

Karolina Muzyczka

Kolegium Jagiellońskie — Toruńska Szkoła Wyższa w Toruniu

Działalność regulacyjna państwa a procedura wywłaszczenia

Streszczenie

W międzynarodowym prawie zwyczajowym funkcjonuje standard ochrony cudzoziemców. Na mocy tego standardu państwa wywłaszczające są zobowiązane do wypłaty szybkiego, adekwatnego i skutecznego odszkodowania za wywłaszczenie mienia cudzoziemców. Problematyka wywłaszczenia mienia cudzoziemców, a zwłaszcza problematyka odszkodowania za wywłaszczenie takiego mienia, jest przedmiotem rozważań trybunałów międzynarodowych w sporach wywłaszczeniowych.

Słowa kluczowe: wywłaszczenie bezpośrednie, wywłaszczenie pośrednie, nacjonalizacja, ochrona cudzoziemca, środki regulacyjne.

Wprowadzenie

Instytucja wywłaszczenia nieruchomości stanowi podstawową, klasyczną konstrukcję prawną, za pomocą której państwo pozyskuje prawa przysługujące do nieruchomości innemu podmiotowi. Dokonywana w ten sposób ingerencja w stosunki własności istniejące w społeczeństwie, cechuje się różnym stopniem intensywności w poszczególnych państwach i w różnych okresach ich rozwoju. W związku z tym wymagają one zwiększenia równowagi między prawem państw do regulacji a koniecznością ochrony inwestorów.

Problematyka ochrony własności cudzoziemskiej mieści się na przecięciu kilku fundamentalnych zagadnień prawa międzynarodowego publicznego. Oprócz międzynarodowego prawa inwestycyjnego, dla którego temat ten znajduje się w centrum rozważań, można ją także postrzegać z perspektywy międzynarodowego prawa praw człowieka, jak i jego jurysdykcji w stosunku do rzeczy znajdujących się na jego terytorium. Jednakże wszystkie te trzy zagadnienia przenikają się wzajemnie.

1. Pojęcie instytucji wywłaszczenia na gruncie prawa międzynarodowego

Pojęcie wywłaszczenia na gruncie prawa międzynarodowego w sposób znaczący różni się od pojęcia wywłaszczenia na gruncie nie tylko z resztą naszego prawa krajowego. Prawo poszczególnych państw (prawo krajowe) definiuje wywłaszczenie, jako pozbawienie lub ograniczenie prawa własności lub innego prawa rzeczowego. Na gruncie prawa międzynarodowego definiuje się wywłaszczenie, jako ingerencję państwa w dobra materialne i niematerialne, należące do inwestora zagranicznego. Pod pojęciem inwestora należy rozumieć cudzoziemca czyli osobę fizyczną, jak i osobę

prawną. W przypadku osób fizycznych o statusie cudzoziemca przesądza ich tzw. efektywne obywatelstwo zwłaszcza wyrok MTS w sprawie *Nottebohm* (*Second Phase*) (*Nottebohm Case (second phase)*, Judgment of April 6th, 1955: ICJ Reports 1955, s. 22, pobrane z: <http://www.icjci.org/docket/files/18/2674.pdf>), natomiast w przypadku dookreślenia obywatelstwa osób prawnych praktyka trybunałów międzynarodowych nie jest jednolita. Niemniej jednak prawo międzynarodowe nie wykształciło definicji legalnej wywłaszczenia. I wprawdzie wiele umów międzynarodowych posługuje się tym pojęciem, nie tłumaczą one jego znaczenia (Na gruncie prawa międzynarodowego domniemuje się, iż wywłaszczenie jest legalne. Legalność wywłaszczenia, zarówno na gruncie prawa międzynarodowego, jak i krajowego, wynika z suwerennego charakteru aktów państwa (w sprawie *TEXACO Overseas Petroleum Co. v. Libya* (*Merits*). Por.: Y. Dinstein, „*Deprivation of Property of Foreigners under International Law*” (w:) N. Ando, E. McWhinney, R. Wolfrum (ed.), *Liber Amicorum. Judge Schigeru Oda*, The Hague 2002, vol. 2, s. 852). Wywłaszczenie jest nielegalne w świetle prawa międzynarodowego wtedy i tylko wtedy, gdy państwo jest zobowiązane na podstawie umowy międzynarodowej lub zwyczaju międzynarodowego do szczególnego ograniczenia lub wyłączenia tego prawa. W konsekwencji o nielegalności wywłaszczenia przesądzi konkretna treść zobowiązania. Przykładowo STSM w orzeczeniu w sprawie *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* (*Merits*) dokonał analizy zobowiązania Polski w tym zakresie wynikającego z przepisów polsko-niemieckiej Konwencji Genewskiej z 1922 (PCIJ Publications 1926, Series A — N° 7, s. 22). W konsekwencji prawo międzynarodowe nie określa, czym wywłaszczenie jest, lecz wskazuje raczej na kryteria i skutki wywłaszczenia na gruncie prawa międzynarodowego. S. Friedmana (1953) w dziele pt. *Expropriation in International Law* wskazuje, że „wywłaszczenie to postępowanie regulowane przez prawo. To akt prawny pochodzący od właściwie ukonstytuowanego rządu, działającego w granicach swojej jurysdykcji i prawa” (Friedman, 1953, s. 136). Według I. Foighela (1982), autora *Nationalization. A Study in the Protection of Alien Property in International Law*, wywłaszczenie jest „obowiązkowym nabyciem majątku, które odbywa się z korzyścią dla dobra wspólnego i które wyposaża osobę dotkniętą wywłaszczeniem w roszczenie pełnego odszkodowania” (Foighel, 1982, s. 14). Z kolei przedmiotem zainteresowania G. Chrisie na łamach *British Yearbook of International Law* było „(...) tego rodzaju odebranie, które prowadzi do zastosowania szeroko uznanej zasady prawa międzynarodowego, na podstawie, której majątek cudzoziemców nie może być zwyczajnie odebrany na cel publiczny lub inny bez adekwatnego odszkodowania” (Chrisie, 1962, s. 307). W poszukiwaniu definicji wywłaszczenia bardzo często odwoływano się do pojęć prawa krajowego lub definicji słownikowych by w ten właśnie sposób stworzyć doktrynalną definicję wywłaszczenia. Mimo braku definicji legalnej na gruncie prawa międzynarodowego oraz jasnej i precyzyjnej definicji doktrynalnej, to bogate orzecznictwo trybunałów międzynarodowych w sporach wywłaszczeniowych, tzw. *jurisprudence constante*, pozwoliło na wyodrębnienie form charakterystycznych wywłaszczenia. Łącznie wszystkie te cechy składają się na autonomiczne pojęcie wywłaszczenia w prawie międzynarodowym. Wyróżniamy trzy formy wywłaszczenia: bezpośrednie i pośrednie oraz nacjonalizację (Jeżewski, 2011, s. 335).

1.1. Wywłaszczenie bezpośrednie

Wywłaszczenie bezpośrednie jak wskazał B.A. Wortley (1959, s. 36): „Kiedy w wyniku działania państwa E, O jako właściciel został wywłaszczony, więź prawna między O a rzeczą, do której zgłasza roszczenie, jest zerwana przez prawo państwa E i, na jego mocy, O nie posiada dłużej egzekwowalnego roszczenia do wywłaszczonej rzeczy, Państwo E od tej pory przyznaje sobie, lub podmiotowi przez siebie upoważnionemu, ochronę równą właścicielowi odebranej rzeczy”. W związku z tym w procesie wywłaszczenia bezpośredniego tytuł prawny do rzeczy przechodzi na rzecz innego podmiotu, przy czym niekoniecznie na państwo dokonujące wywłaszczenia. Trybunał arbitrażowy w sprawie National Grid przeciwko Argentynie stwierdził, że „pozbawienie tytułu prawnego do własności jest nieodzownym elementem wywłaszczenia bezpośredniego” (National Grid P.L.C. przeciwko Republice Argentyńskiej, orz. arbitr. z dnia 3 listopada 2008 r., § 145). Według opinii M. Sornarajah (2004, s. 348), „wywłaszczenie jest specyficznym pojęciem używanym do opisania środków uderzających w indywidualną działalność gospodarczą przyjętych dla szczególnych powodów o charakterze gospodarczym lub innym”. Pojęcie wywłaszczenia w orzecznictwie trybunałów jest definiowane na zasadzie kontrastu ze środkami, które rodzą równoważny skutek. Przykładem takiego zabiegu może być orzeczenie w prawie Tecmed przeciwko Meksykowi, gdzie trybunał stwierdził, że „Formalnie »wywłaszczenie« oznacza przymusowe odebranie przez państwo własności rzeczy materialnych lub niematerialnych należących do osoby prywatnej w drodze aktu administracyjnego lub ustawodawczego o tym skutku (...)” (Sornarajah, 2004, s. 348).

1.2. Wywłaszczenie pośrednie

Wywłaszczenie pośrednie (ang. *Indirect expropriation*) sformułowane także, jako: „środki o skutku równoważnym do wywłaszczenia” czy „wywłaszczenie kroczące” (nazywane także, jako wywłaszczenie postępujące (ang. *creeping expropriation*), które jest szczególną kategorią wywłaszczenia pośredniego, które charakteryzuje się tym, że dochodzi do niego w wyniku wielu działań lub zaniechań państwa, z których każde z osobna nie stanowi wywłaszczenia, ale łącznie skutkują one pozbawieniem inwestycji wartości ekonomicznej (Domański, Świątkowski, 2006, s. 75)) polega na podjęciu przez państwo działań, niezależnie od zamiaru, które w jakikolwiek sposób uniemożliwiają lub utrudniają podmiotowi prawnemu korzystanie w pełni z dokonanej inwestycji, obniżając przez to jej wartość ekonomiczną (Jeżewski, 2011, s. 339). Oznacza to, iż pozwala to unikać bezpośredniej ingerencji w prawo własności, dzięki działaniom, które pozostawiły przy podmiocie prawnym tytuł prawny, lecz praktycznie pozbawiły go możliwości jakiegokolwiek korzystania z własności, a także prawa do odszkodowania (Jeżewski, 2011, s. 339). G.C. Christie (1962, s. 307–310) w opracowaniu o wywłaszczeniu przeanalizował dwa międzynarodowe orzeczenia dotyczące problematyki wywłaszczenia. Orzeczenie Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej w sprawie pewnych niemieckich interesów na polskim Górnym Śląsku z 1926 r. oraz orzeczenie Trybunału powołanego zgodnie z umową pomiędzy Norwegią i Stanami Zjednoczonymi w sprawie roszczeń norweskich właścicieli statków z 1922 r. (Niemcy przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej, orzeczenie w sprawie fabryki w Chorzowie z 15

maja 1926, Publications of the Permanent Court of International Justice, 1927, seria A, nr 9). W opinii G.C. Christiego (1962, s. 311) obie te sprawy potwierdzają dwa istotne fakty. Po pierwsze, „że Państwo może wywłaszczyć własność, ingerując w nią, nawet, gdy otwarcie zaprzecza takim intencjom” oraz po drugie, „nawet, gdy Państwo nie potwierdza ingerencji w prawo własności, może za pomocą swoich działań uczynić te prawa tak bezużytecznymi, iż będą one traktowane za wywłaszczone”. Zatem znaleziono sposób na podejmowanie działań unikających bezpośredniej ingerencji w prawo własności inwestora, ale które w konsekwencji pozbawiało go możliwości korzystania z jego prawa własności lub czyniło je z ekonomicznego czy legalnego punktu widzenia całkowicie bezużytecznym. Obecnie ta forma ingerencji w prawo własności jest o wiele bardziej rozpowszechniona, a to z uwagi na spore trudności, jakie rodzi próba odróżnienia nadmiernej ingerencji państwa, która może być uznana za wywłaszczenie, od ingerencji uprawnionej, polegającej na podejmowaniu przez państwo tzw. działań regulacyjnych, czyli dozwolonej działalności mieszczącej się w sferze jego działalności publicznej (Jeżewski, 2011, s. 339).

