamian okres koncesji jest często dłuższy (do 30 lat) niż okres dzierżawy, a procent stawki taryfowej należny koncesjonariuszowi jest wyższy. Koncesje udzielane są w drodze przetargu przedsiębiorcom oferującym najatrakcyjniejszą kombinację opłat za świadczenie usług i opłat pobieranych od konsumenta⁶⁰¹;

⁵⁹⁸ P. Jasiński, jw., s. 5-6.

⁵⁹⁹ Tamże.

⁶⁰⁰ Tamże.

⁶⁰¹ Tamże.

5. kontrakt budowy – eksploatacji - przekazania (tzw. „BEP”) – mający na celu wybudowanie całego systemu wodociągowo-kanalizacyjnego przez podmiot prywatny. W kontrakcie tym prywatny koncesjonariusz podejmuje się sfinansować, zaprojektować, skonstruować i oddać do użytku obiekt, a także eksploatować i utrzymać go w stanie odpowiadającym uzgodnionym normom przez okres kontraktu (25-30 lat) oraz przekazać majątek w dobrym stanie właścicielowi publicznemu pod koniec tego okresu. Niewątpliwą zaletą tego rodzaju kontraktu jest możliwość szybkiej ekspansji systemu wodociągowo-kanalizacyjnego, finansowanego i zarządzanego, niezależnie od środków publicznych. Wadą tego rodzaju projektów jest olbrzymie ryzyko budowy i utrzymania urządzeń po stronie prywatnego inwestora, a także złożoność negocjacji kontraktu⁶⁰²;
6. odsprzedaż – polegająca na pełnej prywatyzacji sektora usług wodno-kanalizacyjnych, która z jednej strony umożliwia jednorazowe zgromadzenie olbrzymich środków na nowe inwestycje, eliminuje negatywne czynniki występujące w przedsiębiorstwach publicznych (zwłaszcza polityczne), a także pozwala zwiększyć efektywność zarządzania i produkcji. Z drugiej strony oznacza ona nieodwracalną utratę kontroli państwa nad dostawą i jakością usług wodno-kanalizacyjnych, co może rodzić zagrożenie dla zdrowia społeczeństwa oraz odpowiedzialność regulatora⁶⁰³.

Opcja	Właściciel	Eksploatacja i konserwacja	Inwestor	Ryzyko	Okres trwania
Kontrakt o zarządzanie	Publiczny	Prywatna	Publiczny	Publiczne	3-5
Dzierżawa	Publiczny	Prywatna	Publiczny	Dzielenie ryzyka	10-15
Koncesja	Publiczny	Prywatna	Prywatny	Prywatne	20-30
Kontrakt budowy- eksploatacji- przekazania	Prywatny/publiczny	Prywatna	Prywatny	Prywatne	20-30
Odsprzedaż	Prywatny lub prywatny/publiczny	Prywatna	Prywatny	Prywatne	Może być ograniczony tylko licencją

Tabela nr 5 – koncepcje prywatyzacji sektora wodno – kanalizacyjnego, źródło: P. Jasiński, jw., s. 7.

⁶⁰² Tamże.

⁶⁰³ Tamże.

5.7.5 Prywatyzacja sektora wodno-kanalizacyjnego w polskim systemie prawnym

Problematykę budowy i utrzymania urządzeń służących do zapotrzebowania ludności w wodę, jak również gromadzenia i odprowadzania ścieków, reguluje ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków⁶⁰⁴.

Udział podmiotów prywatnych w sektorze usług wodno-kanalizacyjnych w Polsce należy uznać za niewielki, ponieważ zarządzaniem sieciami wodociągowymi i kanalizacyjnymi zajmują się głównie podmioty sektora publicznego, stanowiące własność jednostek samorządu terytorialnego⁶⁰⁵. Zarówno władze gmin, jak i pracownicy jednostek obsługujących wodociągi i kanalizację, obawiają się radykalnych przekształceń własnościowych, takich jak prywatyzacja, co powoduje, że wydatki inwestycyjne jednostek i zakładów budżetowych na rozwój infrastruktury komunalnej pokrywane są z budżetów gmin, co jest istotnym obciążeniem finansowym zwłaszcza dla gmin wiejskich o niskich dochodach własnych, położonych na obszarach o niekorzystnych warunkach rozwoju rolnictwa⁶⁰⁶.

Zgodnie z ustawą o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, rolę regulatora obowiązujących taryf, obejmujących ceny i stawki opłat za zużycie wody i odprowadzanie ścieków pełni gmina, która zatwierdza je w drodze uchwały⁶⁰⁷. Ponadto organ wykonawczy gminy sprawdza, czy taryfy i wieloletni plan zostały opracowane zgodnie z przepisami ustawy oraz weryfikuje koszty, w oparciu o które przedsiębiorstwo ustaliło niezbędne przychody⁶⁰⁸. Powyższą regulację zostali objęci wszyscy przedsiębiorcy, działający w sektorze niezależnie od ich struktury własnościowej. Z kolei zgodnie z art. 16 tej ustawy, na prowadzenie zbiorowego zaopatrzenia w wodę lub zbiorowego odprowadzania ścieków wymagane jest uzyskanie zezwolenia, wydawanego przez wójta (burmistrza, prezydenta miasta) w drodze decyzji. Rada gminy po dokonaniu analizy projektów regulaminów dostarczania wody i odprowadzania ścieków, opracowanych przez przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjne, uchwała regulamin dostarczania wody i

⁶⁰⁴ Ustawa z 7.06.2001, tekst jedn. Dz.U. nr 123/2006, poz.858 ze zm.

⁶⁰⁵ Infrastruktura komunalna w województwie lubelskim w latach 2000-2004, Urząd Statystyczny w Lublinie – Informacje i opracowania statystyczne, Lublin 2005, portal informacyjny Głównego Urzędu Statystycznego, s. 22.

⁶⁰⁶ Tamże, s.22.

⁶⁰⁷ Art. 24 ust. 1 i 2 omawianej ustawy, zgodnie z którymi taryfy podlegają zatwierdzeniu w drodze uchwały rady gminy, z wyjątkiem taryf zmienionych w związku ze zmianą stawki podatku od towarów i usług. Przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne, w terminie 70 dni przed planowanym dniem wejścia taryf w życie, przedstawia organowi wykonawczemu gminy wniosek o ich zatwierdzenie.

⁶⁰⁸ Art. 24 ust. 4 ustawy.

odprowadzania ścieków, który określa prawa i obowiązki przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego oraz odbiorców usług⁶⁰⁹.

Przedmiotowe wymagania, jakie powinien spełniać przedsiębiorca ubiegający się o uzyskanie zezwolenia na prowadzenie zbiorowego zaopatrzenia w wodę lub zbiorowego odprowadzania ścieków budzą wiele wątpliwości, gdyż gmina w ciągu czteroletniej kadencji jej władz, nie jest w stanie podejmować długofalowych przedsięwzięć mających na celu rozwój sektora wodno – kanalizacyjnego. Ponadto kadencyjny cykl sprawowania władzy przez gminę sprawia, iż wiele decyzji podejmowanych jest na skutek bodźców politycznych i pod silną presją realizacji obietnic wyborczych. Spotykany często populizm i układy polityczne w uprawnionych organach samorządowych skutkują cenami usług komunalnych różnymi od cen rynkowych. Podnosi się, iż w przypadku usług monopolistycznych takich jak zaopatrzenie w wodę, ceny te mogą być nawet wyższe, niż wskazywałyby na to rachunek ekonomiczny⁶¹⁰. Właściwa regulacja sektora usług wodno-kanalizacyjnych powinna więc opierać się na odrębności i niezawisłości regulatora, równoważącemu interesy przedsiębiorcy wodociągowo-kanalizacyjnego oraz odbiorców usług. System regulacji prowadzenia działalności gospodarczej w sektorze usług wodno-kanalizacyjnych ma obecnie ugruntowany legislacyjnie charakter i jedynym wyjściem na likwidację jego problemów wydaje się być częściowa prywatyzacja przedsiębiorstw wodno - kanalizacyjnych, która pozwoli na zwiększenie efektywności świadczenia przez nie usług oraz pozyskanie przez samorząd niezbędnych środków na dostosowanie omawianego sektora do standardów unijnych. Szacuje się bowiem, że dla realizacji tego celu niezbędne będzie pozyskanie środków w wysokości co najmniej 18 mld euro, w tym 4,5 mld na systemy wodociągowe, 3,2 mld na systemy kanalizacyjne i 10,3 mld na oczyszczalnie ścieków⁶¹¹.

Obecnie źródłem rozbudowy i modernizacji infrastruktury ochrony środowiska, w tym sieci wodociągowo – kanalizacyjnych jest Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej oraz fundusze wojewódzkie (WFOŚ). Pożyczki i dotacje, a także inne formy dofinansowania, stosowane przez Narodowy Fundusz, przeznaczone są na dofinansowanie w pierwszym rzędzie dużych inwestycji o znaczeniu ogólnopolskim i ponadregionalnym w zakresie likwidacji zanieczyszczeń wody, powietrza i ziemi. Środki udostępniane przez Fundusz są jednak przekazywane nie bezpośrednio przedsiębiorstwu, a

⁶⁰⁹ Art. 19 ustawy.

⁶¹⁰ W. J. Bachor, jw., s. 116.

⁶¹¹ Urząd Mieszkalnictwa i Rozwoju Miast: Sektor wodociągowo-kanalizacyjny w Polsce 1999 r., s.8-9.

gminie, co rodzi komplikacje opisane wyżej.

W Polsce można jednak wyróżnić kilka przykładów udanej prywatyzacji sektora usług wodno-kanalizacyjnych. Na pierwszy plan wysuwa się zaangażowanie spółki joint venture „Saur Neptun”, która eksploatuje infrastrukturę wodociągowo-kanalizacyjną Gdańska, Sopotu oraz kilku sąsiednich gmin na podstawie umowy dzierżawy zawartej na okres 30 lat, począwszy od 1992 r. i jest to pierwsza spółka typu joint-venture (władze Gdańska- firma francuska Saur) świadcząca usługi wodno-kanalizacyjne, utworzona w Europie Środkowej (1992 r.). Miasto Gdańsk posiada w niej 49% udziałów, natomiast inwestor prywatny „Saur Neptun” - 51%⁶¹². Początkowo spółka działała w formie joint-venture, natomiast od 2005 r. działa w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego, na podstawie kontraktu na usługę pomiędzy „Saur Neptun Gdańsk S.A.”, a zarządem miasta i mieszkańcami oraz na podstawie umowy dzierżawy z „Gdańską Infrastrukturą Wodociągowo-Kanalizacyjną” sp. z o.o.⁶¹³. Rozkład przedsięwzięć po stronie podmiotu prywatnego i publicznego rozkłada się w ten sposób, że Miasto Gdańsk odpowiada za inwestycje infrastrukturalne oraz prowadzi nadzór nad jakością wykonywanych usług komunalnych przez spółkę „Saur Neptun Gdańsk S.A.”, natomiast do zadań spółki należy obsługa klientów, windykacja i eksploatacja, konserwacja urządzeń oraz udział w koordynowaniu inwestycji gminy Gdańsk w zakresie gospodarki wodociągowo-kanalizacyjnej⁶¹⁴. Spółka zajmuje się produkcją i dystrybucją wody pitnej dla ok. 500 tysięcy mieszkańców Gdańska i okolic, a także odbiorem i oczyszczaniem ścieków, zbieraniem, sortowaniem i przeróbką odpadów miejskich oraz przemysłowych, projektowaniem i wykonywaniem niektórych obiektów oraz zarządzaniem i nadzorem nad inwestycjami, zarządzaniem usługami wodno-kanalizacyjnymi, prowadzeniem usług techniczno-eksploatacyjnych, a także prowadzeniem badań laboratoryjnych jakości wody⁶¹⁵. Po sprywatyzowaniu sektora usług wodno-kanalizacyjnych w Gdańsku, nie nastąpił znaczący wzrost cen za dostarczanie wody i odprowadzenie ścieków, kształtujący się poniżej poziomu inflacji, a nastąpiła zdecydowana poprawa jakości usług oraz zmiana odbioru działalności spółki w przeciągu prawie 20 lat jej działalności – od niechęci, do uznania za jedno z największych osiągnięć gdańskiego samorządu terytorialnego w pierwszym dziesięcioleciu działania oraz modelowy przykład współpracy z podmiotem prywatnym w ramach

⁶¹² A. Szwichenberg: Partnerstwo publiczno-prywatne, a gospodarka turystyczna, Koszalin 2008, s. 62.

⁶¹³ E. Grzegorzewska-Mischka: Partnerstwo publiczno-prywatne w kontekście EURO 2012, Gdańsk 2010, s. 124.

⁶¹⁴ Tamże.

⁶¹⁵ Tamże.

partnerstwa publiczno - prywatnego⁶¹⁶.

Do pozostałych przykładów udziału podmiotów prywatnych w sektorze wodno-kanalizacyjnym można zaliczyć:

1. „AQUA S.A. – Bielsko Biała” (“United Utilities BV”) „Aqua” była pierwszą firmą wodociągową w Polsce przekształconą w spółkę akcyjną, której 33% akcji zostało w 1999 r. kupionych przez brytyjskie przedsiębiorstwo „International Water Limited”. Zgodnie ze strategicznym partnerstwem zawartym z samorządem lokalnym w 1999 r. na 12 lat, „United Utilities” dostarcza doradztwo techniczno-finansowe, które umożliwiło zmianę kultury biznesowej, zdecydowanie bardziej zorientowanej na jakość, efektywność i rentowność prowadzonej działalności i świadczonych usług. Dzięki udziałowi podmiotu prywatnego otwarto m.in. nowoczesną oczyszczalnię ścieków⁶¹⁷.
2. „PWIK Tarnowskie Góry” sp. z o.o. – („VEOLIA WODA”) W 2001 r. udziały w „PWIK Tarnowskie Góry” sp. z o.o. kupiła grupa „Vivendi” (obecnie „Veolia”). Początkowo zakup dotyczył 34% udziałów, a po podniesieniu kapitału w 2002 r. - pakiet większościowy. Dzięki dokapitalizowaniu, wiedzy i doświadczeniu wniesionemu przez „Veolia”, spółka modernizuje i rozbudowuje sieć wodociągową, przeprowadza renowację i rozbudowę sieci kanalizacyjnej oraz unowocześnia maszyny i urządzenia⁶¹⁸.
3. „PWIK– Dąbrowa Górnicza” sp. z o.o. („RWE”) W 2002 r. „RWE Aqua” (trzecie co do wielkości przedsiębiorstwo zajmujące się dystrybucją wody na świecie) zakupiło pakiet mniejszościowy (34% udziałów) w PWIK w Dąbrowie Górniczej, stając się jej inwestorem strategicznym⁶¹⁹.
4. „PWIK– Głogów” sp. z o.o. („Gelsenwasser”) W 2002 r. nastąpiła sprzedaż 46% udziałów spółki na rzecz niemieckiej firmy „Gelsenwasser”. Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej we

⁶¹⁶ Tamże...s. 125.

⁶¹⁷ J. Zysnarski: Partnerstwo publiczno - prywatne w realiach polskich, materiały z konferencji „Program Prywatyzacji Podmiotów Komunalnych”, Lublin 21.04.2004, www.komunalne.info.

⁶¹⁸ Tamże.

⁶¹⁹ I. Herbst: Partnerstwo Publiczno-Prywatne w sektorze wodociągowo-kanalizacyjnym: współpraca podmiotów prywatnych przy realizacji zadań publicznych w obszarze wodociągów i kanalizacji w Polsce, materiały z konferencji Problemy zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków w aglomeracjach miejskich w Polsce i Europie – Aquaeductus 2010.

Wrocławiu posiada 3% udziałów, zaś Gmina Miejska Głogów pozostałe 51% udziałów w spółce⁶²⁰.

5.7.6 Podsumowanie

Udział sektora prywatnego w przedsięwzięciach z zakresu budowy i utrzymania sieci wodociągowo-kanalizacyjnych nie oznacza w sposób automatyczny poprawy ich funkcjonowania, ponieważ niezbędne jest równoczesne wprowadzenie mechanizmów skutecznej regulacji, co z kolei może powodować niebezpieczeństwo błędów regulacyjnych⁶²¹. Dlatego najbezpieczniejszym rozwiązaniem wydaje się być tworzenie spółek z kapitałem mieszanym (publicznym i prywatnym), jednak pozytywne efekty prywatyzacji w przypadku spółek z mniejszościowym udziałem podmiotów prywatnych mogą być niewystarczające, natomiast z większościowym niebezpieczne, gdyż gmina może utracić kontrolę nad taką spółką. W takim przypadku najwłaściwszym rozwiązaniem wydaje się być zlecenie stosowania różnych form kontraktowania usług w zakresie dostarczania wody i odprowadzania ścieków, ponieważ są one szczególnie odpowiednie dla tego sektora, w których to kontraktor zobowiązuje się do świadczenia usług za określoną cenę, kreując tym samym konkurencję i powodując obniżenie cen. Nie jest jednak możliwe uwzględnienie w takim kontrakcie wszystkich okoliczności, jakie mogą nastąpić na przełomie kilku, bądź kilkudziesięciu lat. Jedynym wyjściem z takiej sytuacji jest zastrzeżenie w treści kontraktu możliwości ponownej negocjacji jego warunków, co wcale nie musi oznaczać korzyści po stronie publicznej, gdyż inwestorzy mogą deklarować świadczenie usług poniżej kosztów, jeśli będą widzieć możliwość ponownej negocjacji warunków kontraktu w późniejszym czasie⁶²².

5.7.7 Budowa i utrzymanie urządzeń służących do odzysku i unieszkodliwiania odpadów

5.7.8 Uwagi ogólne

Na charakterystykę działań polegających na budowie i utrzymaniu urządzeń służących

⁶²⁰ J. Zysnarski, jw.

⁶²¹ P. Jasiński, jw., s. 7.

⁶²² Tamże.

do odzysku i unieszkodliwiania odpadów wpływa ustawa o odpadach⁶²³, ustawa o samorządzie gminnym⁶²⁴ oraz ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach⁶²⁵. Art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy o samorządzie gminnym stanowi, iż do zadań własnych gminy należą m. in. sprawy z zakresu usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych. Ponadto zgodnie z art. 7 ust. 2 tej ustawy, to ustawy określają, które zadania własne gminy mają w tym zakresie charakter obowiązkowy.

Zasady funkcjonowania rynku odpadów komunalnych od 1.01.2012 r. reguluje znowelizowana ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, usprawniająca system zbierania, segregowania i przetwarzania odpadów komunalnych do poziomu pozwalającego spełnić wymogi unijne, wyznaczone przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z 19.11.2008 r. w sprawie odpadów⁶²⁶. Jak wynika z założeń do projektu nowelizacji ustawy, przed jej wejściem w życie w dniu 1.01.2012 r. tylko Polska i Węgry nie zharmonizowały swojego prawa wewnętrznego z ww. dyrektywą.

Na mocy obowiązujących od 1.01.2012 r. przepisów tej ustawy można stwierdzić, iż gminny rynek transportu odpadów komunalnych został sprywatyzowany. Gmina ma na nim pozycję monopolisty w zakresie działalności organizacyjnej, podejmowanej dla utrzymania porządku i czystości na podległym jej obszarze. Gminy mają obowiązek zapewnić czystość i porządek na swoim terenie oraz tworzyć warunki niezbędne do ich utrzymania, w szczególności tworzyć warunki do wykonywania prac związanych z utrzymaniem czystości i porządku lub zapewniając wykonanie tych prac, poprzez tworzenie odpowiednich jednostek organizacyjnych⁶²⁷. Podstawowym założeniem obowiązującej od 1.01.2012 r. nowelizacji ustawy jest obligatoryjne przejęcie przez gminy obowiązków właścicieli nieruchomości w zakresie zagospodarowania odpadów komunalnych, czyli przede wszystkim wybór firm zajmujących się odbiorem, transportem i zagospodarowaniem odpadów, w zamian za co właściciele nieruchomości zobowiązani zostają do uiszczania opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi⁶²⁸. Za uiszczenie tej opłaty właściciele danej nieruchomości odpowiadają solidarnie, a jej wysokość wyznaczona jest uchwałą rady gminy i może być

⁶²³ Ustawa z 27.04.2001, tekst jedn. Dz.U. nr 185/2010, poz. 1243 ze zm.

⁶²⁴ Ustawa z 8.03.1990, tekst jedn. Dz.U. nr 142/2001, poz. 1591, ze zm.

⁶²⁵ Ustawa z 13.09.1996, tekst jedn. Dz.U. z 2012, poz. 391.

⁶²⁶ Dz. Urz. UE z 22.11.2008 L 312/3.

⁶²⁷ Art. 3 ust. 2 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

⁶²⁸ Art. 6d i 6h ustawy.

zróżnicowana w skali kraju w zależności od liczby mieszkańców nieruchomości, jej powierzchni czy zużycia wody. Uwzględnić będzie koszty odbierania, transportu, zbierania, odzysku, w tym recyklingu, a także unieszkodliwiania odpadów zgodnie z obowiązującą hierarchią postępowania z odpadami. Gminy mogą także dowolnie stosować stawki preferencyjne dla mieszkańców segregujących śmieci. Gminy dokonają wyboru firm zajmujących się zagospodarowaniem odpadów komunalnych w formie przetargów na odbiór odpadów, na zasadach określonych w ustawie, a w zakresie nieuregulowanym poprzez przepisy ustawy prawo zamówień publicznych⁶²⁹. Przyjęcie formy przetargu, jako podstawy wyboru przedsiębiorcy, wiąże się z koniecznością przekształcenia gminnych jednostek organizacyjnych w spółki prawa handlowego, gdyż inaczej jednostki te nie mogłyby brać udziału w przetargach, ponieważ gmina nie może udzielać zamówienia publicznego na podstawie umowy własnemu zakładowi budżetowemu⁶³⁰. Po rozwiązaniu umowy na odbieranie odpadów komunalnych, zawartej między gminą, a przedsiębiorcą odbierającym odpady komunalne, gmina w celu zapewnienia ciągłości w zapewnieniu odbioru tych odpadów może przystąpić do procedury zamówienia z wolnej ręki odpowiedniego wykonawcy na gruncie przepisów ustawy prawo o zamówieniach publicznych, jednak tylko do momentu przeprowadzenia procedury przetargu⁶³¹.

Gminy zobowiązane są ponadto do zapewnienia budowy i eksploatacji własnych, lub wspólnych z innymi gminami, regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych. Gmina przy budowie i eksploatacji takich instalacji przeprowadza przetarg na wybór podmiotu, który wybuduje i będzie eksploatował regionalny zakład zagospodarowania odpadów (do przetargu w zakresie nieuregulowanym w ustawie będzie miała zastosowanie ustawa prawo zamówień publicznych), albo dokonuje wyboru podmiotu na zasadach określonych w ustawie o partnerstwie publiczno – prywatnym lub ustawie o koncesji na roboty budowlane lub usługi⁶³². W przypadku, gdy przetarg zakończy się wynikiem negatywnym, albo gdy nie zostanie wybrany partner prywatny lub koncesjonariusz, gmina może samodzielnie realizować zadanie polegające na budowie, utrzymaniu lub eksploatacji spalarni.

⁶²⁹ Ustawa z 29.01.2004 r. prawo zamówień publicznych, tekst jedn. Dz.U. nr 113/2010, poz. 759 ze zm.

⁶³⁰ Wyrok SN z 15.09.2009, II UK 416/08, OSNP Nr 9-10/2011, poz. 130 w którym orzeczono, iż w takim przypadku zakład budżetowy gminy działa w ramach osobowości prawnej tej gminy, a tym samym nie dochodzi do powstania zobowiązań o charakterze cywilnoprawnym.

⁶³¹ Art. 6f ust. 2 ustawy.

⁶³² Art. 3 ust. 2a oraz 3a ustawy.

Działalność gospodarcza, polegająca na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości została również przez ustawę w nowym brzmieniu zaliczona do działalności regulowanej – stąd zamiast wydawania zezwoleń na odbieranie odpadów komunalnych, organ wykonawczy gminy zgodnie z art. 9b ust. 2 tej ustawy, zobowiązany jest prowadzić rejestr działalności regulowanej w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej⁶³³. Rejestr ten ma na celu identyfikację przedsiębiorców odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, działających na terenie danej gminy oraz potwierdzenie spełnienia przez nich warunków do prowadzenia tej działalności, a także możliwość stosowania sankcji za niedopełnienie tych warunków. Przedsiębiorca odbierający odpady komunalne zobowiązany jest do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady od właścicieli nieruchomości⁶³⁴. Znaczącym ułatwieniem dla przedsiębiorców zamierzających prowadzić działalność polegającą na odbiorze odpadów komunalnych jest to, że organ rejestrowy w momencie dokonywania wpisu do rejestru nie będzie sprawdzał zgłoszonych danych, informacji i dokumentów, a może je sprawdzać dopiero *ex post*. Stąd w znowelizowanej ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, uzyskanie wpisu do rejestru działalności regulowanej jest dla przedsiębiorcy łatwiejsze, niż uzyskanie zezwolenia na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Zatem sama deklaracja o spełnieniu warunków do prowadzenia działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych, której treść określa art. 9c ust. 4 i 5 ustawy, będzie wystarczająca do rozpoczęcia tej działalności. Ponadto art. 9d oraz 9e zawierają wymagania dla podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, dotyczące niezbędnego wyposażenia, pojazdów i urządzeń oraz bazy magazynowo-transportowej, a także obowiązki tych podmiotów.

5.7.9 Struktura rynku odpadów komunalnych w Polsce

Rynek odpadów komunalnych w Polsce charakteryzuje się dużym udziałem spółek komunalnych, których właścicielem lub głównym udziałowcem są samorządy. W 2008 r. 57,7% odpadów komunalnych zostało zebranych przez prywatne firmy oczyszczania (56,9% w 2007 r.), a pozostałe 42,3% przez spółki komunalne (43,1% w 2007 r.)⁶³⁵. Sytuacja powyższa wywołuje tendencje do „uprzywilejowywania” przez samorządy spółek

⁶³³ Ustawa z 2.07.2004, tekst jedn. Dz.U. nr 220/2010, poz. 1447 ze zm.

⁶³⁴ Art. 9b oraz 9c ustawy.

⁶³⁵ Zob. strona internetowa Związku Pracodawców Gospodarki Odpadami, www.zpgo.pl.

komunalnych, a wprowadzona od 1.01.2012 r. nowelizacja ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach może ugruntowywać taki stan rzeczy. Głównym mankamentem nowelizacji ustawy jest wprowadzony system przetargów na wybór przedsiębiorcy, prowadzącego działalność w zakresie gospodarki odpadami. To gmina jako organizator przetargu w rezultacie decyduje, które przedsiębiorstwo będzie prowadzić taką działalność na jej terenie, co jak wskazano wyżej może rodzić podejrzenie faworyzowania spółek komunalnych. Zadaniem gmin powinno z kolei być niedopuszczenie do takiej sytuacji, w której właścicielami i jedynymi dysponentami odpadów komunalnych będą komunalne firmy przewozowe, gdyż rynek transportu odpadów komunalnych został sprywatyzowany poprzez dopuszczenie, w drodze udzielania zezwoleń, prywatnych przedsiębiorców do świadczenia ww. usług. Ponadto to spółki komunalne często zarządzają składowiskami odpadów, co umożliwia im osiągnięcie lepszej pozycji przetargowej poprzez oferowanie niższych cen odbioru i wywozu odpadów. Mechanizm ten może skutkować powstawaniem monopolu na rynkach lokalnych, w których organizowany będzie tylko jeden przetarg na okres paru lat i odpadnięcie w takim przetargu małych firm będzie wiązało się z ich upadłością. Sytuacja, w której przedsiębiorstwo znajduje się w pozycji monopolistycznej, będzie umożliwiać mu dyktowanie cen, a przejęcie przez gminy zadań z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi uniemożliwi właścicielom nieruchomości wypowiedzenie umowy firmie odbierającej odpady komunalne i wybór innej. Zasady wolnej konkurencji mogą zostać zachowane tylko w większych gminach (powyższej 10 tysięcy mieszkańców), które będą podzielone na sektory, w ramach których organizowane będą oddzielne przetargi (art. 6d ust. 2 ustawy). Jednak nawet w tym przypadku przedsiębiorstwa zajmujące się gospodarowaniem odpadami będą musiały zrzeszać się w konsorcja w celu utrzymania się na rynku gospodarki odpadami. W dużych aglomeracjach miejskich, np. w Warszawie, gdzie zezwolenie na odbieranie odpadów komunalnych uzyskało ponad 100 przedsiębiorców, faktycznie funkcjonuje ich na rynku zaledwie kilka procent, natomiast w Krakowie, gdzie zezwolenie uzyskało ponad 60 przedsiębiorców, w rzeczywistości 74 % odpadów komunalnych odbieranych jest przez 3 przedsiębiorców⁶³⁶. Pozytywny wpływ na konkurencyjność gospodarki odpadami może mieć natomiast fakt, że wszystkie podmioty bez względu, czy będą to gminne jednostki komunalne, czy prywatni przedsiębiorcy, będą musiały spełniać wymagania techniczne i organizacyjne w zakresie gospodarki odpadami, a które zostaną określone w drodze rozporządzenia. Określenie jednolitych wymagań jakie obowiązani są spełniać

⁶³⁶ Zob. uzasadnienie projektu nowelizacji ustawy.

przedsiębiorcy, pozwoli uniknąć sytuacji, w której podmiot prowadząc swoją działalność na terenie kilku gmin obowiązany jest spełniać różne wymagania techniczne.

5.7.10 Partnerstwo publiczno-prywatne w gospodarce odpadami komunalnymi

Gospodarka odpadami stanowi działanie niejednokrotnie przekraczające swoim zasięgiem teren gminy, co często obliguje kilka jednostek samorządu do harmonizacji działań infrastrukturalnych - głównie poprzez budowę miejsc odzysku lub unieszkodliwiania odpadów. Rozwiązanie w tym zakresie mogą znaleźć przepisy ustawy o samorządzie gminnym, zezwalające gminom na łączenie się w związki gmin⁶³⁷, które to związki mogłyby korzystać z rozwiązań zawartych ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym. Jako przykład udanej współpracy pomiędzy związkiem jednostek samorządu, a partnerem prywatnym można wskazać koncepcję przerobu odpadów komunalnych w Bawarii⁶³⁸.

⁶³⁷ Art. 64 – 74 ustawy o samorządzie gminnym.

⁶³⁸ K. Bramorski, M. Dziąsko, PPP w gospodarce odpadami komunalnymi, Przegląd Komunalny Nr 2/2010, s. 32-34: „W 1984 r. siedem niemieckich powiatów powołało do życia Związek Celowy dla Przerobu Odpadów Południowo-Wschodniej Bawarii. Związek ten nawiązał współpracę z czterema spółkami zajmującymi się technologią gospodarowania odpadami i zlecił utworzonemu z udziałem m.in. Max Aicher konsorcjum opracowanie systemu logistyczno-technologicznego, który pozwalałby na przyjazną środowisku, tanią i kompleksową utylizację odpadów. W efekcie po analizach podjęto decyzję o wyborze technologii termicznego przetwarzania tych odpadów, których nie da się dalej przetworzyć (odpadów pochodzących od ludności, z zakładów przemysłowych oraz odpadów wielkogabarytowych), zaś z sąsiednią fabryką chemiczną podpisano umowę o dostarczaniu wysokociśnieniowej pary, co pozwoliło optymalnie wykorzystywać wytwarzaną w procesie energię. W efekcie tych działań, w oparciu o technologię logistyki odpadów koncernu Max Aicher, powstała spalarnia odpadów Burgkirchen w powiecie ziemskim Altötting, centralnie położonym w stosunku do pozostałych powiatów Związku. Sercem rozwiązania jest system dostarczania do spalarni odpadów z rozległego terenu siedmiu powiatów Związku. Koncepcja opracowana i zrealizowana przez Max Aicher zapewnia optymalny transport i logistykę w oparciu o opatentowane, oryginalne rozwiązania. Odpady są dostarczane do spalarni koleją, w specjalnie skonstruowanych zamkniętych kontenerach, spełniających odpowiednie normy i kompatybilnych z systemem transportu kontenerów towarowych oraz otwartych kontenerów odpadowych. Na terenie każdego powiatu spółka zbudowała stację przeładunkową, obejmującą także niezbędną infrastrukturę kolejową, na której odpady z samochodów ciężarowych są ładowane na składy kolejowe, a ich objętość – dzięki zastosowaniu specjalnej, wysoko wydajnej prasy do odpadów – jest czterokrotnie pomniejszana. Jedynie odpady z terenu powiatu Altötting są przez śmieciarki dostarczane bezpośrednio do spalarni”.

5.8 Prywatyzacja realizacji celu publicznego w dziedzinie opieki nad nieruchomościami stanowiącymi zabytki

5.8.1 Uwagi ogólne

Jednym z celów publicznych w rozumieniu u.g.n. jest opieka nad nieruchomościami stanowiącymi zabytki w rozumieniu przepisów o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami⁶³⁹.

Powołana ustawa⁶⁴⁰ reguluje dwie kwestie - ochronę zabytków i opiekę nad zabytkami. Ochrona zabytków, w przeciwieństwie do opieki nad zabytkami, realizowana jest przez organy administracji publicznej, czyli administracji rządowej i samorządowej działające w publicznym interesie, zgodnie z przypisanymi im ustawowo kompetencjami. Zagwarantowanie ochrony zabytków stanowi obowiązek organów administracji publicznej, przede wszystkim organów konserwatorskich, wyposażonych dla realizacji tego celu w określone prawem instrumenty o charakterze władczym. Z kolei w świetle tej ustawy opieka nad zabytkiem ma charakter zindywidualizowany. Odpowiedzialny za jej realizację jest aktualny dysponent zabytku, czyli jego aktualny właściciel lub posiadacz. Zatem wpisanie budynku do rejestru zabytków nakłada na właścicieli lub użytkowników obowiązek przestrzegania rygorów ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami⁶⁴¹. Obowiązek sprawowania przez właściciela opieki nad zabytkiem został przez ustawodawcę określony w art. 5 powołanej ustawy. Rola dysponenta zabytku sprowadza się do starannego postępowania w stosunku do zabytku, jak najdłuższego utrzymania zabytku w jak najlepszym stanie oraz jak najlepsze jego wykorzystanie dla dobra ogółu ze względu na jego walory historyczne czy naukowe⁶⁴². Zatem zabytek nie jest wyłącznie prywatnym dobrem jego właściciela, którego

⁶³⁹ Art. 6 pkt 5 u.g.n.

⁶⁴⁰ Ustawa z 23.07.2003 o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, Dz.U. nr 162/2003, poz. 1568 ze zm.

⁶⁴¹ Zgodnie z art. 6 ust. 1 i 3 ustawy o ochronie i opiece podlegają, bez względu na stan zachowania, zabytki nieruchome będące, w szczególności krajobrazami kulturowymi, układami urbanistycznymi, ruralistycznymi i zespołami budowlanymi, dziełami architektury i budownictwa, dziełami budownictwa obronnego, obiektami techniki, a zwłaszcza kopalniami, hutami, elektrowniami i innymi zakładami przemysłowymi, cmentarzami, parkami, ogrodami i innymi formami zaprojektowanej zieleni, miejscami upamiętniającymi wydarzenia historyczne bądź działalność wybitnych osobistości lub instytucji oraz zabytki archeologiczne będące, w szczególności: pozostałościami terenowymi pradziejowego i historycznego osadnictwa, cmentarzyskami, kurhanami, relikami działalności gospodarczej, religijnej i artystycznej.

⁶⁴² Opieka nad zabytkiem sprawowana przez jego właściciela lub posiadacza polega, w szczególności, na

interesy zostają z tego względu wyraźnie ograniczone. Przepisy ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami przewidują cały szereg obowiązków, którym musi sprostać właściciel zabytku⁶⁴³. Przewidują one także szczególny tryb wywłaszczeniowy w przypadku zagrożenia zabytku. Z art. 50 ust. 3 ustawy o ochronie zabytków wynika bowiem, że w przypadku wystąpienia zagrożenia dla zabytku nieruchomego wpisanego do rejestru, polegającego na możliwości jego zniszczenia lub uszkodzenia, starosta, na wniosek wojewódzkiego konserwatora zabytków, może wydać decyzję o zabezpieczeniu tego zabytku w formie ustanowienia czasowego zajęcia do czasu usunięcia zagrożenia, a w takim przypadku przepisy u.g.n. stosuje się odpowiednio. Jeżeli nie jest możliwe usunięcie powyższego zagrożenia, zabytek nieruchomy może być na wniosek wojewódzkiego konserwatora zabytków wywłaszczony przez starostę na rzecz Skarbu Państwa lub gminy właściwej ze względu na miejsce położenia tego zabytku, w trybie i na zasadach przewidzianych w przepisach u.g.n. (art. 50 ust. 4 pkt 2 ustawy o ochronie zabytków)⁶⁴⁴. Uzasadnienie dla wywłaszczenia zagrożonych zniszczeniem zabytków wynika również z przepisów ustrojowych gminy, gdyż zadania własne gminy w zakresie ochrony i opieki nad zabytkami, określone w art. 7 ust. 1 pkt 9 ustawy o samorządzie gminnym⁶⁴⁵ mieszczą się w dyspozycji

zapewnieniu warunków naukowego badania i dokumentowania zabytku, prowadzenia prac konserwatorskich, restauratorskich i robót budowlanych przy zabytku, zabezpieczenia i utrzymania zabytku oraz jego otoczenia w jak najlepszym stanie, korzystania z zabytku w sposób zapewniający trwałe zachowanie jego wartości, popularyzowania i upowszechniania wiedzy o zabytku oraz jego znaczeniu dla historii i kultury.

⁶⁴³ Art. 26, art. 28, art. 30, art. 31, art. 49 ust. 1.

⁶⁴⁴ Jak trafnie wskazuje się w komentarzu do art. 50 ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami autorstwa P. Antoniak, M. Cherka, F. M. Elbanowskiego i K. A. Wąsowskiego (Praktyczne komentarze LEX, 2010 r.) "normy zawarte w art. 50 ust. 4 ustawy o ochronie zabytków kreują instrumenty reglamentacyjne o szczególnym stopniu ingerencyjności, posuwającym się aż do całkowitego pozbawienia praw do zabytku wpisanego do rejestru. Znajdą one zatem zastosowanie wyłącznie w sytuacjach, w których realizacja zadań z zakresu ochrony konserwatorskiej absolutnie nie jest możliwa do przeprowadzenia w innym trybie. Przy tej okazji warto też mieć na uwadze art. 112 ust. 3 ustawy do którego art. 50 ust. 4 pkt 2 odsyła wprost, a który *expressis verbis* stanowi, że wywłaszczenie nieruchomości może być dokonane, jeżeli cele publiczne nie mogą być zrealizowane w inny sposób niż przez pozbawienie albo ograniczenie praw do nieruchomości, a prawa te nie mogą być nabyte w drodze umowy. Tym samym, niezwykle istotnego znaczenia nabiera tutaj kwestia należytego i wyczerpującego uzasadnienia konieczności zastosowania analizowanych instrumentów nadzoru, tj. przekonującego wykazania, że usunięcie istniejącego zagrożenia dla zabytku wpisanego do rejestru faktycznie nie jest w określonym stanie faktycznym możliwe przy pozostawieniu tego zabytku we władaniu jego dotychczasowego dysponenta".

⁶⁴⁵ „Zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy. W szczególności zadania

art. 6 pkt 5 u.g.n. Przepis ustrojowy gminy stanowi rozwinięcie art. 71 ust. 2 ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, w myśl którego do zadań własnych samorządu należy sprawowanie opieki nad zabytkami, w tym finansowanie prac konserwatorskich, restauratorskich i robót budowlanych przy zabytku, do którego samorząd posiada tytuł prawny wynikający z prawa własności, użytkownika wieczystego, trwałego zarządu, ograniczonego prawa rzeczowego albo stosunku zobowiązaniowego. W tym przypadku dla gminy instrumentami realizacji interesu publicznego są m. in. uchwalanie dokumentów strategicznych i programowych, w tym sporządzanie i uchwalanie planów zagospodarowania przestrzennego oraz ponadto utrzymywanie jednostek specjalistycznych w zakresie muzealnictwa oraz działania właścicielskie wobec zabytków stanowiących własność gminy i jej jednostek⁶⁴⁶. Dodatkowo należy zauważyć, iż w jednym z wyroków NSA orzekł, iż budowę i przełożenie niektórych istniejących elementów infrastruktury technicznej istniejącego muzeum jest inwestycją celu publicznego⁶⁴⁷.

W dyspozycji art. 6 pkt 5 u.g.n. nie mieści się jednak realizacja działań rewitalizacyjnych. Pojęcie rewitalizacji związane jest z odnową zdegradowanych obszarów miast, często poprzemysłowych i ponownego włączenia ich w proces rozwoju przestrzenno-funkcjonalnego w miejskich strukturach miasta. Jest ono zatem pojęciem nadrzędnym w stosunku do pojęć takich jak: rehabilitacja, rewaloryzacja, przebudowa, restrukturyzacja, modernizacja, regeneracja, konserwacja, rekultywacja, sanacja, remont itp. Łączy w sobie elementy planowania przestrzennego, rozwoju gospodarczego i społecznego, ochrony

własne obejmują sprawy kultury, w tym bibliotek gminnych i innych instytucji kultury oraz ochrony zabytków i opieki nad zabytkami”.

