

PRAWNE MECHANIZMY PRZEKAZYWANIA ŚRODKÓW OFE

Oceny konstytucyjno-prawne

redakcja naukowa

Radosław Pacud



OFICyna ALLERHANDA

TOMASZ ZALASIŃSKI · MAR
ANTONÓW · DOROTA DZIE
WODA · ANDRZEJ JABŁOŃ
RADOSŁAW PACUD · ARKA
ZALASIŃSKI · MARCIN ZIEL
DOROTA DZIENISIUK · ŁUK
JABŁOŃSKI · MICHAŁ JACK
ARKADIUSZ RADWAN · TOM
ZIELENIECKI · KAMIL ANTO
ŁUKASZ GORYWODA · AND
JACKOWSKI · RADOSŁAW F
RADWAN · TOMASZ ZALAS
KAMIL ANTONÓW · DOROT
GORYWODA · ANDRZEJ JA
OWSKI · RADOSŁAW PACUD
TOMASZ ZALASIŃSKI · MAR
ANTONÓW · DOROTA DZIE
WODA · ANDRZEJ JABŁOŃ
RADOSŁAW PACUD · ARKA
ZALASIŃSKI · MARCIN ZIEL
DOROTA DZIENISIUK · ŁUK
JABŁOŃSKI · MICHAŁ JACK
ARKADIUSZ RADWAN · TOM
ZIELENIECKI · KAMIL ANTO
ŁUKASZ GORYWODA · AND
JACKOWSKI · RADOSŁAW F

Kamil Antonów
Dorota Dzienisiuk
Łukasz Gorywoda
Andrzej Jabłoński
Michał Jackowski
Radosław Pacud (red.)
Arkadiusz Radwan
Tomasz Zalański
Marcin Zieleniecki

Prawne mechanizmy przekazywania środków OFE

Oceny konstytucyjno-prawne



OFICYNA ALLERHANDA

Kraków 2013

ne), które nie występowały pod rządami prawa starego (finansowanie kapitałowe). Na koniec trzeba jednak zastrzec, że finalna (pełna) ocena konstytucyjnoprawna musi również uwzględniać kontekst wpływu obowiązujących rozwiązań na stan finansów publicznych oraz nie może abstrahować od neutralnego, dla członków OFE, skutku wprowadzanych zmian (wyrażony już wcześniej wniosek o nienaruszeniu prawa członków OFE do lokowania środków gromadzonych na rachunkach).

7. Obligatoryjne umorzenie 51,5% aktywów: przesłanki ingerencji w sferę prawnie chronioną według doktryny oraz orzecznictwa TK (A. Radwan, Ł. Gorywoda)

7.1. Założenia dogmatyczne i metodologiczne

Rozważania czynione w ramach niniejszego rozdziału mają za przedmiot konstytucyjnoprawną ocenę wyrażonej w art. 23 ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych²²⁰ normy, nakazującej przeniesienie z OFE do FUS wyrażonych obligacjami zobowiązań skarbu państwa. Podstawowym celem badań prowadzonych w ramach niniejszego rozdziału jest poczynienie ustaleń w zakresie przesłanek ingerencji w sferę prawnie chronioną na podstawie kryteriów wykształconych w doktrynie i orzecznictwie konstytucyjnym.

Prowadzone badania opierają się na określonych założeniach odnoszących się do natury OFE oraz charakteru prawnego środków w OFE. Założenia te obejmują²²¹:

- powołanie do życia OFE i PTE wiąże się z prywatyzacją części zadania publicznego, jakie stanowi zapewnienie zabezpieczenia społecznego w wieku poprodukcyjnym (art. 67 ust. 1 Konstytucji);
- samoistnym, choć nie jedynym walorem – i jednocześnie elementem wyjściowej koncepcji systemu – jest dywersyfikacja sposobów zabezpieczenia emerytalnego poprzez współistnienie dwóch obowiązkowych filarów: państwowego (repartycyjnego) i prywatnego (kapitałowego);
- rola państwa w filarze kapitałowym jest ograniczona – jej głównym przejawem jest sprawowanie nadzoru ostrożnościowego i rynkowego, na zasadach właściwych dla nadzoru nad rynkiem i instytucjami finansowymi;
- OFE stanowią szczególny typ osoby prawnej, konstrukcyjnie wzorowany na funduszu inwestycyjnym;

²²⁰ Druk Sejmowy Nr 514, dalej: „ustawa”.

²²¹ Szerzej na temat uzasadnienia tych założeń A. Radwan, R. Mężyk, *Konstytucyjnoprawna ocena rekomendacji dotyczących II filara systemu emerytalnego zawartych w rządowym przeglądzie funkcjonowania systemu emerytalnego z dnia 26 czerwca 2013 roku*, Instytut Allerhanda, Kraków, lipiec 2013.

- OFE są właścicielami aktywów pochodzących (nabytych) ze środków (składek) wpłacanych do OFE;
- wykonywanie przez OFE przysługującego im prawa własności aktywów podlega ograniczeniom wynikającym z relacji prawnej z członkami OFE, a także z pozycji ustrojowej OFE w systemie zabezpieczenia społecznego;
- obowiązkowość oraz związanie celowe środków w OFE uzasadniają publicznoprawny – ubezpieczeniowy charakter składki, który to charakter należy rozumieć wyłącznie jako kwalifikację celowościową, nie zaś jako kwalifikację własnościową;
- składki nie stanowią własności prywatnej członka funduszu, nie stanowią również własności skarbu państwa, ani żadnej innej państwowej osoby prawnej, stanowią natomiast własność funduszu emerytalnego;
- realokacja (przewłaszczenie) środków z OFE do FUS musi być w świetle powyższego uznana za przesunięcie własności z sektora instytucji finansowych do sektora finansów publicznych, które z uwagi na ustawowy tryb tego przesunięcia i państwową naturę FUS stanowi upaństwowienie (nacionalizację);
- własność sprawowana przez fundusz jest własnością związaną, o charakterze powierniczym (powiernictwo usługowe), wykonywaną na rzecz ubezpieczonego;
- na pozycję prawną ubezpieczonego składa się szereg uprawnień prywatnoprawnych właściwych dla sfery dominium, w związku z czym pozycję uczestnika OFE można określić mianem *quasi-właścicielskiej*;
- ogół uprawnień uczestnika funduszu zabezpiecza przysługującą mu ekspektatywę, której treść jest określana na podstawie zdefiniowanych parametrów: miarodajne dla dookreślenia są jednostki rozrachunkowe, których wartość zależy od składek (substrat inwestycji) i wyniku finansowego (zwrot z inwestycji) – jednostki rozrachunkowe stanowią jednocześnie podstawę nabywania przez uczestnika funduszy uprawnień częściowych do przyszłej emerytury;
- stopień sprecyzowania przyszłego uprawnienia emerytalnego (albo innego uprawnienia majątkowego, np. w przypadku dziedziczenia środków) czyni je określonym (albo co najmniej możliwym do określenia), co uzasadnia przyznanie ekspektatywie emerytalnej ochrony konstytucyjnoprawnej.

W oparciu i sformułowane powyżej założenia, zostanie przeprowadzone badanie przesłanek dopuszczalności ingerencji w konstytucyjnie chronioną sferę prawną OFE oraz uczestników OFE. Celem tego badania jest stwierdzenie, czy ustawodawca ustawy z 6 grudnia 2013 r., w zakresie, w jakim – ujmując to z pewnym uproszczeniem – przewiduje przeniesienie obligacji z OFE do FUS, porusza się w wyznaczonych przez ustrojodawcę ramach konstytucyjnoprawnych.

7.2. Konstytucyjne wzorce kontroli

7.2.1. Ochrona własności i prawa do dziedziczenia (art. 21, art. 64 Konstytucji) jako wzorzec kontroli

W stosunku do środków zgromadzonych przez OFE prawo własności przysługuje funduszom, natomiast uczestnikom funduszy przysługują uprawnienia *quasi*-właścicielskie. Relacja między funduszem a ubezpieczonym ma jednocześnie charakter powierniczy. Przedstawiona kwalifikacja uzasadnia adekwatność konstytucyjnego wzorca kontroli określonego w art. 21 i art. 64 Konstytucji. Kontrola ta powinna zostać przeprowadzona osobno z perspektywy OFE²²², osobno zaś z punktu widzenia uczestników funduszy. Należy przypomnieć, że zakres podmiotowy gwarancji prawa własności określony jest szeroko i obejmuje nie tylko osoby fizyczne, ale także prawne²²³.

Ustawa zasadnicza przewiduje dwie normy chroniące własność – art. 21 oraz art. 64 Konstytucji. Art. 21 chroni własność i prawo dziedziczenia, nie obejmuje natomiast innych niż własność praw majątkowych, które są chronione na podstawie art. 64 Konstytucji. Warto przy tym wspomnieć, co jest istotne w kontekście sporu o charakter prawny środków zgromadzonych w OFE, że pierwszy z wymienionych przepisów gwarantuje wszystkim formom własności równą ochronę prawną, co – *nota bene* – oznacza, że nie ogranicza się ona jedynie do ochrony własności prywatnej²²⁴. Na uzasadnienie tak ujmowanego zakresu ochrony wskazuje się w literaturze umieszczenie art. 21 wśród zasad ustroju państwowego oraz brak typizacji własności w samej Konstytucji²²⁵.

Na podkreślenie zasługuje także szeroki zakres konstytucyjnoprawnej ochrony dziedziczenia, co jest szczególnie istotne wobec dziedziczności środków w OFE, która nie zachodzi w przypadku emerytury repartycyjnej z filara państwowego. Jak wskazuje się w doktrynie „w ramach modelu repartycyjnego nie do przyjęcia jest umniejszanie dochodów ubezpieczyciela (ZUS) w związku z zaspakajaniem praw majątkowych osób, którym nie ziściło się ryzyko socjalne albo nie spełniają przesłanek nabycia uprawnień świadczeniowych”²²⁶.

²²² Z uwagi na organiczne powiązanie OFE i PTE, konstytucyjnoprawna ocena funduszu i zarządzającego nim towarzystwa zostanie dokonana łącznie.

²²³ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, Wydanie 2, uw. Do art. 64, nb. 4.

²²⁴ Zob. B. Banaszak, *Konstytucja...*, *op. cit.*, uw. do art. 21, nb. 1 – Autor ten wskazuje, że „[tym właśnie obecna regulacja] różni się ona od swojej poprzedniczki, która zapewniała ochronę własności, w różny sposób uzależniając ją od typu i formy własności, a nie przewidywała ogólnej ochrony wszystkich typów i form.”

²²⁵ B. Banaszak, *Konstytucja...*, *op. cit.*, uw. do art. 21, nb. 1; zob. też wyrok TK z dnia 4 października 1989 r. (K 3/88): pojęcie własności „nie ogranicza [się] do własności w znaczeniu prawa cywilnego. Bez znaczenia dla konstytucyjnego pojęcia własności jest także to, czy dane prawo ma charakter prawa bezwzględnego czy względnego, czy ma podstawę w kodeksie cywilnym czy w innej ustawie”.

²²⁶ K. Antonów, *OFE - ubezpieczenie versus oszczędzanie* [w:] L. Florek, Ł. Pisarczyk (red.), *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, Warszawa 2011, s. 349.