1.3. Pojęcie nacjonalizacji

Pojęcie nacjonalizacji można określić dwoma definicjami. Pierwsza, określa, że jest skierowana do środka konkretnego podmiotu i jego własności, lecz do całego sektora gospodarki, jako całości. Druga stwierdza, że dokonanie w drodze aktu nacjonalizacji uspołecznienia sektora lub całej gospodarki, a więc zlikwidowanie w danym zakresie własności prywatnej. W opinii M. Sornarajah (2004, s. 348) „Pojęcie nacjonalizacji powinno być ograniczone do przekrojowego pozbawienia własności, które ma służyć zakończeniu lub zmniejszeniu inwestycji zagranicznych w całej gospodarce lub w danym sektorze gospodarki”. Główną cechą nacjonalizacji jest, że nie dotyczy ona konkretnego inwestora lub jego inwestycji, lecz stanowi wyraz ogólnej polityki gospodarczej państwa. Charakteryzuje się przeniesieniem nacjonalizowanej własności na państwo (Wyrok Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS) z dnia 22 lipiec 1952 r. w sprawie Anglo-Iranian Oil Company (Zjednoczone Królestwo przeciwko Iranowi), w której MTS odrzucił swoją jurysdykcję. Sprawa ta dotyczyła nacjonalizacji własności amerykańskich spółek naftowych przez Meksyk w 1938 r., wydanie przez Iran w 1951 r. ustawy nacjonalizującej przemysł naftowy). Incydentalnie pojęcie nacjonalizacji traktowane jest wymiennie z wywłaszczeniem. Uznaje się, że w obu przypadkach ma na celu pozbawienie własności prywatnej i jej upublicznienie dla celów publicznych (Reinisch, 2008, s. 408). Niemniej jednak jest to niewłaściwe określenie tego pojęcia, gdyż termin nacjonalizacja dotyczy działań o szerszym charakterze, polegających na systemowym i opartym na akcie normatywnym przeniesieniu własności z podmiotów prywatnych na rzecz podmiotów publicznych, obejmującym całą gospodarkę państwową lub jej sektor (Wyrok Trybunału Arbitrażowego z dnia 3 września 2001 r. § 1 w sprawie S.R. Lauder, przeciwko Republice Czeskiej). Według duńskiego profesora I. Foighela (1982) nacjonalizacja jest publicznym nabyciem majątku dla dobra ogółu, które od wywłaszczenia *sensu stricto* oraz wszelkiego rodzaju restrykcji na majątku odróżnia szereg cech — cel, motyw, zakres, podmiot i przedmiot nacjonalizacji (Foighela, 1982). W nacjonalizacji beneficjentem transferu praw

majątkowych jest państwo. Nacjonalizacja jest przeprowadzana zawsze przez państwo na rzecz państwa lub podmiotu ustanowionego przez państwo. Państwo nabywa określony składnik mienia kontynuując działalność gospodarczą w niezmienionej postaci (tzw. *going concern*). Z kolei beneficjentem wywłaszczenia *sensu stricto* może być zarówno państwo, jak i podmiot prywatny. Nacjonalizacja ma charakter generalny. Przedmiotem nacjonalizacji nie jest konkretne mienie, jak w przypadku wywłaszczenia *sensu stricto*, lecz określona kategoria mienia. Praktyka państw wskazuje, iż jest to kilka przedsiębiorstw lub wszystkie przedsiębiorstwa w ramach określonej gałęzi gospodarki. Jeżeli nacjonalizacja skierowana jest przeciwko jednemu przedsiębiorstwu o strategicznym znaczeniu dla państwa posiadającemu monopol na określonym rynku, proces taki doktryna prawa międzynarodowego określa nie, jako nacjonalizację, lecz upaństwowienie (upaństwowienie ma miejsce wówczas, gdy określony sektor gospodarki znajduje się pod kontrolą jednego przedsiębiorstwa sprawującego monopol w określonym sektorze gospodarki, np. nacjonalizację Kan. Sueskiego przez Egipt w dniu 26 lipca 1956 r. oraz nacjonalizację sektora naftowego przez Iran w dniu 2 lipca 1955 r. Egipt przejął na własność The Universal Company of the Suez Maritime Canal a Iran — Anglo-Iranian Oil Co.). To, co odróżnia nacjonalizację od wywłaszczenia *sensu stricto* to szczególne motywy i cele, jakimi kieruje się państwo pozbawiając cudzoziemca majątku. Są to głównie motywy polityczne lub gospodarczo-społeczne.

Przedmiotem wywłaszczenia jest mienie (*property*). Pojęcie mienia w prawie międzynarodowym jest bardzo szerokie, zbliżone znaczeniowo do pojęcie mienia w polskim prawie cywilnym. W związku z tym mieniem będzie własność i wszelkie inne prawa majątkowe 45 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (k.c.) (Dz.U. z 2018 r., poz. 1104 z późn. zm.). W praktyce trybunałów międzynarodowych przedmiotem wywłaszczenia jest nie tylko prawo własności nieruchomości, jak w sprawie *The Polish Agrarian Reform and the German Minority* przed Stałym Trybunałem Sprawiedliwości Międzynarodowej (STSM) (sprawa niemiecko-polska wniesiona i wycofana z STSM przez Niemcy w 1933 r.; PCIJ Publications 1933, Series A/B — N° 58, s. 174) lub prawo własności ruchomości, jak w sprawie *William L. Pereira Associates, Iran v. Iran* przed Iran — United States Claims Tribunal (IUSCT) (Trybunał Roszczeniowy między Iranem a Stanami Zjednoczonymi został ustanowiony 19 stycznia 1981 r. Przez Islamską Republikę Iranu i Stany Zjednoczone Ameryki w celu rozwiązania niektórych roszczeń obywateli jednego Państwa-Strony przeciwko innemu Państwu-Stronie oraz niektórych roszczeń między Państwami-Stronami. Do chwili obecnej Trybunał sfinalizował ponad 3900 spraw. Obecnie w wykazie Trybunału znajduje się kilka dużych i złożonych roszczeń między Islamską Republiką Iranu a Stanami Zjednoczonymi Ameryki, pobrane z: <http://www.iusct.net/>), ale również wszelkie atrybuty prawa własności, posiadanie, pożytki z rzeczy, ograniczone prawa rzeczowe, a przede wszystkim, prawa *ex contractu* będące przedmiotem rozważań w sprawie *Norwegian Shipowners' Claims*. Są to również prawa wynikające z decyzji administracyjnych — licencje, pozwolenia i koncesje. Orzecznictwo trybunałów międzynarodowych przeszło w tym zakresie długą ewolucję obejmując swoim zakresem nie tylko prawa *in rem*, ale również prawa *in personam*. Współcześnie wystarczy, by prawa miały jakąkolwiek wartość ekonomiczną, by stały się przedmiotem wywłaszczenia. Jak to ujął IUSCT

w sprawie *Amoco International Finance Corp. (Partial)* wywłaszczenie może rozciągać się na każde prawa, które mogą być swobodnie nabywane i zbywane z uwagi na swoją wartość pieniężną. Współcześnie synonimem mienia z elementem obcym są inwestycje zagraniczne (IUSCT Reports 1987, vol. 15, s. 189 i 220).

2. Cechy nacjonalizacji i wywłaszczenia w prawie krajowym

Spośród katalogu form i metod wywłaszczenia w prawie krajowym na szczególną uwagę należy zwrócić na dwie najbardziej klasyczne — po pierwsze, nacjonalizację i po drugie, wywłaszczenie (Ignatowicz, Stefaniuk, 2003, s. 107). Stanowią one tzw. administracyjnoprawne sposoby nabycia prawa własności. W opinii K. Osajdy (2009, s. 3) do przejścia prawa w trybie nacjonalizacji i wywłaszczenia „(...) nie dochodzi w skutek porozumienia się zainteresowanych (jak jest w przypadku umowy), a w rezultacie władczej ingerencji państwa (...) nie występują, zatem równorzędne i równoprawne podmioty, (co jest domeną metody cywilnoprawnej), lecz pojawia się relacja władcza, a transfer mienia dokonuje się bez zgody zainteresowanych”. W obu przypadkach państwo działa na zasadzie imperium. Instytucję nacjonalizacji w przepisach prawa polskiego uregulowano w ustawie o przejęciu na własność państwa podstawowych gałęzi gospodarki narodowej z 1946 r. (Dz.U. z 1946 r. Nr 3, poz. 17). Ustawa była podstawą prawną w wielu sprawach na etapie krajowym (patrz np. wyrok NSA z dnia 5 lutego 2003 r. w sprawie o sygn. IV SA 2854/01 oraz wielu skarg wnoszonych przez polskich obywateli do ETPC na podstawie art. 1 I Protokołu do Konwencji z 1950 r. (patrz np. sprawy Krzysztof Ogórek and Karol Ogórek v. Poland oraz Pikielny and Others v. Poland)), Dekrecie Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego (PKWN) o przeprowadzeniu reformy rolnej z 1944 r. (Dz. U. 1945 Nr 3 poz. 13. Por. również postanowienie TK z dn. 28.11.2001 r. w sprawie o sygn. SK 5/01.), Dekrecie o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m. st. Warszawy (Dz.U. z 1945 r. Nr 50 poz. 279). Tzw. Dekret Bieruta jest przedmiotem licznych postępowań krajowych, a z uwagi na przewlekłość tych postępowań na etapie krajowym również postępowań międzynarodowych przed ETPC na podstawie art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r. (patrz np. sprawy Berent-Derda v. Poland oraz Derda v. Poland) i innych (Dekret o przejęciu niektórych nieruchomości na cele reformy rolnej i osadnictwa z 1945 r. (Dz.U. z 1945 r. Nr 57 poz. 321)). Na podstawie wskazanych przepisów prawa polskiego można wyróżnić cechy nacjonalizacji charakterystyczne nie tylko dla polskiego, lecz dla każdego porządku krajowego. Więc nacjonalizacja to: transfer prawa własności w formie nacjonalizacji następuje z mocy prawa (*ex lege*) na podstawie aktu generalnego, głównie ustawy lub aktu jej równorzędnego. Nacjonalizacja dla swojej ważności nie wymaga żadnych aktów wykonawczych lub orzeczeń sądów krajowych. Nawet, jeżeli nacjonalizacji towarzyszy akt wykonawczy w postaci rozporządzenia lub dekretu lub orzeczenie sądu krajowego określające szczegółowo tryb przejścia prawa na państwo, wówczas transfer prawa następuje na podstawie ustawy nacjonalizacyjnej a wszelkie akty wykonawcze lub orzeczenia mają jedynie charakter deklaratoryjny, są potwierdzeniem zaistniałego stanu. Nacjonalizacja jest pierwotnym i translatywnym sposobem nabycia własności (Osajda, 2009, s. 5 i 6). Nabycie ma charakter pierwotny, co oznacza, że dotychczasowy właściciel traci prawo własności,

