



**Opinia do projektu „ustawy o zmianie niektórych ustaw związanych
z funkcjonowaniem systemu emerytalnego”
w zakresie dotyczącym zgodności z Konstytucją Rzeczypospolitej
Polskiej
z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.)**

Poznań 7 lutego 2011

SPIS TREŚCI

1. Przedmiot opinii	3
2. Ocena reformy emerytalnej wprowadzonej z dniem 1 stycznia 1999 r. w zakresie utworzenia i funkcjonowania drugiego filara emerytalnego (OFE).....	4
2.1. Uwagi wstępne	4
2.2. Działalność OFE, koszty ich funkcjonowania oraz wpływ na finanse publiczne	5
2.3 Prawne ukształtowanie prawa do emerytury w drugim filarze	8
2.4 Zgodność z Konstytucją regulacji dotyczących funkcjonowania drugiego filara emerytalnego	10
3. Ocena zgodności z Konstytucją zmniejszenia składki do OFE I utworzenia subkonta w ZUS.....	13
3.1 Odprowadzanie składki do OFE jako kształtowanie ekspektatywy na emeryturę dożywotnią	14
3.2 Rozwiązanie problemu intertemporalnego w kontekście proponowanej zmiany zmniejszenia składki do OFE.....	18
3.3. Dotychczasowe stanowisko Trybunału Konstytucyjnego wobec swobody ustawodawcy w zakresie zmian prawa ingerujących w emerytalne ekspektatywy	20
3.4. Problem uznania zmniejszenia składki do OFE jako niekorzystnej zmiany stanu prawnego	23
3.5. Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego co do możliwości oceny celowości i trafności działań podejmowanych przez ustawodawcę	26
3.6 Zmniejszenie składki do OFE a naruszenie zasady ochrony praw w trakcie nabywania (ekspektatywy)	29
3.7 Zmniejszenie składki do OFE a naruszenie zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa	32
3.8 Zmniejszenie składki do OFE a naruszenie zasady pacta sunt servanda	35
3.9 Zmniejszenie składki do OFE a naruszenie konstytucyjnej zasady własności.....	37
3.10 Zmniejszenie składki do OFE a naruszenie prawa do zabezpieczenia społecznego (art. 67 ust. 1 Konstytucji RP).....	41
3.10.1. Charakter prawny art. 67 ust. 1 Konstytucji RP	41
3.10.2 Cel działalności prawotwórczej a zmniejszenie składki do OFE	42
3.10.3 Środki służące realizacji zabezpieczenia społecznego, a zmniejszenie składki do OFE.....	45
3.10.4 Obniżenie składki emerytalnej do OFE a wybór rozwiązania optymalnego.	48
4. Problem podziału środków w razie śmierci ubezpieczonego	52
4.1. Śmierć po rozpoczęciu realizacji dożywotniej emerytury kapitałowej	52
4.2. Śmierć przed rozpoczęciem realizacji dożywotniej emerytury kapitałowej	53
4.3. Dziedziczenie środków a problem renty rodzinnej z tytułu śmierci żywiciela	54
5. Wnioski	57

1. Przedmiot opinii

Projektowana „ustawa o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem systemu emerytalnego” (dalej nazywana projektem) zakłada przede wszystkim „ograniczenie tempa przyrostu państwowego długu publicznego przez zmniejszenie kosztów wprowadzenia II filara kapitałowego przy jednoczesnym zachowaniu neutralności tego rozwiązania dla wysokości emerytur z obowiązkowej części systemu emerytalnego oraz stymulowanie wzrostu poziomu oszczędności emerytalnych, a tym samym i całkowitych ich stóp zastąpienia. Cele te będą realizowane poprzez przesunięcie części składki emerytalnej na nowo utworzone specjalne subkonto prowadzone przez ZUS (zachowujące integralność II filaru), zmiany limitów inwestycyjnych OFE (a na dalszym etapie także zmiany w polityce inwestycyjnej OFE) oraz wprowadzenie zachęt podatkowych do dodatkowego oszczędzania na emeryturę.”.

Zgodnie z projektem od dnia 1 kwietnia 2011 r. miałyby nastąpić zmniejszenie składki przekazywanej do OFE. Mimo tego, ma, w ocenie projektodawców, zostać zachowana integralność drugiego filara, do którego w dalszym ciągu będzie trafiać 7,3% składki emerytalnej. Środki tam gromadzone będą podlegać dziedziczeniu. W ramach tej części składki 2,3% będzie przekazywane do OFE (2011 r.), zaś pozostała część będzie zapisywana na indywidualnym subkoncie emerytalnym w ZUS. W kolejnych latach relacja tych części ma się kształtować różnie, co wynika z art. 10 i 11 projektu. Natomiast po 2016 r. wysokość składki trafiającej na subkonto w ZUS miałyby wynosić 3,8%, natomiast do OFE – 3,5% składki emerytalnej.

Jest to rozwiązanie dość osobliwe, całkowicie niezgodne z dotychczasowymi koncepcjami kształtowania wielofilarowych modeli zabezpieczenia społecznego na wypadek starości, zarówno w Polsce, jak i na świecie. Chodzi bowiem o to, że drugi filar będzie składał się z subkonta utworzonego w ZUS, na którym zamierza się ewidencjonować część aktualnej składki do OFE oraz z konta w OFE. Podobnie zresztą pomyślana została wypłata emerytur kapitałowych jako sumą świadczenia należnego z subkonta oraz z konta w OFE. Jest to całkowicie niepotrzebne tworzenie wrażenia, że charakter dotychczasowej składki do OFE nie ulegnie zmianie, i nie będzie miało to wpływu na przyszłą emeryturę. Tymczasem trzeba powiedzieć, że w istocie będzie to system dwufilarowy, przy czym w ramach pierwszego filaru będą wypłacane dwa rodzaje emerytur: z funduszu emerytalnego z FUS (tzw. emerytura ubezpieczeniowa – ponieważ środki na jej finansowanie będą pochodziły, przynajmniej w założeniu, ze składek) oraz z subkonta (tę emeryturę, można byłoby nazwać *quasi* zaopatrzeniową, gdyż projektodawcy zakładają, że środki na nią będą

pochodziły z budżetu państwa – por. art. 8 pkt. 2 projektowanej ustawy). Natomiast z drugiego filaru będzie wypłacana emerytura kapitałowa.

W powyższym świetle pojawiają się zasadniczo dwie kwestie, które mogłyby być rozważane z punktu widzenia zgodności z ustawą zasadniczą. Pierwsza dotyczy zmniejszenia składki przekazywanej do OFE w związku z utworzeniem subkonta w ZUS. Druga związana jest z dziedziczeniem składki zaewidencjonowanej na subkoncie. Są to skądinąd kwestie najbardziej dyskutowane w środkach masowego przekazu.

Niezależnie od wskazanego wyżej kierunku oceny, należy w pierwszej kolejności dokonać skrótowego przedstawienia systemu emerytalnego wprowadzonego z dniem 1 stycznia 1999 r., ponieważ wobec drugiego filaru formułowano szereg zarzutów co do niezgodności z Konstytucją w zakresie w jakim wprowadza się przymus uczestnictwa w OFE oraz indywidualizuje i przerzuca na ubezpieczonych ryzyko emerytalne. Przedstawienie tego zagadnienia ma istotne znaczenie dla oceny projektowanej zmiany, gdyż dokonuje ona ingerencji w aktualnie obowiązujące regulacje prawne. Konieczne wydaje się również wyjaśnienie szeregu kwestii związanych z funkcjonowaniem nowego systemu emerytalnego, gdyż wokół reformy narosło wiele mitów, które bezrefleksyjnie powtarzane wpływają na społeczną wyobraźnię i ocenę działań podejmowanych przez ustawodawcę obecnie. Wydaje się również, że wykreowana świadomość społeczna w istotnym stopniu nieuwzględnia faktycznych realiów realizacji zabezpieczenia społecznego na wypadek starości, co sprawia, że stopień społecznych oczekiwań, jak i ewentualnego rozczarowania co do skutków wprowadzonej reformy i aktualnie projektowanej zmiany może być znaczny. Można odnieść wrażenie, że w dużej mierze aktualny stan społecznych oczekiwań co do systemu emerytalnego oraz jego ocena wynika z: 1) kampanii reklamowej OFE w okresie wejścia w życie reformy emerytalnej, 2) częściowo nieuzasadnionej krytyki ZUS w zakresie dotyczącym funkcjonowania systemu repartycyjnego, 3) stworzenia przekonania, że a) drugi filar, wprawdzie kapitałowy, jest jednocześnie prywatny, w tym sensie, że składki tam odprowadzone to swoisty wkład emerytalny, którym można bardziej swobodnie dysponować aniżeli składką w ZUS, co znajduje swoje odzwierciedlenie w lansowanej, i w części zrealizowanej przez ustawodawcę, koncepcji dziedziczenia składek oraz b) drugi filar jest lepszy od „nieekonomicznego” filaru pierwszego.

2. Ocena reformy emerytalnej wprowadzonej z dniem 1 stycznia 1999 r. w zakresie utworzenia i funkcjonowania drugiego filara emerytalnego (OFE)

2.1. Uwagi wstępne

Wprowadzona z dniem 1 stycznia 1999 r. reforma emerytalna zakładała utworzenie drugiego filara ubezpieczeń emerytalnych. Przyczyny wprowadzenia tzw. modelu filarowego,

zostały przedstawione dość dokładnie w doktrynie.¹ W zasadzie na etapie przygotowań reformy marginalizowano pozycję ministrów ds. pracy, spraw socjalnych, zdrowia, przedstawicieli środowisk naukowych z dziedziny ubezpieczeń społecznych, prawa pracy i polityki społecznej.² Koncepcja reformy została bowiem opracowana w ramach ośmioosobowej grupy roboczej w Biurze Pełnomocnika Rządu ds. Reformy Zabezpieczenia Społecznego, powołanej w dniu 1 października 1996 r. (dyrektorem Biura był Michał Rutkowski, dyrektor Banku Światowego w Waszyngtonie). Deklarowanym celem reformy emerytalnej było stworzenie systemu emerytalnego: 1) zapewniającego bezpieczeństwo socjalne wszystkim obywatelom; 2) mniej kosztownego niż dotychczasowy; 3) przejrzystego i zrozumiałego dla uczestników; 4) podporządkowanego zasadzie sprawiedliwości; 5) obniżającego koszty pracy (obniżenie składki); 6) powiększającego inwestycje i wzrost gospodarczy; 7) pozbawionego wpływu polityki.³ Skutkiem było wprowadzenie pakietu ustaw: 1) z dnia 25 czerwca 1997 r. o wykorzystywaniu wpływów z prywatyzacji mienia Skarbu Państwa na cele związane z reformą ubezpieczeń społecznych⁴; 2) z dnia 22 sierpnia 1997 r. o pracowniczych programach emerytalnych⁵; 3) z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych⁶; 4) z dnia 4 września 1997 r. o funduszach przemysłowych i ich prywatyzacji w związku z reformą systemu ubezpieczeń społecznych⁷; 5) z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych⁸ oraz 6) z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych⁹.

W chwili wejścia w życie powoływanych ustaw zabrakło niestety uregulowania etapu finalnego reformy, czyli kto, w jakiej formie, na jakich zasadach oraz w jakiej wysokości będzie wypłacał świadczenia finansowane środkami zgromadzonymi na rachunku w otwartych funduszach emerytalnych (OFE). Tylko w art. 111 ustawy o FE stwierdzano, że wypłata środków zgromadzonych na rachunku w otwartym funduszu emerytalnym następuje przez przeniesienie tych środków do wskazanego przez członka zakładu ubezpieczeń emerytalnych, w którym wykupił on emeryturę dożywotnią. Nie zmienia tego późniejsza zmiana tego przepisu, o czym w dalszej części.

2.2. Działalność OFE, koszty ich funkcjonowania oraz wpływ na finanse publiczne

Zgodnie z art. 2 ust. 2 ustawy o FE, w jej pierwotnym brzmieniu, przedmiotem działalności OFE było gromadzenie środków pieniężnych i ich lokowanie z przeznaczeniem

¹ W. Muszalski, System emerytalny w koncepcji Banku Światowego, PIZS 1999/7-8; U. Kalina-Prasznic, Otwarte fundusze emerytalne – wczoraj i dziś, (w:) Dziesięć lat reformy emerytalnej w Polsce, Wyd. Polskie Stowarzyszenie Ubezpieczenia Społecznego, Materiały Konferencyjne, Kudowa Zdrój 2009, s. 58-61

² U. Kalina-Prasznic, Otwarte..., op. cit., s. 58

³ Ibidem

⁴ dalej nazywana ustawą o prywatyzacji

⁵ dalej nazywana ustawą o PPE

⁶ dalej nazywana ustawą o FE

⁷ została uchylona w 2000 r.

⁸ dalej nazywana ustawą o systemie

⁹ dalej nazywana ustawą emerytalną

na wypłatę członkom funduszu po osiągnięciu wieku emerytalnego. Aktualne brzmienie powoływanego przepisu wskazuje, że przedmiotem działalności jest również wypłata okresowych emerytur kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 21 listopada 2008 r. o emeryturach kapitałowych¹⁰ przy czym trzeba wyraźnie podkreślić, że mylne jest wyobrażenie, jakoby świadczenie, jakie przysługiwało ze środków zgromadzonych w OFE, faktycznie wypłacały te podmioty. Jak na razie, w odniesieniu do okresowych emerytur kapitałowych, ustawa o emeryturach kapitałowych wskazuje wyraźnie, że prawo do świadczeń ustala i wypłatę realizuje Zakład Ubezpieczeń Społecznych. OFE jedynie przekazują środki co miesiąc do ZUS, tak aby mógł on jednocześnie wypłacić emeryturę z pierwszego, jak i drugiego filara (art. 12-23 ustawy o emeryturach kapitałowych). Natomiast co się tyczy wypłaty emerytury dożywotniej, to należy przypomnieć o zasadnie zawetowanej przez Prezydenta RP ustawie z dnia 19 grudnia 2008 r. o funduszach dożywotnich emerytur kapitałowych, która miała kończyć reformę rozpoczętą w 1999 r.

Jeśli chodzi o koszty funkcjonowania drugiego filara (por. U. Kalina-Prasznic¹¹ oraz K. Antonów¹²), to są one następujące:

- 1) na etapie gromadzenia (te koszty już są ponoszone): koszty poboru i dochodzenia składek na OFE przez ZUS, opłata dystrybucyjna dla powszechnych towarzystw emerytalnych (PTE), miesięcznie: opłaty za zarządzenie pobierane przez PTE, opłata z tytułu wypłaty transferowej, wynagrodzenie depozytariusza środków, koszty realizacji nabywania lub zbywania aktywów OFE, koszty działalności Rzecznika Ubezpieczonych;
- 2) na etapie wypłacania (przy założeniu, że wypłata następowałaby przez odrębne zakłady emerytalne – dalej jako ZE): opłaty za zarządzanie funduszem dożywotnich emerytur, koszty funkcjonowania zakładów emerytalnych, koszty realizacji transakcji nabywania lub zbywania aktywów przez planowane Fundusze Dożywotnich Emerytur Kapitałowych (FDEK), koszty związane z przechowywaniem aktywów FDEK, obciążenie ZE kosztami działania Rzecznika Ubezpieczonych, koszty utworzenia Funduszu Gwarantowanych Dożywotnich Emerytur Kapitałowych, opłaty uwzględniające rzeczywiste koszty ZUS związane z obsługą dożywotnich emerytur kapitałowych, koszty zarządzania Funduszem Gwarantowanych Dożywotnich Emerytur Kapitałowych przez Bank Gospodarstwa Krajowego oraz koszty mechanizmów wyrównania finansowego.

Niezależnie od wyżej wskazanych kosztów zwrócić należy również uwagę na bezpośredni udział środków publicznych w finansowaniu reformy emerytalnej związany przede wszystkim z wprowadzeniem kapitałowego systemu finansowania świadczeń w

¹⁰ Dz. U. z 2008 r. Nr 228, poz. 1507 ze zm. – dalej nazywana ustawą o emeryturach kapitałowych

¹¹ U. Kalina-Prasznic, *Otwarte...*, op. cit., s. 67

¹² K. Antonów, *Koszty obsługi otwartego funduszu emerytalnego a wysokość emerytury*, Przegląd Ubezpieczeń Społecznych 2000, nr 2

drugim filarze, co oznaczało przejście z systemu repartycyjnego do systemu mieszanego. Tego typu operacja wymagała sfinansowania okresu przejściowego. Wynika to z ubytku dochodu Funduszu Ubezpieczeń Społecznych,¹³ spowodowanego koniecznością podziału kosztów przejścia między wchodzących do systemu, wychodzących i znajdujących się w połowie drogi oraz wypłatą bieżących świadczeń emerytalnych, których źródłem finansowania są bieżące wpływy ze składek. Najprostszym sposobem rozwiązania tego problemu było podniesienie składki, bądź zwiększenie liczby jej płacących. Możliwe było jeszcze zmniejszenie wysokości świadczeń bądź ograniczenie liczby świadczeniobiorców. Ze względu na deklarowaną przez reformatorów wolę obniżania składki w drodze wprowadzanych zmian, podwyższenie składki, a tym bardziej zmniejszenie świadczeń nie wchodziło w rachubę ze względu na brak społecznej akceptacji takiej decyzji. Drugą możliwością było sfinansowanie okresu przejściowego ze źródeł zewnętrznych (pozasystemowych), którymi mogły być kredyty albo, na przykład środki pochodzące z prywatyzacji mienia państwowego (ta koncepcja została zrealizowana).¹⁴ Problem polegał jednak na tym, że wielkość niedoboru w FUS szacowano różnie w zależności od tego kto, kiedy i dla jakich celów przedstawiał wyniki obliczeń.¹⁵ W uzasadnieniu projektu ustaw reformujących system z dniem 1 stycznia 1999 r. podnoszono, że zasadniczym celem wprowadzania reform jest zmniejszenie wysokości środków przekazywanych przez Skarb Państwa do FUS.¹⁶ Założenie to miało być realizowane przez kilkanaście lat. Spodziewano się bowiem, że w przyszłości uda się zaoszczędzić ok. 2% PKB na sfinansowanie przejścia z systemu repartycyjnego do kapitałowego. Tymczasem niedobór w pierwszych trzech latach funkcjonowania nowego systemu Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej obliczyło na 19,5 mld zł, zaś w latach 2002-2006 na kolejne 20,3 mld zł.¹⁷ Z kolei według danych wynikających z uzasadnienia analizowanego projektu wynika, że bezpośredni koszt refundacji z budżetu państwa ubytku składki emerytalnej w FUS wskutek jej przekazania do OFE wyniósł ok. 162 mld zł, przy czym wliczono również konwersję zadłużenia FUS wobec OFE na obligacje w latach 2003-2007 w łącznej kwocie ok. 6 mld zł.

Dodatkowy koszt Skarbu Państwa wynika z zadłużania się przezeń w OFE, ponieważ te, według uzasadnienia projektu ok. 70% aktywów alokują w Skarbowe Papiery

¹³ M. Augusztinovcs, P. Johnson, Wnioski końcowe – system emerytalny i projekt reformy, (w): Systemy i reformy emerytalne, Wielka Brytania, Szwecja, Włochy, Węgry, Polska, Warszawa 1997, s. 250

¹⁴ na ten temat por. szerzej: J. Czekał, Skala i formy prywatyzacyjnego wsparcia reformy emerytalno – rentowej, Rada Strategii Społeczno – Gospodarczej przy Radzie Ministrów, Reforma systemu emerytalno – rentowego, Raport nr 24, Warszawa 1997, s. 55 i nast.; T. Gruszecki, Prywatyzacja a reforma ubezpieczeń, (w): Modele reformy systemu emerytalno – rentowego i ścieżki dojścia. Kolejny etap dyskusji. IPISS, Nowe Życie gospodarcze Klub 500, Gospodarka i przyszłość, wydanie specjalne, Warszawa 1996, s. 101

¹⁵ Zdaniem wiceminister Skarbu Państwa A. Kornasiewicz koszty zmian w latach 1999-2006 miały wynieść 53 mld zł; Z oceny Biura Pełnomocnika Rządu ds. Zabezpieczenia Społecznego wynikało zaś, że ogólny koszt zmian wyniesie 53,65 mld zł, p. Pieniądże na dawne zobowiązania, Rzeczpospolita z 15 lipca 1998 r.

¹⁶ Druk Sejmu RP II Kadencji nr 2297 z dn. 22 kwietnia 1997 roku, Uzasadnienie do ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych, s. 8; por. także S. Gomułka, Można zacząć już w przyszłym roku, Rzeczpospolita 3 luty 1997 r.

¹⁷ Wywiad z E. Lewicką, Emerytury dla młodych, Wywiad w Gazecie Wyborczej, z 4 maja 1998 r.

Wartościowe. Oznacza to konieczność płacenia przez Skarb Państwa odsetek w przypadku Skarbowych Papierów Wartościowych.

Reasumując, trzeba stwierdzić, że wprowadzenie II filara wiązało się (i nadal wiąże) z koniecznością poniesienia trzech rodzajów kosztów: 1) pokrycia niedoboru w FUS w związku z przekazaniem części składki do OFE – miał być finansowany ze środków z prywatyzacji; aktualnie finansowany jest z dotacji budżetowych; 2) funkcjonowania II filaru (wymienione szczegółowo wyżej) – pokrywane są ze składek członków OFE; 3) odsetek z tytułu Skarbowych Papierów Wartościowych – pokrywane są z budżetu państwa.

Istotne znaczenie ma jednocześnie zauważenie, że całkowity koszt reformy nie jest jeszcze znany, ponieważ nie została ona jeszcze zakończona, a osoby, które zostały obowiązkowo objęte nowym systemem wejdą w wiek emerytalny (gdyby pozostał niezmienny) dopiero w 2029 r. (kobiety) i w 2034 r. (mężczyźni). Można zatem bez wątplenia stwierdzić, na co wielokrotnie zwracano uwagę, że jest to system bardzo kosztowny, a kraje na których się wzorowano (Argentyna, Chile) się z niego wycofały.¹⁸

Z kolei w doktrynie prawa ubezpieczeń społecznych, w okresie prac nad reformą, jak i po niej, oceniano koncepcję przekazywania składki do OFE jednoznacznie negatywnie. Prognozowano, że „nowe rozwiązanie może stać się źródłem zagrożenia stabilności finansowej ubezpieczenia emerytalnego (...). Jest to jednak zadłużenie inne, niż to, które w przeszłości miało związek z zadłużeniem składkowym. Ma ono obecnie charakter systemowy, wynikający z wykonywania ubezpieczenia przez OFE i kapitałowego pokrycia świadczeń”.¹⁹

2.3 Prawne ukształtowanie prawa do emerytury w drugim filarze

Niezależnie od kontrowersji związanych z ustaleniem prawdziwych celów reformy (czy w istocie chodziło o reformę emerytalną czy spowodowanie impulsu wzrostowego dla gospodarki) nie należy zapominać o ukształtowanym modelu nabycia prawa do emerytury z drugiego filara. Z punktu widzenia techniki legislacyjnej i problemu obejmowania określonych grup ubezpieczonych nowym systemem postąpiono właściwie bez zarzutu, ponieważ obowiązkowo nowy system objął wyłącznie osoby urodzone po 31 grudnia 1968 r., a zatem, które w chwili wejścia w życie reformy nie ukończyły 30 roku życia. Perspektywa 30 lat (dla kobiet) oraz 35 (lat dla mężczyzn) wydaje się wystarczająco długa, aby odeprzeć ewentualny zarzut, że ubezpieczeni zostali zaskoczeni nowymi regulacjami. Dobrowolnie do systemu mogły natomiast przystąpić osoby urodzone po 31 grudnia 1948 r. a przed 1 stycznia 1969 r. Wyłączeni z nowego systemu zostali ubezpieczeni urodzeni przed 1 stycznia 1949 r.

¹⁸ M. Żukowski, Funkcjonowanie systemów emerytalnych w Chile i Argentynie, (w:) Dziesięć lat reformy emerytalnej w Polsce, red. B. Wagner, J. Gajos, Polskie Stowarzyszenie Ubezpieczenia Społecznego, Kudoła Zdrój 2009, s. 148 i nast.

¹⁹ J. Jofczyk, Prawo zabezpieczenia społecznego, Kraków 2001, s. 124-125

Jeśli chodzi o formułę ustalania wysokości świadczenia z drugiego filara, to nosi ona, w przeciwieństwie do pierwszego filara, nazwę zdefiniowanej składki (w pierwszym filarze mowa jest o zdefiniowanym świadczeniu). W systemie o zdefiniowanej składce poziom świadczenia zależy od wysokości zgromadzonego kapitału na indywidualnym koncie oraz przewidywanej długości pobieranego świadczenia. Wielkość kapitału zależy od stażu pracy, poziomu indywidualnych wynagrodzeń, metody indeksacji oraz stopy zwrotu z kapitału. Zgodnie z założeniami zaprezentowanymi w dokumencie „Bezpieczeństwo dzięki różnorodności”, osoby zarabiające 50% przeciętnej płacy dopiero przy 40 letnim stażu uzyskają świadczenie w wysokości 30% przeciętnej płacy. Z kolei zarabiający na poziomie średniego wynagrodzenia poziom ten osiągną po 30 latach nieustannego zatrudnienia. Grupy o wysokich zarobkach, a więc te które zarabiają przynajmniej 250% przeciętnego wynagrodzenia poziom ten uzyskają po przepracowaniu 25 lat pracy.²⁰ Oznacza to, że osiągnięcie standardu życiowego sprzed przejścia na emeryturę (zakładane 80% wynagrodzenia) możliwe jest dopiero przy 45-letnim stażu pracy, o ile pracujący zarabia przynajmniej średnią krajową.