Konstytucja definiuje pojęcie dziedziczenia w sposób autonomiczny, tj. nie utożsamia dziedziczenia z cywilnoprawnym pojęciem spadku²²⁷. W związku z tym dla przyjęcia adekwatności wzorca konstytucyjnego nie ma znaczenia, że na gruncie przyjętego w emerytalnym systemie kapitałowym modelu dziedziczenia dziedziczenie to podlega pewnym ograniczeniom w stosunku do zasad ogólnych prawa spadkowego²²⁸, tak co do sposobu wskazania uprawnionych, jak i sposobu ustalenia osób uprawnionych, czy nawet – co może stanowić pochodną wspomnianych różnic – cywilnoprawnego zaszerzgowania uprawnienia do dziedziczenia środków z OFE²²⁹.

Analizując dopuszczalność ingerencji w prawo chronione na gruncie Konstytucji „konieczne jest [...] zachowanie ram konstytucyjnych, które wyznaczają granice ochrony konstytucyjnej określonego prawa majątkowego”²³⁰. Zakres ograniczeń nie może powodować zniweczenia podstawowych składników prawa podmiotowego, powodując „wydrążenie” go z rzeczywistej treści i prowadząc do przekształcenia w pozór prawa. W takiej sytuacji dochodzi bowiem do niedopuszczalnego na gruncie Konstytucji naruszenia podstawowej treści – istoty tego prawa²³¹. Innymi słowy, „własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza ona istoty prawa własności”²³². Pomimo iż w świetle art. 64 Konstytucji zakres ochrony własności i innych praw majątkowych nie jest tożsamy, to jednak zasada odnosząca się do „ochrony rdzenia prawa” i niedopuszczalności tak daleko idącej ingerencji, w której prawo staje się pozorne, dotyczy również innych niż własność praw podmiotowych²³³.

7.2.2 Wzorce kontroli wynikające z zasady zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa

Zasada ochrony praw nabytych stanowi kryterium oceny legalności prawotwórczej działalności władzy publicznej, czyli przesłanek dopuszczalności ingerencji w prawa podmiotowe, ekspektatywy i interesy w toku dokonywanej na podstawie aktów normatywnych²³⁴. Ochroną objęte są prawa podmiotowe tak

²²⁷ B. Banaszak, *Konstytucja...*, *op. cit.*, uw. do art. 21, nb. 3.

²²⁸ W klarowny sposób zasady dziedziczenia środków w OFE, ze wskazaniem ograniczeń, przedstawia K. Antonów, *OFE – ubezpieczenie...*, *op. cit.*, s. 345 i n.

²²⁹ K. Antonów zauważa, że „[f]orma prawna rozdysponowania środków *mortis causa* członka OFE upodabnia się do konstrukcji umowy ubezpieczenia na rzecz osoby trzeciej”, *op. cit.*, s. 346.

²³⁰ Wyrok TK z dnia 19 grudnia 2002 r. (K 33/02), OTK Seria A, nr 7/2002, poz. 97; zob. też wyrok TK z dnia 12 stycznia 2000 r. (P 11/99), OTK ZU nr 1/2000, poz. 37.

²³¹ Wyrok TK z dnia 12 stycznia 2000 r., (P 11/98), OTK ZU nr 1/2000, poz. 3; wyrok TK z dnia 19 grudnia 2002 r. (K 33/02), OTK Seria A, nr 7/2002, poz. 97.

²³² Wyrok TK z dnia 12 stycznia 1999 r., P 2/98.

²³³ Wyrok TK z dnia 12 stycznia 2000 r., (P 11/98), OTK ZU nr 1/2000, poz. 3.

²³⁴ J. Jaskiernia, *Ochrona praw słusznie nabytych jako przesłanka procesu decyzyjnego w parlamentarnym postępowaniu ustawodawczym* [w:] H. Zięba-Załuca, P. Chmielnicki, *Środki ochrony praw słusznie nabytych w świetle Konstytucji RP i prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 52-56.

prywatne jak i publiczne²³⁵. Treścią omawianej zasady jest adresowany do prawodawcy zakaz ustanawiania norm prawnych odbierających lub ograniczających prawa podmiotowe w sposób arbitralny²³⁶.

Zasada ochrony praw nabytych jest wywodzona przede wszystkim z zasady demokratycznego państwa prawa (art. 2 Konstytucji)²³⁷. Zgodzić należy się z poglądem, że zasada ta ma charakter tzw. normy optymalizacyjnej, tj. nakazującej chronić prawa nabyte w możliwie najwyższym stopniu²³⁸. Oznacza to, że omawiana zasada nie ma charakteru absolutnego, ale dopuszcza odstępstwa od niej, przy czym ocena dopuszczalności odstępstwa może być dokonana na tle konkretnej sytuacji przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności²³⁹. Uzasadnieniem naruszenia zasady ochrony praw nabytych może być potrzeba zapewnienia realizacji innej wartości o randze konstytucyjnej²⁴⁰. W orzecnictwie Trybunału Konstytucyjnego utrwalone zostało stanowisko, zgodnie z którym „*takie odstępstwa dopuszczalne są wyjątkowo, jedynie gdy przemawia za tym konieczność ochrony innych konstytucyjnie uznanych praw, wartości czy interesów i pod warunkiem zastosowania procedur umożliwiających zainteresowanym podmiotom dostosowanie się do zaistniałej sytuacji i odpowiednie rozporządzenie swoimi prawami*”²⁴¹.

Orzecznictwo konstytucyjne wypracowało kryteria dopuszczalności ograniczeń praw słusznie nabytych. Kryteria te sprowadzają się do ustalenia: (i) czy wprowadzone ograniczenia znajdują podstawę w innych normach, zasadach, wartościach konstytucyjnych; (ii) czy istnieje możliwość realizacji danej normy, zasady lub wartości konstytucyjnej bez naruszenia praw nabytych; (iii) czy wartościom konstytucyjnym, dla realizacji których prawodawca ogranicza prawa nabyte, można w danej, konkretnej sytuacji przyznać pierwszeństwo przed wartościami znajdującymi u podstaw zasady

²³⁵ Zob. wyrok TK z dnia 22 czerwca 1999 r. sygn. K 5/99, OTK ZU nr 5/1999, poz. 100; podobnie wyrok TK z dnia 4 stycznia 2000, sygn. K 18/99, OTK ZU nr 1/2000, poz. 1.

²³⁶ M. Jackowski, *Ochrona praw nabytych w polskim systemie konstytucyjnym*, Warszawa 2008, s. 72-73; M. Wyrzykowski, *Zasada demokratycznego państwa prawnego – kilka uwag* [w:] M. Zubik (red.), *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2006, s. 245; H. Zięba-Załużka, *Zasada ochrony praw nabytych jako element zasady demokratycznego państwa prawnego* [w:] H. Zięba-Załużka, P. Chmielnicki, *Środki ochrony praw słusznie nabytych w świetle Konstytucji RP i prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 31-32.

²³⁷ Zgodnie ugruntowanym orzecnictwem Trybunału Konstytucyjnego ochrona praw nabytych jest pochodną zasady zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez państwo prawa wynikającej z zasady państwa prawnego (art. 2 Konstytucji).

²³⁸ Zob. M. Jackowski, *Zasada ochrony praw nabytych w polskim prawie konstytucyjnym*, Przegląd Sejmowy nr 1/2008, s. 26; M. Jackowski, Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 stycznia 2010 (sygn. akt SK 41/07), Przegląd Sejmowy nr 1//2011, s. 131.

²³⁹ Zob. wyrok TK z dnia 22 czerwca 1999 r. sygn. K 5/99, OTK ZU nr 5/1999, poz. 100; M. Jackowski, *Ochrona...*, op. cit., s. 60.

²⁴⁰ M. Wyrzykowski, *Zasada...*, op. cit., s. 248 i nast.; M. Jackowski, *Ochrona...*, op. cit., s. 75.

²⁴¹ Zob. wyrok TK z dnia 13 kwietnia 1999 r., sygn. K 36/98, OTK ZU nr 3/1999, poz. 40; wyrok TK z dnia 15 września 1998 r., sygn. K 10/98, OTK ZU nr 5/1998 poz. 64; wyrok TK z dnia 27 stycznia 2010 (sygn. akt SK 41/07).

ochrony praw nabytych; (iv) czy prawodawca podjął niezbędne działania mające na celu zapewnienie jednostce warunków do przystosowania się do nowej regulacji²⁴². Dodatkowo, co zostało już wspomniane wyżej, ingerencja nie może być arbitralna.

Zakres dopuszczalnej ingerencji ustawodawcy w prawa nabyte jest zależny od tego stopnia skonkretyzowania danego prawa w odniesieniu do podmiotu, w którego sferę ma nastąpić ingerencja. W tym celu w doktrynie odróżnia się prawa nabyte *in abstracto* (wynikające z norm prawnych przed ich skonkretyzowaniem w odniesieniu do danego podmiotu) oraz prawa nabyte *in concreto* (przysługujące w sposób konkretno-indywidualny podmiotowi tego prawa na mocy np. decyzji administracyjnej, orzeczenia sądowego, umowy). Ochrona tych ostatnich doznaje umocnienia w zasadzie *pacta sunt servanda* a także w trwałości wyroków sądowych i decyzji administracyjnych. Konsekwencją opisanego rozróżnienia jest zróżnicowanie stopnia ochrony, które polega na tym, że w odniesieniu do praw nabytych *in abstracto* ustawodawca ma większą swobodę w ograniczaniu i odejmowaniu tych praw, niż w przypadku praw nabytych *in concreto*²⁴³.

Wyznaczając dopuszczalny zakres zmian prawa w zakresie świadczeń emerytalnych należy pamiętać o **zasadzie ochrony uzasadnionych oczekiwań** podmiotów funkcjonujących w ramach systemu emerytalnego, przede wszystkim ubezpieczonych jako wierzycieli OFE.

Podstawą zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań jest zasada ochrony praw nabytych, którą wyprowadza się z art. 2 Konstytucji (demokratyczne państwo prawa)²⁴⁴, a w odniesieniu do praw majątkowych również z art. 64 ust. 2 Konstytucji (ochrona prawna własności, innych praw majątkowych oraz prawa dziedziczenia)²⁴⁵.

Zasada ochrony praw nabytych ma na celu zapewnienie pewności i stabilności porządku prawnego. Podmioty funkcjonujące w ramach systemu emerytalnego ufają, że raz nabyte uprawnienia nie zostaną im w przyszłości odebrane bądź naruszone²⁴⁶. Z punktu widzenia ubezpieczonych, a więc wierzycieli OFE, istotne znaczenie ma więc „okres oczekiwania”, tzn. okres, w którym „spełniane są warunki nabycia prawa do emerytury”, ponieważ „rozpoczęcie spełniania przesłanek nabycia prawa prowadzi do kształtowania określonych oczekiwań co do możliwości nabycia prawa”²⁴⁷.

²⁴² Wyrok TK z dnia 22 czerwca 1999 r. sygn. K 5/99, OTK ZU nr 5/1999, poz. 100 ; zob. też wyrok TK z dnia 4 stycznia 2000, sygn. K 18/99, OTK ZU nr 1/2000, poz. 1.

²⁴³ K. Działocha: *Zasada ochrony praw nabytych w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” nr 1588, s. 17-19; J. Jaskiernia, *Ochrona praw...*, op. cit., s. 45-46; M. Jackowski, *Ochrona praw nabytych a kryzys gospodarczy*, Państwo i Prawo nr 8/2009, s. 15-16.