⁶⁴⁶ W wyroku z 17.09.2009, II OSK 1387/08, LEX nr 597239 NSA podniósł, iż „Wykonując zadania publiczne, do których należy ochrona zabytków i opieka nad zabytkami gmina nie działa jako podmiot prawa prywatnego, a mianowicie jako osoba prawna wykonująca przysługujące jej prawa i obowiązki właścicielskie. Nie jest w tym przypadku podmiotem administrowanym i wykonywanie przez gminę zadań publicznych nie jest tożsame z interesem prawnym w rozumieniu art. 28 K.p.a. Natomiast wyłącznie właściciel zabytku nieruchomości, bądź użytkownik wieczysty gruntu, na którym znajduje się zabytek nieruchomy jest podmiotem uprawnionym do zgłoszenia wniosku o wpisanie bądź skreślenie zabytku z rejestru (art. 9 ust. 1, art. 13 ust. 6 cytowanej wyżej ustawy). Stosownie zaś do art. 73 niniejszej ustawy osoba fizyczna, jednostka samorządu terytorialnego lub inna jednostka organizacyjna, będąca właścicielem bądź posiadaczem zabytku wpisanego do rejestru albo posiadająca taki zabytek w trwałym zarządzie, może ubiegać się o udzielenie dotacji celowej z budżetu państwa na dofinansowanie prac konserwatorskich, restauratorskich lub robót budowlanych przy tym zabytku”.

⁶⁴⁷ Wyrok z 28.10.2010, II OSK 1386/09, LEX nr 746504.

środowiska naturalnego i dziedzictwa kulturowego⁶⁴⁸.

5.8.2 Opieka nad zabytkami w systemie partnerstwa publiczno – prywatnego

W polskim systemie prawnym brak jest rozwiązań prawnych, określających zakres umów opartych o system partnerstwa publiczno - prywatnego w zakresie finansowania opieki nad zabytkami. Z kolei na całym świecie system ten odgrywa znaczącą rolę w ochronie i opiece nad zabytkami, poprzez tworzenie bodźców dla podmiotów niepublicznych, do wykonywania robót publicznych⁶⁴⁹.

Z ekonomicznego punktu widzenia, nieruchomości będące zabytkami stanowią dobro publiczne tj. dobro całego społeczeństwa i mają w związku z tym podwójną wartość–użytkową i nieużytkową. Wartość użytkowa zabytków oznacza, że ich konsumpcja ma charakter niekonkurencyjny i otwarty dla ogółu społeczności tj. kilka osób może korzystać z nich jednocześnie i nikt nie może zostać wykluczony z dostępu do nich. Wartość nieużytkowa, to przede wszystkim wartość kulturowa, stanowiąca element dziedzictwa kulturowego danej społeczności. Ze względu na powyższą charakterystykę, zabytki stanowią własność państwa, którego organy są odpowiedzialne za ich utrzymanie we właściwym stanie. Taka sytuacja może powodować ich degradację, ponieważ koszty renowacji nieruchomości, stanowiących zabytki są względnie wysokie, natomiast wynikające stąd korzyści finansowe dla państwa - niskie.

Istnieją jednak przypadki wykorzystywania zabytków, których istota opiera się na przesunięciu odpowiedzialności za ich utrzymanie z organów państwa na podmioty prywatne⁶⁵⁰. Typowym modelem takiego przedsięwzięcia jest partnerstwo publiczno – prywatne, które znajdowało do tej pory zastosowanie dla inwestycji w rozwój zabytków jedynie w przypadkach ograniczających się do „zachęty” partnera prywatnego, poprzez wprowadzenie ulg podatkowych czy wynajmu powierzchni reklamowych na nieruchomościach, a więc z ograniczonym ryzykiem operacyjnym. Podjęcie współpracy z inwestorem prywatnym w celu powierzenia zarządu nad całym zabytkiem rodziło natomiast

⁶⁴⁸ K. Świerczewska-Pietras: Rewitalizacja zamknięta jako przykład zagospodarowania przemysłowego obszaru Łodzi, Prace Komisji Geografii i Przemysłu, Nr 12/2009, s. 173-174.

⁶⁴⁹ S. Verna: Sharing of risk and rewards in public-private partnerships for conservation and management of heritage monuments in India, Exploring the possible contours of a Model Concession Agreement, H. C. M. Rajasthan State Institute of Public Administration, 2007 r., www.ssrn.com, s. 1.

⁶⁵⁰ Partnerstwa publiczno-prywatne i zrównoważony rozwój obszarów miejskich, materiały z konferencji „Urban Matrix”, 27 i 28.04.2009 r., Malmo, Szwecja 2009 r., s. 2, <http://www.urban-matrix.net>.

obawy przed „komercjalizacją” takiej nieruchomości i utratę przez nią zabytkowego charakteru.

Najefektywniejszą formą prywatyzacji realizacji celu publicznego w zakresie opieki nad nieruchomościami, stanowiącymi zabytki jest udział podmiotów prywatnych w realizacji projektów, mających na celu ich odnowę, bądź gospodarcze wykorzystanie (poprzez prowadzenie m.in. działalności komercyjnej nastawionej na turystykę), przy zachowaniu po stronie władzy publicznej mechanizmów kontroli (głównie poprzez nakaz utrzymania zabytku w odpowiednim stanie). Na świecie, gdzie stosuje się ten mechanizm, okres takiej umowy jest długi (zwykle 99 lat), a projekt obejmuje fizyczne przekazanie zabytku inwestorowi i umożliwienie prowadzenia na nim działalności według zasad wolnego rynku, głównie poprzez swobodę określania cen⁶⁵¹. System partnerstwa publiczno - prywatnego sprawdza się jednak w przypadku tzw. dochodowych inwestycji (hotele, centra konferencyjne) na nieruchomościach o ograniczonej wartości historycznej, które to inwestycje generują duży popyt i związane są z prowadzeniem sprzedaży lub działalności handlowej. Niektóre firmy dokonują kalkulacji przedsięwzięcia w odniesieniu do danej nieruchomości (m. in. poprzez odpowiedzialność za wizerunek firmy, w przypadku objęcia nieruchomości o znaczeniu kulturowym) i angażują środki finansowe tylko w przedsięwzięcia, gwarantujące wysoką stopę zwrotu.

System zachęcający inwestorów prywatnych do kontraktowania usług w zakresie opieki nad zabytkami znalazł zastosowanie m. in. przy odbudowie młynu wodnego „Hertogenmoles” na rzece Demer w Belgii, stanowiącego własność państwa (obecnie w zarządzie publicznej spółki „Waterwegen en Zeekanaal NV”). W zamian wykonawca otrzymał nie tylko prawo do jego rozbudowy o hotel i czerpania zysków z działalności turystycznej przez okres 99 lat, ale także prawo do prowadzenia działalności deweloperskiej na nieruchomościach w pobliżu młynu, również należących do państwa. Teren na którym znajduje się młyn nie stanowi aktualnie dziedzictwa kulturowego, ale sam młyn jest zabytkiem w rozumieniu prawa belgijskiego ze wszystkimi tego konsekwencjami⁶⁵². Również w Stanach Zjednoczonych przykład wykorzystania takiej formy partnerstwa publiczno – prywatnego może stanowić budynek Poczty Głównej w centrum Waszyngtonu DC. Budynek stanowiący własność państwa był nieużywany od ponad 15 lat i państwo zmuszone było do

⁶⁵¹ Tamże.

⁶⁵² F. Swennen: To whom it may concern - Essay on Public Private Partnerships on Cultural Heritage, ASP Editions/University Press Antwerp, Bruksela 2011, s. 24.

przeprowadzania kosztownych remontów, celem jego konserwacji. W czasie tych 15 lat żadna służba federalna nie zajęła budynku, a ze względu na jego podleganie regulacjom o ochronie zabytków, rząd federalny nie mógł go sprzedać, dlatego rozpoczął negocjacje z podmiotami prywatnymi i znalazł funkcję odpowiednią dla tej nieruchomości: hotel typu „boutique”. Teren został oddany prywatnemu inwestorowi w dzierżawę na okres 60 lat, państwo w części wsparło renowację nieruchomości, a inwestor otrzymał w zamian przywileje podatkowe⁶⁵³. Innym przykładem zastosowania systemu partnerstwa publiczno - prywatnego jest rewitalizacja urbanistyczna terenu przemysłowego, polegająca na przebudowie dawnej fabryki Izraela Poznańskiego w Łodzi. W tym przypadku mechanizm powyższy został zrealizowany w ten sposób, że to podmiot prywatny był głównym inwestorem (koszt całej inwestycji szacuje się na 120 mln euro), przy udziale władz lokalnych (władze miasta i województwa, a także wojewódzki konserwator zabytków), który to projekt polegał wprawdzie na wykonaniu prac projektowych, a następnie przebudowie fabryki na wielofunkcyjne centrum rozrywkowo – handlowo - kulturalne, które otwarto w 2006 r. pod nazwą „Manufaktura”. Projekt ten miał istotny wpływ na gospodarkę miasta jako całości (2500 osób było zatrudnionych przy przebudowie fabryki i 3500 osób pracuje obecnie w powstałym centrum handlowym). Pomimo oczekiwań nie stanowił on jednak impulsu dla rewitalizacji pozostałych wokół fabryki terenów przemysłowych (27 ha) tj. nie nastąpił tzw. „efekt spill-over” czyli rozprzestrzeniania się efektów rewitalizacji na obszary przyległe⁶⁵⁴. Nierzadko zdarzają się również przypadki, w których forma wykorzystywania zabytków w oparciu o partnerstwo publiczno - prywatne prowadzi bądź do utraty ich zabytkowego charakteru, bądź zamknięcia z powodu nieprzynoszenia zysków i bankructwa podmiotu prywatnego⁶⁵⁵.

5.8.3 Wnioski

System partnerstwa publiczno - prywatnego w dziedzinie opieki nad zabytkami postrzegany jest przez władze krajów uprzemysłowionych jako realna alternatywa dla braku po ich stronie środków finansowych i sposób na zaangażowanie sektora prywatnego oraz przeniesienie na jego odpowiedzialność opieki, nad dobrami pojmowanymi dotychczas

⁶⁵³ Partnerstwa publiczno-prywatne i zrównoważony rozwój obszarów miejskich..., jw., s. 4.

⁶⁵⁴ F. R. Medda, S. Caschili, M. Modzelewska, Innovative Financial Mechanisms for Urban Heritage Brownfields, *Journal of Urban Regeneration and Renewal*, Nr 4/2008, s. 13.

⁶⁵⁵ F. Swennen, jw., s. 20.

jedynie jako dobra publiczne⁶⁵⁶. Odpowiedni system partnerstwa publiczno - prywatnego w zakresie ochrony i opieki nad zabytkami powinien umiejętnie rozłożyć ryzyko błędów legislacyjnych i operacyjnych (pojawiających się w trakcie eksploatacji zabytku) pomiędzy organy władzy, a partnera prywatnego w ten sposób, że ryzyko powinno zostać ulokowane po stronie podmiotu, potrafiącego w najbardziej efektywny sposób nim zarządzać. Taki system pozwala na maksymalizację efektywności po stronie prywatnych inwestorów w ściśle monitorowanych przez władzę obszarach. Należy także wprowadzić odpowiednie regulacje prawne w celu uniknięcia nadużyć, tak aby dobro publiczne nie wchodziło w kolizję z prywatnym interesem (głównie poprzez wprowadzenie ograniczeń, niezbędnych dla ochrony zabytku).

W Europie wszystkie projekty odbudowy, bądź ponownego wykorzystania zabytków w systemie partnerstwa publiczno – prywatnego skutkują zmianą dotychczasowego ich przeznaczenia (hotel, restauracja) i oznaczają realizację dodatkowych obiektów infrastrukturalnych (np. mieszkań w okolicy nieruchomości zabytkowej), stanowiących dla potencjalnego inwestora źródło zysków⁶⁵⁷. Oddając w zarząd zabytek, władze muszą dokonać pewnej kalkulacji opłacalności takiego przedsięwzięcia. Trzeba bowiem pamiętać, iż system partnerstwa publiczno – prywatnego sprawdza się w głównej mierze przy dochodowych inwestycjach, dlatego w przypadku nieruchomości stanowiących zabytki, optymalnym rozwiązaniem wydaje się wpierw dokonanie analizy innych rozwiązań prawnych, umożliwiających osiągnięcie celu danego przedsięwzięcia.

5.9 Prywatyzacja realizacji celu publicznego w systemie edukacji publicznej

5.9.1 Uwagi ogólne

Zgodnie z art. 6 pkt. 6 u.g.n. wydzielanie gruntów m.in. pod budowę szkół publicznych oraz państwowych szkół wyższych należy do celów publicznych w rozumieniu ustawy. Celem tym jest więc budowa i utrzymanie pomieszczeń jedynie dla szkół o charakterze publicznym, czyli zdefiniowanych ustawowo. Zgodnie z ustawą prawo o

⁶⁵⁶ F. R. Medda, jw., s. 12.

⁶⁵⁷ F. Swennen, jw., s. 25.

szkolnictwie wyższym⁶⁵⁸, utworzenie uczelni odbywa się w drodze ustawy lub rozporządzenia Rady Ministrów⁶⁵⁹. Ustawa ta dopuszcza również tworzenie przez osoby fizyczne i prawne niepublicznych szkół wyższych⁶⁶⁰. Natomiast pojęcie „szkół publicznych” nie obejmuje swoim zakresem „państwowych szkół wyższych” i jego znaczenia należy doszukiwać się w ustawie o systemie oświaty⁶⁶¹. Z art. 5 ust. 2-3e tej ustawy wynika, że szkoły publiczne mogą być zakładane i prowadzone przez jednostki samorządu terytorialnego, ministra właściwego do spraw oświaty i wychowania, ministra właściwego do spraw wewnętrznych, ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego, ministra właściwego do spraw rolnictwa, ministra właściwego do spraw środowiska, Ministra Obrony Narodowej, Ministra Sprawiedliwości. Ponadto szkoły publiczne mogą być zakładane zarówno przez osoby prawne i osoby fizyczne. Szkoły publiczne umożliwiają uzyskanie świadectw lub dyplomów państwowych, natomiast szkoły niepubliczne również mogą nabyć uprawnienie szkół publicznych w tym zakresie, w przypadkach wskazanych w ustawie⁶⁶². W takim przypadku szkoła niepubliczna uzyskuje

⁶⁵⁸ Ustawa z 27.07.2005, Dz.U. nr 164/2005, poz. 1365 ze zm., zgodnie z której art. 2 ust. 1 pkt 1 uczelnią publiczną jest uczelnia utworzoną przez państwo reprezentowane przez właściwy organ władzy lub administracji publicznej.

⁶⁵⁹ Art. 18 ust. 1 i 2 ustawy.

⁶⁶⁰ Art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy zgodnie z którym uczelnią niepubliczną stanowi uczelnia utworzoną przez osobę fizyczną albo osobę prawną niebędącą państwową ani samorządową osobą prawną

⁶⁶¹ Ustawa z 7.09.1991, tekst jedn. Dz.U. nr 256/2004, poz. 2572, ze zm. Z art. 2 pkt 2 tej ustawy wynika, iż szkołami publicznymi są szkoły podstawowe, gimnazja, szkoły ponadgimnazjalne oraz szkoły artystyczne.

⁶⁶² Art. 7 ust. 2 i 3 ustawy o systemie oświaty, zgodnie z którym „szkoła niepubliczna może uzyskać uprawnienia szkoły publicznej jeżeli:

- 1) realizuje programy nauczania uwzględniające podstawy programowe wymienione w ust. 1 pkt 4 lit. a;
- 2) realizuje zajęcia edukacyjne w cyklu nie krótszym oraz w wymiarze nie niższym niż łączny wymiar obowiązkowych zajęć edukacyjnych określony w ramowym planie nauczania szkoły publicznej danego typu;
- 3) stosuje zasady klasyfikowania i promowania uczniów oraz przeprowadzania egzaminów i sprawdzianów, o których mowa w ust. 1 pkt 5, z wyjątkiem egzaminów wstępnych;
- 4) prowadzi dokumentację przebiegu nauczania ustaloną dla szkół publicznych;
- 5) w przypadku szkoły prowadzącej kształcenie zawodowe - kształci w zawodach określonych w klasyfikacji zawodów szkolnictwa zawodowego, o której mowa w art. 24 ust. 1, a w przypadku liceum profilowanego - kształci w profilach kształcenia ogólnozawodowego, o których mowa w art. 24 ust. 6;
- 6) zatrudnia nauczycieli obowiązkowych zajęć edukacyjnych, o których mowa w pkt 2, posiadających kwalifikacje określone dla nauczycieli szkół publicznych; przepisy ust. 1a i 1d stosuje się odpowiednio,

z zastrzeżeniem art. 86”.

status szkoły publicznej na podstawie art. 85 i 86 ww. ustawy. Nie można jednak uznać, aby szkołą publiczną w rozumieniu art. 6 pkt 6 u.g.n. była szkoła niepubliczna, która uzyskała uprawnienia szkoły publicznej w warunkach określonych w art. 7 ust. 3 ustawy o systemie oświaty, ponieważ uprawnienia te dotyczą jedynie możliwości wydawania świadectw i dyplomów państwowych. Nie oznacza to więc ustawowego zrównania statusu szkół publicznych i niepublicznych, ale jedynie uzyskanie przez szkoły niepubliczne prawnej możliwości wydawania świadectw i dyplomów państwowych, jako równoważnych tym, wydawanym przez ustawowo określone szkoły publiczne. Nie dochodzi tym samym do zrównania statusu prawnego szkół publicznych i niepublicznych⁶⁶³.

Od dnia wejścia w życie ustawy o szkolnictwie wyższym i ustawy o systemie oświaty, sektor szkolnictwa prywatnego jest rozwijany poprzez tworzenie szkół oraz uczelni niepublicznych. Uchwalona pierwotnie w dniu 12.09.1990 r. ustawa o szkolnictwie wyższym⁶⁶⁴ stworzyła prawo zakładania przez osoby fizycznie i prawne szkół wyższych⁶⁶⁵. Prawo to zostało potwierdzone w Konstytucji⁶⁶⁶.

Procesy prywatyzacji w szkolnictwie wyższym i systemie oświaty w Polsce wykazują różnice w porównaniu z prywatyzacją przedsiębiorstw, ponieważ system zarządzania i funkcjonowania szkół publicznych pozostawiono bez większych zmian po transformacji ustrojowej. Za prywatyzacją i reprivatyzacją (część istniejących w dwudziestoleciu międzywojennym uczelni zostało znacjonalizowanych po II Wojnie Światowej) szkół publicznych przemawiają następujące okoliczności⁶⁶⁷:

1. sektor nauki należy, jako nieliczny, do obszarów działalności, które nie zostały objęte restrukturyzacją. Odbiega to znacznie od konstytucyjnych założeń, dotyczących całej gospodarki, która jak wynika z art. 20 Konstytucji RP oparta jest na wolności

⁶⁶³ J. Jaworski, Ustawa o gospodarce nieruchomościami...jw., s. 79.

⁶⁶⁴ Dz.U. nr 65/1990, poz. 385, uchylony.

⁶⁶⁵ Art. 15 ww. ustawy, zgodnie z którym uczelnię niepaństwową może założyć osoba fizyczna lub osoba prawna, na podstawie pozwolenia udzielonego przez ministra właściwego do spraw szkolnictwa wyższego, po zasięgnięciu opinii Państwowej Komisji Akredytacyjnej.

⁶⁶⁶ At. 70 ust. 3 Konstytucji RP, zgodnie z którym rodzice mają wolność wyboru dla swoich dzieci szkół innych niż publiczne. Obywatele i instytucje mają prawo zakładania szkół podstawowych, ponadpodstawowych i wyższych oraz zakładów wychowawczych. Warunki zakładania i działalności szkół niepublicznych oraz udziału władz publicznych w ich finansowaniu, a także zasady nadzoru pedagogicznego nad szkołami i zakładami wychowawczymi, określa ustawa.

⁶⁶⁷ J. Szablowski: Rola uczelni niepaństwowych w restrukturyzacji przestrzennej szkolnictwa wyższego w Polsce, *Studia Regionalne i Lokalne*, Nr 2–3(6)/2001.

działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności dialogu i współpracy partnerów społecznych (...). Restrukturyzacja szkolnictwa nie może być jednak dokonana na wzór restrukturyzacji przedsiębiorstw ze względu na odmienną specyfikę;

2. systemy zarządzania uczelniami państwowymi odbiegają od tych, które są stosowane w sektorze prywatnym i nie ma możliwości ich usprawnienia bez zmiany właściciela. Wskazuje się na małą elastyczność tych systemów, długość cyklu decyzyjnego, który nie jest oparty na kryteriach ekonomicznych;
3. koszty kształcenia w uczelniach państwowych są wyższe niż w uczelniach niepaństwowych;
4. z założenia usługi o charakterze publicznym kierowane są do osób najbardziej potrzebujących, znajdujących się w najtrudniejszych warunkach. Dostępność do bezpłatnego szkolnictwa wyższego kształtuje się odwrotnie. Dostęp do uczelni publicznej leży zazwyczaj poza możliwościami osób potrzebujących, ze środowisk wiejskich czy robotniczych. Bardziej dostępne dla nich wydają się być uczelnie niepubliczne, zlokalizowane w miejscu zamieszkania.

5.9.2 Prywatyzacja systemu edukacji publicznej

Powszechny dostęp do nauki stanowi dobro publiczne, zagwarantowane w art. 70 ust. 1 Konstytucji⁶⁶⁸. Dobro publiczne charakteryzuje się tym, że nie ma możliwości wyłączenia go z konsumpcji oraz tym, że nie jest równocześnie konkurencyjne w konsumpcji. Pierwszy warunek oznacza, iż w momencie w którym dobro publiczne zostało wyprodukowane, nie można w sposób legalny zapobiec używaniu tego dobra przez innych. Drugi warunek oznacza, że konsumpcja dobra przez jedną osobę, nie pozbawia innych osób możliwości konsumpcji tego samego dobra, a zatem dobro to może być konsumowane przez wiele osób jednocześnie i to bez żadnych konsekwencji. Poza tym nikt nie może dobrowolnie wyłączyć się z korzystania z dóbr publicznych. Dostęp do nauki jako typowy przykład dobra publicznego jest dostępny dla wszystkich obywateli bez dodatkowych kosztów krańcowych⁶⁶⁹.

Prywatyzacja systemu edukacji publicznej jest zjawiskiem znacznie mniej

⁶⁶⁸ „Każdy ma prawo do nauki (...)”.

⁶⁶⁹ R. G. Holcombe, A Theory of the Theory of Public Goods, Review of Austrian Economics 10, Nr 1/1997, s. 1–22.

zaawansowanym, niż w innych sektorach usług publicznych, takich jak np. łączność czy energetyka. Sektor edukacji publicznej należy bowiem do tych dziedzin działalności państwa, które nie zostały objęte restrukturyzacją po transformacji ustrojowej, przede wszystkim ze względu na jego odmienną specyfikę, polegającą na świadczeniu dóbr publicznych. Prywatyzacja realizacji celu publicznego w postaci dostępu do edukacji publicznej musi oznaczać przejście od pojmowania jej jako dobro publiczne, które służy całej społeczności, na rzecz dobra prywatnego, które służy interesom gospodarczym. Zgodnie z powyższym edukacja traktowana jest jako towar, podlegający zasadom wolnej konkurencji, charakteryzujący się swoimi fizycznymi atrybutami – np. poprzez zdobywanie przez uczniów certyfikatów, dyplomów. Wartości społeczne edukacji jako dobra ogółu są ignorowane. Likwidacja nadzoru biurokratycznego państwa nad tworzeniem i prowadzeniem szkół wiąże się z wprowadzeniem prawa do wyboru szkoły oraz zaprzestaniem ich finansowania ze środków publicznych. Wynikiem tego jest wprowadzenie konkurencji pomiędzy szkołami, która ma na celu podnoszenie standardów nauczania w całym systemie, zarówno poprzez zamykanie nieekonomicznych szkół, które swoją ofertą nie są w stanie zachęcić do uczęszczania do nich, jak i zwiększanie wydajności pozostałych placówek. Nie można jednak uznać, aby rynek edukacji publicznej stworzony przez tego typu politykę był w zupełności wolnym rynkiem, ponieważ i tak jest przedmiotem licznych rozporządzeń i regulacji ze strony państwa np. w zakresie wymagań jakie szkoły muszą spełniać aby prowadzić działalność edukacyjną.

Prywatyzacja edukacji publicznej może być rozumiana w dwojaki sposób:

1. prywatyzacja wewnętrzna - polegająca na adaptowaniu idei oraz praktyk z sektora prywatnego do sektora publicznego w celu wprowadzenia w nim zasad wolnego rynku. Obejmuje ona odejście od państwowego modelu finansowania szkolnictwa na rzecz tworzenia prywatnych instytucji edukacyjnych - przedszkoli, szkół, uniwersytetów, a także różnego rodzaju ośrodków szkoleniowych i prywatnych szkół, które współpracują z zagranicznymi szkołami lub uczelniami. Oznacza to decentralizację budżetu oświaty, wprowadzenie konkurencji pomiędzy szkołami i zasad zarządzania, panujących w przedsiębiorstwach opierających się na wydajności i przedsiębiorczości;
2. prywatyzacja zewnętrzna - oznaczająca otwarcie systemu edukacji publicznej na usługi oferowane przez podmioty prywatne tj. zamówień skierowanych do podmiotów prywatnych na wykonanie usług edukacyjnych (np. zaopatrzenie

szkół w infrastrukturę, sprzętanie, transport uczniów do szkoły), zarządzanie lub finansowanie publicznych instytucji przez podmioty prywatne, jak również tworzenie tzw. "rynku usług edukacyjnych" oraz otwarcie (liberalizację) krajowych rynków edukacji publicznej na zagranicznych dostawców programów nauczania spoza Europy.

W doktrynie wypowiedziane są obawy, iż prowadzenie wyższych szkół prywatnych upodabnia ich aktywność do pomiotów realizujących działalność gospodarczą, choć do niepaństwowych szkół wyższych nie znajduje zastosowania ustawa prawo działalności gospodarczej⁶⁷⁰. W kwestii zaliczenia szkół do podmiotów prowadzących działalność gospodarczą należy zauważyć, iż szkoła realizuje działania w trzech sferach: rynkowej produkcji usług edukacyjnych, wytwarzania dóbr publicznych (moralnych) oraz produkcji wiedzy. W sferze pierwszej, szkoła wyższa jest przedsiębiorstwem, interesem, organizacją biznesową, która po opanowaniu określonej technologii produkuje usługi edukacyjne dla ściśle (co jest wymogiem strategii) określonego segmentu rynkowego⁶⁷¹. Zakupiona usługa oceniana jest według zasad wolnorynkowych i tego typu podejście do systemu edukacji publicznej, traktowanej jako usługa, będąca rezultatem prowadzenia działalności gospodarczej nastawionej na osiągnięcie zysku, prowadzi do konstytucyjnych zmian w zakresie realizacji polityki oświatowej państwa. Powoduje to, iż z punktu widzenia demokracji, wszelkiego rodzaju szkolnictwa (podstawowe, średnie, wyższe) powinny być dostępne dla ogółu ze względów społecznych - przygotowania osoby do działania w społeczeństwie oraz jako instrument wdrażania równych szans. Przekształcenie systemu edukacji na wzór gospodarki rynkowej nie da gwarancji zapewnienia równego dostępu do edukacji. Tylko współfinansowanie systemu edukacji przez państwo zapewni, że dostęp do wykształcenia nie znajdzie się poza zasięgiem grup z niższej warstwy społeczeństwa. Ocena systemu edukacji publicznej z ekonomicznego punktu widzenia musi więc być krytyczna, bowiem rynek nie zapewni równego poziomu kształcenia. Tradycyjny ekonomiczny argument za zapewnieniem edukacji przez państwo opiera się na teorii zawodności rynku. Pozostawienie całego systemu edukacji mechanizmom wolnorynkowym jest nieosiągalne, ponieważ rynek w tym segmencie nie może kształtować popytu ani cen. W takim przypadku nadmiar popytu na usługi edukacyjne w połączeniu z niewydolnością podaży i zawodnością

⁶⁷⁰ Z. Leoński: Problemy prywatyzacji administracji publicznej a ochrona praw jednostki [w:] Jednostka wobec działań administracji publicznej. Międzynarodowa Konferencja Naukowa Olszanica 21-23 maja 2001r., s. 271.

⁶⁷¹ A. Sulejewicz: Paradoks społecznej odpowiedzialności biznesu szkoły wyższej [w:] Społeczna odpowiedzialność uczelni, red. Krzysztof Leja, Gdańsk 2008, s. 50.

konkurencji zawsze będzie wymagać interwencji państwa. Również użytkownik prywatnych jednostek typu szkolnego nie ma zagwarantowanych środków prawnych, umożliwiających egzekwowanie świadczeń na odpowiednio wysokim poziomie. Może albo nie zawrzeć umowy na korzystanie z tego typu usług, bądź korzystać z roszczeń cywilnoprawnych w przypadku niedotrzymania warunków umowy przez szkołę prywatną⁶⁷².

W literaturze zagranicznej podnosi się wręcz, iż podczas gdy w Europie Zachodniej pojawienie się sektora prywatnego w edukacji było uważane za marginalne i często rewolucyjne, w większości krajów Europy Środkowo-Wschodniej, narażonych na wpływy neoliberalnych polityk, może być ono uważane za jedno z bardziej realistycznych rozwiązań w sytuacji chronicznego niedofinansowania instytucji publicznych i w wielu przypadkach ich niezdolności do stawienia czoła nowym wyzwaniom⁶⁷³.

5.9.3 Kierunki prywatyzacji systemu edukacji publicznej na świecie

Początki prywatyzacji systemu edukacji publicznej miały miejsce w latach 80 i 90 ubiegłego wieku w Wielkiej Brytanii i USA pod rządami Margaret Thatcher i Ronalda Reagana, a także w Chile pod rządami Augusto Pinocheta i opierały się na zasadzie, iż dostarczanie i zarządzanie usługami publicznymi (między innymi edukacją publiczną) powinno być traktowane w sposób autonomiczny – na zasadach tzw. „małego państwa” („small state”), w którym dominują zasady wolnorynkowe⁶⁷⁴. Argumentem, który legł u podstaw tego zjawiska było to, iż usługi w zakresie edukacji publicznej świadczone przez instytucje państwowe są niskiej jakości, niedostosowane do potrzeb „klientów” i unikające ryzyka. Kraje te do dzisiaj przodują we wdrażaniu mechanizmów rynkowych w sektorze edukacji publicznej⁶⁷⁵. Jednak prywatyzacja edukacji publicznej staje się również coraz bardziej widocznym zjawiskiem międzynarodowym, popieranym przez ważne organizacje światowe (OECD, Bank Światowy i WTO). Prywatyzacja edukacji w skali międzynarodowej została po raz pierwszy zapoczątkowana poprzez Światową Organizację Handlu (WTO)⁶⁷⁶,

⁶⁷² Z. Leoński, jw., s. 271.

⁶⁷³ M. Kwiek: *The Welfare State and Higher Education in Their Way towards Privatisation. Global and Transition Economies Perspectives* [w:] *Der Öffentliche Sektor - The Public Sector*, Wiedeń 2007, str. 17.

⁶⁷⁴ S. J. Ball, D. Youdell: *Hidden Privatisation in Public Education*, Institute of Education, University of London, Brussels, May 2008, s. 14.

⁶⁷⁵ Tamże.

⁶⁷⁶ Międzynarodowy handel usługami regulują postanowienia Układu ogólnego w sprawie handlu usługami (ang. General Agreement on Trade in Services, GATS). „GATS”, obok Układu ogólnego w sprawie taryf celnych i

która od momentu powstania (1995 r.) promuje wśród państw członkowskich liberalizację usług publicznych, w tym także edukacji. WTO dąży do zwiększania sił rynkowych i prywatnych inwestycji w edukację, a od państw członkowskich oczekuje stworzenia ku temu odpowiednich ram politycznych i prawnych⁶⁷⁷.

Można wyróżnić 5 dominujących form prywatyzacji systemu edukacji publicznej na świecie:

1. system kuponów („vouchers”) – w którym państwo finansuje umieszczenie wybranych uczniów w płatnych szkołach. Typowym przykładem tego systemu są Chile oraz Stany Zjednoczone (miasto Milwaukee)⁶⁷⁸.
2. system kontraktowy („contracting out system”) – polegający na kontraktowaniu przez placówki oświatowe usług oferowanych przez podmioty prywatne tj. catering, naprawa, konserwacja, meble, sprzęt informatyczny, usługi transportowe, usługi w zakresie utrzymania czystości⁶⁷⁹.
3. partnerstwo publiczno – prywatne – system w którym władze publiczne oddają w dzierżawę lub użytkowanie budynki zaprojektowane i wybudowane ze środków prywatnych, w celu świadczenia usług edukacyjnych. Typowym przykładem kraju wykorzystującego ten model współpracy jest Wielka Brytania. Dwa największe przeprowadzone projekty partnerstwa publiczno-prywatnego w zakresie edukacji publicznej w Wielkiej Brytanii to City Technology College („CTC's” - 1986 r.) oraz „Education Action Jones” („EAZ's” -1997 r.). Pierwszy z nich polegał na

handlu (GATT) oraz Porozumienia w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej (TRIPS), stanowi integralną część Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (Porozumienie WTO) podpisanego na zakończenie negocjacji handlowych w ramach tzw. Rundy Urugwajskiej (1986-1994), w wyniku których z dniem 1 stycznia 1995r. powstała Światowa Organizacja Handlu (WTO). „GATS” ustanawia wielostronne ramy zasad i reguł międzynarodowego handlu usługami mające na celu wzrost tego handlu w warunkach przejrzystości oraz stopniowej liberalizacji w ramach kolejnych rund negocjacji. Z dniem 1 maja 2004, w związku z przystąpieniem do UE, Polska przekazała na poziom wspólnotowy kompetencje w zakresie polityki handlowej, na podstawie art. 133 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską. Obszar usług należy do wyłącznych kompetencji Wspólnoty, z wyłączeniem usług w dziedzinie kultury, usług audiowizualnych, oraz usług socjalnych i w zakresie zdrowia ludzkiego, a także edukacyjnych, które należą do dzielonych kompetencji Wspólnoty i państw członkowskich.

⁶⁷⁷ N.Hirtt: The Millenium Round and the liberalisation of the Education Market, Education and Social Justice Nr 2/2000, poz. 2, str. 220-235.

⁶⁷⁸ J. Fitz; B. Bers: Education Management Organisations and the Privatisation of Public Education: A Cross-National Comparison of the USA and Britain, Comparative Education, Nr 2/2002, Vol. 38 s. 137-154.

⁶⁷⁹ Tamże.

zaprojektowaniu, wybudowaniu i dokonywaniu niezbędnych remontów 20 średnich szkół przez firmy prywatne. Szkoły te były następnie prowadzone i utrzymywane przez władze publiczne. Projekt ten miał na celu wdrożenie programu nauczania przedmiotów technicznych w szkołach znajdujących się na terenach miast. Okazał się jednak klęską, ponieważ niewiele firm zdecydowało się na takie przedsięwzięcie i większość kosztów jego realizacji poniosło państwo. Drugi projekt („EAZ’s”) miał na celu podniesienie jakości nauczania w wybranych, zacofanych pod względem poziomu nauczania obszarach, poprzez wprowadzenie specjalnych stref nauczania („EAZ’s”), urządzonych na wzór firmy prywatnej. Strefy te zarządzane były przez dyrektorów („Zone Directors”), przy wsparciu ciał doradczych („Education Action Forum”), składających się z pedagogów, przedstawicieli lokalnej społeczności i przedsiębiorców. W każdej strefie powstawały po 2 szkoły średnie i przyległe do nich szkoły podstawowe. Początkowo powstało 25 takich stref, kolejne 48 zostało stworzonych w latach 1999-2000. Dla pierwszych 25 stref rząd udostępnił środki w wysokości 750.000 funtów na okres trzech lat, spodziewając się przy tym wkładu prywatnych inwestorów na poziomie 250.000 funtów w gotówce lub naturze. Następne strefy były dofinansowane przez państwo po 500.000 funtów rocznie, z przewidywanym nakładem podmiotów prywatnych w wysokości 250.000 funtów. Wyniki tego projektu również były rozczarowujące, ponieważ tylko 12 z 73 stref spełniły wymagane kryterium nakładu prywatnych środków w wysokości 250.000 funtów⁶⁸⁰. Najnowszym projektem, realizowanym na zasadzie partnerstwa publiczno-prywatnego w Wielkiej Brytanii jest tzw. „National Grid for Learning” („NGfL”), polegający na połączeniu Anglii i Walii w tzw. wirtualną strefę nauczania („virtual learning zone”) poprzez Internet. Rząd centralny gwarantuje szkołom bezpłatny dostęp do Internetu przy wsparciu narodowego operatora („British Telecom”) i nakłady pieniężne w wysokości 1.8 miliarda funtów, a firmy prywatne takie jak „Microsoft”, „Compaq” będą konkurować między sobą w trybie przetargowym o kontrakty na usługi w zakresie doradztwa i zaopatrzenia szkół w niezbędną infrastrukturę i systemy informatyczne⁶⁸¹. Innym rodzajem partnerstwa publiczno-prywatnego, które jest coraz bardziej popularne w Europie, jest wykorzystanie prywatnych dostawców w zakresie projektowania, budowy, eksploatacji i zarządzania

⁶⁸⁰ Tamże.

⁶⁸¹ Tamże.

placówek edukacyjnych na podstawie formuły „BOT” („Build Operate Transfer”). Taki system przenosi większość kosztów kapitałowych i ryzyko przedsięwzięcia na sektor prywatny, ale zobowiązuje także władze publiczne do oddania placówek w długoterminowe dzierżawy. Za przykład mogą posłużyć Niemcy, gdzie miasta Offenbach i Kolonia mają na swoim koncie projekty z udziałem ponad 90 szkół w pierwszym i 7 w drugim. W obydwu przypadkach szkoły zostały w całości zaprojektowane i wybudowane z udziałem środków prywatnych („Offenbach” – francuska firma „Vinci”, Kolonia – firma „Hohtief”). Obie firmy mają prawo prowadzenia szkół: w Offenbach przez 15 lat i w Kolonii przez 25 lat⁶⁸².

4. odsprzedaż – wyzbycie się przez państwo świadczenia edukacji i budowy szkół na rzecz prywatnych instytucji tzw. „EMO’s” („Education Management Organisations”), czyli przedsiębiorstw, które oferują prowadzenie, bądź zastąpienie istniejących szkół państwowych w zamian za czynsz, bądź wpływy państwa z podatków. Działalność prowadzona przez takie organizacje występuje jedynie w USA oraz Wielkiej Brytanii (największe firmy to „Advantage Schools Inc”. „Edison” oraz „Tesseract” (USA) i „Nord Anglia” (Wielka Brytania)) i generuje olbrzymie zyski – szacuje się, że w USA w 2000 r., EMO’s były w stanie wygenerować 100-123 mld dolarów przychodów, a w Wielkiej Brytanii 5 mld funtów. Co więcej obserwuje się ekspansję amerykańskich przedsiębiorstw działających w sektorze edukacji publicznej na rynek Wielkiej Brytanii, a nawet Azji⁶⁸³.
5. ulgi podatkowe – system występujący w USA, polegający na przyznawaniu osobom decydującym się na wybranie szkoły prywatnej ulg czy zwolnień podatkowych. Taki system również oznacza prywatyzację edukacji publicznej ponieważ osoby, korzystające z prywatnej edukacji otrzymują wsparcie finansowe ze strony państwa⁶⁸⁴.

⁶⁸² S. J. Ball, D. Youdell, jw., s. 37.

⁶⁸³ J. Fitz; B. Bers, jw., s. 2.

⁶⁸⁴ Tamże...s. 4.

5.10 Prywatyzacja realizacji celu publicznego w dziedzinie ochrony zdrowia

5.10.1 Ochrona zdrowia jako cel publiczny

Cel publiczny w zakresie ochrony zdrowia, uregulowany został w dwóch aktach prawnych. Pierwszym z nich jest Konstytucja⁶⁸⁵, natomiast drugim aktem jest u.g.n., której art. 6 ust. 6 stanowi, iż cel publiczny stanowi "budowa i utrzymanie publicznego obiektu ochrony zdrowia".