Jeśli chodzi o zasadę wypłaty świadczeń emerytalnych w drugim filarze, to zgodnie z pierwotnym brzmieniem art. 111 ustawy o FE wypłata środków zgromadzonych na rachunku w otwartym funduszu emerytalnym miała następować przez przeniesienie tych środków do zakładu emerytalnego. Tymczasem, w związku z wejściem w życie cytowanej wyżej ustawy o emeryturach kapitałowych, znowelizowano art. 111 ustawy o FE stanowiąc, że wypłata środków zgromadzonych na rachunku w otwartym funduszu następuje przez przeniesienie tych środków: 1) na dochody funduszu emerytalnego wyodrębnionego w ramach Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, o którym mowa w przepisach o systemie ubezpieczeń społecznych, lub 2) w związku z wydaniem decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o ustaleniu prawa do okresowej emerytury kapitałowej lub dożywotniej emerytury kapitałowej i ich wysokości.

Przesądono, że z drugiego filara mają być wypłacane dwa rodzaje emerytalnych świadczeń: 1) okresowa emerytura kapitałowa i 2) dożywotnia emerytura kapitałowa. I tak, wysokość okresowej emerytury kapitałowej stanowi iloraz podanej przez otwarty fundusz emerytalny kwoty środków zgromadzonych na rachunku członka otwartego funduszu emerytalnego i średniego dalszego trwania życia (art. 24 ustawy o emeryturach kapitałowych). Natomiast wysokość dożywotniej emerytury kapitałowej stanowi zaokrąglony w górę do pełnych złotych iloczyn, zawartej w ofercie dożywotniej emerytury kapitałowej, obowiązującej w dniu złożenia wniosku o ustalenie prawa do dożywotniej emerytury kapitałowej, miesięcznej stawki dożywotniej emerytury kapitałowej, właściwej dla wieku

²⁰ Z. Czepuła – Rutkowska, Systemy emerytalne a poziom zabezpieczenia materialnego emerytów, Warszawa 2000, s. 121, na podstawie wyliczeń dokonanych w dokumencie „Bezpieczeństwo dzięki różnorodności”. Autorka stawia tezę, że uprawnione jest założenie, iż stopa zwrotu będzie wyższa. Tym samym wysokość emerytury powinna również wzrosnąć.

emeryta, oraz wskaźnika wyliczonego jako wysokość składki podzielonej przez tysiąc (art. 27 ustawy o emeryturach kapitałowych). Ponieważ docelowy model wypłaty dożywotnich emerytur kapitałowych nie został jeszcze określony, trudno na podstawie powoływanej regulacji stwierdzać, jak może kształtować się jego wysokość. Wspólne jednak dla obu rodzajów emerytur (kapitałowej okresowej i kapitałowej dożywotniej) jest uzależnienie wysokości przyszłego świadczenia od kwoty środków zgromadzonych na rachunku członka otwartego funduszu emerytalnego, która może być wyższa, niższa bądź równa nominalnej kwocie składek przekazanych przez ZUS do OFE z powodu niewiadomej stopy zwrotu inwestycji ze składek. W ten sposób doszło do indywidualizacji ryzyka emerytalnego, a skutki ewentualnej straty na inwestycjach, w granicach przewidzianych w ustawie o FE, przerzucono na ubezpieczonych.

2.4 Zgodność z Konstytucją regulacji dotyczących funkcjonowania drugiego filara emerytalnego

Jeśli chodzi o problematykę zgodności systemu emerytalnego z Konstytucją, w szczególności w zakresie II filara, to trzeba stwierdzić zasadniczy brak orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego.²¹ Niemniej bardzo istotne rozważania zostały zawarte w wyroku TK z dnia 22 czerwca 1999 r.²², w uzasadnieniu którego Trybunał zajął stanowisko, co do zakresu swobody ustawodawcy zwykłego w zakresie kształtowania systemu emerytalnego. Trybunał uznał, że art. 67 ust. 1 zd. 1 Konstytucji RP gwarantuje obywatelom prawo do zabezpieczenia społecznego w razie niezdolności do pracy ze względu na chorobę lub inwalidztwo oraz po osiągnięciu wieku emerytalnego. Zgodnie z art. 67 ust. 1 zd. 2 Konstytucji RP prawodawca konstytucyjny pozostawia określenie zakresu i form zabezpieczenia społecznego ustawie zwykłej. Regulacja konstytucyjna akcentuje w ten sposób jeszcze wyraźniej szeroką swobodę działania pozostawioną parlamentowi w zakresie urzeczywistniania prawa do zabezpieczenia społecznego. Do ustawodawcy należy wybór rozwiązań, które uważa za optymalne z punktu widzenia potrzeb obywateli oraz wymogów rozwoju gospodarczego kraju. Swoboda wyboru nie jest jednak nieograniczona. Określając zakres prawa do zabezpieczenia społecznego, ustawa nie może naruszyć istoty danego prawa, która określa jego tożsamość. Ustawodawca nie dysponuje zatem pełną swobodą, ani przy ustalaniu kręgu osób uprawnionych do nabycia świadczeń emerytalno-rentowych, ani przy ustalaniu treści i wysokości świadczeń. Określając sposób ustalania wysokości świadczeń, ustawa musi zagwarantować osobom uprawnionym świadczenia odpowiadające minimum życiowemu, tak aby umożliwić im zaspokojenie podstawowych potrzeb. Jednocześnie Trybunał uznał, że ustawodawca posiada całkowitą swobodę w kształtowaniu

²¹ H. Piawucka, Ubezpieczenie emerytalne w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, (w:) Dziesięć..., op. cit., s. 104

²² K 5/99, OTK 1999/5/100

treści porządku prawnego pod warunkiem, że nie narusza Konstytucji. Ocena celowości i trafności rozstrzygnięć parlamentu wykracza poza zakres kompetencji sądownictwa konstytucyjnego. Do Trybunału Konstytucyjnego należy zatem wyłącznie kontrola zaskarżonych aktów normatywnych z punktu widzenia ich zgodności z aktami normatywnymi wyższego rzędu.

Można zatem uznać, że Trybunał dość „liberalnie” podchodził do oceny dopuszczalności zmian w systemie emerytalnym. Niemniej w doktrynie prawa ubezpieczeń społecznych podnoszono szereg zarzutów odnoszących się do niekonstytucyjności przynajmniej niektórych regulacji wyznaczających nowe elementy konstrukcyjne drugiego filara.²³

W pierwszej kolejności wskazać trzeba na zarzut niezgodności drugiego filara z art. 67 ust. 1 ustawy zasadniczej przez brak realizacji podstawowych funkcji zabezpieczenia społecznego. Zarzut ten był formułowany m.in. przez K. Antonówa²⁴ oraz K. Ślebzaka.²⁵ Ich zdaniem konstytucyjne prawo do zabezpieczenia społecznego determinowane jest przez funkcje jakie ma ono do spełnienia (funkcja ekonomiczna, społeczna, motywacyjna). Wynika to również z roli jaką ma do spełnienia sama Konstytucja. Takie rozumienie prawa do zabezpieczenia społecznego znacznie wykracza poza proponowane ramy wyznaczone europejskimi standardami socjalnymi²⁶. Chodzi tutaj przede wszystkim o Konwencję nr 102 Międzynarodowej Organizacji Pracy z 1952 roku, która wyznacza minimalne standardy, jakie powinny spełniać systemy zabezpieczenia społecznego w krajach, które konwencję tę ratyfikowały (o czym w dalszej części). Należy pamiętać, że podstawowym zadaniem OFE jest dostarczanie środków utrzymania dla osób, które wyszły ze sfery pracy. Tymczasem pod względem ekonomicznym nie ma mowy o jakiegokolwiek pewności otrzymywania świadczeń, system oparty jest bowiem na niepewnych pod względem finansowym stabilizatorach rynku. Wskazuje na to również formuła ustalania świadczenia z OFE. Pod względem społecznym system nie wpływa pozytywnie na poczucie bezpieczeństwa jego uczestników. Wprowadzone zmiany przyczyniają się do materialnego i kulturalnego poziomu życia w wątpliwym stopniu. Nie ma żadnej pewności, że w przypadku nastąpienia ryzyka starości, uczestnik systemu będzie mógł prowadzić dalsze życie nienaruszające godności człowieka,

²³ T. Zieliński, *Nowe emerytury – samoubezpieczenie na starość*, (w:) *Konstrukcje prawa emerytalnego*, red. T. Bińczycka-Majewska, Kraków 2004, s. 15 i nast.; J. Jończyk, *Nowe prawo emerytalne*, PIP z 1999 r. Nr 7, s. 35; U. Kalina-Prasznica, *Uwagi o reformowaniu systemu emerytalnego*, PIZS z 1997 r. Nr 8, tej autorki: *Uwagi na temat reformy ubezpieczeń społecznych*, PIZS z 1999 r. Nr 1; W. Plotrowski, *Niektóre aspekty prawne reformowania systemu emerytalnego*, RPEIS 1999 r. Nr 1; K. Kolasieński, *Konstytucyjne prawo do zabezpieczenia społecznego a nowy system ubezpieczeń społecznych*, PIP z 1999 r. Nr 5

²⁴ K. Antonów, *Otwarte fundusze emerytalne w systemie zabezpieczenia emerytalnego w Polsce*, PIZS z 1999 r. Nr 11, s. 13; tenże: *Prawo do emerytury*, Kraków 2003, s. 47

²⁵ K. Ślebzak, *System emerytalny pracowników jako forma zabezpieczenia społecznego*, Poznań 2003, maszynopis, s. 203 i nast.

²⁶ por. K. Kolasieński: *Konstytucyjne...*, op. cit., s. 19. Autor ten uważa bowiem, że podstawowym celem ustawodawstwa polskiego powinno być dostosowanie regulacji emerytur i rent z OFE do wymogów konwencji MOP. Przyjęcie standardów MOP oznaczałoby ustalenie z góry określonego świadczenia (procentowo do zarobków). Jest to niemożliwe ponieważ istotą działalności OFE jest inwestowanie środków z przeznaczeniem ich na wypłatę. Ponieważ stopa zwrotu inwestycji jest niewiadoma, nie będzie można przyjąć w tym zakresie standardów wyznaczanych w Konwencji nr 102 MOP.

jako jednostki i członka określonej społeczności. Przeciwnie do koncepcji reformatorów system nie motywuje do społecznie oczekiwanych postaw (deklarowania dochodu, oszczędzania) ponieważ brak jest przesłanek jego stabilności. Wynika to z pozbawienia systemu w drugim filarze cechy solidarności i indywidualizacji ryzyka emerytalnego (obszernie na ten temat w opracowaniu wskazanych autorów). W tym świetle za niekonstytucyjny uznawano również przymus uczestnictwa w drugim filarze, wobec przerzucenia na ubezpieczonych (członków OFE) ryzyka działalności inwestycyjnej OFE.

Wobec przyjętych regulacji formułowano także zarzut niezgodności z zasadą sprawiedliwości społecznej (art. 20 Konstytucji). K. Antonów stwierdzał, że konstrukcja systemu emerytalnego daje pierwszeństwo liberalnej doktrynie polegania na sobie samym, czyli promuje ideę indywidualnej, a nie społecznej przeczności. Osłabienie idei solidarności społecznej zostało dokonane w imię realizacji celów gospodarczych (rozwój rynku kapitałowego) i finansowych (stały dopływ środków pieniężnych na pokrywanie deficytu budżetowego). Jednocześnie zastosowanie w polskich warunkach społeczno-gospodarczych (niskie płace, wysokie bezrobocie, utrwalona tendencja do skracania stażu pracy) indywidualistycznego podejścia do rozwiązywania problemów emerytalnych (drugi filar), z położeniem silnego nacisku na zasadę proporcjonalności świadczeń w przyszłości przyczyni się do osłabienia bezpieczeństwa socjalnego na starość i pogłębi dochodowe rozwarstwienie świadczeniobiorców. Nieliczenie się z tymi okolicznościami i ich skutkami wzbudza poważne wątpliwości z punktu widzenia rozdzielczej funkcji ubezpieczeń społecznych rozumianej jako wzajemne wspomaganie różnych grup społecznych w celu dążenia do realizacji dobra wspólnego wszystkich obywateli (solidaryzm społeczny), a tym samym godzi w ideę sprawiedliwości dystrybtywnej.²⁷

Kolejny zarzut dotyczył niezgodności obowiązku odprowadzania składki do OFE z art. 64 ust. 1 Konstytucji. Twierdzono bowiem, że drugi filar jest to system przymusowego oszczędzania na starość. Zatrudnionym, którzy podlegają obowiązkowej przynależności do OFE potrąca się część ich wynagrodzenia za pracę i odprowadza do wybranego funduszu. Taka konstrukcja narusza prawo swobodnego dysponowania legalnie nabytym zarobkiem, co jest sprzeczne z istotą własności.²⁸ Kwestia ta była również przedmiotem rozstrzygnięcia przez SN, który stwierdził, że wynikający z art. 22 ust. 3 w związku z art. 111 ust. 1 ustawy systemowej obowiązek odprowadzania części składki na ubezpieczenie emerytalne pochodzącej ze składki ubezpieczonego do wybranego otwartego funduszu emerytalnego

²⁷ K. Antonów, *Prawo do emerytury*, Kraków 2003, s. 65

²⁸ Tak: W. Piotrowski, *Niektóre...*, op. cit.; W. Muszalski, *Finansowanie i organizacja ubezpieczenia społecznego (Istotne motywy i cele reformy emerytalnej)*, (w:) U. Jackowiak (red.), *Wybrane zagadnienia prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, Gdańskie Studia Prawnicze, 2000, t. VI, s. 129

nie jest niezgodny z art. 67 ust. 1 Konstytucji RP.²⁹ Do wyroku sporządzone zostały dwie glosy aprobujące.³⁰

Podsumowując tę część rozważań można zatem sformułować generalny wniosek, że wdrożona w 1999 r. reforma emerytalna w zakresie dotyczącym drugiego filara była krytykowana z punktu widzenia zgodności ze wskazywanymi wyżej normami Konstytucji, ponieważ jest to kapitałowe zabezpieczenie na starość, w którym wobec osób nim objętych nie jest realizowane prawo do zabezpieczenia społecznego w rozumieniu art. 67 ust. 1 Konstytucji RP.³¹ Teza o niezgodności z Konstytucją przedstawionej reformy nie została jak dotychczas podważona w jakimkolwiek opracowaniu naukowym. Mimo to w Trybunale Konstytucyjnym nie został złożony wniosek o stwierdzenie sprzeczności przepisów ustawy o FE z ustawą zasadniczą. W związku z tym przepisy te korzystają z domniemania zgodności z Konstytucją, i jako takie muszą być stosowane dopóki nie zostaną zakwestionowane przez Trybunał.

3. Ocena zgodności z Konstytucją zmniejszenia składki do OFE i utworzenia subkonta w ZUS

Projektodawcy nie ukrywają, że podstawowym celem „jest taka modyfikacja obecnych rozwiązań, które zmniejszyłyby potrzeby pożyczkowe Skarbu Państwa, przy założeniu jak najmniejszej ingerencji w obecny model systemu emerytalnego (...). Obniżanie potrzeb pożyczkowych jest ważne dla podtrzymania stabilności i wiarygodności sytuacji fiskalnej. Jest to kluczowe zadanie w kontekście zwiększania możliwości wydatków rozwojowych, koniecznych dla podjęcia wyzwań modernizacyjnych kraju.”³² Kwestia ta uregulowana została w art. 4 pkt 1, art. 10 projektu ustawy. Podstawowa kontrowersja związana z proponowaną regulacją polega na tym, że składka przekazywana do OFE ma początkowo ulec obniżeniu do 2,3%, po czym stopniowo począwszy od 1 stycznia 2013 r. będzie podwyższana osiągając poziom 3,5% od 1 stycznia 2017 r. Docelowo zatem składka zostanie obniżona o 3,8%. Takie jest bowiem projektowane brzmienie art. 22 ust. 3 ustawy systemowej. Jest to dowód na to, że projektowana zmiana abstrahuje od kwestii docelowego modelu systemu emerytalnego oraz świadczeń przyszłych emerytów, którzy od 2014 r. zaczną nabywać prawo do dożywotniej emerytury kapitałowej. Można wyrazić zasadną wątpliwość, czy chodzi o reformę, a precyzyjniej mówiąc, niewielką zmianę systemu emerytalnego konieczną z punktu widzenia kształtowania docelowego modelu systemu emerytalnego, który wszedł w życie z dniem 1 stycznia 1999 r., czy też o realizację celów wyłącznie fiskalnych, co samo w sobie nie zasługuje na negatywną ocenę, lecz wymaga

²⁹ wyrok z dnia 4 czerwca 2008 r., II UK 12/08, OSNP 2009/21-22/291

³⁰ Antonów K., OSP 2009/6/62; R. Pacud, OSP 2010/10/102

³¹ T. Zieliński, Nowe emerytury – samoubezpieczenie na starość, (w:) Konstrukcja..., s. 15 i nast.; J. Jorńczyk, Nowe prawo emerytalne, PIP z 1999 r. Nr 7, s. 35; U. Kalina-Prasznik, Uwagi..., op. cit., tej autorki: Uwagi..., op. cit.; W. Piotrowski, Niektóre..., op. cit.; K. Kolasieński, Konstytucyjne..., op. cit.

³² s. 3 uzasadnienia projektu

refleksji, czy cele te powinny być urzeczywistniane akurat w ten sposób. Jednocześnie pojawia się pytanie o to, jak projektodawcy oceniają funkcjonowanie OFE. Z jednej strony zmniejszenie składki wskazywałoby, że ocena ta wypada negatywnie, z drugiej natomiast jej podwyższanie w okresie od 2013-2016 dowodziłoby wniosku przeciwnego.

Również reforma finansów publicznych jest pozorna. Skutki zmniejszenia składki, a co za tym idzie dotacji z budżetu będą odczuwalne tylko w początkowym okresie obowiązywania projektowanej zmiany. Z proponowanych regulacji wynika bowiem wprost, że z dotacji finansowane będą: 1) świadczenia kapitałowe, o których mowa w projektowanym art. 40j ust. 2 ustawy o systemie (art. 4 pkt 5 projektowanej ustawy) oraz 2) emerytura kapitałowa w części pochodzącej ze środków zaewidencjonowanych na subkoncie (art. 8 pkt 2 projektowanej ustawy wprowadzający ust. 4 do art. 7 ustawy o emeryturach kapitałowych). Oznacza to, że wprawdzie w najbliższych latach obciążenie budżetu zostanie zmniejszone, lecz w przyszłości, gdy dojdzie do wypłat obu świadczeń ten rodzaj obciążenia ponownie wystąpi. Projektowana zmiana nie rozwiązuje zatem docelowo ani problemu zadłużenia państwa, ani zabezpieczenia społecznego na wypadek dożycia wieku emerytalnego.

3.1 Odprowadzanie składki do OFE jako kształtowanie ekspektatywy na emeryturę dożywotnią

W pierwszej kolejności konieczne jest ustalenie, jak należy prawnie kwalifikować okres odprowadzania składki do OFE oraz jaki charakter mają środki tam zgromadzone. Przedmiotowe ustalenie pozwala na ocenę projektowanej zmiany z punktu widzenia ewentualnej ingerencji w aktualnie kształtowane uprawnienia. Ze względu na to, że ochrona emerytalnych praw nabytych służy ograniczaniu działań ustawodawcy zwykłego przed zmianami stanu prawnego, które mogłyby ingerować w treść indywidualnych uprawnień, przedmiotowy zakres ochrony obejmuje prawa podmiotowe, czyli złożone sytuacje prawne wyznaczone jakiemuś podmiotowi przez obowiązujące normy ze względu na uznane przez prawodawcę społecznie uzasadnione interesy tego podmiotu³³. W interesującym nas przypadku przyjmuje ono postać uprawnienia, którego istota sprowadza się do wyznaczenia obowiązku pewnego zachowania na rzecz określonego podmiotu, który może domagać się od podmiotu zobowiązanego jego realizacji³⁴. Konstrukcja prawa do emerytury przyjęta w ustawach konkretyzujących konstytucyjny model prawa do zabezpieczenia społecznego ma cechy charakterystyczne dla prawa podmiotowego.

Jeśli chodzi o drugi filar, to cechą kategorialną obu świadczeń kapitałowych jest uzależnienie wysokości świadczenia od składek odprowadzanych do OFE. Wywołuje to ten skutek, że z chwilą osiągnięcia wieku emerytalnego nabywa się prawo do emerytury. Z

³³ Z. Wronkowska, Z. Ziembliński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 109

³⁴ *Ibidem*, s. 103

punktu widzenia analizy zmian prawa istotne jest, aby przedmiotowe uprawnienie rozpatrywać przez pryzmat struktury zrekonstruowanej na jego podstawie normy prawnej. Zmiana prawa emerytalnego dokonująca modyfikacji zakresu zastosowania prowadzi bowiem do zmiany prawnej kwalifikacji skutków zdarzeń przeszłych, istotnych z punktu widzenia nabytego prawa. Z kolei zmiana zakresu normowania ma wyraźny wpływ na możliwość realizacji nabytego prawa w dotychczasowy sposób. Ochrona przyjętego modelu prawa do emerytury w drugim filarze jest zatem z jednej strony ochroną określonej prawnej kwalifikacji zdarzeń, jakie wystąpiły w ubezpieczeniowej historii zainteresowanego, z drugiej zaś gwarancją możliwości realizacji określonego prawa w sposób oraz w formie, jaka była określona w chwili nabycia.

Wynika z tego potrzeba ochrony uprawnień, o których można mówić w okresie poprzedzającym nabycie konkretnego uprawnienia. Są one konsekwencją długofalowego charakteru tej formy przezorności. Okres poprzedzający moment nabycia prawa ma bowiem dla zainteresowanych zasadnicze znaczenie, gdyż podejmują oni działania zmierzające do zapewnienia sobie świadczenia w przyszłości. Prawo do emerytury kapitałowej, w zakresie, w jakim dotyczy przesłanek nabycia, dowodzi, że ich spełnienie (poza kryterium wieku) nie polega na jednorazowym podjęciu określonej czynności konwencjonalnej, z którą ustawa wiąże pewien prawny skutek, ale w zasadzie od trwania określonego stanu faktycznego i prawnego (odprowadzenie składki). Nabywanie prawa jest zatem procesem długotrwałym i złożonym, które nie stanowi jednorazowego zdarzenia kreującego sytuację prawną określonego podmiotu³⁵.

Wprawdzie w doktrynie problematyce okresu poprzedzającego nabycie prawa do emerytury poświęcono wiele uwagi, lecz istnieje brak spójnej koncepcji jego ujmowania. Kwestia prawnej kwalifikacji okresu poprzedzającego nabycie prawa do emerytury oraz powstających w tym czasie ewentualnych uprawnień w OFE podjęta została przez R. Pacudę³⁶, K. Antonow³⁷, R. Babińską³⁸, D. Dzieński³⁹ oraz zdawkowo przez J. Jończyka, który przedmiotowe oczekiwania nazywa roszczeniami *in statu nascendi*.⁴⁰ Natomiast ogólne rozważania na temat ekspektatyw jako przedmiotu konstytucyjnej kontroli zawarte zostały w opracowaniu M. Jackowskiego.⁴¹

Na szczególną uwagę (ze względu na obszerność opracowania, jak i zaprezentowaną koncepcję) zasługują rozważania przeprowadzone przez R. Pacudę, który dochodzi do wniosku, że w aktualnie obowiązującym systemie emerytalnym może być mowa o trzech

³⁵ R. Babińska, *Wzruszalność prawomocnych decyzji rentowych*, Warszawa 2007, s. 14

³⁶ R. Pacud, *Oczekiwanie prawne na emeryturę dożywotnią*, Bydgoszcz-Katowice 2006, s. 85

³⁷ K. Antonów, *Prawo...*, s. 73

³⁸ R. Babińska, *Wzruszalność...*, op.cit., s. 16-20

³⁹ D. Dzieński, *Ekspektatywy praw emerytalno-rentowych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, PIZS z 2004 r., Nr 8, s. 2 i nast.; por. również rozważania autorki w zakresie dotyczącym postrzegania okresu oczekiwania w prawie wspólnotowym, *Zabezpieczenie społeczne w Unii Europejskiej*, Difin Warszawa 2004

⁴⁰ J. Jończyk, *Prawo...*, op. cit., s. 66

⁴¹ J. Jackowski, *Ekspektatywa jako przedmiot ochrony konstytucyjnej*, PIP z 2007 r. Nr 11, s. 93 i nast.

rodzajach ekspektatyw emerytalnych. Autor używa różnych określeń w celu zdefiniowania pojęcia ekspektatywy. Jego zdaniem chodzi o: 1) „zrealizowane składniki stanu faktyczno-prawnego, z którymi ustawa łączy nabycie prawa do świadczenia emerytalnego (ubezpieczeniowego), a które kształtuje wysokość przyszłego świadczenia”⁴², 2) „prawo tymczasowe, którego przedmiot tworzy prawnie chroniony interes ubezpieczonych oczekujących nabycia prawa do świadczenia”⁴³ oraz 3) „z początku tylko oczekiwanie faktyczne, a z czasem – jeżeli (ekspektatywa – wtręt aut.) zostanie maksymalnie ukształtowana i słusznie nabyta – oczekiwanie prawne”.⁴⁴ Autor dochodzi do wniosku, że w systemie emerytalnym o zdefiniowanym świadczeniu ekspektatywa emerytalna ma charakter terminowo - warunkowy (prawo można nabyć z upływem określonego wieku, a także po spełnieniu warunków ubezpieczenia), zupełnej (ubezpieczeni z góry znają wielkość przyszłego świadczenia) i względnie chronionej (możliwa jest zmiana przez ustawodawcę).⁴⁵ Z kolei w systemie emerytalnym o zdefiniowanej składce jest bezwzględnie chroniona oraz niezupełna (wysokość ulega ciągłemu definiowaniu w miarę opłacania składek).⁴⁶ Co się tyczy zaś ekspektatywy dożywotniej (II filar) to chodzi o ogół praw ubezpieczonego posiadanych w celu uzyskania i zabezpieczenia wysokości przyszłego świadczenia emerytalnego. Jest to zatem „prawnie zabezpieczone oczekiwanie na nabycie wierzytelności (emerytury dożywotniej), które nie jest jeszcze wierzytelnością, ani wierzytelnością mniejszego rodzaju lub mniejszego stopnia, a jej znaczenie wyczerpuje się w tym, że zabezpiecza i przygotowuje nabycie albo przyrost prawa. Jest to więc oczekiwanie prawne (korzysta z ochrony za pomocą uprawnień tymczasowych, których wykonanie służy ochronie nabytych pozycji prawnych).”⁴⁷

Wobec przedstawionej koncepcji zgłoszono w doktrynie szereg wątpliwości.⁴⁸ Z punktu widzenia działalności ustawodawcy każda ochrona określonego stanu prawnego (i faktycznego) ma charakter względny, mimo że prawo, aby spełniać pożądane cele powinno być stabilne. Istnienie prawa podmiotowego nie wyklucza ingerencji w to prawo, jeśli przemawiają za tym inne powody, co zresztą miało miejsce w ustawodawczej przeszłości. Trudno się zgodzić, że w przypadku tzw. systemu zdefiniowanego świadczenia, wysokość świadczenia jest "z góry" znana. Ze wzoru obliczania prawa do emerytury (art. 53 ustawy emerytalnej) wynika bowiem, że wielkość emerytury zależy od wysokości kwoty bazowej, wysokości wynagrodzenia (wpływającego na obliczenie wskaźnika podstawy wymiaru świadczenia) oraz długości zatrudnienia. Składniki te nie są od początku znane. Stąd podział na ekspektatywę zupełną i niezupełną również nie przekonuje. Można się także zastanawiać,

⁴² R. Pacud, *Oczekiwanie...*, op. cit., s. 89

⁴³ *ibidem*, s. 87

⁴⁴ *ibidem*, s. 89

⁴⁵ *ibidem*, s. 92

⁴⁶ *ibidem*

⁴⁷ *ibidem*, s. 94-95.

