

73/7/A/2012

WYROK

z dnia 2 lipca 2012 r.

Sygn. akt P 35/10*

W imieniu Rzeczypospolitej Polskiej

Trybunał Konstytucyjny w składzie:

Zbigniew Cieślak – przewodniczący

Mirosław Granat – sprawozdawca

Marek Zubik,

protokolant: Grażyna Szałygo,

po rozpoznaniu, z udziałem Rady Ministrów oraz Prokuratora Generalnego, na rozprawie w dniu 2 lipca 2012 r., pytania prawnego Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim:

czy § 10 pkt 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 1 kwietnia 1985 r. w sprawie szczegółowych zasad ustalania podstawy wymiaru emerytur i rent (Dz. U. z 1989 r. Nr 11, poz. 63, ze zm.) w zakresie, w jakim pomija pracowników niezatrudnionych w kraju przed wyjazdem za granicę, jest zgodny z art. 32 Konstytucji i art. 2a ust. 1 w związku z ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585, ze zm.),

o r z e k a:

§ 10 pkt 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 1 kwietnia 1985 r. w sprawie szczegółowych zasad ustalania podstawy wymiaru emerytur i rent (Dz. U. z 1989 r. Nr 11, poz. 63 oraz z 1990 r. Nr 71, poz. 418) w zakresie, w jakim uzależnia ustalenie podstawy wymiaru emerytury lub renty od tego, czy pracownik był zatrudniony w kraju przed wyjazdem za granicę, jest niezgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Ponadto p o s t a n a w i a:

na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, z 2000 r. Nr 48, poz. 552 i Nr 53, poz. 638, z 2001 r. Nr 98, poz. 1070, z 2005 r. Nr 169, poz. 1417, z 2009 r. Nr 56, poz. 459 i Nr 178, poz. 1375, z 2010 r. Nr 182, poz. 1228 i Nr 197, poz. 1307 oraz z 2011 r. Nr 112, poz. 654) umorzyć postępowanie w pozostałym zakresie.

UZASADNIENIE

I

* Sentencja została ogłoszona dnia 10 lipca 2012 r. w Dz. U. z 2012 r. poz. 778.

1. Postanowieniem z 28 sierpnia 2010 r. (sygn. akt VI U 273/09) Sąd Okręgowy – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w Gorzowie Wielkopolskim (dalej: sąd pytający) zadał Trybunałowi Konstytucyjnemu pytanie prawne, czy § 10 pkt 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 1 kwietnia 1985 r. w sprawie szczegółowych zasad ustalania podstawy wymiaru emerytur i rent (Dz. U. z 1989 r. Nr 11, poz. 63, ze zm.; dalej: rozporządzenie z 1985 r. albo rozporządzenie) w zakresie, w jakim pomija pracowników nie zatrudnionych w kraju przed wyjazdem za granicę, jest zgodny z art. 32 Konstytucji i art. 2a ust. 1 w związku z ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585, ze zm.; dalej: u.s.u.s.).

1.1. W sprawie stan faktyczny przedstawia się następująco: Zdzisława S. od 5 czerwca 1972 r. do 31 maja 1991 r. była zatrudniona w Niemczech. Była to jej pierwsza praca. Składki na ubezpieczenie społeczne były odprowadzane przez stronę niemiecką na szczeblu centralnym. Organ rentowy uznał za udowodnione wynagrodzenie osiągane za lata 1991-1992 oraz 1994-2004. Decyzję o przyznaniu emerytury oparto o wyliczenie podstawy wymiaru z uwzględnieniem składek z 10 najkorzystniejszych kolejnych lat kalendarzowych, tj. od 1 stycznia 1995 r. do 31 grudnia 2004 r. Organ uprzedził ubezpieczoną, że ostateczne ustalenie wysokości emerytury, z uwzględnieniem zatrudnienia w Niemczech w okresie od 5 czerwca 1972 r. do 31 maja 1991 r., nastąpi po uzyskaniu informacji o wysokości wynagrodzenia zastępczego.

Zdzisława S. zaskarżyła decyzję przeliczeniową, którą oparto o wskaźnik wysokości podstawy wymiaru z 20 najkorzystniejszych lat ubezpieczeniowych. Pominięto bowiem okres zatrudnienia sprzed 1980 r. z powodu braku danych o wynagrodzeniu zastępczym.

W decyzji organ rentowy ustalił wskaźnik wysokości podstawy wymiaru na poziomie 68,76%. Ubezpieczona w czasie pracy w Niemczech korzystała ze zwolnień lekarskich i urlopu macierzyńskiego. Za okresy te otrzymała zasiłki z ubezpieczenia chorobowego z oddziału ZUS. Sąd ustalił wysokość wynagrodzenia otrzymywanego przez ubezpieczoną w byłej NRD w dawnych markach. Ustalił także wysokość wynagrodzenia otrzymywanego przez osoby zatrudnione w Polsce na takim stanowisku jak ubezpieczona w byłej NRD.

1.2. Pytanie zostało zadane w związku z tym, że Zdzisława S. wniosła odwołanie od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (dalej: ZUS) co do ostatecznego wyliczenia wysokości emerytury z uwzględnieniem danych o wysokości wynagrodzenia zastępczego. Ubezpieczona podniosła, że przy wyliczeniu emerytury pominięto faktycznie uzyskiwane zarobki, od których były odprowadzane składki, a zamiast tego przyjęto wynagrodzenie zastępcze, niższe od uzyskiwanego.

Organ rentowy wniósł o oddalenie odwołania podnosząc, że decyzję przeliczeniową wydano w oparciu o wyliczenie z 20 najkorzystniejszych lat wybranych z całego okresu ubezpieczenia. Nie został uwzględniony okres zatrudnienia w b. NRD sprzed 1980 r., bowiem brak było danych o wysokości pochodzących stamtąd zarobków.

Wyrokiem z 26 kwietnia 2006 r. roku Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim oddalił odwołanie. Sąd Apelacyjny zlecił Sądowi Okręgowemu zgromadzenie materiału dowodowego na okoliczność wynagrodzenia ubezpieczonej w okresie od 5 czerwca 1972 r. do 31 maja 1991 r. w Niemczech i ocenę tych dowodów w kontekście ustalenia wysokości tego wynagrodzenia.

Sąd Apelacyjny wskazał Sądowi Okręgowemu, że przy braku miarodajnych dowodów pozwalających na odtworzenie wysokości zarobków osiąganych przez ubezpieczoną w byłej NRD należy rozważyć to, że w myśl § 10 pkt 2 rozporządzenia z

1985 r. przyjmuje się kwotę wynagrodzenia przysługującego w tych okresach pracownikowi zatrudnionemu w kraju w takim samym lub podobnym charakterze, w jakim pracownik był zatrudniony przed wyjazdem za granicę. Okoliczność ta, zdaniem Sądu Apelacyjnego, wymaga jednak od Sądu Okręgowego wyjaśnienia, czy ubezpieczona pracowała przed podjęciem zatrudnienia w byłej NRD lub też rozważyć możliwość uwzględnienia do wysokości podstawy wymiaru emerytury wysokość najniższego wynagrodzenia w kraju.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy wyrokiem z 20 maja 2008 r. Sąd Okręgowy oddalił odwołanie. Sąd Apelacyjny wyrokiem z 15 stycznia 2009 r. uchylił powyższy wyrok. Sąd Apelacyjny wskazał, że Sąd Okręgowy nie ustalił wynagrodzenia ubezpieczonej za lata 1972-1991. Sąd Apelacyjny wskazał, że w grę może wchodzić ustalenie podstaw wymiaru składek na podstawie danych dotyczących wypłaconych ubezpieczonej w kraju zasiłków z ubezpieczenia chorobowego. Sąd Apelacyjny wypowiedział się także o postępowaniu dowodowym prowadzonym przed Sądem Okręgowym.

1.3. Sąd pytający zauważył, że ustawa z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 153, poz. 1227, ze zm.; dalej: ustawa FUS) przewiduje, iż wysokość emerytury zależy częściowo od podstawy wymiaru. Przy ustalaniu prawa do emerytury i renty oraz przy obliczaniu ich wysokości uwzględnia się okresy ubezpieczenia za granicą, jeżeli tak stanowią umowy międzynarodowe.

1.4. Sąd pytający wskazał, że okres pracy ubezpieczonej w byłej NRD, na mocy umowy podpisanej w Warszawie dnia 13 lipca 1957 r. pomiędzy Polską Rzeczpospolitą Ludową i Niemiecką Republiką Demokratyczną o współpracy w dziedzinie polityki społecznej (Dz. U. z 1958 r. Nr 51, poz. 246; dalej: umowa z 1957 r.), podlegał uwzględnieniu przy ustalaniu prawa do emerytury i obliczeniu jej wysokości. Sposób uwzględnienia tych okresów do obliczania wysokości świadczeń emerytalnych reguluje rozporządzenie z 1985 r., które zachowało moc obowiązującą zgodnie z art. 194 ustawy FUS. W świetle § 10 rozporządzenia z 1985 r., jeżeli w okresie, z którego wynagrodzenie przyjmuje się do ustalenia podstawy wymiaru, pracownik był zatrudniony za granicą, do ustalenia podstawy wymiaru przyjmuje się za okresy tego zatrudnienia: 1) kwoty, od których za te okresy opłacono składkę na ubezpieczenie społeczne w kraju, albo 2) jeżeli okres zatrudnienia za granicą przypada przed 1 stycznia 1991 r. – kwoty wynagrodzenia przysługującego w tych okresach pracownikowi zatrudnionemu w kraju w takim samym lub podobnym charakterze, w jakim pracownik był zatrudniony przed wyjazdem za granicę.

1.5. Sąd stwierdził, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie kwot, od których za okresy pracy za granicą opłacono składkę na ubezpieczenie społeczne w kraju. Zgodnie z art. 5 ust. 1 umowy z 1957 r., niezależnie od tego, gdzie opłacane były składki na ubezpieczenie społeczne od wynagrodzeń ubezpieczonej, świadczenia jej należne z ubezpieczenia chorobowego wypłacać musiała polska instytucja ubezpieczeniowa.

Nie znajdował zastosowania art. 5 pkt 4 umowy z 1957 r., gdyż zasiłki chorobowe wypłacał ZUS. Z faktu ustalenia podstaw wymiaru zasiłków chorobowych i macierzyńskich nie można wyprowadzać wniosków co do podstaw wymiaru składek na ubezpieczenie społeczne w kraju, ani co do faktu przekazania tych składek do Polski.

1.6. Sąd pytający wyjaśnił, że zgodnie z art. 9 porozumienia międzyrządowego z 25 maja 1971 r. obowiązek ubezpieczenia i opłacania składek z tytułu ubezpieczenia społecznego polskich pracowników regulują przepisy prawne, stosowane do robotników i pracowników umysłowych w byłej NRD.

W ocenie sądu pytającego, to, że zgodnie z porozumieniem międzyrządowym przekazywano do Polski część lub całość podatku od wynagrodzeń oraz część składek z ubezpieczenia społecznego i wypadkowego na pokrycie wydatków z tytułu udzielania świadczeń z ubezpieczeń społecznych, określonych w art. 9 ust. 10 porozumienia międzyrządowego z 1971 r., nie pozwala przyjąć, by wynagrodzenia uzyskane w byłej NRD stanowiły podstawę wymiaru składek na ubezpieczenie społeczne w Polsce. Nie można wywodzić takich wniosków co do faktycznego przekazywania składek i ich wysokości.