Nasuwa się w związku z tym pytanie, czy cel publiczny w zakresie ochrony zdrowia, określony w u.g.n. jest tożsamy z konstytucyjnie zagwarantowanym prawem do opieki zdrowotnej. Należy przyjąć, iż w odróżnieniu od art. 68 Konstytucji, cel publiczny, uzasadniający m. in. wyłączenie, odnosi się wyłącznie do budowy i utrzymania publicznego obiektu ochrony zdrowia. Określona w art. 68 Konstytucji ochrona zdrowia i udzielanie świadczeń zdrowotnych, czy też zapewnienie opieki zdrowotnej nie zostało sprecyzowane przez ustawodawcę jako cel publiczny w żadnej ustawie. Również zawarty w art. 6 ust. 6 u.g.n. "publiczny obiekt ochrony zdrowia" nie ma definicji w żadnym przepisie prawa, nie mniej jednak określenie to nie może zostać utożsamione z każdym obiektem służącym ochronie zdrowia, gdyż wówczas zbędnym byłoby zastosowanie w tym wyrażeniu przymiotnika "publiczny". Przymiotnik ten ma wiele znaczeń i w powszechnym rozumieniu oznacza przeznaczenie danego miejsca dla ogółu ludności, dostępnego dla wszystkich, co powoduje, iż w tym znaczeniu każdy obiekt, w którym świadczone są usługi lecznicze spełniałby warunek publicznego⁶⁸⁶.

Do dnia wejścia w życie ustawy o działalności leczniczej⁶⁸⁷, kierunek wykładni pojęcia "publiczny obiekt ochrony zdrowia" narzucały przepisy ustawy o zakładach opieki zdrowotnej⁶⁸⁸. Według art. 1 ust. 1 tej ustawy, do udzielania świadczeń zdrowotnych i promocji zdrowia powołane były zakłady opieki zdrowotnej, jako wyodrębnione

⁶⁸⁵ Zgodnie z której art. 68 Konstytucji RP każdy ma prawo do ochrony zdrowia (ust. 1). Obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej, władze publiczne zapewniają równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Warunki i zakres udzielania świadczeń określa ustawa (ust. 2).

⁶⁸⁶ Wyrok WSA w Łodzi z 18.05.2005, III SA/Łd 161/10, LEX nr 675057.

⁶⁸⁷ Ustawa z 15.04.2011, Dz.U. nr 112/2011, poz. 654 ze zm.

⁶⁸⁸ Ustawa z 30.08.1991, tekst jedn. Dz.U. nr 14/2007, poz. 89, uchylony.

organizacyjnie zespoły osób oraz środków majątkowych utworzonych i utrzymywanych w tym właśnie celu. Zakład opieki zdrowotnej był takim środkiem majątkowym, służącym udzielaniu świadczeń zdrowotnych w formach wymienionych w art. 2 ust. 1 ustawy tj. szpitale, przychodnie, ośrodki zdrowia, poradnie, laboratoria, sanatoria, hospicja i inne. Przepisy nowej ustawy nadal przewidują formę prawną samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej, która to forma prawna ma najistotniejsze znaczenie w publicznej służbie zdrowia, ale z pewnymi ograniczeniami – przede wszystkim co do możliwości dokonywania przekształceń w spółkę kapitałową. W tej sytuacji aktualnym pozostaje pogląd, iż publicznym obiektem ochrony zdrowia w rozumieniu art. 6 ust. 6 u.g.n. jest wyłącznie taki obiekt, który wchodzi w skład publicznego zakładu opieki zdrowotnej. Obiekt służący ochronie zdrowia stanowiący własność podmiotu niepublicznego nie może być uznany za "publiczny obiekt ochrony zdrowia", o którym mowa w art. 6 ust. 6 u.g.n., ponieważ wykładnia pojęcia "celu publicznego" na tle u.g.n. odnosi się również do innych instytucji prawnych, uregulowanych w tej ustawie. Cel publiczny stanowi bowiem podstawową przesłankę instytucji wyłączenia nieruchomości. Nie sposób więc przyjąć, aby cel polegający na budowie i utrzymaniu obiektu ochrony zdrowia na potrzeby niepublicznego zakładu opieki zdrowotnej, uzasadniał odjęcie prawa własności w drodze wyłączenia⁶⁸⁹.

5.10.2 Definicja prywatyzacji ochrony zdrowia

Podobnie jak w przypadku dostępu do nauki, ochrona zdrowia stanowi dobro publiczne, zagwarantowane w art. 68 Konstytucji RP. Powoduje to, iż prywatyzacja ochrony zdrowia ma miejsce w tych sektorach i usługach, które nie funkcjonują na zasadach wolnorynkowych i w których wprowadzenie tych zasad uzależnione jest przede wszystkim od czynników politycznych, co może przynosić niechciane społecznie rezultaty. Podstawowym bodźcem dla prywatyzacji ochrony zdrowia jest deficyt jaki przynosi funkcjonowanie zakładów opieki zdrowotnej na poziomie regionalnym i lokalnym. Prywatyzacja ochrony zdrowia może oznaczać więc proces zwiększania udziału prywatnych instytucji wśród świadczeniodawców, zapewniających opiekę zdrowotną, co może być realizowane poprzez tworzenie instytucji, stanowiących własność prywatną, które wchodzi na rynek lub poprzez sprywatyzowanie podmiotów, które na nim funkcjonują⁶⁹⁰. Inna definicja wskazuje, iż

⁶⁸⁹ Wyrok WSA w Gdańsku z 20.12.2007, II SA/Gd 620/07, LEX nr 507878.

⁶⁹⁰ K. Tymowska: Prywatyzacja opieki zdrowotnej w teorii i praktyce, PiM Nr 5/2000.

prywatyzacja ta polega na sprzedaży całości lub części pieniężnych i niepieniężnych składników publicznego majątku opieki zdrowotnej, w celu dalszego przejęcia tego majątku przez niepubliczny zakład opieki zdrowotnej, utworzony zgodnie z obowiązującymi przepisami⁶⁹¹. Głównym elementem definicji prywatyzacji ochrony zdrowia jest więc zmiana sposobu świadczenia usług zdrowotnych, poprzez przeniesienie majątku opieki zdrowotnej (nieruchomości, sprzętu medycznego) z publicznego, na rzecz prywatnego właściciela. W takim wypadku mówimy o prywatyzacji ochrony zdrowia w sensie materialnym. Prywatyzacja ochrony zdrowia w sensie formalnym oznacza zaś przekazywanie podmiotom niepublicznym zadań z zakresu ochrony zdrowia (świadczeń zdrowotnych), w celu ich realizacji.

Prywatyzacja ochrony zdrowia może przybierać następujące formy⁶⁹²:

1. przekształcenie samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej w spółki prawa handlowego (prywatyzacja materialna);
2. prywatyzacja świadczeń i usług, czyli kontraktowanie usług z osobami wykonującymi zawody medyczne (prywatyzacja formalna);
3. prywatyzacja zarządzania, czyli powierzanie zarządzania publicznymi instytucjami osobom fizycznym lub wyspecjalizowanym firmom;
4. prywatyzacja usług pomocniczych (kuchnia, pralnia, wywóz odpadów medycznych);
5. prywatyzacja kosztów, czyli przenoszenie obciążeń finansowych z płatnika publicznego na indywidualnych odbiorców.

Można wyróżnić argumenty za prywatyzacją ochrony zdrowia⁶⁹³:

1. ucieczka od słabości nadzoru właścicielskiego, sprawowanego przez podmioty publiczne (biurokratyzacja nadzoru oraz realizacja pozaefektywnościowych celów, takich jak ochrona miejsc pracy w niepotrzebnych szpitalach);
2. konieczność pozyskania dodatkowego (poza publicznym) kapitału oraz osób o wysokich kwalifikacjach menadżerskich w celu wprowadzenia profesjonalnego zarządzania⁶⁹⁴. Prywatne firmy medyczne mają łatwiejszy dostęp do rynku kapitałowego, w celu pozyskania środków niezbędnych na inwestycje. Powoduje to, iż

⁶⁹¹ W. Musiński: Lokalne prawo komercjalizacji samodzielnych zakładów opieki zdrowotnej, Materiały szkoleniowe „Zarządzanie opieką zdrowotną”, Białystok 2001.

⁶⁹² M. Lech: Wprowadzenie do dyskusji na III Forum Lekarzy Prywatnych "Prywatyzacja Opieki Zdrowotnej", Warszawa 2000, Gabinet Prywatny Nr 4/2000.

⁶⁹³ K. Tymowska, jw.

⁶⁹⁴ Tamże.

są w stanie zorganizować swoją działalność w bardziej efektywny sposób aniżeli instytucje publiczne, poprzez np. uzyskiwanie wiadomości na temat realiów rynkowych w drodze współpracy z innymi podmiotami prywatnymi. Firmy prywatne mają też dużo niższe koszty pracy, ponieważ w przeciwieństwie do podmiotów publicznych, często nie są objęte układami zbiorowymi pracy. W Niemczech w 2004 r. średni koszt pracy ponoszony przez szpital na jednego pracownika w sektorze prywatnym wyniósł 47.400 euro w porównaniu do 51.400 euro w szpitalach publicznych⁶⁹⁵;

3. uniezależnienie finansowania ochrony zdrowia od instytucji publicznych, będących dysponentami środków publicznych, które działają w zależności od aktualnej sytuacji politycznej, co sprzyja realizacji partykularnych interesów i marnotrawieniu środków;
4. stworzenie atrakcyjnej i konkurencyjnej struktury świadczeń zdrowotnych;
5. wprowadzenie na rynek innowacji technologicznych.

Do argumentów przeciwko prywatyzacji zalicza się⁶⁹⁶:

1. zmianę profilu działalności instytucji ochrony zdrowia po prywatyzacji, zaprzestanie świadczenia nierentownych usług, pozbawianie pacjentów prawa do świadczeń;
2. dążenie prywatnych inwestorów do maksymalizacji zysku w określonym czasie bez oceny długofalowych skutków podejmowanych decyzji;
3. niechęć prywatnego kapitału do inwestowania w zacofanych regionach, w nierentownych specjalnościach medycznych lub innych rodzajach działalności.

Jak zaznaczono na wstępie, prywatyzacja ochrony zdrowia (podobnie jak prywatyzacja systemu edukacji publicznej) nie może przebiegać w ten sam sposób, w jaki odbywa się to w innych sektorach, takich jak budowa dróg, dostarczanie wody czy energii elektrycznej. Ochrona zdrowia, stanowiąca cel publiczny zagwarantowany w art. 68 Konstytucji RP nakłada na władze publiczne obowiązek zapewnienia równego dostępu do usług zdrowotnych, a czysto rynkowe podejście nie jest w stanie tego osiągnąć. Na rynku w którym działają podmioty prywatne, transakcje kupna – sprzedaży uzależnione są od dochodu konsumentów – ci którzy nie są w stanie skorzystać z dóbr czy usług, nie mogą korzystać z prywatnej opieki zdrowotnej. Rynek ochrony zdrowia pozbawiony elementów nadzoru czy regulacji ze strony organów publicznych nie dopuści więc do równej alokacji świadczeń

⁶⁹⁵ T. Schulten: Liberalisation, privatisation and regulation in the German healthcare sector/hospitals [w:] Privatisation of Public Services and the Impact on Quality, Employment and Productivity (PIQUE), 2006, s. 10.

⁶⁹⁶ K. Tymowska, jw.

zdrowotnych w całym społeczeństwie, co może rodzić podważenie art. 68 Konstytucji RP. Rola organów władzy publicznej musi opierać się na monitorowaniu cen usług zdrowotnych oraz zapewnieniu dostępu do ochrony zdrowia tzw. odbiorcom wrażliwym. Rynek ochrony zdrowia musi także podlegać regulacji ze strony organów publicznych, w celu zagwarantowania wolnej konkurencji, opartej na równym traktowaniu świadczeniodawców. Nadzór ze strony władz publicznych niezbędny jest zwłaszcza w tych dziedzinach, w których prywatni inwestorzy koncentrują się na usługach doraźnych i najbardziej dochodowych, pozostawiając jednocześnie władzom publicznym zabezpieczenie kosztownej opieki specjalistycznej (np. onkologia) oraz dziedzin, gdzie występuje niewielka liczba pacjentów lub mniej zamożna część społeczeństwa.

5.10.3 Status prawny ochrony zdrowia w polskim systemie prawnym

System opieki zdrowotnej w Polsce jest niespójny i zawiera elementy, które są charakterystyczne zarówno systemu ubezpieczeń zdrowotnych finansowanych ze składek, jak i typowego systemu finansowania centralnego. Zgodnie z Konstytucją, ustawodawca ma obowiązek określić zasady wykonywania prawa do ochrony zdrowia w Polsce, podczas gdy władza publiczna ma obowiązek zapewnić obywatelom równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej, finansowanych ze środków publicznych, niezależnie od ich sytuacji materialnej⁶⁹⁷. Zadania administracji publicznej w zakresie opieki zdrowotnej obejmują obowiązki nałożone w drodze ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych⁶⁹⁸ oraz ustawy o działalności leczniczej⁶⁹⁹.

Finansowaniem ubezpieczenia zdrowotnego zajmuje się powołany w 2003 r. Narodowy Fundusz Zdrowia⁷⁰⁰, jako organ centralny, składający się z 16 oddziałów w każdym województwie, utworzonych na bazie dawnych kas chorych. Fundusz jako organ władzy publicznej wyposażony został w ściśle określone kompetencje w dziedzinie opieki zdrowotnej, które w porównaniu do systemu kas chorych nie uległy znaczącej zmianie. NFZ posiada status centralnego płatnika ze środków pochodzących z obowiązkowych składek ubezpieczenia zdrowotnego, czyli finansuje świadczenia zdrowotne udzielane ubezpieczonym oraz refunduje leki. NFZ sprawuje także kontrolę nad przeznaczaniem środków pochodzących

⁶⁹⁷ Art. 68 ust. 2 Konstytucji RP.

⁶⁹⁸ Ustawa z 27.08.2004, tekst jedn. Dz.U. nr 164/2008, poz. 1027, ze zm.

⁶⁹⁹ Ustawa z 15.04.2011, Dz.U. nr 112/2011, poz. 654 ze zm.

⁷⁰⁰ Dalej powoływany jako „NFZ”.

ze składek, budżetu państwa, dotacji, subwencji dla gmin, darowizn, kredytów i pożyczek na kontraktowanie usług opieki zdrowotnej. NFZ przeprowadza konkurs ofert, rokowania i zawiera umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, a także monitoruje ich realizacji i rozliczanie. NFZ prowadzi także negocjacje dostawcami usług medycznych w celu zakontraktowania świadczeń oraz ustala prognozę zapotrzebowania na świadczenia na danym obszarze. Ponadto Fundusz monitoruje realizację usług zdrowotnych, w tym ich jakość. NFZ jest odpowiedzialny za opracowanie Krajowego Planu Zabezpieczenia Świadczeń Zdrowotnych, zaakceptowanego przez Ministra Zdrowia. Plan kwalifikuje nakłady finansowe i maksymalne ceny dla różnych typów usług. Plan uwzględnia zapotrzebowanie na świadczenia na danym terenie (kraj i województwa). NFZ tworzy również katalog świadczeń szpitalnych. Zaproszenie do składania ofert jest otwarte dla dostawców usług medycznych spełniających wymogi określone w rozporządzeniu Ministra Zdrowia. Na podstawie ofert składanych przez dostawców NFZ wybiera ilości i zakres usług. Zazwyczaj wybierane są te o najniższych kosztach.

W rezultacie, pomimo przeprowadzenia reform państwo wciąż pełnił funkcję głównego regulatora na rynku świadczeń zdrowotnych. W zakresie rozwoju liberalizacji rynku ochrony zdrowia, przejście od systemu kas chorych do NFZ należy uznać za szkodliwe, gdyż pomiędzy poszczególnymi kasami chorych można było zaobserwować konkurencję i rywalizację o pacjentów. Pacjenci mogli zmieniać kasy i dołączać do tych, które są zarządzane w lepszy sposób. Taka sytuacja nie ma miejsca w NFZ, który będąc jednolitym organem, opiera się na zasadach solidarności i równości wszystkich ubezpieczonych. NFZ jako dysponent składek dąży do coraz większej szczegółowości procedury zawierania umów i warunków, na jakich świadczenia mogą być udzielane. Nowy system regulacji pozwala utrzymać wydatki na opiekę zdrowotną w ramach ustalonych limitów, co pozwala na uniknięcie zadłużenia sektora finansów publicznych, jednak nie można uznać, iż jest on pożyteczny, głównie ze względu na dynamikę rynku opieki medycznej.

Zasady wykonywania działalności leczniczej, jak i formę organizacyjnoprawną podmiotów do tego powołanych reguluje ustawa o działalności leczniczej, która weszła w życie 1.07.2011 r. i która dotyczy m.in. przekształceń szpitali w spółki, ale nie wprowadza takiego obowiązku. Ustawa ta wprowadza więc w życie postulat prywatyzacji materialnej systemu ochrony zdrowia. Zgodnie z nowymi przepisami samorządy, które nie przekształcą szpitali w spółkę kapitałową lub jednostkę budżetową, mogą pokryć ich ujemny wynik finansowy w ciągu trzech miesięcy od upływu terminu zatwierdzenia sprawozdania finansowego. W przypadku zaś niepokrycia ujemnego wyniku finansowego, podmiot

tworzący w ciągu 12 miesięcy będzie zmuszony do zmiany formy organizacyjno-prawnej szpitala (przekształcenia szpitala w spółkę kapitałową lub jednostkę budżetową) lub jego likwidacji⁷⁰¹. Zgodnie z tą ustawą podmiotami leczniczymi są przedsiębiorcy we wszelkich formach przewidzianych dla wykonywania działalności gospodarczej, samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, jednostki budżetowe, instytuty badawcze prowadzące badania naukowe i prace rozwojowe w dziedzinie nauk medycznych oraz fundacje i stowarzyszenia, których celem statutowym jest wykonywanie zadań w zakresie ochrony zdrowia i których statut dopuszcza prowadzenie przez nie działalności leczniczej, kościoły lub związki wyznaniowe⁷⁰².

Jak wynika z uzasadnienia projektu omawianej ustawy, bodźcem dla reformy było to, iż forma samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej nie odpowiadała potrzebom aktualnej sytuacji gospodarczej państwa. Forma spółki sprzyja zaś efektywnemu zarządzaniu, otwiera nowe możliwości uzyskiwania przychodów, racjonalizuje gospodarowanie. Omawiana ustawa nie dąży jednak do obligatoryjnego przekształcenia zakładów opieki zdrowotnej w spółki prawa handlowego, pozostawiając decyzję w tej sprawie podmiotowi tworzącemu i zachowując tym samym zasadę poszanowania autonomii jednostek samorządu terytorialnego, o której mowa w art. 16 Konstytucji RP. Dopuszcza także dalsze funkcjonowanie samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej oraz wprowadza regulacje specyficzne dla tej formy prawnej, które w dużej mierze są wzorowane na przepisach ustawy o zakładach opieki zdrowotnej. Uniemożliwia ona jednak tworzenie nowych samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej, za wyjątkiem przypadku powstania nowego zakładu w drodze połączenia co najmniej dwóch innych⁷⁰³. Oznacza to, że nowo powstałe szpitale będą musiały być spółkami. Komercjalizacja, a więc przekształcenie szpitala w spółkę będzie mogło być dokonane bez konieczności uprzedniej likwidacji zakładu opieki zdrowotnej. Spółka powstała w wyniku przekształcenia będzie następcą prawnym zakładu opieki zdrowotnej, przejmując jego prawa i obowiązki. Samorządy, które zdecydują się na przekształcenie, będą mogły skorzystać z umorzenia zobowiązań publicznoprawnych. Podmioty tworzące szpitale-spółki otrzymają dotację w wysokości umorzonych w wyniku ugody kwoty głównej lub odsetek z tytułu zobowiązań cywilnoprawnych oraz wynikających z zaciągniętych kredytów bankowych pozostałych do spłaty⁷⁰⁴.

⁷⁰¹ Art. 59 ust. 2 i 4 ustawy w zw. z art. 6 ust 2 ustawy.

⁷⁰² Art. 4 ustawy.

⁷⁰³ Art. 204 ustawy.

⁷⁰⁴ Art. 196 – 201 ustawy.

5.10.4 Ustawa o działalności leczniczej w systemie partnerstwa publiczno-privatnego

Wprowadzenie do obrotu prawnego ustawy o działalności leczniczej należy uznać za pozytywny kierunek w celu wprowadzenia możliwości wykorzystania partnerstwa publiczno-privatnego w służbie zdrowia. Publiczne spółki kapitałowe, prowadzące działalność leczniczą, będą mogły występować w roli podmiotu publicznego w umowie o partnerstwie publiczno – prywatnym, ponieważ na gruncie nowych przepisów uzyskały osobowość prawną, poza tym są zależne kapitałowo i organizacyjnie od podmiotów je tworzących oraz działają w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mającym charakteru komercyjnego. Spółka kapitałowa, w którą zakłady opieki zdrowotnej będą mogły zostać przekształcone, stanowi również powszechną formę prowadzenia działalności gospodarczej, akceptowalną przez potencjalnych inwestorów. Inną pozytywną zmianą, wprowadzoną przez opisywaną ustawę jest ostateczne ujednoczenie statusu prawnego jednostek działających jako samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, których brak osobowości prawnej uniemożliwiał funkcjonowanie w obrocie gospodarczym. Bardzo często zdarzały się sytuacje, w których zakład opieki zdrowotnej miał udzielać świadczeń zdrowotnych, nie mając tym samym osobowości prawnej (zdolności kontraktowej) do zawarcia umowy z NFZ, którą podpisywały zazwyczaj podmioty tworzące taki zakład. W nowym stanie prawnym zakłady opieki zdrowotnej zostały przekształcone w przedsiębiorstwa, których status prawny reguluje art. 55 (1) kodeksu cywilnego.

Wciąż nierozwiązanym problemem pozostaje możliwość zawiązania podmiotów leczniczych przez podmioty publicznoprawne we współpracy z inwestorami prywatnymi, w formie spółek celowych, w ramach umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym. Zgodnie z ustawą o działalności leczniczej, zarówno Skarb Państwa, jak i jednostki samorządu terytorialnego mogą „utworzyć i prowadzić podmiot leczniczy w formie: spółki kapitałowej lub jednostki budżetowej”⁷⁰⁵. Jednocześnie, zgodnie z art. 14 ustawy o partnerstwie publiczno – prywatnym: „umowa o partnerstwie publiczno-privatnym może przewidywać, że w celu jej wykonania podmiot publiczny i partner prywatny zawiążą spółkę kapitałową, spółkę komandytową lub komandytowo-akcyjną”. Wzajemna relacja powołanych przepisów może budzić wątpliwość, czy utworzenie podmiotu leczniczego możliwe jest tylko przez jeden podmiot (np. gminę), jak wskazuje wykładnia literalna art. 6 ust. 2 ustawy o działalności leczniczej, czy też dopuszczalne jest utworzenie go w ramach zawiązania spółki przez kilka podmiotów na gruncie ustawy o partnerstwie publiczno - prywatnym. Nawet, gdyby dopuścić

⁷⁰⁵ Art. 6 ust. 1 i 2 ustawy.

możliwość tworzenia podmiotów leczniczych w ramach umowy o partnerstwie publiczno - prywatnym, to takie działanie mogłoby rodzić wątpliwości, związane z wyzbyciem się przez samorząd zadań własnych z zakresu ochrony zdrowia⁷⁰⁶. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Naczelnego Sądu Administracyjnego, wydanym na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, brak jest podstaw prawnych do przekazywania zadań publicznych w zakresie udzielania świadczeń zdrowotnych, wykonywanych przez likwidowany zakład publiczny na rzecz prywatnego przedsiębiorcy, ponieważ nie ma w takiej sytuacji możliwości zabezpieczenia dalszego, nieprzerwanego świadczenia usług wykonywanych wcześniej przez samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej, ani nie ma podstaw prawnych do egzekwowania nałożonych na prywatnego przedsiębiorcę obowiązków publicznoprawnych⁷⁰⁷. Rygorystyczna linia orzecznicza sądów administracyjnych dotyczy jednak wyłącznie całkowitej prywatyzacji podmiotów publicznych i nie może stanowić przeszkody w rozwoju partnerstwa publiczno - prywatnego w sektorze ochrony zdrowia. Poza tym obowiązujące prawo nie zakazuje tzw. prywatyzacji formalnej systemu ochrony zdrowia, polegającej na kontraktowaniu świadczeń i usług np. na remontów, inwestycji, czy zakupie wyposażenia szpitali.

W rezultacie uznać należy, iż rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego w sektorze ochrony zdrowia w Polsce jest znikomy. Na zaistniałą sytuację wpływa fakt, iż ochrona zdrowia jest dziedziną wyjątkowo podatną na nastroje społeczne i zmiany polityczne. Inną przeszkodą jest brak dofinansowania służby zdrowia i niechęć inwestorów prywatnych do podjęcia ryzyka ekonomicznego w zakresie inwestycji w nieruchomości. Podmioty publiczne często stawiają potencjalnym inwestorom wygórowane warunki, dotyczące opłacalności przyszłych projektów, ograniczając się tylko do wkładu w postaci nieruchomości w dane przedsięwzięcie inwestycyjne.

Za pionierski przykład współpracy podmiotu publicznego z prywatnym w sektorze ochrony zdrowia w systemie partnerstwa publiczno - prywatnego w Polsce można uznać wybór prywatnego inwestora w zakresie zaprojektowania, budowy i wyposażenia szpitala powiatowego w Żywcu wraz z jego finansowaniem, utrzymaniem i zarządzaniem oraz świadczeniem usług zdrowotnych przez okres 30 lat. Po tym okresie nastąpi zwrot majątku stronie publicznej. Zakończony sukcesem przetarg odbył się w 2009 r., w którym wybrano prywatnego inwestora. Szacowana wartość inwestycji to 270 mln złotych. Prywatny inwestor

⁷⁰⁶ Art. 7 ust. 1 pkt 5 ustawy o samorządzie gminnym.

⁷⁰⁷ Wyrok NSA z 6.10.2010, II OSK 1453/10, LEX nr 746554.

zobowiązał się do zagwarantowania zatrudnienia załogi ze starego szpitala przez okres 5 lat. Podział zysków ze starostwem wynosi 1,5% przychodów w danym roku, a od 2035 r. procent ten będzie wynosił 3,75%. Z drugiej strony podmiot publiczny zobowiązał się m. in. do przeniesienia na inwestora 9 istniejących kontraktów z NFZ o łącznej wartości 45 mln złotych rocznie wraz z gwarancją ich przedłużenia na kolejne 5 lat, przeniesienia na inwestora prawa użytkowania niezbędnych nieruchomości oraz całości majątku powstałego na skutek likwidacji dawnego zakładu opieki zdrowotnej⁷⁰⁸.

5.10.5 Prawo Unii Europejskiej w zakresie ochrony zdrowia

Unia Europejska nie posiada wspólnej polityki dotyczącej ochrony zdrowia i działanie Wspólnoty w tym zakresie ma jedynie uzupełniać polityki krajowe, dotyczące poprawy zdrowia publicznego, zapobiegania chorobom i dolegliwościom ludzkim oraz usuwania źródeł zagrożeń dla zdrowia ludzkiego (art. 152 Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską⁷⁰⁹). Za organizację opieki zdrowotnej i świadczeń szpitalnych są więc w pełni odpowiedzialne państwa członkowskie⁷¹⁰. W aktualnej polityce gospodarczej Unii Europejskiej można jednak zaobserwować wzrost zainteresowania prywatyzacją systemu ochrony zdrowia, ponieważ Komisja Europejska uznaje świadczenia udzielane przez służbę zdrowia jako "usługi użyteczności publicznej" dla których stosowanie wspólnotowego prawa konkurencji powinno podlegać pewnym ograniczeniom. W wyroku w sprawie „Altmark Trans GmbH i Regierungspräsidium Magdeburg przeciwko Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH” ("Altmark")⁷¹¹ Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że rekompensata z tytułu świadczenia usług publicznych nie stanowi pomocy państwa w rozumieniu art. 87 TWE pod pewnymi warunkami⁷¹². Z prawnego punktu widzenia nie jest pewne, czy te

⁷⁰⁸ Zob. dane o projekcie PPP budowy szpitala powiatowego w Żywcu i świadczenia usług medycznych znajdujące się na stronie internetowej Ministerstwa Rozwoju Regionalnego.

⁷⁰⁹ Dz.U. nr 90/2004 poz. 864 ze zm.

⁷¹⁰ Jak wskazano w art. 152 ust. 5 TWE „Działanie Wspólnoty w dziedzinie zdrowia publicznego w pełni szanuje odpowiedzialność Państw Członkowskich za organizację i świadczenie usług zdrowotnych i opieki medycznej (...).

⁷¹¹ Judgment of the Court of 24 July 2003, Case C-280/00, European Court reports 2003 Page I-07747.

⁷¹² „Po pierwsze, przedsiębiorstwo będące beneficjentem musi wywiązywać się ze zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, a zobowiązania te muszą być jasno zdefiniowane. Po drugie, wyznaczniki, na bazie których wyliczana jest rekompensata, muszą zostać wcześniej ustanowione w obiektywny i przejrzysty sposób. Po trzecie, wysokość rekompensaty nie może przekraczać kwoty niezbędnej do pokrycia całości lub

kryteria powinny być wykorzystywane także do szpitali publicznych. W swojej decyzji⁷¹³ Komisja Europejska zaproponowała nieco mniej restrykcyjne warunki dla przyznania przez Państwa pomocy publicznej szpitalom. Według Komisji Europejskiej szpitale i przedsiębiorstwa, zajmujące się mieszkalnictwem socjalnym, zobowiązane do realizacji zadań związanych ze świadczeniem usług w ogólnym interesie gospodarczym, posiadają cechy szczególne, które należy uszanować. W szczególności zdaniem Komisji Europejskiej należy wziąć pod uwagę fakt, że na obecnym etapie rozwoju rynku wewnętrznego, stopień naruszenia zasad konkurencji w tych sektorach niekoniecznie zależy od wysokości rekompensaty i obrotu przedsiębiorstwa. W związku z tym, szpitale zapewniające opiekę medyczną, obejmującą w stosownych przypadkach usługi ratownicze i usługi pomocnicze, związane bezpośrednio z główną działalnością, szczególnie w dziedzinie badań oraz przedsiębiorstwa zajmujące się mieszkalnictwem socjalnym, zapewniające mieszkania dla obywateli znajdujących się w gorszym położeniu lub mniej uprzywilejowanych grup społecznych, które nie posiadają wystarczających środków, aby pozyskać mieszkanie na zasadach rynkowych, powinny być objęte zwolnieniem z obowiązku zgłoszenia określonym w opisywanej decyzji, nawet jeśli kwota rekompensaty, którą otrzymują, przekracza ustalone progi, jeśli wykonywane usługi zostały uznane przez Państwa Członkowskie za usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym.

W dniu 20 grudnia 2011 r. wydana została kolejna decyzja Komisji Europejskiej w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym⁷¹⁴, która weszła w życie w dniu 31 stycznia 2012 r. Nowa decyzja utrzymała w

części kosztów poniesionych w trakcie wywiązywania się ze zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych, przy uwzględnieniu odpowiednich wpływów i rozsądnego zysku. Wreszcie, w przypadku gdy wyboru przedsiębiorstwa mającego wywiązywać się ze zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych nie dokonuje się zgodnie z procedurą udzielania zamówień publicznych, która pozwoliłaby na wybór oferenta świadczącego te usługi za cenę najkorzystniejszą dla danej społeczności, poziom rekompensaty należy określić na podstawie analizy kosztów, jakie poniosłoby typowe, dobrze zarządzane przedsiębiorstwo dysponujące odpowiednimi środkami transportu”.

⁷¹³ Decyzja Komisji z 28.11.2005 w sprawie stosowania art. 86 ust. 2 Traktatu WE do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym (notyfikowana jako dokument nr C(2005) 2673, (2005/842/WE).

⁷¹⁴ Dz. Urz. UE L 7 z 11.01.2012, str. 3.

mocy założenia decyzji z 28.11.2005 r., odnośnie szpitali. Rekompensaty przyznane na rzecz szpitali, świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym korzystają z odstępstwa w zakresie obowiązku powiadomienia Komisji Europejskiej i wyrażenia przez nią zgody, niezależnie od ich wysokości ale pod warunkiem, że spełnione zostaną wymogi, zawarte w przedmiotowej decyzji.

5.10.6 Prywatyzacja ochrony zdrowia w niemieckim systemie prawnym

Podczas, gdy wiele krajów eksperymentowało z prywatyzacji szpitali⁷¹⁵, Niemcy wciąż są jedynym krajem w Europie, gdzie prywatyzacja szpitali publicznych została przeprowadzona na dużą skalę i wciąż jest dokonywana w systematyczny sposób. Powodem dla coraz większej liczby prywatyzacji szpitali w niemieckim systemie ochrony zdrowia jest zmiana sytuacji politycznej (zjednoczenie Niemiec) i warunków gospodarczych (słaba wydajność niemieckiej gospodarki, utrzymujące się wysokie bezrobocie i zwiększenie ilości udzielanych świadczeń socjalnych w latach 90'), w tym przede wszystkim trudna sytuacja finansów publicznych⁷¹⁶. Przez wiele lat władze nie dokonywały inwestycji w sektor opieki zdrowotnej. Wynikało to z faktu, iż na podstawie przepisów ustawy o finansowaniu szpitali („Krankenhausfinanzierungsgesetz”⁷¹⁷), to kraje związkowe ponoszą odpowiedzialność za prowadzenie polityki zdrowotnej oraz realizację usług medycznych na podległym im terenie⁷¹⁸. Zgodnie z §6 KHG, kraje związkowe są zobowiązane do ustanawiania planów

⁷¹⁵ Privatisation and the European Social Model, PRESCOM, Nr 5-6/2008, s. 5: np. Szwecja, gdzie w 1999 r. szpital St. Görans w Sztokholmie został całkowicie sprywatyzowany po jego przekształceniu w niezależny publiczny zakład opieki zdrowotnej w 1994 r., czy Austria, gdzie w 2008 r. dwa publiczne szpitale zostały sprzedane prywatnym inwestorom. Jeden z nich ponownie przekształcony został w szpital publiczny.

⁷¹⁶ T. Schulten, Liberalisation, jw., s. 9.

⁷¹⁷ Ustawa z 29.06.1972, powoływana dalej jako „KHG”. Tekst ustawy dostępny na stronie internetowej Federalnego Ministerstwa Sprawiedliwości: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/khg/gesamt.pdf>

⁷¹⁸ § 6 Krankenhausplanung und Investitionsprogramme

(1) Die Länder stellen zur Verwirklichung der in § 1 genannten Ziele Krankenhauspläne und Investitionsprogramme auf; Folgekosten, insbesondere die Auswirkungen auf die Pflegesätze, sind zu berücksichtigen.

(2) Hat ein Krankenhaus auch für die Versorgung der Bevölkerung anderer Länder wesentliche Bedeutung, so ist die Krankenhausplanung insoweit zwischen den beteiligten Ländern abzustimmen.

(3) Die Länder stimmen ihre Krankenhausplanung auf die pflegerischen Leistungserfordernisse nach dem Elften Buch Sozialgesetzbuch ab, insbesondere mit dem Ziel, Krankenhäuser von Pflegefällen zu entlasten und dadurch entbehrlich werdende Teile eines Krankenhauses nahtlos in wirtschaftlich selbständige ambulante oder stationäre

inwestycyjnych w szpitale w zakresie realizacji świadczeń opieki zdrowotnej. Z kolei przedmiot, zakres oraz metody planowania usług zdrowotnych, ustanawiane są na poziomie federalnym państwa i znacznie różnią się między landami. Jak wynika z §7 ust. 1 KHG, władze federalne są zobowiązane opracować plan świadczenia usług z zakresu ochrony zdrowia wraz z udziałem i konsultacją z regionalnymi stowarzyszeniami Niemieckiej Federacji Szpitali („Deutsche Krankenhausgesellschaft”), jak również z regionalnymi ubezpieczycielami zdrowotnymi⁷¹⁹. Przepis §1 pkt 2 KHG stanowi, iż przedmiotowy plan musi uwzględniać formę prawną wszystkich szpitali, czyli nie tylko publicznych, ale również prywatnych i działających non-profit⁷²⁰. W rezultacie system planowania opieki zdrowotnej w Niemczech wykazuje istotne różnice pomiędzy poszczególnymi krajami związkowymi w zakresie liczby szpitali i dostępnych łóżek, w stosunku do całej populacji kraju⁷²¹.

W związku z deficytem finansów publicznych, kraje związkowe były coraz mniej aktywne w wypełnianiu swoich ustawowych zadań w dziedzinie ochrony zdrowia, co skutkowało zahamowaniem inwestycji w istniejących szpitalach. Pod koniec 2005 r. łączny dług wszystkich niemieckich gmin wyniósł 83,8 miliardów euro, przy deficycie 2,3 miliarda euro. Sytuacja finansowa niemieckich landów była jeszcze gorsza, z całkowitym długiem 468,2 miliarda euro i rocznym deficytem budżetowym 24,1 mld euro. Ocenia się, że obecne zaległości w niezbędnych inwestycjach w szpitalach wynoszą około 30 mld euro⁷²². Ponieważ niemiecki system finansowania szpitali nie gwarantuje pełnej rekompensaty kosztów, wiele niemieckich szpitali nie było w stanie utrzymać stabilności finansowej i więcej niż jedna

Pflegeeinrichtungen umzuwidmen”.

(4) Das Nähere wird durch Landesrecht bestimmt.

⁷¹⁹ T. Schulten, Liberalisation, jw., s. 9. Jak stanowi §7 ust. 1 KHG - „Mitwirkung der Beteiligten

(1) Bei der Durchführung dieses Gesetzes arbeiten die Landesbehörden mit den an der Krankenhausversorgung im Lande Beteiligten eng zusammen; das betroffene Krankenhaus ist anzuhören. Bei der Krankenhausplanung und der Aufstellung der Investitionsprogramme sind einvernehmliche Regelungen mit den unmittelbar Beteiligten anzustreben”.

⁷²⁰ „Bei der Durchführung des Gesetzes ist die Vielfalt der Krankenhausträger zu beachten. Dabei ist nach Maßgabe des Landesrechts insbesondere die wirtschaftliche Sicherung freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser zu gewährleisten. Die Gewährung von Fördermitteln nach diesem Gesetz darf nicht mit Auflagen verbunden werden, durch die die Selbständigkeit und Unabhängigkeit von Krankenhäusern über die Erfordernisse der Krankenhausplanung und der wirtschaftlichen Betriebsführung hinaus beeinträchtigt werden”.

⁷²¹ T. Schulten, Liberalisation, jw., s. 10.

⁷²² Tamże.

trzecia z nich miała negatywny bilans finansowy w 2004 r.⁷²³.

Finansowanie szpitali w Niemczech zorganizowane jest poprzez system tzw. podwójnego finansowania, który został wprowadzony w 1970 r. Wszystkie koszty operacyjne, które obejmują koszty usług medycznych oraz zakwaterowania, jak również koszty wynagrodzenia personelu medycznego, pokrywane są z umów zawieranych między szpitalami i towarzystwami ubezpieczeń, natomiast długoterminowe inwestycje w infrastrukturę i rozbudowę szpitali finansowane są przez kraje związkowe w porozumieniu z władzami szpitali. Zgodnie z przepisami kodeksu społecznego („Sozialgesetzbuch”)⁷²⁴, tylko te szpitale otrzymują dofinansowanie od państwa oraz prywatnych funduszy ubezpieczeniowych, które są oficjalnie zarejestrowane w narodowym wykazie szpitali. W rzeczywistości 97% wszystkich klinik i około 80% wszystkich prywatnych szpitali należą do systemu planowania szpitali⁷²⁵.

Natomiast tryb pokrycia kosztów operacyjnych szpitali w ramach ubezpieczenia zdrowotnego w wyniku różnych zmian legislacyjnych uległ przemianie z pełnego do ograniczonego. Do końca 1992 r. wszystkie wydatki operacyjne miały być finansowane przez zakłady ubezpieczeń tak, aby niemożliwym było powstanie po stronie szpitala deficytu. Wynagrodzenie szpitala za pobyt pacjenta było naliczane za każdy dzień w ramach zryczałtowanej opłaty, której wysokość była stała, niezależnie od nakładów poczynionych na leczenie poszczególnych pacjentów. W latach 80-tych powyższy system finansowania szpitali był coraz bardziej oskarżany o tworzenie zachęty do trzymania chorych w szpitalu dłużej niż było to konieczne, w celu zwiększenia wskaźnika obłożenia szpitali chorymi i uzyskiwania w ten sposób zwrotu kosztów. Wraz z przyjęciem w 1992 r. ustawy o strukturze opieki zdrowotnej („Gesundheitsstrukturgesetz”⁷²⁶), dopuszczalne wydatki szpitali zostały ograniczone. W 1996 r. system zwrotu kosztów w oparciu o opłaty za dzień został zastąpiony przez system płatności mieszanych, które zawierały zarówno opłaty za dzień, jak również opłaty za pojedynczy przypadek, które pokrywały koszty pobytu pacjenta w szpitalu. Zmiany w systemie finansowania szpitali miały na celu racjonalizację kosztów, w celu zapewnienia bardziej efektywnego i oszczędnego wykorzystywania usług medycznych. Nowe formy

⁷²³ Tamże.

⁷²⁴ Ustawa z 1.1.1975, powoływana dalej jako „SGB”. Tekst ustawy dostępny na stronie internetowej Federalnego Ministerstwa Sprawiedliwości: http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/sgb_1/gesamt.pdf

⁷²⁵ Tamże, s. 13.