⁴⁸ K. Śtebza, *Ochrona emerytalnych praw nabytych*, Warszawa 2009, s. 64 i nast.

czy przyjęcie, że w systemie zdefiniowanej składki (II filar) ekspektatywa jest bezwzględnie chroniona oznacza, iż nie ma możliwości zmiany prawnej kwalifikacji okresu odprowadzania składek i ich ewidencjonowania. Wydaje się, że o takiej gwarancji nie może być mowy - biorąc pod uwagę dynamikę stosunków społecznych regulowanych przepisami tej gałęzi prawa. Podobnie zastanawia propozycja zakwalifikowania ekspektatywy w systemie zdefiniowanej składki jako prawa podmiotowego (skoro jest ona bezwzględnie chroniona, jak wskazuje autor) ze względu na niewiadomą ostatecznej wysokości emerytalnego świadczenia.

Jest bezsporne, że kształtowanie się emerytalnej ekspektatywy związane jest z faktem podlegania ubezpieczeniu emerytalnemu i odprowadzaniu składki, jak również uzależnienia wysokości emerytury od tych zdarzeń⁴⁹. Powiązanie wysokości świadczenia ze wskazanymi zdarzeniami (w szczególności z ilością odprowadzonych składek) oparte jest jednak na przyjęciu swoistej fikcji, niezależnej oparcia w rzeczywistym mechanizmie finansowania świadczeń emerytalnych. Wprawdzie ubezpieczonym (przyszłym świadczeniobiorcom) daje się do zrozumienia - co z punktu widzenia ich motywacji w zakresie własnej przezorności o zabezpieczenie na wypadek osiągnięcia wieku emerytalnego jest ze wszech miar słuszne - że wysokość świadczenia zależęć będzie od ich szeroko rozumianej zawodowej aktywności, lecz niezależnie od sposobu finansowania świadczeń emerytalnych (metoda kapitałowa czy repartycyjna) uzależniona jest ona w istocie od środków, „jakie będą do dyspozycji w chwili realizacji emerytalnych uprawnień. Źródłem finansowania są bowiem środki uzyskiwane z przychodu, z tym, że w danym okresie pochodzą one, w przypadku metody kapitałowej - z obciążeń na kapitale, a w przypadku metody repartycyjnej - z obciążeń na przychodzie podlegającym obowiązkowi składkowemu⁵⁰. Paradoksalnie więc, na finansową zdolność realizacji określonej wysokości świadczeń emerytalnych (w kontekście systemowym) nie ma wpływu okres zawodowej aktywności poszczególnych świadczeniobiorców w przeszłości. Nie zmienia to faktu, że uwzględnianie składkowej historii nabywającego podmiotowe prawo do emerytury jest jednym z ważniejszych czynników determinujących dbałość o zabezpieczenie na wypadek osiągnięcia określonego wieku. W tym kontekście wyraźne są dwie płaszczyzny badań nad zmianami prawa ingerującymi w prawa w trakcie nabywania: indywidualna i systemowa. O ile w przypadku aspektu indywidualnego problem powiązania świadczenia z ubezpieczeniową historią zainteresowanego odgrywa kluczową rolę, o tyle w kontekście systemowym przestaje mieć znaczenie.

⁴⁹ R. Pacud, *Oczekiwanie...*, op. cit., s. 89-90; K. Antonów, *Prawo...*, op. cit., s. 69 (autor ten pisze, że rola oczekiwań jest tym donioślejsza, im dłuższy okres nabywania prawa podmiotowego), Cz. Jackowiak, *Oczekiwanie i ekspektatywy w ubezpieczeniach społecznych*, (w:) *Koncepcje i problemy ubezpieczenia społecznego*, Materiały IV Kolokwium Ubezpieczeń Społecznych, Wrocław 2007, s. 37-38

⁵⁰ K. Starzec, *Jak finansować emerytury*, (w:) *Modele reformy systemu emerytalno rentowego i ścieżki dojścia*. Kolejny etap dyskusji. Instytut Pracy i Spraw Socjalnych, Nowe Życie gospodarcze Klub 500; *Gospodarka i przyszłość*, wydanie specjalne, Warszawa 1996, s. 95

Z powyższych rozważań wynika, że projektowana zmiana wysokości składki w płaszczyźnie systemowej nie wpływa na zdolność finansowania przyszłych świadczeń emerytalnych. Ma ona znaczenie jedynie z punktu widzenia indywidualnej formuły ustalania prawa do emerytury, co nakazuje uwzględnić podstawową w ubezpieczeniach społecznych zasadę sprawiedliwości rozdzielczej – każdemu według pracy.

Z punktu widzenia oczekiwania na nabycia prawa, problem zmiany wysokości składki do OFE i ewentualnej konstytucyjnej ochrony dotyczy uwzględniania w przyszłości skutków prawnych związanych z odprowadzeniem składki do OFE w momencie, gdy członek OFE nabyte w przyszłości prawo do emerytury kapitałowej. Z punktu widzenia swobody ustawodawcy w zakresie dotyczącym zmniejszenia składki do OFE chodzi zatem o to, czy nabywającemu prawo w przyszłości pod rządami ustawy, która wówczas będzie obowiązywała powinno przysługiwać uprawnienie do uwzględnienia prawnej kwalifikacji skutków podlegania w przeszłości ubezpieczeniu emerytalnemu, mającej wpływ na prawo do emerytury, w oparciu o przepisy obowiązujące nie w chwili nabycia prawa, ale w momencie wystąpienia owych skutków, a zatem odprowadzania składki do OFE w aktualnie obowiązującej wysokości.

Należy zatem stwierdzić, że w okresie poprzedzającym prawo do emerytury (odprowadzania składki do OFE) powstaje oczekiwanie na uwzględnienie - przy ustalaniu w przyszłości prawa do emerytury kapitałowej - skutków prawnych zachowań podejmowanych przez ubezpieczonego (ekspektatywa), o ile w momencie ich wystąpienia miały one wpływ na kształt przedmiotowego uprawnienia.

Jest to stwierdzenie o tyle istotne, że kwestionuje wyłącznie prywatnoprawny charakter składki odprowadzanej do OFE, jak i zgromadzonych tam środków (por. na ten temat rozważania dotyczące ochrony składki w kontekście konstytucyjnego prawa własności i dziedziczenia), czego skutkiem jest również brak możliwości swobodnego i nieograniczonego korzystania przez członków OFE ze swoich aktywów. Oznacza to, że nie jest zasadne mówienie w drugim filarze o istnieniu „jakiegoś” wkładu oszczędnościowego, czy zgromadzonego kapitału, ponieważ charakterystyczną cechą systemów przezorności na wypadek zajścia określonych zdarzeń losowych jest konieczność redystrybucji środków na rzecz osób, u których określone ryzyko się ziściło.

3.2 Rozwiązanie problemu intertemporalnego w kontekście proponowanej zmiany zmniejszenia składki do OFE

W przypadku projektowanej zmiany dochodzi do ingerencji w aktualnie obowiązujący porządek prawny. Jednocześnie ustawodawca rozwiązuje problem intertemporalny. Taka sytuacja wymaga zastosowania poprawnych technik legislacyjnych mogących być przedmiotem oceny i umożliwiających zarówno rozwiązywanie zagadnień związanych ze zmianą reżimów prawnych, jak i wypracowania decyzji sprawiedliwych w stosunku do

wszystkich podmiotów, które dotykane są zmianą prawa, ponieważ uwikłane są one w stosunki i sytuacje prawne powstałe na podstawie zmienianych norm⁵¹. Najistotniejsze jest wówczas ustalenie, jakie normy prawne należy stosować do stosunków prawnych, stanów rzeczy, do następstw zdarzeń, jeżeli powstały one w okresie obowiązywania uchylonego prawa i trwają nadal⁵². Jest to więc zagadnienie oddziaływania prawa nowego na stany rzeczy, stosunki prawne czy zdarzenia prawne powstałe pod rządami prawa dawnego. Problem sprowadza się w takim przypadku do ustalenia czy, kiedy i pod jakimi warunkami legislator może (powinien) posługiwać się zasadą bezpośredniego działania ustawy nowej, a kiedy może (powinien) zdecydować o dalszym działaniu ustawy dawnej⁵³. Co do zasady rozstrzygnięcie problemu Intertemporalnego może polegać na: 1) przedłużeniu obowiązywania dawnego prawa ("do czasu wygaśnięcia stosunków prawnych związanych w czasie obowiązywania zmienianego prawa lub do czasu ustania następstw tych zdarzeń, które powstały w czasie obowiązywania zmienianego prawa i trwają nadal, będą miały zastosowanie przepisy prawne, które obowiązywały w czasie powstania owych stosunków lub zdarzeń"⁵⁴); 2) ustanowieniu przepisów przejściowych ("przez jakiś czas pozostawia się w mocy dwie odmienne regulacje: do stosunków i zdarzeń powstałych od chwili wejścia w życie nowych przepisów stosuje się nowe przepisy, a do trwających stosunków i do trwających następstw zdarzeń powstałych przed wejściem w życie nowego prawa stosuje się przepisy dawne albo przez jakiś czas będą w normowanej dziedzinie spraw obowiązywać przepisy odmienne od postanowień dawnego i nowego prawa"⁵⁵); 3) bezpośredniemu działaniu nowego prawa ("od chwili wejścia w życie nowych norm prawnych należy je stosować do wszelkich stosunków prawnych, zdarzeń czy stanów rzeczy danego rodzaju, zarówno tych, które powstaną, jak i tych, które powstały wcześniej, przed wejściem w życie nowych przepisów, ale trwają w czasie dokonywania zmiany prawa"⁵⁶); 4) wstecznym działaniu prawa (normy prawne "nakazują kwalifikować według nowych norm czyny, stany rzeczy lub zdarzenia, które miały miejsce i zakończyły się w przeszłości, przed wejściem w życie nowego prawa, albo nakazują kwalifikować według nowych norm następstwa owych czynów, stanów rzeczy lub zdarzeń, które to następstwa wystąpiły jeszcze przed wprowadzeniem w życie nowych norm"⁵⁷).

Analizując przepisy projektowanej ustawy w zakresie dotyczącym ingerencji w drugi filar, należy dojść do wniosku, że ustawodawca zamierza posłużyć się techniką bezpośredniego

⁵¹ S. Wronkowska, *Zmiany prawa. Zagadnienia poprawnego legislacyjnie i nieuciążliwego dokonywania zmian w systemie prawnym* (w:) *Tworzenie prawa w demokratycznym państwie prawnym*, red. H. Suchocka, s. 153; patrz również powołana tam literatura

⁵² *Ibidem*

⁵³ E. Łętowska, *Polityczne aspekty prawa Intertemporalnego* (w:) *Państwo, Prawo i Obywatel. Zbiór studiów dla uczczenia 60-lecia urodzin i 40-lecia pracy naukowej prof. Adama Łopatkę*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1989, s. 354

⁵⁴ S. Wronkowska, *Zmiany...*, op. cit., s. 154

⁵⁵ *Ibidem*, s. 155

⁵⁶ *Ibidem*, s. 156

⁵⁷ *Ibidem*, s. 157

działania nowego prawa. Wynika to wprost z art. 13 projektowanej ustawy. Oznacza to, że składka, która została wpłacona do OFE w okresie od 1 stycznia 1999 r. do planowanego wejścia w życie projektowanej ustawy pozostaje nienaruszona. Ustawodawca nie ingeruje również w skutki prawne tak odprowadzonej składki. Jednocześnie od daty wejścia w życie mają obowiązywać nowe regulacje dotyczące wysokości odprowadzanej składki do OFE. W kontekście wpływu zmiany na emerytalną ekspektatywę ukształtowaną w okresie od 1 stycznia 1999 r. do czasu wejścia w życie projektowanej ustawy, ustawodawca nie ingeruje więc w już ukształtowane uprawnienie. Innymi słowy mamy do czynienia z dotychczasowym działaniem prawa dawnego (skutki prawne odprowadzania składki w okresie od 1 stycznia 1999 r. do wejścia w życie projektowanej ustawy są uwzględnione i tutaj nie dokonuje się żadnej ingerencji), oraz z bezpośrednim działaniem prawa nowego (zmienia się pro futuro wysokość przekazywanej składki do OFE). Podstawowy problem dotyczy jednak faktu, że zmiana ta dotyczy kategorii tzw. sprawy niezakończonych, to znaczy, że ustawodawca dokonuje ingerencji w ekspektatywę, której kształtowanie się rozpoczęło i w chwili planowanej zmiany przepisów jeszcze trwa. Podając za T. Pietrzykowskim w takim przypadku działanie prawa można podzielić według przynależności przepisów do: 1) przepisów prospektywnych, wiążących skutki prawne jedynie z faktami przyszłymi (*facta futura*), tj. zachodzącymi po ich wejściu w życie; 2) przepisów retroaktywnych, wiążących skutki prawne z faktami (lub również z faktami) zaszłymi przed ich wejściem w życie oraz 3) przepisów retrospektywnych, wiążących skutki prawne z faktami (lub również z faktami), trwającymi w chwili zyskania przez te przepisy mocy obowiązującej, a zatem z takimi faktami rozciągniętymi w czasie, których realizacja rozpoczęła się, lecz jeszcze nie zakończyła pod rządami przepisów poprzednio obowiązujących.⁵⁸ Tym samym projektowane regulacje w kontekście ich oddziaływania na emerytalną ekspektatywę można zakwalifikować do kategorii przepisów retrospektywnych.

Dopuszczalność stosowania tego typu przepisów, generalnie rzecz ujmując, nie nasuwa wątpliwości co do zgodności z Konstytucją, co potwierdza również orzecznictwo TK odnoszące się do określenia swobody ustawodawcy w zakresie działań ingerujących w emerytalne ekspektatywy, chyba że przedmiotowe unormowania prowadzą do naruszenia innych praw, zasad czy wartości konstytucyjnych (o czym w dalszej części).

3.3. Dotychczasowe stanowisko Trybunału Konstytucyjnego wobec swobody ustawodawcy w zakresie zmian prawa ingerujących w emerytalne ekspektatywy

Co się tyczy dopuszczalności zmian prawa emerytalnego, to stanowisko Trybunału Konstytucyjnego należy uznać za jednolite. Ocena zmian analizowana jest przede wszystkim

⁵⁸ T. Pietrzykowski, *Wsteczne działanie prawa*, Kraków 2004, s. 123

w kontekście art. 67 ust. 1 Konstytucji. W wyroku z dnia 6 lutego 2002 r.⁵⁹ Trybunał podzielił pogląd wyrażony w doktrynie, że Konstytucja nie przesądza o formach realizacji prawa do zabezpieczenia społecznego, stwierdzając, że "z art. 67 ust. 1 Konstytucji nie da się więc wyprowadzić konstytucyjnego prawa do jakiegokolwiek konkretnej postaci świadczenia na rzecz emerytów."⁶⁰ Szczegółowe unormowanie form i zakresu zabezpieczenia społecznego należy bowiem do ustawy zwykłej. Nałożony na ustawodawcę obowiązek urzeczywistnienia wyrażonych w Konstytucji gwarancji socjalnych w drodze stosownych regulacji normatywnych nie oznacza obowiązku maksymalnej rozbudowy systemu świadczeń. Urzeczywistnienie to musi się dokonać w taki sposób, "aby z jednej strony uwzględniało istniejące potrzeby, z drugiej możliwości ich zaspokojenia".⁶¹ Ustawodawca ma zatem w wypadku realizacji prawa wyrażonego w art. 67 ust. 1 Konstytucji szeroki margines swobody.

Granice swobody ustawodawcy wyznacza jednak zakaz naruszania istoty prawa do zabezpieczenia społecznego, który Trybunał definiował jako obowiązek zagwarantowania minimum poziomu świadczeń osobom, które osiągnęły wiek emerytalny i zaprzestały w związku z tym aktywności zawodowej.⁶² Przez minimum świadczeń TK rozumie jednakże świadczenia w wysokości umożliwiającej uprawnionym zaspokojenie nie tylko ich podstawowych potrzeb. Trybunał podkreślał zarazem, że o jakości danego systemu zabezpieczenia społecznego świadczy przede wszystkim wysokość średniego świadczenia emerytalnego, uwzględniającego wysokość średnich przychodów pracowniczych, a także zagwarantowanie mechanizmów zapewniających utrzymanie ekonomicznej realności wypłat emerytur w długiej, kilkupokoleniowej perspektywie czasowej.⁶³ Bez względu na intensywność oddziaływania czynników, które mogą hamować dążenie do zaspokojenia uzasadnionych potrzeb socjalnych, ustawowa realizacja konstytucyjnego prawa do zabezpieczenia socjalnego nie może nigdy uplasować się poniżej minimum wyznaczonego przez istotę danego prawa.⁶⁴

W ocenie Trybunału przedstawiona powyżej konstytucyjna definicja istoty prawa do zabezpieczenia społecznego jest zgodna z wykładnią art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności przyjmowaną przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu.⁶⁵

⁵⁹ SK 11/01, OTK-A 2002/1/2

⁶⁰ por. także wyroki TK z 27 stycznia 2003 r., SK 27/02, OTK-A 2003/1/2; 7 września 2004, SK 30/03, OTK-A 2004/8/82; 20 listopada 2006 r., SK 68/06, OTK-A 2006/10/152; 1 kwietnia 2008 r., SK 96/06, OTK-A 2008/3/40

⁶¹ wyroki z 8 maja 2000 r., SK 22/99, OTK 2000/4/107; 3 lipca 2006 r., SK 56/05, OTK-A 2006/7/77

⁶² por. wyrok z 7 lutego 2006 r., SK 45/04, OTK-A 2006/2/15

⁶³ zob. § 11 Ogólnego komentarza z 4 lutego 2008 r. Komitetu praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych ONZ do art. 9 Paktu praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych uznającego "prawo każdego do zabezpieczenia społecznego, włączając w to ubezpieczenia społeczne" (E/C.12/GC/19).

⁶⁴ wyrok z 8 maja 2000 r., sygn. SK 22/99, OTK ZU 2000/4/107

⁶⁵ por. wyrok z 28 kwietnia 2009 r. w sprawie Rasmussen przeciwko Polsce, skarga nr 38886/05, § 75

Co się tyczy ochrony emerytalnych ekspektatyw, to zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie TK⁶⁶ jednoznacznie stwierdza się, że prawa w trakcie nabywania powinny podlegać ochronie, przy czym różna jest jej intensywność. W orzeczeniu z dnia 11 lutego 1992 r.⁶⁷ Trybunał stwierdził, że ich ochrona „wynika z samej natury systemu ubezpieczeń społecznych opartego na założeniu: w zamian za składki – wkład pracy tworzy się gwarancja przyszłych stopniowo narastających praw”. W późniejszym orzecznictwie przyjęto jednak konieczność ochrony ekspektatyw ukształtowanych maksymalnie, to jest takich które spełniają „zasadniczo wszystkie przesłanki ustawowego nabycia prawa pod rządami danej ustawy”.⁶⁸ Podobne stanowisko zostało podtrzymane na gruncie ustawy zasadniczej z 1997 r.⁶⁹ Koncepcja ochrony jedynie ekspektatyw maksymalnie ukształtowanych wywołała w doktrynie dyskusję. W ocenie K. Antonówa Trybunał w istocie udzielił ochrony w pełni ukształtowanym prawom podmiotowym, a nie oczekiwaniom. Jego zdaniem takie spojrzenie na problematykę emerytalną nie uwzględnia złożonego charakteru prawnych oczekiwań.⁷⁰ Stanowisko to zostało skrytykowane przez R. Pacudę⁷¹, który stwierdził, że pogląd K. Antonówa idzie „zbyt daleko”, ponieważ w systemie zdefiniowanego świadczenia nie można absolutnie chronić wszystkich ekspektatyw ubezpieczeniowych, nie tylko ze względów ekonomicznych, ale i prawnych (wysokość świadczenia nie pozostaje w ścisłym związku z wysokością opłacanych składek). Zdaniem tego Autora Trybunał Konstytucyjny nie wskazał, w jakim momencie dochodzi do maksymalnego ukształtowania prawa. Wydaje się, że spostrzeżenie takie jest jednak nieuzasadnione, gdyż w orzecznictwie jednoznacznie przesądzono, że maksymalne ukształtowanie ekspektaty następuje z chwilą spełnienia „zasadniczo wszystkich przesłanek” nabycia prawa. Wprawdzie nie wiadomo, co Trybunał miał na myśli używając słowa „zasadniczo”, lecz spełnienie wszystkich przesłanek prowadzi, o czym jednoznacznie przesądza wyraźnie art. 100 ust. 1 ustawy emerytalnej, do nabycia prawa.

Mimo prezentowanych wątpliwości można powiedzieć, że w ocenie Trybunału tym większa potrzeba ochrony ekspektatywy, im bardziej jest ona ukształtowana. Zasadniczo jednak Trybunał udziela ochrony ekspektatywom w pełni ukształtowanym. Z kolei naruszenie ekspektatywy jest dopuszczalne pod warunkiem, że nie narusza istoty prawa do zabezpieczenia społecznego.⁷² Oznaczałoby to, że tak długo, jak zmiana wysokości składki

⁶⁶ Analizę orzecznictwa w tym zakresie przeprowadziła D. Dzienisłuk, *Ekspektatywy...*, op. cit., s. 2 i nast.

⁶⁷ K 14/91, OTK 1992, cz. II, s. 128;

⁶⁸ orzeczenie z 3 grudnia 1996 r., K 25/95, OTK 1996, cz. II, s. 376

⁶⁹ dla przykładu wyrok TK z dnia 23 listopada 1998 r., SK 7/98, OTK 1998/7/114; z dnia 28 kwietnia 1999 r. K 3/99, OTK 1999/4/73; z dnia 13 marca 2000 r., K 1/99, OTK 2000/2/32; z dnia 27 lutego 2002 r., K 47/01, OTK-A 2002/1/6; wyrok z 23 listopada 1998 r., sygn. SK 7/98, OTK 1998/7/114

⁷⁰ K. Antonów, *Prawo...*, op. cit., s. 72; podobne stanowisko zajęła R. Babińska, która stwierdziła, że skoro ekspektatywą określa się pozycję prawną ubezpieczonych, stwarzającą gwarancję nabycia prawa według obowiązującego reżimu warunków, to wszelkie rozróżnienie etapów kształtowania ekspektatywy nie znajduje racjonalnego uzasadnienia, por. *Wzruszalność...*, op. cit., s. 18

⁷¹ R. Pacud, *Oczekiwanie...*, op. cit., s. 64 i nast.

⁷² wyrok z dnia 22 czerwca 1999 r., K 5/99, OTK 1999/5/100

przekazywanej do OFE nie prowadzi do naruszenia istoty prawa, tak długo nie można działaniom ustawodawcy postawić zarzutu niekonstytucyjności.

3.4. Problem uznania zmniejszenia składki do OFE jako niekorzystnej zmiany stanu prawnego

Podstawowym kryterium „uruchamiającym” badanie określonego aktu prawnego z Konstytucją, w szczególności gdy dochodzi do zmiany obowiązującego stanu prawnego jest wstępne ustalenie, że planowana zmiana jest dla określonej grupy podmiotów niekorzystna. Zmiany korzystniejsze nie wywołują bowiem wątpliwości co do ich zgodności z Konstytucją i są dopuszczalne. W pierwszej kolejności należałoby zatem ustalić, że zmniejszenie składki do OFE może stanowić niekorzystną ingerencję w dotychczasowy stan prawny, kształtujący ekspektatywę osób objętych drugim filarem.