²⁴⁴ I. Lipowicz, *Polska wizja państwa prawa. Dylematy przebudowy państwa według reguł państwa prawa – aspekt publicznoprawny*, w: G. Ulicka (red.), *Spory wokół teorii i praktyki państwa prawa*, LEX 2011.

²⁴⁵ M. Jackowski, *Ekspektatywa...*, op. cit., s. 93.

²⁴⁶ K. Ślebzak, *Ochrona emerytalnych praw nabytych*, Wolters Kluwer Polska 2009, s. 17.

²⁴⁷ *Ibidem*, s. 61-62.

Zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań dotyczy więc trwałości uprawnień i ma na celu stabilizację stosunków prawnych. Zakres oddziaływania tej zasady jest bardzo szeroki. Dotyczy ona nie tylko prywatnych praw podmiotowych, lecz także publicznych praw podmiotowych, tzn. tych, które są skuteczne względem państwa. Obejmuje ona swoim zakresem również ekspektatywy. Zgodnie z orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 października 1989 r.²⁴⁸

*„zasada ochrony (nienaruszalności) praw nabytych w rozumieniu Trybunału Konstytucyjnego polega na zakazie pozbawienia obywateli praw podmiotowych i ekspektatyw, ukształtowanych przez ustawy wydane w wyniku realizacji praw podstawowych lub na zakazie ich ograniczania w stopniu naruszającym istotę danego prawa bez pełnego ekwiwalentu praw (uprawnień) utraconych. Formuła ta oznacza, że: 1) przedmiotowa zasada obejmuje **zarówno prawa podmiotowe prywatne, jak i publiczne prawa podmiotowe (skuteczne względem państwa), a także [...] ich ekspektatywy [...]**”.*

W literaturze zauważa się, że na gruncie prawa ubezpieczeń konstrukcja ekspektatywy stanowi „wyraz respektowania stanowiska ubezpieczonego, który uczestnicząc w procesie nabywania prawa do świadczeń, zakłada niezmiennosc reżimu warunków od momentu nawiązania stosunku ubezpieczenia, aż do chwili nabycia uprawnień”²⁴⁹. Konstrukcja ta łączy się z zasadą *pact sunt servanda*, czyli obowiązkiem honorowania zobowiązań umownych. Trybunał Konstytucyjny uznaje tę zasadę za „wiodąc[ą] podstaw[ę] stosunku ubezpieczeniowego”, który opiera się na „konstrukcji prawnej stosunku zaufania i na przeświadczeniu ubezpieczonego, że po spełnieniu określonych warunków (pracy, składki) otrzyma określone świadczenia”²⁵⁰.

Należy podkreślić, że Trybunał Konstytucyjny w swoim dotychczasowym orzecznictwie wykształcił pogląd, który przyznaje ochronę prawną jedynie tzw. ekspektatywom maksymalnie ukształtowanym²⁵¹. Już w 1992 r. Trybunał wyjaśnił, że tak rozumiane ekspektatywy spełniają wszystkie przesłanki ustawowe nabycia praw pod rządami danej ustawy, bez względu na stosunek do nich późniejszej ustawy²⁵². Zdaniem Trybunału ekspektatywa maksymalnie ukształtowana obejmuje sytuacje, w których pomimo tego, że nie doszło do wydania ani aktu przyznającego prawo, ani aktu stwierdzającego przysługiwanie prawa, zostały spełnione zostały wszystkie przesłanki warunkujące nabycie danego prawa²⁵³. W takich sytuacjach brakuje tylko ostatniego aktu decydującego o definitywnym przejściu prawa podmiotowego na uprawnionego²⁵⁴. Zgodnie z wyrokiem z dnia 19 grudnia

²⁴⁸ K 3/88, OTK 1989, poz. 2, wyłączenie dodane.

²⁴⁹ R. Babińska, *Wzruszalność prawomocnych decyzji rentowych*, Warszawa 2007, s. 69.

²⁵⁰ Wyrok TK z 11 II 1992, K 14/91 cytowany w R. Pacud, *Zmiana kierunku reformy emerytalnej z 1999 r.*, Państwo i Prawo, 1/2012, s. 28-29.

²⁵¹ M. Jackowski, *Ekspektatywa jako przedmiot ochrony konstytucyjnej*, Państwo i Prawo 11/2007, s. 95.

²⁵² Wyrok TK z dnia 11 lutego 1992 r., K 14/91, cytowany w M. Jackowski, *Ekspektatywa...*, op. cit., s. 96.

²⁵³ Zob. wyroki cytowane w M. Jackowski, *Ekspektatywa...*, op. cit., s. 96.

²⁵⁴ M. Jackowski, *Ekspektatywa...*, op. cit., s. 96.

2002 r. (K 33/02) „*ekspektatywa maksymalnie ukształtowana oznacza, że istnieje pewna prawnie relevantna sytuacja, cechująca się istnieniem wyraźnych zawiązków przyszłego prawa, gdzie dopiero w przyszłości mają nastąpić okoliczności, od których uzależnione jest powstanie prawa podmiotowego, a w konsekwencji jego realizacja*”²⁵⁵. Przyjmuje się, że tak ukształtowana ekspektatywa obejmuje możliwość egzekwowania przez uprawnionego zachowania prowadzącego do definitywnego przejścia na niego pełnego prawa²⁵⁶.

Wyznaczając dopuszczalny zakres zmian prawa w zakresie świadczeń emerytalnych należy pamiętać o **zasadzie ochrony interesów w toku**, która również ma swoje źródło w zasadzie demokratycznego państwa prawa wyrażonej w art. 2 Konstytucji²⁵⁷. Zasada ta nakazuje ustawodawcy takie ukształtowanie rozwiązań intertemporalnych i przejściowych, które zapewni, że przejście z obszaru dawnego prawa na obszar nowej regulacji nastąpi w sposób wolny od arbitralności i z poszanowaniem sytuacji prawnych ukształtowanych w okresie obowiązywania dotychczasowych stanu prawnego²⁵⁸.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego „*zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa opiera się na wymaganiu pewności prawa, a więc takim zespole cech przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne; umożliwiają jej decydowanie o swoim postępowaniu na podstawie pełnej znajomości przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie jej działania mogą pociągnąć za sobą*”²⁵⁹.

Zasada ochrony interesów w toku została wypracowana przez Trybunału Konstytucyjnego na gruncie orzecznictwa dotyczącego prawa podatkowego. Zgodnie z nią ustawodawca jest związany koniecznością uwzględniania faktu, że podmioty prawa planują swoją działalność gospodarczą w oparciu o ramy prawne, które powinny zapewnić im stabilne warunki działania²⁶⁰.

W myśl orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 października 2007 roku w sprawie do sygn. akt. P 28/2006 „*zasada ochrony interesów w toku zapewnia ochronę w sytuacji, w której:* 1) *przepisy prawa wyznaczają pewien horyzont czasowy realizowania określonych przedsięwzięć;* 2) *przedsięwzięcie – ze swej natury – jest rozłożone w czasie;* 3) *obywatel faktycznie rozpoczął określone przedsięwzięcie w okresie obowiązywania owych przepisów*”²⁶¹.

²⁵⁵ Wyrok TK z dnia 19 grudnia 2002 r., K 33/02, OTK Seria A, nr 7/2002, poz. 97.

²⁵⁶ Zdanie odrębne sędziego TK B. Lewaszkiewicz-Petrykowskiej do wyroku TK z 24 X 2000, SK 7/2000, cytowane za M. Jackowski, *Ekspektatywa...*, op. cit., s. 96.

²⁵⁷ A. Radwan, R. Mężyk, *Konstytucyjnoprawna...* op.cit., s. 54.

²⁵⁸ M. Kamiński, *Prawo administracyjne intertemporalne*, LEX 2011, para. 14.15 i cytowane tam orzeczenia TK.

²⁵⁹ Wyrok TK z dnia 14 czerwca 2000 roku w sprawie do sygn. akt P 3/00; tak też wyrok TK z dnia 20 stycznia 2010 roku w sprawie do sygn. akt Kp 6/2009.

²⁶⁰ A. Radwan, R. Mężyk, *Konstytucyjnoprawna...*, op.cit., s. 56.

²⁶¹ Zob. też wyrok z dnia 25 listopada 1997 r., sygn. K. 26/97, OTK ZU nr 5-6/1997, poz. 64, s. 450.

Z opisanej zasady ochrony interesów w toku wynikają konsekwencje w postaci ograniczenia sfery działań ustawodawcy w stosunku do regulacji odnoszących się do systemu emerytalnego. Proces oszczędzania pieniędzy z przeznaczeniem ich na świadczenia emerytalne jest bowiem długofalową inwestycją czynioną w oparciu o ramy prawne stworzone przez ustawodawcę. Reforma emerytalna z 1997 roku powiększyła w tym zakresie odpowiedzialność obywateli. Od czasu jej wejścia w życie (1 stycznia 1999 roku) to osoba ubezpieczona jest odpowiedzialna za wybór właściwego funduszu emerytalnego i za takie dysponowanie jej składką, trafiającą do II filara systemu emerytalnego, by w przyszłości posiadać środki na egzystencję po zakończeniu działalności zawodowej. Jednocześnie z przeniesieniem odpowiedzialności w tym zakresie na obywateli (ograniczona autonomia: przymus uczestnictwa w II filarze połączony ze swobodą wyboru, w tym okresowej zmiany OFE), ustawodawca jest zobowiązany do utrzymania ram prawnych pozwalających im na stabilne prowadzenie oszczędzania emerytalnego²⁶².

7.3. Ingerencja ustawodawcza w konstytucyjnie chroniony obszar praw podmiotowych

7.3.1 Perspektywa OFE i PTE

A. Ochrona własności

Przeniesienie wyrażonych obligacjami zobowiązań skarbu państwa z OFE do FUS oznacza pozbawienie OFE części aktywów, stanowiące ich „upaństwowienie” (wywłaszczenie na rzecz podmiotu publicznego z mocy ustawy, czyli nacjonalizacja – zob. niżej). Technicznoprawne ukształtowanie tej procedury pozostaje bez znaczenia, ponieważ miarodajny jest ostateczny rezultat. Związanie celowe środków w OFE nie odbiera OFE podmiotowości prawnej ani uprawnień właścicielskich w stosunku do aktywów, którymi zarządzają. Pomimo tego, że celowe związanie wynikające z zasad ustrojowych oraz powierniczy charakter wynikający ze stosunku zobowiązaniowego łączącego OFE z uczestnikiem funduszu rzutują na interes OFE, brak jest podstaw do przyjęcia, że taki interes nie istnieje, albo że nie podlega on ochronie. Wymiar ekonomiczny tego interesu przejawia się w systemie wynagrodzeń PTE za zarządzanie OFE. Sposób ustalania zasad wynagrodzeń OFE może być przedmiotem dyskusji, a także – ze skutkiem na przyszłość – przedmiotem zmian legislacyjnych. Niemniej jednak naruszenie interesu majątkowego PTE poprzez wywłaszczenie istotnej części aktywów OFE stanowi ingerencję w konstytucyjną ochronę własności. Oceny tej nie zmienia pełnienie przez OFE części zadania publicznego. Sam fakt spełniania zadań czy usług publicznych nie czyni automatycznie publicznymi (przynajmniej z własnościowego punktu widzenia, czy też z punktu widzenia interesów majątkowych) ani podmiotów ani narzędzi związanych ze spełnianiem tych zadań

²⁶² A. Radwan, R. Mężyk, *Konstytucyjnoprawna...*, op.cit., s. 55-56.

bądź usług²⁶³. Potwierdza to szereg rozstrzygnięć legislacyjnych, które zostały dokonane przez ustawodawcę dla realizacji określonej polityki społecznej czy gospodarczej. Pogląd ten znajduje potwierdzenie w prawie europejskim – zgodnie ze stanowiskiem rzecznika generalnego Trybunału Sprawiedliwości UE N. Jääskinen:

„[d]ziałalność [OFE] można uznać za usługi świadczone w interesie ogólnym w zakresie, w jakim polega ona na zarządzaniu kapitałem w celu przekazania do ZUS środków finansowych, z których ten ostatni z kolei wypłaca uprawnionym emerytury odpowiednie do zgromadzonych składek. Natomiast pozostała część działalności otwartych funduszy emerytalnych, polegająca na lokowaniu aktywów, nie różni się od działalności innych inwestorów instytucjonalnych poddanych ściślejszej kontroli ostrożnościowej, jak zakłady ubezpieczeń na życie”²⁶⁴.