1.7. Z zaświadczenia przedłożonego przez ubezpieczoną wynika, że część wynagrodzeń jej przysługujących podlegała opodatkowaniu składkami na ubezpieczenie społeczne. Nie ma jednak dowodu, że składki te zostały odprowadzone do polskiego funduszu ubezpieczeniowego. Ubezpieczona nie złożyła dowodów opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne w kraju od wynagrodzeń uzyskanych w byłej NRD. Dowodem takim nie jest zaświadczenie Wojewódzkiego Urzędu Pracy z 25 lutego 1999 r. Okres pracy w byłej NRD został bowiem uznany za okres zatrudnienia dla prawa do zasiłku dla bezrobotnych. Oświadczenie o odprowadzaniu składek na ubezpieczenie społeczne na szczeblu centralnym do Centrali Ubezpieczeń Społecznych nie może stanowić dowodu, że tak faktycznie było.

Zgodnie z informacją ZUS, organ ten nie dysponuje danymi o wysokości składek przekazanych przez byłą NRD od wynagrodzeń ubezpieczonej. Nie ma więc zastosowania § 10 pkt 1 rozporządzenia z 1985 r. Może tu mieć zastosowanie jedynie § 10 pkt 2 tego rozporządzenia, który dopuszcza ustalenie tzw. wynagrodzeń zastępczych. Warunkiem jego zastosowania jest jednak zatrudnienie w Polsce przed wyjazdem za granicę.

Ubezpieczona nie pracowała w Polsce przed zatrudnieniem w byłej NRD. Nie może się zatem do niej stosować pkt 2 § 10 rozporządzenia.

1.8. Zdaniem sądu pytającego § 10 pkt 2 rozporządzenia z 1985 r. narusza konstytucyjną zasadę równości oraz wynikającą z art. 2a u.s.u.s. zasadę niedyskryminacji.

Wydając rozporządzenie pominięto dopuszczalność ustalenia podstaw wymiaru składki na podstawie tzw. wynagrodzeń zastępczych osób, które przed rozpoczęciem pracy za granicą nie wykonywały pracy w kraju. Przewidziano taką możliwość dla osób zatrudnionych w kraju przed wyjazdem. Taka sytuacja może prowadzić do nieuprawnionej dyferencjacji wysokości emerytury, przez zaniżenie wysokości emerytury dla osób, które przed wyjazdem za granicę nie pracowały w kraju. W sytuacji ubezpieczonej wysokość jej emerytury byłaby niższa niż osób, które pracowały wraz z nią na takim samym stanowisku za takie samo wynagrodzenie, jedynie z tego powodu, że wcześniej w kraju nie pracowała. O dopuszczalności uwzględnienia wynagrodzeń zastępczych decydować więc mogłby nawet jeden dzień zatrudnienia w kraju przed rozpoczęciem pracy za granicą.

1.9. Zarówno w wypadku ubezpieczonej, jak i osób zatrudnionych w kraju przed rozpoczęciem pracy za granicą, za okres pracy w byłej NRD składki nie były odprowadzane wprost do Funduszu Ubezpieczeń Społecznych. Porozumienie międzyrządowe z 1971 r. przewidywało przekazywanie części składek na ubezpieczenie społeczne pobieranych przez byłą NRD na szczeblu centralnym. Przekazywano tak jednak tylko kwotę sumaryczną, nie wskazując imiennie wysokości składek.

1.10. Przy ustaleniu wynagrodzenia zastępczego w trybie § 10 pkt 2 rozporządzenia dla osób zatrudnionych w kraju przed wyjazdem do byłej NRD wysokość wygradzenia zastępczego oderwana jest od wysokości składek przekazywanych przez byłą NRD. Niedopuszczenie możliwości ustalenia wynagrodzenia zastępczego dla osoby, która przed wyjazdem za granicę nie pracowała, nie ma więc uzasadnienia. Wkład tych osób, w wypadku osiągania jednakowego wynagrodzenia za granicą, w krajowy system ubezpieczeniowy był bowiem taki sam.

1.11. Sąd pytający stwierdził, że rozstrzygnięcie pytania będzie miało bezpośredni wpływ na rozstrzygnięcie sprawy. Uznanie niekonstytucyjności kwestionowanego przepisu umożliwi przyjęcie wynagrodzeń zastępczych i ustalenie wysokości emerytury ubezpieczonej w sposób korzystniejszy niż uczynił to organ rentowy.

2. W piśmie z 6 grudnia 2010 r. wyjaśniania w sprawie złożył Prezes Rady Ministrów. Stwierdził on, że rozporządzenie z 1985 r. nie przewiduje możliwości ustalenia wynagrodzenia zastępczego uzyskanego przez pracownika w kraju przed wyjazdem lub po powrocie z zagranicy. Początkowo na mocy tego rozporządzenia obowiązywała zasada ustalania wynagrodzenia zastępczego w okresie, w którym pracownik był zatrudniony za granicą, na podstawie wynagrodzenia osiąganego w kraju przez pracowników o podobnych kwalifikacjach i zatrudnionych w tym samym lub podobnym charakterze, w jakim pracownik był zatrudniony przed wyjazdem za granicę. Po reformie systemu emerytalnego w 1990 r. utrzymano tę zasadę wyłącznie co do osób, które wykazują lata zatrudnienia za granicą przypadające przed 1 stycznia 1991 r. W takim wypadku do ustalenia podstawy wymiaru emerytury lub renty przyjmuje się kwoty wynagrodzenia przysługującego we wskazanych okresach pracownikowi zatrudnionemu w kraju w takim samym lub podobnym charakterze, w jakim pracownik był zatrudniony przed wyjazdem za granicę.

Prezes RM wyjaśnił relacje dotyczące ubezpieczenia społecznego między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Niemiecką Republiką Demokratyczną i zmiany, jakie zaszły w tym zakresie po zjednoczeniu Niemiec.

Wskazał też, że art. 15 ust. 2a ustawy FUS stanowi, że jeżeli nie można ustalić podstawy wymiaru składek w okresie pozostawania w stosunku pracy, wskazanym do ustalenia podstawy wymiaru emerytury i renty, za podstawę wymiaru składek przyjmuje się kwotę obowiązującego w tym okresie minimalnego wynagrodzenia pracowników, proporcjonalnie do okresu podlegania ubezpieczeniu i wymiaru czasu pracy.

Podsumowując, Prezes RM podkreślił, że zasada przyjmowania wynagrodzenia za okresy sprzed 1 stycznia 1991 r., ma coraz mniejsze znaczenie. Jest tak dlatego, że ostatnie dwudziestolecie, z którego dokonuje się wyboru 10 kolejnych lat kalendarzowych do ustalenia wymiaru emerytury, z upływem czasu, w coraz mniejszym stopniu obejmuje lata sprzed 1991 r.

3. Pismem z 23 maja 2011 r. stanowisko zajął Prokurator Generalny, który wniósł o stwierdzenie, że § 10 pkt 2 rozporządzenia z 1985 r. w zakresie, w jakim pomija pracowników niezatrudnionych w kraju przed wyjazdem za granicę, jest niezgodny z art. 32 Konstytucji i art. 2a ust. 1 w związku z ust. 2 pkt 3 u.s.u.s.

3.1. Zdaniem Prokuratora Generalnego wątpliwości sądu pytającego są zasadne. Skarżony przepis rozporządzenia nie określa bowiem sposobu ustalania podstawy wymiaru emerytur i rent od kwoty wynagrodzenia przysługującego w okresach pracy za granicą

pracownikowi, który był zatrudniony wyłącznie za granicą, a nie odprowadzono od tego wynagrodzenia składek na ubezpieczenie społeczne w kraju.

3.2. Sąd pytający zarzuca prawodawcy, że pracownicy, którzy przed wyjazdem za granicę nie pracowali w kraju, są traktowani inaczej niż ci, którzy legitymują się okresem zatrudnienia przed wyjazdem za granicę. Zróżnicowanie polega na tym, że w wypadku pracownika, który był zatrudniony za granicą przed 1 stycznia 1991 r., jako podstawę wymiaru emerytury i renty można przyjąć wynagrodzenie zastępcze, zaś w wypadku pracownika, który wcześniej nie był zatrudniony w kraju takiej możliwości nie przewidziano.

W ocenie Prokuratora, między dwiema grupami ubezpieczonych różnice w zakresie obliczania wysokości świadczeń sprowadzają się wyłącznie do pozbawienia jednej z tych grup możliwości stosowania, przy ustalaniu podstawy wymiaru świadczeń emerytalno-rentowych, wynagrodzenia zastępczego. Wkład tych osób w krajowy system ubezpieczeniowy, w wypadku osiągnięcia jednakowego wynagrodzenia za granicą, był taki sam, bez względu na fakt uprzedniego zatrudnienia w kraju.

3.3. Prokurator uznał, że zastosowane przez prawodawcę kryterium różnicujące nie jest adekwatne do regulacji, której dotyczy. Nie pozostaje ono także w racjonalnym związku z celem i podstawą regulacji która zakłada, że w wypadku braku danych co do kwot, od których opłacono składkę na ubezpieczenia społeczne w kraju, możliwe jest stosowanie wynagrodzenia zastępczego.

3.4. Zdaniem Prokuratora, § 10 pkt 2 rozporządzenia wprowadza dyskryminujące zróżnicowanie ubezpieczonych w zakresie prawa do uzupełnienia wynagrodzeniem zastępczym wybranego przez tych pracowników najkorzystniejszego okresu wynagrodzeń osiągniętych z tytułu zatrudnienia w kraju, przyjmując jako kryterium różnicowania zatrudnienie przed wyjazdem za granicę. Wskutek tego, podmioty podobne w zakresie istotnych elementów swojej sytuacji faktycznej, traktowane są przez prawo w różny sposób w zakresie swojego uprawnienia. Jest to sprzeczne z art. 32 Konstytucji oraz z zasadą równego traktowania wszystkich ubezpieczonych w zakresie obliczania wysokości świadczeń (art. 2a ust. 1 w związku z ust. 2 pkt 3 u.s.u.s.).

4. 16 marca 2012 r., na prośbę Trybunału Konstytucyjnego, informacji w sprawie udzielił Prezes ZUS. Wskazał on, że ze względu na to, iż znaczna liczba polskich pracowników, którzy byli zatrudnieni na terenie byłej NRD, nie pracowała w Polsce przed wyjazdem do pracy za granicą – Ministerstwo Pracy i Polityki Socjalnej w 1991 r. zajęło stanowisko, że wynagrodzenie zastępcze za okres zatrudnienia w byłej NRD przed 1 stycznia 1991 r., można uwzględnić również na wniosek pracownika o analogicznych kwalifikacjach zatrudnionych w Polsce w podobnym charakterze, w jakim wnioskodawca był zatrudniony ostatnio w byłej NRD. Możliwość ustalenia wynagrodzenia zastępczego na tych zasadach, zgodnie ze stanowiskiem Ministerstwa Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z lutego 2003 r., została rozszerzona na osoby zatrudnione w byłej NRD przed 1 października 1991 r., po uwzględnieniu, że za obywateli tych, od 1 stycznia do 30 września 1991 r. zostały przekazane składki na ubezpieczenie społeczne. Pismo ministra zostało przekazane wszystkim oddziałom ZUS do stosowania.