Ocena wskazanej kwestii powinna być dokonywana w kontekście wpływu odprowadzania składki i jej wysokości na kształtowanie przyszłego świadczenia. Kluczowe znaczenie ma zatem aktualnie obowiązująca formuła ustalania świadczeń emerytalnych z drugiego filara oraz regulacje odnoszące się do tego, jaką wysokość składek zaewidencjonowanych na koncie ma obowiązek przekazać OFE w celu wypłaty emerytury.

Przede wszystkim należy powtórzyć, że reforma emerytalna nie została dokończona i nie jest jeszcze uregulowana kwestia, kto, i na jakich zasadach będzie wypłacał dożywotnie emerytury kapitałowe. Niemniej warunkiem koniecznym wypłaty emerytury kapitałowej na podstawie ustawy o emeryturach kapitałowych jest zgromadzenie określonej wysokości środków. I tak, w przypadku emerytury okresowej, kwota środków zgromadzonych na rachunku członka otwartego funduszu emerytalnego, ustalona na ostatni dzień miesiąca poprzedzającego miesiąc, od którego zostanie przyznana emerytura, jest równa lub wyższa od dwudziestokrotności kwoty dodatku pielęgnacyjnego (art. 8 pkt 2 ustawy emerytalnej). Natomiast w przypadku dożywotniej emerytury kapitałowej kwota hipotetycznej emerytury kapitałowej musi być równa lub wyższa niż 50 % kwoty dodatku pielęgnacyjnego (art. 10 ust. 2 ustawy emerytalnej). Co się tyczy natomiast wysokości świadczeń, to wysokość okresowej emerytury kapitałowej stanowi iloraz podanej przez otwarty fundusz emerytalny kwoty środków zgromadzonych na rachunku członka otwartego funduszu emerytalnego na dzień, o którym mowa w art. 8 pkt 2 ustawy o emeryturach kapitałowych, i średniego dalszego trwania życia, o którym mowa w art. 26 ustawy emerytalnej (art. 24 ustawy o emeryturach kapitałowych). Z kolei wysokość dożywotniej emerytury kapitałowej stanowi zaokrąglony w górę do pełnych złotych iloczyn, zawartej w ofercie dożywotniej emerytury kapitałowej, obowiązującej w dniu złożenia wniosku o ustalenie prawa do dożywotniej emerytury kapitałowej, miesięcznej stawki dożywotniej emerytury kapitałowej, właściwej dla wieku

emeryta, oraz wskaźnika wyliczonego jako wysokość składki podzielonej przez tysiąc (art. 27 ustawy o emeryturach kapitałowych).

Niezależnie od kontrowersji związanych z brakiem regulacji dotyczących dożywotnich emerytur kapitałowych, można w uproszczeniu przyjąć, że świadczenie emerytalne w drugim filarze zależy od faktu odprowadzania składki do OFE. Projektowana zmiana zakłada, że część tej składki będzie ewidencjonowana na subkoncie w ZUS. Natomiast do OFE będzie wpływała składka obniżona. Powstaje zatem pytanie, czy utworzenie subkonta rekompensuje ubezpieczonym projektowane zmniejszenie składki do ZUS.

Jeśli chodzi o składkę przekazywaną do OFE, to tworzy ona aktywa podlegające lokowaniu na zasadach określonych w rozdziale 15 ustawy o FE. Określone tam reguły inwestowania wskazują, że ryzyko ewentualnej straty na inwestycji ponoszą członkowie OFE. Oczywiście mechanizm gwarancyjny uregulowany w rozdziale 18 ustawy o FE sprawia, że nie chodzi tu o każdą stratę. Niemniej można powiedzieć, że osoba, która odprowadzała składkę do OFE nie wie, aż do chwili osiągnięcia wieku emerytalnego, ile środków zostanie jej przekazane w celu wypłaty emerytury kapitałowej. Jest to zresztą cechą charakterystyczną systemu o zdefiniowanej składce. Wynika z tego, że ilość środków będących do dyspozycji członka OFE w chwili osiągnięcia przez niego wieku emerytalnego może być mniejsza, większa lub równa nominalnej wartości odprowadzanej składki. Trudno również szacować, jaka będzie ich realna wartość. Oczywiście może być tak, że wartość środków pozostawionych do dyspozycji będzie znacznie większa. Na tej podstawie można sformułować wniosek, że wypłata emerytury jest uzależniona w drugim filarze w dużej mierze od stanu gospodarki w chwili realizacji świadczenia. Poza tym osoby, które nominalnie odprowadziły taką samą ilość składek do OFE, będą pobierały różne emerytury, ponieważ będą odchodzić na emeryturę w różnym czasie (różnie będzie ustalana wartość aktywów). Nasuwa to wątpliwości co do zgodności z zasadą równości wobec prawa i zasadą sprawiedliwości społecznej. Podobnie rzecz się może przedstawiać w okresie realizacji świadczeń, gdyby wartość aktywów, od których uzależnia się wypłatę emerytury, miała podlegać inwestowaniu. Wydaje się, że jest to skądinąd jedną z przyczyn niedokończenia reformy.

Kwestia aktualnych gwarancji wypłaty świadczeń z OFE została szczegółowo przeanalizowana przez R. Pacudę, który przedstawił zarówno prywatno-, jak i publicznoprawne Instrumenty ochrony ekspektatywy w drugim filarze.⁷³ Lektura rozważań prowadzi do wniosku, że omawiane instrumenty chronią emerytalną ekspektatywę jedynie w sposób pośredni. Brak bowiem unormowań, które przewidywałyby ochronę zmierzającą do zabezpieczenia wypłaty sumy zgromadzonych przez lata składek, uwzględniając ich realną wartość w chwili ich odprowadzania do OFE. Ochrona ekspektatywy w drugim filarze ma

⁷³ R. Pacud, *Oczekiwanie prawne...*, op.cit.

zatem charakter względny, zależny od ekonomicznej koniunktury oraz finansowych wyników kapitałowej działalności OFE. Jest to konsekwencją niemożliwości określenia stopy zwrotu inwestowanych środków ze względu na niewiadomą koniunktury gospodarczej w okresach długofalowych (metoda kapitałowa). Oznacza to, że wysokość konkretnego świadczenia nie może być określona wyłącznie w oparciu o składkowy wkład zainteresowanego, gdyż wynika ona również ze stopy zwrotu z inwestycji zainwestowanych składek.

Co Cię dotyczy natomiast składki ewidencjonowanej na subkoncie, to projekt zakłada, że będzie ona waloryzowana (projektowany art. 40c ustawy o systemie), przy czym ma być to waloryzacja w oparciu o wskaźnik równy średniorocznej dynamice wartości produktu krajowego brutto w cenach bieżących za okres ostatnich 5 lat poprzedzających termin waloryzacji (projektowany art. 40 ust. 4 ustawy o systemie). Ponieważ dynamika wartości PKB może być również ujemna, można byłoby odnieść wrażenie, że ryzyko związane z ewidencjonowaniem składki na subkoncie w ZUS jest podobne. Tymczasem ustawodawca w projektowanym art. 40c ust. 1 ustawy o systemie przesądził, że w wyniku przeprowadzonej waloryzacji stan konta nie może ulec obniżeniu. Oznacza to, że ubezpieczonemu, któremu ewidencjonuje się składki na subkoncie, gwarantuje się w chwili osiągnięcia wieku emerytalnego i ustalania kapitałowej emerytury okresowej albo dożywotniej przynajmniej nominalną wartość zaewidencjonowanych składek, przy czym z dużym prawdopodobieństwem należy przyjąć, biorąc pod uwagę przyjętą metodę waloryzacji, że będzie to kwota wyższa, ponieważ uwzględnia się wzrosty PKB w tym okresie i jest mało prawdopodobne, że przez cały ten czas PKB będzie ujemny.

Oczywiście inne jest źródło finansowania emerytury kapitałowej pochodzącej z OFE i ze środków zaewidencjonowanych na subkoncie. O ile w przypadku OFE pochodzi ona z inwestycji na kapitale, o tyle w przypadku subkonta z dotacji budżetu państwa. Wynika to wprost z projektowanego art. 7 ust. 4 pkt 2 ustawy o emeryturach kapitałowych (art. 8 pkt 2 projektowanej ustawy).

Niemniej z punktu widzenia oceny, czy zmniejszenie składki ingeruje w uprawnienia, które mogłyby zostać nabyte, gdyby nie wprowadzono projektowanej zmiany, wydaje się, że przyjęte rozwiązanie jest korzystniejsze, przede wszystkim ze względu na wprowadzenie gwarancji wypłaty przynajmniej nominalnej wartości wpłaconych składek zwiększonych o wskaźnik waloryzacji. Oczywiście w sytuacji, gdyby się okazało, że stopa zwrotu z inwestycji kapitałowych byłaby większa niż proponowany mechanizm waloryzacji odnoszący się do PKB, to świadczenie ustalane na podstawie środków w OFE. Oceny korzystności nie można jednak sprowadzać wyłącznie do potencjalnej, i opartej aktualnie na rachunku prawdopodobieństwa możliwości uzyskania wyższych świadczeń, gdyby składka nie została obniżona i to pod warunkiem, że średnia stopa zwrotu z inwestycji w OFE byłaby wyższa niż przyjęty wskaźnik waloryzacji środków na subkoncie w ZUS. Skłaniam się ku stanowisku, że

jest to rozwiązanie dla ubezpieczonych korzystniejsze, gdyż nie indywidualizuje ryzyka emerytalnego i nie przerzuca na ubezpieczonych ryzyka wahań koniunktury gospodarczej. W zamian gwarantuje, w chwili obecnej, wiadomy poziom świadczeń. Nie jest to jednoznaczne z negatywną oceną działalności OFE, gdyż podmioty te funkcjonują na zasadach, które nie korespondują z ideą zabezpieczenia społecznego. Podstawowy problem związany jest z przymusem uczestnictwa OFE przy jednoczesnej indywidualizacji ryzyka emerytalnego i przerzuceniu ryzyka straty z inwestycji, w granicach określonych w ustawie o FE, na przyszłych emerytów.

Reasumując, nie wydaje się, że proponowane rozwiązanie można uznać za niekorzystną ingerencję w obowiązujący stan prawny określający zasady kształtowania emerytalnej ekspektatywy. Właściwie na tym sformułowaniu można byłoby poprzestać dalszej analizy, lecz biorąc pod uwagę, że kwestia ta może być postrzegana również odmiennie, przyjmijmy dla dalszych rozważań, że jest to jednak rozwiązanie mniej korzystne, co pozwoli ocenić projektowaną regulację z punktu widzenia zgodności z określonymi wzorcami konstytucyjnej kontroli.

3.5. Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego co do możliwości oceny celowości i trafności działań podejmowanych przez ustawodawcę

W dotychczasowym orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny stwierdzał wielokrotnie, że ocena celowości i trafności rozstrzygnięć parlamentu wykracza poza zakres kompetencji sądownictwa konstytucyjnego, ponieważ sąd konstytucyjny jest sądem prawa, a nie faktów.⁷⁴ Nie jest on upoważniony do kontrolowania ustawodawczych poczynań, opartych na wiedzy dotyczącej kwestii finansowych związanych z szeroko rozumianą sferą wydatków publicznych. W wyroku z dnia 20 listopada 2001 r.⁷⁵ stwierdzono, powołując się na dotychczasowe orzecznictwo, że "ustawodawca jest uprawniony do stanowienia prawa odpowiadającego założonym celom politycznym i gospodarczym, zaś władztwo to nabiera szczególnego znaczenia w okresie przemian ustrojowych.⁷⁶ Za wybór właściwych celów parlament ponosi zatem odpowiedzialność przed swoim elektoratem. Zapewnienie równowagi budżetowej jest wartością konstytucyjną, gdyż od niej zależy zdolność państwa do działania i rozwiązywania jego różnorodnych interesów.⁷⁷ Swoboda władzy ustawodawczej jest wprawdzie ograniczona zasadami i przepisami konstytucyjnymi oraz obowiązkiem poszanowania chronionych przez te zasady i przepisy wartości, lecz w wypadkach wątpliwych domniemanie powinno przemawiać na rzecz zgodności rozstrzygnięć ustawowych z konstytucją, zaś obalenie tego domniemanie wymaga bezspornego wykazania

⁷⁴ J. Zakrzewska, Spór o konstytucję, Warszawa 1993, s. 81

⁷⁵ SK 15/01, OTK 2001/8/252

⁷⁶ wyrok TK z dnia 7 grudnia 1993 r., K 7/93, OTK 1993/2/42

⁷⁷ orzeczenie z dnia 30 listopada 1993 r., K 18/92, OTK 1993/2/41

sprzeczności zachodzącej między ustawą i konstytucją⁷⁸ Z kolei w wyroku z dnia 4 grudnia 2000 r.⁷⁹, Trybunał Konstytucyjny odnosząc się do zagadnienia realizacji konstytucyjnego prawa do zabezpieczenia społecznego określonego w art. 67 ust. 1 Konstytucji (w kontekście art. 2 ustawy o FUS) podkreślił, że „państwo ma obowiązek podejmowania działań, które zapewnią odpowiednie środki finansowe niezbędne dla realizacji konstytucyjnych praw socjalnych, ale musi przy tym uwzględniać sytuację gospodarczą i konieczność zapewnienia warunków rozwoju gospodarczego”. Zwiększanie lub ograniczanie wydatków z tym związanych musi mieć na uwadze konieczność zapewnienia równowagi finansów publicznych. Równowaga finansów publicznych stanowi wartość chronioną konstytucyjnie. Państwo ma zatem obowiązek podejmowania działań, które zapewnią odpowiednie środki finansowe niezbędne dla realizacji konstytucyjnych praw socjalnych, ale musi przy tym uwzględniać sytuację gospodarczą i konieczność zapewnienia warunków rozwoju gospodarczego. Przyjęto zatem, że Trybunał „na tle spraw zabezpieczenia społecznego nie bada trafności bądź celowości rozstrzygnięć parlamentu i zawsze przyjmuje wstępne założenie, że parlament działał racjonalnie i zgodnie z Konstytucją”.⁸⁰ Granice możliwości zaspokajania tych potrzeb wyznaczone są przez inne, podlegające ochronie, wartości konstytucyjne. Dlatego też decyzje podejmowane w tym zakresie przez ustawodawcę tylko w wąskim zakresie mogą podlegać konstytucyjnej kontroli.⁸¹

Jeśli chodzi o zmniejszenie składki do OFE, to właściwe jest postawienie pytania, jak przedmiotowa propozycja wpływa na realizację prawa do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego. Jest to bowiem swoisty środek, który ma zrealizować, z punktu widzenia tego prawa konstytucyjnego, określony cel. Możliwości realizacji tego celu, biorąc pod uwagę programowy charakter prawa do zabezpieczenia społecznego, wymaga posiadania określonej wiedzy empirycznej, która zresztą została zaprezentowana w uzasadnieniu projektu. W tym kontekście można byłoby zatem stwierdzić, że Trybunał Konstytucyjny może nie być skłonny do badania zgodności zmniejszenia składki do OFE z ustawą zasadniczą, ponieważ stanowiłoby to ocenę środka, „jaki ustawodawca zamierza wprowadzić, aby zrealizować cel, jakim jest zabezpieczenie społeczne po osiągnięciu wieku emerytalnego.

Takie podejście byłoby jednak nieuzasadnione, mimo że niewątpliwie kontrola działań ustawodawcy w dziedzinie zabezpieczenia społecznego w zakresie, w jakim dotyczy ona kwestii finansowych spowodowana jest faktem, że stosowanie norm, mających z natury charakter programowy, jest „delikatne i złożone”.⁸² W dotychczasowych rozważaniach

⁷⁸ orzeczenie z dnia 24 maja 1994 r., K 1/94, OTK 1994/1/10

⁷⁹ wyrok z dnia 4 grudnia 2000 r., K 9/00, OTK ZU 2000/8/294

⁸⁰ wyrok z 12 września 2000 r., sygn. K 1/00, OTK ZU 2000/6/185

⁸¹ wyrok z dnia 13 grudnia 2004 r., K 20/04, OTK-A 2004/11/115

⁸² T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, Normy programowe w konstytucji (w:) Charakter i struktura norm konstytucji, red. J. Trzcziński, Warszawa 1997 r., s. 110

metodologia ustalania „normatywnej” treści (wiążącego charakteru) norm programowych przeprowadzana była z reguły wyłącznie w oparciu o przepisy ustawy zasadniczej. Dlatego też formułowano wiele argumentów przeciwko wiążącemu charakterowi norm programowych. Twierdzono bowiem, że: 1) wypowiedzi wskazujące cele są formułowane w sposób tak ogólnikowy, że nie można z nich wyprowadzać żadnych bliżej określonych wskazówek postępowania, 2) co do zasady nie jest możliwe pełne zrealizowanie celów przez nie wskazywanych, 3) cele często ze sobą kolidują, a więc zachowania zmierzające do realizacji jednych z nich utrudniają bądź uniemożliwiają realizację drugich, 4) trudno wskazać sankcję związaną z nieprzebraniem tego rodzaju wypowiedzi.⁸³

Formułowane przez Trybunał tezy w zakresie braku kompetencji kontrolnych, jak również przedstawione zarzuty trudno uznać za uzasadnione, tym bardziej, że wywiedziony z prawa do zabezpieczenia społecznego nakaz optymalizacyjny⁸⁴ przesądza o konieczności oceny przez Trybunał otaczającej rzeczywistości społecznej. Uchylenie się od tego obowiązku wyklucza możliwość zakwalifikowania określonego środka jako optymalnego, co jest głównym przedmiotem oceny ustawodawczej działalności (więcej na temat wyboru środka optymalnego w części dotyczącej zabezpieczenia społecznego).

Natomiast w literaturze przedmiotu podkreśla się, że kwalifikacja określonej normy jako programowej nie wyklucza pełnienia przez nią kryterium konstytucyjności.⁸⁵ Podstawowy problem sprowadza się jednak do zakresu dopuszczalności oceny otaczającej rzeczywistości na podstawie własnej wiedzy empirycznej. W ocenie T. Gizbert-Studnickiego i A. Grabowskiego należałoby w ograniczonym zakresie umożliwić, przy badaniu zgodności z konstytucją określonego aktu prawnego, taką ocenę, jednakże pod warunkiem, że sąd konstytucyjny korzystałby z ekspertyz, które przeprowadził ustawodawca w procesie legislacji.⁸⁶ W kontekście zabezpieczenia po osiągnięciu wieku emerytalnego, chodziłoby więc o przedstawienie uwarunkowań możliwości realizacji świadczeń pieniężnych z punktu widzenia uwarunkowań ekonomicznych. Bez wątplenia sąd konstytucyjny tej wiedzy nie posiada, stąd też powinien móc odwołać się do specjalistycznej wiedzy, która nie powinna się ograniczać wyłącznie, tak jak sugerują T. Gizbert-Studnicki i A. Grabowski⁸⁷ do ekspertyz, z jakich korzystał ustawodawca.

Reasumując, zasadne wydaje się zatem badanie pod kątem zgodności z Konstytucją zmniejszenia składki do OFE jako wyboru środka optymalnego. Niezależnie od tego zasadna jest ocena projektowanej zmiany w kontekście zgodności z: 1) zasadą ochrony praw w trakcie nabywania, 2) zasadą zaufania do państwa i stanowionego prawa, 3) zasadą *pacta*

⁸³ Zarzuty zostały przedstawione za T. Gizbert-Studnickim i A. Grabowskim, *Normy...*, *Ibidem*, s. 107

⁸⁴ por. K. Ślebza, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 249 i nast.

⁸⁵ *Ibidem*

⁸⁶ *Ibidem*

⁸⁷ T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, *Normy...*, *op. cit.*, s. 110

sunt servanda, 3) prawem do ochrony własności i innych praw majątkowych oraz 4) prawem do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego.

3.6 Zmniejszenie składki do OFE a naruszenie zasady ochrony praw w trakcie nabywania (ekspektatywy)

Problematyka zmniejszenia składki do OFE może być postrzegana przez pryzmat konieczności ochrony praw w trakcie nabywania jako elementu ochrony praw nabytych, wyinterpretowywanego z zasady państwa prawnego (art. 2 Konstytucji). Orzecznictwo Trybunału należy, w tym zakresie, uznać za jednolite. Zostało ono dość obszernie zreferowane w wyroku z dnia 22 czerwca 1999 r.⁸⁸, co wymaga skrótowego zaprezentowania w tym miejscu opinii. W ocenie Trybunału ochrona praw nabytych nie oznacza nienaruszalności tych praw. Zasada ochrony praw nabytych nie ma charakteru absolutnego i nie wyklucza stanowienia regulacji mniej korzystnych dla jednostki. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, że odstępianie od zasady ochrony praw nabytych jest dopuszczalne w szczególnych okolicznościach, gdy przemawia za tym inna zasada prawnokonstytucyjna. Precyzując pojęcie "szczególnych okoliczności", uzasadniających odejście od ochrony praw nabytych Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że chodzi tutaj o "sytuacje nadzwyczaj wyjątkowe, gdy ze względów obiektywnych zachodzi potrzeba dania pierwszeństwa określonej wartości chronionej bądź znajdującej oparcie w przepisach Konstytucji (...). Wyjątkowość sytuacji nakazuje dokonanie oceny pod tym względem w każdej z osobna sytuacji, jako że trudno jest tu o wypracowanie ogólniejszej, uniwersalnej reguły".⁸⁹ Ingerując w prawa nabyte, prawodawca powinien umożliwić zainteresowanym dostosowanie się do nowej sytuacji, w szczególności poprzez wprowadzenie odpowiedniego *vacatio legis*. Uogólniając i precyzując dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego dotyczące ochrony praw nabytych należy stwierdzić, że ocena dopuszczalności ograniczeń tych praw wymaga rozważenia:

- 1) czy wprowadzone ograniczenia znajdują podstawę w innych normach, zasadach lub wartościach konstytucyjnych,...
- 2) czy nie istnieje możliwość realizacji danej normy, zasady lub wartości konstytucyjnej bez naruszenia praw nabytych,
- 3) czy wartościom konstytucyjnym, dla realizacji których prawodawca ogranicza prawa nabyte, można w danej, konkretnej sytuacji przyznać pierwszeństwo przed wartościami znajdującymi u podstaw zasady ochrony praw nabytych, a także
- 4) czy prawodawca podjął niezbędne działania mające na celu zapewnienie jednostce warunków do przystosowania się do nowej regulacji.

⁸⁸ K 5/99, OTK 1999/5/100

⁸⁹ orzeczenie z 29 stycznia 1992 r., sygn. akt K. 15/91, OTK w 1992 r., cz. I, s. 163

Natomiast przy okazji badania konstytucyjności przepisów z zakresu prawa emerytalnego⁸⁰, w orzecznictwie TK stwierdzono, iż na poziomie najbardziej ogólnym "zasada ochrony praw nabytych zakazuje arbitralnego znoszenia lub ograniczania praw podmiotowych przysługujących jednostce lub innym podmiotom prywatnym występującym w obrocie prawnym"⁸¹. Jej stosowanie podlega następującym ograniczeniom:

- 1) może ona służyć wyłącznie do ochrony praw podmiotowych lub maksymalnie ukształtowanych ekspektatyw tych praw, tzn. pod warunkiem, że spełnione zostały wszystkie zasadnicze przesłanki ustawowe nabycia prawa pod rządami danej ustawy bez względu na późniejsze zmiany prawne; w sferze praw emerytalnych są to zwłaszcza przesłanki upływu wymaganego przez prawo okresu składkowego/nieskładkowego, stażu pracy lub osignięcia wieku emerytalnego. Na marginesie należy zwrócić uwagę, że poglądy Trybunału Konstytucyjnego w zakresie ochrony wyłącznie maksymalnie ukształtowanych ekspektatyw praw do emerytur w obniżonym wieku emerytalnym były przywoływane (aprobująco) przez sądy powszechne,⁸²
- 2) w sferze praw emerytalnych i rentowych ochronie mogą podlegać zarówno prawa nabyte wskutek skonkretyzowanych decyzji przyznających świadczenia, jak i prawa nabyte *in abstracto* zgodnie z ustawą przed zgłoszeniem wniosku o ich przyznanie (zasada ta nie jest więc uzależniona od wszczęcia postępowania mającego na celu aktualizację uprawnienia);
- 3) ochronie konstytucyjnej podlegają tylko prawa nabyte "słusznie" (co wyklucza stosowanie analizowanej zasady nie tylko w wypadku praw nabytych *contra legem* czy *prater legem*, lecz także uzyskanych z naruszeniem zasady sprawiedliwości społecznej albo w sposób niedopuszczalny w demokratycznym państwie prawnym);
- 4) nie ma ona charakteru absolutnego - zakazane jest wyłącznie arbitralne i nieproporcjonalne ograniczanie praw nabytych, mogą one natomiast być uszczuplane "w szczególnych okolicznościach" nie tylko z uwagi na wartości konstytucyjne, ale i pewne okoliczności gospodarczo-społeczne; w sferze praw emerytalnych Trybunał Konstytucyjny wymieniał wśród nich najczęściej: równowagę finansową państwa, kryzys gospodarczy i niekorzystne trendy demograficzne.