Dodatkowo w wyroku, którego dotyczyła przytoczona wyżej opinia rzecznika generalnego, zapadłym w dniu 21 grudnia 2011 r. (C-271/09 – ‘Komisja przeciwko Polsce’), Trybunał Sprawiedliwości UE stwierdził, że *„fundusze emerytalne funkcjonujące według zasady kapitalizacji prowadzą – pomimo ich celu socjalnego i obowiązkowego charakteru przystąpienia do drugiego filara systemu emerytalnego, do którego należą – działalność gospodarczą”²⁶⁵*. W tym zakresie Trybunał potwierdził swój wcześniejszy pogląd wyrażony w wyroku z dnia 21 września 1999 r. w sprawie C-67/96 („Albany”).

Model ekonomiczny OFE/PTE uprawnia nadto do przyjęcia, że dla interesu majątkowego OFE/PTE bez znaczenia pozostaje dyskusowany powyżej publiczny bądź prywatny charakter środków zgromadzonych w OFE.

W konsekwencji poczynionych rozważań należy sformułować wniosek, że przyjęcie proponowanych zmian polegających na przeniesieniu wyrażonych obligacjami zobowiązań skarbu państwa z OFE do FUS stanowiłoby ingerencję w sferę prawnie chronionej własności i praw majątkowych OFE. W kolejnym etapie badania konieczne będzie zatem ustalenie, czy ingerencja taka mogłaby zostać usprawiedliwiona na gruncie Konstytucji.

B. Ochrona interesów w toku

Niezależnie od przedstawionej powyżej kwalifikacji z punktu widzenia prawa własności, należy także zwrócić uwagę, że działalność gospodarcza PTE jest powiązana z istnieniem i kształtem określonych ram prawno-instytucjonalnych systemu emerytalnego. Ramy te były podstawą dla przygo-

²⁶³ A. Radwan, R. Mężyk, *Wątpliwości prawne odnośnie do demontażu OFE są uzasadnione*, Rzeczpospolita z dn. 10 października 2013 r., s. C7.

²⁶⁴ Opinia do sprawy C-271/09 TSUE, wyłączenie dodane.

²⁶⁵ Zob. też A. Radwan, R. Mężyk, *Wątpliwości...*, op. cit., Rzeczpospolita z dn. 10 października 2013 r., s. C7; odmienna interpretacja M. Zieliński, *Reforma OFE: kłopoty będą, tyle że później*, Rzeczpospolita z dn. 11 września 2013 r., s. C7.

towania i wdrożenia określonego modelu biznesowego, który obecnie na skutek proponowanych zmian może utracić istotną część swojej egzystencjalnej podstawy. Szybkie tempo uchwalenia ustawy a także bardzo krótkie – zwłaszcza w stosunku do wagi wprowadzanych zmian – *vacatio legis* uzasadniają konkluzję, że doszło do naruszenia zasady ochrony interesów w toku.

W świetle powyższej analizy wypada sformułować wniosek, że przeniesienie wyrażonych obligacjami zobowiązań skarbu państwa z OFE do FUS powinno być rozpatrywane jako stanowiące naruszenie konstytucyjnej ochrony własności funduszu jako osoby prawnej, a pośrednio także PTE jako podmiotu organicznie i ekonomicznie powiązanego z OFE. Ponadto – zwłaszcza wobec szybkiego tempa wprowadzanych zmian – operacja ta narusza interesy w toku PTE/OFE.

7.3.2 Perspektywa uczestnika OFE

A. Ochrona własności

Pomimo iż fundusz emerytalny został przez ustawodawcę wyposażony w osobowość prawną i – wspólnie z zarządzającym nim powszechnym towarzystwem emerytalnym – posiada swój własny interes, to jednak z punktu widzenia całej architektury systemu jego rola jest instrumentalna, a docelowym beneficjentem tego systemu jest uczestnik funduszu. Pomimo tego, że uczestnik funduszu nie jest w stosunku do aktywów zgromadzonych w funduszu ich właścicielem w sensie cywilistycznym, to jednak przysługuje mu szereg prywatnoprawnych uprawnień charakterystycznych dla sfery dominium, co czyni jego pozycję *quasi-właścicielską*. Fundusz emerytalny jest dla ubezpieczonych „wehikułem wspólnego inwestowania”²⁶⁶. Środki gromadzone w funduszu i inwestowane przez PTE pomnażane są na rzecz ubezpieczonego – „[w]ysokość kwoty należnej uczestnikowi [jest] ustalana jako iloczyn liczby zgromadzonych przez niego jednostek rozrachunkowych i wartości jednostki [...]”²⁶⁷. W świetle poczynionych ustaleń bezsprzeczne wydaje się wystąpienie ingerencji w konstytucyjnoprawnie chronioną sferę prawa własności ubezpieczonych w OFE przez ustawę zmieniającą system emerytalny, w zakresie w jakim przewiduje ona przeniesienie wyrażonych obligacjami zobowiązań skarbu państwa z OFE do FUS (art. 23 ustawy). W związku z powyższym należy zbadać kwestię możliwego usprawiedliwienia zidentyfikowanej ingerencji.

²⁶⁶ Zob. Uzasadnienie projektu ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych z 1997 r, s. 11-12: „*Fundusz emerytalny jako instytucja wspólnego inwestowania, „swoisty wehikuł inwestycyjny” służący do gromadzenia i pomnażania wpłacanych składek, powinien posiadać analogiczną konstrukcję prawną jak inne instytucje wspólnego inwestowania działające na polskim rynku kapitałowym. Jest to niezbędne dla zachowania spójności rozwiązań prawnych istotnych do dalszego rozwoju tego rynku*” (wytluszczenie dodane).

²⁶⁷ Uzasadnienie projektu ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych z 1997 r, s. 13, wytluszczenie dodane.

B. Ochrona dziedziczenia

Niezależnie od ochrony własności, dodatkowego komentarza wymaga wzmiankowany już aspekt dziedziczności środków w OFE. Jest to szczególnie istotne choćby z tego względu, że realna wartość dziedziczności środków w OFE zależy od wieku emerytalnego – o ile uprawnienia emerytalne mogą podlegać modyfikacjom poprzez zmiany w zakresie wieku emerytalnego, o tyle dziedziczność środków przed nastaniem wieku emerytalnego stanowi zabezpieczenie przed arbitralnością ustawodawcy mogącego modyfikować punkt czasowy, od którego następuje nabycie uprawnień emerytalnych. Pogorszenie sytuacji prawnej uprawnionego na skutek podniesienia tego wieku jest bowiem w pewnym sensie „amortyzowane” dziedzicznością zgromadzonych środków – ów efekt amortyzacji polega na tym, że zmniejszenie prawdopodobieństwa nabycia uprawnienia do świadczeń emerytalnych powiązane jest z korespondującym z nim przedłużeniem okresu, w jakim środki są dziedziczne (w granicach ustawowych). Ingerencję w chronioną konstytucyjnie sferę ubezpieczonych trzeba zatem dostrzec również w tej współzależności.

C. Ochrona ekspektatywy emerytalnej

Określoność systemu, w tym zwłaszcza zasad ustalania wysokości świadczeń sprawia, że zasadnym jest zakwalifikowanie uprawnień ubezpieczonego jako ekspektatywy emerytalnej, ewentualnie innej ekspektatywy, na wypadek, gdyby środki zgromadzone w OFE miały ulec dziedziczeniu. Zaszeregowanie tej ekspektatywy do kategorii wykształconych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, natrafia na pewne trudności. Otóż Trybunał w swojej dotychczasowej judykaturze wykształcił linię orzeczniczą, która przyznaje ochronę prawną jedynie ekspektatywom maksymalnie ukształtowanym. Omawiana pozycja prawna ubezpieczonego w OFE cechuje się taką specyficzną właściwością, że w dowolnym momencie trwania członkostwa za pewny może być uznany alternatywnie jeden ze scenariuszy – nabycie prawa do emerytury albo dziedziczenie środków zapisanych na rachunku członka w funduszu. Z czasem, w miarę zwiększania się kwot pochodzących z wpłat członka OFE oraz zwrotu z inwestycji dokonywanych przez PTE („pomnożenia środków”), środki te ulegają zwiększeniu, jednakże rzutuje to nie na stopień uprawdopodobnienia powstania określonego uprawnienia (gdyż to jest pewne, w jednym ze scenariuszy realizacyjnych), ale na wysokość świadczeń – czy to w ramach emerytury czy w ramach dziedziczenia. Dlatego też, mimo iż nie jest jasne, czy sytuacja prawna ubezpieczonego w OFE odpowiada w pełni konstrukcji ekspektatywy maksymalnie ukształtowanej, to jednak zachodzą podstawy, aby ekspektatywie takiej przyznać stosunkowo mocną ochronę konstytucyjną, zgodnie z postulatem, że „ochronie konstytucyjnej podlegają (wyłącznie) ekspektatywy, co do których w sposób racjonalny można zakładać, iż powinny doprowadzić do nabycia praw podmiotowych w zakresie wynikającym z ekspektatywy”. Uprawniony w OFE znajduje się bowiem w sytuacji legitymowanego oczekiwania na nabycie uprawnienia emery-

talnego w filarze kapitałowym, względnie zadysponowania przypadającymi nań („swoimi”) środkami w OFE *mortis causa*. Co szczególnie istotne na gruncie toczonej dyskusji o charakterze środków w OFE, w cytowanym już powyżej wyroku z dn. z dnia 19 grudnia 2002 r. Trybunał Konstytucyjny rozstrzygnął, że „*pojęcie prawnie uzasadnionego oczekiwania (ang. legitimate expectation) może być [...] w pewnych sytuacjach odnoszone również do swoistego publicznego prawa majątkowego*”²⁶⁸.

Na uwypuklenie zasługuje także zasygnalizowany przez Trybunał aspekt uzasadnionych oczekiwań. Istnienie filara kapitałowego mogło z punktu widzenia osób decydujących o wyborze miejsca bądź formy zatrudnienia, stanowić jeden z determinantów indywidualnych decyzji²⁶⁹; chodzi o podjęcie przez indywidualne osoby decyzji o pracy w Polsce, jako kraju oferującym emerytalny filar kapitałowy czy też o zatrudnieniu w formie „oskładkowanej” (na tle ewentualnie innych wchodzących w grę formuł zatrudnienia czy kooperacji gospodarczej)²⁷⁰. Takie decyzje mogły polegać na zasługującym na ochronę zaufaniu do państwa i stanowionego przez nie prawa.