5. W odpowiedzi na pismo TK z 18 maja 2012 r., Minister Sprawiedliwości wskazał, że w latach 2011-2012 w sądach powszechnych zarejestrowano 5 spraw dotyczących ustalenia wynagrodzenia zastępczego potrzebnego do wyliczenia podstawy

wymiaru świadczeń emerytalno-rentowych, na podstawie § 10 pkt 2 rozporządzenia z 1985 r. Wpływ tego rodzaju spraw odnotowano w sądach okręgowych apelacji wrocławskiej (jedna sprawa), katowickiej (jedna sprawa) oraz poznańskiej (3 sprawy, w tym jedna w toku rozpoznania).

II

Na rozprawie 2 lipca 2012 r. przedstawiciel Prezesa Rady Ministrów podtrzymał stanowisko wyrażone w piśmie z 6 grudnia 2010 r. W toku rozprawy podkreślił on rolę stosowania § 10 pkt 2 rozporządzenia z 1985 r., która dzięki wytycznym Ministra Pracy i Prezesa ZUS poszła w kierunku objęcia tym przepisem także osób, które przed wyjazdem do pracy za granicą nie były zatrudnione w kraju. Zdaniem przedstawiciela Prezesa RM, orzeczenie Trybunału nie będzie miało wpływu na rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed sądem pytającym. Wobec tego wniósł o umorzenie postępowania albo o stwierdzenie, że kwestionowana regulacja jest zgodna z przywołanymi wzorcami kontroli. Zarazem, przedstawiciel Prezesa RM w odpowiedzi na pytanie kierowane przez członków składu orzekającego, czy praktyka wynikająca z pism okólnych kierowanych przez Centralę ZUS do poszczególnych oddziałów nie potwierdza zarzutu sądu pytającego w stosunku do § 10 pkt 2 rozporządzenia z 1985 r. o niekonstytucyjności tego przepisu, stwierdził, że „pośrednio potwierdza”. Zgodził się on z tym, że gdyby ubezpieczona pojechała w tym samym dniu do pracy w byłej NRD z koleżanką, i ta druga pracowałaby w Polsce (a ubezpieczona nie pracowała), to sąd inaczej potraktowałby jedną i drugą osobę (por. stenogram rozprawy).

Prokurator podtrzymał stanowisko, że § 10 pkt 2 rozporządzenia z 1985 r. jest niezgodny z Konstytucją i ustawą o systemie ubezpieczeń społecznych. Wskazał, że problemem konstytucyjnym jest uzależnienie obliczenia podstawy wymiaru składki na ubezpieczenie społeczne od tego, czy dana osoba przed zatrudnieniem za granicą pracowała w kraju. Powoduje to nieuprawnioną dyferencjację emerytury. Prokurator podkreślił, że sąd *meriti* wskazuje problem konstytucyjny. Jeśli ma wątpliwość co do konstytucyjności danej regulacji, którą chce zastosować w sprawie, może zadać Trybunałowi pytanie prawne.

Przedstawiciel ZUS poinformował o zasadach stosowania § 10 pkt 2 kwestionowanego rozporządzenia. W odpowiedzi na pytania członków składu orzekającego co do stosowania tego przepisu, przedstawiciel ZUS wskazał, że w sprawie Zdzisławy S. i wielu innych wnioskodawców, Zakład przyjmuje wykładnię – która być może jest niezgodna z tym przepisem – ale która znajduje swoje uzasadnienie (por. stenogram rozprawy).

Wszyscy uczestnicy postępowania zwrócili uwagę, że rozporządzenie z 1985 r. ma wady, które organy stosujące prawo starały się naprawić przez stosowanie § 10 pkt 2 rozporządzenia do osób, które przed zatrudnieniem za granicą nie pracowały w Polsce.

III

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Dopuszczalność pytania prawnego.

Postanowieniem z 28 lipca 2010 r. (sygn. akt VI U 273/09) Sąd Okręgowy – Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych w Gorzowie Wielkopolskim (dalej: sąd pytający) zadał Trybunałowi Konstytucyjnemu pytanie prawne, czy § 10 pkt 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 1 kwietnia 1985 r. w sprawie szczegółowych zasad ustalania podstawy

wymiaru emerytur i rent (Dz. U. z 1989 r. Nr 11, poz. 63, ze zm.; dalej: rozporządzenie z 1985 r. albo rozporządzenie) w zakresie, w jakim pomija pracowników niezatrudnionych w kraju przed wyjazdem za granicę, jest zgodny z art. 32 Konstytucji i art. 2a ust. 1 w związku z ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585, ze zm.; dalej: u.s.u.s.).

Zgodnie z art. 193 Konstytucji oraz orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, pytanie prawne powinno spełniać przesłanki: podmiotową (musi być zadane przez sąd), przedmiotową (pytanie musi dotyczyć przepisu, normy prawnej albo aktu normatywnego, które mają być zastosowane w sprawie toczącej się przed sądem pytającym) oraz funkcjonalną (musi istnieć związek między odpowiedzią Trybunału Konstytucyjnego na pytanie prawne a rozstrzygnięciem sprawy toczącej się przed sądem pytającym).

Trybunał Konstytucyjny, rozważając dopuszczalność pytania prawnego w niniejszej sprawie, stwierdził, że spełniona jest przesłanka podmiotowa – pytanie zadał Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim oraz przesłanka przedmiotowa – pytanie dotyczy § 10 pkt 2 rozporządzenia z 1985 r., który stanowi podstawę rozstrzygania w rozpatrywanej przez niego sprawie. Jeśli nawet w danej sprawie Sąd Okręgowy jest związany poglądem prawnym Sądu Apelacyjnego, który nakazuje mu ustalić stan faktyczny, a w sytuacji, w której nie da się go ustalić wskazuje na rozważenie zastosowania § 10 pkt 2 rozporządzenia, to nie odbiera to Sądowi Okręgowemu prawa do wystąpienia z pytaniem prawnym. Sąd Apelacyjny nie może wyrećzyć tu Sądu Okręgowego. Pytanie prawne ma umocowanie w Konstytucji (art. 193), zaś związanie sądu poglądem prawnym sądu wyższej instancji, wynika z ustawy. Nie ulega wątpliwości, że to sąd pytający kształtuje treść pytania prawnego.

Trybunał Konstytucyjny badając spełnienie przesłanki funkcjonalnej, zauważył, że sąd pytający wskazał, iż odpowiedź na pytanie będzie miało bezpośredni wpływ na rozstrzygnięcie sprawy. Uznanie niekonstytucyjności kwestionowanego przepisu umożliwi bowiem przyjęcie wynagrodzeń zastępczych i ustalenie wysokości emerytury ubezpieczonej w inny sposób niż uczynił to organ rentowy. Co istotne, sformułowanie pytania prawnego nie dotyczy treści normy wskazanej w rozporządzeniu, ale tego jej elementu, którego nie ma w kwestionowanym przepisie. Sąd pytający skarży bowiem § 10 pkt 2 rozporządzenia z 1985 r. w zakresie, w jakim przepis ten pomija pracowników niezatrudnionych w kraju przed wyjazdem za granicę.

W ocenie Trybunału problemem konstytucyjnym w sprawie nie jest jednak pominięcie ustawodawcze, ale uzależnienie obliczania podstawy wymiaru świadczenia emerytalnego od kryterium, jakim jest zatrudnienie w kraju, przed podjęciem pracy za granicą.

Przedmiotem kontroli w niniejszej sprawie jest więc to, że kwestionowany przepis ogranicza możliwość ustalenia podstaw wymiaru składki na podstawie tzw. wynagrodzeń zastępczych osób, które przed rozpoczęciem pracy za granicą nie wykonywały pracy w kraju. Taka sytuacja nie może być usunięta poprzez stosowanie prawa (por. wyroki z: 8 września 2005 r., sygn. P 17/04, OTK ZU nr 8/A/2005, poz. 90; 13 listopada 2007 r., sygn. P 42/06, OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 123 oraz 23 czerwca 2008 r., sygn. P 18/06, OTK ZU nr 5/A/2008, poz. 83).

Mimo tego, że stan faktyczny w danej sprawie dotyczy osoby, która nie jest objęta uprawnieniem z § 10 pkt 2 rozporządzenia z 1985 r., to właśnie ze względu na to, że dany podmiot posiada cechę relewantną z osobami wymienionymi w tym przepisie, sąd pytający dostrzegł w tym zakresie problem konstytucyjny i wykazał, iż rozstrzygnięcie sprawy zależy od odpowiedzi Trybunału Konstytucyjnego, czy przepis, który chce zastosować jest zgodny z Konstytucją.

Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę, że w toku toczącego się postępowania zarówno organ rentowy jak i Sąd Okręgowy, przy ustalaniu wysokości emerytury, w stosunku do ubezpieczonej stosowali § 10 pkt 2 rozporządzenia. Sąd Apelacyjny podał to rozstrzygnięcie w wątpliwość kwestionując możliwość zastosowania tej regulacji do sytuacji skarżącej. Sąd Okręgowy jest związany poglądem Sądu Apelacyjnego w danej sprawie, zatem w zaistniałej sytuacji, wpływ na rozstrzygnięcie sprawy będzie miała kwestia orzeczenia przez Trybunał Konstytucyjny, czy § 10 pkt 2 rozporządzenia jest zgodny z konstytucyjną zasadą równości.

Wobec powyższego Trybunał stwierdził, że sąd zwracając się z pytaniem prawnym spełnił przesłankę funkcjonalną.

2. Problem konstytucyjny.

§ 10 pkt 2 rozporządzenia z 1985 r. stanowi, że jeżeli w okresie, z którego wynagrodzenie przyjmuje się do ustalenia podstawy wymiaru, pracownik był zatrudniony za granicą, do ustalenia podstawy wymiaru przyjmuje się za okresy tego zatrudnienia, jeżeli okres zatrudnienia za granicą przypada przed 1 stycznia 1991 r., kwoty wynagrodzenia przysługującego w tych okresach pracownikowi zatrudnionemu w kraju w takim samym lub podobnym charakterze, w jakim pracownik był zatrudniony przed wyjazdem za granicę.

Tak ukształtowana treść przepisu budzi wątpliwość co do jej zgodności z konstytucyjną zasadą równości oraz z art. 2a ust. 1 w związku z ust. 2 pkt 3 u.s.u.s. Dany wzorzec ustawowy stanowi o równym traktowaniu wszystkich ubezpieczonych bez względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, stan cywilny oraz stan rodzinny. Zasada równego traktowania dotyczy w szczególności obliczania wysokości świadczeń.

Problem konstytucyjny w niniejszej sprawie polega na tym, że rozporządzenie z 1985 r. uzależnia dopuszczalność ustalenia podstaw wymiaru składki na podstawie tzw. wynagrodzeń zastępczych od tego, czy przed rozpoczęciem pracy za granicą dany podmiot wykonywał pracę w kraju. Możliwość taką przewiduje się dla osób zatrudnionych w kraju przed wyjazdem. Budzi to wątpliwość co do równego traktowania podmiotów, które pracowały na takim samym stanowisku za takie samo wynagrodzenie, a reguły obliczania ich emerytury zależą jedynie od tego, czy wcześniej pracowały w kraju, czy też nie.