Powyższe stwierdzenia można uzupełnić postulatem doktryny, aby ograniczanie praw nabytych uznawać za zgodne z Konstytucją pod warunkiem wprowadzenia rozwiązań

⁸⁰ por. zwłaszcza wyrok z: 22 czerwca 1999 r., sygn. K 5/99 i 4 stycznia 2000 r., sygn. K 18/99 oraz powołane w nich orzeczenia przedkonstytucyjne; por. także M. Jackowski, Ochrona praw nabytych w polskim systemie konstytucyjnym, Warszawa 2008 oraz tenże Ekspektatywa jako przedmiot ochrony konstytucyjnej, "Państwo i Prawo" z. 11/2007, s. 93-101; K. Ślebzak, Ochrona..., op. cit.; R. Pacud, Oczekiwanie..., op. cit.; K. Antonów, Prawo..., op. cit., s. 66-73

⁸¹ wyrok TK: z dnia 22 czerwca 1999 r., K 5/99, OTK 1999/5/100; z dnia 4 stycznia 2000 r., K 18/99, OTK 2000/1/1

⁸² por. np. wyrok Sądu Najwyższego z 22 lutego 2008 r., I UK 228/07, OSNP 2009/11-12/149 czy wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 15 października 2008 r., sygn. akt III AUa 221/08, tezy opublikowane na: <http://www.gdansk.sa.gov.pl/index.php?mod=articles&k1=26&k2=29&k3=35&id=44>

rekompensujących te ograniczenia, zwłaszcza wtedy, gdy jest to konieczne z powodu potrzeby wyeliminowania norm prawnych wadliwych systemowo lub aksjologicznie.⁹³

W dotychczasowych orzeczeniach Trybunał Konstytucyjny stwierdzał m.in., że nie narusza zasady ochrony praw nabytych wygaszanie praw do emerytury kolejowej na podstawie kryterium daty urodzenia⁹⁴ oraz wydłużenie okresu zatrudnienia w szczególnych warunkach lub w szczególnym charakterze, wymaganego dla uzyskania emerytury w obniżonym wieku emerytalnym.⁹⁵ Nie jest z tą zasadą natomiast zgodne ograniczanie prawa do wcześniejszej emerytury pracowników opiekujących się dziećmi wymagającymi stałej opieki w zależności od daty urodzenia uprawnionego.⁹⁶

Odnosząc powyższe rozważania do ceny obniżenia składki do OFE należałoby stwierdzić, że przeciwko uznaniu naruszenia projektowanej zmiany z zasadą ochrony praw w trakcie nabywania przemawiają następujące argumenty:

- 1) w przypadku osób objętych obowiązkowo drugim filarem ekspektatywy znajdują się dopiero w początkowej fazie kształtowania, zatem trudno uznać, że są to ekspektatywy maksymalnie ukształtowane;
- 2) ustawodawca nie dokonuje ingerencji w ekspektatywę już ukształtowaną, a zmienia zasady jej kształtowania na przyszłość;
- 3) ustawodawca przewidując utworzenie subkonta wprowadza regulacje rekompensujące zmianę dotychczasowych zasad kształtowania ekspektatywy;
- 4) zmiana ta znajduje uzasadnienie w innej wartości konstytucyjnej jaką są finanse publiczne; dalsze dotacje do systemu emerytalnego na coraz wyższym poziomie nakazują podjęcie określonych działań (inną kwestią jest to, czy wyłącznie zmniejszenie składki przyczynia się do rozwiązania problemu zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego).

Niezależnie od tego należy również stwierdzić, że ocena dopuszczalności wyjątków od zasady ochrony praw nabytych wymaga zatem rozważenia, na ile oczekiwanie jednostki, że prawa uznane przez państwo będą realizowane jest usprawiedliwione. Zasada ochrony praw nabytych chroni wyłącznie oczekiwania usprawiedliwione i racjonalne. Usprawiedliwione oczekiwania realizacji praw nabytych powstają w szczególności w przypadku przyznania świadczeń emerytalnych decyzją właściwych organów i wiążą się one ze szczególnym charakterem stosunku ubezpieczeniowego. Odmienny charakter mają natomiast sytuacje prawne osób, które nie spełniają wszystkich przesłanek nabycia prawa do emerytury. W tym przypadku brak jest również silnych argumentów przemawiających za zapewnieniem stabilności prawa.

⁹³ R. Pacud, op.cit., s. 65; W. Szubert, Prawo emerytalne przed Trybunałem Konstytucyjnym, "Przegląd Sądowy" z 1992 r. Nr 2, s. 14

⁹⁴ wyrok z dnia 22 czerwca 1999 r., K 5/99, OTK 1999/5/100

⁹⁵ wyrok z 10 lipca 2008 r., K 33/06, OTK-A 2008/6/106

⁹⁶ z dnia 4 stycznia 2000 r., K 18/99, OTK 2000/1/1

Jeśli chodzi zatem o kwestię, czy ubezpieczeni mogą oczekiwać, że zasady kształtowania emerytalnej ekspektatywy zostaną niezmienione, to należy przede wszystkim powtórzyć, że reforma nie została zakończona. Od samego początku, z punktu widzenia obowiązującego prawa, ostateczny kształt wypłaty świadczeń z OFE nie był znany (co innego natomiast, jak była kształtowana i nadal jest, społeczna świadomość w zakresie dotyczącym możliwości uzyskiwania określonych świadczeń z drugiego filara). W świetle niewiadomego modelu docelowego nabywania prawa do emerytury dożywotniej wydaje się, że oczekiwanie takie trudno uznać za uzasadnione. Biorąc natomiast pod uwagę orzecznictwo Trybunału, w którym mówi się, że istnieją dziedziny życia i sytuacje, w których jednostka musi liczyć się z tym, że zmiana warunków społecznych lub gospodarczych może wymagać zmian regulacji prawnych, należałoby przyjąć, że do takich sytuacji dochodzi w przypadku, gdy system finansowy państwa, jak również gdy sytuacja demograficzna, bądź inne czynniki wymagają podjęcia takich działań (szerzej na ten temat przy realizacji zasady zabezpieczenia społecznego). Jeżeli zatem skutki wynikające z wprowadzonej reformy w 1999 r. stają się coraz bardziej dotkliwe z punktu widzenia finansów publicznych, a wprowadzenie innych rozwiązań, które byłyby mniej uciążliwe dla obywateli nie jest, z różnych powodów, możliwe, to należałoby przyjąć, że ustawodawca jest uprawniony do zmiany obowiązującego prawa.

W powyższy sposób należałoby również ocenić projektowaną zmianę odnoszącą się do zmniejszenia składki do OFE z punktu widzenia ochrony praw w trakcie nabywania. Oznaczałoby to, że zmniejszenie składki do OFE, połączone z utworzeniem subkonta w ZUS, nie może być traktowane jako naruszające zasadę ochrony praw w trakcie nabywania.

3.7 Zmniejszenie składki do OFE a naruszenie zasady zaufania do państwa i stanowionego przezeń prawa

Wśród reguł ograniczających swobodę ustawodawcy w zakresie zmiany prawa wskazuje się również na te, które chronią wartość określaną jako zaufanie obywatela do państwa i tworzonego przez nie prawa. Bezpieczeństwo prawne uznawane jest bowiem za jedną z podstawowych wartości państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP). W takim przypadku chodzi o szczególny rodzaj wolności, a mianowicie wolności od nieoczekiwanych ingerencji państwa w zakresie zmian prawodawstwa w sposób zaskakujący obywateli, jak i sposobu stosowania prawa.⁹⁷ Celem jest uwzględnienie tzw. wewnętrznej moralności prawa, polegającej na tym, aby stosunki między państwem i obywatelem charakteryzowały się lojalnością.⁹⁸ Bezpieczeństwo prawne jest zatem trwałym elementem koncepcji państwa prawnego. Inną kwestią jest natomiast ustalenie, czy tak rozumiane reguły etosu prawa

⁹⁷ Z. Ziembliński, *Wartości konstytucyjne*, Warszawa 1993, s. 63

⁹⁸ *ibidem*

obowiązują. S. Wronkowska stwierdza, że w ich przypadku mamy do czynienia z sytuacją swoistą, co przejawia się w tym, że podstawą obowiązywania przedmiotowych reguł jest „uzasadnienie aksjologiczne, splecione ze „słabą” wersją uzasadnienia tetycznego – „słabą” ponieważ nakaz respektowania reguł etosu wywodzony jest z przepisu, który do tych reguł, jako komponenta doktryny państwa prawnego odsyła”.⁹⁹ Autorka wskazuje jednocześnie, że w pozytywistycznej koncepcji teorii prawa uzasadnienie aksjologiczne nie może być samodzielną podstawą uznania jej za prawnie wiążącą. W tym kontekście odwołuje się ona do koncepcji modyfikujących, w których przyjmuje się, że rażące naruszenie pewnych wartości uzasadnia odmówienie normie prawnej charakteru prawnie wiążącego.¹⁰⁰

Zasada zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa (zwana także zasadą lojalności państwa względem obywateli; dalej: zasada zaufania) była wielokrotnie wykorzystywana jako niesamodzielny wzorzec kontroli w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym. Syntetyczne podsumowanie najważniejszych ustaleń w tej sprawie zostało zawarte w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 19 listopada 2008 r., sygn. Kp 2/08 (por. także liczne powołane w nim orzeczenia i literaturę). Stwierdzono w nim m.in.: „Istotą zasady lojalności państwa względem obywateli da się przedstawić jako zakaz zastawiania przez przepisy prawne pułapek, formułowania obietnic bez pokrycia, bądź nagłego wycofywania się przez państwo ze złożonych obietnic lub ustalonych reguł postępowania; jako niedopuszczalność kreowania organom państwowym możliwości nadużywania swojej pozycji wobec obywatela (...) W... dotychczasowym... orzecznictwie... Trybunału... Konstytucyjnego odnaleźć można szereg bardziej szczegółowych dyrektyw i ocen, skierowanych do prawodawcy, będących konsekwencjami respektowania powyższej zasady, w szczególności następujących:

- 1) zasada pewności prawa podważana jest szczególnie przez niejasność i niespójność regulacji (...);
- 2) zasada ochrony zaufania do państwa i prawa powinna być tym silniej respektowana, im dłuższa jest w danej sferze życia perspektywa czasowa podejmowanych działań (...);
- 3) niedopuszczalne jest, aby najpierw namawiać obywateli do pewnego rozwiązania, a następnie traktować osoby, które «dały się na to nabrać», gorzej niż osoby, które zignorowały zachęty ustawodawcy (...);
- 4) prawodawca narusza wartości, znajdujące się u podstaw omawianej zasady, «wtedy, gdy jego rozstrzygnięcie jest dla jednostki zaskoczeniem, bo w danych okolicznościach nie mogła go przewidzieć, szczególnie zaś wtedy, gdy przy jego

⁹⁹ S. Wronkowska, Charakter prawny klauzuli demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej) (w:) Zasada demokratycznego państwa prawnego w Konstytucji RP, red. S. Wronkowska, Warszawa 2006, s. 117-118

¹⁰⁰ *ibidem*, s. 117

podejmowaniu prawodawca mógł przypuszczać, że gdyby jednostka przewidywała zmianę prawa, byłaby inaczej zadecydowała o swoich sprawach» (...);

- 5) «przyjmowane przez ustawodawcę nowe unormowania nie mogą zaskakiwać ich adresatów, którzy powinni mieć czas na dostosowanie się do zmienionych regulacji i spokojne podjęcie decyzji co do dalszego postępowania» (...);
- 6) «prawodawca, wprowadzając zmiany w systemie prawnym - powinien (...) preferować rozwiązania najmniej uciążliwe dla jednostki i ustanawiać regulacje, które ułatwią adresatom dostosowanie się do nowej sytuacji».

Mimo że niektóre z powyższych tez zostały wyrażone w kontekście badania przepisów z innych sfer niż prawa emerytalne, zachowują one pełną aktualność w zakresie zmian w systemie emerytalnym. Uzupełniająco należy jednak zauważyć, że zasada zaufania stosunkowo rzadko była wykorzystywana w sprawach z obszaru ubezpieczeń społecznych.

Omawianej zasadzie nie nadaje się charakteru absolutnego. TK dopuszcza możliwość dokonywania zmian stanu prawnego na niekorzyść obywatela, zwłaszcza wówczas, „gdy przemawia za tym inna zasada prawnokonstytucyjna albo gdy ze względów obiektywnych zachodzi potrzeba dania pierwszeństwa określonej wartości uznanej lub chronionej konstytucyjnie”.¹⁰¹ Wartością taką, która usprawiedliwiała ograniczenie praw górników do wynagrodzenia była na przykład równowaga budżetowa.¹⁰² Trybunał Konstytucyjny uważa, że państwo ma obowiązek podejmowania działań, które zapewnią odpowiednie środki finansowe niezbędne dla realizacji konstytucyjnych praw socjalnych, ale musi przy tym uwzględniać sytuację gospodarczą i konieczność zapewnienia warunków rozwoju gospodarczego¹⁰³, a nawet dostosować zakres realizacji praw socjalnych do warunków ekonomicznych.¹⁰⁴ Trybunał wskazał zatem w uzasadnieniu wyroku z 12 września 2000 r.¹⁰⁵, że na tle spraw zabezpieczenia społecznego nie bada trafności bądź celowości rozstrzygnięć parlamentu i zawsze przyjmuje wstępne założenie, że parlament działał racjonalnie i zgodnie z Konstytucją.

W kontekście powyższych rozważań można sformułować następujące argumenty przeciwko uznaniu, że projektowane zmniejszenie składki do OFE, połączone z utworzeniem subkonta w ZUS, jest niezgodne z zasadą zaufania do państwa i stanowionego prawa:

- 1) reforma emerytalna wprowadzona w 1999 r. nie została dokończona; po 11 latach jej funkcjonowania konieczna jest zatem jej ocena i refleksja nad modelem docelowym (inną natomiast kwestię jak kwestię reformy przedstawiano w środkach masowego przekazu);

¹⁰¹ wyrok TK z dnia 13 marca 2000 r., K 1/99, OTK 2000/2/250.

¹⁰² wyrok TK z dnia 7 grudnia 1999 r., K 6/99, OTK 1999/7/840

¹⁰³ wyrok z dnia 20 listopada 2001 r., SK 15/01, OTK 2001/8/252

¹⁰⁴ wyrok z 22 października 2001 r., SK 16/01, OTK 2001/7/214

¹⁰⁵ K 1/00, OTK 2000/6/185

- 2) ustanowione prawo w 1999 r. nie nosiło cech stabilności, w związku z niedokończeniem reformy trudno jest zatem oczekiwać, że przyjęte rozwiązania nie będą podlegały modyfikacji, skoro ustawodawca w tamtym czasie nie zdecydował o docelowym modelu systemu emerytalnego;
- 3) racjonalnie działająca jednostka powinna brać pod uwagę, że zmiany obowiązującego prawa będą konieczne w celu określenia docelowego modelu systemu emerytalnego;
- 4) projektowana regulacja nie zaskakuje adresatów, ponieważ wprowadza rozwiązania rekompensujące (subkonto w ZUS);
- 5) za wprowadzeniem zmiany przemawiają wysokie koszty funkcjonowania systemu i stan finansów publicznych (konieczność zachowania równowagi budżetowej).

Reasumując nie jest zasadne uznanie, że doszło do naruszenia zasady zaufania do państwa i stanowionego prawa.

3.8 Zmniejszenie składki do OFE a naruszenie zasady *pacta sunt servanda*

Problem zmniejszenia składki do OFE można byłoby również próbować postrzegać przez pryzmat zasady *pacta sunt servanda*, a zatem swoistej umowy społecznej. Jej rola i znaczenie jest różne w zależności od gałęzi prawa, w obrębie której jest ona dyskutowana. Na cywilistycznej koncepcji obowiązywania zasady *pacta sunt servanda* opierają się również rozważania podejmowane w innych gałęziach prawa, takich jak na przykład prawo administracyjne¹⁰⁶, prawo pracy¹⁰⁷ czy prawo karne.¹⁰⁸ Warto również zwrócić uwagę na orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego¹⁰⁹, Sądu Najwyższego¹¹⁰, Europejskiego Trybunału Praw Człowieka¹¹¹ czy Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.¹¹² W zasadzie można sformułować generalny i dość ogólny wniosek, że w zdecydowanej większości przypadków zasada *pacta sunt servanda* była rozważana w kontekście szeroko rozumianych stosunków zobowiązaniowych, niezależnie od źródła ich pochodzenia. Z punktu widzenia źródeł jej

¹⁰⁶ Z. Cieślak, *Umowa administracyjna w państwie prawa*, Kraków 2004, s. 68-69. Autor stwierdza, że brak wyraźnej podstawy prawnej w systemie prawa nie przesądza jeszcze o braku możliwości wiązania się przez organy wyposażone we władztwo publiczne umowami administracyjnymi. W takim przypadku formy działania należy oprzeć na zasadach ogólnych takich jak *pacta sunt servanda*.

¹⁰⁷ Por. np. monografię M. Lewandowicz-Michnikowskiej, *Klauzula konkurencyjna w Kodeksie pracy*, Kraków 2004, s. 154

¹⁰⁸ W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003

¹⁰⁹ wyrok z dnia 11 lutego 1992 r., K 14/91, OTK 1992/1/7; z dnia 17 grudnia 1997 r., K 22/96, OTK 1997/5-6/1; z dnia 15 września 1998 r., K 10/98, OTK 1998/5/64; z dnia 7 maja 2001 r., K 19/00, OTK 2001/4/82; z dnia 27 kwietnia 2005 r., P 1/05, OTK-A 2005/4/42; z dnia 5 października 2005 r., SK 39/05, OTK-A 2005/9/99

¹¹⁰ Np. wyrok z dnia 25 stycznia 2007 r., I PK 207/2006, *Monitor Prawa Pracy* z 2007/10/537; z dnia 11 kwietnia 2006 r., I PK 171/2005, OSNP 2007/7-8/94; wyrok z dnia 5 października 2006 r., IV CSK 157/2006, OSNC 2007/7-8/114; uchwała z dnia 24 czerwca 2004 r., III CZP 23/2004, OSNC z 2005/7-8/120; wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r., III CKN 1320/2000, OSNC z 2004/7-8/112; z dnia 26 marca 2003 r., II CKN 1338/2000, *Lex* Nr 78826; wyrok z dnia 27 listopada 2001 r., II CKN 446/1999, *Lex* Nr 52343

¹¹¹ Np. wyrok z dnia 30 czerwca 2005 r., 45036/1998, *Lex* Nr 154344; z dnia 10 grudnia 2007 r., 68698/2001, *Lex* Nr 327333

¹¹² wyrok z dnia 16 czerwca 1998 r., C-162/1996, *ECR* z 1998 r., Nr 7, I-03655; por. wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 18 lipca 1998 r., T 202/1996, *ECR* z 1998 r., Nr 7-8, II-02829; z dnia 25 maja 2004 r., T 154/2001, *ECR* z 2004 r., Nr 5-6, II-01493

obowiązowania, w orzecznictwie sądów polskich najczęściej wskazywano na regulacje ustaw zwykłych.

Zasada ta była również dyskutowana w kontekście regulacji ustrojowych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego w kontekście zmian prawa emerytalnego. Dla przykładu w orzeczeniu z dnia 4 grudnia 1990 r. TK stwierdził, że zasada *pacta sunt servanda* może być „wydedukowana” z ogólnej zasady państwa prawnego.¹¹³ Podobnie w wyroku z dnia 17 grudnia 1997 r. wyraził pogląd, że w praktyce stosowania prawa i doktrynie zasada *pacta sunt servanda* traktowana jest jako jedna z podstawowych zasad wyrażających istotę ładu publicznego w państwie i bezpieczeństwa obrotu prawnego.¹¹⁴

Przedmiotowa zasada była również powoływana w kontekście konstytucyjnej ochrony świadczeń emerytalno-rentowych. I tak w orzeczeniu z dnia 11 lutego 1992 r. Trybunał uznał, że „zasada zaufania jest wiodącą podstawą stosunku ubezpieczeniowego, opiera się on bowiem na konstrukcji prawnej zaufania i na przeświadczeniu ubezpieczonego, że po spełnieniu określonych warunków (pracy, składki) i po upływie określonego czasu (osiągnięcia wymaganego wieku) lub zaistnieniu innego ryzyka ubezpieczeniowego (inwalidztwa) ubezpieczony otrzyma określone świadczenia – przy czym tym większe im zasadniczo większy wysiłek pracy – upraszczając weźmie na siebie. Stąd system ubezpieczeniowy przybiera formę swoistej umowy społecznej, rządzącej się zasadą *pacta sunt servanda*.”¹¹⁵ Koncepcja wyinterpretowywania zasady ochrony praw nabytych z umowy społecznej wywodzonej z zasady państwa prawnego znalazła swoje odbicie w doktrynie.¹¹⁶ Wydaje się, że największy wpływ na kształtowanie się orzecznictwa, jak i doktryny po 1991 r. wywarło stanowisko T. Zielińskiego, który uznając znaczenie umowy społecznej stwierdził, że jednym z podstawowych wymagań państwa prawnego jest przestrzeganie zasady *pacta sunt servanda*.¹¹⁷ Jego zdaniem oznacza to, że prawa stanowione, mocą kontraktu tożsamego z wolą powszechną, nie mogą być *ad nutum* cofane, zmieniane i zastępowane jednostronną decyzją prawodawcy.¹¹⁸ Jednocześnie autor zauważył, że z logicznego punktu widzenia nie dość jasne jest zaliczenie zasady *pacta sunt servanda* do pryncypiów konstruujących zasadę państwa prawnego.¹¹⁹

Nie przeszkodziło to jednak zasugerować, że w związku z zasadą *pacta sunt servanda* kwestia ochrony praw nabytych wymagałaby rozważenia na dwóch płaszczyznach:

¹¹³ K 12/90, OTK 1990/1/7

¹¹⁴ K 22/97, OTK 1997/3-4/41

¹¹⁵ K 14/91, OTK 1992/1/7, Pogląd ten został podtrzymany w późniejszym orzecznictwie, w którym określając charakter zasiłku dla bezrobotnych stwierdzono, że nie ma on w pełni charakteru wzajemnego świadczenia oraz tak samo silnych podstaw do ochrony jak świadczenia emerytalno-rentowe, wywodzących się z zasady *pacta sunt servanda* (orzeczenie z dnia 1 czerwca 1993 r., P. 2/92).

¹¹⁶ Por. C. Żuławska. Głosa do orzeczenia TK z dnia 4 grudnia 1990 r., K. 12/90, PIP z 1991 r., Nr 4, s. 104. Pogląd ten w najnowszej literaturze podtrzymał W. Jakimowicz, Wykładnia w prawie administracyjnym, Kraków 2006, s. 78

¹¹⁷ T. Zieliński, Ochrona..., op. cit., s. 9

¹¹⁸ ibidem; por. także: Teoria źródeł prawa i współczesne kierunki rozwoju prawa pracy; (w:) Szkice z teorii prawa i poszczególnych nauk prawnych, Księga pamiątkowa poświęcona prof. Z. Ziemińskiemu, Poznań 1990 r., s. 67

¹¹⁹ ibidem, s. 10

1) jako problem ochrony praw nadanych *in abstracto* oraz 2) jako zagadnienie ochrony *in concreto*.¹²⁰ Prawa nadane *in abstracto* pozostają pod ochroną w ramach szerzej pojętej formuły *pacta sunt servanda*, wiążącej ustawodawcę z mocy demokratycznej umowy społecznej; z kolei ochrona praw nabytych *in concreto* opiera się na zasadzie *pacta sunt servanda* rozumianej wężej, jako reguła nakazująca respektowanie uprawnień konkretnych osób określonych w decyzjach administracyjnych, umowach lub innych aktach o charakterze indywidualnym.¹²¹ Do przedmiotowej koncepcji nawiązywano zarówno w późniejszym orzecznictwie¹²², jak i w doktrynie¹²³.

W kontekście projektowanej zmiany można byłoby zatem próbować twierdzić, że w 1999 r. doszło do zawarcia swoistej umowy społecznej, w ramach której uregulowano odprowadzenie 1/3 składki emerytalnej do OFE. Zobowiązania z tej umowy podlegają zatem ochronie, co wpływa na niedopuszczalność jej zmiany. Moim zdaniem powoływanie się na koncepcję umowy społecznej wymagałoby jednak ustalenia, że można byłoby ją, jak i jej normatywną treść wyinterpretować z jakiegokolwiek przepisu ustawy zasadniczej. Tymczasem podstaw takich nie ma, a tak rozumiana zasada *pacta sunt servanda* może być co najwyżej przydatna do analizowania zasady zaufania do państwa i stanowionego przezeń prawa, jak również realizacji przez ustawodawcę prawa do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego.

Podsumowując należy stwierdzić, że zasada *pacta sunt servanda* nie może być samoistnym źródłem wzorca konstytucyjnej kontroli. Nie można zatem również sformułować zarzutu niezgodności zmniejszenia składki do OFE z ustawą zasadniczą.

3.9 Zmniejszenie składki do OFE a naruszenie konstytucyjnej zasady własności

Kwestia możliwości ochrony praw nabytych na podstawie ochrony własności, w tym zwłaszcza uprawnień emerytalnych, była przedmiotem wielu wypowiedzi TK, w szczególności przed 1997 r. Brak jednolitości poglądów wynika zarówno z okresu, w którym były one formułowane (przed, czy po wejściu w życie Konstytucji z 1997 r.), jak i rodzaju praw, które miały być objęte zasadą ochrony praw nabytych. W okresie przed 1997 r. w zasadzie istniała zgoda co do konieczności ochrony praw majątkowych (innych aniżeli prawa emerytalno-rentowe) w oparciu o art. 18 Konstytucji PRL z 1952 r. w brzmieniu przed 1990 r., zgodnie z którym Polska Rzeczpospolita Ludowa poręcza całkowitą ochronę oraz prawo do dziedziczenia własności osobistej.¹²⁴ Z kolei po nowelizacji ustawy zasadniczej z 1990 r. problem ochrony praw nabytych był rozważany w kontekście art. 7 Konstytucji PRL, według

¹²⁰ Ibidem

¹²¹ Ibidem

¹²² por. wyrok TK z dnia 15 września 1998 r., K. 10/98; uchwała TK z dnia 1 czerwca 1994 r., W. 4/94

¹²³ W. Jakimowicz, Wykładnia..., op. cit., s. 79; por. także: J. Oniszczyk, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, Kraków 2000, s. 140-141; R. Babińska, Wzruszalność..., op. cit., s. 21 i nast.