Dodatkowo konieczne podkreślić trzeba specyfikę problematyki ubezpieczeń emerytalnych i związany z nią element czasowy. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego istotnym aspektem, który należy wziąć pod uwagę przy ocenie aktów normatywnych związanych z zasadą ochrony zaufania obywatela do państwa i do prawa jest horyzont czasowy działań podejmowanych przez jednostkę w danej sferze życia, „*im bowiem dłuższa jest perspektywa czasowa podejmowanych działań, tym silniejsza powinna być ochrona zaufania do państwa i do stanowionego przez nie prawa*”²⁷¹. Proces oszczędzania pieniędzy z przeznaczeniem ich na świadczenia emerytalne jest inwestycją długofalową podejmowaną w oparciu o ramy prawne stworzone przez ustawodawcę²⁷².

Wyciągnięcie wniosków z powyższych wywodów powinno być poprzedzone objaśnieniem relacji pomiędzy zidentyfikowanymi powyżej ingerencjami w konstytucyjnoprawnie chronioną sferę członków OFE. Otóż – jak wykazano powyżej – można mówić o naruszeniu prawa własności, prawa do dziedziczenia oraz legitymowanego oczekiwania na emeryturę z filara kapitałowego. Nasilenie

²⁶⁸ Wyrok TK z dnia 19 grudnia 2002 r. (K 33/02), OTK Seria A, nr 7/2002, poz. 97.

²⁶⁹ Zob. I. Jędrasik-Jankowska, *Otwarte fundusze emerytalne jako element konstrukcyjny systemu emerytalnego* [w:] L. Florek, Ł. Pisarczyk (red.), *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, Warszawa 2011, s. 293: „*Zapowiedź odmiennego sposobu gromadzenia (pomnażania) środków (podział na „wirtualne” i „prawdziwe” pieniądze) spotkał się z pozytywnym odzewem ze strony społeczeństwa*”.

²⁷⁰ Zob. A. Radwan, R. Mężyk, *Konstytucyjnoprawna...*, op.cit., s. 57. *Nota bene* wykształciły się już wyspecjalizowane podmioty świadczące usługi pośrednictwa w zakresie „optymalizacji” pozapłacowych kosztów zatrudnienia.

²⁷¹ Np. wyrok pełnego składu TK z 7 lutego 2001 r., OTK ZU nr 2/2001, poz. 29; wyrok Trybunału Konstytucyjnego w sprawie P 43/11.

²⁷² Zob. A. Radwan, R. Mężyk, *Konstytucyjnoprawna...*, op.cit., s. 57-60.

tych naruszeń zależy od przyjętej kwalifikacji prawnej emerytury z ubezpieczenia w systemie kapitałowym, które wykazuje niejednolity charakter. Jeśli położyć akcent na ten aspekt natury środków w OFE, który zbliża je do „wkładu emerytalnego”²⁷³, wówczas na czoło wysuwa się ochrona prawa własności²⁷⁴. Jeśli natomiast pozostać w tradycyjnym nurcie kładącym główny nacisk na ubezpieczeniową (zabezpieczenie społeczne) naturę OFE, wówczas istotniejsze będzie spojrzenie przez pryzmat ekspektatywy emerytalnej. Złożona natura filara kapitałowego i pozycji w nim ubezpieczonego sprawia, że uprawnione są obie perspektywy, tym niemniej stopień ochrony będzie zależny od rozłożenia akcentów pomiędzy dwoma wymienionymi właściwościami.

W konsekwencji zatem stwierdzić wypada, że naruszenie konstytucyjnie chronionej sfery ubezpieczonego ujawnia się zarówno jeśli chodzi o ochronę prawa własności, jak i prawa dziedziczenia, a także uzasadnionego oczekiwania prawnego (ekspektatywy emerytalnej).

7.4 Usprawiedliwienie ingerencji w konstytucyjnie chronioną sferę praw jednostki

7.4.1 Prawo własności

Prawo własności nie jest – w zakresie jego konstytucyjnej ochrony – prawem absolutnym. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego „ochrona praw majątkowych nie oznacza zupełnej niemożliwości ingerencji państwa w ich treść, ich absolutnej nienaruszalności”²⁷⁵. Trybunał zauważył, że „[i]ngerencja taka może być uznana za dopuszczalną, a nawet – celową [...]. Konieczne jest jednakże zachowanie ram konstytucyjnych, wyznaczających granice dopuszczalnych ograniczeń ochrony prawa majątkowego”²⁷⁶. Kontrola dopuszczalności powinna jednak uwzględnić stopień ingerencji w istotę prawa własności, a także proporcjonalność, co obejmuje celowość ingerencji, konieczność podjęcia danego rodzaju środków oraz ich proporcjonalność uwzględniającą zważenie kolidujących wartości konstytucyjnych (proporcjonalność *sensu stricto*).

Brak jest zgody w doktrynie co do prawnej kwalifikacji „nacionalizacji”. Według jednego poglądu można uznać ją za niedozwoloną ingerencję w istotę prawa własności dokonaną w trybie nieprzewi-

²⁷³ Tak R. Pacud, *Oczekiwanie prawne na emeryturę dożywotnią (ekspektatywa)*, Bydgoszcz–Katowice 2006, s. 115; R. Pacud, *Stosunki prawne ubezpieczenia emerytalnego*, Warszawa 2011, s. 91, R. Pacud, *Elementy publiczno- i prywatnoprawne OFE. Potrzeba rekonstrukcji* [w:] L. Florek, Ł. Pisarczyk (red.), *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, Warszawa 2011, s. 334; R. Pacud, *Czynności prawne rozporządzające prawem do wkładu emerytalnego*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* nr 1/2003, podobnie K. Roszewska, *Tytuł prawny do składki w OFE* [w:] L. Florek, Ł. Pisarczyk (red.), *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, Warszawa 2011, s. 380.

²⁷⁴ Zob. K. Roszewska, *Tytuł prawny...*, op. cit., s. 380: „środki gromadzone w funduszu emerytalnym stanowią osobisty wkład ubezpieczonego, do którego zachowuje on tytuł prawny przez cały okres gromadzenia składek”.

²⁷⁵ Wyrok TK z 22 czerwca 1999 r., sygn. akt K 5/99, OTK ZU nr 5/1999, poz. 100, s. 536)

²⁷⁶ Wyrok TK z 12 stycznia 2000 r., sygn. akt P 11/98, OTK ZU nr 1/2000, poz. 3, s. 37).

dzianym w Konstytucji, a zatem niedopuszczalną²⁷⁷. Według drugiego poglądu nacjonalizacja stanowi szczególny przypadek „wywłaszczenia ustawodawczego”, którego dopuszczalność zależy od spełnienia takich samych wymogów, jak wywłaszczenie *sensu stricto*²⁷⁸. Dodatkowo można pomyśleć o trzeciej kwalifikacji, według której nacjonalizacja nie stanowi wywłaszczenia, ale jej dopuszczalność zależy od zważenia wartości konstytucyjnych, tj. wartości, jaką stanowi ochrona własności oraz innych wartości konstytucyjnych, które przemawiają za nacjonalizacją. W tym ostatnim przypadku stosowanie wymogów przewidzianych do wywłaszczenia byłoby jednak w pewnym zakresie możliwe na zasadzie analogii²⁷⁹. Ta ostatnia kwalifikacja budzić może pewne wątpliwości co do jej wyodrębnienia, z uwagi na pewne podobieństwo do zasady ochrony praw nabytych przed ingerencją ustawodawczą, dla której orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego wypracowało osobne przesłanki badania dopuszczalności.

Przyjęcie pierwszej kwalifikacji, tj. uznanie „odebrania ustawowego” za nieprzewidzianą w Konstytucji nacjonalizację, czyni zbędnym dalsze badanie przesłanek ingerencji, z uwagi na jej niedopuszczalność *a limine*.

Przyjęcie drugiej kwalifikacji, tj. uznanie nacjonalizacji za „wywłaszczenie ustawowe” będące *sui generis* wywłaszczeniem, bądź podtypem wywłaszczenia, o którym mowa w art. 21 ust. 2 Konstytucji, prowadzi do konieczności zbadania przesłanek jego dopuszczalności. Przesłanką wywłaszczenia jest zachodzenie interesu publicznego uzasadniającego wywłaszczenie oraz zapewnienie słusznego odszkodowania.

Przyjęcie trzeciej kwalifikacji, tj. uznanie, że nacjonalizacja stanowi skrajny, ale konstytucyjnie dopuszczalny wynik zważenia kolidujących wartości konstytucyjnych również nie prowadzi do auto-

²⁷⁷ Tak S. Jarosz-Żukowska, *Konstytucyjna zasada ochrony własności*, Kraków 2003, s. 247; K. Świdorski, *Wywłaszczenie w świetle art. 21 ust. 2 Konstytucji RP*, Casus 2006, Nr 42, s. 16; T. Woś, *Wywłaszczanie nieruchomości i ich zwrot*, Wydanie V, Warszawa 2011, s. 27 i n.; K. Osajda, *Nacjonalizacja i reprivatyzacja*, Warszawa 2009, s. 21-24; w tym kierunku również, jak się wydaje, A. Stelmachowski [w:] T. Dybowski (red.), *System Prawa Prywatnego (Tom 3): Prawo Rzeczowe*, Wydanie 2, Warszawa 2007, s. 316, nb. 5; s. 417, nb. 208. Podobnie wyrok z 21.6.2005 r., P 25/02, w którym TK uznał, iż „na rzecz utrzymania dla wywłaszczenia formy decyzji administracyjnej przemawia nie tylko to, że ustawodawca konstytucyjny zastał tę instytucję w ustalonym kształcie, ale również znaczenie samego aktu administracyjnego dla rozgraniczenia różnych form ingerencji państwa w prawo własności. Chociażby z tego powodu, że gdyby wywłaszczenie rozumieć szeroko – jako wszelkie pozbawienie własności bez względu na formę – to wówczas zaciera się różnica między wywłaszczeniem a niedozwoloną przez Konstytucję nacjonalizacją”.

²⁷⁸ A. Hetko, *Dekret Warszawski. Wybrane aspekty systemowe*, Wydanie 2, Warszawa 2012, rozdział 1.

²⁷⁹ Por. wyrok TK z dnia 17 grudnia 2008 r. (P 16/08), w którym Trybunał wprawdzie dokonał rozróżnienia między wywłaszczeniem a uwłaszczeniem, niemniej jednak poddał to ostatnie kontroli na podstawie konstytucyjnego wzorca ochrony własności, w tym w zakresie ekwiwalentności odszkodowania, a nadto zbadął arbitralność i proporcjonalność regulacji ustawowej.

matycznego przesądzenia dopuszczalności nacjonalizacji *in casu*, ale wymaga jej zbadania z uwzględnieniem owych konstytucyjnych wartości, których uwzględnienie może zasługiwać na pierwszeństwo przed ochroną własności. Dodatkowo konieczne będzie zbadanie istoty prawa, gdyż w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego naruszenie istoty prawa własności nie jest dopuszczalne²⁸⁰. Innymi słowy konieczne byłoby wykazanie zachowania istoty prawa, mimo dokonania operacji przejęcia przez FUS od OFE wyrażonych obligacjami zobowiązań skarbu państwa.