a nabywa je Skarb Państwa (Ignatowicz, Stefaniuk, 2003, s. 106), przy czym, nabycie prawa podmiotowego nie pochodzi od określonego podmiotu. Skutkiem nabycia pierwotnego jest to, że wygasają wszelkie obciążenia związane z rzeczą, czyli ograniczone prawa rzeczowe (polskiemu prawu znana jest konstrukcja, gdzie ograniczone prawa rzeczowe na nieruchomości rzeczywiście nie przechodzą na Skarb Państwa, natomiast „przechodzą” one na nieruchomość, która zostanie przyznana podmiotowi tytułem rekompensaty. Por. zwłaszcza art. 4 Dekretu o przejęciu niektórych nieruchomości na cele reformy rolnej i osadnictwa z 1945 r.). Nabycie ma charakter translatywny, co oznacza, że Skarb Państwa nabywa prawo własności o niezmienionej treści (Radwański, 2003, s. 101–104). Nabywane prawo istniało przed dokonaniem nacjonalizacji. Nacjonalizacja ma charakter aktu generalnego i abstrakcyjnego. Ma zastosowanie wobec wskazanej ustawowo kategorii lub grupy dóbr (nieruchomości o określonej powierzchni lub przeznaczeniu, przedsiębiorstw określonej gałęzi gospodarki itd.). Nacjonalizacja więc nie jest skierowana imiennie do konkretnego właściciela konkretnego składnika mienia. Następnie według W. Dudek (1976, s. 18 i 19) „Bardzo istotnym kryterium uznania za nacjonalizację przejścia prywatnej własności na rzecz państwa są motywy (...). Nie można tu pominąć względów ekonomicznych oraz pobudek ideologicznych i politycznych”. W Polsce po 1945 r. motywy ideologiczne i ekonomiczno-społeczne, niezależnie od oceny ich słuszności, były powszechnie dominujące w procesie nacjonalizacji prywatnego mienia.

Instytucję wywłaszczenia w przepisach prawa polskiego uregulowano w art. 21 ustawy Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. (art. 21 Konstytucji RP stanowi: „1: Rzeczpospolita Polska chroni własność i prawo dziedziczenia. 2. Wywłaszczenie jest dopuszczalne jedynie wówczas, gdy jest dokonywane na cele publiczne i za słusznym odszkodowaniem”. Z kolei art. 31 ust. 3 Konstytucji RP dopuszcza możliwość ograniczenia wolności i praw konstytucyjnych jedynie na podstawie ustawy i tylko w demokratycznym państwie prawnym, nie mogą te ograniczenia naruszać istoty tych praw — Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.) oraz w ustawie o gospodarce nieruchomościami z 1997 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 1089). Polskie ustawodawstwo wywłaszczeniowe i nacjonalizacyjne omówione zostało w: Czuba, 1972, s. 267). Instytucja wywłaszczenia znana była prawu polskiemu znacznie wcześniej. Jeszcze przed II wojną światową w okresie dwudziestolecia międzywojennego wywłaszczenie określano mianem „ekspropriacji”. Charakterystyczne dla prawa krajowego, w tym prawa polskiego, jest to, że przedmiotem regulacji w zakresie wywłaszczenia jest transfer prawa własności pomijając regulacje sposobów transferu innych niż własność praw na innych niż nieruchomości dobrach. Takie rozumienie wywłaszczenia zastrzeżone dla prawa własności nieruchomości w polskim prawie konstytucyjnym i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego uznane zostało za zbyt wąskie i podlegające interpretacji w drodze orzecznictwa (patrz: art. 112 ust. 2 u.g.n.: „Wywłaszczenie nieruchomości polega na pozbawieniu, albo ograniczeniu, w drodze decyzji, prawa własności, prawa użytkowania wieczystego, lub innego prawa rzeczowego na nieruchomości”). Przedmiotem wywłaszczenia w prawie krajowym jest każde prawo zbywalne. Cechą charakterystyczną wywłaszczenia w prawie krajowym będzie to, że transfer prawa w formie wywłaszczenia następuje na podstawie aktu indywidualnego — decyzji admi-

nistracyjnej; transfer prawa w wyniku wywłaszczenia następuje z mocy wspomnianej decyzji administracyjnej i dla swojej ważności, ale również skuteczności, nie wymaga żadnych aktów wykonawczych; decyzja administracyjna wywołuje skutki prawne wprost, w konsekwencji stanowi samodzielną podstawę wpisu do ksiąg wieczystych; wywłaszczenie jest pierwotnym sposobem nabycia prawa. Nabycie może mieć zarówno charakter translatywny, jak i konstytutywny (Osajda, 2009, s. 13). Translatywny charakter nabycia ujawni się w przypadku, gdy przedmiotem wywłaszczenia będzie istniejące prawo własności, zaś konstytutywny, gdy wywłaszczenie polegać będzie na ograniczeniu prawa własności poprzez ustanowienie nowego prawa — ograniczonego prawa rzeczowego (Osajda, 2009, s. 13); wywłaszczenie ma charakter aktu indywidualnego, dotyczy pozbawienia w interesie publicznym konkretnego prawa w konkretnych indywidualnych okolicznościach sprawy (np. budowy odcinka autostrady lub obwodnicy miasta); w procesie wywłaszczenia zbywcą może być zarówno podmiot prywatny, jak i jednostka samorządu terytorialnego natomiast nabywcą prawa jest Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego. Prawo polskie dopuszcza możliwość wywłaszczenia na rzecz Skarbu Państwa prawa własności nieruchomości należącego do jednostki samorządu terytorialnego (art. 113 ust. 2 u.g.n.).

Uwzględniając powyższe cechy form pozbawienia mienia, nacjonalizacji i wywłaszczenia, podlega uwadze, że są to typowe cechy, które są właściwie dla każdego porządku prawnego na świecie, jeśli skutki dotyczyć będą obcokrajowców a ewentualne spory z tego wynikające nie zostaną rozstrzygnięte na etapie krajowym.

3. Zakaz wywłaszczenia w traktatach inwestycyjnych

W celu zaprezentowania, jak kształtowała się ochrona inwestorów z punktu widzenia legalności wywłaszczenia, należy przedstawić spór związany z kształtowaniem się zasad towarzyszących wypłacie odszkodowania inwestorowi. W samej doktrynie prawa międzynarodowego na początku XX wieku nie występowała jednomyślność, czy obcokrajowcy mogą korzystać z ochrony swojego mienia wyłącznie na podstawie prawa krajowego, czy też mogą korzystać z ochrony przyznanej przez prawo międzynarodowe. Wątpliwości te znalazły swoje odzwierciedlenie w przypadku przeprowadzonych przez władze Meksyku w latach 1915–1940 konfiskat majątków należących do przedsiębiorców amerykańskich i powstałego na tym tle sporu pomiędzy dwoma prawnikami reprezentującymi obie strony konfliktu. Sekretarz Stanu Cordell Hull tak ustosunkował się do powyższej sprawy (Jeżewski, 2011, s. 187): „Rząd Stanów Zjednoczonych odnosi się do bezspornych faktów i odnotowuje, że mające zastosowanie precedensy i uznane autorytety prawa międzynarodowego potwierdzają, że zasadą każdego prawa i reguł sprawiedliwości jest, że żaden rząd nie jest uprawniony do wywłaszczenia prywatnego majątku, z jakiegokolwiek powodu, bez bezzwłocznej wypłaty odpowiedniego i skutecznego odszkodowania” (list C. Hulla skierowany do ambasadora Meksyku z 3 kwietnia 1940 r., cyt. za: Lowenfeld, 2008, s. 480). Zasada ta, nazywana obecnie zasadą Hulla, stała się powszechnie przyjętą regułą definiującą standard odszkodowania w prawie międzynarodowym, Zgodnie, z którą odszkodowanie za wywłaszczenie powinno być wypłacane niezwłocznie, winno być adekwatne i efektywne. „Standard ten powinien mieć charakter całkowicie obiektywny i być oceniany przez

niezależny trybunał międzynarodowy” (Jeżewski 2011, s. 187–188). W opozycji do tej doktryny stała doktryna Calvo (ówczesnego Ministra Spraw Zagranicznych Meksyku) zgodnie, z którą zagraniczni inwestorzy mogli dochodzić naprawienia szkody, wyrządzonej na skutek wywłaszczenia, wyłącznie na gruncie prawa krajowego. Określało to w rozumieniu Calvo, że standard odszkodowania za wywłaszczenie powinien być subiektywny i ma odpowiadać standardowi ochrony przyznanej przez państwo swoim obywatelom, a inwestorzy nie powinni rościć sobie uprawnienia do szerszej ochrony. Obie doktryny z punktu widzenia legalności wywłaszczenia odegrały swoją rolę, przy czym obecnie to doktryna Hulla wydaje się być „najpowszechniejszym standardem traktatowym związanym z wypłatą odszkodowania” (Jeżewski, 2011, s. 187–188). Jest jednocześnie najbardziej korzystna z punktu widzenia inwestora oraz wywłaszczonej inwestycji. Podkreśla ona obiektywny charakter wymogów towarzyszących wypłacie odszkodowania. Doktryna ta jest obecna m.in. w przedstawionym wyżej projekcie konwencji w sprawie ochrony własności cudzoziemskiej Organisation for Economic Co-operation and Development z 1967 r. (OECD) (Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju — organizacja międzynarodowa o profilu ekonomicznym skupiająca 36 wysoko rozwiniętych i demokratycznych państw. Utworzona na mocy Konwencji o Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju podpisanej przez 20 państw 14 grudnia 1960) w Wytycznych Banku Światowego z 1992 r., czy wreszcie w modelowym francuskim i angielskim traktacie o popieraniu i ochronie inwestycji.

Problematykę ochrony własności przedstawiono wielu dokumentach. Pierwszym dokumentem po wojennym, w którym uwzględniono prawa jednostki jest Konwencja Abs-Shawcrossa w sprawie inwestycji zagranicznych. W art. 3 ustanowiono, że: „żadna strona nie podejmuje środków przeciwko podmiotom mającym narodowość innej strony w celu pozbawienia bezpośredniego lub pośredniego, ich własności, chyba, że w ramach rzetelnego procesu i pod warunkiem, że takie środki nie będą dyskryminujące lub sprzeczne z zobowiązaniami zaciągniętymi przez tę stronę, którym towarzyszy wypłacenie sprawiedliwego i skutecznego odszkodowania” (the Abs-Shawcross Draft Convention on Investment Abroad of 1959, pobrane z: <http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/Compendium/en/137%20volume%205.pdf>). Konwencja ta zawierała reguły określenia wysokości odszkodowania. Projekt Konwencji w sprawie ochrony własności cudzoziemskiej Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) z 1967 r. (Organization For Economic Co-Operation and Development, Draft Convention on the Protection of Foreign Property, 16 października 1967, pobrane z: www.oecd.org). Zakazywał każdego rodzaju wywłaszczenia bezpośredniego i pośredniego, dopuszczając jednak możliwość zalegalizowania tego aktu, przy spełnieniu typowych warunków: słuszny cel, niedyskryminacyjne zastosowanie środka a także sprawiedliwe odszkodowanie. W Konwencji określenie sprawiedliwego odszkodowania należy przyjąć, że jej twórcy zaakceptowali formułę Hulla, bardziej korzystną dla inwestora zagranicznego.