3. Reguły ustalania podstaw wymiaru emerytury lub renty w wypadku okresów zatrudnienia za granicą przed 1 stycznia 1991 r.

3.1. Zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 153, poz. 1227, ze zm.; dalej: ustawa FUS) podstawę wymiaru emerytury i renty stanowi, ustalona w sposób określony w ust. 4 i 5 tego przepisu, przeciętna podstawa wymiaru składki na ubezpieczenia emerytalne i rentowe lub na ubezpieczenie społeczne na podstawie przepisów prawa polskiego w okresie kolejnych 10 lat kalendarzowych, wybranych przez zainteresowanego z ostatnich 20 lat kalendarzowych poprzedzających bezpośrednio rok, w którym zgłoszono wniosek o emeryturę lub rentę, z uwzględnieniem ust. 6 art. 15 i art. 176, zatem kolejne 10 lat kalendarzowych, w myśl obowiązującego prawa, winny przypadać w ostatnich 20 latach przed zgłoszeniem wniosku o emeryturę.

Jeżeli osoba ubiegająca się o emeryturę posiada okresy ubezpieczenia za granicą, przy ustalaniu podstawy wymiaru tego świadczenia ma zastosowanie art. 18 ustawy FUS, który stanowi w ust. 2 i 3, że przy ustalaniu kolejnych 10 lat kalendarzowych, o których mowa w art. 15 ust. 1 i 2 ustawy FUS, nie uwzględnia się lat kalendarzowych, w których ubezpieczony przez cały rok pozostawał w ubezpieczeniu za granicą. Jeżeli w ciągu 20 lat

poprzedzających bezpośrednio rok, w którym zgłoszono wniosek o emeryturę lub rentę, zainteresowany nie był ubezpieczony w Polsce, podstawę wymiaru emerytury lub renty stanowi przeciętna podstawa wymiaru składki na ubezpieczenie społeczne lub ubezpieczenia emerytalne i rentowe w okresie kolejnych 10 lat kalendarzowych poprzedzających bezpośrednio rok, w którym zainteresowany przystąpił po raz pierwszy do ubezpieczenia za granicą.

System ubezpieczeń społecznych zakłada zatem, że podstawą wymiaru emerytury i renty jest przeciętna podstawa wymiaru składki na ubezpieczenia emerytalne i rentowe lub na ubezpieczenie społeczne. Wysokość świadczenia emerytalnego (rentowego) zależy od udziału ubezpieczonego w tworzeniu funduszu ubezpieczeń społecznych. Przy ustaleniu wysokości świadczenia znaczenie ma wysokość podstawy wymiaru składki na ubezpieczenie emerytalne i rentowe płaconej w Polsce. W obecnym stanie prawnym nie można przyjąć do podstawy wymiaru emerytury wynagrodzenia osiąganego w walucie obcej za granicą, od którego nie były opłacone składki na polskie ubezpieczenie społeczne.

Wyjątki od tej zasady są określone w rozporządzeniu z 1985 r. Należy do nich ustalenie podstawy wymiaru emerytury lub renty pracownika, który w okresie, z którego wynagrodzenie przyjmuje się do podstawy wymiaru, był zatrudniony za granicą (§ 10 rozporządzenia). Pracownikowi takiemu w miejsce jego faktycznego wynagrodzenia pobieranego za granicą, do ustalenia podstawy wymiaru - jeżeli okres zatrudnienia za granicą przypada przed 1 stycznia 1991 r. - przyjmuje się kwotę wynagrodzenia przysługującego w tych okresach pracownikowi zatrudnionemu w kraju w takim samym lub podobnym charakterze, w jakim pracownik był zatrudniony przed wyjazdem za granicę (§ 10 pkt 2 rozporządzenia).

Wykładnia § 10 rozporządzenia z 1985 r. przemawia za tym, że przepis ten, jako stanowiący wyjątek od ogólnej zasady ustalania podstawy wymiaru świadczeń, dopuszcza przyjęcie „za okresy zatrudnienia za granicą” kwoty wynagrodzenia przysługującego w tych okresach pracownikowi zatrudnionemu w kraju, nie wiążąc wysokości wynagrodzenia stanowiącego tak ustaloną podstawę wymiaru z wymiarem czasu pracy, w jakim osoba ubiegająca się o świadczenie była zatrudniona w kraju. Powiązanie dotyczy tylko charakteru lub stanowiska pracy. Sformułowanie zawarte w § 10 rozporządzenia nie zawiera informacji, że wynagrodzenie to ma być obliczone zgodnie z wymiarem czasu pracy wykonywanej w kraju przed wyjazdem za granicę. Przeciwno takiemu powiązaniu przemawia także wykładnia celowościowa tego przepisu. Określa on bowiem sposób obliczania wynagrodzenia zastępczego przyjmowanego w miejsce wynagrodzenia faktycznie otrzymywanego przez pracownika w czasie jego pracy za granicą. Wynagrodzenie ustalone zgodnie z zasadami przyjętymi w § 10 rozporządzenia staje się wynagrodzeniem otrzymywanym za granicą. Jest to wynagrodzenie zastępcze za okres pracy za granicą, a zatem za taki wymiar czasu pracy, w jakim dana osoba była za granicą zatrudniona.

Wobec powyższego Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że rozporządzenie z 1985 r. przewiduje zasadę ustalania wynagrodzenia zastępczego w okresie, w którym pracownik był zatrudniony za granicą, na podstawie wynagrodzenia osiąganego w kraju przez pracowników o podobnych kwalifikacjach i zatrudnionych w tym samym lub podobnym charakterze, w jakim pracownik zatrudniony był przed wyjazdem za granicę. Zasada ta, po reformie systemu emerytalnego z 1990 r., obejmuje osoby które do ustalenia podstawy wymiaru emerytury i renty wskazują lata zatrudnienia za granicą przypadające przed 1 stycznia 1991 r. Z § 10 pkt 2 rozporządzenia wynika, że w takim wypadku do ustalenia podstawy wymiaru emerytury lub renty przyjmuje się kwoty wynagrodzenia przysługującego we wskazanych okresach pracownikowi zatrudnionemu w kraju w takim

samym lub podobnym charakterze, w jakim pracownik był zatrudniony przed wyjazdem za granicę.

Rozporządzenie z 1985 r. nie określa sposobu ustalania podstawy wymiaru świadczeń w sytuacjach, gdy pracownik przed podjęciem pracy za granicą w ogóle nie pracował w kraju.

3.2. Z informacji Rady Ministrów wynika, że osoby, które przed podjęciem pracy na terenie Niemiec nigdy nie pracowały w Polsce, w praktyce mogą zgłosić wniosek o przyjęcie za podstawę wymiaru emerytury wynagrodzenia, osiąganego w kraju przez pracownika zatrudnionego w tym samym lub podobnym charakterze, w jakim były zatrudnione ostatnio za granicą. W wypadku zatrudnienia w byłej NRD, wynagrodzenie to ustalane jest za okres przed 1 października 1991 r., ponieważ strona niemiecka przekazała składki na ubezpieczenie społeczne obywateli polskich zatrudnionych w byłej NRD w okresie od 1 stycznia 1991 r. do 30 września 1991 r.

Zgodnie z postanowieniami umowy podpisanej w Warszawie dnia 13 lipca 1957 r. pomiędzy Polską Rzeczpospolitą Ludową i Niemiecką Republiką Demokratyczną o współpracy w dziedzinie polityki społecznej (Dz. U. z 1958 r. Nr 51, poz. 246; dalej: umowa z 1957 r.) instytucja ubezpieczeniowa państwa zamieszkania ubezpieczonego przy ustalaniu prawa do emerytury i jej wysokości uwzględniała okresy ubezpieczenia, okresy zatrudnienia oraz okresy z nimi zrównane w drugim państwie w taki sposób, jak gdyby zaistniały na terenie pierwszego państwa. Prezes RM zaznaczył, że wprowadzie po wejściu w życie umowy między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Federalną Niemiec o zabezpieczeniu społecznym, sporządzoną w Warszawie dnia 8 grudnia 1990 r (Dz. U. z 1991 r. Nr 108, poz. 468; dalej: umowa z 1990 r.), umowa z 1957 r. straciła moc obowiązującą, ale okresy ubezpieczenia (zatrudnienia) na terytorium byłej NRD do 2 października 1990 r. (dzień poprzedzający zjednoczenie Niemiec) nadal podlegają uwzględnieniu na zasadach określonych w umowie z 1957 r.

Wobec tego, osobom zamieszkałym w Polsce, okresy ubezpieczenia na terytorium byłej NRD do 2 października 1990 r., zaliczane są przy ustalaniu prawa i wysokości polskich świadczeń emerytalnych, analogicznie jak w przypadku osób zatrudnionych w Polsce.

Wynagrodzenie ustalane jest na podstawie zaświadczenia, wystawionego przez odpowiedni co do resortu lub branży, polski zakład pracy. Dokument ten osoba zainteresowana może uzyskać we własnym zakresie i przedłożyć w organie rentowym lub ustalenia tego wynagrodzenia dokonuje Departament Świadczeń Emerytalno-Rentowych ZUS, na wniosek właściwego oddziału ZUS.

Prezes RM zauważył, że nie zawsze udaje się ustalić wysokość powyższego wynagrodzenia. Trudność w uzyskaniu takich informacji, szczególnie za okres zatrudnienia przed 1980 r., jest konsekwencją tego, że do końca 1990 r. zakłady pracy nie były zobowiązane do przechowywania dokumentacji płacowej przez okres dłuższy niż 12 lat.

Osoby składające wniosek o ustalenie podstawy wymiaru świadczenia od wynagrodzenia stanowiącego podstawę wymiaru składek w latach przypadających po 1979 r. nie powinny mieć zatem trudności w uzyskaniu od pracodawcy informacji o wysokości wynagrodzenia. Natomiast uzyskanie dokumentów z wcześniejszego okresu zatrudnienia często kończy się niepowodzeniem.

W związku z powyższym, ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. Nr 192, poz. 1180) 1 stycznia 2009 r. wprowadziła do ustawy FUS art. 15 ust. 2a, zgodnie z którym jeżeli nie można ustalić podstawy wymiaru składek w okresie pozostawania w stosunku pracy

wskazanym do ustalenia podstawy wymiaru emerytury i renty, za podstawę wymiaru składek przyjmuje się kwotę obowiązującego w tym okresie minimalnego wynagrodzenia pracowników, proporcjonalnie do okresu podlegania ubezpieczeniu i wymiaru czasu pracy.

3.3. Rekonstrukcja stanu normatywnego w sprawie pozwala stwierdzić, że w wypadku osób, które pracowały za granicą przed 1 stycznia 1991 r., a wcześniej nie były zatrudnione w kraju, za podstawę wymiaru składek przyjmuje się kwotę obowiązującego w tym okresie minimalnego wynagrodzenia pracowników, proporcjonalnie do okresu podlegania ubezpieczeniu i wymiaru czasu pracy.