Przesłankami, które powinny zostać zbadane są: (i) proporcjonalność regulacji, (ii) istnienie celu publicznego (iii) nienaruszenie istoty prawa, oraz (iv) zagwarantowanie słusznego odszkodowania. Trzecia i czwarta przesłanka pozostają w innej relacji, niż pozostałe – o ile bowiem przy pozostałych przesłankach zachodzi relacja koniunkcji, o tyle spełnienie przesłanki słusznego odszkodowania (przesłanka iv) umożliwi ingerencję wkraczającą w istotę prawa własności, łącznie z jej pełnym odjęciem, czego przejawem jest wywłaszczenie (przesłanka iii).

Wymóg zachowania proporcjonalności między podjętą ingerencją a dobrem, którego ta ingerencja dotyczy, jest utrwaloną zasadą konstytucyjną. Zasada ta znajduje wyraz w art. 31 ust. 3 Konstytucji, a jej uszczegółowienie miało miejsce w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Orzecznictwo TK w zakresie zasady proporcjonalności jest bogate. Trybunał traktuje zasadę proporcjonalności jako granicę ingerencji w sferę prawnie chronioną jednostki. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego wyrażonym w wyroku z dnia 29 czerwca 2001 r. (K 23/00)²⁸¹ „*granice ingerencji w konstytucyjne prawa i wolności wyznacza zasada proporcjonalności oraz koncepcja istoty poszczególnych praw i wolności. Stwierdzenie, że ograniczenia mogą być ustanawiane tylko wtedy gdy są konieczne w demokratycznym państwie wymaga rozważenia: czy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków; czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest połączona; czy efekty wprowadzonej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela*”. Uszczegółowienie treści zasady proporcjonalności nastąpiło w szeregu wyroków Trybunału Konstytucyjnego, przykładowo w orzeczeniu z dnia 26 kwietnia 1995 r. (K 11/94) Trybunał wyjaśnił, że „*rozważania [dotyczące spełnienia wymogu proporcjonalności regulacji] powinny następnie udzielać odpowiedzi na trzy pytania: 1) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków; 2) czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana; 3) czy efekty wprowadzanej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela*”²⁸².

²⁸⁰ Wyrok TK z dnia 12 stycznia 1999 r. P 2/98.

²⁸¹ OTK ZU nr 5/2001, poz. 124.

²⁸² Ta linia orzecznicza może być uznana za utrwaloną, o czym świadczą następujące wyroki: wyrok z dnia 27 kwietnia 1999 r. (sygn. akt P 7/98): „*zdaniem Trybunału z zasady [proporcjonalności] wypływają trzy powiązane między sobą obowiązki prawodawcy: 1) przyjmowanie danej regulacji tylko wówczas, gdy jest niezbędna*

Z powyższego wynika, że Trybunał wyróżnia kilkuetapowy test proporcjonalności, który obejmuje zbadanie (i) celowości (przydatności) regulacji; (ii) niezbędności regulacji; oraz (iii) proporcjonalności *sensu stricto*.

Art. 21 ust. 2 wymaga, aby wyłączenie nastąpiło za słusznym odszkodowaniem. Odszkodowanie słuszne to odszkodowanie ekwiwalentne²⁸³. Pomocniczym kryterium dla ustalenia ekwiwalentności jest zbadanie zdadności odtworzeniowej, względnie zastępowalności, tj. możliwości wyrównania bądź zastąpienia uszczerbku w sferze praw jednostki dotkniętej wyłączeniem. Jak wyjaśnia Trybunał Konstytucyjny „odszkodowanie powinno mieć charakter ekwiwalentny do wartości utraconego lub naruszonego dobra, co oznacza, że powinno stwarzać właścicielowi możliwość odtworzenia rzeczy, którą utracił lub ujmując szerzej, które pozwoli uprawnionemu na odtworzenie jego sytuacji majątkowej, jaką miał przed podjęciem decyzji organu władzy publicznej o ingerencji w sferze jego interesów majątkowych”²⁸⁴. Dodatkowo wymaga przypomnienia, że niespełnienie wymogu

dla ochrony interesu publicznego, z którym jest związana, 2) nakaz kształtowania danej regulacji w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzonych skutków (celów), 3) warunek zachowania proporcji między efektami wprowadzonej regulacji a ciężarami, względnie niedogodnościami wynikającymi z niej dla obywateli.”; wyrok TK z dnia 29 czerwca 2005 r., (sygn. akt SK 34/04): „badanie zaskarżonej regulacji w aspekcie zasady proporcjonalności wymaga ustalenia, czy prowadzi ona do zamierzonych skutków prewencyjnych, czy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego oraz czy jej efekty są proporcjonalne do ciężarów nakładanych na określony podmiot.”; wyrok TK z dnia 5 lutego 2008 r., (sygn. akt K 34/06): „zasada proporcjonalności stawia przed ustawodawcą [...] z jednej strony, [...] wymóg stwierdzenia rzeczywistej potrzeby dokonania w danym stanie faktycznym ingerencji w zakres prawa bądź wolności jednostki. Z drugiej zaś, winna ona być rozumiana jako wymóg stosowania takich środków prawnych, które będą skuteczne, a więc rzeczywiście służące realizacji zamierzonych przez prawodawcę celów. Ponadto chodzi tu o środki niezbędne, w tym sensie, że chronić będą określone wartości w sposób, bądź w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków. Niezbędność to również skorzystanie ze środków jak najmniej uciążliwych dla podmiotów, których prawa lub wolności ulegną ograniczeniu [...]. Niezbędność w znaczeniu, jakie nadaje jej zasada proporcjonalności, wymaga jednak wykazania, iż osiągnięcie tych celów nie byłoby możliwe przy zastosowaniu innych, mniej uciążliwych dla jednostki środków.”; wyrok TK z dnia 23 kwietnia 2008 r., (sygn. akt SK 16/07): „Zgodnie z ustalonym na tle art. 31 ust. 3 Konstytucji orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, zarzut braku proporcjonalności wymaga udzielenia odpowiedzi na trzy pytania dotyczące analizowanej normy: 1) czy jest ona w stanie doprowadzić do zamierzonych przez ustawodawcę skutków (przydatność normy); 2) czy jest ona niezbędna (konieczna) dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana (konieczność podjęcia przez ustawodawcę działania); 3) czy jej efekty pozostają w proporcji do nałożonych przez nią na obywatela ciężarów lub ograniczeń (proporcjonalność *sensu stricto*).”; wyrok TK z dnia 23 listopada 2009 r., (sygn. akt P 61/08): „Proporcjonalność jest przez Trybunał Konstytucyjny rozumiana jako suma trzech zasad składowych: zasady przydatności, zasady konieczności oraz zasady proporcjonalności *sensu stricto*, tzn. zakazu nadmiernej ingerencji.”.

²⁸³ Por. wyrok TK z dnia 8 maja 1990 r. (K 1/90).

²⁸⁴ Zob. wyrok TK z dnia 25 listopada 2003 r. (K 37/02), OTK Seria A, nr 9/2003, poz. 96; zob. też wyrok TK z dnia 14 marca 2000 r. (P 5/99), OTK ZU nr 2/2000, poz. 60.

słusznego odszkodowania jest uznawane w orzecznictwie strasburskim²⁸⁵ za przejaw naruszenia proporcji pomiędzy stosowanymi środkami a celami (zasada proporcjonalności – art. 31 ust. 3 Konstytucji, zob. punkt powyżej), które zamierza się osiągnąć przez ingerencję we własność motywowaną racjami publicznymi. Należyte, tj. sprawiedliwe odszkodowanie stanowi więc element przywracający właściwą równowagę pomiędzy potrzebami wynikającymi z ogólnego interesu społeczeństwa a wymaganiami związanymi z ochroną podstawowych praw jednostki²⁸⁶.

Dorobek orzecznicy Trybunału Konstytucyjnego dotyczący konstytucyjnie dopuszczalnego zakresu ingerencji w prawo własności prowadzi do wniosku, że ustawodawca kształtując treść prawa własności nie może naruszać jego istoty. Zgodnie z orzeczeniem TK z dnia 1 grudnia 1999 r. (P. 2/98) *„naruszenie istoty prawa nastąpiłoby w razie, gdyby wprowadzone ograniczenia dotyczyły podstawowych uprawnień składających się na treść danego prawa i uniemożliwiały realizowanie przez to prawo funkcji, jaką ma ono spełniać w porządku prawnym opartym na założeniach wskazanych w art. 20 Konstytucji”*. Według Trybunału Konstytucyjnego *„stanowi niedopuszczalną ingerencję w prawo własności m.in. [...] odjęcie przez ustawę jednego z kluczowych, zasadniczych uprawnień składających się na treść tego prawa”*²⁸⁷. Poza przypadkiem aprobowanego konstytucyjnie wywłaszczenia (art. 21 ust. 2 Konstytucji), które w granicach tamże wyznaczonych dopuszcza nawet całkowite pozbawienie prawa własności, pozostałe ingerencje w prawo własności muszą zachować istotę tego prawa, co stanowi wyznacznik granicy dopuszczalności ingerencji, w sposób inny, niż dozwolony w świetle art. 21 ust. 2 Konstytucji. Jak wyjaśnił Trybunał Konstytucyjny, *„[...] ograniczenia danego z konstytucyjnie uznanych praw i wolności [...] nie mogą iść tak daleko, by przekreślona została istota czy zasada danego prawa. [...] Po drugie, ograniczenia te muszą uwzględniać konieczność każdorazowego wyważenia rangi prawa czy wolności poddanego ograniczeniu oraz rangi prawa, czy zasady to ograniczenie uzasadniającej”*²⁸⁸. W przypadku kolizji interesu publicznego z interesem prywatnym, troska o zachowanie istoty interesu prywatnego, do której zobligowany jest ustawodawca przejawia się w tym, że interes prywatny nie powinien doznać „nadmiernego uszczerbku”²⁸⁹. Powyższe oznacza, że granicą dla ingerencji w prawo własności, innej niż stanowiącej wywłaszczenie na podstawie i w ramach art. 21 ust. 2 Konstytucji, jest istota prawa – naruszenie tej istoty skutkuje ne-

²⁸⁵ Por. orzeczenie ETPCz z dnia 23 września 1982 r. w sprawie „Sporrong i Lönnroth przeciwko Szwecji” (Skargi nr 7151/75 i 7152/75).

²⁸⁶ Zob. wyrok TK z dnia 25 listopada 2003 r., (sygn. K 37/02).

²⁸⁷ Zob. wyrok TK z dnia 25 listopada 2003 r. (K 37/02), OTK Seria A, nr 9/2003, poz. 96.

²⁸⁸ Wyrok TK z dnia 26 stycznia 1993 r., sygn. akt U 10/92.

²⁸⁹ Zob. wyrok TK z dnia 8 kwietnia 1998 r., sygn. akt K 10/97: *„w przypadku ograniczenia czy pozbawienia praw nabytych ustawodawca winien wyważyć interes publiczny i prywatny, konstruując przepisy w taki sposób, aby ochrona interesu publicznego nie powodowała nadmiernego uszczerbku dla interesu prywatnego.”*

gatywnym wynikiem kontroli konstytucyjnej dopuszczalności ingerencji w świetle art. 21 i art. 64 Konstytucji.

Przyjęcie proponowanych zmian, polegających na przeniesieniu wyrażonych obligacjami zobowiązań Skarbu Państwa z OFE do FUS stanowi ingerencję w sferę prawnie chronionej własności i praw majątkowych OFE. Subsumpcja, która obejmuje zbadanie przesłanek dopuszczalności ingerencji, będzie musiała zostać dokonana wariantowo, z uwzględnieniem różnych możliwych kwalifikacji dogmatycznych ingerencji wynikającej z art. 23 ustawy z 6 grudnia 2013 r. (zob. punkt powyżej).