Wytyczne Banku Światowego z 1992 r. (World Bank Guidelines On The Treatment of Foreign Direct Investment, 1992, pobrane z: <http://italaw.com>.) w sprawie traktowania zagranicznych inwestycji bezpośrednich, w jednym przepisie tego dokumentu ustanowiono zakaz wywłaszczenia z zasadą *pacta sunt servanda* wyrażoną w zakazie jednostronnej zmiany lub wypowiedzenia traktatu. Założenia zakazują

wywłaszczenia we wszelkich jego formach i niezależnie od zakresu środka przyjętego przez państwo przyjmujące. Zakazują wszelkich środków, których „skutek byłby tożsamy w stosunku do skutku wywłaszczenia”. W sposób zgodny z ogólnym prawem międzynarodowym, uznają legalność wywłaszczenia, o ile: „było dokonane zgodnie z dostępnymi procedurami prawnymi, w dobrej wierze i w celu publicznym, bez dyskryminacji ze względu na narodowość oraz za właściwym odszkodowaniem”. Założenia Banku Światowego akceptują też formę Hulla, uznając, że odszkodowanie jest właściwe wówczas, gdy jest niezwłoczne, adekwatne i skuteczne. Określają zasady ustalenia wysokości odszkodowania.

Przykładem dla współczesnych traktatów inwestycyjnych był projekt Wielostronnego porozumienia w sprawie inwestycji Multilateral Agreement on Investment (MAI) (Multilateral Agreement On Investment, 1997, pobrane z: <http://www1.oecd.org/daf/mai/htm/2.htm>). W art. 5 MAI zatytułowanym wywłaszczenie i odszkodowanie zakazano nacjonalizacji, wywłaszczenia oraz wszelkich środków równoznacznych z wywłaszczeniem lub nacjonalizacją (*measures tantamount to expropriation or nationalisation*). Projekt ten stwierdzał, że wywłaszczenie może być uznane za legalne, przy spełnieniu przesłanek: celu pozostającego w interesie publicznym, niedyskryminacyjnego charakteru decyzji o wywłaszczeniu, poszanowania zasad rzetelnego procesu. Powinno towarzyszyć temu także niezwłoczne, adekwatne i skuteczne odszkodowanie.

Warta odnotowania jest także klauzula zawarta w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.) z 1950 r. i w art. 1 Protokołu I Konwencji (Dz.U. z 1995 r. Nr 36, poz. 175 z późn. zm.), który stanowi: „Każda osoba fizyczna oraz prawna ma prawo do poszanowania swego mienia. Nikt nie może być pozbawiony swej własności, chyba, że w interesie publicznym i na warunkach przewidzianych przez ustawę oraz zgodnie z podstawowymi zasadami prawa międzynarodowego”. Konwencja w treści odnosi się także do każdej osoby prawnej, a więc z ochrony przyznanej przez Konwencję korzystają także inwestorzy na terytorium państwa będącego stroną Konwencji oraz Protokołu I, jako państwa przyjmującego inwestycję.

Skromniejszą regulację ochrony praw własności zawiera Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów z 1981 r. Art. 14 tej Karty stanowi jedynie, że prawo własności będzie zapewnione. „Prawa tego można pozbawić jedynie w interesie publicznym lub w ogólnym interesie wspólnoty i zgodnie z postanowieniami odpowiedniego ustawodawstwa”. Brak tu o obowiązku wypłacenia odszkodowania, jednakże nakazuje się odwołać do prawa krajowego w celu ustalenia obowiązku odszkodowawczego jak i jego charakteru (https://bs.sejm.gov.pl/F?func=find-b&request=000000235&find_code=SYS&local_base=TEK0). Zgodnie z polsko-amerykańskim traktatem o stosunkach handlowych i gospodarczych sporządzony w Waszyngtonie w dniu 21 marca 1990 r., wywłaszczeniem pośrednim są „jakiegokolwiek bezpośrednie działania lub serie działań, które są równoznaczne z wywłaszczeniem. Obejmują one kwestie opodatkowania, przymusową sprzedaż całości lub części inwestycji, osłabianie lub pozbawianie możliwości zarządzania inwestycją lub kontroli nad jej ekonomiczną wartością”. Wywłaszczenie bezpośrednie rzadko budzi kontrowersje z punktu widzenia oceny międzynarodowo-prawnej. Państwa decydują się na formalne pozbawienie inwestora zagranicznego

jego własności tylko wówczas, gdy służyć to ma istotnemu celowi publicznemu i zazwyczaj są gotowe do zapłacenia temu inwestorowi odpowiedniego odszkodowania. Zdaniem M. Sornarajah (2004, s. 347) „Wywłaszczenie jest specyficznym pojęciem używanym do opisanego środków uderzających w indywidualną działalność gospodarczą przyjętych dla szczególnych powodów o charakterze gospodarczym lub innym”. Wywłaszczenie bezpośrednio rzadko bywa szerzej interpretowane w orzecznictwie trybunałów arbitrażowych. Najczęściej definiuje się bezpośrednio wywłaszczenie na zasadzie kontrastu ze środkami, które rodzą równoważny skutek (Jeżewski, 2011, s. 338, a także orzeczenie arbitrażu z dnia 25 sierpnia 2000 r., § 103 w sprawie Tecmed przeciwko Meksykowi, gdzie trybunał stwierdził „Formalnie »wywłaszczenie« oznacza przymusowe odebranie przez państwo własności rzeczy materialnych lub niematerialnych należących do osoby prawnej, w drodze aktu administracyjnego lub ustawodawczego tym skutku (...)”). Według art. 13 Traktatu Karty Energetycznej (TKE) zakazuje się stronom nacjonalizowania, wywłaszczenia lub podejmowania działań o skutku równoznacznym z nacjonalizacją lub wywłaszczeniem. Traktat przewiduje w charakterze wyjątku dopuszczalność wywłaszczenia, określając wymogi legalności tego środka zgodnie z doktryną Hulla. Art. 13 TKE przedstawia zasady ustalenia wartości wywłaszczonej inwestycji, normuje dostępność środków prawnych w odniesieniu do decyzji o wywłaszczeniu, a także definiuje, że wywłaszczenie może dotyczyć także udziałów w spółce będącej inwestorem w państwie przyjmującym.

W przypadku traktów o charakterze regionalnym klauzula wywłaszczeniowa stanowi jedno z głównych postanowień porozumienia Północnoamerykańskiego Układu Wolnego Handlu (NAFTA) (North American Free Trade Agreement, 1994, pobrane z: <http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx>). Artykuł 1110 NAFTA w sposób szczegółowy ustanawia reguły ochronne prawa własności inwestora oraz jego inwestycji. Zasady te zakazują nacjonalizacji, wywłaszczenia — zarówno bezpośredniego, jak i pośredniego — a także środków, które miałyby w skutek identyczny, co nacjonalizacja lub wywłaszczenie (*take a measure tantamount to nationalization or expropriation*). Porozumienie w sposób nieodbiegający od powyżej przytoczonych przykładów ustanawia warunki legalności wywłaszczenia, a więc to, aby środek ten podejmowany był w interesie publicznym, nie miał charakteru dyskryminacyjnego oraz aby podjęty został w zgodzie z regułami rzetelnego procesu i za wypłatą odszkodowania, które powinno odpowiadać uczciwej wartości rynkowej inwestycji i powinno być wypłacone bezzwłocznie.

Zasługuję na uwagę przyjęty w 1994 r. Protokół z Colonia do Sacramento, dotyczący popierania i ochrony inwestycji między państwami członkowskimi MERCOSUR (Mercosur (hiszp. Mercado Común del Sur — Wspólny Rynek Południa), czasem nazywany, także Mercosul (port. „Mercado Comum do Sul”) — międzynarodowa organizacja gospodarcza powołana w roku 1991 traktatem z Asunción (Paragwaj) — Zarządzanie Innowacyjne w Gospodarce i Biznesie, 2014, nr 1(18), s. 99), ustanawia, jako zasadę zakaz wywłaszczenia, nacjonalizacji lub innych środków o podobnym skutku. Zgodnie z art. 5 ust. 1 tego protokołu odszkodowanie musi być zapłacone przed wywłaszczeniem oraz być właściwe i skuteczne. Określa on zasady

wyznaczania momentu ustalania wysokości odszkodowania, co nie jest zjawiskiem rzadkim w traktatach inwestycyjnych.

Podstawowym kryterium oceny, czy zachowanie państwa stanowi wyłączenie, jest faktyczny wpływ na majątek inwestora. Państwo będzie ponosiło odpowiedzialność odszkodowawczą, nawet, jeżeli działało bez zamiaru dokonania wyłączenia lub miało uzasadnione powody, aby wyłączenia dokonać. Powyżej przedstawione stanowisko w doktrynie prawa międzynarodowego nazwane zostało „wyłącznym kryterium skutku” (ang. *Sole effects doctrine*) (Kowalczyk, 2013). „Traktaty dotyczące praw człowieka, podobnie jak traktaty inwestycyjne, zakazują arbitralnego pozbawienia własności osób objętych ich ochroną, pozostawiając państwu pewien zakres uprawnień suwerennych i określając warunki korzystania z nich” (Jeżewski, 2011, s. 329).

4. Zakaz wyłączenia w ustawie o gospodarce nieruchomościami

Przepisy Konstytucji RP regulują wprost trzy sposoby publicznoprawnej ingerencji we własności jednostki (Szewczyk red., 2003, s. 653). Charakter takiej ingerencji w świetle uregulowań konstytucyjnych ma wyłączenie (art. 21 ust. 2 Konstytucji RP), konfiskata (art. 46 Konstytucji RP) oraz ograniczenie prawa własności (art. 64 ust. 3 Konstytucji RP).

Zgodnie z art. 64. ust. 3 Konstytucji RP „Własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza ona istoty prawa własności”. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego przepis ten pełni podwójną rolę. Po pierwsze, stanowi jednoznaczną i wyraźną konstytucyjną podstawę wprowadzenia ograniczeń prawa własności. Po drugie, zawarte w nim przesłanki dopuszczalności ograniczenia własności stanowić mogą kryterium dla kontroli dokonanych przez pracodawcę ograniczeń (Wyrok TK z dnia 11 maja 1999 r., sygn. akt K. 13/98, OTK 1999 r., nr 4, poz. 74.). Zwracając uwagę na okoliczności, że określenie przesłanek ograniczenia prawa własności zawarte w 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. Przepis ten ogranicza się wyłącznie do wskazania przesłanki formalnej oraz zakreslenia maksymalnej granicy ingerencji (Wyrok TK z dnia 11 maja 1999 r., sygn. akt K. 13/98, OTK 1999 r., nr 4, poz. 74.). W związku z tym, powstaje zagadnienie wzajemnych relacji między uregulowaniami zawartymi w art. 64 ust. 3 Konstytucji RP i w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP (Art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, stanowi: „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”). W związku z tym można zadać pytanie, czy art. 64 ust. 3 Konstytucji RP stanowi *lex specialis* wobec art. 31 ust. 3 Konstytucji RP? Zarówno w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (Wyrok TK z dnia 11 maja 1999 r., sygn. akt. K. 13/98, OTK 1999 r., Nr 4, poz. 74; wyrok TK z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. akt. P. 2/98, OTK ZU z 1999 r., Nr 1, poz. 2.) i doktrynie (Jarosz-Żukowska, 2003, s. 176), na tak postawione pytanie udzielono odpowiedzi negatywnej. Przyjęto, że konstytucyjnym wzorcem kontroli

publicznoprawnych ograniczeń prawa własności oprócz art. 64 ust. 3 Konstytucji RP jest także art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Zdaniem M. Safijana (1999, s. C2) art. 64 ust. 3 Konstytucji RP określa głębokość ingerencji w sferę prawa własności, natomiast art. 31 ust. 3 określa jej zasadność i celowość, nakazując uwzględnienie innych wartości konstytucyjnie chronionych, np. wolność i prawa innych osób.