⁷²⁶ Ustawa z 21.12.1992, Tekst ustawy dostępny na stronie internetowej Federalnego Ministerstwa Sprawiedliwości: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gsg/gesamt.pdf>

finansowania szpitali pociągnęły za sobą daleko idące zmiany w sektorze opieki zdrowotnej – zmniejszenie, bądź zamknięcie liczby szpitali i łóżek szpitalnych, obniżenie średniej długości pobytu w szpitalu, a także coraz większa liczba prywatyzacji szpitali. Jednak do końca lat dziewięćdziesiątych XX w. wszystkie te reformy nie doprowadziły do spadku ogólnych wydatków na szpitale, które wręcz przeciwnie stale rosły. W 2000 r. Rząd Federalny zdecydował się na jeszcze bardziej restrykcyjną zmianę systemu finansowania szpitali poprzez wprowadzenie systemu „Diagnosis Related Group” („DRG”) który w swoich założeniach opierał się na istniejących w Australii „Australia DRG-System”. Istota systemu „DRG” opiera się na założeniu, że w każdym przypadku koszty leczenia pacjenta powinny zostać zwrócone w wysokości jednolitej zryczałtowanej kwoty, określonej przez „DRG” niezależnie od kosztów leczenia konkretnego przypadku i rzeczywistych kosztów poniesionych na ten cel przez szpital⁷²⁷.

Powszechnie oczekuje się, że pełne wprowadzenie systemu „DRG” spowoduje dalsze pogłębienie trwającego procesu restrukturyzacji niemieckiego systemu ochrony zdrowia. „DRG” nakłada na szpitale obowiązek racjonalizacji, zwłaszcza w stosunku do tych, które generują koszty pobytu pacjenta powyżej średniej. Również szpitale, działające poniżej średnich kosztów mają silną zachętę do dalszego redukcji kosztów, gdyż różnica między kosztami świadczeń medycznych dla konkretnego przypadku, a ryczałtowym wynagrodzeniem płaconym przez „DRG” pozostaje dla nich zyskiem. Jedną z głównych konsekwencji wprowadzenia „DRG” jest spadek średniej długości pobytu pacjenta w szpitalu, gdyż zryczałtowana opłata za każdy przypadek wymaga maksymalnie krótkiego okresu hospitalizacji. Ponadto, rosnąca presja racjonalizacji, nałożona na szpitale przez „DRG” doprowadza do dalszej koncentracji w sektorze szpitalnym. Badania szacują, że w 2020 r. liczba szpitali i łóżek szpitalnych spadnie do 20%. Około jedna trzecia wszystkich niemieckich szpitalach nie będzie w stanie działać bez deficytu finansowego w warunkach „DRG”. Spowoduje to dalszą restrukturyzację w niemieckim systemie ochrony zdrowia, w tym zamknięcie szpitali, fuzje oraz dalszą ich prywatyzację⁷²⁸.

Przechodząc do zagadnienia prywatyzacji szpitali, polegającej na przekształceniu ich w podmioty gospodarcze należy zauważyć, iż pomimo, że pierwszy przypadek prywatyzacji publicznego szpitala w Niemczech miał miejsce już w 1984 r., to od tego czasu niewiele zmienił udział pomiotów prywatnych w strukturze runku usług medycznych, która obejmowała

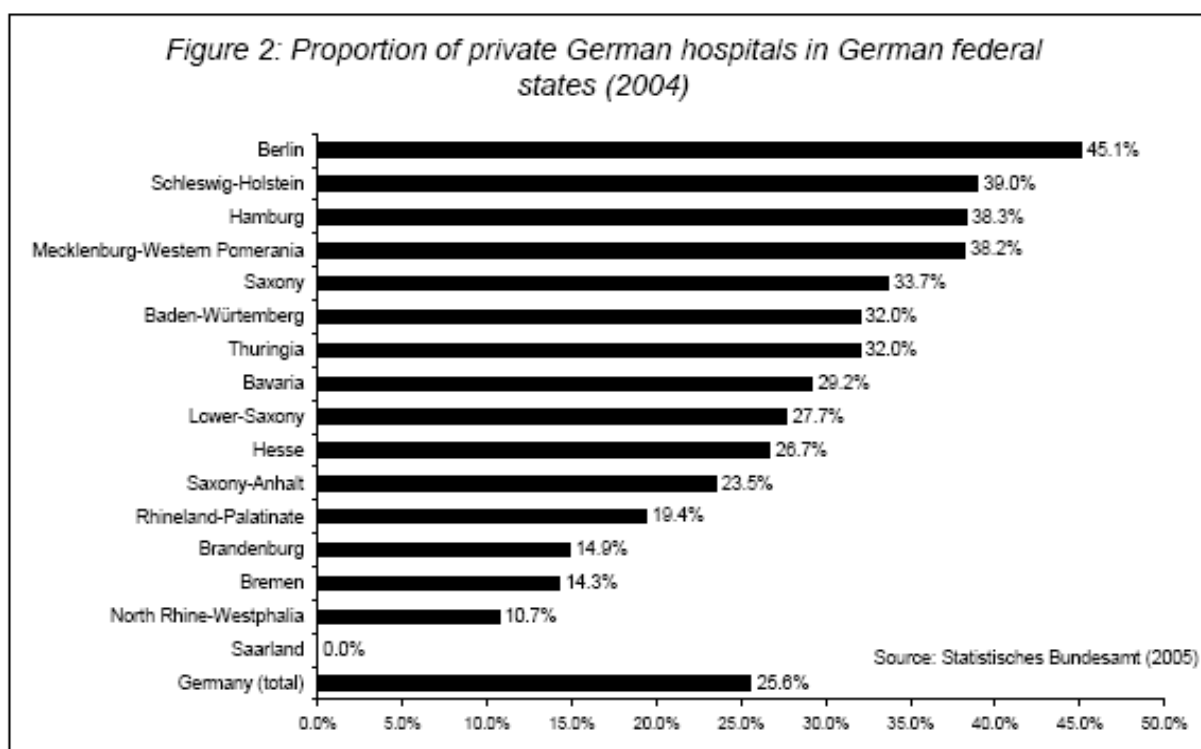
⁷²⁷ Tamże, s.13-20.

⁷²⁸ Tamże...s. 15.

organy publiczne, podmioty prywatne niedziałające dla zysku oraz podmioty prywatne⁷²⁹.

Oprócz szpitali publicznych, które są własnością gmin, powiatów lub niemieckich landów, funkcjonują na nim działające non-profit szpitale prowadzone przez kościoły i organizacje charytatywne. Przez dłuższy czas istniało też kilka specjalistycznych klinik. Taka sytuacja miała miejsce aż do wczesnych lat dziewięćdziesiątych XX w., gdzie po zjednoczeniu Niemiec nastąpiła pierwsza fala prywatyzacji szpitali - głównie we wschodnich Niemczech - w ramach transformacji ustrojowej. Od 2000 r. trwa w Niemczech druga fala prywatyzacji szpitali, która obejmuje wszystkie regiony Niemiec, w tym ostatnio przeprowadzona prywatyzacja szpitala uniwersyteckiego z udziałem uniwersytetów w Marburgu i Gießen na początku 2006 r.⁷³⁰.

W latach 1991 i 2004 udział prywatnych szpitali w sektorze opieki zdrowotnej wzrósł z 14,8% do 25,6%. W tym samym czasie udział szpitali publicznych w sektorze opieki zdrowotnej zmniejszył się z 46% do 36%. Istnieją również istotne różnice regionalne w zakresie udziału podmiotów prywatnych we własności szpitali, począwszy od 45% w Berlinie, a skończywszy na 0% w Kraju Saary⁷³¹.



Wykres nr 2 - udział prywatnych szpitali w sektorze opieki zdrowotnej Niemiec, źródło: T. Schulten, Liberalisation, privatisation and regulation in the German healthcare sector/hospitals [w:] Privatisation of

⁷²⁹ Privatisation and the European Social Model, PRESOM, Nr 5-6/2008, s. 6.

⁷³⁰ Tamże.

⁷³¹ T. Schulten, Liberalisation, privatisation and regulation..., jw., s. 4-5.

Mimo, że podmioty publiczne utraciły pozycję dominującą we własności całkowitej liczby szpitali, to wciąż mają dominującą pozycję, gdy rozpatrywana jest ilość łóżek szpitalnych. W 2004 r. większość, bo 52,8% wszystkich łóżek wciąż należała do szpitali publicznych, w porównaniu do zaledwie 11,5%, świadczonych przez szpitale prywatne. Dominująca pozycja szpitali publicznych jest jeszcze bardziej widoczna w odniesieniu do liczby pracowników. Prawie 60% wszystkich pracowników w 2004 r. było zatrudnionych w szpitalach publicznych, podczas gdy w szpitalach prywatnych mniej niż 10% wszystkich pracowników. Prywatyzacja niemieckich szpitali stała się domeną mniejszych klinik. W 2004 r. więcej niż 82% wszystkich prywatnych szpitali miało mniej niż 200 łóżek i ponad 63% nawet mniej niż 100 łóżek. Tylko około 4% wszystkich prywatnych szpitali stanowiło większe kliniki z ponad 500 łózkami, w przeciwieństwie do sektora publicznego, w obrębie którego 62% szpitali stanowiły szpitale średnie i duże. Prawie jedna czwarta (23%) zapewniała więcej niż 500 łóżek⁷³².

Podczas gdy w przeszłości inwestorzy prywatni skupiali się na przejmowaniu mniejszych klinik, niedawno Niemcy stanęły w obliczu bardziej spektakularnych przypadków, w których prywatyzacji podlegały większe szpitale. W 2004 r. firma „Asklepios” zakupiła największy zespół szpitali w Hamburgu („Landesbetrieb Krankenhäuser”), który obejmował siedem klinik z 5688 z łózkami⁷³³. W styczniu 2006 r. Niemcy po raz pierwszy dokonały prywatyzacji szpitala uniwersyteckiego, gdy prywatna korporacja szpitali „Rhön Klinikum AG” nabyła uniwersyteckie kliniki Marburga i Gießen od kraju związkowego Hesji. Łącznie obie kliniki zapewniały ponad 2400 łóżek⁷³⁴. Badania nad prywatyzacją niemieckiego sektora opieki zdrowotnej wskazują, iż proces prywatyzacji będzie kontynuowany w przyszłości i to w większych klinikach. Do 2020 r. udział prywatnych szpitali w sektorze opieki zdrowotnej ma wzrosnąć z 25% do 40%⁷³⁵.

5.10.7 Prywatyzacja przedsiębiorstwa państwowego „Szpitale Hamburg”

Prywatyzacja zespołu szpitali w Hamburgu – „Landesbetrieb Krankenhäuser” do dnia

⁷³² Tamże.

⁷³³ Tamże, s. 6.

⁷³⁴ Tamże.

⁷³⁵ Tamże.

dzisiejszego uważana jest za największą pod względem rozmiarów prywatyzację szpitala w Europie⁷³⁶. Obejmowała swoim rozmiarem siedem szpitali oferujących ponad 5688 łóżek. Odbyła się w 2004 r. na rzecz prywatnego świadczeniodawcy usług zdrowotnych - firmy „Asklepios”, pomimo sprzeciwu 76,8% mieszkańców Hamburga⁷³⁷. Władze miasta pierwotnie obiecały, że prywatyzacja ta doprowadzi do poprawy jakości usług medycznych. Pomimo tego, w badaniu opinii publicznej, przeprowadzonym po prywatyzacji szpitala, otrzymał on najniższą ocenę wśród wszystkich szpitali objętych badaniem. Na pogorszenie dostępności i jakości usług medycznych miały wpływ zmiany, które zostały wprowadzone przez nowych właścicieli po prywatyzacji, w tym przede wszystkim znaczne zmniejszenie załogi szpitala. Ponadto wprowadzenie programu opieki medycznej – „Diagnosis Related-Group-Systems” stanowiło dla nowych władz szpitali pretekst do utrzymywania pacjentów w szpitalu jak najkrócej, co miało pozwolić na zmniejszenie średniej liczby lekarzy przypadających na łóżko szpitalne i generowanie zysków z tytułu świadczenia usług medycznych poniżej kosztów określonych w „DRG”. Reorganizacja i zwiększenie systemu pracy po prywatyzacji szpitala spowodowało lawinowy odpływ personelu. Prawie połowa z 4000 wykwalifikowanych pracowników skorzystała z układu zbiorowego zawartego pomiędzy władzami miasta Hamburga, a spółką „Asklepios” i opuściła szpital w ciągu 2 lat po prywatyzacji, nadal pracując na rzecz miasta Hamburg i tworząc w ten sposób ogromne obciążenie finansowe dla miasta⁷³⁸.

5.11 Prywatyzacja realizacji celu publicznego dziedzinie budowy i utrzymania infrastruktury sportowej

5.11.1 Uwagi ogólne

Sformułowany w art. 6 pkt 6 u.g.n. cel publiczny, polegający na budowie i utrzymaniu publicznych obiektów sportowych nie został zdefiniowany w żadnym akcie prawnym. Jego

⁷³⁶ Privatisation and the European Social Model, PRESOM, Nr 5-6/2008, s. 6.

⁷³⁷ Tamże.

⁷³⁸ Tamże.

znaczenia należy poszukiwać w przepisach ustawy o sporcie⁷³⁹. Z art. 27 tej ustawy wynika, iż tworzenie warunków, w tym organizacyjnych, sprzyjających rozwojowi sportu stanowi zadanie własne jednostek samorządu terytorialnego. Organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego może określić, w drodze uchwały, warunki i tryb finansowania tego zadania własnego, wskazując w uchwale cel publiczny z zakresu sportu, który jednostka ta zamierza osiągnąć. Przepisy ustawy nie naruszają uprawnień jednostek samorządu terytorialnego do wspierania kultury fizycznej na podstawie przepisów odrębnych. Ustawodawca przesądził tym samym, że tworzenie i utrzymywanie publicznych obiektów sportowych w rozumieniu art. 6 pkt 6 u.g.n. stanowi obowiązek jednostek samorządu terytorialnego.

Obowiązek ten można wywnioskować także z brzmienia art. 7 ust. 1 pkt 10 ustawy o samorządzie gminnym⁷⁴⁰, zgodnie z którym do zadań własnych gminy należą sprawy z zakresu kultury fizycznej i turystyki, w tym terenów rekreacyjnych i urządzeń sportowych. Gmina ma możliwość tworzenia klubów sportowych, działających w formie spółki kapitałowej lub przystępowania do nich niezależnie od ograniczeń nałożonych na nią przez przepisy ustawy o gospodarce komunalnej⁷⁴¹, ponieważ w wielu przypadkach gminy są udziałowcami klubów sportowych, funkcjonujących w formie spółki kapitałowej i działających na terenie danej gminy.

Ponadto z samej konstrukcji tego celu wynika, iż nie ma konieczności oznaczania obiektów sportowych w odrębnych aktach prawnych mianem „publicznych”, gdyż jest to związane z publicznym charakterem i funkcją tych obiektów, a także z ustawowym obowiązkiem ich budowania i utrzymania przez jednostki samorządu terytorialnego⁷⁴².

Do katalogu celów publicznych w zakresie budowy i utrzymania obiektów sportowych zalicza się również projektowanie, budowę, przebudowę lub remont stadionów i innych obiektów budowlanych, określonych w art. 1 ust. 2 pkt 1 ustawy o przygotowaniu finałowego turnieju Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO 2012⁷⁴³, a których wykaz znajduje się w rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie wykazu przedsięwzięć Euro 2012⁷⁴⁴. Powyższe wynika z art. 3 powołanej ustawy, zgodnie z którym przedsięwzięcia te są celami publicznymi i inwestycjami celu publicznego w rozumieniu przepisów u.g.n. oraz przepisów

⁷³⁹ Ustawa z 25.06.2010, Dz.U. nr 127/2010, poz. 857 ze zm.

⁷⁴⁰ Ustawa z 8.03.1990, tekst jedn. Dz.U. nr 142/2001, poz. 1591 ze zm.

⁷⁴¹ Art. 61 ustawy o sporcie dokonujący zmiany art. 10 ust. 3 ustawy o gospodarce komunalnej.

⁷⁴² J. Jaworski, Ustawa o gospodarce..., jw., s. 83.

⁷⁴³ Ustawa z 7.09.2007, tekst jedn. Dz.U. nr 26/2010, poz. 133 ze zm.

⁷⁴⁴ Rozporządzenie z 29.12.2009, Dz.U. nr 8/2010, poz. 52 ze zm.

o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym.

5.11.2 Zastosowanie instytucji partnerstwa publiczno-prywatnego

W związku obowiązywaniem ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym należy rozważyć możliwość zastosowania tej instytucji w projektach, mających na celu budowę i utrzymanie obiektów sportowych. Inwestycje w sektorze sportowym uważane są za mało opłacalne i w konsekwencji deficytowe. Obiekty zarządzane przez samorządy mają niski lub niewystarczający standard, głównie ze względu na ich szybką dekapitalizację. Powoduje to, iż większość inwestycji w tym sektorze realizowanych jest przy znaczącym wsparciu ze środków publicznych. Ma na to wpływ kilka czynników⁷⁴⁵:

1. znaczenie niektórych obiektów powoduje konieczność bezpośredniego udziału sektora publicznego w ich realizacji i eksploatacji (np. Stadion Narodowy w Warszawie);
2. przedsięwzięcia tego typu wymagają znacznych nakładów i charakteryzują się długim cyklem rozwoju, a co za tym idzie znacznym ryzykiem;
3. do przedsięwzięć tego typu nie powinno stosować się tylko i wyłącznie wskaźników opłacalności projektu, ale przede wszystkim powinny być stosowane analizy społeczno-ekonomicznych kosztów i korzyści. Ocena kosztów i korzyści pod względem ekonomiczno-społecznym nie jest oderwana od realiów rynkowych, a wręcz przeciwnie wielokrotnie się z nimi pokrywa. Sztandarowym przykładem może być gmina miasta Paryż, gdzie w 1998 r. miały odbyć się Mistrzostwa Świata w Piłce Nożnej i postanowiono wybudować kompleks sportowy, który spełniałby oczekiwania związane z organizacją takiej imprezy. Zdecydowano się na formułę partnerstwa publiczno - prywatnego i dopuszczenie do inwestycji podmiotów prywatnych. Kompleks „Stade de France” spełnił swoje zadanie w całości, a większość wynagrodzenia partnera prywatnego pochodziło z zysków z biletów. Większość inwestycji o charakterze sportowo-rekreacyjnym realizowana jest w Europie na podstawie umów, zawartych z reguły na okres obowiązywania od 20 do 40 lat⁷⁴⁶.

Można zaobserwować w Polsce coraz większą ilość zrealizowanych inwestycji w zakresie budowy obiektów sportowych w systemie partnerstwa publiczno – prywatnego. Jak

⁷⁴⁵ D. Lis: Partnerstwo publiczno-prywatne w sektorze sportowym, Biuletyn Kancelarii Nowakowski i Wspólnicy, Nr 38/2005.

⁷⁴⁶ Tamże.

wynika z raportu⁷⁴⁷ do 28.02.2011 r., a zatem w ciągu dwóch lat funkcjonowania aktualnie obowiązujących przepisów o partnerstwie publiczno – prywatnym, ogłoszono 37 postępowań mających na celu doprowadzenie do wyboru partnera prywatnego, który miał podjąć się realizacji przedsięwzięcia w zakresie budowy obiektów sportowych. Podmiotami publicznymi, zainteresowanymi budową infrastruktury sportowej w tym systemie były głównie gminy oraz powiaty.

Spośród inwestycji, dotyczących budowy, modernizacji, bądź zarządzania obiektów sportowych na podstawie ustawy o partnerstwie publiczno - prywatnym w Polsce w latach 2009-2011 można było wyróżnić⁷⁴⁸:

1. baseny (obiekty krytych lub otwartych pływalni wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą);
2. kompleksy sportowe i rekreacyjne (duże centra sportowe i/lub rekreacyjne i/lub wypoczynkowe, w skład których może wchodzić szereg obiektów, np. hotele, baseny, SPA, sauny, boiska, parkingi oraz inna infrastruktura towarzysząca);
3. hale widowiskowo-sportowe (najczęściej z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą np. w postaci parkingu lub hotelu);
4. stadiony (z infrastrukturą towarzyszącą);
5. porty żeglarskie/turystyczne (z infrastrukturą towarzyszącą).

Najczęściej występującymi obiektami były pływalnie (definiowane również jako kompleksy basenowe, parki wodne, kąpieliska itp.) – 13 planowanych do realizacji tego typu obiektów stanowiło aż 43% wszystkich obiektów. Drugą dużą grupę (7 inwestycji) stanowiły kompleksy sportowo-rekreacyjne, dalej uplasowały się kolejno hale widowiskowo-sportowe, stadiony oraz porty turystyczne/żeglarskie. W sześciu z siedmiu planowanych takich kompleksów sportowo-rekreacyjnych, budowa pływalni była częścią składową całej inwestycji, dlatego też należy podkreślić, iż obiekty basenowe to zdecydowanie najchętniej wybierane obiekty do realizacji infrastruktury sportowej w ramach partnerstwa publiczno - prywatnego w Polsce⁷⁴⁹.

Jako dominujący model zakładanej współpracy, występowały koncesje na roboty budowlane (łącznie 20 postępowań). W przeważającej mierze były to projekty, dotyczące budowy nowej infrastruktury, natomiast pozostałe projekty stanowiły przedsięwzięcia, w

⁷⁴⁷ Raport: Partnerstwo Publiczno-Prywatne w infrastrukturze sportowej w Polsce, Kancelaria Doradztwa Gospodarczego Cieslak & Kordasiewicz, Warszawa 2011.

⁷⁴⁸ Tamże.

⁷⁴⁹ Tamże.

ramach których przewidziano rewitalizację, remont, przebudowę, odbudowę lub modernizację już istniejących obiektów. Łączna szacunkowa wartość wszystkich inwestycji infrastruktury sportowej przewidzianej do realizacji w na podstawie partnerstwa publiczno - prywatnego wynosiła w latach 2009 - 2011 blisko 1,9 mld złotych netto⁷⁵⁰. W przypadku pięciu projektów planowane było współfinansowanie inwestycji ze środków Unii Europejskiej (poziom dofinansowania miał wynieść od 25% do 50% nakładów inwestycyjnych projektu), a w pozostałych postępowaniach zakładano partycypację finansową podmiotów publicznych (oprócz wniesienia wkładu w postaci nieruchomości). Warunki udziału w postępowaniu, jakie spełniać mieli inwestorzy prywatni, można podzielić na: ekonomiczne (najczęściej dotyczyły możliwości finansowania przedmiotu umowy, posiadania ubezpieczenia OC) oraz techniczne (doświadczenie w budowie obiektów o zbliżonych parametrach, posiadanie odpowiednich zasobów ludzkich najczęściej w postaci projektanta i kadry kierowniczej budowlanej i/lub doświadczenia w zarządzaniu podobną infrastrukturą). Planowany okres zawarcia umów mieścił się w przedziale 20-30 lat⁷⁵¹. Jednak z ogłoszonych 37 postępowań tylko 23 znalazło zainteresowanie wśród inwestorów prywatnych, którzy potwierdzili to przez złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z czego tylko 5 zakończyło się złożeniem przynajmniej jednej oferty przez inwestorów prywatnych. Do podpisania umowy doszło natomiast jedynie w przypadku dwóch projektów⁷⁵²:

1. Zaprojektowanie i budowa obiektu pn.: Centralny Park Rekreacji, Balneologii, Turystyki i Wypoczynku „Termy Gostynińskie” opiewający na kwotę ok. 200 mln zł netto.;
2. Koncesja na roboty budowlane dla zadania pn. "Kompleks mineralnych basenów w Solcu – Zdroju (woj. Świętokrzyskie)".

Należy więc zauważyć, iż pomimo olbrzymiego potencjału, system partnerstwa publiczno – prywatnego w zakresie budowy i utrzymania obiektów sportowych, pozostaje w znacznej mierze niewykorzystany. Jak wynika z omawianego raportu, powodem takiej sytuacji jest rozbieżność stanowisk podmiotów prywatnych i władz publicznych w zakresie finansowania projektu na etapie eksploatacji infrastruktury, co warunkuje podjęcie ryzyka ekonomicznego przez inwestorów prywatnych. Inwestorzy nie decydują się na podjęcie nadmiernego ryzyka, z kolei podmioty publiczne nie chcą lub nie mogą ze względu na

⁷⁵⁰ Tamże.

⁷⁵¹ Tamże.

⁷⁵² Tamże.

ograniczenia budżetowe partycypować w dużej liczbie projektów. Podmioty publiczne wśród przyczyn niepowodzeń wskazują brak dostatecznie dobrze przygotowanych ofert lub złożenie ofert niezgodnych z określonymi warunkami, a także trudne do spełnienia wymagania inwestorów prywatnych (np. zabezpieczenie kredytu na nieruchomości lub wymóg tworzenia spółek celowych na podstawie ustawy o partnerstwie publiczno - prywatnym). Powodów niepowodzeń znacznej części dotychczasowych postępowań jest więcej. Zaliczyć do nich należy m.in. wciąż niski stopień wiedzy podmiotów publicznych i prywatnych na temat zasad realizacji projektów o partnerstwo publiczno - prywatne, sporządzanie nierzetelnych analiz przedrealizacyjnych czy brak profesjonalnego zaplecza eksperckiego⁷⁵³.

5.12 Prywatyzacja sektora usług pocztowych

5.12.1 Charakterystyka sektora usług pocztowych w Polsce

Zgodnie z art. 6a u.g.n. celem publicznym jest budowa i utrzymywanie obiektów oraz pomieszczeń niezbędnych do realizacji obowiązków w zakresie świadczenia przez operatora publicznego powszechnych usług pocztowych, a także innych obiektów i pomieszczeń związanych ze świadczeniem tych usług. Na treść powyższego przepisu wpływa ustawa prawo pocztowe⁷⁵⁴, której art. 3 pkt 11, 12 oraz 25 wskazują, iż operatorem publicznym jest przedsiębiorca, uprawniony do wykonywania działalności pocztowej, który jest zobowiązany do świadczenia powszechnych usług pocztowych⁷⁵⁵. Obowiązek wykonywania określonych w powyższej ustawie zadań operatora publicznego został powierzony „Poczcie Polskiej” S.A., będącej państwowym przedsiębiorstwem użyteczności publicznej, działającym na

⁷⁵³ Tamże.

⁷⁵⁴ Ustawa z 12.06.2003, tekst jedn. Dz.U. nr 189/2008, poz. 1159 ze zm.

⁷⁵⁵ Które to usługi polegają na: przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu przesyłek listowych do 2000 g, w tym przesyłek poleconych i przesyłek z zadeklarowaną wartością, paczek pocztowych do 10 000 g, w tym z zadeklarowaną wartością, i przesyłek dla ociemniałych, doręczaniu nadesłanych z zagranicy paczek pocztowych do 20 000 g, oraz realizowaniu przekazów pocztowych, jeżeli powyższe usługi są świadczone w obrocie krajowym i zagranicznym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w sposób jednolity w porównywalnych warunkach i po przystępnych cenach, z zachowaniem wymaganej prawem jakości oraz z zapewnieniem co najmniej jednego opróżnienia nadawczej skrzynki pocztowej i doręczania przesyłek co najmniej w każdy dzień roboczy i nie mniej niż przez 5 dni w tygodniu.

podstawie ustawy o państwowym przedsiębiorstwie użyteczności publicznej „Poczta Polska”⁷⁵⁶. Ustawa ta została uchylona z dniem 10.11.2008 r. przez art. 29 ustawy o komercjalizacji państwowego przedsiębiorstwa użyteczności publicznej „Poczta Polska”⁷⁵⁷, jednak zgodnie z art. 29 ust. 2 tej ustawy Poczta Polska nadal działa na podstawie ustawy o państwowym przedsiębiorstwie użyteczności publicznej „Poczta Polska” do czasu wykreślenia jej z rejestru przedsiębiorców.

Z art. 6a u.g.n. wynika, iż tylko operator publiczny jest podmiotem, na rzecz którego dopuszczalna jest budowa obiektów służących realizacji świadczonych przez niego powszechnych usług pocztowych. Do końca 1980 r. działalność pocztową oraz telekomunikacyjną w Polsce świadczył tylko jeden operator tj. przedsiębiorstwo państwowe „Polska Poczta, Telegraf i Telefon”. Po zmianie ustroju polityczno – gospodarczego na mocy art. 76 ustawy o łączności⁷⁵⁸, z dniem 1.01.1992 r. dokonano przekształcenia ww. przedsiębiorstwa w dwa niezależne podmioty gospodarcze – państwowe przedsiębiorstwo użyteczności publicznej „Poczta Polska” oraz jednoosobową spółkę Skarbu Państwa – „Telekomunikacja Polska S. A.”. Ustawa ta po raz pierwszy wprowadziła zasady wolnej konkurencji na polskim rynku usług pocztowych. Najważniejsze zmiany w strukturze rynku usług pocztowych zostały jednak wdrożone w 1995 r., nowelizacją powyższej ustawy⁷⁵⁹. Na mocy jej przepisów rynek usług pocztowych został podzielony na trzy sektory:

1. zastrzeżony: do którego należało wykonywanie pocztowych usług o charakterze powszechnym, polegających na przyjmowaniu, przewozie i doręczaniu w obrocie krajowym i zagranicznym przesyłek listowych - z wyjątkiem druków bezadresowych i ankiet - o masie do 2000 g, listów wartościowych o masie do 2000 g, paczek pocztowych oraz nadawaniu i doręczaniu przekazów pocztowych⁷⁶⁰;
2. koncesyjny – dla usług wymagających koncesji (z wyjątkiem zastrzeżonych dla Poczty Polskiej);
3. wolnej konkurencji – w którym działalność prowadziły podmioty, które uzyskały wpis do ewidencji działalności gospodarczej lub do rejestru sądowego w zakresie określonym ustawą, obejmujący świadczenie usług pocztowych, które nie mają

⁷⁵⁶ Ustawa z 30.07.1997, Dz.U. nr 106/1997, poz. 675, uchylony.

⁷⁵⁷ Ustawa z 5.09.2008, Dz.U. nr 180/2008, poz. 1109.

⁷⁵⁸ Ustawa z 23.11.1990, Dz.U. nr 86/1990, poz. 504 ze zm., uchylony.

⁷⁵⁹ Ustawa z 12.05.1995 o zmianie ustawy o łączności oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. nr 60/1995, poz. 310, nieobowiązujący.

⁷⁶⁰ Art. 3 ust. 3 ustawy.

charakteru uniwersalnego, takich jak doręczanie paczek innych niż pocztowe, formularzy, kwestionariuszy, ulotek.

Ustawa ta w sposób formalny zawężyła konkurencję na rynku paczek pocztowych oraz przekazów pieniężnych, jednak tym samym rynek przesyłek kurierskich i paczek innych niż pocztowe, na skutek braku reglamentacji uległ gwałtownemu rozwojowi. W dniu 12.10.1997 r. weszła w życie ustawa o państwowym przedsiębiorstwie użyteczności publicznej "Poczta Polska", która określiła podstawy działania tego przedsiębiorstwa. Nie ustanowiła ona nowej jednostki, lecz odniosła się do już istniejącego państwowego przedsiębiorstwa użyteczności publicznej "Poczta Polska", tworząc dla niego nowy reżim prawny. Na mocy jej przepisów „Poczta Polska” uzyskała miano operatora publicznego⁷⁶¹. Kolejna nowelizacja ustawy o łączności, która miała miejsce w 2001 r.⁷⁶² nie przyniosła żadnych istotnych zmian w zakresie struktury rynku usług pocztowych. Podstawowa zmiana dotyczyła zasad regulujących funkcjonowanie rynku usług pocztowych - operatorzy chcący prowadzić działalność na rynku usług pocztowych musieli starać się o zezwolenie, zamiast o koncesję⁷⁶³. Tempo liberalizacji rynku pocztowego zostało znacznie przyspieszone w momencie akcesji Polski do Unii Europejskiej i konieczności dostosowania przepisów pocztowych do prawodawstwa europejskiego. Uchwalona w 2003 r. ustawa prawo pocztowe, określająca zasady wykonywania działalności gospodarczej, polegającej na świadczeniu usług pocztowych w obrocie krajowym lub zagranicznym, dokonała transpozycji do krajowego porządku prawnego dyrektyw UE w tym zakresie⁷⁶⁴. Obszar, na którym operator publiczny

⁷⁶¹ Art. 1 ust. 1 tej ustawy: „Państwowe przedsiębiorstwo użyteczności publicznej "Poczta Polska" jest przedsiębiorstwem powołanym do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie usług pocztowych, w tym do zapewniania ciągłości świadczenia usług pocztowych o charakterze powszechnym, w obrocie krajowym i zagranicznym, na obszarze całego kraju oraz do zapewnienia bezpieczeństwa obrotu pocztowego, w celu bieżącego i nieprzerwanego zaspokajania potrzeb ludności, organów państwowych, samorządu terytorialnego oraz gospodarki narodowej”.

⁷⁶² Ustawa z 7.06.2001 o zmianie ustawy o łączności, Dz.U. nr 67/2001, poz. 678, uchylony.

⁷⁶³ Według art. 1 pkt 1 ustawy nowelizującej, zezwolenia wymagały usługi kurierskie, usługi pocztowe o charakterze powszechnym polegające na przyjmowaniu, przewozie i doręczaniu w obrocie krajowym i zagranicznym przesyłek listowych o masie powyżej 2000 g lub listów wartościowych o masie powyżej 2000 g, z wyłączeniem przyjmowania, przewozu i doręczania druków bezadresowych i ankiet.

⁷⁶⁴ Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z 15.12.1997 nr 97/67/WE w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług (Dz. Urz. WE L 15 z 21.01.1998, str. 14, z późn. zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 3, str. 71, z późn. zm.) oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z 10.06.2002 nr 2002/39/WE zmieniającej dyrektywę 97/67/WE w zakresie dalszego otwarcia na konkurencję wspólnotowych usług pocztowych (Dz. Urz. WE L 176 z 05.07.2002,

posiadał wyłączność na świadczenie tzw. usług zastrzeżonych został zawężony w kategoriach wagowych i cenowych i wynosił odpowiednio 500 g. i pięciokrotność opłaty za przyjęcie, przemieszczenie i doręczenie przesyłki listowej, stanowiącej przesyłkę najniższego przedziału wagowego najszybszej kategorii, określonej w cenniku powszechnych usług pocztowych operatora publicznego, obowiązującego w danym czasie odpowiednio w obrocie krajowym i zagranicznym⁷⁶⁵. Do końca 2005 r., w wyniku negocjacji Polska uzyskała tzw. okres przejściowy na otwarcie rynku w obszarze zastrzeżonym. Począwszy od 1.05.2004 r., granica wagowa usług zastrzeżonych wynosiła 350 g⁷⁶⁶, a konkurencyjny operator mający zamiar świadczyć usługi w obszarze zastrzeżonym został zobowiązany do pobierania opłaty w wysokości trzykrotnej stawki operatora publicznego. Od 1.01.2006 r. do 31.12.2012 r. obszar zastrzeżony dla operatora został obniżony dla przesyłek o wadze do 50 g oraz 2,5-krotnej opłaty dla podmiotu konkurencyjnego, dostosowując w ten sposób prawo polskie do warunków panujących w całej UE.

W wyniku powyższych zmian rynek usług pocztowych w Polsce podzielony został na cztery obszary:

- 1) zastrzeżony dla operatora publicznego - obejmujący wykonywanie usług pocztowych polegających na:
 - a) przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu w obrocie krajowym przesyłek z korespondencją, przesyłek reklamowych i innych przesyłek nadanych w sposób uniemożliwiający sprawdzenie zawartości o masie nieprzekraczającej granicy wagowej 50 g;
 - b) przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu w obrocie zagranicznym przesyłek o masie nieprzekraczającej granicy wagowej 50 g.;
 - c) przyjmowaniu i doręczaniu w obrocie krajowym i zagranicznym przesyłek z korespondencją, o ile w procesie przyjmowania lub doręczania stają się one przesyłkami o masie nieprzekraczającej granicy wagowej 50 g;
- 2) wymagający uzyskania zezwolenia - obejmujący wykonywanie działalności pocztowej w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania w obrocie krajowym i zagranicznym:
 - a) przesyłek dla ociemniałych;

str. 21; Dz. Urz. UE polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 4, str. 316).

⁷⁶⁵ Art. 47 ust. 2 ustawy prawo pocztowe.

⁷⁶⁶ Art. 47 ust. 4 ustawy.

- b) przesyłek z korespondencją do 2 000 g, z wyjątkami określonymi w ustawie;
- 3) wymagający wpisu do rejestru operatorów pocztowych – obejmujący wykonywanie działalności pocztowej niewymagającej zezwolenia;
- 4) niepoddany regulacji – dotyczący działalności pocztowej polegającej na przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu druków bezadresowych.

Pomimo demonopolizacji w sektorze usług pocztowych, w praktyce usługi te są oferowane jedynie przez „Pocztę Polską”. W 2010 r. poza „Pocztą Polską” do rejestru operatorów pocztowych wpisane były 244 podmioty (wg stanu na koniec 2010 r.), z czego faktycznie prowadziło działalność 152 (wobec 125 w 2009 r.)⁷⁶⁷.

Rok	Liczba zarejestrowanych operatorów	Wzrost w stosunku do roku poprzedniego	
1996	15	-	-
1997	17	+2	13%
1998	18	+1	6%
1999	21	+3	17%
2000	21	-	0%
2001	30	+9	43%
2002	52	+22	73%
2003	58	+6	12%
2004	90	+32	55%
2005	113	+23	26%
2006	157	+44	39%
2007	164	+7	4%
2008	182	+18	11%
2009	209	+27	15%
2010	244	+35	17%

Tabela nr 6, źródło: Raport Urzędu Komunikacji Elektronicznej „Rynek usług pocztowych w 2010 roku”, www.uke.gov.pl, s. 3.

Pomimo tak dużej ilości podmiotów prywatnych, udziały „Poczty Polskiej” w obszarze przesyłek z korespondencją oraz przesyłek reklamowych wynoszą aż 91,1% i 92,2%, co oznacza tylko niewielki spadek wobec udziałów jakie podmiot ten posiadał w 2004 r. i które wynosiły 99,1%. Ma to niewątpliwie związek z wielkością obszaru zastrzeżonego dla operatora publicznego, który stanowi aż ¾ całego rynku usług pocztowych i generuje ½

⁷⁶⁷ Źródło: raport Urzędu Komunikacji Elektronicznej „Rynek usług pocztowych w 2010 roku”, www.uke.gov.pl, s. 3.

przychodów⁷⁶⁸. Inaczej sytuacja przedstawia się w segmencie paczek i innych usług umownych, gdzie udział operatorów niepublicznych w rynku jest znaczny i wynosi 47,2%, za to w obszarze druków bezadresowych zdecydowaną przewagę mają operatorzy niepubliczni (93,0% udziałów)⁷⁶⁹.

5.12.2 Podsumowanie

Aktualnie nowe możliwości rozwoju konkurencji na rynku usług pocztowych stworzone zostały dzięki unijnym regulacjom prawnym⁷⁷⁰. Głównym celem polityki Unii Europejskiej w zakresie wspólnotowego rynku usług pocztowych jest zapewnienie powszechnego świadczenia usług pocztowych na zasadach wolnej konkurencji z jednoczesnym zagwarantowaniem konsumentom wysokiej jakości usług pocztowych, w tym z zapewnieniem trwałego świadczenia usług powszechnych po przystępnych cenach. Dyrektywy unijne z 1997 i 2002 r. zostały implementowane do polskiego porządku prawnego ustawą prawo pocztowe z 2003 r. Natomiast tzw. III Dyrektywa pocztowa z 2008 r. wyznaczyła termin pełnego otwarcia wspólnotowego rynku pocztowego do 31.12.2010 r. i określiła zasady jego funkcjonowania w warunkach pełnej liberalizacji, jednak Polska wraz z innymi 10 krajami członkowskimi (Czechy, Grecja, Cypr, Łotwa, Litwa, Luksemburg, Węgry, Malta, Polska, Rumunia i Słowacja) skorzystała z odstępstwa od terminu wdrożenia dyrektywy do dnia 31.12.2012 r. W tej sytuacji, wobec aktywnej polityki liberalizacyjnej Unii Europejskiej, prywatyzacja sektora usług pocztowych w Polsce jest procesem nieuniknionym. Istnieje więc potrzeba nowelizacji obowiązującej ustawy prawo pocztowe, bądź uchwalenia

⁷⁶⁸ Tamże.

⁷⁶⁹ Tamże.