Pierwsza kwalifikacja, to uznanie „odebrania ustawowego” za nieprzewidzianą w Konstytucji nacjonalizację. Ponieważ dochodzi przy tym do najdalej idącego naruszenia prawa własności funduszy, tj. jego pozbawienia *ex lege*, zbędnym jest czynienie dalszych ustaleń – sama ta konkluzja czyni proponowaną zmianę niekonstytucyjną. Dalsze badanie przesłanek ingerencji nie jest potrzebne, z uwagi na niedopuszczalność *a limine* nacjonalizacji kwalifikowanej w opisany tu sposób.

Druga kwalifikacja polega na uznaniu nacjonalizacji za „wywłaszczenie ustawowe” będące *sui generis* wywłaszczeniem, bądź podtypem wywłaszczenia, o którym mowa w art. 21 ust. 2 Konstytucji. Wywłaszczenie ustawowe, dokonywane na podstawie art. 21 ust. 2 Konstytucji, wymaga jednak słusznego odszkodowania, które w omawianym przypadku nie ma miejsca, tzn., nie jest w ogóle przewidziane w projekcie rządowym. Za słuszne, a tym samym ekwiwalentne odszkodowanie nie można bowiem uznać proporcjonalnego zwolnienia OFE z obowiązku przyszłej wypłaty środków na rzecz uprawnionego ubezpieczonego, czy też na rzecz funduszu dożywotniej emerytury kapitałowej. Zwolnienie nie obejmuje bowiem wartości związanych z opłatami za zarządzanie. Jak słusznie wskazuje się w doktrynie, prawo do zarządzania OFE stanowi „wartościowe dobro ekonomiczne”²⁹⁰. Uwypukla to brzmienie art. 66 ust. 1 u.o.f.f.e., zgodnie z którym PTE, które zamierza zrezygnować z prowadzenia dotychczasowej działalności, może, na podstawie odpłatnej umowy zawartej z innym powszechnym towarzystwem, przekazać temu towarzystwu zarządzanie otwartym funduszem, którym zarządza²⁹¹. Niezależnie od powyższego trzeba też wskazać, że, umorzenie części obligacyjnej prowadzi do radykalnej zmiany profilu portfela zarządzanego przez OFE. Rodzi to potrzebę alternatywnych sposobów mitygacji ryzyka związanego z bardziej agresywnym portfelem inwestycyjnym, których jednak ustawodawca nie oferuje.

Oceniając rozwiązanie polegające na transferze obligacji z OFE do FUS trzeba zwrócić uwagę na zasadnicze wątpliwości co do spełniania przez analizowaną regulację testu proporcjonalności. Ustawa z 6 grudnia 2013 r. nie przewiduje bardziej zbliżonych do „naturalnego” sposobów pozbawienia

²⁹⁰ R. Pacud, *Elementy publiczno- i prywatnoprawne OFE...*, *op. cit.*, s. 333.

²⁹¹ *Ibidem*.

funduszy obligacji, np. poprzez nakazanie ich sukcesywnego zbywania, oraz wygasanie obligacji zgodnie z terminem zapadalności, bez ich zastępowania przez obligacje nowej emisji. Wątpliwości budzi też cel mający uzasadnić nacjonalizację – według wielu badań następstwem usunięcia z portfela OFE obligacji nie doprowadzi do poprawy sytuacji finansów publicznych²⁹², a dodatkowo – czego można zasadnie oczekiwać – wywoła negatywny (niepożądany) efekt popytowy na rynku obligacji skarbowych w przyszłości²⁹³.

Trzecia kwalifikacja sprowadza się do uznania, że nacjonalizacja stanowi skrajny, ale konstytucyjnie możliwy wynik zważenia kolidujących wartości konstytucyjnych. Dla tej kwalifikacji istotny jest wynik testu zachowania istoty prawa. Wynik ten wypada jednoznacznie negatywnie, ponieważ analizowany art. 23 ustawy z 6 grudnia 2013 r. pozbawia OFE w całości ich aktywów wyrażonych obligacjami, a także – w tym zakresie – ekonomicznej podstawy ich działalności. Dwa dodatkowe testy (proporcjonalności oraz zapewnienia słusznego odszkodowania) również wypadają negatywnie.

W konsekwencji przeprowadzonej subsumpcji uznać należy, że niezależnie od dogmatycznej kwalifikacji nacjonalizacji dokonanej na podstawie art. 23 ustawy dochodzi do niedającego się usprawiedliwić naruszenia konstytucyjnych gwarancji własności (art. 21, art. 64 Konstytucji).

Art. 23 ustawy z 6 grudnia 2013 r. stanowi ingerencję w konstytucyjnoprawnie chronioną sferę własności uczestnika funduszu, co można zidentyfikować w obszarze prywatnoprawnej pozycji *quasi-właścicielskiej* (uprawnienia ze sfery dominium), oraz w zakresie prawa do dziedziczenia środków ubezpieczonego zgromadzonych w OFE.

Analogicznie do toku wyводу przeprowadzonego dla zbadania usprawiedliwiania naruszenia z punktu widzenia OFE/PTE, również badanie ingerencji w prawa uczestnika OFE dokonane powinno zostać wariantowo, dla różnych koncepcji doktrynalnych nacjonalizacji.

Przyjęcie pierwszej kwalifikacji (uznanie „odebrania ustawowego” za nieprzewidzianą w Konstytucji nacjonalizację) pociąga za sobą *a limine* negatywny wynik badania uzasadnienia ingerencji.

Przyjęcie drugiej kwalifikacji (nacjonalizacja jako „wywłaszczenie ustawowe”) pociąga za sobą konieczność przeprowadzenia testów z art. 21 ust. 2 oraz 31 ust. 3 Konstytucji. Oba te testy wypadają negatywnie. Test z art. 21 ust. 2 Konstytucji wypada negatywnie, ponieważ ustawa nie oferuje słusznego odszkodowania. Obietnica przyszłej emerytury państwowej w systemie repartycyjnym nie stanowi pełnowartościowego ekwiwalentu dla odebrania ponad połowy „oszczędności emerytalnych” z filara kapitałowego. Nieekwiwalentność wynika z ekspozycji filara państwowego na ryzyka

²⁹² Zob. przykładowo S. Kawalec, Zmiany w OFE finansom publicznym wiele nie pomogą, (3 grudnia 2013 r.), tekst dostępny pod adresem <<http://www.obserwatorfinansowy.pl/tematyka/finanse-publiczne/zmiany-w-ofe-finansom-publicznym-wiele-nie-pomoga/>>.

²⁹³ Neil Dennis, *Polish pension reform affects portfolios*, Financial Times, 24 listopada 2013 r.

polityczne i demograficzne, na które system kapitałowy jest podatny w znacznie mniejszym stopniu²⁹⁴. Dodatkowo atutem systemu opartego na dwóch różnych filarach jest dywersyfikacja, która ulega niezrekompensowanej redukcji. Wprawdzie obligacje są również zależne od sytuacji ekonomicznej skarbu państwa jako dłużnika, ale zabezpieczenie obligacji jest znacznie silniejsze, niż deklaracji politycznych związanych z przyszłymi świadczeniami emerytalnymi w systemie publicznym.

W połączeniu z powyższym, niezrekompensowanemu skróceniu ulegają uprawnienia *quasi-właścicielskie* ubezpieczonego, jakie przysługują mu wobec OFE oraz PTE – brak podobnych uprawnień w stosunku do FUS bądź ZUS. Bardzo istotnym aspektem jest także niezrekompensowane pozbawienie prawa do dziedziczenia odpowiedniej części środków w OFE. Wszystko to sprawia, że test słusznego odszkodowania wypada negatywnie. Negatywnie wypada nadto test proporcjonalności. Bardzo daleko idąca ingerencja w prawa jednostki nie jest bowiem adekwatnie powiązana z celem poprawy finansów publicznych²⁹⁵. Ponadto zachodzą inne, bardziej efektywne i jednocześnie mniej ingerencyjne sposoby realizacji tego celu²⁹⁶. Jeśli celem miałyby być natomiast poprawa systemu zabezpieczenia emerytalnego, środek dobrany do realizacji tego celu jest w sposób oczywisty chybiony, gdyż osiągnąć efekt jest przeciwny do tego celu.

Gdyby przyjąć trzecią z wyszczególnionych wyżej kwalifikacji upaństwowienia obligacji (nacionalizacja jako możliwy wynik zważenia kolidujących wartości konstytucyjnych), wówczas zachodzi konieczność zbadania, czy zachowaniu ulega istota (rdzeń) konstytucyjnie chronionego prawa własności. Odpowiedź na to pytanie jest negatywna. W odniesieniu do samej ekspektatywy emerytalnej można snuć rozważania na temat tego, czy jej istota zostaje zachowana – co jest materialem badania na gruncie ochrony praw nabytych, jednakże ukrócenie uprawnień *quasi-właścicielskich*, a nade wszystko pozbawienie środków przymiotu dziedziczności stanowią – we wskazanym zakresie – in-

²⁹⁴ Orzecznictwo konstytucyjne uznaje, że celem ustawodawcy było stworzenie stabilnego i efektywnego systemu emerytalno-rentowego w warunkach niekorzystnych trendów demograficznych, prowadzących do wzrostu liczby świadczeniobiorców przy jednoczesnym spadku liczby osób płacących składki na ubezpieczenia społeczne, a wprowadzenie filara kapitałowego znajduje oparcie w wartościach i normach konstytucyjnych, mając na celu urzeczywistnienie prawa do zabezpieczenia społecznego w aktualnych warunkach demograficznych i gospodarczych – por. wyrok TK z dnia 22 czerwca 1999 r. (K. 5/99), OTK ZU nr 5/1999, poz. 100; wyrok TK z dnia 4 stycznia 2000 r. (K. 18/99), OTK ZU nr 1/2000, poz. 1; zob. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2008 r. (II UK 12/2008). Również w piśmiennictwie zwraca się uwagę na mniejszą podatność filaru kapitałowego na decyzje motywowane politycznie – zob. A. Jabłoński, *Charakter prawny członkostwa w otwartym funduszu emerytalnym* [w:] T. Bińczycka-Majewska (red.), *Konstrukcje prawa emerytalnego*, Zakamycze 2004, s. 211 – Autor ten trafnie wskazuje, że „Konstrukcja obowiązkowego systemu emerytalnego w jego części kapitałowej oparta została na założeniu odrębności podmiotowej i finansowej OFE oraz budżetu państwa. Rozdzielność ta stanowi istotną wartość nowego systemu, uniezależniając go w znacznej mierze od bieżącej polityki państwa”.

²⁹⁵ Por. S. Kawalec, 2013, Zmiany w OFE finansom publicznym wiele nie pomogą, obserwatorfinansowy.pl z 3.12.2013.

²⁹⁶ M Pawlak, A. Kamińska, 2013, Skok na pieniądze z OFE niewiele pomoże, Rzeczpospolita, 12.12.2013.

gerencję w samą naturę prawa, w szczególności opisanego prawa do dziedziczenia. Dodatkowo wskazać należy na wskazany już negatywny wynik testu proporcjonalności.

Przeprowadzone rozumowanie pokazuje że z perspektywy uczestników OFE zmiana wprowadzana przez art. 23 ustawy nie daje się uzasadnić na podstawie dopuszczalnych konstytucyjnie wyjątków i w konsekwencji jest sprzeczna z Konstytucją.