Przyjęcie takiego ustalenia pozwala stwierdzić, że w świetle przepisów konstytucyjnych publicznoprawnym ograniczeniem prawa własności jest ingerencja w to prawo dokonana w drodze ustanowionej. Ze względu na konieczność wprowadzenia ograniczeń w demokratycznym państwie, pozostających w funkcjonalnym związku z realizacją wartości wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Ukształtowana konstytucja różni się zasadniczo od konstytucyjnego wzorca wywłaszczenia. Zgodnie, z którym wywłaszczenie jest ingerencją w prawo własności dokonaną w celu publicznym i za odszkodowaniem. Obowiązkiem jest jednak rozstrzygnąć kwestię, który element wywłaszczenia i ograniczenia prawa własności w sposób ostateczny i jednoznaczny te dwie instytucje oddziela.

Trybunał Konstytucyjny wyraził stanowisko, zgodnie, z którym podstawowym kryterium rozróżniającym obydwie instytucje jest forma dokonywania ograniczeń prawa własności i wywłaszczeń. Wyroku z dnia 28 maja 1991 r. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że w wypadkach ograniczeń ustalających w drodze ustaw zwykłych, oraz wypadkach wywłaszczeń, mamy do czynienia z zupełnie innymi pod względem prawnym sytuacjami. „W pierwszym wypadku, chodzi o ograniczenia dochodzące do skutku w drodze ogólnego aktu normatywnego, pochodzącego od organu przedstawicielskiego, ustanawiane w interesie ogólnym. W drugim, z tych wypadków, chodzi o ograniczenie lub odjęcie w całości na cele publiczne prawa własności konkretnej nieruchomości na rzecz konkretnego podmiotu dokonywane w drodze aktu indywidualnego, czyli w drodze decyzji administracyjnej” (Wyrok TK z dnia 28 maja 1991 r. K. 1/91. Sygn. akt. OTK 1991 r. Nr 1, poz. 4). Przedstawiona przez TK koncepcja odróżnienia wywłaszczenia i publicznoprawnych ograniczeń prawa własności, została zweryfikowana wraz z przyjęciem tezy, że w świetle przepisów konstytucyjnych brak jest podstaw do przyjęcia założenia, że wywłaszczenie może być tylko dokonywane na drodze aktu indywidualnego. Potwierdzona przez TK dopuszczalność dokonywania wywłaszczeń *ex lege*, łamie koncepcję odróżnienia wywłaszczenia od publicznoprawnych ograniczeń prawa własności przy zastosowaniu kryterium formy prawnej. W tej kwestii, nieprzydatnym dla definitywnego rozróżnienia obydwu instytucji jest kryterium odszkodowania. W przypadku odszkodowania jest ono elementem koniecznym, natomiast w przypadku publicznoprawnych ograniczeń prawa własności nic nie stoi na przeszkodzie, a żeby ustawodawca takie odszkodowanie przyznał. Nie występuje tu obowiązek ustalenia odszkodowania, nie jest jednak ustawodawca pozbawiony możliwości jego przyznania (Zimmermann, 1939, s. 89).

Przykładowo może być to działka ziemi, która została zajęta przez Państwo z tytułu niezapłaconych zobowiązań publicznych. Systemy prawne krajów, w których dochodzi do ustawowego wywłaszczenia własności na rzecz tzw. interesu publicznego (szkoła, droga, szpital itp.) regulują sposób tego wywłaszczenia, gwarantując np. godziwą rekompensatę finansową. Jednakże w większości takich przypadków docho-

dzi do rozwiązań siłowych. Należy do nich m. in. brak prawa do odmowy ze strony właściciela, arbitralność przy formułowaniu interesu publicznego, kwestie wysokości rekompensaty dla właściciela z tytułu utraconej własności, a także rezygnacja właściciela z planów związanych z wywłaszczoną własnością. Wiąże się z tym poczucie krzywdy właściciela z planów związanych z wywłaszczoną własnością. Wiąże się z tym poczucie krzywdy właściciela wywoływane odebraniem mu prawa wyboru. Ma to także silny wpływ na zmianę sposobu alokacji wywłaszczonego dobra (Fijor, 2012). Nieruchomościami przyjętymi przez państwo, głównie za podatki w czasach II Rzeczypospolitej zabudowana jest ulica Nowy Świat w Warszawie (Miasto Warszawa jest największym pojedynczym posiadaczem nieruchomości w Polsce. Stało się nim częściowo w oparciu o ustawę nacjonalizacyjną, lecz także w wyniku wywłaszczeń dokonywanych poczynając już od 1918 r. W jego posiadaniu znajduje się kilkadziesiąt tysięcy lokali mieszkalnych, a także kilkanaście tysięcy lokali użytkowanych i komercyjnych. Administruje nimi osobny wydział zwany Zakładem Gospodarowania Nieruchomościami. Zapowiadana od lat repywatyzacja tego majątku jest odwlekana z przyczyn publicznych. Etymologia obydwu instytucji w tym względzie jest podobna. Służą one szeroko rozumianemu dobru ogólnemu oraz interesowi publicznemu i stanowią wyraz socjalnej koncepcji własności. Cele publiczne, o których mowa w art. 21. ust. 2 Konstytucji RP, mieszczą się, w kanonie wartości zawartych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Ostatnim elementem konstrukcji ograniczeń prawa własności, który pozwoli na odróżnienie tych ograniczeń od wywłaszczenia jest kryterium istoty prawa własności. Art. 31 ust. 3 Konstytucji RP i art. 64 ust. 3 Konstytucji RP warunkują dopuszczalność ograniczeń konstytucyjnych praw własności w tym praw i wolności, w tym prawa własności, od nienaruszalności istoty ograniczonego prawa. Podobieństwem przyjętego w Konstytucji RP rozwiązania jest art. 19 Niemieckiej Ustawy Zasadniczej z 1949 r., zgodnie, z którym: „Ważnym wypadku nie może zostać naruszona istota treści prawa podstawowego”. Bogata literatura niemiecka na temat zakazu naruszenia istotnej treści praw podstawowych doktrynie podnosi się, iż została sformułowana zadawalająca definicja pojęcia „istotnej treści praw podstawowych” (Sikorska-Dzięgielewska, Kędzia, 1986, s. 139.)

W tej kwestii Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 14 marca 2000 r. stwierdził, że „uwzględniając unormowania problematyki wywłaszczenia w art. 21 ust. 2 Konstytucji RP, można wnioskować, że nie jest zasadna taka interpretacja przepisów formujących przesłanki do dopuszczalnego ograniczenia prawa własności (przede wszystkim art. 64 ust. 3 Konstytucji RP.), których celem byłoby rozszerzenie ich zastosowania, np. przez argumentację *a minori ad maius*) także na zagadnienie całkowitego odjęcia własności” (Wyrok TK z dnia 14 marca 2000 r., sygn. akt. P. 5/99, OTK z 2000 r., Nr 2 poz. 60). Odminną opinię przedstawia B. Banaszkiewicz (2001), który uznaje wywłaszczenie za pewien kwalifikowany typ ograniczenia w korzystaniu z prawa do własności mieszczący się w zakresie regulacji art. 64 ust. 3 Konstytucji RP. W tej kwestii wypowiedział się również Trybunał Konstytucyjny uznając „istotę własności” za wyraźną granicę oddzielającą ograniczenia prawa własności od wywłaszczenia. W opinii K. Ziemiński (2000, s. 148) stwierdził, że „Przyjmując racjonalność prawodawcy stwierdzić należy, że ingerencja w prawo właściciela dalej idąca,

a więc godząca w istotę własności, nastąpić może wyłącznie na zasadach określonych w art. 21 Konstytucji RP”. M. Szewczyk (2003, s. 147) definiuje wywłaszczenie, jako ingerencję władzy publicznej w szeroko rozumiane prawo własności polegającą na naruszeniu istoty tego prawa. Podobnie F. Zoll (1998, s. 30) stwierdził, że wywłaszczenie jest takim działaniem władzy publicznej, które narusza istotę prawa własności. Pozostałe naruszenia prawa własności nie są kwalifikowane, jako wywłaszczenie i są dopuszczalne, jeżeli opierają się na ustawie.

W prawie niemieckim, w 50. latach, pojawiła się tzw. teoria umniejszania substancji, stanowiąca próbę materialnego, a nie formalnego określenia wywłaszczenia, kładąca nacisk na ciężar i intensywności ingerencji. W przeciwieństwie jednak do dawnej teorii „zasługiwania na ochronę” (W. Jellinka), która posługiwała się subiektywnym kryterium: czy przy wyważeniu dobra ogółu i interesu indywidualnego prawo zasługuje na ochronę (Rüfner, 1986, s. 281), teoria umniejszenia substancji posługuje się obiektywnymi kryteriami: czy mimo ingerencji prawo zostało zachowane w swej dotychczasowej funkcji, czy uległo uszczupleniu w swej substancji (Huber, 1954, s. 27; von Hippel, 1965, s. 31 i n.).

Uwzględniając, że kryterium naruszenia istoty prawa własności, stanowić ma podstawę rozróżnienia wywłaszczenia i publicznoprawnych ograniczeń własności należy wyjaśnić, samo pojęcie istoty prawa własności. Po raz pierwszy, przy braku oparcia tekstowego, ta koncepcja pojawiła się w orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 stycznia 2000 r., w którym to stwierdzono, że „przy oczywistej inspiracji konstrukcji niemieckiej” (Orzeczenie TK z dnia 12 stycznia 2000 r., sygn. akt. P 11/98, OTKZU z 2000, Nr 1, poz. 3. Zgodnie z art. 19 ust. 2 Niemieckiej Ustawy Zasadniczej z 1949 r., „W żadnym wypadku nie może zostać naruszona istotna treść prawa podstawowego”. Pomimo bardzo bogatej literatury niemieckiej na temat zakazu naruszenia istotnej treści praw podstawowych w doktrynie podnosi się, że nie została sformułowana zadawalająca definicja pojęcia „istotnej treści praw podstawowych”; Sikorska-Dzięgielewska, Kędzia, 1986, s. 139). „Konstrukcja istoty prawa i wolności” wypracowana przez Trybunał Konstytucyjny opiera się na założeniu, że w ramach konkretnego prawa i wolności można wyodrębnić pewne elementy podstawowe jak rdzeń, czy jądro. Nie istnieje bez tego prawo czy wolność oraz pewne elementy dodatkowe (otoczkę), które mogą być przez ustawodawcę zwykłego ujmowane i modyfikowane w różny sposób bez niszczenia tożsamości danego prawa czy wolności. Po raz pierwszy ta definicja została zastosowana w prawie polskim w Konstytucji RP. W tej kwestii wypowiedział się również w wyroku z dnia 12 stycznia 1999 r. Trybunał Konstytucyjny, stwierdzając, że interpretacja zakazu naruszenia istoty ograniczanego prawa nie powinna sprowadzać się jedynie do płaszczyzny negatywnej, akcentującej odpowiednie miarkowanie dokonywanych ograniczeń. „Należy w nim widzieć również stronę pozytywną, związaną z dążeniem do wskazania pewnego nienaruszalnego rdzenia danego prawa lub wolności, który pozostawać winien wolny od ingerencji prawodawcy nawet w sytuacji, gdy działa on w celu ochrony wartości wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP” (Wyrok TK z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. akt. P 2/98, OTK 1999, Nr 1, poz. 2). Nawiązując do praw majątkowych, w tym praw własności należy uznać, że naruszenie istoty prawa nastąpiłoby wyniku wprowadzenia ograniczenia,

które dotyczyły podstawowych uprawnień składających się na treść danego prawa. Ograniczenia przez to również uniemożliwiły realizowanie prawa funkcji, jaką ma ono spełniać w porządku prawnym opartym na założeniach wskazanych w art. 20 Konstytucji RP (art. 20 Konstytucji RP stanowi, że „Społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej”).