3.4. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, wytyczne ministra dotyczące stosowania § 10 pkt 2 rozporządzenia na zasadzie analogii do osób, które pracowały za granicą przed 1 stycznia 1991 r., a wcześniej nie były zatrudnione w Polsce, nie usuwają wątpliwości co do konstytucyjności kwestionowanej regulacji, zwłaszcza, że wobec osób pominiętych w kwestionowanym przepisie podstawę wymiaru świadczenia ustala się według minimalnego wymiaru wynagrodzenia. W toku rozprawy wątpliwości te zostały potwierdzone przez przedstawiciela Prezesa RM i przedstawiciela Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

4. Ocena zgodności zakwestionowanej regulacji z zasadą równości.

Sąd pytający jako wzorce kontroli w sprawie podał art. 32 Konstytucji oraz art. 2a ust. 1 w związku z ust. 2 pkt 3 u.s.u.s.

4.1. Art. 32 Konstytucji wskazuje na zasadę równości wobec prawa (art. 32 ust. 1) oraz zakaz dyskryminacji (art. 32 ust. 2), które wielokrotnie były przedmiotem rozważań Trybunału Konstytucyjnego. Zgodnie z dotychczasowym dorobkiem Trybunału Konstytucyjnego, zasada równości wobec prawa polega na tym, że podmioty prawa (adresaci norm prawnych), charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu są traktowane równo, bez dyskryminowania i faworyzowania (por. np. orzeczenie z 9 marca 1988 r., sygn. U 7/87, OTK w 1988 r., poz. 1 oraz wyroki z: 21 czerwca 2001 r., sygn. SK 6/01, OTK ZU nr 5/2001, poz. 121; 24 października 2005 r., sygn. P 13/04, OTK ZU nr 9/A/2005, poz. 102 i 11 grudnia 2006 r., sygn. SK 15/06, OTK ZU nr 11/A/2006, poz. 170).

Trybunał wskazywał, że przy ocenie regulacji prawnej z punktu widzenia zasady równości należy rozważyć, czy można wskazać wspólną cechę istotną uzasadniającą równe traktowanie podmiotów prawa, biorąc pod uwagę treść i cel regulacji prawnej. Ciężar dowodu, że wprowadzone różnicowanie podmiotów posiadających wspólną cechę istotną spełnia wymienione wyżej wymogi, spoczywa na organie państwowym, który ustanowił zakwestionowany akt prawotwórczy (zob. wyrok z 20 października 1998 r., sygn. K 7/98, OTK ZU nr 6/1998, poz. 96).

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie stwierdzał, że zasada równości w demokratycznym państwie prawnym nie wyklucza możliwości uznania za zgodne z Konstytucją odmiennego traktowania podmiotów podobnych. Warunkiem koniecznym wprowadzenia wyjątków jest jasno sformułowane kryterium, na podstawie którego dokonywane jest zróżnicowanie. Równocześnie kryterium to, w świetle zasad i wartości konstytucyjnych, powinno być uzasadnione odpowiednio przekonującymi argumentami (zob. wyroki z 16 grudnia 1997 r., sygn. K 8/97, OTK ZU nr 5-6/1997, poz. 70 oraz 24 lutego 1999 r., sygn. SK 4/98, OTK ZU nr 2/1999, poz. 24).

Ewentualne wyjątki od zasady równości powinny odpowiadać następującym wymaganiom: 1) zróżnicowania muszą mieć charakter relewantny, tzn. pozostawać w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest

kontrolowana norma oraz służyć realizacji tego celu i treści - oznacza to, że wprowadzane odstępstwa od zasady równości muszą mieć charakter racjonalnie uzasadniony; nie wolno dokonywać zróżnicowania według dowolnie ustalonego kryterium; 2) zróżnicowania muszą być proporcjonalne, tzn. waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych; 3) zróżnicowania muszą pozostawać w związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych (por. orzeczenia z: 23 października 1995 r., sygn. K 4/95, OTK w 1995 r., cz. II, poz. 31; 3 września 1996 r., sygn. K 10/96, OTK ZU nr 4/1996, poz. 33; 12 grudnia 1994 r., sygn. K 3/94, OTK w 1994 r., cz. II, poz. 42; 16 grudnia 1996 r., sygn. U 1/96, OTK ZU nr 6/1996, poz. 55; 4 lutego 1997 r., sygn. P 4/96, OTK ZU nr 1/1997, poz. 3 oraz wyroki z: 5 listopada 1997 r., sygn. K 22/97, OTK ZU nr 3-4/1997, poz. 41; 22 grudnia 1997 r., sygn. K 2/97, OTK ZU nr 5-6/1997, poz. 72; 23 kwietnia 2009 r., sygn. K 65/07, OTK ZU nr 4/A/2009, poz. 53).

Podsumowując, Trybunał Konstytucyjny przypomina, że zasada równości – mimo iż jest jedną z przewodnich zasad kształtujących status jednostki w Rzeczypospolitej Polskiej – nie ma charakteru bezwzględnego i w pewnych sytuacjach może podlegać ograniczeniu.

4.2. Sąd pytający podniósł zarzut naruszenia zasady równości i zakazu dyskryminacji. Wobec tego Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że zakwestionowany § 10 pkt 2 rozporządzenia z 1985 r. nie uwzględnia wypadków, gdy pracownik nie był wcześniej zatrudniony w kraju, a praca za granicą była jego pierwszym miejscem zatrudnienia. Takie ukształtowanie przepisu rozporządzenia wprowadza zróżnicowanie w sposobie ustalania wymiaru emerytury lub renty dla osób, które przed 1 stycznia 1991 r. pracowały za granicą, w zależności od tego, czy wcześniej były zatrudnione w Polsce.

Trybunał Konstytucyjny, za cechę istotną (relewantną), według której ocenia wprowadzone zróżnicowanie, przyjął, że określone podmioty pracowały na takim samym stanowisku, za takie samo wynagrodzenie za granicą przed 1991 r., a reguły obliczania ich emerytury zależą jedynie od tego, czy wcześniej były zatrudnione w kraju, czy też nie.

Z wyjaśnień Prezesa RM wynika, że funkcjonuje praktyka, w której poprzez analogię można traktować podobnie podmioty, których pierwszą pracą była praca za granicą z tymi, które są określone w § 10 pkt 2 rozporządzenia. Jednocześnie Prezes RM wskazał, że przy niemożności przedstawienia odpowiednich dokumentów, do ustalenia podstawy wymiaru składek, zgodnie z art. 15 ust. 2a ustawy FUS, można przyjąć kwotę obowiązującego w tym okresie minimalnego wynagrodzenia pracowników, proporcjonalnie do okresu podlegania ubezpieczeniu i wymiaru czasu pracy. Taki sposób ustalania wymiaru składek, w wypadku osób pracujących za granicą przed 1 stycznia 1991 r., których pierwszym miejscem zatrudnienia było zatrudnienie poza krajem, jest nieproporcjonalny do sposobu ustalania tego wymiaru na podstawie § 10 pkt 2 rozporządzenia w wypadku osób wcześniej pracujących w Polsce.

Wobec powyższego Trybunał Konstytucyjny uznaje, że wprowadzone rozwiązanie, które pomija w kwestionowanym przez sąd pytający przepisie pracowników niezatrudnionych w kraju przed wyjazdem za granicę, jest niezgodne z art. 32 ust. 1 Konstytucji. Wprowadza ono bowiem nieuzasadnione zróżnicowanie, przez co powoduje dyskryminację określonej grupy pracowników przy ustalaniu podstawy wymiaru emerytury lub renty.

Trybunał umorzył postępowanie w zakresie badania kwestionowanego przepisu z art. 32 ust. 2 Konstytucji.

4.3. Sąd pytający jako wzorzec kontroli wskazał również art. 2a ust. 1 w związku z ust. 2 pkt 3 u.s.u.s. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że skoro uznał niezgodność przepisu rozporządzenia z konstytucyjną zasadą równości, nie ma konieczności analizy tego przepisu z tym wzorcem kontroli. Wobec powyższego w pozostałym zakresie Trybunał Konstytucyjny umorzył postępowanie na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.).

5. Skutki wyroku Trybunału Konstytucyjnego.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego polega na usunięciu niekonstytucyjnego kryterium, jakim pozostawało „zatrudnienie” lub „brak zatrudnienia” w kraju, przed podjęciem pracy za granicą, jako podstawy dla ustalenia wymiaru emerytury lub renty w stosunku do grupy podmiotów, o jakich mowa w § 10 pkt 2 rozporządzenia z 1985 r., tj. tych zatrudnionych za granicą, których okres zatrudnienia przypadał przed 1 stycznia 1991 r.

Trybunał Konstytucyjny sygnalizuje, że objęte pytaniem prawnym rozporządzenie z 1985 r., zostało wydane na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 1-3 i 5 ustawy z dnia 14 grudnia 1982 r. o zaopatrzeniu emerytalnym pracowników i ich rodzin (Dz. U. Nr 40, poz. 267, ze zm.). Ustawa ta została uchylona. Zgodnie z art. 194 ustawy FUS zachowane zostały w mocy, do czasu wydania nowych, dotychczasowe przepisy wykonawcze. Z uwagi na niewydanie dotychczas nowego rozporządzenia w przedmiotowym zakresie, rozporządzenie z 1985 r. jest aktem prawnym nadal obowiązującym.

Zdaniem Trybunału za budzący zasadnicze wątpliwości należy uznać stan prawny, w którym w ciągu ponad dwunastu lat od wejścia w życie ustawy FUS prawodawca nie zdołał dostosować aktów wykonawczych do nowych przepisów ustawowych, mimo że materia regulacji rozporządzenia w tym czasie była modyfikowana. Zgodnie z § 33 Załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. Nr 100, poz. 908) nie można bezterminowo pozostawiać w mocy przepisów wykonawczych, wydanych na mocy uchylonych przepisów. Praktyka taka jest dopuszczalna jedynie wyjątkowo, a i tak ustawodawca musi w przepisach zaznaczyć termin wydania nowego aktu wykonawczego. Utrzymywanie w mocy przez tak długi czas aktu prawnego wydanego na podstawie już nieobowiązujących przepisów prowadzi do rozluźnienia więzów między aktem umocowującym a umocowanym. Trybunał Konstytucyjny odnotowuje to, że Prezes RM wskazał na utratę doniosłości kwestionowanej regulacji w stosunku do okresów zatrudnienia przypadających przed 1991 r. Istnieje jednak potrzeba rozważenia wydania nowego rozporządzenia, w oparciu o przepisy upoważniające zawarte w ustawie FUS, z uwzględnieniem zmian ustawowych i rozstrzygnięć sądowych zapadłych na tym tle (por. wyrok TK z 20 maja 2008 r., sygn. SK 9/07, OTK ZU nr 4/A/2008, poz. 60).

Ze względu na wyżej wskazane okoliczności, Trybunał Konstytucyjny orzekł jak w sentencji.

Zdanie odrębne

sędziego TK Marka Zubika
do wyroku Trybunału Konstytucyjnego
z dnia 2 lipca 2012 r., sygn. P 35/10

Na podstawie art. 68 ust. 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.; dalej: ustawa o TK) zgłaszam zdanie odrębne do wyroku TK z 2 lipca 2012 r. o sygn. P 35/10.