⁷⁷⁰ Aktami regulującymi rynek pocztowy Unii Europejskiej w 2010 r. były trzy Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady:

1. Dyrektywa nr 97/67/WE z 15.12.1997, w sprawie wspólnych reguł rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług (tzw. I Dyrektywa pocztowa, Dziennik Urzędowy WE z 21.01.1998 nr L15/14);
2. Dyrektywa nr 2002/39/WE z 10.06.2002 zmieniająca Dyrektywę 97/67/WE w zakresie dalszego otwarcia na konkurencję wspólnotowych usług powszechnych (tzw. II Dyrektywa pocztowa, Dziennik Urzędowy WE z 05.07.2002 nr L 176/21);
3. Dyrektywa nr 2008/6/WE z 20.02.2008 zmieniająca Dyrektywę 97/67/WE w odniesieniu do pełnego urzeczywistnienia rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty (tzw. III Dyrektywa pocztowa, Dziennik Urzędowy UE z 27.02.2008, nr L 52/3).

nowej ustawy, przystosowującej operatora publicznego do funkcjonowania na zliberalizowanym rynku pocztowym oraz dokonującej uporządkowania otoczenia prawnego, w którym funkcjonują operatorzy pocztowi, poprzez stworzenie operatorom niepublicznym warunków do prowadzenia uczciwej konkurencji.

6 ROZDZIAŁ SZÓSTY

ZAGADNIENIE PRYWATYZACJI REALIZACJI CELÓW PUBLICZNYCH W WYBRANYCH SYSTEMACH PRAWNYCH

6.1 Uwagi ogólne

Transformacja ustrojowa oraz wprowadzenie w Polsce zasad gospodarki wolnorynkowej spowodowało szereg konsekwencji, do których należy zaliczyć prywatyzację zadań, należących dotychczas do wyłącznej kompetencji państwa. Pomimo dokonanych zmian ustawodawczych i stopniowego dopuszczania podmiotów prywatnych do realizacji celów publicznych, uregulowania prawne w tym zakresie wciąż stanowią w Polsce specyficzne rozwiązanie, nierzadko budzące sprzeczności, oparte zazwyczaj bardziej na ideologicznych, niż pragmatycznych przesłankach. Tymczasem w innych systemach prawnych w sposób równoległy występują, jak zostało już przedstawione w niniejszej pracy, procesy prywatyzacji realizacji celów publicznych. Poniżej przedstawione zostaną regulacje obowiązujące obecnie w amerykańskim oraz szwedzkim systemie prawnym. Systemy te wybrane zostały przede wszystkim ze względu na ich reprezentatywność oraz oddziaływanie na inne systemy prawne. Reprezentatywność obydwu systemów na potrzeby niniejszej pracy można ująć w sposób ogólny oraz szczególny. W Stanach Zjednoczonych, gdzie występuje stosunkowo niewielka liczba podmiotów państwowych⁷⁷¹, termin „prywatyzacja” rozumiany jest zupełnie inaczej niż w Europie Środkowo-Wschodniej i stosowany jest wąsko, dla określenia możliwości kontraktowania usług publicznych. W Stanach Zjednoczonych pojęcie prywatyzacji realizacji celów publicznych może natomiast zostać ujęte w sposób ogólny, jako możliwość dokonywania wywłaszczenia na rzecz podmiotów prywatnych, którego beneficjentem jest całe społeczeństwo. Transformacja klauzuli konstytucyjnej, zawartej w V Poprawce do Konstytucji Stanów Zjednoczonych (jak zostało wskazane, swoją treścią zbliżonej do art. 21 ust. 2 Konstytucji RP), poprzez dopuszczenie podmiotów prywatnych do realizacji celów wywłaszczenia jest w tamtejszym systemie prawnym ewenementem, który znajduje rozgłos w debatach publicznych oraz całym systemie prawnym common law. Z kolei

⁷⁷¹ E. S. Savas, Privatization and public – private partnerships, s. 1. Referat ogólnodostępny w internecie, zaczerpnięty z E. S. Savas, Privatization in the City: Successes, Failures, Lessons, Washington, DC: CQ Press 2005.

rozwiązania, zastosowane w szwedzkim systemie prawnym mają aspekt prawno-porównawczy dla tematyki niniejszej pracy. Charakterystyka tego systemu prawnego zostanie przeprowadzona w oparciu o konkretne instytucje występujące w polskim systemie prawnym tj. przymusowe ograniczenie prawa własności nieruchomości pod realizację urządzeń przesyłowych oraz budowę elektrowni wiatrowych, która stanowić będzie dodatkowo element prawno - poznawczy.

6.2 Stany Zjednoczone

W prawie amerykańskim, przesłanka celu publicznego, zawarta w Piątej Poprawce do Konstytucji Stanów Zjednoczonych (ratyfikowanej 15.12.1791 r.), gwarantująca, iż „własność prywatną można przejąć tylko na użytek publiczny za sprawiedliwym odszkodowaniem”⁷⁷² przez długi czas traktowana była jako ograniczenie w tym, co władza publiczna może przejąć na własność za odszkodowaniem oraz przede wszystkim w tym, jaki podmiot może zostać do tego upoważniony⁷⁷³.

Powyższa klauzula konstytucyjna (powszechnie zwana jako „takings clause”) nie różni się swoją konstrukcją od innych konstytucji (także polskiej), jednak sposób jej interpretacji przez władze stanowe i sądy jest diametralnie różny, w związku z odrębnym systemem prawnym. W systemie prawnym Stanów Zjednoczonych przyjmuje się, iż nie ma konieczności, aby podmiot publicznoprawny dysponował prawem własności nieruchomości po jej wywłaszczeniu⁷⁷⁴. Przeniesienie prawa własności nieruchomości na rzecz państwa, jak i późniejsze jej przekazanie beneficjentowi wywłaszczenia powinno stanowić jednolitą transakcję, jednakże odbywającą się z zachowaniem rygorystycznych wymogów. Wymogiem tym powinno być przede wszystkim zapewnienie ogółowi społeczeństwa równego, niedyskryminującego dostępu do celów wywłaszczenia. Dostęp ten powinien być otwarty dla każdego, kto spełnia minimum wymagań związanych z korzystaniem z nieruchomości (np. opłata za drogi). Powyższe nie musi odnosić się wyłącznie do przejęcia przez państwo czyjejś nieruchomości, może także polegać na jej ograniczeniu⁷⁷⁵.

⁷⁷² Źródło: www.libr.sejm.gov.pl: „Nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

⁷⁷³ W. A. Fischel: *Regulatory Takings: Law, Economics and Politics*, Harvard University Press, 1995, s. 72.

⁷⁷⁴ R. A. Epstein: *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press, Cambridge MA, 1985, s. 168.

⁷⁷⁵ Np. w sprawie *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, z 30.06.1982, sygn. 458 U.S. 419,

Obecnie przesłanka „celu publicznego” jest w doktrynie amerykańskiej traktowana jako „puste sformułowanie” („empty question”)⁷⁷⁶. Również Federalny Sąd Najwyższy w swoim orzecznictwie był bardzo liberalny w decydowaniu na jakie cele nieruchomości może zostać wywłaszczona⁷⁷⁷. W doktrynie amerykańskiej przyjmuje się, że zwrot „na użytek publiczny”, użyty w V Poprawce wcale nie oznacza, że wywłaszczenie musi być dokonane wyłącznie na ten cel. Konstytucja zostawia bowiem organom szerokie pole do interpretacji, co mieści się w granicach pojęcia „użytku publicznego”⁷⁷⁸. Takie podejście do podstawowego warunku ingerencji publicznoprawnej w prawo własności sugeruje, że w Konstytucji Stanów Zjednoczonych nie istnieje warunek dokonania wywłaszczenia jedynie „na użytek publiczny”⁷⁷⁹, ponieważ stopniowe rozszerzanie aktywności państwa, legitymizujące wywłaszczenia doprowadziło do sytuacji, w której klauzula celów publicznych stała się jedynie martwą literą. W efekcie orzeczniczej działalności Federalnego Sądu Najwyższego i sądów niższych instancji, zawarty w V Poprawce zwrot „użytek publiczny” został zdefiniowany jako mieszczący w sobie każdy „cel publiczny”, co doprowadziło do legalizacji wielu „prywatnych wywłaszczeń” jako zgodnych z V Poprawką⁷⁸⁰.

Jednym z głównych powodów, dla których dopuszcza się tak szeroką interpretację celu publicznego w Stanach Zjednoczonych jest tzw. „holdout problem”. Polega on na tym, że właściciel nieruchomości przeznaczonej pod realizację przedsięwzięcia inwestycyjnego,

<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/458/419/>, miasto Nowy Jork udzieliło zezwolenia prywatnej spółce, zajmującej się dostarczaniem telewizji na ingerencję w prawo własności właścicieli nieruchomości, w celu instalacji kabli telewizyjnych. Warunkiem udzielenia tego zezwolenia było zapewnienie wszystkim właścicielom równego dostępu do usług telewizyjnych w jednakowej cenie.

⁷⁷⁶ R. A. Epstein, jw., s. 161.

⁷⁷⁷ W. A. Fischel, jw., s. 72.

⁷⁷⁸ W. B. Stoebuck: A General Theory of Eminent Domain, 47 Washington Law Review, 1972, s. 591.

⁷⁷⁹ P. J. Kulick: Rolling the dice: determining public use in order to effectuate a “public-private taking” – a proposal to redefine “public use”, Law Review of Michigan State University-Detroit College of Law, 2000.

⁷⁸⁰ D. B. Kelly: The “public use” requirement in eminent domain law: rationale based on secret purchasers and private influence, Cornell Law Review, Nr 92/2006, poz. 1, s. 3: w stanie Floryda, wart 1,25 biliona dolarów projekt rewitalizacyjny przewiduje wyburzenie 1,700 domów i 300 biur i w efekcie przesiedlenie 5000 mieszkańców. W San Jose (Kalifornia) 1/10 całkowitej powierzchni miasta, na której znajduje się jedna trzecia jego populacji przeznaczona została do wywłaszczenia. Na mniejszą skalę, w sprawie Zamecnik v. Pal Beach Country (768 So. 2d 1217 (Fla. Dist. Ct. App. 2000) prywatna nieruchomość została wywłaszczona po budowę pola golfowego, jednak znajdujący się na jej terenie dom jednorodzinny zamiast zostać wyburzony, został zamieniony na biuro dyrektora zarządzającego polem, co Sąd zatwierdził jako spełnienie warunku „społecznej konieczności” („public necessity”).

jako jej dobrowolny sprzedawca znajduje się w strategicznej pozycji (tzw. „strategic seller”). Właściciel ten wiedząc, że jego nieruchomości jest niezbędna dla realizacji tego przedsięwzięcia, będzie dążył do wstrzymania się z jej sprzedażą, windując jednocześnie zawyżoną cenę, znacznie przekraczającą jej wartość, bądź będzie czekał na wzrost cen nieruchomości w okolicy. Takie działanie w warunkach wolnorynkowych utrudnia, bądź uniemożliwia dobrowolne nabycie nieruchomości zarówno przez władze jak i podmioty prywatne, które stoją wobec właściciela na takiej samej pozycji. Stąd wywłaszczenie uważane jest za jedyne narzędzie umożliwiające obejście tego problemu, bowiem zamiast rezygnacji z planowanej inwestycji, przeniesienia jej lokalizacji, bądź zapłaty o wiele wyższej ceny, działający na rzecz prywatnych pomiotów organ może po prostu nieruchomości wywłaszczyć, płacąc przy tym „słuszne” odszkodowanie. Dla przykładu, w jednej ze spraw Sąd Najwyższy Stanu New Jersey orzekł, iż wywłaszczenie nieruchomości pod budowę autostrad jest działaniem absolutnie niezbędnym, ponieważ w przeciwnym wypadku pojedyncza jednostka mogłaby swoim działaniem zablokować całą inwestycję⁷⁸¹.

6.2.1 Wywłaszczenie jako instrument rozwoju gospodarczego Stanów Zjednoczonych

Do drugiej połowy XIX w. zwrot „użytek publiczny” rozumiany był zarówno przez sądy, jak i rząd oraz społeczeństwo zgodnie z jego potocznym znaczeniem, a wywłaszczenie było traktowane jako środek „*ultima ratio*” dla realizacji inwestycji, których właścicielem będzie państwo, a dostęp do korzystania z niej będzie miał ogół społeczeństwa (drogi, budynki publiczne)⁷⁸².

Uchwalenie w 1787 r. Konstytucji i przyjęcie warunku dokonywania wywłaszczeń jedynie na „użytek publiczny” pozostawiło otwarte pytanie jakiego typu działania kwalifikują się pod pojęciem „użytku publicznego”. Osiemnastowieczna doktryna definiowała zwrot „publiczny” w zupełnie odmienne sposoby. Źródła podają, że „publiczny” to taki, który przynależy do państwa, a nie do jednostek i odnosi się do dobra ogółu, a nie prywatnych interesów. Oznacza to zatem, że publicznym jest coś, w czym ogół społeczeństwa posiada jakiś wspólny interes, w opozycji do interesów samej jednostki. „Posiadać” znaczy

⁷⁸¹ Sprawa *Everest W. Cox Co. v. State Highway Comm'n*, 133 A. 419, 513 (N. J. 1926): “the exercise of the power of eminent domain is absolutely necessary for building state highways because if this were not the law, then single individual could hold up a state project”.

⁷⁸² R. A. Levy, W. H. Mellor, W. Meller: *The Dirty Dozen takes on twelve Supreme Court cases that changed American history—and yet are not well known to most Americans*, Sentinel, 2008, s. 156.

pozostawać w rękach państwa⁷⁸³. Przeznaczenie na użytek publiczny wskazywało na bardzo wąski zakres V Poprawki, bowiem w odróżnieniu od pokrewnych pojęć, takich jak cel, interes czy korzyść, warunek realizacji wywłaszczenia musiał zostać przeprowadzony w oparciu o kryteria obiektywne. Przed uchwaleniem Konstytucji zwrot „użytek publiczny” odczytywany był więc w sposób literalny: nieruchomości będzie oddana do użytku ogółowi społeczności⁷⁸⁴. Jeszcze w XVIII w. podnoszono wprost, że władza może wywłaszczyć nieruchomości na użytek publiczny, ale nie może przetransferować tej nieruchomości na rzecz innego podmiotu⁷⁸⁵. Na poziomie federalnym, wąskie rozumienie celów publicznych stanowiło odzwierciedlenie panującej doktryny prawa naturalnego, która utożsamiała V Poprawkę z przekonaniem, że ogranicza ona władzę w decydowaniu co jest celem publicznym, a co nie⁷⁸⁶. Utożsamianie przeznaczenia nieruchomości pod „użytek publiczny” z możliwością korzystania z niej przez ogół społeczeństwa znacznie utrudniało dokonywanie wywłaszczeń na rzecz prywatnych podmiotów⁷⁸⁷. Ten sam trend pozostawał w orzecznictwie Federalnego Sądu Najwyższego do przełomu XIX i XX w. Ostatni wyraz swojemu stanowisku Sąd Federalny dał w sprawie „Cole v. La Grange”⁷⁸⁸, której przedmiotem nie było przejęcie nieruchomości w celach prywatnych, ale dofinansowanie przez władzę prywatnej spółki z funduszy publicznych, pochodzących z podatków. Sąd podkreślił, iż Konstytucja Stanów Zjednoczonych nie zezwala władzy na przejęcie zarówno własności prywatnej, jak i środków pochodzących z podatków na jakikolwiek inny użytek, niż publiczny⁷⁸⁹. Tak więc Sąd

⁷⁸³ D.J. Kohan: Public use and the independent judiciary: condemnation in an interest-group perspective, *Texas Review of Law & Politics*, Vol. 3, No. 1, 1998 r. s. 8.

⁷⁸⁴ Tamże, s. 49, 65.

⁷⁸⁵ L. Mansnerus: Public Use, Private Use, and Judicial Review in Eminent Domain, 58 *N.Y.U. Law Review*, 1983, s. 409, 413.

⁷⁸⁶ Sprawa z 16.11.1896 „Fallbrook Irrigation Dist. v. Bradley”, 164 U.S. 112 (1896), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/164/112/>: "The use for which property is taken must be a public one (...)".

⁷⁸⁷ Sprawa „Olcott v. Supervisors”, 83 U.S., 16 Wall. 678 (1872), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/83/678/>, w której Sąd Federalny stwierdził wprost, że wywłaszczenie nie może być dokonane w celach prywatnych: "The right of eminent domain nowhere justifies taking property for a private use". Whether a use is public or private is not a question of constitutional construction. It is a question of general law".

⁷⁸⁸ Sprawa z 5.01.1885, 113 U.S. 1 (1885), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/113/1/>

⁷⁸⁹ Cole v. La Grange: "The general grant of legislative power in the Constitution of a State does not enable the legislature, in the exercise either of the right of eminent domain, or of the right of taxation, to take private property . . . for any but a public object".

wyraźnie zaakcentował charakter publiczny celu, na który mogą zostać przeznaczone środki publiczne. Ostatnią XIX - wieczną sprawą z zakresu wywłaszczenia nieruchomości pod użytek publiczny była sprawa „Fallbrook Irrigation District v. Bradley”⁷⁹⁰. W sprawie tej grupa właścicieli nieruchomości zaskarżyła prawo, zezwalające lokalnej władzy na budowę kanałów nawadniających, prowadzących przez ich grunty. W wydanym wyroku Sąd Federalny podtrzymał swoją linię orzecniczą, iż wywłaszczenie odbyło się w sprawie publicznej, ponieważ nieruchomości były niezbędne dla realizacji celu publicznego, tak więc sam cel również był publiczny. Wartym zaznaczenia jest, iż Sąd po raz pierwszy użył w niej zwrotu „cel publiczny” („public purpose”) zamiast „użytek publiczny” („public use”)⁷⁹¹. Do 1896 r. w orzecnictwie Sądu Federalnego te dwa zwroty były wykorzystywane zamiennie, bez jakiegokolwiek rozróżnienia ich znaczenia⁷⁹². W sprawie tej Sąd dał jednak do zrozumienia, że „użytek publiczny” jest pojęciem szerszym znaczeniowo od „celu publicznego” stwierdzając, że budowa kanałów nawadniających jest celem publicznym, natomiast woda w nich płynąca jest przeznaczona do użytku publicznego⁷⁹³.

Należy stwierdzić, że od drugiej połowy XIX w. do wczesnych lat XX w. orzecnictwo Federalnego Sądu Najwyższego było jednolite w tym sensie, że wywłaszczenie, które głównym beneficjentem miał być podmiot prywatny przy marginalnym udziale reszty społeczności było zakazane, jako niezgodne z V Poprawką.

Na skutek rewolucji gospodarczej, jaka miła miejsce w XX w., korporacje przemysłowe coraz częściej zaczęły zabiegać o pozyskanie prywatnych gruntów⁷⁹⁴. W rezultacie Federalny Sąd Najwyższy rozwinął definicję użyteczności publicznej, odrzucając poprzednią jej interpretację, która wymagała aby dostęp do pożytków wywłaszczenia miał ogół społeczności. W szeregu spraw Sąd ten dał wskazówkę, że inicjatywy ustawodawcze, traktujące o użyteczności publicznej powinny zostać uszanowane przez władzę sądowniczą np. w sprawie „Old Dominion Land Co. v. United States”, gdzie orzeczono, że w sytuacji gdy Kongres określi dane zamierzenie inwestycyjne jako użytek publiczny, to wywłaszczenie pod

⁷⁹⁰ Sprawa z 16.11.1896, 164 U.S. 112 (1896), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/164/112/>

⁷⁹¹ Fallbrook Irrigation Dist. v. Bradley: “Property could be conferred (...) only upon the ground that the property they took was to be taken for a public purpose. To bring into cultivation these large masses of otherwise worthless lands would seem to be a public purpose not confined to the landowner”.

⁷⁹² J. A. Humbach: Constitutional Limits on the Power to Take Private Property: Public Purpose and Public Use, Pace Law Faculty Publications, 1987, s. 21.

⁷⁹³ “The irrigation of really arid lands is a public purpose, and the water thus used is put to a public use”.

⁷⁹⁴ D. B. Kelly, The “public use” requirement..., jw., s. 10.

ten cel korzysta z domniemania legalności i sądy powinny się temu podporządkować, dopóki nie wykaże się oczywistej niemożności realizacji inwestycji⁷⁹⁵ lub w sprawie „Rindge Co. v. Los Angeles County”, gdzie Sąd ten podniósł wręcz, iż sprawa wywłaszczenia nieruchomości na użytek publiczny należy do kompetencji władzy ustawodawczej, a nie sądowniczej⁷⁹⁶. Sąd nie był więc zobowiązany oceniać użytku publicznego, jako powiązanego ze sprawiedliwym odszkodowaniem.

Federalny Sąd Najwyższy kontynuował powyższą praktykę po II Wojnie Światowej, gdzie postanowił odrzucić jakąkolwiek kontrolę sądowniczą nad korzystaniem przez władze stanowe z V Poprawki sugerując, że władza ustawodawcza przejęła w tym względzie uprawnienia władzy sądowniczej. W sprawie „United States ex rel. Tennessee Valley Authority v. Welch”⁷⁹⁷ Sąd Federalny stwierdził, iż to Kongres jest uprawniony do decydowania jakiego typu wywłaszczenia odbywają się na użytek publiczny, a organ który otrzymał zezwolenie na dokonanie wywłaszczenia, może go dokonać w ramach swoich ustawowych uprawnień⁷⁹⁸. Sąd Federalny odstąpił więc całkowicie od wąskiego rozumienia celów publicznych na rzecz ich szerokiego ujęcia, polegającego na ustawowym kreowaniu przypadków wywłaszczenia pod cel publiczny, co w konsekwencji skutkowało stworzeniem podstaw do dopuszczenia podmiotów prywatnych do uzyskania wywłaszczonych nieruchomości. O powyższym zadecydowało kilka czynników, w tym przede wszystkim szeroka wykładnia pojęcia „użytku publicznego” w sądach stanowych i liberalna linia orzecznicza Sądu Federalnego stanowiąca, że w momencie w którym Konstytucja zezwala władzy na działanie, to cel publiczny jest tym samym dorozumiany. Nie bez znaczenia była również okoliczność, iż w miarę rozwoju gospodarki amerykańskiej, społeczeństwo stanęło przed zapotrzebowaniem na zupełnie inne typy wywłaszczeń niż te rozumiane tradycyjnie

⁷⁹⁵ Sprawa z 16.11.1925, 269 U.S. 55 (1925),

<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=269&invol=55>: „when Congress has declared the purpose to be public use (...) it's decision is entitled to deference until it is shown to involve an impossibility”.

⁷⁹⁶ Sprawa z 11.06.1923, 262 U.S. 700 (1923),

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=262&invol=700>, : „the power of appropriating private property for public use resides in legislature and is not a judicial question”.

⁷⁹⁷ Sprawa z 25.03.1946, 327 U.S. 546 (1946), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/327/546/>

⁷⁹⁸ W sprawie tej Sąd rozważał możliwość wywłaszczenia przez władze stanu Tennessee gruntu, który stał się niedostępny na skutek utworzenia na nim zbiornika wodnego, powstałego w wyniku budowy tamy: „We think that it is the function of Congress to decide what type of taking is for a public use and that the agency authorized to do the taking may do so to the full extent of its statutory authority.”

przez V Poprawkę.

Fundament aktualnej interpretacji pojęcia „celu publicznego” w ustawodawstwie i orzecznictwie sądowym w Stanach Zjednoczonych opiera się na czterech precedensowych sprawach, które zostaną omówione poniżej. Znaczenie poniższych spraw jest na tyle duże, że pojawiają się w orzecznictwie sądowym we wszystkich krajach należących do systemu prawa common – law oraz niemal w każdej publikacji poświęconej prywatyzacji realizacji celów publicznych.

6.2.2 Sprawa „Berman v. Parker”

Istotą sporu w przedmiotowej sprawie było to, czy prywatna nieruchomość znajdująca się na gospodarczo zapuszczonych częściach miasta może zostać wywłaszczona, a następnie przeniesiona na rzecz podmiotu prywatnego w imię rozwoju gospodarczego⁷⁹⁹.

W 1945 r. Kongres uchwalił „District of Columbia Redevelopment Act”, zezwalający na zagospodarowanie zniszczonych obszarów miejskich w Waszyngtonie. Kongres upoważnił lokalną władzę do nabywania prawa własności nieruchomości za pośrednictwem kompetencji rządu federalnego w ramach V Poprawki, a następnie do ich przenoszenia na rzecz podmiotów prywatnych⁸⁰⁰. „District of Columbia Act” znalazł się w ogniu krytyki, kiedy na jego podstawie wywłaszczono legalnie działający dom towarowy, na rzecz prywatnego podmiotu w celach rewitalizacyjnych.

Sąd Najwyższy utrzymał w mocy powyższą decyzję stwierdzając, że cel dla którego dokonano wywłaszczenia był publiczny, gdyż Kongres i organy państwowe mają prawo kwalifikować jako cel publiczny wiele różnych wartości⁸⁰¹. Sąd posługiwał się więc już pojęciem celu publicznego, a nie użyteczności publicznej, zawartej w V Poprawce. Tym samym Federalny Sąd Najwyższy uznał, że takie działanie mieściło się ramach V Poprawki, ponieważ Kongres zezwolił na rewitalizację obszarów miejskich w drodze dokonywania

⁷⁹⁹ Sprawa z 22.11.1954, 348 U.S. 26 (1954), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/348/26/case.html>

⁸⁰⁰ W szczególności ustawa zezwalała na cele mieszkaniowe, zakładanie przedsiębiorstw, prowadzenie działalności rekreacyjnej, edukacji, budynków publicznych, hoteli.

⁸⁰¹ Berman v. Parker, 348 U.S. 26 (1954): “It is within the power of the legislature to determine that the community should be beautiful as well as healthy, spacious as well as clean, well-balanced as well as carefully patrolled. In the present case, the Congress and its authorized agencies have made determinations that take into account a wide variety of values. It is not for us to reappraise them. If those who govern the District of Columbia decide that the Nation's Capital should be beautiful as well as sanitary, there is nothing in the Fifth Amendment that stands in the way”.

wywłaszczeń i jednocześnie wyraźnie stwierdził, że rewitalizacja miast była w interesie publicznym. Rozumowanie Sądu w tej sprawie przebiegało w dwóch kierunkach: po pierwsze wywłaszczenie jest jedynie środkiem do realizacji celów publicznych, jednym z wielu znajdujących się w dyspozycji władzy, a po drugie, jeśli zrealizowanie celu publicznego wymaga egzekucji, to środki do osiągnięcia tego celu pozostają w dyspozycji władzy ustawodawczej. Innymi słowy korzystanie przez władze lokalne z V Poprawki nie jest ograniczone wymogiem, że władza publiczna musi być właścicielem przejętych nieruchomości, konieczne jest jedynie, aby wywłaszczenie odbyło się w ramach uzasadnionego prawnie celu publicznego⁸⁰².

Ponadto, Sąd Najwyższy w sprawie *Berman* wyraźnie podniósł, że inicjatywy ustawodawcze Kongresu określające jakie działanie stanowi cel publiczny w rozumieniu V Poprawki należy uznawać za zgodne z prawem. Sąd Federalny stwierdził także, iż stosowanie przez sądy wykładni rozszerzającej pojęcia „celu publicznego” nie jest sprzeczne z prawem, bowiem to na władzy ustawodawczej spoczywa decydowanie, co jest celem publicznym⁸⁰³, a zatem „pojęcie dobra publicznego jest na tyle szerokie, że umożliwia korzystanie przez państwo z prawa do wywłaszczania nieruchomości praktycznie na każdy cel zatwierdzony przez Kongres. Prawa osób wywłaszczonych uważa się wówczas za nienaruszone, gdy otrzymają sprawiedliwe odszkodowanie, czyli zgodnie z V Poprawką”⁸⁰⁴.

Wyrok Federalnego Sądu Najwyższego w sprawie *Berman v Parker* miał znaczący wpływ na prywatyzację realizacji celów publicznych, ponieważ sam cel publiczny jako wymóg zgodny z prawem wywłaszczenia został zmarginalizowany, a wręcz utożsamiony z inicjatywą ustawodawczą Kongresu⁸⁰⁵. Władze stanowe mogły tym samym dokonywać

⁸⁰² *Berman v. Parker*, 348 U.S. 26, 31-35 (1954): “This Court cannot say that public ownership is the sole method of promoting the public purposes of a community redevelopment project; and it is not beyond the power of Congress to utilize an agency of private enterprise for this purpose or to authorize the taking of private property and its resale or lease to the same or other private parties as part of such a project”.

⁸⁰³ *Berman v Parker* s. 32 (1954): “In such cases the legislature, not the judiciary, is the main guardian of the public needs to be served by social legislation, whether it be Congress or the States legislating.” oraz “The role of the judiciary in determining whether that power is being exercised for a public purpose is an extremely narrow one”.

⁸⁰⁴ *Berman v Parker* 348 U.S. 26,33 (1954): „the concept of the public welfare is broad and inclusive enough to allow the use of the eminent domain power to achieve any end otherwise within the authority of Congress. The rights of these property owners are satisfied when they receive that just compensation which the Fifth Amendment exacts as the price of the taking”.

⁸⁰⁵ R. A. Epstein, jw., s. 179.

wywłaszczeń nieruchomości nawet w imię takich celów jak promocja zdrowia, opieka społeczna, bezpieczeństwo i moralność wspólnoty. Ponadto szeroko pojęta rewitalizacja zniszczonych obszarów miejskich została zakwalifikowana jako cel publiczny na podstawie V Poprawki. Samo pojęcie „rewitalizacji” oraz „zniszczonych obszarów miejskich” („urban blight areas”) uległo gwałtownej ewolucji. Dla wielu miast zniszczone obszary przestały ograniczać się do tzw. slumsów, ale do każdego obszaru, który zdaniem władz wymagał zmiany przeznaczenia, bądź był ekonomicznie nieefektywny. W skrajnych przypadkach kryteriami rozróżniającymi były: brak planu zagospodarowania czy uregulowania stanu prawnego nieruchomości, a nawet brak wyposażenia nieruchomości budynkowej w klimatyzację⁸⁰⁶. Te czynniki zdaniem wielu komentatorów stanowiły kres istnienia wymogu przeznaczenia nieruchomości na użytek publiczny, jako warunku zgodnego z prawem wywłaszczenia, na podstawie V Poprawki⁸⁰⁷.

6.2.3 Sprawa “Hawaii Housing Authority v. Midkiff”

W sprawie „Hawaii Housing Authority v. Midkiff”⁸⁰⁸ Sąd Federalny kontynuował liberalną interpretację celów publicznych. Sąd ten rozważał czy ustawa zezwalająca władzom na Hawajach na przymusowy wykup wydzierżawionych uprzednio gruntów, a następnie ich sprzedaż po cenach nominalnych narusza V Poprawkę. Powodem dla wydania tego aktu była bardzo duża koncentracja nieruchomości gruntowych na Hawajach, znajdujących się w rękach niewielkiej liczby podmiotów (stanowiącej ponad połowę stanowej ziemi)⁸⁰⁹. Te czynniki skłoniły ustawodawcę do wniosku, że lokalny rynek nieruchomości został wypaczony i w związku z tym zaistniał uzasadniony cel publiczny po stronie organów władzy, aby przywrócić wysokość cen rynkowych nieruchomości do odpowiedniego poziomu. Celem ustawy było umożliwienie najemcom nieruchomości zakupu po godziwej cenie działek, na których ich domy zostały zbudowane. Ceny miały być określone z zachowaniem ustawowych procedur.

Sąd Federalny utrzymując w mocy działania lokalnej władzy na Hawajach orzekł, że mieściły się one w granicach celu publicznego i V Poprawki. Wyrok ten nie tylko utrzymał istniejący stan rzeczy, nakazujący respektowanie ustawowej definicji celów publicznych ale

⁸⁰⁶ R. A. Levy, *The Dirty Dozen...*, jw., s. 157.

⁸⁰⁷ R. A. Epstein, jw., s. 161.

⁸⁰⁸ Sprawa z 30.05.1984, 467 U.S. 229 (1984), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/229/>

⁸⁰⁹ R. A. Epstein, jw., s. 161.

oznaczał również obniżenie kontroli zgodności celu publicznego z V Poprawką, opierając się na jego racjonalnej podstawie⁸¹⁰. Tym samym tego typu inicjatywy ustawodawcze korzystały wręcz z domniemania konstytucyjności, bowiem jak stwierdził Sąd - nie będzie zastępował władzy ustawodawczej w definiowaniu celów publicznych, dopóki takie inicjatywy nie będą pozbawione oczywiście racjonalnej podstawy⁸¹¹. Po tym orzeczeniu podmiot wywłaszczony został postawiony w jeszcze trudniejszej sytuacji, bowiem od tej pory prawa stanowe, definiujące co jest celem publicznym, korzystały z domniemania konstytucyjności, natomiast to na podmiocie wywłaszczonym spoczywał obowiązek obalenia tego domniemania⁸¹². Wyrok Sądu w sprawie *Hawai Housing Authority v. Midkiff* oznaczał, że prawie każde wywłaszczenie, włączając w to późniejszy transfer wywłaszczonej nieruchomości na rzecz innego podmiotu, kwalifikuje się jako legitymowany cel publiczny.

Przez większość XX w. sądy stanowe podążały za interpretacją V Poprawki, narzuconą przez Federalny Sąd Najwyższy. W wyniku rozstrzygnięcia w sprawie *Berman v. Parker* wiele sądów utrzymywało w mocy wywłaszczenia na rzecz prywatnych podmiotów w celu rewitalizacji zniszczonych obszarów miejskich⁸¹³. Następnie sądy rozszerzyły definicję celów publicznych przyjmując, że wywłaszczenie jest dopuszczalne nawet w przypadku braku potrzeby rewitalizacji obszarów miejskich, a gdy działanie takie spowoduje rozwój gospodarczy (budowa hoteli, centrów kongresowych) i wyeliminuje inne negatywne czynniki, takie jak przestępczość, bezrobocie itp.⁸¹⁴ Bardzo aktywna działalność sądów stanowych, polegająca na bezgranicznym ustanawianiu coraz to nowych precedensów, w zakresie przejmowania nieruchomości na cele publiczne, musiała znaleźć swoją kulminację w sprawie, która jednoznacznie narzuci kierunek interpretacji V Poprawki.

⁸¹⁰ *Midkiff*, 467 U.S., 241: „Where the exercise of the eminent domain power is rationally related to a conceivable public purpose, the Court has never held a compensated taking to be proscribed by the Public Use Clause”.

⁸¹¹ “The Cort will not substitute its judgment for legislature’s judgment as to what constitutes a public use unless the use be palpably without reasonable foundation”.

⁸¹² *Midkiff*, 467 U.S., 241.

⁸¹³ Np. sprawa *Mayor of Balt v. Chertkof*, 441 A.2 1044, 1055 (Md. 1982): “an urban renewal ordinance may lawfully command the condemnation of private industrial property for public use in pursuance of a genuine urban renewal plan”.

⁸¹⁴ Np. sprawa *People ex rei City of Urban v. Paley*, 368 N.E.2d 915, 920-21 (Ill. 1977): “public purpose can no longer be restricted to areas where crime, vacancy, or physical decay produce undesirable living conditions or imperil public health but also extends to stimulation of commercial growth and removal of economic stagnation”.

6.2.4 Sprawa „Poletown Neighborhood Council v. City of Detroit”

W precedensowej sprawie „Poletown Neighborhood Council v. City of Detroit”⁸¹⁵, Sąd Najwyższy Stanu Michigan stanął przed pytaniem czy wywłaszczenie przez miasto Detroit całej dzielnicy miasta, zamieszkałej przez 3,500 ludzi, na której znajdowało się 1,174 budynków (w tym 144 biurowców, 3 szkoły, 16 kościołów i 1 cmentarz) w celu budowy fabryki General Motors (projekt opiewał na ponad 200 milionów dolarów) jest działaniem zgodnym z V Poprawką⁸¹⁶. Wywłaszczeni mieszkańcy argumentowali, że nie jest, gdyż jedynym beneficjentem takiego działania jest podmiot prywatny, nakierowany na osiągnięcie własnych celów - i przede wszystkim - zysku. Sąd Najwyższy nie podzielił jednak takiego stanowiska podnosząc, że nawet jeżeli ekonomicznie bezpośrednim beneficjentem wywłaszczenia jest podmiot prywatny, to korzyść dla lokalnej społeczności, jaką jest likwidacja bezrobocia i wzrost gospodarczy powoduje, że wywłaszczenie odbywa się na dwa niezależne od siebie cele publiczne⁸¹⁷.

Przedmiotowa sprawa stanowiła inicjatywę dla władz lokalnych, które zostały w ten sposób uprawnione do przejmowania nieruchomości na cel publiczny i dalszego ich transferu na rzecz podmiotów prywatnych w celu „stymulowania rozwoju gospodarczego”⁸¹⁸. Powyższe skutkowało „łagodzeniem ujemnych skutków bezrobocia i ożywieniem gospodarczym lokalnych społeczności”⁸¹⁹.

Jednym z najbardziej kontrowersyjnych aspektów orzeczenia „Poletown” był nałożony przez Sąd obowiązek ścisłej kontroli działań władz dokonujących publiczno-prywatnych przejęć – czy wypełniają one znamiona celów publicznych. Sąd ten podniósł, że w momencie, gdy działania państwa zmierzają w kierunku przysporzenia majątkowego podmiotów prywatnych, Sąd ma obowiązek badać ze zwiększoną dokładnością czy interes publiczny dominuje nad interesem prywatnym⁸²⁰. W rzeczywistości jednak nadzór ten

⁸¹⁵ Wyrok Sądu Najwyższego Stanu Michigan z 13.03.1981, 410 Mich. 616, 304 N.W.2d 455, <http://www.michbar.org/programs/milestone/PDF/poletown.pdf>

⁸¹⁶ R. A. Epstein, jw., s. 185.

⁸¹⁷ Poletown 304 N. W. N.W.2d, 459: “even though a private party will also, ultimately, receive a benefit, a municipality’s use of eminent domain to alleviate unemployment and revitalize the local economy constitutes two essential public purposes”.

⁸¹⁸ Poletown 304 N. W. N.W.2d, 459.

⁸¹⁹ W. Epstein: The Public Purpose Limitation on the Power of Eminent Domain: A Constitutional Liberty Under Attack, 4 Pace Law Review 1984.

⁸²⁰ Poletown 304 N.W.2d At. 459-60 - „The power of eminent domain is restricted to furthering public uses and purposes and is not to be exercised without substantial proof that the public is primarily to be benefited. Where

sprowadzał się do poszukiwania tzw. racjonalnej podstawy wywłaszczenia, niż ścisłego badania czy wypełnia ono przesłanki zawarte w V Poprawce. Ciężar dowodu spoczywał na osobie wywłaszczonej, która musiała obalić domniemanie, iż działania lokalnych władz nie wypełniają celów publicznych, takich jak np. redukcja bezrobocia. Wadą zaproponowanego przez Sąd rozwiązania było to, że nie określił on co stanie się w przypadku, w którym osobie poszkodowanej uda się obalić przedmiotowe domniemanie tj. czy wywłaszczenie w imię publiczno-prywatnych celów wciąż będzie legalne. W konsekwencji proponowany przez Sąd obowiązek nadzoru nad przedsięwzięciami publiczno-prywatnymi okazał się pustą deklaracją, ponieważ w rzeczywistości sądy opierały się na wciąż głęboko zakorzenionej w amerykańskim orzecznictwie zasadzie „racjonalnej podstawy” („*rational basis*”) przy ocenie wywłaszczeń na cele prywatne. Zasada ta oznaczała zaś jedynie spekulację i domysły czy władzy przyświecał ustawowy cel legitymizujący wywłaszczenie. Zgodnie z nią, sąd miał wręcz obowiązek uznać skorzystanie przez rząd z V Poprawki jako działanie „racjonalnie powiązane z realizacją celu publicznego”⁸²¹ Zastanawiając się nad konstytucyjnością takich działań w doktrynie podnoszono, że zachowanie minimalnych standardów kontroli publiczno-prywatnych wywłaszczeń czyni podnoszenie ich niekonstytucyjności zbędnym⁸²².

W drugiej połowie XX w. sądy stanowe starały się być mniej przychylne dla inicjatyw ustawodawczych, traktujących co jest celem publicznym. Przykładem może być sprawa „*City of Lansing v. Edward Rose Realty*”⁸²³, w której Sąd Najwyższy Stanu Michigan rozważał czy miasto Lansing może skorzystać z V Poprawki w celu dokonania wywłaszczenia, polegającego na udzieleniu prywatnej firmie zezwolenia na zakładanie urządzeń, służących do odbioru telewizji na cudzych nieruchomościach, wbrew woli ich właścicieli. W tym celu miasto uchwaliło „*Michigan Uniform Condemnation Procedures Act*”, uznając powyższe działanie za cel publiczny. Zdaniem lokalnych władz korzyść jaką miało odnieść społeczeństwo było zapewnienie wszystkim jednakowego dostępu do powszechnej telewizji

the condemnation power is exercised in a way that benefits specific and identifiable private interests, a court inspects with heightened scrutiny the claim that the public interest is the predominant interest being advanced. Such public benefit cannot be speculative or marginal but must be clear and significant if it is to be within the legitimate purpose as stated by the Legislature”.

⁸²¹ Sprawa *Midkiff*, 467 U.S. akapit 241 - "rationally related to a conceivable public purpose".

⁸²² J. M. Klemetsrud, *The Use of Eminent Domain for Economic Development*, 75 N.D. Law Review 783, 806 (1999) - „the minimal standard of review make sit impractical to challenge a public use as unconstitutional”.