¹²⁴ Por. orzeczenie TK z dnia 31 maja 1989 r., K 2/88, OTK 1989/1/1

którego Rzeczpospolita chroni własność i prawo dziedziczenia oraz poręcza całkowitą ochronę własności osobistej.¹²⁵ Jeśli chodzi zaś o prawa emerytalno-rentowe, to przed 1997 r. orzecznictwo Trybunału nie było jednolite. W wyroku z dnia 11 lutego 1992 r.¹²⁶ zajął on stanowisko, że zasada całkowitej ochrony własności nie może stanowić odrębnej podstawy kontroli z powodu odmiennej natury świadczeń emerytalno-rentowych w porównaniu ze składnikami mienia, objętymi pojęciem własności w rozumieniu konstytucyjnym. Artykuł 7 Konstytucji jest zatem „nierелеwanta podstawa oceny” w stosunku do przepisów ustawy gwarantujących świadczenia emerytalno-rentowe. Z kolei w wyroku z dnia 19 października 1993 r.¹²⁷ stwierdził, że przedmiotowa regulacja obejmuje także prawa majątkowe, nie wyłączając praw obligacyjnych. Świadczenia z ubezpieczenia społecznego wchodzą do składników majątkowych osoby ubezpieczonej, stanowiąc źródło jej utrzymania i jakkolwiek nie wynikają one ze stosunku prawnego, który można by uznać za stosunek zobowiązaniowy w znaczeniu cywilnoprawnym, to jednak stanowią taki składnik majątkowy emeryta-rencisty, którym bez ograniczeń uprawniony może rozporządzać. Uprawnionemu do emerytury lub renty przysługuje roszczenie o wypłatę należności z tytułu ubezpieczenia w stosunku do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Prawa ubezpieczonego do świadczeń mają zatem znamiona własności jako tzw. własność z renty, ponieważ przynajmniej częściowo stanowią ekwiwalent własnego świadczenia w postaci składki ubezpieczonego na rzecz Funduszu Ubezpieczeń Społecznych. Bez względu zatem na stosunek prawny, w wyniku którego prawo do tego świadczenia powstało, ubezpieczony powinien korzystać z poręki całkowitej ochrony własności osobistej. Powyższe stanowisko Trybunał zakwestionował w orzeczeniu z dnia 17 lipca 1996 r.¹²⁸, w którym podtrzymał pogląd wyrażony w cytowanym wyżej orzeczeniu z dnia 11 lutego 1992 r. (K 14/91), że prawo własności w rozumieniu art. 7 ustawy zasadniczej nie obejmuje prawa do emerytury i renty, a przez to i do ich waloryzacji.¹²⁹

Po 1997 r. kwestia ochrony praw nabytych była postrzegana przez pryzmat art. 64 Konstytucji RP. Struktura powoływanego przepisu nakazywała odrębne rozpatrywanie problematyki ochrony własności od ochrony praw majątkowych. Warto jednak zauważyć, że ochronę praw nabytych, zarówno w kontekście uprawnień emerytalno-rentowych¹³⁰, jak i innego rodzaju praw podmiotowych¹³¹ wyinterpretowywano z nakazu ochrony innych praw

¹²⁵ por. orzeczenie z dnia 25 lutego 1992 r., K 3/91, OTK 1992/1/1; orzeczenie z dnia 11 września 1995 r., TK P 1/95, OTK 1995/1/3

¹²⁶ K 14/91, OTK 1992/1/1

¹²⁷ K 14/92, OTK 1993/2/35

¹²⁸ K 8/96, OTK 1996/4/32

¹²⁹ Orzeczenie to zostało częściowo zaaprobowane przez P. Czarnego i B. Należnińskiego w głosie, Przegląd Sejmowy z 1996 r. Nr 5, poz. 258

¹³⁰ wyrok z dnia 20 grudnia 1999 r., K 4/99, OTK 1999/7/165

¹³¹ wyrok z dnia 13 kwietnia 1999 r., TK K 36/98, OTK 1999/3/40; z dnia 8 czerwca 1999 r., TK SK 12/98, OTK 1999/5/96; z dnia 24 października 2000 r., TK SK 7/00; OTK 2000/7/256; z dnia 19 grudnia 2002 r., TK K 33/02, OTK-A 2002/7/97; z dnia 28 stycznia 2003 r., TK K 2/02, OTK-A 2003/1/4; z dnia 10 kwietnia 2006 r., TK SK 30/04, OTK-A 2006/4/42 (z głosem M.

majątkowych w rozumieniu art. 64 ust. 2 ustawy zasadniczej. Zasada ochrony własności nie znajdowała zatem, w szczególności w odniesieniu do praw emerytalno-rentowych szerszego uzasadnienia oraz zastosowania. Oznaczało to zarazem odejście od własnościowej koncepcji ochrony praw nabytych na rzecz ochrony wyinterpretowywanej z nakazu ochrony praw majątkowych.

Tym samym można byłoby przyjąć, że problem własnościowej koncepcji ochrony praw emerytalnych się zdezaktualizował. Niemniej po 1997 r. pojawiły się w doktrynie poglądy, które próbują powrócić do tej koncepcji, w szczególności w zakresie drugiego filara. Ma to znaczenie dla prawnej kwalifikacji środków zgromadzonych w OFE (o czym była mowa wyżej przy omawianiu ekspektatywy na emeryturę dożywotnią) jako środków, które pozostają w dyspozycji członków OFE.

Najszerzą uwagę temu zagadnieniu poświęcił w literaturze przedmiotu R. Pacud.¹³² W jego ocenie na prawo do przyszłej emerytury dożywotniej składa się m.in. prawo własności ekspektatywy emerytalnej.¹³³ Ekspektatywa emerytury nie jest oczywiście prawem rzeczowym, lecz ma wymiar konstytucyjny, nawiązujący do prywatnej sfery majątkowej członka OFE oraz podkreślający silny charakter prawny, który z pewną analogią obejmuje *ius possidendi*, ograniczony *ius disponendi* oraz *ius fruendi*.¹³⁴ Przez płacenie składek członek wyzbywa się aktywów z własnego majątku w postaci prawa własności środków pieniężnych i zamienia je na aktywa osobiste, stanowiące wierzytelności względem funduszy emerytalnych i zaczątek przyszłej emerytury.¹³⁵ R. Pacud zauważa dalej, że wprowadzenie do systemu emerytalnego zasady zdefiniowanej składki umożliwia zidentyfikowanie przysługujących ubezpieczonym praw własności do części „funduszu emerytalnego” zarówno w filarze pierwszym, jak i drugim. Pozwala to zatem korzystać z ochrony ekspektatyw jako prawa własnościowego.¹³⁶

Przeciwko koncepcji własnościowego traktowania składek odprowadzonych do OFE wypowiedział się z kolei K. Antonów.¹³⁷ Autor ten podejmował polemikę co do oceny dopuszczalności z punktu widzenia art. 64 ustawy zasadniczej nałożenia na obywateli

Jackowskiego, PIP z 2007 r. Nr 4, s. 136); z dnia 12 grudnia 2005 r., TK SK 20/04, OTK-A 2005/11/133; z dnia 4 kwietnia 2006 r., K 11/04, OTK-A 2006/4/40; z dnia 6 kwietnia 2004 r., TK SK 56/03, OTK-A 2004/4/29

¹³² R. Pacud, *Oczekiwanie...*, op. cit.

¹³³ *Ibidem*, s. 107

¹³⁴ *Ibidem*

¹³⁵ *Ibidem*, s. 108

¹³⁶ *Ibidem*, s. 276. Autor ten jednak błędnie powołuje się na art. 1 Protokołu Pierwszego do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, przytaczając poglądy Komisji Europejskiej oraz I. Lach, *Europejskie aspekty prawa własności*, (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej*, pod red. C. Mika, Toruń 1998, s. 281. Tymczasem rozważania prowadzone w niniejszej pracy dowiodły, że Komisja Europejska, jak i późniejszy Europejski Trybunał Praw Człowieka nie wywodził z art. 1 prawa do konkretnej wysokości świadczenia. Chodziło raczej o ochronę w każdym przypadku, gdy świadczenie zależy od faktu opłacania składki. Konwencja nie gwarantuje zatem prawa do emerytury w określonej wysokości, mimo że jego nieuzasadnione ograniczenie może być traktowane jako naruszenie art. 1 Protokołu. W nim mowa jest jednak o mieniu. Jest to pojęcie znacznie szersze aniżeli własności. Stąd też nie może być wyciągnięty wniosek, że na podstawie powoływanej regulacji można chronić prawa emerytalne jako własność i to w znaczeniu sumy składek zgromadzonych w okresie podlegania ubezpieczeniu emerytalnemu.

¹³⁷ K. Antonów, *Prawo...*, op. cit., s. 83

przymusu odprowadzania składki do OFE.¹³⁸ Jego zdaniem OFE należą do podmiotów wykonujących, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt. 1 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, ubezpieczenie emerytalne, a składka nie powinna być utożsamiana z własnościową (cywilnoprawną) konstrukcją wkładu na bankowym rachunku oszczędnościowym, gdzie posiadacz rachunku jest właścicielem środków.¹³⁹ Część składki trafiającej do OFE nie stanowi zatem własności ubezpieczonego, co wynika zarówno z ubezpieczeniowej konstrukcji prawa do emerytury, jak i z tego, że finansowana jest ona przez płatnika.¹⁴⁰ Konkludując autor stwierdzał, że zasada ochrony własności, z uwagi na prawny charakter składki na ubezpieczenia społeczne, nie powinna stanowić podstawy ochrony uprawnień emerytalnych.¹⁴¹ Pogląd ten należy podzielić, tym bardziej, że mylnie twierdzi się, że środki zgromadzone w OFE mają prywatnoprawny charakter. Jest to bowiem nowa, jak dotychczas nieznaną, przymusowa forma oszczędności na wypadek starości. Warto również pamiętać, że z chwilą gdy system emerytalny w drugim filarze rozpocznie wypłatę świadczeń dla osób, które obowiązkowo zostały objęte tym systemem (a zatem w 2029 r. dla kobiet i w 2034 r. dla mężczyzn) będzie to system repartycyjny. Wtedy bowiem również istotne znacznie będzie miała relacja liczby świadczeniobiorców do liczby opłacających składki.

Tym samym oznacza to brak możliwości rozważania kwestii zmniejszenia składki do OFE w oparciu o konstytucyjną koncepcję ochrony własności. Co najwyżej można byłoby się zastanawiać nad ochroną takich ekspektatyw w kontekście ochrony praw majątkowych. Do takiego poglądu skłania się M. Jackowski.¹⁴² W odniesieniu do praw emerytalno-rentowych Autor ten zauważa jednak, że wahania Trybunału co do możliwości objęcia praw majątkowych ochroną wynikającą z zasady ochrony praw nabytych stały się po 1997 r. bezprzedmiotowe.¹⁴³ Konstytucja wyraźnie bowiem oddzieliła prawa majątkowe i obowiązek ich ochrony od prawa do zabezpieczenia społecznego, o którym mowa w art. 67 ust. 1 ustawy zasadniczej.¹⁴⁴ Stąd też wydaje się, że stosunek prawa do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego do prawa do praw majątkowych, jak i ochrony przedmiotowych praw należy zatem postrzegać przez pryzmat relacji regulacji szczególnej do ogólnej oraz reguły *lex specialis derogat legi generali*. Prowadzi to do wniosku, że po 1997 r. kwestia ochrony ekspektatywy emerytalnej powinna być rozważana nie tyle przez pryzmat ochrony praw majątkowych, ile ochrony prawa do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego.

¹³⁸ Za niezgodne z zasadą ochrony własności uznali odprowadzanie składki na OFE, W. Plotowski, Niektóre..., op. cit., s. 162-163 oraz W. Muszalski, Finansowanie i organizacja ubezpieczenia społecznego (Istotne motywy i cele reformy emerytalnej) (w:) Wybrane zagadnienia prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, Gdańskie Studia Prawnicze 2000, tom VI, s. 129

¹³⁹ K. Antonów, Prawo..., op. cit., s. 83

¹⁴⁰ Ibidem, s. 84

¹⁴¹ Ibidem

¹⁴² M. Jackowski, Zasada ochrony praw nabytych, Wrocław 2006, maszynopis, s. 60

¹⁴³ Ibidem, s. 123

¹⁴⁴ Ibidem

Reasumując problem zmniejszenia składki do OFE nie może być rozpatrywany przez pryzmat art. 64 ust. 1 i 2 Konstytucji.

3.10 Zmniejszenie składki do OFE a naruszenie prawa do zabezpieczenia społecznego (art. 67 ust. 1 Konstytucji RP).

Propozycja zmniejszenia składki do OFE mogłaby być również rozpatrywana z punktu widzenia zgodności z art. 67 ust. 1 Konstytucji RP.

3.10.1. Charakter prawny art. 67 ust. 1 Konstytucji RP

Problematyce normatywnej treści omawianego prawa socjalnego poświęcono w doktrynie prawa ubezpieczeń społecznych wiele uwagi. Dla przykładu K. Antonów¹⁴⁵ stwierdził, że z art. 67 ust. 1 Konstytucji nie wynika zupełna dowolność ustawodawcy w kreowaniu instytucji i mechanizmów gwarantujących prawo do emerytury. Ustawodawcza swoboda w wyborze prawnych rozwiązań jest bowiem ograniczona istotą danego prawa, jak i konstytucyjną aksjologią związaną z respektowaniem zasad sprawiedliwości społecznej i równości.¹⁴⁶ Mimo że Autor ten dość wnikliwie poddał analizie szczegółowe rozwiązania ustawowe pod kątem ich zgodności z wybranymi zasadami ustrojowymi, niestety nie podjął już takich badań w zakresie ustalenia wskazywanej istoty konstytucyjnego prawa do zabezpieczenia społecznego.

Natomiast w doktrynie prawa socjalnego pojawiła się także próba określenia normatywnej treści art. 67 ust. 1 ustawy zasadniczej poszukująca znaczenia pojęcia „zabezpieczenie społeczne”, które jako termin języka prawnego nie zostało wprowadzone do ustawodawstwa zwykłego.¹⁴⁷ Stwierdzono, że konstytucyjne prawo do zabezpieczenia społecznego determinowane jest przez funkcje jakie ma ono do spełnienia. Chodzi zatem o realizację funkcji ekonomicznej (najogólniej ujmując polega na stworzeniu gwarancji dostarczania środków utrzymania, utraconych lub ograniczonych w wyniku utraty zdolności zarobkowania), społecznej (spełnianie określonych zadań zarówno względem jednostki jak i zbiorowości) oraz motywacyjnej (kształtowanie pożądanych społecznie postaw¹⁴⁸). Odwoływanie się do funkcji zabezpieczenia społecznego przy ustalaniu normatywnej treści prawa do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego znajduje swoje oparcie również w roli jaką ma do spełnienia sama Konstytucja... Przyjmuje się bowiem, że „funkcja konstytucji oznacza zespół skutków społecznych, jakie w danej społeczności wywoływane są jej istnieniem”¹⁴⁹. Wydaje się, że takie rozumienie prawa do zabezpieczenia społecznego znacznie wykracza poza proponowane ramy wyznaczone europejskimi

¹⁴⁵ K. Antonów, Prawo..., op. cit.

¹⁴⁶ Ibidem, s. 47. Konieczność uwzględnienia zasad sprawiedliwości społecznej postulował również R. Pacud, Oczekiwanie..., op. cit., s. 260-261

¹⁴⁷ K. Ślebzak, System emerytalny..., op. cit., s. 204 i nast.

¹⁴⁸ T. Zieliński: Ubezpieczenia społeczne..., op. cit., s. 92

¹⁴⁹ B. Banaszak: Prawo konstytucyjne, Warszawa 1999, s. 72

standardami socjalnymi¹⁵⁰. W tym kontekście warto przyrzeć się uwagom sformułowanym przez M. Zielenieckiego¹⁵¹, który stwierdził, że konstytucyjna formuła prawa do zabezpieczenia społecznego może budzić wątpliwości, albowiem w powoływanym przepisie zakres przedmiotowy zabezpieczenia społecznego został określony w węższy sposób, od przyjmowanego tradycyjnie w prawie międzynarodowym oraz doktrynie, gdyż poza nim pozostała chociażby instytucja pomocy społecznej (por. art. 67 ust. 2 Konstytucji RP). Treść art. 67 ust. 1 ustawy zasadniczej nie może więc stanowić podstawy do sformułowania definicji zabezpieczenia społecznego.¹⁵² Zostało w nim bowiem sformułowane wyłącznie obywatelskie prawo do zabezpieczenia społecznego, którego realizacja została powierzona zwykłemu ustawodawcy.

Swoboda ustawodawcy nie jest jednak nieograniczona. Przyjmując, że art. 67 ust. 1 Konstytucji RP ma charakter programowy wyznaczający określony kierunek działań normodawczych, należy stwierdzić, że swobodę ustawodawcy determinują trzy kwestie: 1) ustalenie celu działalności prawotwórczej; 2) ustalenie środków, służących jego realizacji (przedstawienie alternatywnych rozwiązań) oraz 3) wybór środka optymalnego. Takie spojrzenie na prawo do zabezpieczenia społecznego pozwala na sformułowanie wobec ustawodawcy określonych ram działalności, których przekroczenie należy uznać za niedopuszczalne, a zatem niezgodne z przedmiotowym prawem podstawowym. Z punktu widzenia oceny obniżenia składki emerytalnej przekazywanej do OFE powyższe ustalenia mogą mieć istotne znaczenie w sytuacji, w której okazałoby się, że ustawodawca, przy ustalaniu obciążeń składkowych, związany jest określonymi dyrektywami.

3.10.2 Cel działalności prawotwórczej a zmniejszenie składki do OFE

W pierwszej kolejności konieczne jest wyznaczenie celu działalności prawotwórczej. Chodzi o pewien „stan rzeczy”, który prawodawca chce lub powinien zrealizować.¹⁵³ W przypadku ustawodawcy zwykłego, został on określony w art. 67 ust. 1 ustawy zasadniczej. Wyłącznie ze sformułowania „obywatel ma prawo do zabezpieczenia społecznego (...) po osiągnięciu wieku emerytalnego wynika co najwyżej konieczność: 1) zorganizowania systemu ochrony, obejmującego obywateli, 2) zagwarantowania w jego ramach każdemu z nich ochrony, 3) uzależnienia ochrony od wysługi bądź zasługi i 4) uzależnienia ochrony od osiągnięcia określonego wieku.¹⁵⁴ Gdyby zatem próbę dekodowania normy postępowania oprzeć wyłącznie na wykładni art. 67 ust. 1 ustawy zasadniczej, traktując go w oderwaniu od

¹⁵⁰ por. K. Kolański: *Konstytucyjne prawo...*, op. cit., s. 19. Autor ten uważa bowiem, że podstawowym celem ustawodawstwa polskiego powinno być dostosowanie regulacji emerytur i rent z OFE do wymogów konwencji MOP. Przyjęcie standardów MOP oznaczałoby ustalenie z góry określonego świadczenia (procentowo do zarobków). Jest to niemożliwe ponieważ istotą działalności OFE jest inwestowanie środków z przeznaczeniem ich na wypłatę. Ponieważ stopa zwrotu inwestycji jest niewiadoma, nie będzie można przyjąć w tym zakresie standardów wyznaczanych w Konwencji nr 102 MOP.

¹⁵¹ M. Zieleniecki, *Prawo do zabezpieczenia społecznego*, Gdańskie Studia Prawnicze, Tom XIII, 2005 r., s. 566 i nast.

¹⁵² *Ibidem*, s. 581

¹⁵³ J. Wróblewski, *Zasady tworzenia prawa*, Warszawa 1989 r., s. 51

¹⁵⁴ Por. K. Śtebzał, *Ochrona...*, op. cit., s. 232 i nast.

innych aktów prawnych, to składałyby się na nią powyższe elementy. Oznaczałoby to, że kwestie dotyczące konstrukcyjnych założeń systemu, ustalenia zakresu podmiotowego w znaczeniu, czy obejmuje on większość czy tylko część społeczeństwa (a jeśli część, to jaki jej wymiar pozwala na przyjęcie, że jest to już system społeczny), charakteru i „rozmiaru” wysiłki (zasługi), intensywności oraz formy prawnej ochrony, czy zakresu obowiązku składkowego pozostawiono swobodzie ustawodawcy.

Artykuł 82 ust. 1 ustawy zasadniczej nakazuje jednak odniesienie się również do innych obowiązujących w polskim porządku prawnym, aktów normatywnych, które mogą mieć znaczenie dla działalności ustawodawcy zwykłego. Jeśli chodzi o uregulowania prawa międzynarodowego, europejskiego (w tym Unii Europejskiej), to w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na regulacje zawarte w Konwencjach Nr 35 i 36 z dnia 29 czerwca 1933 r. dotyczących kolejno obowiązkowego ubezpieczenia na starość pracowników najemnych, zatrudnionych w przedsiębiorstwach przemysłowych i handlowych, w wolnych zawodach, jak również chałupników i pracowników gospodarstw domowych¹⁵⁵ oraz obowiązkowego ubezpieczenia na starość pracowników najemnych, zatrudnionych w przedsiębiorstwach rolnych¹⁵⁶, jak również Konwencji Nr 102 z dnia 28 czerwca 1952 r. dotyczącej minimalnych norm zabezpieczenia społecznego.¹⁵⁷ Co się tyczy natomiast obowiązujących aktów prawa wydanych przez Radę Europy, to uwzględnić trzeba Europejską Kartę Społeczną.¹⁵⁸ Natomiast w zakresie prawa Unii Europejskiej znaczenie posiadać będą: dyrektywy: z dnia 19 grudnia 1978 r. w sprawie stopniowego wprowadzania w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zabezpieczenia społecznego¹⁵⁹, z dnia 7 lipca 2010 r. w sprawie stosowania zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn prowadzących działalność na własny rachunek oraz uchylająca dyrektywę Rady 86/613/EWG¹⁶⁰ oraz z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja preredagowana).¹⁶¹ Z punktu widzenia koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego zastosowanie znajdują rozporządzenia Parlamentu oraz Rady (WE) Nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego¹⁶² [zastępujące dotychczasowe rozporządzenie Rady (EWG) nr 1408/71 z dnia 14 czerwca 1971 r. w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych, osób prowadzących działalność na własny rachunek i do członków ich rodzin

¹⁵⁵ Dz. U. z 1949 r., Nr 31, poz. 223

¹⁵⁶ Dz. U. z 1949 r., Nr 31, poz. 225

¹⁵⁷ Dz. U. z 2005 r., Nr 93, poz. 775

¹⁵⁸ Dz. U. z 1999 r., Nr 8, poz. 67

¹⁵⁹ Dz. U. UE. L. 79.6.24

¹⁶⁰ Dz. U. UE. L. 10.180.1

¹⁶¹ Dz. U. UE. L. 06.204.23

¹⁶² Dz. U. UE. L. 04.166.1

przemieszczających się we Wspólnocie¹⁶³], rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczące wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego¹⁶⁴ oraz rozporządzenie Rady (WE) nr 859/2003 z dnia 14 maja 2003 r. rozszerzające przepisy rozporządzenia (EWG) nr 1408/71 i rozporządzenia (EWG) nr 574/72 na obywateli państw trzecich, którzy nie są jeszcze objęci tymi przepisami ze względu na ich obywatelstwo.¹⁶⁵

W świetle powoływanych przepisów można stwierdzić¹⁶⁶, że swoboda ustawodawcy zwykłego w zakresie kształtowania prawa do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego ograniczona jest w ten sposób, że jest on zobowiązany do: 1) ustalenia wieku emerytalnego na poziomie nie wyższym niż 65 lat (z możliwością jego podwyższenia przez prawo krajowe w zależności od długości trwania życia), 2) zagwarantowania wypłaty świadczenia pieniężnego (nie jest zatem możliwa ochrona w formie świadczeń bytowo-opiekuńczych), 3) ustalenia wysokości świadczenia na poziomie 40% dotychczasowych zarobków (bądź typowego pracownika wykwalifikowanego bądź niewykwalifikowanego), 4) uzależnienia prawa do świadczenia od 30-letniego stażu pracy lub zatrudnienia (w nieratyfikowanych aktach prawnych jest on podwyższony do 40 lat), bądź 20-letniego okresu zamieszkiwania oraz 5) skonstruowania systemu świadczeń umożliwiającego koordynację systemów zabezpieczenia społecznego w rozumieniu regulacji Unii Europejskiej. Po drugie, biorąc pod uwagę uzależnienie możliwości nabycia prawa do świadczenia od stażu pracy bądź zatrudnienia, czyli ogólnie rzecz ujmując od przychodów osiąganych w okresie zawodowej aktywności albo od zamieszkania, uzasadnione jest przyjęcie, że ustawodawca może dokonywać wyboru (mając oczywiście na względzie omówione wyżej uwarunkowania) pomiędzy ubezpieczeniową (w uproszczeniu – opartą na składce) a zaopatrzeniową (w uproszczeniu – opartą na podatku) metodą realizacji zabezpieczenia społecznego.¹⁶⁷

W tym świetle zmianę składki odprowadzanej do OFE można rozważać co najwyżej w kontekście środka służącego realizacji zabezpieczenia społecznego pod kątem, na ile jej obniżenie może wpływać na niewywiązywanie się przez państwo z obowiązku zagwarantowania przyszłego świadczenia emerytalnego na poziomie 40% dotychczasowych zarobków (bądź typowego pracownika wykwalifikowanego bądź niewykwalifikowanego), co powinno być celem ustawodawcy przy realizacji prawa do zabezpieczenia społecznego. W mojej ocenie przedmiotowe 40% powinno być także kwalifikowane jako istota prawa w rozumieniu orzecznictwa TK.