W mojej ocenie, postępowanie w niniejszej sprawie powinno zostać umorzone z uwagi na niedopuszczalność wydania wyroku, gdyż nie została spełniona przesłanka funkcjonalna pytania prawnego (art. 193 Konstytucji). Nie podzielam ponadto oceny dotyczącej niekonstytucyjności § 10 pkt 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 1 kwietnia 1985 r. w sprawie szczegółowych zasad ustalania podstawy wymiaru emerytur i rent (Dz. U. z 1989 r. Nr 11, poz. 63, ze zm.; dalej: rozporządzenie) z art. 32 ust. 1 Konstytucji, w kontekście, w jakim uczynił to Trybunał.

1. W pierwszej kolejności należy przypomnieć tło sprawy oraz zrekonstruować treść normatywną zakwestionowanego przepisu. Okoliczności te wpływają bowiem na dopuszczalność wydania wyroku przez Trybunał.

Sprawa rozpoznawana przez pytający sąd nie dotyczy przyznania emerytury, a jedynie ustalenia jej wysokości. Wnioskodawczyni domagała się bowiem od organu rentowego, na podstawie art. 15 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 153, poz. 1227, ze zm.; dalej: ustawa emerytalna), obliczenia emerytury z uwzględnieniem podstawy wymiaru składki z 20 lat kalendarzowych, wybranych przez nią, przypadających w okresie zatrudnienia za granicą, a nie na podstawie § 10 pkt 2 rozporządzenia. Wniosła ponadto o zastosowanie najkorzystniejszego wariantu wysokości świadczenia. Należy zaznaczyć, że wnioskodawczyni nie ubiegała się i nie pobierała emerytury (renty) z niemieckiego systemu zabezpieczenia społecznego.

Jak wynika z akt sprawy, Zakład Ubezpieczeń Społecznych, obliczając wysokość emerytury, uwzględnił częściowo to żądanie. Wyliczył bowiem świadczenie w oparciu o składki odprowadzane do systemu ubezpieczeń społecznych z okresu zatrudnienia w Polsce po 1991 r. Natomiast za lata 1980-1991 przepracowane za granicą, przyjął – jako podstawę wymiaru emerytury – wynagrodzenie otrzymywane przez pracownika zatrudnionego w kraju, o podobnym stażu pracy oraz na takim samym stanowisku, jak wnioskodawczyni była zatrudniona za granicą. Nie uwzględnił natomiast zatrudnienia w latach 1972-1979 ze względu na brak danych o wynagrodzeniach pracowników zatrudnionych w tym okresie w kraju na takim samym stanowisku, na jakim wnioskodawczyni była zatrudniona za granicą. Przyjął tym samym korzystniejsze dla niej rozumienie § 10 pkt 2 rozporządzenia, które nie miało podstaw w treści tego przepisu. Dzięki uwzględnieniu lat pracy w byłej NRD i zastosowaniu kreatywnej wykładni § 10 pkt 2 rozporządzenia, wskaźnik wysokości wymiaru emerytury wzrósł w odniesieniu do wnioskodawczyni z 36,33% do 69,76%, co przełożyło się na wzrost wysokości emerytury o około 250 zł.

Wnioskodawczyni odwołała się od tej decyzji do sądu, domagając się, aby ZUS uwzględnił rzeczywiście osiągnęte przez nią dochody w całym wskazanym przez nią okresie. Nie wносиła natomiast o obliczenie wysokości emerytury z wykorzystaniem wynagrodzenia zastępczego, unormowanego w § 10 pkt 2 rozporządzenia, przy czym – we wniosku o przyznanie emerytury – wnioskowała o zastosowanie najkorzystniejszego wariantu wysokości świadczenia. Odwołanie wnioskodawczyni od decyzji ZUS Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim rozpoznawał dwukrotnie, za każdym razem oddalając je. Jednak obydwa wyroki Sądu Okręgowego uchylił Sąd Apelacyjny w Szczecinie, przekazując sprawę do ponownego rozpoznania i zobowiązując Sąd Okręgowy do ustalenia rzeczywistego wynagrodzenia wnioskodawczyni w latach 1972-1991 oraz rozstrzygnięcia, czy może stanowić ono podstawę ustalenia wysokości emerytury.

Wnioskodawczyni przedstawiła bowiem zaświadczenie o wysokości uzyskiwanych przez nią dochodów i wysokości składek odprowadzanych na ubezpieczenia społeczne w byłej NRD od 1973 r.

2. Zakwestionowany przez pytający sąd przepis rozporządzenia reguluje szczególnie sposób ustalania podstawy wymiaru emerytury dla pracowników zatrudnionych za granicą przed 1 stycznia 1991 r., niebędących w stanie udowodnić rzeczywistej wysokości wynagrodzenia, od którego były odprowadzane składki na ubezpieczenie społeczne w kraju. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli w okresie, z którego wynagrodzenie służy do ustalenia podstawy wymiaru świadczenia, pracownik zatrudniony był za granicą, wówczas za taką podstawę przyjmuje się kwoty wynagrodzenia przysługującego w tych okresach pracownikowi zatrudnionemu w kraju w takim samym lub podobnym charakterze, w jakim pracował przed zatrudnieniem za granicą. Prawodawca jednocześnie ograniczył czasowy zakres zastosowania tego przepisu do pracowników zatrudnionych przed 1 stycznia 1991 r. Można zatem uznać § 10 pkt 2 rozporządzenia za swoistą regulację międzyczasową. Wynagrodzenie służące do ustalenia wysokości emerytury, o którym mowa w § 10 pkt 2 rozporządzenia, określa się mianem wynagrodzenia zastępczego.

Z § 10 pkt 2 rozporządzenia jednoznacznie wynika, że nawet gdy pracownik był zatrudniony za granicą, do obliczenia podstawy wymiaru jego emerytury za ten okres relevantnym punktem odniesienia nie jest wynagrodzenie otrzymywane przez zatrudnionego w kraju na tym samym lub podobnym stanowisku, jakie wnioskodawca zajmował za granicą, lecz wynagrodzenie otrzymywane przez osobę zatrudnioną w kraju na takim samym stanowisku, jakie sam wnioskodawca zajmował przed wyjazdem za granicę. Wynagrodzeniem zastępczym, o którym mowa w § 10 pkt 2 rozporządzenia, jest więc wynagrodzenie, jakie potencjalnie otrzymywałby wnioskujący o emeryturę, kontynuując zatrudnienie na tym samym stanowisku, jak przed podjęciem pracy za granicą.

Przyjmowana przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych i aprobowana początkowo przez pytający sąd wykładnia zaskarżonego przepisu nie znajduje – moim zdaniem – oparcia w jego literalnym sformułowaniu. Interpretacja ta jest jawnie *contra legem*, tak z punktu widzenia wykładni językowej, jak i systemowej.

3. Mechanizm kształtowany przez zakwestionowany przepis ma charakter regulacji bardziej szczegółowej w stosunku do ogólnych zasad obliczania wysokości emerytury dla osób zatrudnionych zarówno okresowo za granicą, jak i dla osób, które wyłącznie były zatrudnione w kraju.

Po pierwsze, stanowi odstępstwo od ciężącego, co do zasady, na wnioskującym o świadczenie obowiązku udowodnienia wysokości osiągniętych zarobków, stanowiących podstawę wymiaru emerytury (*vide*: art. 116 ust. 5 ustawy emerytalnej i § 10 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 11 października 2011 r. w sprawie postępowania o świadczenia emerytalno-rentowe, Dz. U. Nr 237, poz. 1412). Jeżeli bowiem nie da się ustalić w jakiej wysokości odprowadzano składki, a nawet gdy ich w ogóle nie odprowadzano – umożliwia przyjęcie za podstawę wymiaru emerytury wynagrodzenia, jakie otrzymywałby wnioskodawca, gdyby był zatrudniony w kraju na takim samym lub podobnym stanowisku, jak przed wyjazdem za granicę. Wnioskodawca powinien jedynie udowodnić staż pracy za granicą, który traktowany jest jako równoważny ze stażem pracy w kraju. Po drugie, § 10 pkt 2 rozporządzenia ma zastosowanie wyłącznie do osób zatrudnionych za granicą przed 1 stycznia 1991 r. i nie obejmuje osób pracujących za granicą po tej dacie ani osób zatrudnionych w Polsce.

Gdy nie jest możliwe dokonanie wymiaru emerytury na podstawie rzeczywiście osiągniętych dochodów, od których odprowadzono składki na ubezpieczenie społeczne w kraju lub wynagrodzenia zastępczego, o którym mowa w § 10 pkt 2 rozporządzenia, do pracowników zatrudnionych za granicą stosuje się ogólny przepis art. 15 ust. 2a ustawy emerytalnej, zgodnie z którym jako podstawę wymiaru przyjmuje się minimalne wynagrodzenie.

W związku z powyższym, rozwiązanie określone w § 10 pkt 2 rozporządzenia uznaję za szczególnie uprzywilejowujące pracowników zatrudnionych za granicą w stosunku do pracowników zatrudnionych w kraju oraz pracowników zatrudnionych za granicą po 1991 r., którzy – nawet bez własnej winy – nie są w stanie wykazać wysokości swojego wynagrodzenia sprzed lat. Czymś innym jest natomiast ocena, czy takie rozwiązanie jest w ogóle konstytucyjnie dopuszczalne (zob. pkt 7 zdania odrębnego).

4. Zgodnie z art. 193 Konstytucji, każdy sąd może przedstawić Trybunałowi Konstytucyjnemu pytanie prawne co do zgodności aktu normatywnego z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi lub ustawą, jeżeli od odpowiedzi na pytanie prawne zależy rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed tym sądem. Znajduje to odzwierciedlenie w art. 3 oraz art. 32 ustawy o TK). Przepisy te ustanawiają przesłanki skutecznego wniesienia i merytorycznego rozpoznania pytania prawnego.

Jedną z przesłanek dopuszczalności pytania prawnego jest spełnienie przesłanki funkcjonalnej. Stwierdzenie niekonstytucyjności zaskarżonego przepisu ma bowiem doprowadzić do odmiennego rozstrzygnięcia sprawy, która zawisła przed pytającym sądem. Jeżeli zatem wyrok Trybunału nie pozwoli tej sprawie rozstrzygnąć odmiennie, to nie została spełniona przesłanka funkcjonalna. Trybunał obowiązany jest wówczas umorzyć postępowanie. Specyfika pytania prawnego wyraża się ponadto w jego subsydiarności. Pytanie prawne może być wniesione dopiero, kiedy sąd nie dysponuje żadnymi innymi prawnymi możliwościami rozpoznania zawisłej przed nim sprawy bez zastosowania kwestionowanego przepisu (zob. np. wyrok TK z 7 listopada 2005 r., sygn. P 20/04, OTK ZU nr 10/A/2005, poz. 111).

5. Występując z pytaniem prawnym w niniejszej sprawie, sąd powinien był wykazać dwie okoliczności, po spełnieniu których dopuszczalne byłoby wydanie wyroku przez TK w tej sprawie. Po pierwsze, że zastosowanie zakwestionowanego przepisu rozporządzenia jest potrzebne dla rozstrzygnięcia sprawy zgodnie z żądaniem wnioskodawczyni. Po drugie natomiast, że sam przepis, o który pyta sąd – w stanie faktycznym zawisłej przed nim sprawy – jest w ogóle stosowalny, choćby ze względów konstrukcyjnych, zaś wyrok stwierdzający niekonstytucyjność umożliwi wydanie odmiennego rozstrzygnięcia od tego jakie zostałoby wydane, gdyby Trybunał orzekł o jego zgodności. Pytający sąd, w moim przekonaniu, nie uprawdopodobnił żadnej z nich.