⁸²³ Sprawa z 2.06.1993, 442 Mich. 626, 502 N.W.2d 638 (1993),

http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=19931068442Mich626_11042.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006

kablowej. Odrębnym powodem uchwalenia tego aktu była jednak pomoc firmie, będącej stroną umowy z miastem. Rozpatrując sprawę Sąd Najwyższy Stanu Michigan uznał, że działania miasta nie są zgodne z V Poprawką, ponieważ w tym wypadku interes prywatny miał pierwszeństwo przed publicznym. Sąd ten stwierdził ponadto, że skorzystanie przez władze lokalne z V Poprawki, w przeciwieństwie do władz państwowych musi być wyraźnie zastrzeżone ustawowo przez władze stanowe⁸²⁴.

Wraz z początkiem XXI w., sądy zaczęły odchodzić od wykładni V Poprawki narzuconej przez Sąd Federalny w sprawie „Poletown Neighborhood Council v. City of Detroit” przyjmując, że wywłaszczenie nie może być traktowane jako środek do realizacji danego przedsięwzięcia tylko dlatego, że zaspokoi ono potrzeby lokalnej społeczności. Dla spełnienia przesłanki celu publicznego niezbędnym jest coś więcej niż bliżej nieokreślona korzyść (np. redukcja bezrobocia, wpływy z podatków), jaką odniesie dany stan. Użytek publiczny, zawarty w V Poprawce oznacza bądź bezpośredni dostęp do przedmiotu wywłaszczenia przez ogół społeczeństwa, bądź za pomocą quasi-publicznych podmiotów (agencje, spółki)⁸²⁵.

Okazja do ostatecznej rewizji stanowiska zajętego przez Sąd Najwyższy Stanu Michigan w sprawie „Poletown” stanęła przed tym samym sądem 20 lat później. W 2004 r. w sprawie „County of Wayne v. Hathcock”⁸²⁶ Sąd ten orzekł jednogłośnie, że wywłaszczenie nieruchomości pod budowę 1,300 akrowego business parku, kontrolowanego w całości przez prywatną spółkę jest działaniem niezgodnym z konstytucją stanu Michigan. Odrzucając

⁸²⁴ Edward Rose Realty, 631-32, 502 N.W.2d: “a municipality has no inherent power to condemn property even for public benefit or use, the power (...) must be specifically conferred upon the municipality by statute or the constitution.”

⁸²⁵

1. sprawa Ga. Dep't of Transp. v. Jasper County, 586 S.E.2d 853, 856 (S.C. 2003): "Power of eminent domain cannot be used to accomplish a project simply because it will benefit the public";
2. sprawa Southwestern III. Dev. Auth. v. Nat'l City Envtl., 768 N.E.2d 1, 9 (111. 2002): "To constitute a public use, something more than a mere benefit to the public must flow from the contemplated improvement";
3. sprawa Manufactured Hous. Communities of Wash. v. State, 13 P.3d 183, 196 (Wash. 2000): "The use under consideration must be either a use by the public, or by some agency which is quasi public, and not simply a use which may incidentally or indirectly promote the public interest or general prosperity of the state".

⁸²⁶ 684 N.W.2d 765 (Mich. 2004),

http://www.law.uh.edu/faculty/mburke/Courses/Envtl_Land_Use_Spring_2005/county_of_wayne_v_hathcock_684nw2e765.pdf

całkowicie pogląd zaprezentowany 20 lat wcześniej w sprawie „Poletown” i stwierdzając, że sprawa ta stanowiła „radykałne odejście od fundamentalnych praw zagwarantowanych w Konstytucji”⁸²⁷, Sąd ten uznał, że utrzymywanie w dalszym ciągu precedensu ustanowionego w sprawie „Poletown” pozwala na legalizację praktycznie każdego wywłaszczenia na rzecz prywatnego przedsiębiorcy. Okoliczność, że na takim wywłaszczeniu pośrednią korzyść odniesie lokalna gospodarka poprzez zlikwidowanie zniszczonych obszarów, zwiększenie wpływów z podatków czy zmniejszenie bezrobocia jest w takim wypadku bez znaczenia, bowiem każdy aktywny zawodowo członek społeczności w jakimś sensie świadczy na rzecz wspólnoty. Tym samym nie można było zdaniem sądu udzielać pomocy jednemu prywatnemu podmiotowi w celu maksymalizacji jego zysków kosztem innych jednostek, bowiem takie działanie byłoby dyskryminacją⁸²⁸.

W konsekwencji sąd stanowy ustanowił nowy precedens oznaczający kolejny zwrot w interpretacji V Poprawki. Ten brak jednomyślności spotkał się z krytyką doktryny zarzucającej, iż w wyniku prawotwórczej działalności sądów zwrot „użytek publiczny” w swoim pierwotnym brzmieniu stał się później „celem publicznym”, by następnie przejść w „pożytek publiczny”, interpretowany przez sądy stanowe w sposób dowolny, faworyzujący raczej wielki biznes, niż pojedynczych obywateli⁸²⁹. Precedens ten nie trwał jednak długo, bowiem możliwość jego obalenia i narzucenia sądom stanowym jednolitej wykładni pojęcia „użyteczności publicznej” pojawiła się zaledwie rok później przed Federalnym Sądem Najwyższym.

6.2.5 Sprawa „Kelo v. City of New London”

Przedmiotowa sprawa⁸³⁰ pomimo podobnego stanu faktycznego, różniła się od poprzednich, bowiem pytanie przed którym stanął Sąd Najwyższy nie dotyczyło już dopuszczalności wywłaszczenia nieruchomości w celu eliminowania negatywnych skutków zacofania gospodarczego, ale wprost o oddanie jej na rzecz innego prywatnego podmiotu w

⁸²⁷ County of Wayne v. Hathcock, 471 Mich. at 483 (2004): "radical departure from fundamental constitutional principles".

⁸²⁸ Country of Wayne v. Hathcock, 471 Mich. at 483 (2004): "every business, every productive unit in society does contribute in some way to the commonwealth".

⁸²⁹ R. A. Levy, *The Dirty Dozen...*, jw., s. 158.

⁸³⁰ Sprawa z 23.06.2005, 545 U.S. (2005), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/545/04-108/opinion.html>

celach czysto ekonomicznych⁸³¹.

W proporcjach głosów 5-4 Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, iż władze publiczne są uprawnione do wywłaszczenia każdej nieruchomości, a następnie przekazania jej na rzecz innego podmiotu prywatnego, w zgodzie z V Poprawką, dopóki takie działania mają za cel rozwój gospodarczy i przysporzą społeczeństwu szeroko pojęte korzyści⁸³².

Rozumowanie Sądu Federalnego przebiegało w dwóch kierunkach. W pierwszej kolejności Sąd opierając się na wcześniej omawianej sprawie „Fallbrook Irrigation District v. Bradley” orzekł, że pojęcie „użytek publiczny” (public use) użyte w V Poprawce jest tożsame z pojęciem „celu publicznego” (public purpose)⁸³³ i problem zaistniały w niniejszej sprawie sprowadza się tylko do odpowiedzi na pytanie czy plany zmiany zagospodarowania

⁸³¹ W 1998 r. miasto New London (Connecticut) powołało do życia prywatną spółkę działającą non – profit – „The New London Development Corporation” (NLDC), której zadaniem było dokonanie rewitalizacji obszarów obejmujących centrum miasta oraz dzielnic nadbrzeżnych (a zwłaszcza dzielnicy Fort Trumbull przyległej do rzeki Thames). Władze miasta New London oddelegowały na spółkę własne uprawnienia do wywłaszczania nieruchomości. W tym samym roku władze stanowe dokonały dotacji na rzecz NLCD w wysokości 15 mln dolarów, która miała pokryć koszty jej działalności planistycznej i budowy parku stanowego w Fort Trumbull. Zanim jednak NLCD rozpoczęła swoją działalność, firma farmaceutyczna Pfizer ujawniła, że planuje wybudować na terenie przyległym do Fortu Trumbull ośrodek badawczy (koszt inwestycji wynosił 300 mln dolarów). Władze New London wykorzystując tę okoliczność postanowiły wdrożyć w życie plan, który zakładał budowę nieruchomości w okolicach nowej inwestycji (hotele, centra konferencyjne, zaplecze gastronomiczne). Działania te w początkowym okresie miały na celu ożywienie gospodarcze zacofanych ekonomicznie rejonów miasta. Wymogiem dla pomyślnego zakończenia tego przedsięwzięcia było nabycie przez miasto prawa własności 115 parceli (położonych na terenie obejmującym 90 akrów) w celu budowy na ich miejscu biurowców i hoteli, stanowiących zaplecze dla inwestycji. Ponieważ 7 właścicieli nieruchomości odmówiło dobrowolnego ich odsprzedania, NLCD postanowiła wszcząć wobec nich procedurę wywłaszczeniową. Po jej zakończeniu NLCD ogłosiła jednak, że znaczną część pozyskanej w ten sposób ziemi zamierza oddać w dzierżawę prywatnym deweloperom, a więc podmiotom nie związanym bezpośrednio z inwestycją firmy Pfizer. Czas dzierżawy wynosił 99 lat za symboliczną opłatę dolara za rok. Ponadto sporne nieruchomości oddane tym podmiotom w dzierżawę nie były wcale przeznaczone pod realizację głównej inwestycji. Do momentu rozpoczęcia przewodu sądowego nie istniał żaden plan, który zakładałby ich wykorzystanie, poza oczywistym wymogiem rozbiórki postawionych na nich nieruchomości.

⁸³² 545 U.S., 125 S. Ct. 2665 (2005): "promoting economic development is a traditional and long accepted function of government"

⁸³³ 125 S. Ct. at 2663: Since the nineteenth century the Court had embraced the broader and more natural interpretation of public use as a public purpose. The disposition of this case therefore turns on the question whether the city's development plan serves as a public purpose. Without exceptions, our cases have defined that concept broadly, reflecting our longstanding policy of deference to legislative judgments in the field".

wywłaszczonej terenów kwalifikują się jako cel publiczny.

Następnie Sąd opierając się na sprawach „Berman v. Parker” oraz „Hawai Housing Authority v. Midkiff” potwierdził głęboko zakorzenioną w orzecznictwie amerykańskim zasadę respektowania przez sądy inicjatyw ustawodawczych kwalifikujących dane działania jako cel publiczny⁸³⁴.

Na zarzut, iż wywłaszczenie w powyższej sprawie nie spełnia warunku „publiczności”, ponieważ wywłaszczone nieruchomości nie znajdowały się na terenie wymagającym rewitalizacji czy zacofanym gospodarczo, Sąd wskazał, iż fakt, że nieruchomość zostaje odebrana jednej osobie, a następnie przeniesiona na rzecz drugiej nie niweczy jej „publicznego” charakteru. Sąd Najwyższy nałożył bowiem na sądy niższych instancji obowiązek kontroli czy wywłaszczenie ma publiczny czy też czysto prywatny charakter. Skoro w sprawie „Kelo v City of New London” plan władz zmierzał do przysporzenia korzyści całej lokalnej społeczności, to nieruchomości, nawet znajdujące się w bardzo dobrym stanie mogły zostać przejęte⁸³⁵.

Ponadto Sąd postawił bardzo ważną tezę, że gdy cel publiczny został zdefiniowany ustawowo przy zachowaniu wszystkich przewidzianych prawem wymogów i nie jest tym samym irracjonalny, to wszelkie empiryczne debaty na temat dopuszczalności wywłaszczenia, jak również związane z nim zagadnienia o charakterze społeczno – gospodarczym nie są i nie będą przedmiotem rozważań Sądu Federalnego⁸³⁶. W rezultacie Sąd podniósł, że likwidacja bezrobocia i zwiększenie wpływu z podatków, towarzyszące wywłaszczeniu na rzecz prywatnych podmiotów zaspokaja V Poprawkę. W odpowiedzi na

⁸³⁴ “(...) longstanding policy of deference to legislative judgments in this field, (...) the concept of the public welfare is broad and inclusive...it is within the power of legislature to determine that the community should be beautiful as well as healthy, spacious as well as clean, well balanced as well as carefully patrolled...if those who govern the District of Columbia decide that the Nation’s Capital should be beautiful as well as sanitary, there is nothing in the Fifth Amendment that stands in the way”.

⁸³⁵ “(...) the fact that property is taken from one person the fact that property is taken from one person and immediately given to another does not diminish the public character of the taking(...). The Kelo decision imposes an essentially subjective test for whether a particular condemnation is for a public or private use: courts are to examine whether the governing body was motivated by a desire to benefit a private party or concern for the public. Thus, because the New London city officials intended that the plan would benefit the city in the form of higher taxes and more jobs, the homes could be taken”.

⁸³⁶ “When the legislature's purpose is legitimate and its means are not irrational, our cases make clear that empirical debates over the wisdom of takings—no less than debates over the wisdom of other kinds of socioeconomic legislation—are not to be carried out in the federal courts”.

zdania odrębne 4 sędziów, s. John Paul Stevens w uzasadnieniu wyroku stwierdził m. in., że idea V Poprawki nie została przez niniejszy wyrok wypaczona, bowiem przekazanie nieruchomości należącej do podmiotu A do podmiotu B z tego wyłącznie powodu, że B zapewni bardziej produktywnie jej wykorzystanie z pewnością oznacza, że cel publiczny został spełniony⁸³⁷. Powyższa sprawa stanowiła precedens w prawie amerykańskim, jako przykład dopuszczalności wywłaszczenia nieruchomości na rzecz podmiotu prywatnego z zachowaniem wymogów konstytucyjnych. Od tej pory miasta zostały uprawnione do wywłaszczania praktycznie każdej nieruchomości, nawet niekoniecznie niezbędnej w celu realizacji przedsięwzięć ogólnospołecznych i bez ustalenia na czyją rzecz ta nieruchomość została przejęta. Również w przypadku przeniesienia takiej nieruchomości na własność innego podmiotu np. dewelopera, władze nie musiały w żaden sposób gwarantować, że zostanie ona zagospodarowana zgodnie z celem wywłaszczenia, a nawet, że w ogóle zostanie zrealizowana na niej jakakolwiek inwestycja. Wbrew tezom postawionym przez Federalny Sąd Najwyższy w sprawie „Kelo v. City of New London”, plan władz co do społecznego wykorzystania wywłaszczonych nieruchomości stanowił jedynie obietnicę, umożliwiającą wszczęcie procedury wywłaszczeniowej. W rzeczywistości władze miały na celu wyłącznie sprzedaż nieruchomości prywatnej spółce i uzyskanie z tego tytułu funduszy. Wywłaszczona w sprawie „Kelo v. City of New London” nieruchomość nigdy nie została w żaden sposób zagospodarowana, nie została również zwrócona poprzednim właścicielom. Na skutek długotrwałego rozpoznawania sprawy przez sądy, planowana inwestycja firmy Pfizer nie została również zrealizowana⁸³⁸.

Wyrok w sprawie Kelo odbił się tak szerokim echem w opinii publicznej, że wszystkie stany dokonały nowelizacji przepisów w zakresie przymusowego przejęcia przez władze nieruchomości. Przed wydaniem orzeczenia w przedmiotowej sprawie tylko 8 stanów posiadało prawo zabraniające dokonywania wywłaszczeń w celu rozwoju gospodarczego, z wyjątkiem eliminowania zacofania gospodarczego (Arkansas, Floryda, Illinois, Kentucky, Maine, Montana, Południowa Karolina i Waszyngton). Jako odpowiedź na wyrok Sądu, 42 stany uchwaliły prawo wprowadzające ograniczenia dla władz w posługiwaniu się wywłaszczeniem, jako narzędziem dla realizacji przedsięwzięć gospodarczych, z czego 21 stanów w ogóle zakazało dokonywania wywłaszczeń pod ten cel⁸³⁹.

⁸³⁷ “transferring citizen A's property to citizen B for the sole reason that citizen B will put the property to a more productive use and thus pay more taxes . . . would certainly raise a suspicion that a public purpose was afoot”.

⁸³⁸ K. Nelson: Connecticut land taken from homeowners still undeveloped, Associated Press, 2009.

⁸³⁹ E. J. Lopez: "Pass a Law, Any Law, Fast!, State Legislative Responses to the Kelo Backlash". Review of Law

Za przykład można powołać Konstytucję Stanu New Hampshire, która w art. 12a stanowi, iż właściciel nieruchomości nie może zostać wywłaszczony, jeśli jego nieruchomość zostanie przekazana w sposób pośredni lub bezpośredni innej osobie, w celu realizacji prywatnych celów⁸⁴⁰. Akt ten stanowi najbardziej restrykcyjny sposób ograniczenia prywatyzacji realizacji celów publicznych, który (w przypadku stanu New Hampshire) nie zezwala nawet na budowę infrastruktury wykorzystywanej przez prywatnych operatorów, ale z której mogą korzystać wszyscy obywatele w sposób pośredni np. lotniska. Pomimo, iż każda z nowelizacji prawa stanowego w zakresie posługiwania się przez państwo pojęciem celu publicznego jest autonomiczna, to można znaleźć w nich podobieństwa. Pewne stany wyraźnie zaostrzyły prawo wywłaszczeń – np. Dakota i Nowy Meksyk zakazały wprost wywłaszczeń pod tzw. rozwój gospodarczy. Z kolei Floryda wykluczyła rozwój gospodarczy z definicji celu publicznego, natomiast Georgia uznała, że wszelkie „estetyczne” metody rewitalizacji zniszczonych obszarów miejskich nie zasługują na uwzględnienie. Wspólną cechą wszystkich praw uchwalanych przez stany, dopuszczające wywłaszczenia pod szeroko rozumiany rozwój gospodarczy jest wymóg zapłaty wyższego niż sprawiedliwe odszkodowania⁸⁴¹. Na różnicę we wielkości podjętych przez poszczególne stany zmian legislacyjnych wpływ miał jeszcze jeden czynnik – zróżnicowanie narodowościowe i poziom zamożności mieszkańców. Stany, których społeczeństwo było zróżnicowane etnicznie i reprezentowało różny poziom zamożności były niechętne we wprowadzaniu ograniczeń w dokonywaniu wywłaszczeń w imię rozwoju gospodarczego. Za przykład mogą służyć Nowy Jork i New Jersey, które plasują się w pierwszej siódemce stanów najbardziej zróżnicowanych narodowościowo i pod względem pozycji społecznej ich mieszkańców, a które nie uchwałyły żadnych ograniczeń w stosowaniu przez władzę V Poprawki⁸⁴².

& Economics (Berkeley Electronic Press), 2009.

⁸⁴⁰ „No part of a person's property shall be taken by eminent domain and transferred, directly or indirectly, to another person if the taking is for the purpose of private development or other private use of the property”.

⁸⁴¹ E. J. Lopez, jw.

⁸⁴² Tamże.

	State Name	Law Enact	Law Type
1.	Alabama	1	2
2.	Alaska	1	2
3.	Arizona	0	0
4.	Arkansas	0	0
5.	California	1	1
6.	Colorado	1	2
7.	Connecticut	1	1
8.	Delaware	1	2
9.	Florida	1	2
10.	Georgia	1	2
11.	Hawaii	0	0
12.	Idaho	1	2
13.	Illinois	1	1
14.	Indiana	1	2
15.	Iowa	1	2
16.	Kansas	1	1
17.	Kentucky	1	2
18.	Louisiana	0	0
19.	Maine	1	2
20.	Maryland	1	1
21.	Massachusetts	0	0
22.	Michigan	1	2
23.	Minnesota	1	2
24.	Missisipi	0	0
25.	Missouri	1	2
26.	Montana	1	2
27.	Nebraska	1	1
28.	Nevada	1	2
29.	New Hampshire	1	2
30.	New Jersey	0	0
31.	New Mexico	1	2
32.	New York	0	0
33.	North Carolina	1	2
34.	North Dakota	1	2
35.	Ohio	1	1
36.	Oklahoma	0	0
37.	Oregon	0	0
38.	Pennsylvania	1	1
39.	Rhode Island	0	0
40.	South Carolina	0	0
41.	South Dakota	1	2
42.	Tennessee	1	1
43.	Texas	1	1
44.	Utah	1	1
45.	Vermont	1	1
46.	Virginia	1	2
47.	Washington	0	0
48.	West Virginia	1	1
49.	Wisconsin	1	1
50.	Wyoming	1	2

Tabela nr 7 - wykaz wszystkich stanów wraz z ilością zmian legislacyjnych, wprowadzonych na skutek orzeczenia w sprawie *Kelo v. City of New London*, źródło : E. J. Lopez, "Pass a Law, Any Law, Fast!, State Legislative Responses to the Kelo Backlash". Review of Law & Economics (Berkeley Electronic Press), 2009, www.ssrn.com, s. 34. W pierwszej rubryce cyfra „1” oznacza, że dany stan uchwalił, bądź znowelizował dotychczasowe prawo wyłączeń, „0” oznacza, że nie. W przypadku wprowadzenia nowego, bądź zmiany starego prawa, druga rubryka przedstawia znaczenie tych zmian – cyfra „2” oznacza całkowite odejście danego stanu od uznania „rozwoju gospodarczego” za cel publiczny, natomiast „1” oznacza jedynie symboliczną nowelizację dotychczasowych przepisów.

Na poziomie federalnym w 2005 r. Kongres uchwalił „Private Property Rights Protection Act”⁸⁴³. W efekcie rząd federalny oraz żaden organ administracji federalnej nie mógł wykorzystywać V Poprawki Konstytucji Stanów Zjednoczonych do podejmowania inwestycji w celu stymulowania rozwoju gospodarczego. Również Prezydent Stanów Zjednoczonych G. W. Bush w dniu 23.06.2006 r. wydał dekret, zezwalający rządowi federalnemu na wywłaszczanie „tylko w celu zapewnienia korzyści dla ogółu społeczeństwa, a nie tylko w celu propagowania interesów gospodarczych podmiotów prywatnych”⁸⁴⁴.

W pierwszej od czasu rozstrzygnięcia w „Kelo v. City of New London” sprawie, Sąd Najwyższy Stanu Ohio orzekł, iż „rozwój gospodarczy” nie jest celem publicznym, uzasadniającym wywłaszczanie nieruchomości, a używanie przez organy władzy pojęcia „niszczących obszarów”, jako podstawy prawnej przejmowania położonych na nich nieruchomości, jest niekonstytucyjne⁸⁴⁵.

6.2.6 Podsumowanie

Problem z interpretacją V Poprawki przez sądy i władze stanowe Stanów Zjednoczonych tkwi w pewnym nieporozumieniu dotyczącym jej źródeł i uwarunkowań historycznych, w jakich została uchwalona. Powołując się na szereg XIX wiecznych

⁸⁴³ Akt z 4.12.2005, <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-109hr4128rfs/pdf/BILLS-109hr4128rfs.pdf>: “No State or political subdivision of a State shall exercise its power of eminent domain, or allow the exercise of such power by any person or entity to which such power has been delegated, over property to be used for economic development or over property that is subsequently used for economic development, if that State or political subdivision receives Federal economic development funds during any fiscal year in which it does so”.

⁸⁴⁴ Executive Order: Protecting the Property Rights of the American People, The White House, Office of Press Secretary, <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2006/06/20060623-10.html>, §1: “It is the policy of the United States to protect the rights of Americans to their private property, including by limiting the taking of private property by the Federal Government to situations in which the taking is for public use, with just compensation, and for the purpose of benefiting the general public and not merely for the purpose of advancing the economic interest of private parties to be given ownership or use of the property taken”.

⁸⁴⁵ Sprawa “Norwood v. Horney” z 26.07.2006, 110 Ohio St.3d 353 (2006), <http://www.sconet.state.oh.us/rod/docs/pdf/0/2006/2006-ohio-3799.pdf>: “In the absence of other public benefit, the fact that an appropriation of property will provide an economic benefit to the community does not satisfy the public-use requirement of Section 19, Article I of the Ohio Constitution. The void-for-vagueness doctrine applies to statutes that regulate the use of eminent-domain powers. Courts shall apply heightened scrutiny when reviewing statutes that regulate the use of eminent-domain powers. The term “deteriorating area” as a standard for an appropriation of property is unconstitutional”.

orzeczeń sądowych, wielu komentatorów traktuje V Poprawkę jako narzędzie służące do sprawowania kontroli sądowej nad korzystaniem przez władzę z wywłaszczenia. Same sądy amerykańskie wielokrotnie starały się naśladować rozwiązania stosowane w systemie prawa kontynentalnego, gdzie wywłaszczenie ograniczone jest tylko do przypadku istnienia dobra publicznego, bądź celu publicznego i nadzorować proces, w którym ustawodawca korzysta z uprawnień V Poprawki. Jednakże powyższe twierdzenia były całkowicie obce twórcom konstytucji amerykańskiej, a wręcz przeciwnie uznawali oni, że prawo do przejmowania nieruchomości na własność publiczną zastrzeżone jest wyłącznie na rzecz prawodawcy i jest egzekwowane przez rząd. Ich zdaniem władza przejmując daną nieruchomość nie pozbawia jej właściciela wbrew jego woli. Przeciwnie, działa na jego rzecz udzielając jego zgody na wykorzystanie tej nieruchomości na większy cel publiczny⁸⁴⁶.

Od 1980 r. władze samorządowe zaczęły realizować coraz większą ilość przedsięwzięć gospodarczych - budowa biur, kasyn, obiektów sportowych. Dla realizacji wszystkich z nich niezbędnym było dysponowanie dużymi obszarami ziemi, które często musiały obejmować dziesiątki lub nawet setki sąsiadujących nieruchomości. W tej sytuacji prywatni deweloperzy zaczęli zdawać sobie sprawę z nowych możliwości współpracy z władzą lokalną w zakresie nabywania gruntów pod przedmiotowe inwestycje. Wraz ze stopniową rozbudową definicji celu publicznego zdecydowali się odłożyć długotrwałe i nieskuteczne negocjacje z właścicielami gruntów i skorzystać z narzędzia wywłaszczenia. Sprawa „Kelo v City of New London” potwierdziła tylko istnienie powyższej praktyki i stanowiła istotny precedens, umożliwiając wywłaszczenie przez państwo praktycznie dowolnej nieruchomości na cel publiczny, który nie musiał nawet istnieć w momencie odbierania nieruchomości właścicielom. Można więc uznać, iż w amerykańskim systemie prawnym pojęcie „celu publicznego” jest sformułowane na tyle szeroko, iż sąd przy poszukiwaniu racjonalnej podstawy wywłaszczenia sam dokonuje klasyfikacji pojęcia „celu publicznego”, ale tylko dla przypadków pominiętych przez ustawodawcę⁸⁴⁷.

⁸⁴⁶ M. P., Harrington, The Original Understanding of the So-Called 'Takings' Clause. *Hastings Law Journal*, Vol. 53, No. 1, August 2002, www.ssrn.com, s. 4.

⁸⁴⁷ R. A. Epstein, *id.*, s. 162.

6.3 Szwecja

6.3.1 Rozwój infrastruktury telekomunikacyjnej trzeciej generacji (3G)

W Szwecji dostarczenie usług z zakresu łączności i elektryczności przez lata traktowane były jako zadania z zakresu użyteczności publicznej, przynależne państwu i jego organom. Tym co wyróżnia Szwecję na tle innych krajów należących do kręgu „civil law”, jest dopuszczenie wywłaszczania nieruchomości przez podmioty prywatne na rzecz realizacji inwestycji z zakresu telekomunikacji (w tym zwłaszcza budowa masztów telefonii komórkowej) oraz innych urządzeń przesyłowych, połączone z dalszą ingerencją w uprawnienia właścicieli gruntów.

W Szwecji operatorzy telekomunikacyjni tradycyjnie zapewniali sobie dostęp do nieruchomości, celem realizacji opisanych przedsięwzięć w drodze zawierania z ich właścicielami indywidualnych umów, dotyczących użytkowania gruntu celem przeprowadzenia i konserwacji infrastruktury telekomunikacyjnej. Realizacja ogólnokrajowej infrastruktury telekomunikacyjnej na podstawie umów zawieranych z każdym właścicielem nieruchomości, na których znajduje się sieć telekomunikacyjna z osobna, sprawiała z natury formalnej wiele trudności, biorąc dodatkowo pod uwagę okoliczność, iż w szwedzkim prawie umowa użytkowania może zostać zawarta na czas określony i okres trwania takiej umowy nie może przekraczać 25 lat na obszarach miejskich i 50 lat na obszarach pozamiejskich⁸⁴⁸. W związku z tym operatorzy telekomunikacyjni stanęli przed poważnym problemem wygaśnięcia z mocy prawa tysięcy umów na używanie i konserwację kabli i przewodów telekomunikacyjnych. W celu rozwiązania tego problemu w 1973 r. została uchwalona specjalna ustawa („Ledningsrättslag”), zastrzegająca na rzecz inwestorów prawo do korzystania z cudzej nieruchomości, celem instalacji oraz późniejszej eksploatacji szczegółowo wymienionych typów kabli telekomunikacyjnych, a także linii energetycznych służących np. do sygnalizacji lub wymiany danych, a więc ustanawiająca instytucję zbliżoną do znanej naszemu prawu służebności⁸⁴⁹. Powyższe działanie władz publicznych może zostać

⁸⁴⁸ T. Kalbro: Private Compulsory Acquisition and the Public Interest Requirement, International Federation of Surveyors, 2007.

⁸⁴⁹ Ledningsrättslag, 1974:1144. Zgodnie z art. 1 oraz 2 pkt 1 ustawy : “Under this Act, a party wishing to use a space within a property unit for a utility or other device can obtain the right to do so (a utility easement). Questions concerning utility easements are examined by cadastral procedure. A utility easement comprises, as determined in the cadastral procedure, a power to take within the property unit those measures which are needed

określone jako tzw. faktyczne wywłaszczenie, czyli wywłaszczenie pod którego pojęciem mieszczą się wszelkie przejawy ingerencji skutkujące naruszeniem istoty prawa własności, którym nie towarzyszyłyby formalne odjęcie (odebranie) tego prawa⁸⁵⁰. Jednakże w odróżnieniu od polskiej Konstytucji, Konstytucja Szwecja w art. 18 stanowi wprost, iż w takim przypadku odszkodowanie przysługuje także osobie, której prawo własności jest ograniczone przez organy administracji publicznej w ten sposób, że dalsze korzystnie z przysługującego jej prawa jest utrudnione, bądź powoduje znaczną szkodę majątkową⁸⁵¹. Ustanowiona na podstawie opisywanej ustawy służebność nie może zostać ograniczona w czasie, ani zniesiona za pomocą jakichkolwiek umów pomiędzy właścicielem gruntu, a przedsiębiorcą telekomunikacyjnym. Właściciel obciążonej prawem służebności nieruchomości otrzymuje odszkodowanie ustalone na podstawie ogólnych przepisów o wywłaszczaniu nieruchomości. Wyróżniającą na tle innych krajów cechą tej służebności jest to, że zezwala na dalsze dysponowanie udzielonym zezwoleniem tj. operator telekomunikacyjny może zezwolić innemu operatorowi na budowę na nieruchomości obciążonej prawem służebności np. stacji bazowej telefonii komórkowej (masztu, niezbędnej infrastruktury czy kabli), za zgodą właściwego organu, ale bez zgody właściciela nieruchomości⁸⁵². Również w przypadku, w którym właściciel nie zgadza się na wybudowanie na jego nieruchomości infrastruktury telekomunikacyjnej, bądź wysuwa nadmierne roszczenia, dopuszczalne jest użycie instytucji wywłaszczenia na zasadach

for the installation and use of a utility or other devise. At the request of the proprietor of the utility easement, an order can be made to the effect that a utility easement shall belong to that party's property unit or registered site leasehold. This Act applies to utilities of the following kinds: a utility included in an electronic communications network for a public purpose and a public low-voltage line for signaling, remote control, data communication or some similar purpose”.

⁸⁵⁰ M. Szewczyk, *Ingerencja publicznoprawna w prawo własności jednostki w demokratycznym państwie prawnym* [w:] *Jednostka w demokratycznym państwie prawa*, red. J. Filipek, Bielsko-Biała 2003.

⁸⁵¹ “Such compensation shall also be guaranteed to a person whose use of land or buildings is restricted by the public institutions in such a manner that ongoing land use in the affected part of the property is substantially impaired, or injury results which is significant in relation to the value of that part of the property”.

⁸⁵² Art. 11a ustawy: “The cadastral authority may ordain that the proprietor of the utility easement is entitled to allow another party to install and use additional utilities within the space granted. Such an order may be made only if the additional utility is of the kind indicated in section 2 (1), paragraph and there is a need for such a right, having regard to the nature of the utility. In the assessment of an issue under subsection one, the provisions of Sections 6- 11 shall apply. If the cadastral authority has ordained as provided in subsection one, the proprietor of the utility easement may himself install and use a utility as referred to in the order, instead of allowing another party to do so”.

ogólnych⁸⁵³. Kolejnym przykładem głębszej ingerencji w uprawnienia właścicielskie jest art. 3a ustawy⁸⁵⁴, zgodnie z którym podmiot, korzystający ze służebności w celu realizacji infrastruktury określonej w ustawie (np. linii energetycznej) jest uprawniony do wykorzystania używanej przestrzeni także dla realizacji pozostałych typów wymienionej w art. 2 ust. 1 infrastruktury (np. przewodów telekomunikacyjnych). Powyższa regulacja otwiera przedsiębiorstwom korzystającym z cudzych gruntów, możliwość dzierżawy innym podmiotom elementów infrastruktury, niewykorzystywanych dla ich działalności.

„Ledningsrättslag” w brzmieniu z 1973 r. została uchwalona na potrzeby przedsiębiorstw użyteczności publicznej, co w połączeniu z jej wąskim zakresem przedmiotowym sprawiło, iż stała się nieprzystosowana do realiów panujących pod koniec XX w., zwłaszcza w dziedzinie nowych technologii, takich jak urządzenia IT czy telefonia komórkowa trzeciej generacji (3G), które to gałęzie przemysłu ukierunkowane są na osiągnięcie zysku, zamiast na dostarczanie obywatelom usług powszechnie dostępnych. Bodźcem dla zmiany istniejącego prawa było to, iż w grudniu 2000 r. szwedzki odpowiednik Urzędu Komunikacji Elektronicznej („National Post and Telecom Agency” - „PTS”) dokonał, w drodze udzielenia koncesji, rezerwacji częstotliwości UMTS dla czterech spółek: Europolitan, HI3G, Orange i Tele2. Wszystkie cztery przedsiębiorstwa zobowiązały się do pokrycia zasięgiem przyznanej im częstotliwości co najmniej 99.98% populacji Szwecji przed 2003 r. Wywołało to konieczność wybudowania na terenie kraju ok. 20.000 masztów telefonii komórkowej⁸⁵⁵. Ustawa „Ledningsrättslag” pomimo, iż została uchwalona w celu ułatwienia realizacji inwestycji z zakresu telekomunikacji, okazała się nieprzydatna dla budowy stacji bazowych telefonii komórkowej, których maszty nie są ze sobą połączone za pomocą przewodów elektrycznych ani kabli, a komunikacja między nimi odbywa się za pomocą

⁸⁵³ Podstawowe zasady dotyczące wywłaszczenia znajdują się w szwedzkiej konstytucji z 1974 r., której Rozdział 2 zawiera przepisy dotyczące podstawowych praw i wolności, a w szczególności art. 18 stanowi, iż prawo własności każdego obywatela jest chronione, chyba że jest potrzebne do zaspokojenia "pilnego interesu publicznego".

⁸⁵⁴ “A utility easement for such utility as referred to in Section 2 (1), paragraph 2 entitles the proprietor of the utility easement also to install and use, within the space granted for the utility, utilities as referred to in Section 2 (1), paragraph 1. The proprietor of the utility easement may install a utility by virtue of subsection one not less than two weeks after the owner of the property unit has been notified of when the work is to begin. Notification shall be deemed to have taken place when the message has been sent by letter to the property owner at his address”.

⁸⁵⁵ T. Kalbro: Private Compulsory Acquisition and the Public Interest Requirement, International Federation of Surveyors, 2007.

sygnałów radiowych. Operatorzy telefonii komórkowej 3G nie mogli więc z niej korzystać. W dniu 1.08.2004 r. nastąpiła nowelizacja art. 2 ust. 1 ustawy, rozszerzająca katalog celów publicznych, dopuszczających ustanowienie służebności, na obiekty stanowiące część publicznego systemu łączności, co oznaczało także budowę masztów telefonii komórkowej.

Przepisy „Ledningsrättslag” znajdują zastosowanie tylko do infrastruktury, służącej do użytku publicznego poprzez telekomunikację, przesył danych, sygnalizację, a także dla budowy w drodze koncesji publicznych linii i sieci energetycznych, kanalizacji, wodociągów, rurociągów ciepłowniczych, ropy, gazu. Wyklucza się więc budowę prywatnej infrastruktury telekomunikacyjnej tj. służącej jednemu, bądź kilku podmiotom. Jak dotąd kwestia czy konkretne przedsięwzięcie może zostać uznane na gruncie opisywanej ustawy za leżące w interesie publicznym, nie była przedmiotem zarówno aktów prawnych ani orzecznictwa sądowego w Szwecji. Powodem takiej sytuacji jest to, że z przepisów „Ledningsrättslag” korzystają najwięksi operatorzy działający na rynku usług telekomunikacyjnych, którzy są w stanie zorganizować pakiet swoich usług w ten sposób, że infrastruktura telekomunikacyjna przebiegająca przez prywatną nieruchomość będzie wykorzystywana dla wielu usług, spośród których w praktyce tylko część będzie realizowana w interesie publicznym. Częściowe wykorzystanie infrastruktury dla celów niepublicznych np. wynajem kilku włókien światłowodowych przedsiębiorstwom prywatnym do użytku wewnętrznego stanowi powszechny przykład omijania przepisów ustawy, dlatego podkreśla się, że wymóg celu publicznego przy realizacji urządzeń i przewodów telekomunikacyjnych w Szwecji jest w rzeczywistości martwy⁸⁵⁶.

6.3.2 Rozwój energetyki wiatrowej

W celu stworzenia warunków dla rozwoju krajowego programu budowy elektrowni wiatrowych, władze w Szwecji wprowadziły w 2003 r. system świadectw energetycznych, przewidujących wzrost zużycia energii elektrycznej, pochodzącej z odnawialnych źródeł⁸⁵⁷. Oznaczało to konieczność wybudowania dodatkowych elektrowni wiatrowych z istniejącej w 2009 r. liczby 900 do 3000-6000, a więc rocznie w Szwecji musiało ich powstawać średnio

⁸⁵⁶ A. Victorin: Expropriation for Telecom and other Infrastructure – the Swedish Experience, Stockholm Institute for Scandinavian Law 1957-2010, s. 519.

⁸⁵⁷ S. Larsson & L. Emmelin: Implementing national policy and local planning: Swedish wind power and 3G as cases International Academic Group On Planning, Law And Property Rights Third Conference, Aalborg, Denmark, 11-13 luty 2009, s. 1.

od 150 – 400 przy dofinansowaniu z budżetu środkami rządu około 2,88 mln euro rocznie⁸⁵⁸. Przeszkodą dla rozwoju budowy elektrowni wiatrowych w Szwecji były skomplikowane uwarunkowania prawne (konieczność uzyskania dwóch decyzji – pozwolenia na budowę oraz decyzji środowiskowej) oraz istniejący system planowania przestrzennego.

Szwedzki system budowy elektrowni wiatrowych regulowany jest przez dwa typy ustaw – Prawo o planowaniu przestrzennym i budownictwie („Planning and Building Act” – dalej jako „PBA”) oraz kodeks ochrony środowiska („Environmental Code”). Budowa elektrowni wiatrowej wymaga wydania zarówno pozwolenia na budowę, jak i tzw. decyzji środowiskowej czyli odpowiednika obowiązującej w naszym systemie prawnym decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia. Ponadto wybudowanie tzw. farmy wiatrowej składającej się z kilku elektrowni wymaga uchwalenia planu zagospodarowania nieruchomości na podstawie pierwszej z ustaw. W ten sposób proces planowania i udzielania zezwoleń dla rozwoju energetyki wiatrowej jest złożony i trudny do zrozumienia zarówno dla władz lokalnych, jak i potencjalnych inwestorów.

Przechodząc do systemu planowania przestrzennego, to jest on w Szwecji zarezerwowany dla gmin i charakteryzuje się silną dominacją ze strony władz lokalnych, stąd wynik realizacji narodowej polityki w dziedzinie rozwoju infrastruktury przesyłowej opiera się w szczególności na realizacji inwestycji przez gminy. Każda gmina ma obowiązek sporządzania planów zagospodarowania przestrzennego na całym jej terenie, natomiast tym co wyróżnia Szwecję od innych krajów jest fakt, iż plany takie nie mają wiążącego charakteru (nie są prawem miejscowym), a jedynie charakter informacyjny – stanowią wskazówkę dla wydawania innych prawnie wiążących decyzji takich jak pozwolenia na budowę, plan uwarunkowań (detailed development plan) czy wreszcie decyzji środowiskowych. Wskazuje się, że prawie połowa gmin w Szwecji albo nie ma sporządzonych planów zagospodarowania przestrzennego albo posiadane przez nie plany są nieaktualne⁸⁵⁹. Często lokalny system planowania przestrzennego, stanowiący przez władze danego obszaru stanowi przeszkodę dla zrównoważonego rozwoju technologicznego kraju.