Analogiczna koncepcja istoty prawa własności nakreśliła się w orzecznictwie francuskiej Rady Konstytucyjnej. Odróżnia ona „pozbawienie” własności (dopuszczalne w ramach art. 17 Deklaracji Praw, określającego zasady wyłączenia) od „ograniczenia” prawa własności. W poglądzie Rady Konstytucyjnej ograniczenia te są dopuszczalne, gdy nie pozbawiają treści samego prawa własności, nie nakładają na właściciela „ciężaru nie do zniesienia”, nie utrudniają realizacji innych konstytucyjnie uznanych praw i wolności lub nie prowadzą do „wynaturzenia” prawa własności, ani też nie ingerują w jego istotę (Zattara, 2001, s. 459–460). F. Zoll (1998, s. 30) stwierdził, że dookreślenia pojęcia „istota prawa” jest trudne, ponieważ prawa podmiotowe nie mają zakodowanej żadnej platońskiej idei, z której wynikałoby ich treść. Każdorazowo pełnią funkcję arbitralnego rozstrzygnięcia ustawodawcy, wynikającym z założonej dla danego prawa funkcji w systemie (w doktrynie prawa niemieckiego zarysował się spór między zwolennikami „absolutnych” i „relatywnych” teorii istotnej treści praw podstawowych. Zwolennicy tej pierwszej teorii dążą do określenia pewnego minimalnego i niezmiennego zakresu, w jakim poszczególne prawa muszą być realizowane, niezależnie, od okoliczności. Drudzy przedstawiciele teorii, uważają, że określenie takiego niezmiennego zakresu jest niemożliwe, a istotną treść danego prawa można ustalać wyłącznie na gruncie konkretnej sytuacji, przy uwzględnieniu konieczności ochrony innych wartości konstytucyjnych; Herbet, 1985, s. 323; Alexy, 1985, s. 272). Poglądzie Trybunał Konstytucyjny określenie istoty prawa własności musi nawiązywać do podstawowych składników tego prawa tj. w szczególności możliwości korzystania z przedmiotu własności oraz pobierania pożytków. Wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego na temat istoty prawa własności, są oceniane przez doktrynę jako „nad wyraz ogólne, żeby nie powiedzieć ogólnikowe” (Radecki, 2000, s. 42). Zbieżna krytyka, w literaturze francuskiej, spotyka orzeczenia francuskiej Rady Konstytucyjnej odnoszące się do omawianej tematyki. Krytykuje się pragmatyzm, jaki towarzyszy Radzie przy analizie istoty prawa własności, który zmierza do pozostawienia sędziom konstytucyjnym szerokiego marginesu oceny ograniczeń prawa własności, podczas gdy odwołanie się do tej koncepcji powinno wręcz odwrotnie sprzyjać rozszerzeniu zakresu kontroli ingerencji w prawo własności. Zarzuca się również, że na gruncie orzecznictwa Rady pojęcie istoty prawa pozostaje pojęciem enigmatycznym (Zattara, 2001, s. 466 i n.).

Utrzymuję, że trafne w tym względzie jest spostrzeżenie A. Stelmachowskiego (1984, s. 462), że „niezmiennie trudno jest sprecyzować, na czym polega treść i istota prawa własności. Jest to jedna z tych rzeczy, które dość dobrze wyczuwa się i rozumie niejako instynktownie, a znacznie trudniej jest określić, gdy przychodzi do dokładniejszej analizy mającej pretensje do ścisłości”. Przesadnym uproszczeniem

byłoby przyjęcie, że naruszenie istoty własności, skutkujące pozbawieniem kogoś tego prawa, wypełnia znamiona wywłaszczenia, jako ingerencji w istotę prawa własności. Ograniczenie, które swej intensywności przekroczy granicę istoty własności może przeistoczyć się wywłaszczenie. W wyroku z dnia 12 stycznia 2000 r. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że ocena każdego konkretnego unormowania ingerującego w prawo własności musi być przy tym dokonywana na tle wszystkich ograniczeń już istniejących. Istotne jest dla ustalenia, czy zachowana została istota prawa własności konieczna jest analiza sumy ustanowionych prawem własności i ograniczeń. Wspomnianym już w wyroku z dnia 12 stycznia 1999 r. Trybunał Konstytucyjny wprost wskazuje na możliwość naruszenia „istoty” prawa nadmierne skumulowanie ograniczeń. Trybunał Konstytucyjny i doktryna ten rodzaj wywłaszczeń określa mianem wywłaszczenia faktycznego. W opinii M. Szewczyk (2003, s. 60) stwierdził, że pod tym pojęciem mieściłyby się przejawy ingerencji władzy publicznej, skutkujące naruszeniem istoty prawa własności, którym nie towarzyszyłoby formalne odebranie tego prawa. W wyroku z dnia 19 stycznia 2000 r. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że zakres ograniczeń może powodować zniweczenie podstawowych składników prawa podmiotowego, powodując wyrażenie go rzeczywistej treści i prowadząc do przekształcenia w pozór prawa. Za orzeczeniem strasburskim, Trybunał Konstytucyjny przyjmuje, że w odniesieniu do przypadków, w których ingerencja w sferze prawnie chronionych interesów majątkowych podmiotu następuje bez formalnego pozbawienia uprawnionego samego tytułu prawnego, a w swej istocie przez faktyczne działania władzy publicznej uniemożliwia korzystanie czy dysponowanie samym prawem, mamy do czynienia z wywłaszczeniem *de facto* (Wyrok TK z dnia 19 grudnia 2002 r., sygn. akt. K 33/2002, OTKZU 2002 r., Nr 7a, poz. 97). Kryterium naruszenia istoty prawa własności, ze względu na niedookreśloność samego pojęcia istoty prawa, może nastręczać w praktyce znacznych trudności, w odróżnieniu prezentowanych instytucji. Pozostawia to Trybunałowi Konstytucyjnemu dużą dowolność w ich rozstrzyganiu. Należałoby w związku z tym, zwrócić uwagę na dodatkowe kryteria rozróżniające. Szczególnie istotna jest w tym zakresie analiza konstytucyjnej zasady równości wyrażona w art. 64 ust. 2 Konstytucji RP. Zgodnie z tym przypisem własność i inne prawa majątkowe oraz prawo dziedziczenia podlegają równej dla wszystkich ochronie prawnej.

Na gruncie tego przepisu należy przedstawić dwa aspekty ochrony konstytucyjnej praw majątkowych z punktu widzenia podmiotowego. Po pierwsze, ma zasadę, że ochrona taka przysługuje każdemu, bez względu na cechy osobowe czy inne szczególnie przymioty. W rezultacie prawo majątkowe uregulowane ustawowo podlega ochronie bez względu na to, komu przysługuje. Po drugie, ochrona praw podmiotowych musi być równa dla wszystkich tych podmiotów. Nie dotyczy ona gwarancji określonej treści prawa majątkowego, lecz istnienia przewidzianych w ustawodawstwie praw majątkowych i równego traktowania uprawnionych. Przyjąć należy pogląd M. Zimmermanna (1939, s. 92), który wskazuje, że różnica między wywłaszczeniem, a ograniczeniem prawa własności różni się, że przy wywłaszczeniu jest przewidziane odebranie prawa indywidualnego jednostki przy równoczesnym zachowaniu wszystkich innych, takich samych praw. Przyczyny leżą tu, więc poza samym danym prawem indywidualnym, natomiast przy ustawowym ograniczeniu prawa własności uchyla się pewną katego-

rię praw w ogóle, u wszystkich, u których się ją znajdzie. Uchylenie to jest generalne i wywiera jednakowy skutek wobec wszystkich. Zmienia się tu obiektywna treść prawa. W literaturze niemieckiej kryterium indywidualnej ingerencji łącznie jest z naruszeniem zasady równości (Rüfner, 1986, s. 382). Wywłaszczenie jest pojmowane, jako te przypadki ingerencji w prawa majątkowe, które przełamują zasadę równości i wymagają od konkretnego posiadacza prawa szczególnej ofiary na rzecz ogółu (Rüfner, 1986, s. 382). Szczegółowość tej ofiary określa się przez odniesienie jej do sytuacji innych osób uprawnionych w danym systemie prawnym i znajdujących się w położeniu porównywalnym. S. Czuba (1980, s. 24) podkreślał, że obojętne staje się wówczas, czy własność zostaje odebrana, przeniesiona na inną osobę, czy też tylko właściciel zostaje ograniczony w jej wykonywaniu. W poglądzie M. Zimmermann (1939, s. 94), „wywłaszczenie, jakiegokolwiek przez sam fakt swego istnienia osłabia nienaruszalność praw, nie wprowadza modyfikacji ich treści, wprowadza tylko możliwość modyfikacji w stanie posiadania jednostki”. Teoria aktu indywidualnego, łączona z naruszeniem zasady równej ochrony prawa własności, stanowi materialną, a nie formalną koncepcję wywłaszczenia. Mówiąc o akcie indywidualnym, wskazujemy na przedmiot naruszenia, prawo indywidualne, a nie na formę tego naruszenia (indywidualny akt administracyjny) — decyzja administracyjna. Faktem jest, że najczęstszą formą dokonania ingerencji w prawo indywidualne będzie właśnie indywidualny akt administracyjny. W związku z tym, nie można wnioskować, że jest to forma wyłączna, wykluczająca inne sposoby naruszeń, np. akt generalny. Zimmermann (1939, s. 90–91) stwierdza, że „trudność leży gdzie indziej, a mianowicie w pewnej relatywności różnicy między abstraktem (normą generalną), a konkretem (prawo indywidualne). Musimy tu od razu zaznaczyć, że nie można szukać różnicy w charakterze aktu orzekającego (norma generalna — norma indywidualna) i rozumować, że zmiana normy indywidualnej.

Porównanie dwóch podstawowych, konstytucyjnie uregulowanych, instytucji ingerencji publicznoprawnej w prawo własności, tj. wywłaszczenie i publicznoprawnego ograniczenia prawa własności, umożliwia stwierdzać, że są to instytucje odrębne, posiadające elementy różnicujące. W związku z tym, do tych elementów zalicza się naruszenie granicy istoty prawa własności, oraz naruszenie zasady równości, w odniesieniu do przedmiotu naruszenia. Naruszenie zasady równości, stanowi konstrukcję teorii aktu indywidualnego tj. skierowanego do indywidualnego prawa, przy zachowaniu danej kategorii praw przysługujących innym podmiotom (Szalewska, 2005, s. 31).

Konsekwencją różnic obydwu instytucji są odmienne funkcje, jakie instytucje spełniają. W poglądzie M. Zimmermann (1939) stwierdził „ewolucja wywłaszczenia nie jest jednak ewolucją samego prawa: mieści się w pewnych granicach i jest zupełnie nieprzydatna tam, gdzie własność w ogóle chce wprząc w stałą służbę publiczną. Do tego zaś celu trzeba norm o charakterze generalnym, a więc „ograniczeń prawa własności”, zmiany samej treści, samego charakteru prawa. Stąd rozwój prawa własności musi pójść przede wszystkim w kierunku jego ograniczeń. Instrumentem głównym państwa jutrzejszego będzie częściowa socjalizacja i ograniczenia prawa własności. Wywłaszczenie i konfiskata pozostaną, jako instrumenty pomocnicze. Wywłaszczenie pozostanie nadal i musi pozostać instytucją odrębną „klapą bezpieczeństwa” dla nieprzewidywanych wypadków lub zdań specjalnych”.