5.1. Jak wynika z akt sprawy, na obecnym etapie postępowania, pytający sąd został zobowiązany przez sąd apelacyjny do oceny możliwości przyjęcia rzeczywiście osiągniętego i udowodnionego przez wnioskodawczynię wynagrodzenia z lat 1973-1991 za podstawę wymiaru emerytury. W uzasadnieniu pytania prawnego pytający sąd stwierdził brak takiej możliwości, ponieważ nie udowodniono odprowadzenia składek od wynagrodzenia wnioskodawczyni do krajowego systemu, a co za tym idzie nie ma – zdaniem sądu – możliwości potraktowania go jako podstawy wymiaru jej emerytury. Trybunał Konstytucyjny nie sprawując wymiaru sprawiedliwości, nie ma kompetencji oceny materiału dowodowego w sprawie. Jednak pytający sąd nie wykazał dla potrzeb rozpoznania pytania prawnego, że nie istnieją żadne inne rozwiązania prawne, przede

wszystkim wynikające z wiążących Rzeczpospolitą Polską ratyfikowanych umów międzynarodowych i ustaw pozwalające uwzględnić żądanie wnioskodawczyni, tak w zakresie uwzględnienia rzeczywistych zarobków w NRD, jako podstawy wymiaru emerytury, jak i przyznania jej najkorzystniejszej wysokości świadczenia. Przede wszystkim sąd nie wyjaśnił znaczenia dla niniejszej sprawy art. 27 ust. 2 umowy między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Federalną Niemiec o zabezpieczeniu społecznym, sporządzonej w Warszawie dnia 8 grudnia 1990 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 108, poz. 468, ze zm.), a w szczególności skutków sukcesji prawnej RFN po byłej NRD i przewidzianej w umowie z 1990 r. gwarancji zachowania roszczeń oraz uprawnień nabytych pod rządami uprzednio obowiązujących umów międzynarodowych między Polską a NRD i RFN.

Niezrozumiałe są również kolejne próby zastosowania przez sąd utrzymanego w mocy przedkonstytucyjnego rozporządzenia, które budzi istotne zastrzeżenia natury konstytucyjnej (zob. szerzej pkt 5.2 zdania odrębnego) bez wyjaśnienia dlaczego nie stosuje się w to miejsce tych przepisów regulujących uprawnienia emerytalne, które przewidują w stosunku do osób delegowanych przez polskie władze do pracy za granicą, że okres zatrudnienia za granicą będzie równoważny w skutkach z zatrudnieniem w kraju (np. art. 6 ust. 2 pkt 1 lit. c i art. 8 ustawy emerytalnej). Pytający sąd powinien również rozważyć konsekwencje wynikające z konstytucyjnej zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa. Chodzi tu o ocenę m.in. takich okoliczności, jak kwestie wzajemnych rozliczeń między Polską a NRD, co do przekazywania składek z ubezpieczenia społecznego, które mogą wywoływać negatywne konsekwencje dla pracownika delegowanego do pracy za granicą. Jednakże żadnego z przepisów regulujących te kwestie, zwłaszcza skutków kolejnych nowelizacji prawa regulującego sytuację prawną pracowników zatrudnionych za granicą w zakresie prawa do emerytury, pytający sąd nie zakwestionował.

Zgadzam się z tezą postawioną w uzasadnieniu wyroku, że związanie poglądem sądu wyższej instancji nie odbiera sądowi niższej instancji prawa do wystąpienia z pytaniem prawnym. Niemniej jednak, na gruncie niniejszej sprawy pytający sąd – co należy raz jeszcze podkreślić – nie wykazał przekonująco, jakoby nie istniały inne prawne możliwości rozstrzygnięcia sprawy zgodnie z żądaniem wnioskodawczyni, niż poprzez zastosowanie kwestionowanego przepisu rozporządzenia.

5.2. Pytający sąd nie wykazał też, by w niniejszej sprawie było w ogóle możliwe zastosowanie kwestionowanego przepisu, nawet po ewentualnym wyroku Trybunału stwierdzającym jego niekonstytucyjność. Brak oceny prawnej tej okoliczności, stoi na przeszkodzie orzekania przez Trybunał w niniejszej sprawie. Wynika to z kilku powodów.

Po pierwsze, przepis ten został wprowadzony do systemu prawnego na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 5 października 1990 r. zmieniającego niektóre przepisy w sprawie ustalania podstawy wymiaru emerytur i rent (Dz. U. Nr 71, poz. 418). Upoważnienie do uregulowania zasad ustalania podstawy wymiaru świadczeń, gdy pracownik był zatrudniony za granicą, przewidziano w przepisach ustawy z dnia 14 grudnia 1982 r. o zaopatrzeniu emerytalnym pracowników i ich rodzin (Dz. U. Nr 40, poz. 267, ze zm.; dalej: ustawa o zabezpieczeniu emerytalnym). Bezpośrednio wyrażał je art. 22 ust. 1 pkt 4 tej ustawy, chociaż samo rozporządzenie w sprawie szczegółowych zasad ustalania podstawy wymiaru emerytur i rent wprost nie powołuje się na ten przepis, co już stanowi przynajmniej usterkę o charakterze legislacyjnym.

Upoważnienie ustawowe zawarte w art. 22 ust. 1 nie spełnia jednak w mojej ocenie – co najmniej od chwili wejścia w życie ustawy konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz. U. Nr 84,

poz. 426, ze zm.; dalej: Mała Konstytucja), a już na pewno od dnia wejścia w życie Konstytucji z 1997 r. – standardu wymaganego dla upoważnień ustawowych, a zwłaszcza kryterium jego szczegółowości. Wyraźnie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, jeszcze pod rządami Małej Konstytucji, wskazywano, że upoważnienie do wydania rozporządzenia musi być „szczegółowe”, czyli ma wyraźnie określać przedmiot oraz treść przekazaną do unormowania w akcie wykonawczym (zob. np. orzeczenie TK z 28 maja 1986 r., sygn. U 1/86, OTK w 1986 r., poz. 2; postanowienie z 20 stycznia 1988 r., sygn. Uw 6/87, OTK w 1988 r., poz. 10; orzeczenie z 17 czerwca 1997 r., sygn. U 5/96, OTK ZU 2/1997, poz. 21). Tym samym, upoważnienie ustawowe – na długo przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r. – by spełniało konstytucyjne wymogi, musiało wyraźnie określać materię przekazaną do unormowania oraz wyznaczać minimum kierunku unormowań. W żadnym zakresie art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy o zaopatrzeniu emerytalnym nie spełnia tego wymogu. W konsekwencji wydane przez Radę Ministrów rozporządzenie w zakresie normowania wynagrodzenia zastępczego, o którym mowa w § 10 pkt 2, opiera się na blankietowym upoważnieniu. Oznacza to, że również samo rozporządzenie wykonawcze wydane na jego podstawie, w tym zaskarżony § 10 pkt 2, nie spełniało wymogów przewidzianych w art. 54 ust. 1 Małej Konstytucji oraz art. 92 ust. 1 Konstytucji z 1997 r. Należy również mieć na uwadze wymóg z art. 67 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji, zgodnie z którym zakres i formy zabezpieczenia społecznego określać ma ustawa. Unormowanie zasad wysokości emerytury za pracę za granicą o tak szerokim zakresie, w rozporządzeniu nawet poprawnie wydanym, budzi uzasadnione wątpliwości co do jego zgodności z art. 67 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji. Tego rodzaju wątpliwości powinien jednak rozstrzygnąć sam sąd we własnym zakresie. Interwencja Trybunału Konstytucyjnego nie była tu konieczna.

Po drugie, zakwestionowany przepis rozporządzenia – w ocenie pytającego sądu – pozostaje w mocy pod rządami obowiązującej ustawy, na podstawie przejściowego art. 194 ustawy emerytalnej, zgodnie z którym do czasu wydania nowych przepisów wykonawczych na podstawie ustawy emerytalnej, pozostają w mocy dotychczasowe przepisy wykonawcze, jeśli nie są sprzeczne z przepisami tej ustawy. Pytający sąd nie zauważa jednak problemu włączenia przez ustawodawcę pracowników zatrudnionych za granicą, których okres ubezpieczenia za granicą uwzględnia się przy ustalaniu prawa do emerytury i renty oraz przy obliczaniu ich wysokości (art. 8 ustawy emerytalnej), w ogólny mechanizm ustalania podstawy wymiaru emerytur, co wynika z art. 18 ustawy emerytalnej. Ponadto sąd nie wyjaśnił zmiany stanu prawnego wynikającego z wejścia w życie art. 22 pkt 2 ustawy emerytalnej. Ustawodawca jednoznacznie odstąpił w nim od temporalnego zawężenia zakresu normowania sposobu ustalenia podstawy wymiaru emerytury dla osób zatrudnionych za granicą przed 1991 r. Okoliczności te mogą rzutować na ocenę zgodności § 10 pkt 2 rozporządzenia z ustawą emerytalną, a w konsekwencji – na możliwość zastosowania tego przepisu na podstawie art. 194 ustawy emerytalnej, w zawisłej przed sądem sprawie.

Chociaż podzielam negatywną ocenę Trybunału zawartą w uzasadnieniu wyroku co do niewydania przez Radę Ministrów nowego rozporządzenia na podstawie art. 22 ustawy emerytalnej, to budzi zastrzeżenia ogólne stwierdzenie, jakoby na podstawie art. 194 ustawy emerytalnej wszystkie dotychczasowe przepisy wykonawcze, w tym zaskarżony § 10 pkt 2 rozporządzenia, utrzymane zostały w mocy do czasu wydania nowych przepisów. Jak bowiem wskazałem, rozporządzenie – pod względem zakresu jego regulacji oraz podstawy kompetencyjnej jego wydania – budzi wątpliwości co do zgodności z Konstytucją, a ponadto ustawodawca nieco odmiennie unormował zasady określania wynagrodzenia zastępczego dla osób zatrudnionych za granicą w porównaniu do przewidzianych w zakwestionowanym § 10 pkt 2 rozporządzenia.

Po trzecie, nie dostrzeżono specyfiki konstrukcji zakwestionowanego przepisu rozporządzenia. Jak wspomniano wyżej (pkt 2 zdania odrębnego), mechanizm wynagrodzenia zastępczego opiera się nie na wynagrodzeniu pracownika zatrudnionego w kraju na takim samym stanowisku, jak wnioskodawczyni za granicą, a – najogólniej mówiąc – wynagrodzeniu na stanowisku zajmowanym przez tę osobę przed wyjazdem za granicę. Ma to niebagatelne znaczenie w kontekście niniejszej sprawy. Nawet po wyroku TK stwierdzającym zakresową niekonstytucyjność § 10 pkt 2 rozporządzenia, pytający sąd nie będzie miał możliwości zastosowania tego przepisu, gdyż wnioskodawczyni nie pracowała wcześniej w kraju. Po wyroku TK, jak i poprzednio, nie będzie istniał żaden relewantny punkt odniesienia do ustalenia podstawy wymiaru emerytury. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego nie wykreował, bo też nie mógł wykreować, brakującego elementu normy prawnej określającego, w jaki sposób oceniać sytuację osób niemających w kraju pierwszej pracy. Takiej kreatywnej wykładni nie może – moim zdaniem – dokonać również sam sąd rozpoznający sprawę, gdyż wykraczałoby to poza jego kompetencję.