W celu umożliwienia efektywnego rozwoju systemu elektrowni wiatrowych władze centralne zaproponowały, aby ich budowa odbywała się z wyłączeniem lokalnego systemu planowania. Szwedzkie prawo ochrony środowiska dysponuje pojęciem obszarów o

⁸⁵⁸ A, Victorin, jw., s. 519.

⁸⁵⁹ S. Larsson & L. Emmelin: Implementing national policy and local planning: Swedish wind power and 3G as cases International Academic Group On Planning, Law And Property Rights Third Conference, Aalborg, Denmark, 11-13 luty 2009, s. 12.

szczególne znaczeniu dla państwa w różnych sektorach, dla których tworzenia właściwe są urzędy centralne takie jak Agencja Ochrony Środowiska (Swedish Environmental Protection Agency, SEPA), Urząd Energetyki (Energy Agency) i szwedzki Urząd Lotnictwa Cywilnego (Swedish Civil Aviation Authority). Dla przykładu prawie 1/3 obszaru Szwecji została zaliczona przez SEPA jako obszar o szczególnym znaczeniu narodowym w zakresie ochrony środowiska i rekreacji⁸⁶⁰. Ustalenia władz centralnych co do istnienia takich obszarów są wiążące dla władz lokalnych w zakresie planowania przestrzennego i związanych z tym procesów, a do takich obszarów zaliczane są grunty pod budowę elektrowni wiatrowych. W ten sposób szwedzki Urząd Energetyki w 2004 r. wyznaczył 49 obszarów w 13 powiatach jako grunty o szczególnym znaczeniu państwowym w zakresie budowy elektrowni wiatrowych, a w 2008 r. takich obszarów było już 423⁸⁶¹. Także uzyskanie decyzji zezwalającej na budowę elektrowni wiatrowej zostało znacznie uproszczone poprzez zniesienie rygoryzmu decyzji środowiskowej tj. decyzja środowiskowa obejmuje wyłącznie techniczne atrybuty nowo powstałej elektrowni wiatrowej, z wyłączeniem oddziaływania jej na środowisko. Według projektu nowelizacji kodeksu środowiskowego, zaproponowanego w 2008 r., decyzja środowiskowa będzie wymagana wyłącznie dla elektrowni wiatrowych o wysokości powyżej 150 m albo dla grupy co najmniej siedmiu elektrowni o wysokości powyżej 50m⁸⁶². Ponadto, według propozycji, wydanie decyzji środowiskowej będzie zastępowało udzielenie decyzji o pozwoleniu na budowę na większych, rzadko zamieszkiwanych obszarach oraz zniesie konieczność uchwalenia studium uwarunkowań. Gminy będą miały niewielki wpływ na dopuszczenie do realizacji inwestycji z zakresu elektrowni wiatrowych.

Przykład budowy elektrowni wiatrowych oraz stacji bazowych telefonii komórkowej 3G w Szwecji ilustruje jak w jaki sposób przeniesiono ze szczebla regionalnego na szczebel centralny podejmowanie decyzji odnośnie tego, jakie istnieje zapotrzebowanie na nową infrastrukturę w kraju.

⁸⁶⁰ Tamże.

⁸⁶¹ Tamże.

⁸⁶² Tamże.

7 Rozdział VII

Wnioski końcowe

Fundamentalne pytanie, które wyłania się przy analizie art. 6 u.g.n. polega na tym, w których dziedzinach za dopuszczalne należy uznać uprawnienie podmiotów niepublicznych do realizacji celów publicznych. Jest to problem, który - jak wskazano - doprowadził do sporów na temat dopuszczalności prywatyzacji realizacji celów publicznych także w innych systemach prawnych. Problem ten może być rozpatrywany na dwóch płaszczyznach – przedmiotowej oraz podmiotowej.

Płaszczyzna przedmiotowa obejmuje swoim zakresem problematykę formułowania na drodze ustawowej katalogu aktywności, uznawanych przez ustawodawcę jako działalność celu publicznego, które następnie podlegają, bądź opierają się zjawisku prywatyzacji. Na gruncie aktualnie obowiązującej u.g.n., nie każde działanie mające na celu przysporzenie korzyści ogółowi obywateli traktowane jest jako cel publiczny, ale jedynie takie, które stanowi realizację celów, zawartych w art. 6 u.g.n. Takie podejście do katalogu celów publicznych, eliminuje z jego zakresu pojęcia, którym ustawodawca nie nadał charakteru celów publicznych np. elektrowni, a których realizacją mogłyby być zainteresowane podmioty prywatne. Przegląd ustaw szczególnych prowadzi do wniosku, iż prywatyzacja szeroko rozumianych zadań publicznych odbywa się także w innych dziedzinach, powiązanych z celami publicznymi, a którym ustawodawca nie przyznał takiego charakteru np. prywatyzacja systemu edukacji publicznej (zgodnie z art. 6 pkt 6 u.g.n. cel publiczny stanowi jedynie budowa i utrzymanie państwowych szkół wyższych i szkół publicznych) lub ochrony zdrowia (zgodnie z art. 6 pkt 6 u.g.n. cel publiczny stanowi jedynie budowa i utrzymanie obiektów ochrony zdrowia). W niektórych przypadkach ustawodawca przewidział wprost, iż beneficjentem realizacji celu publicznego, określonego w art. 6 u.g.n. może zostać podmiot prywatny, świadczący usługi dla ogółu społeczności np. szczególny tryb wyłączenia na rzecz podmiotów prywatnych, uregulowany w art. 124 u.g.n., który swoim zakresem przedmiotowym obejmuje przecież urządzenia, zaliczone do celów publicznych na podstawie art. 6 pkt 2 u.g.n. W innych przypadkach, dopuszczenie prywatyzacji określonych celów publicznych odbyło się poprzez dokonanie zabiegów interpretacyjnych, gdzie na pierwszy plan wysuwa się budowa stacji bazowej telefonii komórkowej, w której po długotrwałych sporach i rozbieżnościach w orzecznictwie sądowoadministracyjnym, Naczelny Sąd Administracyjny przesądził, iż biorąc pod uwagę przepisy ustawy prawo

telekomunikacyjne, skoro stacja bazowa telefonii komórkowej jest zamierzeniem inwestycyjnym, mającym pozostać w sieci telekomunikacyjnej, wykorzystywanej do świadczenia usług telekomunikacyjnych, dostępnych dla ogółu użytkowników, to mimo, że jest inwestycją sektora prywatnego, posiada status urządzenia łączności publicznej w rozumieniu art. 6 pkt 1 u.g.n. i jako taka jest inwestycją celu publicznego. W jeszcze innych przypadkach, dopuszczenie prywatyzacji realizacji celów publicznych odbyło się poprzez zmianę kwalifikacji działania, które miało stanowić taki cel. Jak wskazano w niniejszej pracy, odmowa przyznania statusu inwestycji celu publicznego elektrowniom, polegała na doszukiwaniu się w art. 6 u.g.n. pojęcia „urządzeń służących wytwarzaniu energii”, które to pojęcie tam nie występuje. W konsekwencji za przesądzony wydał się być pogląd, iż budowa elektrowni nie stanowi inwestycji celu publicznego, ponieważ nie można uznać obiektów, służących wytwarzaniu energii, za obiekty niezbędne do korzystania z przewodów i urządzeń służących do przesyłania energii elektrycznej. Na tej podstawie w szeregu orzeczeń sądy administracyjne odmawiały przyznania statusu inwestycji celu publicznego budowie elektrowni wiatrowych⁸⁶³. Jednakże sądy administracyjne, decydując czy inwestycja w odnawialne źródła energii stanowi inwestycję celu publicznego nie rozważały, czy odnawialne źródło energii może stanowić obiekt służący ochronie środowiska. Taka kwalifikacja pozwalałaby na jego uznanie za inwestycję celu publicznego nie na podstawie art. 6 pkt 2 u.g.n., lecz art. 6 pkt. 4 tej ustawy i zgodnie z postanowieniami Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/28/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych⁸⁶⁴, wymaga się uznania przez państwa członkowskie Unii Europejskiej, między innymi w toku postępowań administracyjnych, dotyczących udzielania zgody na lokalizację inwestycji w odnawialne źródła energii, że inwestycje te służą ochronie środowiska. W rezultacie, wkrótce realizacja inwestycji w zakresie odnawialnych źródeł energii będzie stanowiła cel publiczny, który nie został wyrażony *expressis verbis* w art. 6 u.g.n.

Na tej podstawie należy zastanowić się czy „cel publiczny”, pojmowany jako zamknięty katalog czynności, nie został sformułowany w sposób zbyt wąski. Odpowiedź na postawione pytanie może być tylko pozytywna. Polski ustawodawca, starając się nadać za rosnącą liczbą celów o charakterze publicznym stosuje zabieg, polegający na stopniowym

⁸⁶³ Np. wyrok WSA w Szczecinie z 8.05.2008, II SA/Sz 224/08, LEX nr 435125 czy wyrok WSA w Kielcach z 30.10.2008, II SA/Ke 343/08, LEX nr 512174.

⁸⁶⁴ Dziennik Urzędowy UE z 5.06.2009, L 140/16.

rozszerzaniu katalogu celów publicznych, zawartych w art. 6 u.g.n. W rezultacie, w trakcie 15 lat obowiązywania u.g.n., katalog celów publicznych został już 9 razy zmieniony, przy czym zmiany te polegały w praktyce na jego rozszerzaniu. Taka ilość zmian dobitnie pokazuje jak szybko i dynamicznie zmienia się zakres celów o charakterze publicznym. Zmienności celów publicznych nie odzwierciedla jednak obecna interpretacja celu publicznego, która prowadzi do wniosku, iż cel publiczny to taki, który przynależy do państwa, a nie do jednostek i odnosi się do dobra ogółu. Oznacza to, że publicznym jest coś, w czym ogół społeczeństwa posiada jakiś wspólny interes, w opozycji do interesów samej jednostki. Jeżeli więc przyznać rację pogładowi, iż cel publiczny to cel „dotyczący ogółu i dostępny dla wszystkich”, to nie sposób stwierdzić, dlaczego przesyłanie energii mieści się w tej definicji, zaś samo produkowanie tej energii (niewątpliwie również służące społeczeństwu) już nie. Jedyne argumenty, przemawiające przeciwko uznaniu budowy urządzeń, służących wytwarzaniu energii, jak i innych nieuregulowanych ustawowo działalności, służących społeczeństwu za cele publiczne, są natury czysto formalnej, spowodowanej literalną wykładnią zapisów art. 6 u.g.n., który swoją budową nawiązuje do art. 46 ustawy o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości, uchwalonej w latach osiemdziesiątych XX w. Uchwalając w 1997 r. u.g.n. nie rozważano natomiast kwestii, związanych z lokalizacją inwestycji celu publicznego, gdyż pojęcie to pojawiło się w polskim porządku prawnym dopiero w 2003 r. Niewątpliwie wywołuje to konieczność zmiany art. 6 u.g.n., który nawiązuje do okresu sprzed transformacji systemowej i opiera się na głęboko zakorzenionej w polskim ustawodawstwie praktyce enumeratywnego wyliczenia aktywności państwa, które uzasadniają wywłaszczenie nieruchomości. Tymczasem, w wielu przypadkach nadanie realizowanym przedsięwzięciom statusu inwestycji celu publicznego ma wyraz wyłącznie planistyczny, nie związany z przymusowym pozbawieniem prawa własności nieruchomości i niemający prawie żadnego znaczenia na gruncie u.g.n. Należy więc uznać, iż zamieszanie wokół postrzegania celu publicznego, jako wyłącznie przesłanki wywłaszczenia, która uniemożliwia nadanie statusu inwestycji celu publicznego np. urządzeniom służącym do produkcji energii, obciąża przede wszystkim ustawodawcę za brak inicjatywy w celu zmiany treści art. 6 u.g.n. Nie ulega wątpliwości, iż długotrwałe zabiegi interpretacyjne mogłyby zostać łatwo usunięte, gdyby dokonano nie budzącego wątpliwości zapisu w u.g.n.

Problem dopuszczalności realizacji celów publicznych przez podmioty prywatne na płaszczyźnie podmiotowej dotyka przede wszystkim instytucji wywłaszczenia nieruchomości, ponieważ w przypadku realizacji inwestycji celu publicznego, ustawodawca w art. 2 pkt 5 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym wyraźnie zastrzegł, że inwestycje te

odbywają się bez względu na status podmiotu je realizującego oraz źródła ich finansowania. Zarówno Konstytucja RP, jak i Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności nie zakazują dokonywania wywłaszczeń na rzecz podmiotów prywatnych. Przepis art. 21 ust. 2 Konstytucji RP stanowi, iż jedyną przesłanką wywłaszczenia jest cel publiczny i słuszne odszkodowanie. Z kolei Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności nie precyzuje w żaden sposób, jaki podmiot jest uprawniony do nabycia własności nieruchomości w drodze wywłaszczenia. Tak samo sytuacja przedstawia się z wysokością należnego odszkodowania. Z przytoczonego w rozdziale 3.3 niniejszej pracy orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wynika, iż jedyną przesłanką ingerencji władzy publicznej w prawo własności jest interes publiczny (cel publiczny), którego interpretację Trybunał pozostawił we właściwości państw członkowskich. Podstawowym wyzwaniem dla reformy pojęcia „celu publicznego” jest więc zmiana podejścia do charakteru podmiotów, mogących realizować cele publiczne w drodze wywłaszczenia. Podmiotami tymi powinny być jednostki, świadczące usługi dla ogółu społeczności. W tym miejscu należy postulować zmianę art. 113 ust. 1 u.g.n.⁸⁶⁵, który nie dopuszcza, aby nieruchomość została wywłaszczona na rzecz innych podmiotów, niż w nim wskazane. Konstrukcja tego przepisu jest anachroniczna i związana głównie z obawą przed praktykami, podejmowanymi przez organy władzy państwowej w poprzednim ustroju politycznym. Większości celów publicznych na poziomie lokalnym nie realizuje bowiem samorząd, ale np. spółki komunalne. Budową dróg czy obiektów sportowych nie zajmuje się państwo, ale prywatni koncesjonariusze. Sens istnienia tego przepisu w obecnym kształcie jest więc wątpliwy, ponieważ nakazuje on wywłaszczać nieruchomość na rzecz podmiotu, który i tak musi przekazać wywłaszczoną nieruchomość innemu podmiotowi w celu realizacji przedsięwzięcia, stanowiącego cel publiczny. Przepis ten, podobnie jak art. 6 u.g.n. znajduje swoją genezę w ustawodawstwie socjalistycznym, w którym art. 2 ust. 1 ustawy o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości stanowił, że „wywłaszczenie może nastąpić jedynie na rzecz Państwa”. Powołany art. 2 ust. 1 ww. ustawy sformułowano jednak w 1958 r., kiedy zakładano, że jedynymi podmiotami, które mogą uzyskać zarząd i użytkowanie do wywłaszczonych nieruchomości będą kółka rolnicze czy przedsiębiorstwa państwowe. Pożądanym wydaje się być zlikwidowanie art. 113 ust. 1 u.g.n. i wprowadzenie możliwości wywłaszczenia na rzecz podmiotu, który realizuje cel publiczny. Zaprezentowane podejście

⁸⁶⁵ „Nieruchomość może być wywłaszczona tylko na rzecz Skarbu Państwa albo na rzecz jednostki samorządu terytorialnego”.

do realizacji celów wywłaszczenia spowoduje, że nie będzie mieć ma znaczenia, kto realizuje cel publiczny pod warunkiem, że Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego będzie właścicielem nieruchomości, a podmioty prywatne będą korzystać z wywłaszczonej nieruchomości na podstawie czynności prawnych, zawartych z podmiotami publicznymi, które zostaną dokonane po wywłaszczeniu np. na podstawie prawa użytkowania lub dzierżawy. Należy bowiem pamiętać, iż przeniesienie prawa własności przez Skarb Państwa czy gminę na rzecz osoby trzeciej uniemożliwia zwrot wywłaszczonej nieruchomości bez względu na to, czy nieruchomość stała się zbędna na cel określony w wywłaszczeniu oraz kiedy przeniesienie tego prawa nastąpiło (przed wszczęciem postępowania zwrotowego czy w czasie jego trwania). Nie można obciążyć obowiązkiem zwrotu nieruchomości podmiotu nie będącego Skarbem Państwa, bądź jednostką samorządu terytorialnego. Jeśli zostałyby uznane za dopuszczalne przekazanie przez podmioty publicznoprawne wywłaszczonej na ich rzecz nieruchomości podmiotom prywatnym na podstawie umowy cywilnoprawnej (np. użytkowania), to w takim wypadku również zakaz wynikający z art. 113 ust. 1 u.g.n. nie obowiązuje. Takie postępowanie powodowałoby jednak uzasadnione obawy co do faktu czy podmiot prywatny wypełni zobowiązanie, polegające na wykonaniu celu wywłaszczenia. Stąd koniecznym byłoby dokonanie zmiany przepisów w zakresie zwrotu wywłaszczonych nieruchomości, poprzez zakazanie zbycia wywłaszczonej nieruchomości w oznaczonym okresie czasu, co pozwoli zagwarantować możliwość wystąpienia poprzednich właścicieli o zwrot nieruchomości w sytuacji, w której cel publiczny nie został zrealizowany. Niebezpieczeństwo rozdysponowania wywłączoną nieruchomością nie zachodzi jednak w przypadku oddania jej w użytkowanie, ponieważ zgodnie z art. 138 ust. 1 u.g.n. jeżeli nieruchomość lub jej część podlegająca zwrotowi została obciążona prawem użytkowania, to prawo to wygasa z dniem, w którym decyzja o zwrocie wywłaszczonej nieruchomości stała się ostateczna. Co warte zaznaczenia, także sądy administracyjne stawały wobec problematyki kryterium podmiotowego wywłaszczenia nieruchomości i Naczelny Sąd Administracyjny dopuścił wywłaszczenie nieruchomości na potrzeby realizacji stacji elektroenergetycznej, zrealizowanej przez Zakład Energetyczny K.S.A.⁸⁶⁶.

Próby narzucania podmiotowego rozumienia celu publicznego pozostają więc w całkowitym oderwaniu w rzeczywistości. O publicznym charakterze danego celu decyduje bowiem kryterium przedmiotowe. Kryterium podmiotowe ma natomiast znaczenie jedynie wówczas, gdy ustawodawca zastrzegł, iż określone cele publiczne mogą być realizowane

⁸⁶⁶ Wyrok z 9.06.1998, II SA/Kr 1256/97, niepubl.

wyłącznie przez wszystkie podmioty publiczne albo tylko ściśle określone. Innymi słowy tam, gdzie wkroczyła prywatyzacja realizacji zadań administracji publicznej, cele publiczne mogą realizować podmioty prywatne. Natomiast tam, gdzie prywatyzacja jeszcze nie wkroczyła, zadania publiczne mogą realizować tylko podmioty publiczne⁸⁶⁷. Ograniczenia co do podmiotu realizującego cel publiczny powinny wynikać tylko i wyłącznie z aktów prawnych, regulujących zasady dostarczania danego rodzaju infrastruktury np. osoba fizyczna nie może przesyłać energii elektrycznej, ponieważ jest to zastrzeżone wyłącznie dla przedsiębiorstwa energetycznego.

Odrębną możliwość prywatyzacji realizacji celów publicznych stanowi mająca swoje źródło w anglosaskim systemie prawnym instytucja partnerstwa publiczno-prywatnego, a dotycząca współdzielenia ryzyka i kosztów realizacji konkretnego przedsięwzięcia inwestycyjnego przez władze publiczne i podmioty niepubliczne. Instytucja ta wciąż stanowi nowość w naszym systemie prawnym i jak wskazano w niniejszej pracy, wciąż ulega powolnemu rozwojowi, o czym świadczy niewielka ilość inwestycji realizowanych w tej formie. Natomiast gwałtowny rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego w krajach Europy Zachodniej (zwłaszcza Wielkiej Brytanii), gdzie dostarczanie usług publicznych odbywa się na zasadach obowiązujących na wolnym rynku, przyniosło wymierne korzyści w zakresie rozwoju infrastruktury⁸⁶⁸. Na słabe zainteresowanie wykorzystaniem opisywanej instytucji w Polsce wpływają przepisy prawa, a zwłaszcza dotyczące obciążenia podatkowego sektora prywatnego, zaangażowanego w realizację celów publicznych, jak i obowiązek przestrzegania ustawy o zamówieniach publicznych przy zawieraniu umów o podwykonawstwo, słabo rozwinięta infrastruktura, niedająca odpowiedniej podstawy do realizacji przedsięwzięć publicznych przez podmioty prywatne oraz słaba znajomość metod wykorzystania tej instytucji. Za przykład mogą posłużyć przepisy dotyczące dyscypliny finansowej jednostek samorządu terytorialnego, gdzie zgodnie z §3 pkt 2 rozporządzenia Ministra Finansów z 28.12.2011 r. w sprawie szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych, zaliczanych do państwowego długu publicznego, od 1.01.2012 r. samorządy lokalne zobligowane są wliczać do poziomu zadłużenia, oprócz kredytów, pożyczek, papierów dłużnych, także umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, które mają wpływ na poziom długu publicznego⁸⁶⁹. Środki poniesione przez samorządy na inwestycje infrastrukturalne z

⁸⁶⁷ M. Szewczyk: Opinia o senackim projekcie ustawy o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz niektórych innych ustaw, Opinie i Ekspertyzy Nr 19, OE-19/2004.

⁸⁶⁸ A. Panasiuk: Partnerstwo Publiczno-Prywatne. Poradnik., Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, 2010.

⁸⁶⁹ Rozporządzenie z 28.12.2011, Dz.U. nr 298/2011, poz. 1767.

udziałem podmiotów prywatnych są więc niejako automatycznie wliczane do całkowitego zadłużenia tych jednostek, nawet jeżeli nie są jeszcze wymagalne. Inwestycje infrastrukturalne, stanowiące realizację celów publicznych określonych w u.g.n. cechują się natomiast swoją długoterminowością i aktualna polityka władz publicznych uniemożliwia samorządom zaciąganie zobowiązań długoterminowych, tak charakterystycznych dla partnerstwa publiczno-prywatnego, które można zastosować w realizacji prawie każdego celu publicznego określonego w art. 6 u.g.n.

Jak wynika z niniejszej pracy, nie we wszystkich dziedzinach prywatyzacja realizacji celów publicznych przynosi pożądane rezultaty. Istnieją bowiem dziedziny, których pozostawienie mechanizmom wolnorynkowym jest nieosiągalne, ponieważ rynek nie jest w stanie kształtować w nich popytu ani cen. Do dziedzin tych zalicza się zwłaszcza edukacja publiczna oraz służba zdrowia. W przypadku tych zadań publicznych, nadmiar popytu na usługi w połączeniu z niewydolnością podaży i zawodnością konkurencji zawsze będzie wymagać interwencji państwa. Problem ten związany jest z tym, że edukacja oraz służba zdrowia należą do tych dziedzin, w których przedmiotem prywatyzacji nie może być ich wytwarzanie, lecz dystrybucja. Choć teoretycznie na rynku mogą funkcjonować szkoły, uczelnie czy szpitale prywatne, to zawsze pod specjalnym nadzorem instytucji publicznych. Prywatyzacja tych dziedzin może nie dopuścić także do równej alokacji wytwarzanych dóbr publicznych, które mogą stać się nieosiągalne dla części społeczeństwa, np. o niskich dochodach. Stąd pełna prywatyzacja realizacji tych celów musi zostać oceniona krytycznie. Niepożądane rezultaty przynosi również prywatyzacja dziedzin, w których funkcjonują komunalne przedsiębiorstwa użyteczności publicznej, działające na zasadach monopolu, czego typowy przykład stanowi przedstawiony gminny rynek odpadów komunalnych, w którym samorzady bardzo często „uprzywilejowują” spółki komunalne. Wprowadzona od 1.01.2012 r. nowelizacja ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach może ugruntowywać taki stan rzeczy, ponieważ to gmina jako organizator przetargu w rezultacie decyduje, które przedsiębiorstwo będzie prowadzić taką działalność na jej terenie. Odrębną dziedziną, która opiera się zjawisku prywatyzacji jest tzw. monopol naturalny, występujący w sektorze wodno – kanalizacyjnym. Ze względu na to, iż wydajna działalność produkcyjna w tym sektorze wymaga istnienia tylko jednej firmy, monopol ten musi pozostać przedmiotem publicznoprawnych regulacji, dotyczących cen oraz jakości świadczonych usług. Pełna prywatyzacja monopolu naturalnego skutkowałaby utratą kontroli państwa nad dostawą, jakością oraz ceną usług powszechnie dostępnych, co mogłoby rodzić zagrożenie dla społeczeństwa. Sytuacja istnienia na danym rynku monopolu naturalnego nie musi być trwała,

ponieważ wraz z postępowaniem technicznym i zmianami popytu, działalność która stanowiła naturalny monopol może przestać nim być i na odwrót. Wreszcie, przyznanie określonym działaniom statusu inwestycji celu publicznego rodzi szereg konsekwencji, które nie do końca muszą być korzystne dla państwa. Nieruchomości przeznaczone na cele publiczne mogą być przedmiotem darowizny, a więc mogą zostać zbywane w drodze bezprzetargowej (art. 13 ust. 2 w zw. z art. 37 ust. 2 pkt 4 u.g.n.), obowiązuje wobec nich niższa stawka opłaty z tytułu użytkowania wieczystego (art. 72 ust. 3 pkt 4 u.g.n.), a przepisy ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych⁸⁷⁰ przewidują możliwość zwolnienia z podatku od czynności cywilnoprawnych sprzedaż nieruchomości na cele publiczne (art. 9 pkt 3b ustawy).

Prywatyzacja realizacji celów publicznych nie może więc być procesem odbywającym się bez żadnych granic. Znajdujące się aktualnie w Sejmie projekty reformy „celu publicznego” nie idą jednak w tym kierunku i wzbudzają uzasadnione protesty. Ustawodawca korzysta bowiem z możliwości rozbudowy instytucji służebności przesyłu o dodatkowe urządzenia przesyłowe i projekt ustawy z dnia 7 grudnia 2011 r. o zmianie ustawy kodeks cywilny⁸⁷¹ zakłada dodanie do art. 49 kodeksu cywilnego zapisu mówiącego o możliwości ustanawiania służebności przesyłu dla urządzeń, których część nie została wskazana wprost jako cel publiczny w rozumieniu art. 6 u.g.n.⁸⁷². Chodzi tu o urządzenia transportu linowego, które umożliwiają budowę wyciągów oraz tras narciarskich i które przechodziłyby przez prywatne grunty, położone na cennych górskich terenach, przynosząc olbrzymie zyski dla właścicieli wyciągów. Należy krytycznie odnieść się do proponowanej nowelizacji, gdyż urządzenia te pomimo, że mają charakter liniowy, to mediów nie przesyłają, a służą wyłącznie celom komercyjnym i faworyzują raczej biznes, aniżeli społeczeństwo jako całość. Sytuację dodatkowo komplikuje fakt, iż zgodnie z orzecznictwem sądowniczym trasy narciarskie, bobslejowe, wyciągi narciarskie oraz urządzenia towarzyszące nie są celem publicznym, ponieważ nie służą zaspokajaniu powszechnych potrzeb⁸⁷³. Istnienie dwóch konkurencyjnych względem siebie regulacji prawnych, zezwalających na realizację infrastruktury przesyłowej tj. art. 124 u.g.n. i art. 305¹ kodeksu cywilnego nie wpływa również pozytywnie na jej rozwój, zwłaszcza jeśli zamierza się różnicować zakres

⁸⁷⁰ Ustawa z 9.09.2000, tekst jedn. Dz.U. nr 101/2010, poz. 649 ze zm.

⁸⁷¹ Druk sejmowy nr 74.

⁸⁷² Zgodnie z projektem urządzeniami tymi mają być urządzenia infrastruktury telekomunikacyjnej, urządzenia przeznaczone do prowadzenia ruchu kolejowego, urządzenia tras tramwajowych, transportu linowego, linii trolejbusowych.

⁸⁷³ Wyrok WSA w Warszawie z 7.03.2007, IV SA/Wa 2037/06, LEX nr 319149.

przedmiotowy obydwu przepisów.

Należy pamiętać, iż w państwie prawa organy państwa nie są podmiotami jedynie uprawnionymi do podejmowania działalności w określonej dziedzinie, ale podmiotami zobowiązanymi. Jeżeli Konstytucja lub ustawy przyznają obywatelom prawo do pracy, prawo do mieszkania, do powszechnej ochrony zdrowia czy prawo do nauki, to zobowiązują one organy państwa do podejmowania działań, mających na celu realizację tych praw⁸⁷⁴. Biorąc pod uwagę warunki, w jakich znalazła się Polska po dokonaniu transformacji ustrojowej trzeba konsekwentnie przyjąć, że dokonanie prywatyzacji realizacji celów publicznym było i wciąż jest nieuniknione. Czynnikiem hamującym ten proces jest przyzwyczajenie do praktyk podejmowanych przez państwo w poprzednim ustroju politycznym oraz obawy związane z ochroną konstytucyjnie zagwarantowanych praw podmiotowych obywateli.

⁸⁷⁴ A. Błaś: Granice prywatyzacji zadań publicznych w państwie prawa, Samorząd terytorialny III Rzeczypospolitej. 10 lat doświadczeń, Lublin 2002, s. 307.

Bibliografia

Monografie i artykuły naukowe

1. Adamiak B., glosa do postanowienia NSA z 10.11.1992, II SA 2068/92, OSP nr 10/1994 poz. 196.
2. Aleksandrowicz C. H., Studies in the history of the law of nations, Grotian Society Papers ,Tom 2, Haga 1972.
3. Antoniak P., Cherek M., Elbanowski F., Wąsowski K., Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, Praktyczne komentarze LEX, 2010 r.
4. Aziewicz T., Kluczowe problemy sektora usług wodociągowych i kanalizacyjnych, projekt PHARE "Prywatyzacja podmiotów komunalnych", www.komunalne.info.
5. Baca B., Gorlewski B., Formy udziału inwestorów prywatnych w rozwoju portów lotniczych – prywatyzacja i kontrakt menedżerski, Zeszyty Naukowe SGH Nr 106/2011.
6. Bachor W. J., Specyfika majątku trwałego w komunalnym przedsiębiorstwie użyteczności publicznej i jego efektywność, Zeszyty Naukowe SGH, Nr 81/2007.
7. Balcerowicz, Wolność i rozwój. Ekonomia wolnego rynku, Kraków 1995.
8. Ball S. J., Youdell D., Hidden Privatisation in Public Education, Institute of Education, University of London, Brussels, May 2008, s. 14.
9. Banaszak B., Prawo konstytucyjne, Warszawa 1999.
10. Banaszek B., Konstytucyjne prawo do własności, Warszawa 2001.
11. Bandarzewski K., Prywatyzacja zadań publicznych [w:] Koncepcja systemu prawa administracyjnego, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007.
12. Bank M., O pojęciu interesu państwowego przedsiębiorstwa skomercjalizowanego w Polsce międzywojennej., „Państwo i Prawo” nr 8/1991.
13. Bąkowski T., Administracyjnoprawna sytuacja jednostki w świetle zasady pomocniczości, Warszawa 2007.
14. Bieniek G., Komentarz do ustawy o gospodarce nieruchomościami, Warszawa 2005.
15. Bieniek G., Prawo obrotu nieruchomościami, Warszawa 2001.
16. Bieniek G., Urządzenia przesyłowe. Problematyka prawna, Warszawa 2008.
17. Biernat S., Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka Prawna, Warszawa –

Kraków 1994.

18. Blondeau A., *La concession de service public. Etude d'histoire du droit administratif.* These Grenoble 1929.
19. Błaś A., *Formy działania administracji w warunkach prywatyzacji zadań publicznych*, [w:] *Administracja i prawo administracyjne u progu trzeciego tysiąclecia*, Materiały Konferencji Naukowej Katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego, Łódź 2000.
20. Błaś A., *Granice prywatyzacji zadań publicznych w państwie prawa* [w:] *Samorząd terytorialny III Rzeczypospolitej. 10 lat doświadczeń*, Lublin 2002.
21. Błaś A., *Prywatyzacja zadań samorządu terytorialnego* [w:] *Studia nad samorządem terytorialnym*, red. A. Błaś, Wrocław 2002.
22. Błaś A., *Z problematyki prywatyzacji zadań samorządu terytorialnego*, *Acta Universitatis Wratislaviensis* Nr 2271, Wrocław 2000.
23. Boć J. (red.) *Konstytucje Rzeczypospolitej, komentarz do Konstytucji RP z 1997 r.* Wrocław 1998 r.
24. Bramorski K., Dziąsko M., *PPP w gospodarce odpadami komunalnymi*, *Przegląd Komunalny* Nr 2/2010.
25. Brzozowska K., *Partnerstwo publiczno-prywatne. Przesłanki, możliwości, bariery.* Warszawa 2006.
26. Claeys E. R., *Public use limitations and natural property rights*, *Michigan State Law Review* 2004, www.ssrn.com.
27. Cornelius van Bynkershoek: *Quaestionum Juris Publici Libri Duo*, Tom II, W.S. Hein 1995, Rozdział XV.
28. Czuba S., *Cywilnoprawna problematyka wywłaszczenia*, Warszawa 1980.
29. Drela M., *Rozważania nad art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami*, *Rejent* Nr 4/2002.
30. Drozd A., Z. Truskiewicz, *Gospodarka gruntami i wywłaszczanie nieruchomości.* Komentarz, Kraków 1995.
31. Dubanowicz E., *Cele „użyteczności publicznej” w rozumieniu powszechnego ustawodawstwa ekspropriacyjnego*, Lwów 1911.
32. Dybowski T., *Własność w przepisach konstytucyjnych wedle stanu obowiązującego w 1996 r.* [w:] *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania*, Warszawa 1996.
33. Emmerich de Vattel: *Le Droit Des Gen.; Ou, Principes De La Loi Naturelle: Appliqués à La Conduite Et Aux Affaires Des Nations Souverains,* , Carnegie Institute of Washington, 1916, §244.

34. Epstein R. A., Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain, Harvard University Press. Cambridge M.A. 1985.
35. Epstein R. A., The Public Purpose Limitation on the Power of Eminent Domain: A Constitutional Liberty Under Attack, 4 Pace Law Review 1984.
36. Filipek J., Jednostka w demokratycznym państwie prawa, Bielsko-Biała 2003.
37. Fischel W.A., Regulatory Takings: Law, Economics and Politics, Harvard University Press, 1995.
38. Fitz J., Bers B., Education Management Organisations and the Privatisation of Public Education: A Cross-National Comparison of the USA and Britain, Comparative Education, Nr 2/2002, Vol. 38.
39. Garlicki L., Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 1997.
40. Gdesz M., Cel publiczny w gospodarce nieruchomościami, Zielona Góra 2002.
41. Gdesz M., Trembecka A., Regulowanie stanu prawnego nieruchomości pod drogi, 2011.
42. Gill A., Nowak-Far A., Korzystanie przez przedsiębiorstwa ciepłownicze z sieci i urządzeń przesyłu energii cieplnej usytuowanych na cudzych gruntach, Prawo Spółek Nr 7-8/1999.
43. Gościński S., Baca B., Łyszyk K., Perspektywy prywatyzacji portów lotniczych w Polsce, www.prtl.pl.
44. Grossmann T., Pojęcie inwestycja celu publicznego w dziedzinie łączności, PiP Nr 9/2005.
45. Grotius H., O prawie wojny i pokoju: trzy księgi w których znajdują wyjaśnienie prawo natury i prawo narodów, a także główne zasady prawa publicznego, t. 1, Warszawa 1957.
46. Grzegorzewska-Mischka E., Partnerstwo publiczno-prywatne w kontekście EURO 2012, Gdańsk 2010
47. Harrington M. P., The Original Understanding of the So-Called 'Takings' Clause. Hastings Law Journal, Vol. 53, Nr 1/2002, www.ssrn.com.
48. Herbst, Partnerstwo Publiczno-Prywatne w sektorze wodociągowo-kanalizacyjnym: współpraca podmiotów prywatnych przy realizacji zadań publicznych w obszarze wodociągów i kanalizacji w Polsce, materiały z konferencji Problemy zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków w aglomeracjach miejskich w Polsce i Europie – Aquaeductus 2010.
49. Hirtt N., The Millenium round and the liberalisation of the Education Market,

Educarton and Social Justice Nr 2/2000.

50. Hobbes T., Lewiatan czyli materia, forma i władza państwa kościelnego i świeckiego, Warszawa 1954.
51. Holcombe R. G., A Theory of the Theory of Public Goods, Review of Austrian Economics 10, Nr 1/1997, s. 1–22.
52. Horoszko M., Pęchorzewski D., Gospodarka nieruchomościami. Komentarz, Warszawa 2009.
53. Huderek S., Znaczenie transportu lotniczego dla rozwoju miast i regionów, Materiały z Krakowskiej Konferencji Młodych Uczonych 2008, Wydział Zarządzania, Akademia Ekonomiczna, Poznań.
54. Humbach J. A., Constitutional Limits on the Power to Take Private Property: Public Purpose and Public Use, Pace Law Faculty Publications, 1987.
55. Izdebski H., Kulesza M., Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne, Warszawa 1988.
56. Jabłoński W., Tendencje przeobrażeń administracji publicznej na zachodzie [w:] Administracja i polityka – wprowadzenie, red. A. Ferens, I. Macek, Wrocław 1999.
57. Jaczynowska M., Historia Starożytnego Rzymu, Warszawa 1986.
58. Janowski P., Magna Charta, Magna Charta Libertatum, Wielka karta Wolności z 15 czerwca 1215 roku [w:] Encyklopedia Katolicka, Lublin 2006, t. XI, kol. 804-805
59. Jasiński P., Modele zarządzania usługami wodno-kanalizacyjnymi – doświadczenia zagraniczne, materiały z sympozjum Zarządzanie przez gminy usługami wodno-kanalizacyjnymi, projekt PHARE "Prywatyzacja podmiotów komunalnych", www.komunalne.info.
60. Jaśkowska M., Europeizacja prawa administracyjnego [w:] PiP Nr 11/1999, s. 18.
61. Jaśkowska M., Uznanie administracyjne, a inne formy władzy dyskrecjonalnej administracji publicznej [w:] System prawa administracyjnego. Instytucje prawa administracyjnego. Tom I, pod red. R. Hausnera, Z. Niewiadomskiego, A. Wróbla, Warszawa 2010
62. Jaśkowska M., Wróbel A., Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, LEX, 2009.
63. Jaworski J., Prusaczek A., Tułodziecki A., Wolanin M., Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz, Warszawa 2009.
64. Jeżowski P., Grzymała Z., Przesłanki likwidacji komunalnych zakładów budżetowych, Zeszyty Naukowe SGH, Nr 92/2009.

65. Jeżowski P., Restrukturyzacja krajowych monopolii naturalnych w Polsce [w:] Gospodarka rynkowa a polityka społeczna w Polsce – wyzwania XXI w., SGH, Warszawa 1998.
66. Kalbro T., Private Compulsory Acquisition and the Public Interest Requirement, International Federation of Surveyors, 2007.
67. Kasznica S., Polskie prawo administracyjne. Pojęcia i instytucje zasadnicze. Wyd. 4. Poznań 1947.
68. Kaufmann E. [w:] Fleischmann (Hrsg.), Worterbuch des Deutschen Staats – und Verwaltungsrechts III, 2. Aufl., 1914, s. 688.
69. Kelly D., The “public use” requirement in eminent domain law: rationale based on secret purchasers and private influence, Cornell Law Review, Nr 92/2006, poz. 1.
70. Kijowski D.R., Pozwolenia w administracji publicznej. Studium z teorii prawa administracyjnego.
71. Knosala E., Zadania publiczne, formy organizacyjnoprawne ich wykonywania i nowe pojęcia – zakres niektórych problemów do dyskusji nad koncepcją systemu prawa administracyjnego [w:] Koncepcja systemu prawa administracyjnego, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007, s. 122.
72. Kohan D. J., Public use and the independent judiciary: condemnation in an interest-group perspective, Texas Review of Law & Politics, Vol. 3, No. 1, 1998 r.
73. Kubas A., Ustanowienie służebności drogi koniecznej, Nowe Prawo, Nr 3/196.6
74. Kulesza M., Administracyjnoprawne uwarunkowania polityki przestrzennej, Warszawa 1987.
75. Kulick J., Rolling the dice: determining public use in order to effectuate a “public-private taking” – a proposal to redefine “public use”, Law Review of Michigan State University-Detroit College of Law, 2000.
76. Kaufmann E. [w:] Fleischmann (Hrsg.), Worterbuch des Deutschen Staats – und Verwaltungsrechts III, 2. Aufl., 1914.
77. Kwiek M., The Welfare State and Higher Education in Their Way towards Privatisation. Global and Transition Economies Perspectives [w:] Der Öffentliche Sektor - The Public Sector, Wiedeń 2007, str. 17.
78. Lach I., Europejskie aspekty prawa własności, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r., a członkostwo Polski w Unii Europejskiej, IV Ogólnopolska Konferencja Prawnicza, Toruń 19-20 listopada 1998.
79. Lang M., Struktura prawna skargi w prawie administracyjnym, Wrocław 1972.