5. Środki regulacyjne a wywłaszczenie

Uznanie suwerennych uprawnień państwa do regulowania działalności gospodarczej prowadzonej przez inwestorów na swoim terytorium, w tym także do ingerowania przez państwo w prawo własności inwestorów, w sytuacjach, gdy jest to niezbędne do realizacji uzasadnionych interesów publicznych, nie budzi obecnie większych kontrowersji (Jeżewski, 2011, s. 348–349). Środki te, określane w literaturze przedmiotu, jako regulacyjne (*regulatory measures*), podejmowane przez władze państwowe w wykonaniu swoich publicznych zobowiązań, często mają negatywne konsekwencje dla podmiotów prowadzących w danym państwie działalność gospodarczą. Oczywiście jest to, że nie można kompensować inwestorowi zagranicznemu straty i szkody za każde środki podjęte przez państwo, które mają negatywny skutek na jego działalność gospodarczą. Trybunał w sprawie Tecmed przeciwko Meksykowi stwierdził, że „Zasada, z godnie, z którą wykonywanie przez państwo uprawnień suwerennych w ramach jego kompetencji władczych może wywołać szkodę ekonomiczną po stronie podmiotów poddanych tej władzy bez powstania roszczenia odszkodowawczego, jest bezdyskusyjna” (Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2 §119). Takie wymagania osłabiałyby znacznie państwo w jego suwerennych uprawnieniach. Jednakże fakt, że środki regulacyjne służą celom publicznym, nie może automatycznie prowadzić do konkluzji, że wywłaszczenie nie miało miejsca i nie jest z tego tytułu należne odszkodowanie (Schreuer, s. 28). „Czy państwo nie działa w obu przypadkach (tj. gdy odbiera własność dla celu publicznego oraz gdy podejmuje działania regulacyjne) dla dobra wspólnego? I czy w obu przypadkach właściciel nie ponosi szkody? Zgodnie ze standardami prawa międzynarodowego, gdy działania regulacyjne prowadzą (ze względu na ich skutek i zakres) do pozbawienia własności, państwo może je podejmować jedynie dla celu publicznego (...) I słuszne odszkodowanie się należy. Jednocześnie ingerencja w prawo własności dla celów regulacji gospodarczej czy finansowej jest akceptowana do pewnego stopnia” (Higgins, 1982, s. 331). „Zasadniczą kwestią jest poszanowanie i przyzwolenie dla suwerennych praw państwa przyjmującego do podejmowania regulacji w dziedzinach ważnych i istotnych z punktu widzenia jego polityki wewnętrznej i jego uzasadnionych interesów, ale mogących mieć negatywne konsekwencje dla podmiotów prowadzących w tym państwie działalność gospodarczą”. W każdym razie ingerencja w prawo własności dla celów regulacji gospodarczej czy też finansowej jest akceptowana tylko do pewnego stopnia (Bors, s. 199).

I. Brownlie (2003, s. 509) stwierdził, że „Środki państwowe, na pierwszy rzut oka będące zgodnym z prawem korzystaniem z prawa przysługującego rządowi, mogą wpływać w sposób znaczny na interesy zagraniczne i nie będzie to równoznaczne z wywłaszczeniem. Tak, więc, zagraniczne aktywa i ich wykorzystywanie mogą być przedmiotem opodatkowania, ograniczeń handlowych związanych z licencjami i kontyngentami lub środków dewaluacji. Jakkolwiek okoliczności każdej sprawy mogą wpływać na jej indywidualną ocenę, co do zasady takie środki nie są bezprawne i nie stanowią wywłaszczenia”.

Podobnie wypowiadał się M. Sornarajah (1994, s. 283), który stwierdził, że niedyskryminacyjne środki odnoszące się do działań związanych z ochroną konsu-

mentów, bezpieczeństwem, ochroną środowiska, planowaniem przestrzennym nie są środkami skutkującymi odszkodowaniem, są określane, jako niezbędne do efektywnego funkcjonowania państwa. Trudno jest także przyjąć jednoznaczne kryteria do rozróżnienia powyższych działań. Dwa z nich są decydujące do ustalenia progu pomiędzy środkami regulacyjnymi podejmowanymi przez państwo oraz wyłączeniem: jednym z nich jest test ilościowy, który bada uporczywość i dotkliwość środków regulacyjnych i ich wpływ na inwestycję, drugi z nich to ocena zamiaru lub celu, który w pewnych sytuacjach mógłby wyłączyć odpowiedzialność państwa (Schreuer, s. 28). Trybunał w sprawie *Lauder przeciwko Czechom* stwierdził, że „Strony nie ponoszą odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną w następstwie przyjęcia przez państwo regulacji w dobrej wierze w ramach akceptowanych uprawnień regulacyjnych państwa. (...) Nikt nie ma wątpliwości, że dotkliwość wpływu środka na status prawny i praktyczny wpływ na uprawnienia właściciela do używania jego własności będzie głównym czynnikiem w ustalaniu, czy środki regulacyjne mają miejsce” (Ronald S. *Lauder przeciwko Republice Czeskiej*, orzeczenie z dnia 3 września 2001, § 198 stwierdził, że „Sąd arbitrażowy rozstrzygający spór Ronald S. *Lauder przeciwko Republice Czeskiej* uznał że „pośrednie wyłączenie, albo nacjonalizacja jest środkiem, który nie wiąże się z przejściem majątku, ale skutecznie uniemożliwia jego wykorzystanie. Przyjmuje się, że co do zasady, działania mogące skutkować pośrednim wyłączeniem stanowią szeroki wachlarz i każdy przypadek powinien być rozstrzygany na podstawie zaistniałych okoliczności”, pobrane z: <http://www.italaw.com>). Podobnie Trybunał w sprawie *Methanex przeciwko Meksykowi* stwierdził, że środki przyjęte dla dobra wspólnego zgodnie z zasadami rzetelnego procesu oraz niemające charakteru dyskryminującego, mogą wyłączyć obowiązek odszkodowawczy, chyba że państwo podjęło konkretne zobowiązania względem poszkodowanego inwestora (*Methanex przeciwko Meksykowi*, orz. arbitr. Cz. IV, rozdz. D § 7; *Chemtura przeciwko Kanadzie*, orzeczenie z dnia 2 sierpnia 2010, § 255). Powyższe rozważania podsumował trybunał w sprawie *Glamis Gold przeciwko Stanom Zjednoczonym*, który stwierdził, że wcześniejsze orzecznictwo dokonywało rozgraniczenia między regulacją niepodlegającą obowiązkowi odszkodowawczemu a wyłączeniem, przez analizę zakresu i jego wpływu na oczekiwania inwestora związane z inwestycją, jak i jego celu oraz charakteru działania władz. Trybunał uznał, że kryterium decydującym jest „poziom ingerencji w prawo własności” (*Glamis Gold przeciwko Stanom Zjednoczonym*, § 140).

Kryterium skutku wydaje się dominować w praktyce trybunałów arbitrażowych przy ocenie działań regulacyjnych państwa. W dwóch orzeczeniach, gdzie stroną pozwaną była Argentyna, zwrócono uwagę na inne kryteria. Odnośnie do kwestii *LG & E przeciwko Argentynie* (*LG & E przeciwko Argentynie*, § 198) Trybunał stwierdził, że „W celu ustalenia czy środek przyjęty przez państwo stanowi wyłączenie w rozumieniu art. IV ust. 1 I traktatu dwustronnego trybunał musi zrównoważyć dwa przeciwstawne interesy: stopień ingerencji środka w prawo własności oraz uprawnienia państwa do określenia swojej polityki”. Z kolei w sprawie *Suez przeciwko Argentynie*, powstałej na tle kryzysu gospodarczego w Argentynie, Trybunał uznał, że skala samego kryzysu w większym stopniu uzasadnia ingerencję władczą państwa w inwestycje bez obowiązku odszkodowawczego i oddalił powództwo. Jednakże duże znaczenie

dla odrzucenia zarzutu wywłaszczenia miały okoliczności związane z prowadzeniem środka, trybunał uznał, że skala kryzysu gospodarczego w Argentynie w większym stopniu uzasadnia ingerencję władczą państwa w inwestycję bez powstania obowiązku odszkodowawczego (Suez przeciwko Argentynie, orzeczenie z dnia 30 lipca 2010, § 140, pobrane z: <http://www.iareporter.com>). Wreszcie w sprawie Chemura Corp. przeciwko Kanadzie (Chemura Corp. przeciwko Kanadzie, orzeczenie z dnia 2 sierpnia 2010, § 266, pobrane z: <http://italaw.com>). Trybunał uznał, że środki podjęte dla dobra wspólnego, w tym wypadku uzasadnione działaniami związanymi z ochroną środowiska naturalnego oraz ochroną zdrowia, nie mają charakteru dyskryminacyjnego. W takim wypadku środki te mogą prowadzić do wyłączenia obowiązku odszkodowawczego państwa i nie stanowią wywłaszczenia. W świetle powyższych rozważań można wysnuć konkluzję, że istnieje pewna kategoria działań państwa skierowanych i uderzających w inwestycje, które przy spełnieniu określonych przesłanek, co do zasady nie pociągają za sobą obowiązku odszkodowawczego. Oceniając taką sytuację, należy przede wszystkim brać pod uwagę, jako kryterium dominujące, potwierdzone praktyką trybunałów arbitrażowych, poziom ingerencji państwa w prawa własności inwestora. Innymi kryteriami, chociaż niemającymi już charakteru dominującego przy ocenie dane go stanu faktycznego, są cel środka regulacyjnego oraz jego niedyskryminacyjny charakter (Jeżewski, 2011, s. 351).

Podsumowanie

Doktryna prawa międzynarodowego wskazuje na ochronę praw jednostki. Zróżnicowanie brzmienia klauzul wywłaszczeniowych w traktatach inwestycyjnych potwierdza tezę o niejednolitości standardów ochrony inwestycji. Zróżnicowanie to jest widoczne w kilku aspektach tzn. w odniesieniu do poziomu szczegółowości w określeniu przesłanek legalnego wywłaszczenia. Nosi to istotne znaczenie praktyczne, ponieważ zgodnie z regułami prawa międzynarodowego publicznego, w przypadku, gdzie traktat nie reguluje jakiejś kwestii w sposób dostatecznie szczegółowy, należy sięgnąć do prawa zwyczajowego. Jednakże jest to niezwykle utrudnione, w przypadku kontrowersji dotyczące zakresu zobowiązań państwa podejmującego środki wywłaszczające, jakie wynikają z norm zwyczajowych. Prowadzona polemika doktryny Calvo z tzw. doktryną Hulla jest istotnym elementem tradycyjnych kontrowersji między światem zachodnim a państwami, które uzyskały niepodległość w wyniku dekolonizacji. Należy tu podkreślić, że pierwsza z nich pozwala państwowym na wywłaszczenie i wymaga od nich jedynie zachowania niedyskryminacyjnego, natomiast druga akceptuje obiektywny charakter tych wymogów i uznaje konieczność wypłacenia przez państwo odszkodowania.