7.4.2 Zasada zaufania do państwa i tworzonego przez nie prawa

Zasada ochrony praw słusznie nabytych nie jest zasadą bezwzględną i doznaje ograniczeń. Dorobek orzecznicy Trybunału Konstytucyjnego doprowadził do wykształcenia kryteriów dopuszczalności ograniczeń praw słusznie nabytych. Kryteria te obejmują następujące elementy badania: (i) czy wprowadzone ograniczenia znajdują podstawę w innych normach, zasadach, wartościach konstytucyjnych; (ii) czy istnieje możliwość realizacji danej normy, zasady lub wartości konstytucyjnej bez naruszenia praw nabytych; (iii) 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; (iv) czy prawodawca podjął niezbędne działania mające na celu zapewnienie jednostce warunków do przystosowania się do nowej regulacji²⁹⁷. Ponadto wskazuje się w doktrynie, że ograniczenie nie może mieć charakteru arbitralnego²⁹⁸.

Z perspektywy OFE/PTE należy przede wszystkim zbadać, czy dochowano minimalnych gwarancji ochrony interesów w toku. Szybkie tempo prac nad ustawą i krótki okres *vacatio legis* naruszają tę zasadę przez niepozostawienie wystarczającej przestrzeni do działań dostosowawczych.

W zakresie natomiast odjęcia OFE ponad połowy ich aktywów, miarodajna będzie kontrola według konstytucyjnych gwarancji ochrony własności (zob. punkty i Błąd: Nie znaleziono źródła odwołania).

W odniesieniu do uczestnika OFE upaństwowienie ponad połowy środków zgromadzonych w OFE powinno być oceniane przez pryzmat i zgodnie z przesłankami, jakie Konstytucja nakłada dla oceny dopuszczalności ograniczenia bądź odjęcia prawa własności i prawa dziedziczenia (zob. punkt oraz powyżej). Dlatego też ocena dokonywana według kryterium konstytucyjnej ochrony praw nabytych powinna skupić się na oczekiwaniu prawnym na emeryturę z filara kapitałowego. Jak wykazano wyżej (zob. punkt) ekspektatywa ta zasługuje na ochronę, w granicach przewidzianych

²⁹⁷ Wyrok TK z dnia 22 czerwca 1999 r. sygn. K 5/99, OTK ZU nr 5/1999, poz. 100 ; zob. też wyrok TK z dnia 4 stycznia 2000, sygn. K 18/99, OTK ZU nr 1/2000, poz. 1.

²⁹⁸ M. Jackowski, *Ochrona praw nabytych w polskim systemie konstytucyjnym*, Warszawa 2008, s. 72-73; M. Wyrzykowski, *Zasada demokratycznego państwa prawnego – kilka uwag*, [w:] M. Zubik (red.), *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2006, s. 245; H. Zięba-Załuca, *Zasada ochrony praw nabytych jako element zasady demokratycznego państwa prawnego* [w:] H. Zięba-Załuca, P. Chmielnicki, *Środki ochrony praw słusznie nabytych w świetle Konstytucji RP i prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 31-32.

dla ochrony uzasadnionych oczekiwań prawnych. Przeprowadzając test dopuszczalności ingerencji w te oczekiwania należy dokonać następujących ustaleń:

- (i) na pytanie, czy wprowadzane ograniczenia znajdują podstawę w innych normach, zasadach, wartościach konstytucyjnych, należy udzielić odpowiedzi twierdzącej – wartością tą jest równowaga budżetowa, która wielokrotnie została uznana przez Trybunał za wartość konstytucyjną²⁹⁹;
- (ii) na pytanie, czy istnieje możliwość realizacji wartości konstytucyjnej, jaką jest zapewnienie równowagi budżetowej bez naruszenia praw nabytych, należy odpowiedzieć twierdząco, wytykając jednocześnie ustawodawcy, że nie dokonał pogłębionej analizy innych dostępnych środków polityki gospodarczej, które byłyby bardziej efektywne w dłuższej perspektywie, a przy tym bardziej transparentne³⁰⁰;
- (iii) na pytanie, czy wartości konstytucyjnej, jaką jest zapewnienie równowagi budżetowej, można w danej, konkretnej sytuacji przyznać pierwszeństwo przed wartościami znajdującymi u podstaw zasady ochrony praw nabytych, trudno udzielić jednoznacznej odpowiedzi. Z jednej strony bowiem w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego dotyczącym praw socjalnych uznano, że prawa te mogą zostać ograniczone ze względu na uwarunkowania ekonomiczne i budżetowe, z drugiej jednak strony u podstaw systemu kapitałowego leżała właśnie immunizacja tego filara wobec ryzyk ekonomiczno-politycznych, które są immanentne dla filara państwowego;
- (iv) na pytanie, czy prawodawca podjął niezbędne działania mające na celu zapewnienie jednostce warunków do przystosowania się do nowej regulacji, trzeba udzielić odpowiedzi przeczącej – szybkie tempo prowadzonych prac i krótkie *vacatio legis* przekreślają możliwość uznania, że został zapewniony należyty czas przystosowawczy, choć trzeba też odnotować, że możliwe spektrum działań dostosowawczych przez członków OFE jest ograniczone;

²⁹⁹ Zob. wyrok TK z 1 dnia kwietnia 2008, SK 96/06, OTK nr 3A/2008, poz. 40; wyrok TK z dnia 24 kwietnia 2006, P 9/05, OTK nr 4A/2006, poz. 46; wyrok TK z dnia 21 lutego 2006, K 1/05, OTK nr 2A/2006, poz. 18; wyrok TK z 31 stycznia 2006, K 23/03, OTK nr 1A/2006, poz. 8; wyrok TK z 7 września 2004, SK 30/03, OTK nr 8A/2004, poz. 82; wyrok TK z dnia 17 listopada 2003, K 32/02, OTK nr 9A/2003, poz. 93; wyrok TK z dnia 20 listopada 2002, K 41/02, OTK nr 6A/2002, poz. 83 – szerzej na ten temat zob. M. Jackowski, *Ochrona praw nabytych a kryzys gospodarczy*, Państwo i Prawo nr 8/2009, s. 3 i n.

³⁰⁰ „[O]szczędności w finansach publicznych wygenerowane dzięki reformie w systemie kapitałowym II filara są alternatywą wobec podwyżki podatków lub cięć wydatków” – tak E. Chojna-Duch, *Opinia prawna w sprawie projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych* (12 listopada 2013 r.), przygotowana na zamówienie Ministerstwa Finansów w toku procesu legislacyjnego, dostępna jako informacja publiczna na stronach Ministerstwa Sprawiedliwości pod adresem <<http://www.finanse.mf.gov.pl/reforma-emerytalna/opinie-prawne>>, s. 6.

- (v) na pytanie, czy działanie ustawodawcy jest arbitralne, należy odpowiedzieć pozytywnie. Brak jest podstaw do wskazania, dlaczego podmioty, które uczestniczą w filarze kapitałowym i zgromadziły większe oszczędności, mają w większym stopniu sfinansować podjęcie działań równoważących budżet, niż osoby, które mają mniejsze oszczędności bądź w ogóle nie są uczestnikami OFE. Kryterium to jest arbitralne, ponieważ nie pozostaje w związku z aksjologicznie uznanymi kryteriami stosowanymi przy wymierzaniu obciążeń fiskalnych i parafiskalnych, takimi jak choćby wysokość dochodu, wysokość konsumpcji czy stan majątkowy (np. podatek od nieruchomości). Brak jest pełnej relacji między ilością zgromadzonych w OFE środków a sytuacją dochodową ubezpieczonego – na wysokość tych środków rzutuje bowiem także okres oszczędzania. Obywatele nieobjęci uczestnictwem w OFE, oraz tacy, których dochód pochodzi głównie ze źródeł niepodlegających, albo podlegających w sposób zryczałtowany obciążeniu składkami na ubezpieczenie społeczne, znajdują się arbitralnie w lepszej sytuacji, niż długoletni członkowie OFE, wkład tych ostatnich (*ergo* – stopień ingerencji w ich prawa podlegające ochronie) będzie zatem arbitralnie większy, niż tych pierwszych. Prowadzi to do naruszenia art. 2 Konstytucji także w zakresie, w jakim przepis ten przewiduje zasadę sprawiedliwości społecznej. Dodatkowo wątpliwa jest zgodność z art. 32 Konstytucji przewidującym zasadę równego traktowania.

Przeprowadzone rozważania uprawniają do sformułowania następujących wniosków, podsumowujących przeprowadzone badania:

- (i) przeniesienie wyrażonych obligacjami zobowiązań skarbu państwa z OFE do FUS powinno być rozpatrywane jako naruszenie konstytucyjnych gwarancji własności funduszu jako osoby prawnej, a pośrednio także PTE jako podmiotu organicznie i ekonomicznie powiązanego z OFE. Ponadto – zwłaszcza wobec szybkiego tempa wprowadzanych zmian – operacja ta narusza interesy w toku PTE/OFE.
- (ii) przeniesienie wyrażonych obligacjami zobowiązań skarbu państwa z OFE do FUS powinno być rozpatrywane jako naruszenie konstytucyjnych gwarancji uczestników OFE zarówno w zakresie prawa własności jak i uzasadnionych prawnie oczekiwań (ekspektatywa emerytury z filara kapitałowego). Nasilenie tych naruszeń zależy od przyjętej kwalifikacji prawnej emerytury z ubezpieczenia w systemie kapitałowym, które wykazuje niejednolity charakter. Jeśli położyć akcent na ten aspekt natury środków w OFE, który zbliża je do „wkładu emerytalnego”, wówczas na czoło wysu-

wa się ochrona prawa własności, jeśli natomiast pozostać w tradycyjnym nurcie kładącym główny nacisk na ubezpieczeniową (zabezpieczenie społeczne) naturę OFE, wówczas istotniejsze będzie spojrzenie przez pryzmat ekspektatywy emerytalnej. Złożona natura filara kapitałowego i pozycji w nim ubezpieczonego sprawia, że uprawnione są obie perspektywy, tym niemniej stopień ochrony będzie zależny od rozłożenia akcentów pomiędzy dwoma wymienionymi właściwościami.

- (iii) Naruszenie konstytucyjnie chronionego prawa własności i innych praw majątkowych ubezpieczonego nie daje się usprawiedliwić w świetle gwarancji prawa własności (art. 21 ust. 2 Konstytucji), w świetle zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji) oraz zasady zachowania prawa (art. 64 ust. 3, art. 31 ust. 3 Konstytucji). Podobny wynik daje test przeprowadzony w odniesieniu do usprawiedliwienia ingerencji w prawo własności OFE.
- (iv) Szybkie tempo prac nad ustawą i krótki okres *vacatio legis* naruszają zasadę ochrony interesów w toku, przez co nie pozostawiają OFE/PTE wystarczającej przestrzeni do działań dostosowawczych.
- (v) Ekspektatywa emerytalna uczestnika OFE zasługuje na ochronę konstytucyjną zgodnie z gwarancjami uzasadnionych oczekiwań prawnych (art. 2 Konstytucji). Ingerencja w tę sferę prawnie chronioną nie spełnia kryteriów wykształconych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, dodatkowo nosi znamiona arbitralności, co skutkuje naruszeniem zasady sprawiedliwości społecznej (art. 2 *in fine* Konstytucji) oraz zasady równości wobec prawa (art. 32 Konstytucji).