80. Larsson S., Emmelin L., Implementing national policy and local planning: Swedish wind power and 3G as cases International Academic Group On Planning, Law And Property Rights Third Conference, Aalborg, Denmark, 11-13 luty 2009.
81. Lech M., Wprowadzenie do dyskusji na III Forum Lekarzy Prywatnych "Prywatyzacja Opieki Zdrowotnej", Warszawa 2000, Gabinet Prywatny Nr 4/2000.
82. Leoński Z., Aspekty badawcze administracji państwowej (Problematyka nauk o administracji państwowej), Problemy Rad Narodowych”, Nr 50/1981.
83. Leoński Z., Problemy prywatyzacji administracji publicznej a ochrona praw jednostki [w:] Jednostka wobec działań administracji publicznej. Międzynarodowa Konferencja Naukowa Olszanica 21-23 maja 2001.
84. Levy W., Mellor H., Meller W., The Dirty Dozen takes on twelve Supreme Court cases that changed American history—and yet are not well known to most Americans, Sentinel, 2008.
85. Lipiec-Warzecha L., Komentarz do ustawy o koncesji na roboty budowlane i usługi, LEX.
86. Lis D., Partnerstwo publiczno-privatne w sektorze sportowym, Biuletyn Kancelarii Nowakowski i Wspólnicy, Nr 38/2005.
87. Locke J., Dwa traktaty o rządzie, Warszawa 1992.
88. Longchamps F., Założenia nauki administracji, Wrocław 1994.
89. Lopez E. J., "Pass a Law, Any Law, Fast!, State Legislative Responses to the Kelo Backlash". Review of Law & Economics (Berkeley Electronic Press), 2009, www.ssrn.com.
90. Łojek J. , Konstytucja 3 Maja, Lublin 1981.
91. Mayer O., Verwaltungsrecht II, 1896.
92. Mincer M., Pojęcie uznania administracyjnego, PiP 1976 nr 3 s. 111-121.
93. Mincer M., Uznanie administracyjne w doktrynie zachodniemieckiej, Acta UNC Prawo 1977 nr 15 s. 119-134.
94. Mincer M., Uznanie administracyjne, Toruń 1983, Wyd. UMK.
95. Mansnerus L., Public Use, Private Use and Judicial Review in Eminent Domain, 58 N.Y.U. Law Review, 1983, s. 409, 413.
96. Marciszewska E., Zasady i źródła finansowania infrastruktury transportu lotniczego [w:] Finansowanie Rozwoju Transportu Europejskiego, red. E. Załoga, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, Nr 535.
97. Matuszewska A., Możliwości wykorzystania partnerstwa publiczno-privatnego w

komunikacji miejskiej w Polsce, Poznań 2011.

98. Medda F. R., Caschili S., Modzelewska M., Innovative Financial Mechanisms for Urban Heritage Brownfields, *Journal of Urban Regeneration and Renewal*, Nr 4/2008, s. 13.
99. Mednis A., *Prawo do prywatności a interes publiczny*, 2006.
100. Modliński E., "Pojęcie interesu publicznego w prawie administracyjnym", Warszawa 1932.
101. Musiański E., *Encyklopedia prawa publicznego*, red. Z. Cybichowski, Warszawa.
102. Musiński W., *Lokalne prawo komercjalizacji samodzielnych zakładów opieki zdrowotnej*, Materiały szkoleniowe „Zarządzanie opieką zdrowotną”, Białystok 2001.
103. Mzyk E., *Komentarz do ustawy o gospodarce nieruchomościami*, red. G. Bieniek, Warszawa 2005.
104. Nadrowski F., *Prawo o postępowaniu wywłaszczeniowym*, Komentarz, Warszawa 1936.
105. Nelson K., *Connecticut land taken from homeowners still undeveloped*, Associated Press, 2009.
106. Niewiadomski Z., *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym*. Komentarz, 2005.
107. Nowicki M. A., *Wokół Konwencji Europejskiej. Krótki komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*. Wyd. II, 2002.
108. Okolski A., *Wykład prawa administracyjnego oraz prawa administracyjnego w Królestwie Polskim*, t. I-III, Warszawa 1880 – 1884.
109. Osborne D., Gaebler T., *Rządzić inaczej*, Media Rodzina, Poznań, 1992.
110. Panasiuk A., *Partnerstwo Publiczno-Prywatne. Poradnik.*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2010.
111. Piątek S., *Przedsiębiorstwo użyteczności publicznej jako instytucja gospodarcza*, Warszawa 1986.
112. Potempa T., *Prywatyzacja zadań publicznych*, *Edukacja Prawnicza* Nr 6 (108), czerwiec 2009.
113. *Privatisation and regulation in developing countries and economies in transition. Report*. United Nations, New York, 1999 r., <http://www.un.org>.
114. Ramus W., *Prawo wywłaszczeniowe*, Warszawa 1975.
115. Romaniuk K., *Formy organizacyjne przedsiębiorstw komunalnych w Polsce*,

Kwartalnik Statystyczny 1933 r., t. 10.

116. Rybicki Z., Zarys prawa administracyjnego i nauki administracji, Warszawa 1984.
117. Samuel von Puffendorf, De Officio Hominis et Cicivis, Tom II, , Cambridge Univ. Press 1991, Rozdział XV
118. Savas E. S., Privatization in the City: Successes, Failures, Lessons, Washington, DC: CQ Press, 2005.
119. Savas E.S., Prywatyzacja: klucz do lepszego rządzenia, PWE 2002.
120. Savas E. S., Privatization and Public-Private Partnerships, New York 2000.
121. Schulten T., Liberalisation, privatisation and regulation in the German healthcare sector/hospitals [w:] Privatisation of Public Services and the Impact on Quality, Employment and Productivity (PIQUE), 2006.
122. Serbeńska A., PPP w sieci miejskich dróg cz. 1, www.edroga.pl.
123. Sobczak K., Nowe prawo wywłaszczeniowe, PiP Nr 8-9/1958.
124. Sobczak K., Wywłaszczenie jako instrument gospodarki planowej rad narodowych, Toruń 1962.
125. Stahl M., Cele publiczne i zadania publiczne [w:] Koncepcja systemu prawa administracyjnego, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007.
126. Staniek Z., Teoretyczne aspekty polskiej prywatyzacji w okresie transformacji, Warszawa 2001.
127. Starościak J., Administracja. Zagadnienia teorii i praktyki. Warszawa 1974.
128. Stiglitz E., Ekonomia sektora publicznego, Warszawa 2004.
129. Stoebeck W. B., A General Theory of Eminent Domain, 47 Washington Law Review, 1972.
130. Sulejewicz A., Paradoks społecznej odpowiedzialności biznesu szkoły wyższej [w:] Społeczna odpowiedzialność uczelni, red. Krzysztof Leja, Gdańsk 2008.
131. Swennen F., To whom it may concern - Essay on Public Private Partnerships on Cultural Heritage, ASP Editions/University Press Antwerp, Bruksela 2011
132. Szablewski A., Instytucja koncesjonowania w sferze infrastrukturalnej, Samorząd Terytorialny 1993, Nr 3.
133. Szablowski J., Rola uczelni niepaństwowych w restrukturyzacji przestrzennej szkolnictwa wyższego w Polsce, Studia Regionalne i Lokalne, Nr 2–3(6)/2001.
134. Szachułowicz J., Krassowska M., Łukaszewska M., Gospodarka nieruchomościami. Przepisy i komentarz., Wyd. 2, Warszawa 2002.

135. Szaciłło P., PPP w projektach autostradowych i drogowych, model współpracy, www.edroga.pl.
136. Szalewska M., Wywłaszczenie nieruchomości, Toruń 2005.
137. Szewczyk M., Ingerencja publicznoprawna w prawo własności jednostki w demokratycznym państwie prawnym [w:] Jednostka w demokratycznym państwie prawa, red. J. Filipek, Bielsko-Biała 2003.
138. Szewczyk M., Leoński Z., Podstawowe instytucje planowania przestrzennego i prawa budowlanego, Poznań 1997.
139. Szewczyk M., Leoński Z., Zasady prawa budowlanego i zagospodarowania przestrzennego, Bydgoszcz-Poznań 2002.
140. Szewczyk M., Lokalizacja inwestycji publicznych w świetle nowej ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, *Casus* 2003 nr 28 s. 6-10.
141. Szewczyk M., Opinia o senackim projekcie ustawy o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz niektórych innych ustaw, *Opinie i Ekspertyzy* Nr 19, OE-19/2004.
142. Szewczyk M., Popowska B., Komunalizacja sektora energetycznego, *Sam.Ter.* 1997 nr 6 s. 25-30.
143. Szwichtenberg A., Partnerstwo publiczno-prywatne, a gospodarka turystyczna, Koszalin 2008.
144. Szydło W., Cele publiczne w gospodarce nieruchomościami skarbowymi i samorządowymi, *Kwartalnik Prawa Publicznego*, Nr 3/2005.
145. Świerczewska-Pietras K., Rewitalizacja zamknięta jako przykład zagospodarowania przemysłowego obszaru Łodzi, *Prace Komisji Geografii i Przemysłu*, Nr 12/2009.
146. Tabernacka M., The phenomenon of privatisation of public professions as one of the elements of political changes in Poland, *Acta Universitatis Wratislaviensis* Nr 16/2008.
147. Taylor R., Public Needs and Private Pleasures: Water Distribution, the Tiber River and the urban development of Ancient Rome, *L'ERMA di BRETSCHNEIDER*, 2000.
148. Trzaskowski R., Korzystanie przez przedsiębiorstwa energetyczne z cudzych nieruchomości, *Rejent* Nr 11-12/2003.
149. Tymowska K., Prywatyzacja opieki zdrowotnej w teorii i praktyce, *PiM* Nr 5/2000.

150. Verna S., Sharing of risk and rewards in public-private partnerships for conservation and management of heritage monuments in India, Exploring the possible contours of a Model Concession Agreement, H. C. M. Rajasthan State Institute of Public Administration, 2007 r, www.ssrn.com
151. Victorin A., Expropriation for Telecom and other Infrastructure – the Swedish Experience, Stockholm Institute for Scandinavian Law 1957-2010.
152. Walaszek – Pyzioł A., Kilka refleksji na temat prawnych metod liberalizacji rynku energii elektrycznej, PUG 2008 nr 11 s. 2-7.
153. Walaszek – Pyzioł A., Kompetencja przedsiębiorstw państwowych bezpośrednio podległych ministrom. Zagadnienia wybrane., Acta UW.Prz.Prawa i Admin. t. 13: 1980, s. 33-56.
154. Walaszek – Pyzioł A., O istocie komercjalizacji przedsiębiorstw państwowych, [w:] Gospodarka, Administracja, Samorząd, Poznań 1997.
155. Walaszek – Pyzioł A., O jednej z prawnych metod liberalizacji rynku energii elektrycznej - "prawo" odbiorcy do wyboru sprzedawcy energii elektrycznej [w:] Współczesne problemy prawa energetycznego, red. Marek Wierzbowski, Rafał Stankiewicz, Warszawa 2010.
156. Walaszek - Pyzioł A., Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, PUG Nr 1/1995, s. 14-23.
157. Walaszek – Pyzioł A., Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, PUG 1995 Nr 1 s. 14-23.
158. Walaszek – Pyzioł A., Zasada równouprawnienia sektorów gospodarczych, a monopol państwowy. Edukacja Prawnicza Nr 2/1995.
159. Walaszek – Pyzioł A., Zasada równouprawnienia sektorów gospodarczych a monopol państwowy, Edukacja Prawn. 1995 nr 2 s. 37-41.
160. Wasilewski A., Administracja wobec własności nieruchomości gruntowych, Kraków 1972.
161. Wierzbowski M., Wiktorowska A., Prawo administracyjne, Warszawa, 2009.
162. Wilczyński P., Podmioty niepubliczne w sferze administracji publicznej, PiP Nr 2/2002.
163. Wincenciak M., Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania, Warszawa 2008.
164. Wolanin M., Cel publiczny jako normatywne kryterium oddziaływania na stosunki cywilnoprawne w gospodarce nieruchomościami, Nieruchomości, Nr 9/2009.

165. Wolanin M., Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz, 2010.
166. Wolanin M., Ustawa o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych. Komentarz, Warszawa 2009.
167. Woś T., Wywłaszczenie nieruchomości i ich zwrot, Wyd. 3, Warszawa 2007.
168. Wróblewski J., Sądowe stosowanie prawa, Warszawa 1972.
169. Wyrzykowski M., Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym, Warszawa 1986.
170. Zacharko L., Prywatyzacja zadań publicznych gminy. Studium administracyjnoprawne, Katowice 2000.
171. Zieliński M., Trębski K., Zagubiona autostrada, Wprost, Nr 44 (1297), 2007.
172. Zimmermann J., Prawo administracyjne, Kraków 2010.
173. Zimmermann M., Wywłaszczenie, Lwów 1933.
174. Zrałek J., Wywłaszczenia nieruchomości – urzędzenia przesyłowe, Monitor Prawniczy, Nr 4/2011.
175. Zysnarski J., Partnerstwo publiczno-prywatne w sferze usług komunalnych, Gdańsk 2003.

Wykaz aktów prawnych

I. Konstytucje

1. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997, (Dz.U. nr 78/1997, poz. 483 ze zm.)
2. Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 22.07.1952 (tekst jedn. Dz.U. nr 7/1976, poz. 36, uchylony)
3. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 23.04.1935 (Dz.U. nr 30/1935, poz. 227, nieobowiązujący)
4. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 17.03.1921 (Dz.U. nr 44/1921, poz. 267, uchylony)

II. Ratyfikowane umowy międzynarodowe

1. Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 303/01 z 14.12.2007)
2. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 83 z 30.3.2010)
3. Traktat o Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 83 z 30.3.2010)

4. Traktat Lizboński (Dz.U. nr 203/2009, poz. 1569)
5. Traktat Ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz.U. nr 90/2004 poz. 864 ze zm.)
6. Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z nr 61/1993, poz. 284 ze zm.)
7. Protokół Nr 1 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz.U. nr 36/1995, poz. 175)
8. Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej, a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki o statusie sił zbrojnych Stanów Zjednoczonych Ameryki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 66/2010, poz. 422)

III. Rozporządzenia, dyrektywy i decyzje Unii Europejskiej

1. Decyzja Komisji Europejskiej z 20.12.2011 r. w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (Dz. Urz. UE z 11.01.2012, nr L 7);
2. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2009/28/WE z 23.04.2009 w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych i w następstwie uchylająca dyrektywy 2001/77/WE oraz 2003/30/WE (Dz. Urz. UE z 5.06.2009, nr L 140/16);
3. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2008/98/WE z 19.11.2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylająca niektóre dyrektywy (Dz. Urz. UE z 22.11.2008 L 312/3)
4. Dyrektywa nr 2008/6/WE z 20.02.2008 zmieniająca Dyrektywę 97/67/WE w odniesieniu do pełnego urzeczywistnienia rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty (tzw. III Dyrektywa pocztowa), Dz. Urz. UE z 27.02.2008, nr L 52/3;
5. Decyzja Komisji z 28.11.2005 w sprawie stosowania art. 86 ust. 2 Traktatu WE do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym (notyfikowana jako dokument nr C(2005) 2673, 2005/842/WE);
6. Dyrektywa nr 2002/39/WE z 10.06.2002 zmieniająca Dyrektywę 97/67/WE w zakresie dalszego otwarcia na konkurencję wspólnotowych usług powszechnych (tzw. II Dyrektywa pocztowa), Dz. Urz. WE z 05.07.2002 nr L 176/21;
7. Dyrektywa nr 97/67/WE z 15.12.1997 w sprawie wspólnych reguł rozwoju rynku

wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług (tzw. I Dyrektywa pocztowa), Dz. Urz. WE z 21.01.1998 nr L15/14;

IV. Ustawy i rozporządzenia z mocą ustawy

1. Ustawa z 29.06.2011 o przygotowaniu i realizacji inwestycji w zakresie obiektów energetyki jądrowej oraz inwestycji towarzyszących (Dz.U. nr 135/2011, poz. 789)
2. Ustawa z 15.04.2011 o działalności leczniczej (Dz.U. nr 112/2011, poz. 654 ze zm.)
3. Ustawa z 8.07.2010 o szczególnych zasadach przygotowania do realizacji inwestycji w zakresie budowli przeciwpowodziowych (Dz.U. nr 143/2010, poz. 963)
4. Ustawa z 7.05.2010 o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz.U. nr 106/2010, poz. 675)
5. Ustawa z 25.06.2010 o sporcie (Dz.U. nr 127/2010, poz. 857 ze zm.)
6. Ustawa z 12.02.2009 o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie lotnisk użytku publicznego (Dz.U. nr 42/2009, poz. 340 ze zm.)
7. Ustawa z 9.01.2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. nr 19/2009, poz. 101 ze zm.)
8. Ustawa z 24.04.2009 o inwestycjach w zakresie terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu (Dz.U. nr 84/2009, poz. 700 ze zm.)
9. Ustawa z 5.09.2008 o komercjalizacji państwowego przedsiębiorstwa użyteczności publicznej "Poczta Polska" (Dz.U. nr 180/2008, poz. 1109)
10. Ustawa 3.10.2008 o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz.U. nr 199/2008 poz. 1227 ze zm.)
11. Ustawa z 12.01.2007 o drogowych spółkach specjalnego przeznaczenia (Dz.U. nr 23/2007, poz. 136 ze zm.)
12. Ustawa z 7.09.2007 o przygotowaniu finałowego turnieju Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO 2012 (tekst jedn. Dz.U. nr 26/2010, poz. 133 ze zm.)
13. Ustawa z 16.02.2007 o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 50/2007, poz. 331 ze zm.)
14. Ustawa z dnia 16.12.2005 o finansowaniu infrastruktury transportu lądowego (Dz.U. nr 267/2005, poz. 2251 ze zm.)
15. Ustawa z 29.07.2005 o sporcie kwalifikowanym (Dz.U. nr 155/2005, poz. 1298, uchylony)
16. Ustawa z 27.07.2005 prawo o szkolnictwie wyższym (Dz.U. nr 164/2005, poz. 1365)

ze zm.)

17. Ustawa z 27.08.2004 o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jedn. Dz.U. nr 164/2008, poz. 1027, ze zm.)
18. Ustawa z 16.07.2004 prawo telekomunikacyjne (Dz.U. nr 171/2004, poz. 1800 ze zm.)
19. Ustawa z 16.04.2004 o ochronie przyrody (tekst jedn. Dz.U. nr 151/2009, poz. 1220)
20. Ustawa z 2.07.2004 o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz.U. nr 220/2010, poz. 1447 ze zm.)
21. Ustawa z 29.01.2004 r. prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. nr 113/2010, poz. 759 ze zm.)
22. Ustawa z 12.06.2003 prawo pocztowe (tekst jedn. Dz.U. nr 189/2008, poz. 1159 ze zm.)
23. Ustawa z 23.07.2003 o ochronie zabytków opiece nad zabytkami (Dz.U. nr 162/2003, poz. 1568 ze zm.)
24. Ustawa z 10.04.2003 o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (tekst jedn. Dz.U. nr 193/2008, poz. 1194 ze zm.)
25. Ustawa z 28.03.2003 o transporcie kolejowym (tekst jedn. Dz.U. nr 16/2007, poz. 94 ze zm.)
26. Ustawa z 27.03.2003 o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. nr 80/2003, poz. 717 ze zm.)
27. Ustawa z 3.07.2002 prawo lotnicze (tekst jedn. Dz.U. nr 100/2006, poz. 696 ze zm.)
28. Ustawa z 8.03.1990 o samorządzie gminnym (tekst jedn. Dz.U. nr 142/2001, poz. 1591 ze zm.)
29. Ustawa z 11.08.2001 o szczególnych zasadach odbudowy, remontów i rozbiórek obiektów budowlanych zniszczonych lub uszkodzonych w wyniku działania żywiołu (Dz.U. nr 84/2001, poz. 906 ze zm.)
30. Ustawa z 18.07.2001 Prawo wodne (tekst jedn. Dz.U. z 2012, poz. 145.)
31. Ustawa z 21.06.2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie kodeksu cywilnego (tekst jedn. Dz.U. nr 31/2005, poz. 266 ze zm.)
32. Ustawa z 7.06.2001 o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (tekst jedn. Dz.U. nr 123/2006, poz. 858 ze zm.)
33. Ustawa z 27.04.2001 prawo ochrony środowiska (Dz.U. nr 224/2008, poz. 1341 tekst jedn.)
34. Ustawa z 27.04.2001 o odpadach (tekst jedn. Dz.U. nr 185/2010, poz. 1243 ze zm.)
35. Ustawa z 21.12.2000 o żegludze śródlądowej (tekst jedn. Dz.U. nr 123/2006, poz. 857

ze zm.)

36. Ustawa z 9.09.2000 o podatku od czynności cywilnoprawnych (tekst jedn. Dz.U. nr 101/2010, poz. 649 ze zm.)
37. Ustawa z 8.09.2000 o komercjalizacji, restrukturyzacji i prywatyzacji przedsiębiorstwa państwowego Polskie Koleje Państwowe (Dz.U. nr 84/2000, poz. 948 ze zm.)
38. Ustawa z 10.04.1997 prawo energetyczne (tekst jedn. Dz.U. nr 89/2006, poz. 625 ze zm.)
39. Ustawa z 21.08.1997 o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn. Dz.U. nr 102/2010, poz. 651 ze zm.)
40. Ustawa z 30.07.1997 o państwowym przedsiębiorstwie użyteczności publicznej "Poczta Polska" (Dz.U. nr 106/1997, poz. 675, uchylony)
41. Ustawa z 4.09.1997 o działach administracji rządowej (tekst jedn. Dz.U. nr 65/2007, poz. 437 ze zm.)
42. Ustawa z 27.06.1997 r. o bibliotekach (Dz.U. nr 85/1997, poz. 539 ze zm.)
43. Ustawa z 6.09.2001 prawo farmaceutyczne (tekst jedn. Dz.U. nr 45/2008 nr 45, poz. 271)
44. Ustawa z 20.12.1996 r. o gospodarce komunalnej (tekst jedn. Dz.U. nr 45/2011, poz. 236, ze zm.)
45. Ustawa z 19.12.2008 o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. nr 19/2009, poz. 100 ze zm.)
46. Ustawa z 21.11.1996 o muzeach (Dz.U. nr 5/1997, poz. 24 ze zm.)
47. Ustawa z 13.09.1996 o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jedn. Dz.U. z 2012, poz. 391)
48. Ustawa z 30.08.1996 o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych (tekst jedn. Dz.U. nr 171/2002, poz. 1397 ze zm.)
49. Ustawa z 13.10.1995 prawo łowieckie (tekst jedn. Dz.U. nr 127/2005, poz. 1066 ze zm.);
50. Ustawa z 7.07.1994 prawo budowlane (tekst jedn. Dz.U. nr 243/2010, poz. 1623 ze zm.)
51. Ustawa z 4.02.1994 o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn. Dz.U. nr 90/2006, poz. 631 ze zm.)
52. Ustawa Konstytucyjna z 17.10.1992 o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie

- terytorialnym (Dz.U. nr 84/1992, poz. 426 ze zm., uchylony.)
53. Ustawa z 28.09.1991 r. o lasach (tekst jedn. Dz.U. nr 12/2011, poz. 59, ze zm.)
 54. Ustawa z 30.08.1991 o zakładach opieki zdrowotnej (tekst jedn. Dz.U. nr 14/2007, poz. 89, uchylony)
 55. Ustawa z 7.09.1991 o systemie oświaty (Dz.U. nr 256/2004, poz. 2572 ze zm.)
 56. Ustawa z 23.11.1990 r. o łączności (Dz.U. nr 86/1990, poz. 504 ze zm., uchylony)
 57. Ustawa z 17.05.1989 Prawo geodezyjne i kartograficzne (tekst jedn. Dz.U. nr 193/2010, poz. 1287 ze zm.);
 58. Ustawa z 29.04.1985 o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości (tekst jedn. Dz.U. nr 30/1991, poz. 127, uchylony)
 59. Ustawa z 21.03.1985 o drogach publicznych (tekst jedn. Dz.U. nr 19/2007, poz. 115 ze zm.)
 60. Ustawy z 24.06.1983 o społecznej inspekcji pracy (Dz.U. nr 35/1983, poz. 163 ze zm.)
 61. Ustawa z 6.07.1982 o księgach wieczystych i hipotece (tekst jedn. Dz.U. nr 124/2001, poz. 1361, ze zm.)
 62. Ustawa z 10.04.1974 o ewidencji ludności i dowodach osobistych (tekst jedn. Dz.U. nr 139/2006, poz. 993 ze zm.)
 63. Ustawa z 16.11.1964 o Polskim Czerwonym Krzyżu (Dz.U. nr 41/1964, poz. 276 ze zm.)
 64. Ustawa z 23.04.1964 kodeks cywilny (Dz.U. nr 16/1964, poz. 93 ze zm.)
 65. Ustawa z 12.03.1958 r. o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości (tekst jedn. Dz.U. nr 10/1974, poz. 64 ze zm., uchylony)
 66. Dekret z 26.04.1949 o nabywaniu i przekazywaniu nieruchomości niezbędnych dla realizacji narodowych planów gospodarczych (tekst jedn. Dz.U. nr 4/1952, poz. 31 ze zm., uchylony)
 67. Dekret z 7.04.1948 o wywłaszczeniu majątków zajętych na cele użyteczności publicznej w okresie wojny 1939-1945 r. (Dz.U. nr 20/1948, poz. 138, uchylony.)
 68. Dekret z 11.10.1946 prawo rzeczowe (Dz.U. nr 57/1946, poz. 319, uchylony.)
 69. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 24.09.1934 Prawo o postępowaniu wywłaszczeniowym (Dz.U. nr 86/1934, poz. 776 ze zm., uchylony)
 70. Rozporządzenie Prezydenta RP z 14.03.1928 r. o prawie lotniczym (tekst jedn. Dz.U. nr 69/1935, poz. 437, nieobowiązujący.)
 71. Rozporządzenie Prezydenta RP z 17.03.1927 o wydzielaniu z administracji państwowej przedsiębiorstw państwowych, przemysłowych, handlowych i górniczych oraz o ich

komercjalizacji (Dz.U. nr 25/1927, poz. 195, uchylony).

72. Rozporządzenie Prezydenta RP z 1.06.1927 r. o popieraniu rozbudowy i rozwoju gospodarczego miasta i portu Gdyni (tekst jedn. Dz.U. nr 42/1935, poz. 285, nieobowiązujący.)
73. Ustawa wodna z 19.09.1922 (Dz.U. nr 102/1922, poz. 936, nieobowiązujący.)
74. Ustawa elektryczna z 21.03.1922 (Dz.U. nr 34/1922, poz. 277, nieobowiązujący.)
75. Dekret Naczelnika Państwa w przedmiocie przepisów tymczasowych o wyłączeniu przymusowem na użytek dróg żelaznych i innych dróg komunikacyjnych lądowych i wodnych oraz wszelkich urządzeń użyteczności publicznej (Dz.U. nr 14/1919, poz. 162, nieobowiązujący).

V. Rozporządzenia

1. Rozporządzenie Ministra Finansów z 28.12.2011 w sprawie szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego (Dz.U. nr 298/2011, poz. 1767).
2. Rozporządzenie Rady Ministrów z 29.12.2009 w sprawie wykazu przedsięwzięć Euro 2012 (Dz.U. nr 8/2010, poz. 52 ze zm.).
3. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 30.04.2004 w sprawie klasyfikacji lotnisk i rejestru lotnisk cywilnych (Dz.U. nr 122/2004, poz. 1273 ze zm.)
4. Rozporządzenie Rady Ministrów z 30.05.2003 w sprawie określenia lotnisk międzynarodowych (Dz.U. nr 99/2003, poz. 910 ze zm.)

Wybrane Orzecznictwo

1. Wyrok NSA z 5.07.2011, II OSK 671/11, niepubl.
2. Wyrok NSA z 19.04.2011, I OSK 961/10, niepubl.
3. Wyrok NSA z 17.12.2010, II OSK 1928/09, niepubl
4. Wyrok NSA z 28.10.2010, II OSK 1386/09, LEX nr 746504.
5. Wyrok NSA z 6.10.2010, II OSK 1453/10, LEX nr 746554
6. Uchwała z 20.01.2010 r., III CZP 116/09, OSNC-ZD Nr 3/2010
7. Wyrok NSA z 10.03.2009, II OSK 1623/08, LEX nr 597337
8. Wyrok NSA z 30.09.2009, II FSK 380/09, LEX nr 596425.
9. Wyrok NSA z 17.09.2009, II OSK 1387/08, LEX nr 597239
10. Wyrok NSA z 9.04.2009, II OSK 521/08, LEX nr 551277

11. Wyrok NSA z 9.04.2009, II OSK 521/08, LEX nr 551277
12. Wyrok NSA z 13.02.2009, I OSK 380/08, LEX nr 516974.
13. Wyroki NSA z 18.06.2008, I OSK 954/07, LEX nr 496170
14. Wyrok NSA z 15.05.2008, II OSK 548/07, LEX nr 503449.
15. Wyrok NSA z 15.05.2008, II OSK 548/07, LEX nr 503449.
16. Wyrok NSA z 15.05.2008, II OSK 548/07, LEX nr 503449
17. Wyrok NSA z 5.03.2008, I OSK 1807/06, LEX nr 506599
18. Wyrok NSA z 13.03.2008, II OSK 222/07, LEX nr 401751
19. Wyrok NSA z 13.03.2008, II OSK 222/07, LEX nr 401751
20. Wyrok NSA z 21.12.2007, I OSK 1759/06, LEX nr 365821
21. Wyrok NSA z 28.11.2007, II OSK 1583/06, LEX nr 416607.
22. Wyrok NSA z 13.11.2007, II OSK 1506/06, LEX nr 438619.
23. Wyrok SN z 9.03.2007, II CSK 457/07, niepubl.,
24. Uchwała SN z 13.10.2006, III CZP 72/06, OSNC Nr 6/2007 poz. 85
25. Wyrok NSA z 10.05.2006, II OSK 811/05, LEX nr 236467
26. Wyrok SN z 24.02.2006, II CSK 139/05, LEX nr 201025
27. Uchwała NSA z 12.12.2005, II OPS 4/05, ONSAiWSA Nr 2/2006 poz. 37.
28. Wyrok SN z 10.11.2005, III CZP 80/05, OSNC Nr 9/2006, poz. 146
29. Wyrok SN z 8.06.2005, V CK 679/04, LEX nr 311353
30. Wyrok SN z 8.06.2005, V CK 680/04, LEX nr 180843
31. Wyrok SN z 28.06.2005, I CK 14/05, LEX nr 311349
32. Wyrok NSA z 4.10.2005, II OSK 495/05, LEX nr 202045
33. Wyrok NSA z 4.10.2005, II OSK 495/05, LEX nr 202045,
34. Wyrok NSA z 22.03.2005, OSK 1288/04, LEX nr 189216
35. Wyrok NSA z 22.03.2005, OSK 1288/04, LEX nr 189216
36. Wyrok NSA z 18.03.2005, OSK 1216/04, LEX nr 176112
37. Wyrok NSA z 31.01.2005, I SA 1842/03, niepubl
38. Wyrok NSA z 11.12.2003, II SA/Łd 1857/00, niepubl.,
39. Wyrok SN z 17.07.2003, III CZP 46/03 OSNC Nr 10/2004, poz. 153.
40. Wyrok SN z 17.07.2003, III CZP 46/03 OSNC Nr 10/2004, poz. 153
41. Uchwała SN z 17.01.2003, III CZP 79/02, OSNC nr 11/2003 poz. 142.
42. Postanowienie SN z 21.05.2002, III CZP 27/02, OSNC Nr 1/2003
43. Wyrok NSA z 16.04.2002, II S.A./Łd 1093/01, ONSA Nr 1/2004, poz. 15.
44. Wyrok SN z 20.03.2002, V CKN 1863/00, LEX nr 530591

45. Wyrok SN z 20.03.2002, V CKN 1863/00, LEX nr 530591
46. Uchwała SN z 28.02.2002, III CZP 1/02, OSNC Nr 1/2003
47. Wyrok NSA z 30.08.2001, I SA 668/00, LEX nr 54755
48. Wyrok NSA z 30.08.2001, I SA 668/00, LEX nr 54755.
49. Wyrok NSA z 30.08.2001, I SA 668/00, LEX nr 54755
50. Wyrok NSA z 10.10.2000, II SA/Kr 1010/2000, ONSA Nr 4/2001, poz. 186
51. Wyrok NSA z 15.02.2000, SA/Bk 901/99, OSP Nr 4/2001, poz. 61.
52. Wyrok NSA z 15.02.2000, SA/Bk 901/99, OSP Nr 4/2001, poz. 61
53. Wyrok NSA z 15.02.2000, SA/Bk 901/99, OSP Nr 4/2001, poz. 61.
54. Wyrok NSA z 15.02.2000, SA/Bk 901/99, OSP Nr 4/2001
55. Wyrok NSA z 16.11.1999, III SA 7900/98, LEX nr 47243
56. Wyrok NSA z 25.06.1999, IV SA 1213/97, LEX nr 47332.
57. Wyrok NSA z 28.03.1996 r., IV SA 1500/94, niepubl.
58. Wyrok NSA z 1.04.1996, IV SA 1706/94, niepubl.
59. Wyrok NSA z 25.01.1995, SA/Wr 1507/94, niepubl.
60. Postanowienie NSA z 10.11.1992, II SA 2068/92, OSP nr 10/1994 poz. 196
61. Uchwała SN z 30.08.1991, III CZP 73/91, OSNCP Nr 4/1992, poz. 53
62. Uchwała SN z 3.05.1965, III CO 34/65, OSNCP Nr 7/1966, poz. 109
63. Wyrok SN z 31.12.1962, II CR 1006/ 62, OSPiKA nr 5/1964, poz 91

Wykaz publikacji internetowych

1. Privatisation of Public Services and the role of social enterprises, JPA Europe Limited, marzec 2010 r.,
http://evpa.eu.com/wpcontent/uploads/2010/11/privatisation_of_public_services_and_the_role_of_social_enterprise_march_2010.pdf (19.04.2012)
2. Strona internetowa Autostrady Wielkopolskiej S. A.: <http://www.autostrada-a2.pl> (19.04.2012)
3. P. Szaciłło, PPP w projektach autostradowych i drogowych, model współpracy:
<http://edroga.pl/drogi-i-mosty/finansowanie/3278-ppp-w-projektach-autostradowych-i-drogowych-iv-polskie-doswiadczenia> (19.04.2012)
4. Serbeńska A., PPP w sieci miejskich dróg cz. 1: <http://edroga.pl/drogi-i-mosty/zarzadzanie/3338-ppp-w-sieci-miejskich-drog-cz-i> (19.04.2012)

5. Projekt budowy dróg krajowych na lata 2011-2015: http://www.transport.gov.pl/2-482be1a920074-1793483-p_1.htm (19.04.2012)
6. Raport Urzędu Komunikacji Elektronicznej „Rynek usług pocztowych w 2010 roku: http://www.uke.gov.pl/uke/index.jsp?place=Lead02&news_cat_id=19&news_id=6820&layout=1&page=text (19.04.2012)
7. Privatisation and regulation in developing countries and economies in transition. Report. United Nations: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan000152.pdf> (19.04.2012)
8. E. R. Claeys, Public use limitations and natural property rights, Michigan State Law Review 2004 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=668468 (19.04.2012)
9. Partnerstwa publiczno-prywatne i zrównoważony rozwój obszarów miejskich, materiały z konferencji „Urban Matrix: www.urban-matrix.net/dsresource?objectid=192331 (19.04.2012)
10. Strona internetowa Związku Pracodawców Gospodarki Odpadami: <http://www.zpgo.pl> (19.04.2012)
11. S. Gościński, B. Baca, K. Łyszyk, Perspektywy prywatyzacji portów lotniczych w Polsce: http://www.prtl.pl/porty_lotnicze_artykuly/3491 (19.04.2012)
12. T. Aziewicz, Kluczowe problemy sektora usług wodociągowych i kanalizacyjnych: http://www.komunalne.info/repository/files/TA_Kluczowe.pdf (19.04.2012)
13. Jasiński P., Modele zarządzania usługami wodno-kanalizacyjnymi – doświadczenia zagraniczne: http://www.komunalne.info/repository/files/Piotr_Jasinski_120304.pdf (19.04.2012)
14. Zysnarski J., Polskie doświadczenia w prywatyzacji sektora wodno-kanalizacyjnego: http://www.komunalne.info/e4u.php/ModFiles/Download/files/Jarek_Zysnarski_prywatyzacja_wod-kan_12-3-04.pdf (19.04.2012)
15. Internetowy System Aktów Prawnych: www.isap.sejm.gov.pl (19.04.2012)
16. Biblioteka sejmowa: www.libr.sejm.gov.pl (19.04.2012)
17. Zbiór aktów prawnych Federalnego Ministerstwa Sprawiedliwości Niemiec: <http://www.gesetze-im-internet.de> (19.04.2012)
18. Privatisation of Public Services and the role of social enterprises, JPA Europe Limited, Marzec 2010: <http://evpa.eu.com/wp->

[content/uploads/2010/11/privatisation_of_public_services_and_the_role_of_social_enterprise_march_2010.pdf](#) (19.04.2012)

19. M. P., Harrington, The Original Understanding of the So-Called 'Takings' Clause. Hastings Law Journal, Vol. 53, No. 1, August 2002
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=316592 (19.04.2012)
20. Sprawa „Berman v. Parker”:
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/348/26/case.html> (19.04.2012)
21. Sprawa “Hawaii Housing Authority v. Midkiff”:
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/229/> (19.04.2012)
22. Sprawa “Poletown Neighborhood Council v. City of Detroit”:
<http://www.michbar.org/programs/milestone/PDF/poletown.pdf> (19.04.2012)
23. Sprawa “Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.”:
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/458/419/> (19.04.2012)
24. Sprawa “Cole v. La Grange”:
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/113/1/> (19.04.2012)
25. Sprawa “Fallbrook Irrigation Dist. v. Bradley”:
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/164/112/> (19.04.2012)
26. Sprawa “Olcott v. The Supervisors”:
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/83/678/> (19.04.2012)
27. Sprawa “Old Dominion Land Co. v. United States”
<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=269&invol=55>
(19.04.2012)
28. Sprawa „Rindge Co. v. Los Angeles County”
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=262&invol=700> (19.04.2012)
29. Sprawa “United States ex rel. Tennessee Valley Authority v. Welch”
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/327/546/> (19.04.2012)
30. Sprawa “City of Lansing v. Edward Rose Realty”
http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=19931068442Mich626_11042.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006 (19.04.2012)
31. Sprawa “County of Wayne v. Hathcock”
http://www.law.uh.edu/faculty/mburke/Classes/Envtl_Land_Use_Spring_2005/county_of_wayne_v_hathcock_684nw2e765.pdf (19.04.2012)
32. Sprawa “Kelo v. City of New London”

- <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/545/04-108/opinion.html> (19.04.2012)
33. Private Property Rights Protection Act
<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-109hr4128rfs/pdf/BILLS-109hr4128rfs.pdf>
(19.04.2012)
34. Executive Order: Protecting the Property Rights of the American People, The White House, Office of Press Secretary
<http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2006/06/20060623-10.html> (19.04.2012)
35. Sprawa "Norwood v. Horney"
<http://www.sconet.state.oh.us/rod/docs/pdf/0/2006/2006-ohio-3799.pdf> (19.04.2012)
36. E. J. Lopez, "Pass a Law, Any Law, Fast!, State Legislative Responses to the Kelo Backlash". Review of Law & Economics (Berkeley Electronic Press), 2009
www.ssrn.com (19.04.2012)

Wykaz tabel i wykresów

1. Tabela nr 1 - Wykaz sektorów usług publicznych brytyjskiej gospodarki, które zostały sprywatyzowane – s. 94.
2. Tabela nr 2 – Podział ryzyka w inwestycjach z zakresu partnerstwa publiczno – prywatnego – s. 148.
3. Tabela nr 3 - Polskie autostrady wybudowane w systemie partnerstwa publiczno – prywatnego – s. 151.
4. Tabela nr 4 - Wysokość udziałów PPL w spółkach zarządzających lotniskami regionalnymi – s. 174.
5. Tabela nr 5 – Koncepcje prywatyzacji sektora wodno – kanalizacyjnego – s. 183
6. Tabela nr 6- Rynek usług pocztowych w 2010 roku – s. 236
7. Tabela nr 7 – Wykaz wszystkich stanów wraz z ilością zmian legislacyjnych, wprowadzonych na skutek orzeczenia w sprawie Kelo v. City of New London, s. 258.
8. Wykres nr 1 – Struktura właścicielska polskich lotnisk – s. 173.
9. Wykres nr 2 - Udział prywatnych szpitali w sektorze opieki zdrowotnej Niemiec – s. 225.
10. Rysunek nr 1 - Schemat przedstawiający rozplanowanie sieci radiowych oraz usytuowanie stacji bazowych telefonii komórkowej – s. 154.