¹⁶³ t.j. Dz. U.W.E. L.28

¹⁶⁴ Dz.U.U.E.L.09.284.1

¹⁶⁵ Dz. U. UE.L 124

¹⁶⁶ Ich analizę przeprowadził K. Ślęzak, *Ochrona emerytalnych...*, op. cit., s. 234-242, por. także: G. Uścińska, *Europejskie...*, op. cit.

¹⁶⁷ por. szerzej na ten temat K. Ślęzak, *Ochrona emerytalnych...*, op. cit., s. 234 i nast.

3.10.3 Środki służące realizacji zabezpieczenia społecznego, a zmniejszenie składki do OFE

Racjonalnie działający prawodawca powinien móc dobrać środki dla realizacji celu wykorzystując wiedzę przede wszystkim instrumentalnie.¹⁶⁸ Problem wyboru określonego z nich sprowadza się w zasadzie do odpowiedzi na dwa pytania: 1) czy poszczególne środki sprawnie doprowadzą do osiągnięcia określonego celu (aspekt ekonomiczności działania) oraz 2) czy przyjęte rozwiązanie jest zgodne z przyjętymi wzorcami wartościującymi (nieinstrumentalne oceny zasadnicze).¹⁶⁹

Analiza wskazanych wyżej unormowań, mających znaczenie dla działalności ustawodawcy zwykłego, wyraźnie wskazuje na obowiązki w tym zakresie, co oznacza, że swoboda działalności ustawodawczej wynika w pierwszej kolejności z luzów normatywnych. W przypadku podmiotów objętych zakresem regulacji Konwencji Nr 35 i 36 należy przyjąć, że do charakterystycznych cech ubezpieczenia na wypadek starości należy: 1) utworzenie wspólnoty ponoszącej opłaty na utworzenie funduszy ubezpieczenia, 2) powołanie przez władze publiczne wykonawców ubezpieczenia, którymi powinny być instytucje, niemające na celu żadnego zysku, bądź publiczne fundusze ubezpieczeniowe (fakultatywnie mogą to być instytucje tworzone z inicjatywy zainteresowanych lub ich grup), 3) zagwarantowanie udziału przedstawicieli ubezpieczonych w prowadzeniu instytucji ubezpieczeniowych, 4) uzależnienie wypłaty świadczenia od osiągnięcia 65 roku życia oraz 5) ustalenie wysokości świadczenia w zależności, bądź niezależnie od czasu przebytego w ubezpieczeniu.

Nieco inaczej kwestia doboru środków przedstawia się w przypadku grupy osób, które podlegałyby wyłącznie Konwencji Nr 102, ponieważ nie wskazuje ona na jeden instrument, jaki powinien zostać wykorzystany w celu realizacji zabezpieczenia na wypadek starości. Wybór środka służącego realizacji wskazanego celu został uzależniony od przyjętego zakresu osób chronionych. Jeżeli bowiem są nią objęte grupy pracowników lub grupy ludności zawodowo czynnej, to wysokość świadczeń oblicza się zgodnie z art. 65 bądź 66 Konwencji Nr 102 (art. 28 lit. (a) Konwencji nr 102). W przypadku zaś objęcia ochroną wszystkich mieszkańców, których środki w czasie trwania przypadków objętych ochroną nie przekraczają ustalonych granic, to wysokość świadczeń oblicza się zgodnie z postanowieniami jej art. 67 (por. art. 28 lit. (b) Konwencji Nr 102). Powinny być one zagwarantowane: 1) osobie chronionej, która spełnia wymóg posiadania stażu, mogący wynosić 30 lat stażu lub zatrudnienia bądź 20 lat zamieszkania albo 2) jeżeli ochroną objęte są zaś w zasadzie wszystkie osoby zawodowo czynne – osobie chronionej, która spełnia wymóg posiadania stażu opłacania składek i na rzecz której w ciągu zawodowo czynnego okresu jej życia zostały opłacone składki w ustalonej przeciętnej wysokości rocznej (art. 29 ust. 1 Konwencji Nr 102).

¹⁶⁸ J. Wróblewski, *Zasady...*, op. cit., s. 55-56

¹⁶⁹ *Ibidem*, s. 58-59

W powyższym świetle uzasadnione jest twierdzenie, że na państwie członkowskim spoczywa obowiązek skonstruowania systemu ochrony, w którym nabycie prawa do świadczenia mogłoby być uzależnione albo od 30-letniego stażu pracy i opłacania składek albo od 20 lat zamieszkiwania. Z omawianych Konwencji wynika nakaz konstruowania systemu ochrony na dwa sposoby. O ile w pierwszym przypadku (uzależnienie prawa do świadczenia od stażu pracy i składki) z reguły stosuje się omówioną wyżej technikę ubezpieczeniową, o tyle w drugim przypadku mamy zazwyczaj do czynienia z emerytalnym zaopatrzeniem, którego charakterystycznymi cechami jest m.in. obejmowanie całej ludności bez względu na przynależność czy pochodzenie, administrowanie przez urzędy publiczne, podmiotowość prawa do świadczenia i jednolitość świadczeń na poziomie określonym ustawowo.

Co się tyczy wysokości świadczenia, to powinna być ona określona zgodnie z ustalonymi stawkami lub zgodnie ze stawkami określonymi przez właściwe władze publiczne, co oznacza, że ogólna wysokość świadczenia (oraz inne środki utrzymania po dopuszczalnych zmniejszeniach) powinna być wystarczająca dla zapewnienia rodzinie uprawnionego zdrowych i należytych warunków utrzymania i nie powinna być niższa od wysokości świadczeń obliczonych zgodnie z art. 66 Konwencji Nr 102 MOP, według którego wysokość świadczenia powinna być taka, aby dla typowego uprawnionego odpowiadała 40% w stosunku do całości płacy typowego niewykwalifikowanego pracownika płci męskiej i wysokości zasiłków rodzinnych przysługujących osobie chronionej, mającej takie same obowiązki rodzinne, jak typowy uprawniony (art. 67 Konwencji Nr 102).

W kontekście przeprowadzonych rozważań uzasadnione jest więc twierdzenie, że swoboda ustawodawcy w wyborze środka służącego realizacji zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego została określona w omawianych Konwencjach MOP. Warto jednak zauważyć, że wskazane środki są dla ustawodawcy wiążące, o ile mają na celu zagwarantowanie wskazanej wysokości świadczenia emerytalnego. W pozostałym zakresie ustawodawca dysponuje swobodą. Podobnie skądinąd przedstawia się problem wyboru metody finansowania świadczeń emerytalnych (kapitałowa czy repartycyjna), z tym jednak wyjątkiem, że państwa członkowskie są zobowiązane do wprowadzenia systemu zdefiniowanego świadczenia w zakresie, w jakim chodzi o jej minimalną wysokość wynikającą z treści omawianych Konwencji.

Taki mechanizm ustalania emerytury gwarantowanej został w polskim ustawodawstwie przewidziany w art. 87 ust. 1 ustawy emerytalnej, gwarantującym minimalne świadczenie emerytalne w razie, gdy suma świadczeń z pierwszego i drugiego filara jest niższa niż kwota wskazana w art. 85 ust. 1 ustawy emerytalnej (aktualnie 706,29 zł). Wskazanie powyższej kwoty nie pozwala jednak na stwierdzenie, że ustawodawca zapewnia, że wysokość świadczenia emerytalnego dla typowego uprawnionego będzie

odpowiadać 40% w stosunku do całości płacy typowego niewykwalifikowanego pracownika płci męskiej i wysokości zasiłków rodzinnych przysługujących osobie chronionej, mającej takie same obowiązki rodzinne, jak typowy uprawniony (art. 67 Konwencji Nr 102). Badanie zgodności nowego systemu emerytalnego ze standardami MOP przeprowadziła G. Uścińska.¹⁷⁰ Autorka wskazuje, że wymóg minimalnego świadczenia w rozumieniu Konwencji Nr 102 MOP jest spełniony w tzw. starym systemie emerytalnym. Natomiast ze względu na nieskończenie reformy w drugim filarze brak jest obiektywnych danych, które uprawniałyby do obliczeń porównawczych świadczeń emerytalnych, które będą przysługiwały z tzw. nowego systemu. Pogląd został wyrażony przez Autorkę na gruncie obowiązujących regulacji prawnych. Nie można zatem na dzień dzisiejszy ustalić, jakie świadczenie będzie przysługiwało z OFE przy aktualnej wysokości składki.

W tym świetle należy powołać się na rozważania dotyczące korzystności wprowadzenia Instytucji subkonta w ZUS oraz na wnioski jakie zostały wcześniej sformułowane. Otóż z punktu widzenia sumy przyszłych świadczeń, które będą składały się na jedną emeryturę w rozumieniu MOP, można stwierdzić, że utworzenie subkonta łagodzi ryzyko zmian koniunktury gospodarczej wprowadzając gwarancję wypłaty przynajmniej nominalnej wartości odprowadzonych składek. Sprawia to, że emerytura wypłacana na podstawie składek zaewidencjonowanych na subkoncie przyjmuje charakter świadczenia realizowanego z tzw. systemu zdefiniowanego świadczenia w rozumieniu konwencyjnym. Tym samym można stwierdzić, że koncepcja utworzenia subkonta wydaje się wychodzić naprzeciw wymogom wynikającym z Konwencji Nr 102 MOP bardziej aniżeli emerytura z OFE. Nie znając jednak docelowego modelu systemu emerytalnego ze względu na nieskończenie reformy trudno jednoznacznie stwierdzić, że środek ten nie nadaje się do realizacji celu jakim jest zabezpieczenie społeczne po osiągnięciu wieku emerytalnego. Należy zatem uznać, że ustalanie wysokości składki mieści się, co do zasady, w zakresie swobody ustawodawcy przy określaniu prawa do zabezpieczenia społecznego.

Stąd też nie ma podstaw, aby kwestionować samą propozycję zmniejszenia składki w OFE powiązaną z utworzeniem subkonta w kontekście przekroczenia granic swobody ustawodawcy w zakresie kształtowania prawa do zabezpieczenia społecznego w ujęciu art. 67 ust. 1 Konstytucji RP, tym bardziej, że zmiana ta wydaje się dla ubezpieczonych korzystniejsza. Niemniej należy z całą stanowczością podkreślić, że obowiązujące regulacje prawne, niezależnie od tego, czy proponowana zmiana zostanie wprowadzona czy nie, pozwalają na stwierdzenie, że unormowania wyznaczające model systemu emerytalnego w drugim filarze trzeba uznać za niezgodne z ustawą zasadniczą, co zostało przedstawione wyżej.

¹⁷⁰ G. Uścińska, Europejskie..., s. 195-196

3.10.4 Obniżenie składki emerytalnej do OFE a wybór rozwiązania optymalnego.

Przeprowadzone rozważania w zakresie dotyczącym swobody wyboru celu działalności ustawodawczej, jak również środków służących jego realizacji prowadzą do dwóch zasadniczych wniosków. Po pierwsze, konkretyzacja normy programowej wyrażonej w art. 67 ust. 1 ustawy zasadniczej, w zakresie w jakim dotyczy ona prawa do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego przez pryzmat regulacji prawa międzynarodowego, europejskiego i Unii Europejskiej pozwala na sformułowanie wobec ustawodawcy prawnie wiążących dyrektyw postępowania. Pod drugie, norma prawna zrekonstruowana na podstawie powoływanych przepisów, wyznaczająca ustawodawcy określone zachowanie ma, co do zasady, charakter semiimperatywny, a zatem wyznaczający minimalny zakres ochrony na wypadek przeżycia ponad ustalony wiek. Ponieważ jednak norma wyrażona w art. 67 ust. 1 ustawy zasadniczej formułuje jednocześnie optymalizacyjny nakaz¹⁷¹, stąd też swobodę wyboru ustawodawcy środka realizującego określony cel należy rozważać nie tylko przez pryzmat obowiązku zagwarantowania minimalnego standardu, ale zapewnienia ochrony optymalnej. W tym świetle można byłoby postawić pytanie, czy zmniejszenie składki emerytalnej do OFE i utworzenie subkonta w ZUS jest wyborem optymalnym. Na konieczność uwzględnienia tego kryterium zwracał również uwagę Trybunał Konstytucyjny, który stwierdził, że wybór środków służących realizacji celu obranego przez prawodawcę powinien być dokonany zgodnie z założeniami racjonalnego tworzenia prawa. W szczególności zaś ustawodawca powinien dokonać oceny skutków ubocznych, jakie przyniesie ze sobą zamierzona regulacja, i porównać z wartością celu, do którego zmierza.¹⁷²

Dotychczasowe próby określania środków optymalnych przeprowadzane były na gruncie prawa konstytucyjnego bądź teorii prawa.¹⁷³ Stwierdzano, że jego istnienie zakłada realizację określonego stanu rzeczy w jak największym stopniu, co przede wszystkim zależy od prawnych i faktycznych możliwości.¹⁷⁴ Na płaszczyźnie ustawy zasadniczej nakaz optymalizacyjny wyznacza zatem sytuację prawną tylko *prima facie*. Jej definitywne określenie następuje zaś dopiero wskutek rozstrzygnięcia kolizji z innymi zasadami konstytucyjnymi.¹⁷⁵ W rozważaniach teoretycznych, na szczególną uwagę zasługuje koncepcja J. Wróblewskiego. W ocenie tego Autora określenie, który z potencjalnych środków jest najlepszy powinno uwzględniać rozmaite czynniki wpływające na jego wartości instrumentalne jako środka do osiągnięcia założonego celu. W szczególności chodzi o

¹⁷¹ O tym dokładnie K. Ślebza, *Ochrona...*, op. cit. 249 i nast.

¹⁷² wyrok TK z dnia 20 listopada 1996 r., K 27/95, OTK 1996/6/50

¹⁷³ por. P. Tuleja, *Normatywna treść praw jednostki w ustawach konstytucyjnych RP*, Warszawa 1997 r., s. 69, 128, tenże: *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji w świetle jej nadrzędności*, Kraków 2003, s. 156 i nast., T. Giszbert – Studnicki, A. Grabowski, *Normy programowe w konstytucji*, (w:) *Charakter i struktura norm konstytucji*, pod red. J. Trzczińskiego, Warszawa 1997 r. s. 97 i nast., J. Wróblewski, *Zasady tworzenia prawa*, Warszawa 1989 r., 61 i nast.

¹⁷⁴ P. Tuleja, *Bezpośrednie...*, op. cit. s. 156

¹⁷⁵ *ibidem*, s. 157

środek, który zgodnie z posiadaną wiedzą prawodawcy będzie najbardziej skuteczny, a jednocześnie najbardziej ekonomiczny z punktu widzenia nakładów, jakich posłużenie się nim wymaga, skutków ubocznych jego zastosowania.¹⁷⁶ Wybór ten powinien również uwzględniać stopień zgodności tego środka z założonymi ocenami zrelatywizowanymi do systemu aksjologicznego, który prawodawca przyjmuje za miarodajny.¹⁷⁷ Podobne postulaty wynikają bezpośrednio z treści § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, z którego wynika, że podjęcie decyzji w przedmiocie wyboru określonego rodzaju rozwiązania powinny poprzedzać badania nad skutkami (zarówno finansowymi, jak i pozafinansowymi proponowanych rozwiązań). Innymi słowy podjęcie decyzji w przedmiocie wyboru optymalnego rozwiązania nie jest możliwe bez posiadania wiedzy w zakresie dotyczącym jego ekonomiczno-społecznych skutków. Mimo więc, że problematyka ta nie jest prawnie ujęta wywiera bezpośredni i niezaprzeczalny wpływ na prawną kwalifikację określonego środka jako optymalnego. Spośród wszystkich alternatywnych rozwiązań należy zatem „wybrać to (lub te), które w danych warunkach jest (są) optymalne, a więc najlepsze najkorzystniejsze, najbardziej sprzyjające osiągnięciu założonych celów. Na miano optymalnego zasługiwać będzie rozwiązanie, które: 1) najskuteczniej prowadzi do realizacji założonych celów, 2) wymaga poniesienia najmniej kosztownych nakładów oraz 3) wiąże się z najmniejszą ilością niepożądanych skutków ubocznych.”¹⁷⁸

Ponieważ kwestia zabezpieczenia społecznego z reguły w takich sytuacjach ujmowana jest z punktu widzenia ekonomicznego, konieczne jest poczynienie rozważań na temat finansowania systemu emerytalnego oraz jego związku z finansami publicznymi. Z punktu widzenia zabezpieczenia społecznego istotny jest podział dochodu na jego realizację, a zatem na indywidualne świadczenia. Zmniejszenie składki do OFE dokonywane jest w ramach tzw. systemu kapitałowego. W zamian proponuje się utworzenie subkonta w ramach systemu repartycyjnego. Warto zauważyć, że w obu przypadkach źródłem finansowania emerytur jest część uzyskiwanego przychodu, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku metody kapitałowej jest to „podatek od kapitału”, a w przypadku metody repartycyjnej „podatek od masy płac”.¹⁷⁹ W skali globalnej...oba...systemy...negatywnie...odczuwają...występowanie niekorzystnych zjawisk społeczno-ekonomicznych, gdyż koszt świadczeń, rozumiany jako stosunek odprowadzonych środków do dochodu narodowego, jest taki sam. Niezależnie zatem od różnicy pomiędzy metodą repartycyjną i kapitałową, faktyczna możliwość finansowania świadczeń bezpośrednio wpływa na wysokość produktu krajowego brutto, wytwarzanego w danym okresie. Mając zaś na uwadze, że udział osób, które osiągnęły wiek

¹⁷⁶ J. Wróblewski, *Zasady...*, op. cit., s. 63

¹⁷⁷ Ibidem

¹⁷⁸ G. Wierczyński, Komentarz do zał. § 1 rozporządzenia z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (w:) K. Waryjowski (red.), T. Bąkowski, P. Bielski, K. Kaszubowski, M. Kokoszyczyński, J. Stejlina, G. Wierczyński, *Zasady techniki prawodawczej*, Komentarz, Warszawa 2003, pkt. 14

¹⁷⁹ K. Starzec: *Jak finansować...*, op. cit., s. 95; dalsze rozważania oparte na wnioskach tego Autora

emerytalny w PKB, może być mierzony przede wszystkim ich zdolnością do konsumpcji dóbr dostępnych na rynku, finansowanie świadczeń emerytalnych odbywa się w formie realnego transferu środków pieniężnych od podmiotów, które owy PKB generują, a zatem od ludności w tzw. wieku produkcyjnym. W tym kontekście realizacja finansowej ochrony po osiągnięciu wieku emerytalnego zależy w uproszczeniu od stosunku w danym okresie wydatków (sumy świadczeń emerytalnych) do przychodów (a zatem w uproszczeniu od PKB). Tak więc, na określenie wysokości świadczenia po osiągnięciu wieku emerytalnego wpływają czynniki, determinujące zarówno stronę wydatków, jak i przychodów. Do pierwszych z nich należy zaliczyć wysokość świadczenia, długość jego pobierania (wydłużanie się życia) oraz określony wiek emerytalny. W skład drugich z nich wchodzi zaś zmiany w kształtowaniu PKB, a zatem w dochodach z pracy, kapitału oraz państwa. Zagwarantowanie określonej wysokości świadczenia wymaga skoordynowania wszystkich z wymienionych wyżej czynników. Warto jednak zwrócić uwagę na skutki, jakie dla systemu finansowania świadczeń wywołują zmiany przedstawionych czynników oraz jakie mogą być ich przyczyny. W zakresie dotyczącym pierwszej z wymienionych wyżej grup czynników, na wzrost finansowych obciążeń ma niewątpliwie wpływ wzrost liczby świadczeniobiorców, wydłużanie się okresu pobierania świadczeń, wzrost wysokości realizowanych świadczeń oraz obniżenie wieku emerytalnego. Bez wielkich trudności wskazać można przyczyny powstania tych zjawisk, którymi będą kolejno: wyż demograficzny oraz wydłużanie się średniej długości życia. Jeśli chodzi zaś o drugą grupę czynników, to wpływać będzie na zmniejszenie środków podlegających w ramach PKB podziałowi na zabezpieczenie społeczne, co może być spowodowane spadkiem dochodów z pracy (przyczyną może być spadek ilości pracujących zawodowo, wynikający z niżu demograficznego, czy wzrost bezrobocia) oraz spadkiem dochodu z kapitału i państwa (którego przyczyną może być recesja gospodarcza). W tym kontekście samoistną wartością staje się finansowa stabilność określonego systemu świadczeń, co możliwe jest przez osiągnięcie równowagi pomiędzy PKB a sumą wydatków na bieżące świadczenia. Taki cel realizuje projektowana zmiana zmniejszenia składki do OFE.

Z ekonomicznego punktu widzenia problem zagwarantowania określonego poziomu świadczeń wydaje się zatem problemem wysokości PKB, albowiem to on w ramach określonej techniki realizacji zabezpieczenia społecznego, podlega w danym okresie podziałowi. W kategoriach finansowo-ekonomicznych brak jest zatem pojęcia redystrybucji odłożonej w czasie, co dotyczy również systemów zabezpieczenia społecznego i stosowanej metody repartycyjnej (pierwszy filar), jak i kapitałowej (drugi filar). Oznacza to więc, że o wysokości świadczeń i możliwości ich realizacji każdorazowo decyduje pokolenie generujące dochód podlegający podziałowi. Z tej perspektywy dążenie do uzależnienia wysokości świadczenia od sumy odprowadzonych na ten cel środków jest niewątpliwie postulatem

słusznym, aczkolwiek realnym do zrealizowania wyłącznie w ściśle określonych warunkach społeczno-ekonomicznych danego okresu. Dlatego przyjęcie prawnych rozwiązań, w których eksponuje się uzależnienie wysokości świadczenia od sumy odprowadzonych na ten cel środków z dochodów z pracy poprzez tworzenie indywidualnych kont, na których się je ewidencjonuje (czy to w OFE, czy na subkoncie w ZUS), wywołuje niepotrzebne złudzenie, że ich podział zostaje odłożony w czasie. Taki proces nie zachodzi, gdyż środki przeznaczane są na bieżące finansowanie świadczeń. Wynika więc z tego, że charakterystyczną cechą systemów finansowania świadczeń emerytalnych jest ich dynamika, co wymaga w przypadku realizacji przez ustawodawcę prawa do zabezpieczenia społecznego opierania się na prognozach demograficznych, społecznych oraz gospodarczych. W powyższym świetle wybór optymalnego rozwiązania służącego zagwarantowaniu finansowej ochrony w przypadku przeżycia ponad ustalony wiek, wymaga uwzględnienia aspektu gospodarczego (w zakresie, w jakim wspiera wzrost produktu krajowego brutto) oraz społecznego (w części dotyczącej redystrybucji tak uzyskiwanego dochodu). Ustawodawca podejmując zatem działania w zakresie realizacji zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego posiada swobodę w zakresie wyboru rodzaju dochodu, który podlegać będzie podziałowi oraz wyboru instrumentu redystrybucji, co dotyczy również ustalenia obowiązku składkowego i wysokości odprowadzanej składki.

Z punktu widzenia konieczności wyboru rozwiązań optymalnych należałoby się zastanowić, czy nie ma innych możliwości realizacji zabezpieczenia społecznego, które byłyby bardziej efektywne i związane z mniejszymi kosztami. Ważne jest zauważenie, że chodzi tu przede wszystkim o perspektywę ubezpieczonego i emeryta jako podmiotu prawa do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego. Oczywiście uprawnieni muszą uwzględnić uwarunkowania związane z faktycznymi możliwościami realizacji zabezpieczenia społecznego. W tym kontekście trzeba sformułować po raz kolejny zarzut wobec działań podejmowanych przez ustawodawcę od momentu wejścia w życie reformy emerytalnej z dniem 1 stycznia 1999 r. Otóż dzisiejsza sytuacja jest skutkiem zaniedbań, jakie wystąpiły przy opracowywaniu reformy, a w szczególności uchwalenia ustaw składających się na nowy system emerytalny bez uregulowania zasad wypłaty świadczeń z drugiego filara. W tym kontekście zmiana wysokości składki „wplisuje się” w tę działalność ustawodawczą. Niemniej propozycja obniżenia składki do OFE przy jednoczesnym utworzeniu subkonta, ze względów opisanych wyżej, nie może być oceniana negatywnie, tym bardziej, że prowadzi do zmniejszenia obciążeń finansów publicznych, co jest wartością samą w sobie. Na dzień dzisiejszy jest to rozwiązanie korzystne zarówno dla ubezpieczonych, ponieważ wprowadza gwarancję wypłaty przynajmniej nominalnej wartości środków na subkoncie oraz zmniejsza obciążenia budżetowe. Oczywiście oznacza to, mniejsze możliwości zarobkowe OFE. W tym miejscu widoczny staje się kolejny paradoks

reformy wprowadzonej w 1999 r. Otóż z jednej strony przyjmuje się, że OFE są wykonawcami zabezpieczenia społecznego, z drugiej natomiast, że są to prywatne podmioty, których celem jest generowanie zysku. Zasadnie stwierdzał J. Jończyk, że „ta dziwna sytuacja jest konsekwencją przyznania osobowości prawnej PTE i OFE i umieszczenia tych podmiotów skądinąd współzależnych, w dwóch różnych dziedzinach prawa: w prawie spółek handlowych i prawie zabezpieczenia społecznego”.¹⁸⁰ Prognozował on jednocześnie, że takie ukształtowanie OFE i PTE będzie „stałym źródłem schizofrenicznych dążeń i praktyk, których nie opanuje i nie upilnuje żaden urząd”¹⁸¹. Dzisiejsza sytuacja potwierdza te obawy.