6. Wątpliwości co do dopuszczalności wydania wyroku przez Trybunał powstają jeszcze w odniesieniu do skutków samego orzeczenia TK. Wydając wyrok zakresowy, Trybunał doprowadził do usunięcia z systemu prawnego jednego elementu, ograniczającego zastosowanie normy interpretowanej z § 10 pkt 2 rozporządzenia. Dokładniej mówiąc, faktycznie stwierdził brak unormowania sytuacji pewnej grupy pracowników. Nie zmodyfikował jednak równocześnie (gdyż pozostaje to poza zakresem kompetencji Trybunału, jako negatywnego ustawodawcy) konstrukcji przewidzianej w tym przepisie (zob. pkt 2 zdania odrębnego). Wyrok ten nie będzie mógł tym samym, w moim przekonaniu, stanowić podstawy rozstrzygnięcia sprawy wnioskodawczyni. W systemie prawnym brakuje bowiem w dalszym ciągu normy prawnej regulującej sposób określania podstawy wymiaru emerytury dla osób zatrudnionych za granicą, a niemających wcześniej miejsca pracy w Polsce.

Co więcej, wyrok ten nie będzie mógł zostać wykonany przez Radę Ministrów. Pierwotne upoważnienie do wydania tego rozporządzenia nie daje już kompetencji do wydania tego aktu normatywnego, a na dodatek rodzi zastrzeżenia co do jego zgodności z przepisami konstytucyjnymi. Rada Ministrów nie będzie mogła w konsekwencji wprowadzić do tego rozporządzenia przepisu regulującego sytuację takich osób, jak wnioskodawczyni. Wątpliwe jest również unormowanie tego zagadnienia w nowym rozporządzeniu, które ma być wydane na podstawie art. 22 ustawy emerytalnej.

7. Niezależnie od powyższego za nietrafne uważam stwierdzenie niezgodności zakwestionowanego przepisu rozporządzenia z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

Dokonywanie oceny regulacji w perspektywie zasady równości powinno być – do pewnego stopnia – przeprowadzane odmiennie w zależności od tego, czy dotyczy oceny dopuszczalności samego wyjątku od rozwiązań ogólnych, czy też równości w ramach wyróżnionej przez prawodawcę klasy podmiotów. W pierwszym wypadku, ocenie podlega dopuszczalność i zasadność różnicowania pewnej kategorii podmiotów wobec pozostałych adresatów normy prawnej. W drugim wypadku taki test nie wystarcza. Konieczną jest bowiem ocena, czy w ramach klasy wyróżnionej zasadne jest dalsze zróżnicowanie, które część owej klasy pozostawia w ramach rozwiązań ogólnych lub przyjmuje dla nich jeszcze inne rozwiązanie. Sprawa z pytania prawnego jest tego drugiego rodzaju. W konsekwencji, TK powinien był ocenić zarówno konstytucyjną konieczność wprowadzenia szczegółowych zasad wymiaru emerytury dla pracowników zatrudnionych za granicą w porównaniu do rozwiązań znajdujących zastosowanie do pracowników zatrudnionych w

kraju, jak i pozostawienie niektórych pracowników zatrudnionych za granicą w ramach rozwiązań ogólnych.

Zasadą jest przyznawanie świadczeń emerytalnych z krajowego systemu ubezpieczeń społecznych tylko tym podmiotom, które odprowadzały składki na ubezpieczenie społeczne w kraju, czyli przyczyniającym się do budowania krajowego systemu zaopatrzenia emerytalnego. Natomiast zatrudnieni za granicą i tam odprowadzający składki, nawet będąc obywatelami polskimi, mogą otrzymać emeryturę wypłacaną przez krajowy system ubezpieczeń społecznych tylko na zasadzie wyjątku, jeśli przemawiają za tym względy solidaryzmu społecznego lub jeżeli wynika to – w dopuszczalnym zakresie – z wiążących Polskę ratyfikowanych umów międzynarodowych. Zróżnicowanie pozycji prawnej osób przyczyniających się do krajowego systemu zabezpieczenia społecznego w porównaniu do tych, którzy nie odprowadzali składek do tego systemu, jest tym samym konstytucyjnie dopuszczalne. Należy ponadto podkreślić, że powyższa zasada jest również ugruntowana w prawie UE (zob. m.in. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 9 listopada 2006 r. w sprawie C-205/05). W wypadku zatrudnienia obywatela jednego państwa członkowskiego w innym państwie członkowskim świadczenia powinny być przyznawane w ramach każdego z systemów, proporcjonalnie do odprowadzonych składek. Konstatacja powyższa nie przesądza jeszcze o konstytucyjności regulacji prawnej, którą zakwestionował pytający sąd.

W mojej ocenie, wyrok stwierdzający niekonstytucyjność zróżnicowania sytuacji prawnej pracowników zatrudnionych za granicą i niepracujących wcześniej w kraju, w porównaniu do pracowników zatrudnionych za granicą oraz mających wcześniej w Polsce pracę, nie tylko nie likwiduje stanu niekonstytucyjności, ale go wręcz potęguje. Paradoksalnie Trybunał – chcąc doprowadzić do urzeczywistnienia zasady równości w zakresie wymiaru emerytury w ramach klasy pracowników zatrudnionych za granicą – doprowadził do odwrotnego skutku. Postawił bowiem pracowników, takich jak wnioskodawczyni, w korzystniejszej sytuacji, niż osoby zatrudnione za granicą, które wcześniej pracowały w kraju, i w znacznie korzystniejszej sytuacji, niż pracowników zatrudnionych wyłącznie w Polsce.

Jeżeli intencją TK było usankcjonowanie wykładni § 10 pkt 2 zaskarżonego rozporządzenia stosowanej przez organy rentowe i niektóre sądy, a polegającej na przyjmowaniu jako wynagrodzenia zastępczego – będącego swoistą protezą prawną – wynagrodzenia pracownika zatrudnionego w kraju na takim samym lub podobnym stanowisku, jak ubiegający się o świadczenie był zatrudniony za granicą, to wówczas sytuacja prawna osób, którzy podjęli swą pierwszą pracę za granicą, jest – co do zasady – lepsza niż pracowników objętych wprost dyspozycją tego przepisu. Generalnie można z dużą dozą prawdopodobieństwa założyć, że większość osób było zatrudnionych za granicą na wyższych płacowo stanowiskach niż do tej pory w Polsce. Niekiedy również był to rzeczywisty awans, nie tylko płacowy, ale i zawodowy. Jednakże w odniesieniu do pracowników wcześniej zatrudnionych w kraju, zgodnie z literalną wykładnią § 10 pkt 2 rozporządzenia – relewantnym punktem odniesienia będzie zawsze wynagrodzenie, jakie otrzymywali na ostatnim, zajmowanym w kraju stanowisku. Wyrok TK w niniejszej sprawie, sankcjonuje niedopuszczalną – moim zdaniem – wykładnię przyjętą przez organy rentowe w tej sprawie. Organy te, a za nimi również sądy będą przyjmować dla osób niemających przed zatrudnieniem za granicą pracy w kraju, wynagrodzenie pracownika w Polsce odpowiadające stanowisku zajmowanemu przez tego pracownika za granicą. Może się zatem okazać, że podmioty pracujące za granicą w jednym zakładzie pracy, na takim samym stanowisku, z których jeden był wcześniej zatrudniony w Polsce, a drugi nie – w razie niemożliwości zastosowania do ustalenia wysokości emerytury na podstawie rzeczywistego wynagrodzenia – będą po wyroku TK traktowane odmiennie. W

konsekwencji, wyższą emeryturę otrzyma osoba niemająca w kraju wcześniejszego zatrudnienia. Innymi słowy, nastąpi wtórne i głębsze zróżnicowanie w ramach jednej klasy podmiotów podobnych (czyli pracujących za granicą), któremu zróżnicowaniu Trybunał chciał zapobiec w tym wyroku.

Po drugie, zakwestionowany przepis – jak wspomniano – ma charakter wyjątku od zasady przyznania emerytury z krajowego systemu zabezpieczenia społecznego jedynie tym, którzy przyczyniali się do budowy tego systemu i wyjątku od ciążącego na osobie wnioskującej o przyznanie emerytury obowiązku udowodnienia zarówno stażu pracy, jak i wynagrodzenia, które stanowią podstawę wymiaru emerytury. Dotyczy to zarówno zatrudnionych wyłącznie w kraju, jak i częściowo za granicą. Ustawodawca – w odniesieniu do osób zatrudnionych wyłącznie w kraju – nie przewidział rozwiązania polegającego na zastępczym szacowaniu wynagrodzenia. Jeżeli nie da się wykazać wysokości wynagrodzenia stanowiącego podstawę wymiaru świadczenia, wówczas za podstawę wymiaru emerytury przyjęte zostanie wynagrodzenie minimalne. Jest to tym bardziej prawdopodobne, gdy uwzględni się orzecznictwo Sądu Najwyższego, zgodnie z którym dokumenty wystawiane przez pracodawcę nie mają mocy dokumentu urzędowego, a co za tym idzie utrudnione jest dowodzenie m.in. wysokości zarobków (zob. np. wyroki SN z: 12 grudnia 2011 r., sygn. akt I UK 120/11, Lex nr 1109261; 13 września 2011 r., sygn. akt I UK 107/11, Lex nr 1084700; 16 czerwca 2009 r., sygn. akt I UK 24/09, Lex nr 518067). Natomiast w wypadku pracowników zatrudnionych za granicą, którzy udowodnili staż pracy, lecz nie są w stanie udowodnić wysokości zarobków, przyjmie się – zamiast wynagrodzenia minimalnego – wynagrodzenie zastępcze, generalnie wyższe niż minimalne. W konsekwencji, osoby bezpośrednio nieprzyczyniające się do budowania krajowego systemu zabezpieczenia społecznego będą lepiej traktowane w zakresie prawa do emerytury, niż osoby płacące składki na to ubezpieczenie w Polsce. Moim zdaniem, taki stan rzeczy narusza nie tylko zasadę równości, ale również ściśle skorelowaną z nią zasadę sprawiedliwości społecznej wynikającą z art. 2 Konstytucji.

W uzasadnieniu wyroku Trybunał stwierdził konieczność umorzenia postępowania w zakresie badania zgodności § 10 pkt 2 rozporządzenia z konstytucyjnym zakazem dyskryminacji wyrażonym w art. 32 ust. 2. Pogląd ten w pełni podzielam, gdyż w tym wypadku zróżnicowanie sytuacji prawnej nie opiera się na kryteriach osobowych ani nie ma charakteru poniżającego. Nie jest natomiast jasne, dlaczego Trybunał jednocześnie stwierdził, że zakwestionowany przepis „powoduje dyskryminację określonej grupy pracowników przy ustalaniu podstawy wymiaru emerytury lub renty”. Skoro tak miałyby być, to wówczas art. 32 ust. 2 Konstytucji musiałby być adekwatnym wzorcem kontroli.

Z tych wszystkich względów, uznałem za konieczne złożenie zdania odrębnego.