Wywłaszczenie nieruchomości będąc instytucją prawa publicznego jest jednym z instrumentów dostępnych władzy publicznej umożliwiających realizację zamierzeń inwestycyjnych, pomimo sprzeciwu jednostki. Wywłaszczenie polega na pozbawieniu albo ograniczeniu prawa własności, prawa użytkowania wieczystego lub innego prawa rzeczowego nieruchomości. W związku z tym, jedynie cele publiczne mogą być elementem niezbędnym dla dopuszczalności wywłaszczenia. Instytucja wywłaszczenia nieruchomości jest dokonywana, 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. Wywłaszczeniu podlegają nieruchomości na obszarach przeznaczonych w planach miejscowych na cele publiczne albo nieruchomości, dla których wydana została decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. W związku z czasochłonnością postępowań wywłaszczeniowych, w stosunku do inwestycji priorytetowych zostały uchwalone tzw. specustawy, które umożliwiają szybszą realizację zamierzeń. Specyfiką tych postępowań jest objęcie we władanie nieruchomości przez podmiot publiczny i umożliwienie mu realizacji inwestycji, pomimo toczącego się postępowania odnośnie wynagrodzenia za przejmowany grunt. Instytucja ta jest pozostałością myśli utylitarystycznej, opartej na zasadzie użyteczności, gdzie najwyższym dobrem był pożytek dla jak największej liczby społeczeństwa. Ze względu na dotkliwość skutków oraz fakt, iż wywłaszczenie stanowi ingerencję w konstytucyjnie chronione prawo podmiotowe traktowane jest ono w naszym systemie prawa, jako rozwiązanie wyjątkowe, a także, jako rozwiązanie ostateczne. Prawa te nie mogą być nabywane w drodze umowy. Powoduje to, że korzystanie przez podmiot władzy publicznej z instytucji wywłaszczenia obwarowana jest wieloma ograniczeniami. Przesłanki dopuszczalności wywłaszczenia są określone w ustawie i są wyraźnie określone. Obowiązuje zachowanie szczegółowo ustalonej procedury zabezpieczającej przed jakimkolwiek nadużyciem władzy administracyjnej w toku czynności wywłaszczonych zastrzeżony został szczególny reżim prawny w razie odstąpienia przez właściwy organ lub podmiot do realizacji celów, dla których nastąpiło wywłaszczenie. W sytuacji, gdy dochodzi do uzyskania tytułu prawnego do nieruchomości przez podmiot władzy publicznej na podstawie decyzji administracyjnej następuje zespolenie jego funkcji władczych z działaniami dokonywanymi na płaszczyźnie cywilnoprawnej, właścicielskim (dominium). W demokratycznym państwie prawnym granice między tymi dwiema dziedzinami oddziaływania państwa powinny być ściśle przestrzegane. W związku z tym, powinno się ograniczać wykorzystywanie instytucji prawa cywilnego w sferę władzy państwowej. Wywłaszczenie jest wyjątkiem ogólnym cywilnoprawnych zasad przenoszenia własności nieruchomości i może być zrealizowane w inny mniej dotkliwy sposób niż pozbawienie albo ograniczenie praw do nieruchomości, a także, gdy nieruchomość nie może być nabyta w drodze umowy. W związku tych względów ustawa przewiduje obowiązek wyczerpania tych możliwości.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że poszanowanie własności prywatnej stanowi istotę ochrony inwestycji i inwestora. Z drugiej strony, zarówno prawo, jak i względy polityczne czy moralne dopuszczają sytuację, w której państwa podejmują środki ograniczające prawo własności podmiotów prywatnych lub wręcz pozbawiają ich tego prawa w imię ważnego dobra publicznego. Istotne jest jednak to, by decyzja nie miała charakteru arbitralnego, a także by działanie państwa możliwie w minimalnym stopniu wpłynęło na ostateczną sytuację podmiotu prywatnego.

Bibliografia

- Banaszkiewicz, B. (2001) Konstytucyjne prawo do własności. W: M. Wyrzykowski (red.), *Konstytucyjne podstawy systemu prawa*. Warszawa.
- Brownlie, I. (2003). *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Christie, G. (1962). *What Constitutes a Taking of Property under International Law*. BYIL.

- Czuba, S. (1972). Wywłaszczenie a inne sposoby przejęcia nieruchomości przez państwo. *AUMCS Sectio G Ius*, XIX(12).
- Czuba, S. (1980). *Cywilnoprawna problematyka wywłaszczenia*. Warszawa.
- Domański, G. & Świątkowski, M. (2006). *Pojęcie w umowach międzynarodowych o ochronie inwestycji*. PPH.
- Fijor, J. (2012). *Austriacka krytyka paradygmatu własności prywatnej w ujęciu ekonomii dobrobytu*. Pobrane z: <http://www.mises.pl/.../fijor-austriacka-krytyka-paradygmatu-wlasnosci-prywatne...>
- Foighel, I. (1957). *Nationalization. A Study in the Protection of Alien Property in International Law* (reprint 1982). Westport.
- Friedman, S. (1953). *Expropriation in International Law*. London.
- Higgins, R. (1982). The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law. *Recueil des Cours*, 176.
- Hippel, E. (1965). *Grenzen und Wesengehalt der Grundrechte*. Berlin.
- Huber, E.R. (1954). *Wirtschaftsverwaltungsrecht*. Tübingen.
- Ignatowicz, J. & Stefaniuk, K. (2003). *Prawo rzeczowe*. Warszawa.
- Jarosz-Żukowska, S. (2001). Spory wokół pojęcia wywłaszczenia w ujęciu Konstytucji RP. *PiP*, 1(659).
- Jarosz-Żukowska, S. (2003). *Konstytucyjna zasada ochrony własności*. Zakamycze.
- Jeżewski, M. (2011). *Międzynarodowe prawo inwestycyjne*. Warszawa.
- Kowalczyk, A. (2013). *Jest coraz więcej sporów między Polską a zagranicznymi inwestorami. Gielda Waluty Finanse*. Pobrane z: http://www.forsal.pl/.../347471_jest_coraz_wiecej_sporow_miedzy_polska_a_zagran.
- Osajda, K. (2009). *Nacjonalizacja i reprywatyzacja. Akty prawne, orzecznictwo, piśmiennictwo*. Warszawa.
- Reinnisch, A. (2008). Expropriation. W: P. Muchliński, F. Ortino, Ch. Schreuer (red.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: OUP.
- Rüfner, W. (1986). W: P. Badura, H. Erichsen, W. Martens, I. von Münch, F. Ossenbühl, F. Rudolf, W. Rüfner, J. Salzwedel, *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Berlin-New York.
- Safjan, M. (1999). *Konstytucyjna ochrona własności*. Rzeczpospolita.
- Sikorska-Dzięgielewska, K., Kędzia, Z. (1986). Prawa zasadnicze. W: L. Janicki (red.), *Ustrój państwowy Republiki Federalnej Niemiec*. Poznań.
- Sornarajah, M. (1994). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sornarajah, M. (2004). *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge: CUP.
- Szalewska, M. (2005). *Wywłaszczenie nieruchomości*. Toruń
- Szewczyk, M. (2003). Ingerencja publicznoprawna w prawo własności jednostki w demokratycznym państwie prawa. W: J. Filipek (red.), *Jednostka demokratycznym państwie prawa*. Bielsko-Biała.
- Wortley, B.A. (1959). *Expropriation in Public International Law*. Cambridge: CUP.
- Zattara, A.F. (2001). *La dimension constitutionnelle et europeenne du droit de propriete*. Paryż.
- Ziemski, K.M., Leoński, Z. red. (2000). Wywłaszczenie nieruchomości. W: *Węzłowe problemy materialnego prawa administracyjnego* (cz. II). Poznań.
- Zimmermann, M. (1939). *Wywłaszczenie. Studium z prawa publicznego*. Lwów.
- Zoll, F. (1998). *Prawo własności Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z perspektywy polskiej*. Przegląd Sądowy.

Orzecznictwo

National Grid P.L.C. przeciwko Republice Argentyńskiej, orz. arbitr. z dnia 3 listopada 2008 r., § 145.

Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. przeciwko Meksykowi, orz. arbitr. z dnia 29 maja 2003 r. § 113.

Niemcy przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej, orzeczenie w sprawie fabryki w Chorzowie z dnia 15 maja 1926, *Publications of the Permanent Court of International Justice*, 1927, seria A, nr 9.

Norwegia przeciwko Stanom Zjednoczonym, *The Hague Court Reports*.

Wyrok Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 lipiec 1952 r. w sprawie Anglo-Iranian Oil Company (Zjednoczone Królestwo przeciwko Iranowi).

Wyrok Trybunał Arbitrażowego z dnia 3 września 2001 r. § 1 w sprawie S.R. Lauder, przeciwko Republice Czeskiej.

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2 § 119.

Suez przeciwko Argentynie, orzeczenie z dnia 30 lipca 2010, § 140, <http://www.iareporter.com>.

Chemura Corp. przeciwko Kanadzie, orzeczenie z dnia 2 sierpnia 2010, § 266, <http://italaw.com>.

Wyrok NSA z dnia 5 lutego 2003 r. w sprawie o sygn. IV SA 2854/01.

Wyrok TK z dnia 28 maja 1991 r., sygn. akt K 1/91, OTK 1991 r. Nr 1, poz. 4.

Wyrok TK z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. akt. P 2/98, OTK 1999, Nr 1, poz. 2.

Wyrok TK z dnia 11 maja 1999 r., sygn. akt. K. 13/98, OTK 1999 r., Nr 4, poz. 74.

Wyrok TK z dnia 12 stycznia 2000 r., sygn. akt. P 11/98, OTKZU z 2000, Nr 1, poz. 3.

Wyrok TK z dnia 14 marca 2000 r., sygn. akt. P. 5/99, OTK z 2000 r., Nr 2 poz. 60.

Wyrok TK z dnia 19 grudnia 2002 r., sygn. akt. K 33/2002, OTKZU 2002 r., Nr 7a, poz. 97.

Wyrok NSA z dnia 5 lutego 2003 r. w sprawie o sygn. IV SA 2854/01.

Akty prawne

Polsko-niemiecka Konwencja Genewska z dnia 15 maja 1922 (*PCIJ Publications* 1926, Series A — N° 7, s. 22).

Europejska Konwencja Praw Człowieka z dnia 20 marca 1952 r., Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.

Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn.

Dekret Polskiego Wyzwolenia Narodowego (PKWN) o przeprowadzeniu reformy rolnej z dnia 6 września 1944 r., Dz.U. z 1945 r. Nr 3, poz. 13.

Dekret o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m. st. Warszawy z dnia 26 października, Dz.U. 1945 Nr 50, poz. 279.

Dekret o przejściu niektórych nieruchomości na cele reformy rolnej i osadnictwa z 1945 r., Dz.U. z 1945 r. Nr 57, poz. 321.

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz.U. z 2018 r. poz. 1104 z późn. zm.

Ustawa z dnia 3 stycznia 1946 o przejściu na własność państwa podstawowych gałęzi gospodarki narodowej, Dz.U. z 1946 r. Nr 3, poz. 17.

Ustawa o gospodarce nieruchomościami z dnia 21 sierpnia 1997 r., Dz.U. z 2018 r. poz. 1089 z późn. zm.

Regulatory activity of the state and the procedure of expropriation

Abstract

The standard of protection of foreigners operates in international common law. Under this standard, expropriating states are obliged to pay prompt, adequate and effective compensation for the expropriation of foreigners' property. The issue of expropriation of foreigners' property, in particular the issue of compensation for the expropriation of such property, is the subject of international tribunals' consideration in expropriation disputes.

Keywords: direct expropriation, indirect expropriation, nationalization, protection of a foreigner, regulatory measures.