W tym kontekście ocena zmniejszenia składki do OFE, powiązana z utworzeniem subkonta w ZUS, może być zatem rozważana w kontekście wyboru optymalnego jedynie pod kątem korzystności proponowanej zmiany dla ubezpieczonych. Trudno zatem uznać, że projektowana zmiana, sama w sobie, narusza art. 67 ust. 1 Konstytucji przez brak wyboru rozwiązania optymalnego. Niezależnie od tego należy powtórzyć, powołując się na wcześniejsze rozważania, że jak dotychczas Trybunał Konstytucyjny uchylał się od oceny trafności przyjmowanych rozwiązań z punktu widzenia ich optymalności jako niemogących stanowić przedmiotu kontroli. Stąd też nie wydaje się, że formułowane zarzuty co do nieprzedstawienia alternatywnych rozwiązań oraz takich możliwości mogłyby przesądzić o niekonstytucyjności propozycji zmniejszenia składki do OFE powiązanej z utworzeniem subkonta w ZUS.

4. Problem podziału środków w razie śmierci ubezpieczonego

4.1. Śmierć po rozpoczęciu realizacji dożywotniej emerytury kapitałowej

Planowane zmniejszenie składki do OFE, powiązane z utworzeniem subkonta w ZUS sprawi, że konieczny będzie również podział składki na subkoncie w ZUS. W tym kontekście można byłoby się zastanawiać, czy nie jest to zmiana niekorzystna dla ubezpieczonych. Ustalenie, czy planowany podział środków jest zgodny z Konstytucją RP nakazuje porównanie formułowanych propozycji z dotychczasowym stanem prawnym. Co się tyczy projektowanej ustawy, to chodzi w szczególności o jej art. 4 pkt 5, który wprowadza zmianę w ustawie systemowej, dodając m.in. art. 40e do 40k. Aktualnie obowiązujące unormowania z tego zakresu zostały zawarte w art. 131 do art. 133 ustawy o FE oraz art. 20 i 29 ustawy o emeryturach kapitałowych. Obowiązująca koncepcja podziału środków w razie śmierci nie różni się właściwie od tej w projektowanej ustawie. Charakterystyczne jest uzależnienie możliwości oraz sposobu podziału środków od momentu w ubezpieczeniowej historii zainteresowanego, w którym nastąpiła śmierć. Można bowiem powiedzieć, generalnie rzecz

¹⁸⁰ J. Jończyk, Prawo..., op. cit., s. 114

¹⁸¹ Ibidem

ujmując, że od chwili rozpoczęcia realizacji¹⁸² prawa do dożywotniej emerytury kapitałowej istnieje możliwość otrzymania „wypłaty gwarantowanej” (art. 20 ustawy o emeryturach kapitałowych) oraz „środków gwarantowanych” (projektowany art. 40i ust. 1 ustawy systemowej). Formuła ustalania wysokości tych świadczeń jest identyczna (art. 29 ustawy o emeryturach kapitałowych i projektowany art. 40i ust. 3 ustawy systemowej). Możliwość otrzymania tych środków została zatem ograniczona tylko do ściśle określonej wysokości i to pod warunkiem, że śmierć emeryta nastąpiła w przeciągu trzech lat od daty rozpoczęcia realizacji emerytury. Istotne jest również, że w przeciągu tych 3 lat kwota do wypłaty maleje z miesiąca na miesiąc. Wysokość wypłaty na wypadek śmierci ustala się bowiem jako różnicę między składką w II filarze (środkami zaewidencjonowanymi na subkoncie) a iloczynem liczby pełnych miesięcy, jakie upłynęły od początku miesiąca, w którym po raz pierwszy wypłacono dożywotnią emeryturę kapitałową, do końca miesiąca, w którym wystąpiła śmierć emeryta, oraz trzydziestej siódmej części kwoty składki przekazanej przez OFE do FDEK (odpowiednio w przypadku projektowanego subkonta – kwoty środków zaewidencjonowanych na tym subconcie). W omawianym zakresie nie można zatem projektowanej regulacji zarzucić niezgodności z Konstytucją, ponieważ w identyczny sposób reguluje kwestię podziału środków po rozpoczęciu realizacji prawa do emerytury. Niemniej taka perspektywa badań nie wydaje się w ogóle uprawniona, o czym mowa w pkt 4.3.

4.2. Śmierć przed rozpoczęciem realizacji dożywotniej emerytury kapitałowej

Co się tyczy natomiast sytuacji, gdy śmierć wystąpiła przed rozpoczęciem realizacji emerytury kapitałowej, to odnotować trzeba następujące różnice pomiędzy aktualnym i projektowanym stanem prawnym:

- 1) aktualnie w przypadku śmierci członka OFE, dokonuje się wypłaty transferowej tylko połowy środków (art. 131 ust. 1 ustawy o FE). Przepis ten był przedmiotem rozstrzygnięcia przez Sąd Najwyższy¹⁸³, który stwierdził, że przepisy art. 129a, 131 i 133 ustawy o FE, według których fundusz dokonuje wypłaty kwalifikowanej połowy środków zgromadzonych na rachunku zmarłego małżonka (art. 131 ust. 1 ustawy o FE), zaś druga połowa (należna małżonkowi z tytułu wspólności majątkowej) pozostaje w systemie, i jest „przechowywana” przez fundusz do czasu osiągnięcia przez tę osobę wieku emerytalnego, są zgodne z art. 67 ust. 1 Konstytucji RP;
- 2) w projektowanej regulacji środki wydzielone w wyniku podziału w całości ewidencjonuje się na subconcie osoby, która nabyła prawo do tych środków; jeżeli dla osoby, która nabyła prawo do środków subkonto nie jest prowadzone – Zakład

¹⁸² Mamy tutaj jednak rozbieżności co do dokładnego ustalenia tego momentu. W aktualnie obowiązującym art. 20 ustawy o emeryturach kapitałowych jest mowa o dniu przekazania składki do FDEK. Natomiast w projektowanym art. 40i ustawy systemowej jest mowa o miesiącu, w którym po raz pierwszy nastąpiła wypłata

¹⁸³ Wyrok z dnia 8 kwietnia 2009 r., II UK 346/08, OSNP 2010/21-22/270

zakłada subkonto (projektowany art. 40e ust. 2 ustawy systemowej). Skutkiem tego jest to, że osoba ta nabywa prawo do emerytury z subkonta liczone również ze środków przekazanych od zmarłego. Jeżeli natomiast do tej osoby nie można zastosować ustawy o emeryturach kapitałowych, to wypłaca się jej (po osiągnięciu wieku 60 lat – kobiety i 65 lat – mężczyźni) świadczenie kapitałowe, tak długo aż wyczerpie środki na subkoncie (projektowany art. 40j ustawy systemowej).

Porównując powyższe regulacje, trudno wskazać, że jedna z nich jest lepsza od drugiej. Wynika to z odmiennej koncepcji ujmowania śmierci ubezpieczonego jako ryzyka socjalnego dla pozostałych przy życiu. Trzeba bowiem pamiętać, że w przypadku śmierci ubezpieczonego ziszcza się dla pozostałych członków najbliższej rodziny ryzyko utraty żywiciela. W takim przypadku osoby uprawnione mogą domagać się wypłaty renty rodzinnej, która, w związku z wprowadzeniem drugiego filara, będzie niższa, aniżeli gdyby zmarły nie był członkiem OFE. Stąd podział środków w razie śmierci ma w części na celu zmniejszenie finansowych dolegliwości związanych z wypłatą niższej renty rodzinnej. Z taką sytuacją mamy do czynienia aktualnie. Tymczasem, w nowej regulacji wypłata środków na subkoncie może w zasadzie nastąpić dopiero z chwilą osiągnięcia wieku emerytalnego, przy czym rozróżnić należy sytuację, kiedy stosuje się ustawę o emeryturach kapitałowych, i kiedy jej zastosowanie nie jest możliwe. W pierwszym przypadku, biorąc pod uwagę brak uregulowań kończących reformę nie wiadomo, jak środki te będą wpływać na emeryturę, choć bezsporne jest, że będą one waloryzowane w sposób przewidziany dla środków na subkoncie. Oznacza to, że nie są one poddane takiemu ryzyku ponoszenia strat na inwestycji jak środki w OFE (o czym była mowa wyżej). W drugim przypadku wypłaca się świadczenie kapitałowe, przy czym prawo to wygasa w przypadku wyczerpania środków na subkoncie. Jeżeli zatem świadczeniobiorca będzie żył dłużej, to będzie miał prawo tylko do emerytury nabywanej „ze swojego tytułu”, a zatem *per saldo* pobierana emerytura ulegnie zmniejszeniu. Takie przyjęcie sprzeciwia się funkcji dzielonych środków jako zabezpieczających ryzyko utraty żywiciela. Można więc stwierdzić, że obie regulacje nie są pozbawione wad, co sprawia, że nie jest możliwa jednoznaczna ocena, czy projektowana regulacja wprowadza zmiany niekorzystne w porównaniu z aktualnie obowiązującym stanem prawnym.

4.3. Dziedziczenie środków a problem renty rodzinnej z tytułu śmierci żywiciela

Odnosząc się natomiast do samej koncepcji podziału środków w razie śmierci, to należy stwierdzić, że został on (podział) błędnie utożsamiony z cywilnoprawną instytucją dziedziczenia. Sugeruje to, że mamy do czynienia, w przypadku środków w OFE (albo na subkoncie w ZUS) ze swoistą formą własności lub prawem majątkowym. Warto przypomnieć, że koncepcja dziedziczości środków w OFE została oparta o, zupełnie zbędny, art. 25 ust. 2

ustawy emerytalnej, który określając sposób liczenia emerytury w publicznej części systemu dla urodzonych po 31 grudnia 1949 r. stanowi, że kwota składek zaewidencjonowanych i waloryzowanych na indywidualnym koncie w ZUS nie podlega dziedziczeniu. Na tej podstawie zaczęto formułować *a contrario* wnioski, że składki nieprzekazywalne do ZUS podlegają dziedziczeniu. Przyczyniły się do tego również wypowiedzi w prasie.¹⁸⁴ Tymczasem instytucja podziału środków w razie śmierci została pomyślana, o czym wzmiankowano wyżej, jako możliwość wyrównania renty rodzinnej, która przyznawana wyłącznie na podstawie ustawy emerytalnej jest, w związku z przekazywaniem składki do OFE, zdecydowanie niższa. Innymi słowy przyjęta konstrukcja podziału środków emerytalnych, odbiegająca od tradycyjnej cywilnoprawnej konstrukcji dziedziczenia, nadaje tym środkom charakter swoistej renty rodzinnej w prywatnym systemie emerytalnym, choć moim zdaniem, należałoby tę kwestię ponownie przemyśleć i uregulować tak, aby realizowana była ochrona w razie utraty żywiciela.

Zagadnienie podziału środków zostało bardzo wnikliwie i, z prawnego punktu widzenia, jak najbardziej poprawnie przedstawione w doktrynie ubezpieczeń społecznych.¹⁸⁵ Za K. Antonówem można stwierdzić, że przyjęta konstrukcja wykorzystania środków emerytalnych po zmarłym członku OFE odbiega od tradycyjnej cywilnoprawnej konstrukcji dziedziczenia. Ustawodawca w aktualnie obowiązujących regulacjach prawnych nie przypadkowo posługuje się zatem w tytule rozdziału 13 ustawy o FE pojęciem podziału środków w razie śmierci członka OFE. Nie mówi się o ich dziedziczeniu, tak jak się to dzieje w przypadku jednostek uczestnictwa w funduszach inwestycyjnych (art. 83 ust. 3 ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych¹⁸⁶), wkładów oszczędnościowych w bankach (art. 57 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe¹⁸⁷), sumy ubezpieczenia w ubezpieczeniach życiowych (art. 832 § 2 k.c.) lub środków w pracowniczych programach emerytalnych (art. 32 ustawy o pracowniczych programach emerytalnych), gdzie środki po zmarłym, w razie braku uposażonych, wchodzą w skład spadku.¹⁸⁸

Niezależnie od tego trzeba również zauważyć, że w systemach zabezpieczenia społecznego, konstruowanych w celu ochrony na wypadek zajścia określonych ryzyk losowych, istotnego znaczenia nabiera pojęcie ryzyka socjalnego. Uważa się, że jest to zdarzenie przyszłe, niepewne, niezależne od woli zainteresowanego i najczęściej dla niego niekorzystne. Tworzenie systemów ochrony opiera się na założeniu, że nie ma prawa tam,

¹⁸⁴ por. np. M. Solecka, *Odziedziczony moloch*, Rzeczpospolita z dnia 1-2 kwietnia 2000 r., s. A4

¹⁸⁵ K. Antonów, *Sytuacja prawna środków emerytalnych w razie śmierci uprawnionego do emerytury*, PIP z 2001 r. Nr 3; w ten sposób także: H. Piawucka, *reforma emerytalna (w:) Wybrane zagadnienia prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, Gdańskie Studia Prawnicze z 2000 r., tom VI, s. 84-85; K. Kolański, *Konstytucyjne prawo do zabezpieczenia społecznego a nowy system ubezpieczeń społecznych*, PIP z 1999 r. Nr 5, s. 16-17

¹⁸⁶ Dz. U. z 2004 r. Nr 146, poz. 1546 ze zm.

¹⁸⁷ j.t. Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.

¹⁸⁸ K. Antonów, *Sytuacja...*, op. cit., s. 74

gdzie nie ma ryzyka.¹⁸⁹ Oznacza to, że prawo do świadczeń przysługuje wyłącznie w razie ziszczenia się danego ryzyka socjalnego (np. w przypadku choroby, niezdolności do pracy, urodzenia się dziecka, czy śmierci). Wówczas uprawniony nabywa prawo do świadczenia. Z drugiej natomiast strony prawo do świadczenia nie powstaje, jeśli ryzyko się nie ziści. W tym zawiera się również istota społecznej solidarności, doskonale znana w gospodarczym ubezpieczeniu np. od odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych. Przyjęcie takiego założenia wynika również z konieczności pozyskania środków na sfinansowanie świadczeń, dla osób, u których się ryzyko ziściło. Problem ten stał się widoczny w trakcie prac nad ustawą o emeryturach kapitałowych i wzmiankowaną wyżej instytucją wypłaty gwarantowanej. Otóż zasadne jest twierdzenie, że gdyby środki ewidencjonowane na koncie w OFE, miałyby być dziedziczone na zasadach cywilnoprawnych również w fazie ich wypłaty, to faktyczna realizacja dożywotnich emerytur kapitałowych pomyślana jako wypłata świadczenia od chwili nabycia prawa do emerytury aż do śmierci byłaby niemożliwa. Wynika to z pierwotnie planowanej (w chwili wejścia w życie reformy) formuły ustalania emerytury dożywotniej, w której średnia długość trwania życia miała determinować wysokość świadczenia, podobnie jak w przypadku aktualnej emerytury okresowej. Oznaczałoby to, że w przypadku osób, które przeżyły poniżej średniej długości trwania życia, środki podlegałyby „dziedziczeniu”, natomiast w przypadku osób, które przekroczyły średnią, pojawiłoby się naturalne pytanie o to, skąd brać fundusze na wypłatę emerytury aż do śmierci. Warto pamiętać, że gromadzenie funduszy na wypłatę świadczeń oparte musiałyby być również na tych samych zasadach, jak w przypadku klasycznego ubezpieczenia gospodarczego, czy ubezpieczenia społecznego. Z dużym prawdopodobieństwem można zatem stwierdzić, że jest to główna przyczyna uregulowania w ustawie o emeryturach kapitałowych możliwości wypłaty gwarantowanej wyłącznie w okresie 3 lat od chwili rozpoczęcia pobierania świadczenia, przy czym kwota do wypłaty ulega, co miesiąc, proporcjonalnemu zmniejszeniu. Jest to również dowód na to, że podział środków nie może być równoznaczny z ich dziedziczeniem.

W powyższym świetle wydaje się, że aktualna sytuacja jest wynikiem niezrozumienia konstruowania i funkcjonowania systemów zabezpieczenia społecznego na wypadek zajścia różnych ryzyk losowych. Przyjęcie możliwości dziedziczenia w rozumieniu cywilistycznym sprawi bowiem, że system w tej części nie będzie wypłacalny, a ciężar realizacji świadczeń zostanie przerzucony na podatników. Jednocześnie nie rozwiązuje się należycie problemu utraty żywiciela i realizacji świadczenia, jakim jest renta rodzinna. Jest to kolejny przykład na to, że reforma wprowadzona z dniem 1 stycznia 1999 r. nie została wystarczająco przemyślana i wymaga niezwłocznego dokończenia. Podobnie negatywnie należy ocenić posługiwanie się pojęciem „dziedziczenia”, gdyż społeczny odbiór jest jednoznaczny i

¹⁸⁹ K. Antonów, *Sytuacja...*, op. cit. s. 75

wywołuje określone, błędne wyobrażenie co do drugiego filara oraz środków gromadzonych w OFE.

Reasumując, nieuzasadnione jest przyjęcie perspektywy zmierzającej do oceny projektowanej zmiany w zakresie podziału środków w kontekście konstytucyjnej ochrony dziedziczenia. Podział środków nie może być bowiem z dziedziczeniem utożsamiany. Problem polega raczej na tym, na ile środki ewidencjonowane w drugim filarze emerytalnym powinny być uwzględniane przy ustalaniu uprawnień na wypadek śmierci żywiciela i jakie powinny być to świadczenia. Dotyczy to zarówno środków w OFE, jak i na projektowanym subkoncie w ZUS. W tym kontekście zarówno unormowania aktualnie obowiązujące, jak i projektowane wymagają gruntownego przemyślenia, gdyż jak na razie utrwalają tylko nieuzasadnione przekonanie co do prywatnego charakteru środków w drugim filarze.

5. Wnioski

Podsumowując nasuwa się przede wszystkim refleksja natury ogólnej. Problemy z docelowym modelem systemu emerytalnego związane są z faktem, że w chwili wejścia w życie reformy obywatelom zostały przekazane nieprawdziwe informacje co do uwarunkowań dotyczących funkcjonowania drugiego filara. Dotyczy to nie tylko kwestii związanych z możliwością uzyskiwania wyższych świadczeń, czy dziedziczenia środków na indywidualnym koncie, ale przede wszystkim zagadnień odnoszących się do podstawowych elementów konstrukcyjnych, jakie musi spełniać każdy system zabezpieczenia społecznego na wypadek zajścia określonych ryzyk socjalnych, aby był wypłacalny. Wydaje się zatem, że niedokończenie reformy wynika w dużej mierze z konieczności wycofania się, przynajmniej w części, z przyjętych założeń, które zdążyły już wywołać określone oczekiwania społeczne.

Jeśli chodzi natomiast o proponowane zmiany w systemie emerytalnym, w zakresie, w jakim były przedmiotem opinii, to możliwe jest sformułowanie następujących wniosków końcowych.

- 1) Projektowana zmiana nie rozwiązuje docelowo ani problemu zadłużenia państwa, ani zabezpieczenia społecznego na wypadek dożycia wieku emerytalnego; odsuwa jedynie na późniejszy czas ciężar związany z finansowaniem projektowanych świadczeń kapitałowych i emerytury kapitałowej pochodzącej ze środków na subkoncie w ZUS.
- 2) Ustawodawca, posługując się techniką bezpośredniego działania nowego prawa, nie ingeruje w treść już ukształtowanej ekspektatywy na emeryturę dożywotnią; dokonuje zmiany wyłącznie na przyszłość; nie można zatem stwierdzić, że narusza już ukształtowane uprawnienie do przyszłego świadczenia.
- 3) Brak podstaw do uznania, że proponowane utworzenie subkonta w ZUS jest rozwiązaniem mniej korzystnym aniżeli dotychczasowe, ponieważ odchodzi ono od

indywidualizacji ryzyka emerytalnego i przerzucania ryzyka wahań koniunktury gospodarczej na ubezpieczonych, chroniąc co najmniej nominalną wartość składki zaewidencjonowanej na subkoncie.

- 4) Ponieważ zmniejszenie składki do OFE powinno być traktowane jako środek służący realizacji celu, jakim jest zabezpieczenie społeczne po osiągnięciu wieku emerytalnego, trzeba wyrazić wątpliwość, czy ocena trafności i celowości rozwiązań przyjętych w projekcie oraz wyboru środka optymalnego może być przedmiotem oceny przez Trybunał Konstytucyjny.
- 5) Nie można potwierdzić naruszenia zasady ochrony praw w trakcie nabywania, ponieważ: a) nie dochodzi do ingerencji w już ukształtowaną ekspektatywę; b) jednocześnie nie jest to ekspektatywa maksymalnie ukształtowana; c) ustawodawca wprowadza rozwiązanie rekompensujące zmianę, które może zostać ocenione jako korzystniejsze; d) zmiana znajduje uzasadnienie w innych wartościach konstytucyjnych, jakimi są: dbałość o finanse publiczne i równowaga budżetowa. Jest to argument dość istotny biorąc pod uwagę, że wdrożenie reformy zostało uzależnione od możliwości pozyskiwania dodatkowych środków.
- 6) Nie można potwierdzić naruszenia zasady zaufania, ponieważ: a) reforma nie została dokończona, więc konieczne jest podejmowanie działań zmierzających do ukształtowania modelu docelowego; b) reforma, która weszła w życie w 1999 r. nie nosiła cech stabilności, trudno zatem oczekiwać, że ustanowione wówczas prawo będzie stabilne; c) projektowana regulacja nie zaskakuje ubezpieczonych, ponieważ wprowadza rozwiązania rekompensujące, mogące być uznane za korzystniejsze od aktualnie obowiązujących; d) za wprowadzeniem zmian przemawiają wysokie koszty funkcjonowania systemu i stan finansów państwa, o czym w pkt. 5.
- 7) Nie można potwierdzić naruszenia zasady *pacta sunt servanda*, rozumianej jako swoista umowa społeczna, ponieważ trudno wskazać na jej prawną podstawę; co najwyżej zasadę tę można rozważać przy omawianiu naruszeń, o których była mowa w pkt. 5 i 6 jako elementu zasady zaufania bądź ochrony praw nabytych;
- 8) Problem zmniejszenia składki nie może być oceniany przez pryzmat zgodności z art. 64 ust. 1 i 2 Konstytucji, gdyż po 1997 r. wzorcem konstytucyjnej kontroli jest art. 67 ust. 1 Konstytucji.
- 9) W zakresie dotyczącym naruszenia art. 67 ust. 1 Konstytucji należy stwierdzić, że zmniejszenie składki do OFE powinno być oceniane pod kątem, czy realizuje zobowiązania państwa do zagwarantowania minimalnego poziomu świadczenia wynikającego z Konwencji Nr 102 MOP. Niestety, ze względu na niedokończenie reformy brak możliwości przeprowadzenia jednoznacznej oceny w zakresie II filara. Jednakże z punktu widzenia sumy przyszłych świadczeń, które będą składały się na

jedną emeryturę w rozumieniu MOP, można stwierdzić, że utworzenie subkonta łagodzi ryzyko wahań koniunktury gospodarczej wprowadzając gwarancję wypłaty przynajmniej nominalnej wartości odprowadzonych składek. Sprawia to, że emerytura wypłacana na podstawie składek zaewidencjonowanych na subkoncie przyjmuje charakter świadczenia z tzw. systemu zdefiniowanego świadczenia w rozumieniu Konwencji Nr 102 MOP. Tym samym można stwierdzić, że koncepcja utworzenia subkonta nie sprzeciwia się powoływanym regulacjom, przez co należy uznać, że obniżenie składki z punktu widzenia art. 67 ust. 1 Konstytucji mieści się w zakresie swobody ustawodawcy w realizacji wyrażonego w nim prawa do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego.

- 10) Niezależnie od wskazanych wniosków należy jednocześnie uznać, że regulacje składające się na drugi filar mogą być uznane za niezgodne z art. 67 ust. 1 Konstytucji RP, ponieważ nie jest to forma zabezpieczenia społecznego; decydują o tym m.in. takie czynniki, jak: a) indywidualizacja ryzyka emerytalnego, b) przerzucenie na ubezpieczonych ryzyka straty na inwestycji ze składek w OFE, c) brak solidarności i redystrybucji opartej na zasadzie sprawiedliwości społecznej, d) przymus uczestnictwa w tej formie przyczynności. Nie uzasadnia to jednak likwidacji OFE, gdyż takie działanie należałoby uznać za szkodliwe i niesprawiedliwe. Potrzebna jest bowiem refleksja na temat docelowego modelu systemu emerytalnego ustalającego wypłaty emerytur z drugiego filara uwzględniająca wymogi konstytucyjne.
- 11) Koncepcja „dziedziczenia” składki jest chybiona, ponieważ prowadzi do niewypłacalności systemów służących ochronie na wypadek zajścia określonych ryzyk społecznych. Inaczej należy natomiast ocenić instytucję podziału środków w razie śmierci, która odbiega od dziedziczenia w rozumieniu cywilistycznym, gdyż ma na celu ochronę na wypadek utraty żywiciela, a zatem podwyższać wysokość renty rodzinnej, wypłacanej z systemu powszechnego.



