

Analiza Art. 8a Ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r.

„Art. 8a. 1. Minister właściwy do spraw wewnętrznych, w drodze decyzji, w szczególnie uzasadnionych przypadkach, może wyłączyć stosowanie art. 15c, art. 22a i art. 24a w stosunku do osób pełniących służbę, o której mowa w art. 13b, ze

względu na:

1) krótkotrwałą służbę przed dniem 31 lipca 1990 r. oraz

2) rzetelne wykonywanie zadań i obowiązków po dniu 12 września 1989 r., w szczególności z narażeniem zdrowia i życia.

2. Do osób, o których mowa w ust. 1, stosuje się odpowiednio przepisy art. 15, art. 22 i art. 24.”

Prima facie można powiedzieć, że jest to przepis bardzo dobry, ponieważ w jakiś sposób łagodzi drakońskość rozwiązań omawianego aktu prawnego. Jednak głębsza analiza każe zadać nam kilka fundamentalnych pytań:

1. Czy Minister SWiA będzie działał na wniosek, czy też z urzędu?
2. Na podstawie jakich dokumentów Minister będzie wydawał decyzję?
3. Jak wyglądała będzie kwestia dowodowa?
4. Jaka będzie relacja między ZER-em MSWiA (Zakład Emerytalno-Rentowy Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji) a Ministrem Spraw Wewnętrznych i Administracji?
5. Co oznacza „rzetelne wykonywanie zadań i obowiązków”?
6. Co oznacza „krótkotrwała służba”?
7. Co oznacza „służba z narażeniem zdrowia/życia”?
8. Jakie będą relacje pomiędzy MSWiA a MON, a ABW?

Warto zaznaczyć, że w proponowanym projekcie ustawy nie znalazły się żadne przepisy szczególne, które rozstrzygałyby te zagadnienia, dlatego zmuszeni jesteśmy opierać się na przepisach KPA i ustawy o emeryturach i rentach z FUS.

Po kolei...

1. Na wniosek, czy z urzędu?

Zgodnie z art. 61 par. 1 KPA, Minister SWiA będzie wszczywał postępowanie na żądanie strony lub z urzędu.

2. Dokumenty na podstawie których, wydawana będzie decyzja administracyjna.

Załóżmy że postępowanie zostaje wszczęte na wniosek strony. Pojawia się więc pytanie, na podstawie jakich dowodów Minister wyda decyzję? Aby ocenić rzetelną służbę funkcjonariusza (rzetelność przesłanką *sine qua non* wydania pozytywnej decyzji) ABW, AW i innych służb **niepodlegających** bezpośrednio Ministrowi Spraw Wewnętrznych i Administracji (MSWiA podlega: Policja, Straż Graniczna i Państwowa Straż Pożarna, BOR), Minister będzie musiał zapoznać się z dokumentacją personalną dotyczącą tego funkcjonariusza bezpośrednio lub pośrednio za pomocą swojego przedstawiciela. Powstaje tu problem natury prawnej, związanej z faktem, iż teczki personalne funkcjonariuszy służb pracujących po 1990 roku są chronione w trybie przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnej. Dostęp do tych teczek ma jedynie szef danej służby oraz oczywiście sądy. Dla egzemplifikacji - funkcjonariusz pracujący w SB, a następnie w UOP/ABW/Policji lub innej służbie mundurowej po 1990 roku ma dwie dokumentacje personalne. Pierwsza za okres służby na rzecz „totalitarnego” (nowa terminologia ustawowa) państwa, która znajduje się w IPN i jest ogólnie dostępna oraz druga część dokumentacji, za okres służby po 1990 roku, która z kolei jest objęta ochroną na mocy przepisów o ochronie informacji niejawnych¹. **Minister chcąc wydać decyzję, będzie musiał zapoznać się z dokumentacją, która jest objęta ochroną i do której dostępu nie**

¹ **Art. 7. 1.** Chronione bez względu na upływ czasu, z zastrzeżeniem ust. 2, są:

- 1) dane mogące doprowadzić do identyfikacji funkcjonariuszy, żołnierzy lub pracowników służb i instytucji, uprawnionych do wykonywania na podstawie ustawy czynności operacyjno-rozpoznawczych jako funkcjonariuszy, żołnierzy lub pracowników wykonujących te czynności;
- 2) dane mogące doprowadzić do identyfikacji osób, które udzieliły pomocy w zakresie czynności operacyjno-rozpoznawczych służbom i instytucjom uprawnionym do ich wykonywania na podstawie ustawy;
- 3) informacje niejawne uzyskane od organów innych państw lub organizacji międzynarodowych, jeżeli taki był warunek ich udostępnienia.

2. Ochronie nie podlegają dane, o których mowa w ust. 1 pkt 1 i 2, zawarte w dokumentach, zbiorach danych, rejestrach i kartotekach, a także w aktach funkcjonariuszy i żołnierzy organów bezpieczeństwa państwa, podlegających obowiązkowi przekazania do Instytutu Pamięi Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu na podstawie przepisów:

- 1) ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucji Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (Dz. U. z 2007 r. Nr 63, poz. 424, z późn. zm.⁶⁾),
- 2) ustawy z dnia 18 października 2006 r. o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944-1990 oraz treści tych dokumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 63, poz. 425, z późn. zm.⁷⁾)

- chyba że dostęp do określonych dokumentów został zastrzeżony w trybie art. 39 ustawy wymienionej w pkt 1.

ma, ponieważ ustawa mu takiego uprawnienia nie nadaje. Wobec powyższego będzie musiał w swoisty sposób scedować obowiązek wydania decyzji na Szefa odpowiedniej służby. To Szef służby będzie musiał zapoznać się z dokumentacją i przedstawić Ministrowi ... no właśnie co? Opinię ? Jeśli tak to właśnie na podstawie tej opinii Minister będzie wydawał swoje decyzje. Problem polega tylko na tym, że taka procedura jest faktycznym scedowaniem uprawnienia i obowiązku ustawowego spoczywającym na określonym organie na inny organ administracji, co przy braku odpowiedniej regulacji jest niezwykle wątpliwe i prowadzi do takiego skutku, że to Szef służby tak naprawdę będzie wykonywał obowiązki wynikające z art. 8a ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. Można z dużym prawdopodobieństwem przyjąć, iż takie cedowanie uprawnień jest niezgodne z obowiązującym porządkiem prawnym. A zatem decyzja wydana w takim trybie będzie dotknięta wadą prawną, nie może wejść do obrotu prawnego i nie będzie wywoływała żadnych skutków prawnych².

3. Kwestia dowodowa

Na początku przywołajmy zupełnie fundamentalną regulację z kodeksu postępowania administracyjnego

.Art. 75. § 1 kpa stwierdza, że jako dowód należy dopuścić wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, a nie jest sprzeczne z prawem. **W szczególności dowodem mogą być dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz oględziny** (mówimy tutaj o postępowaniu administracyjnym przed organem administracji publicznej, a nie przed sądem administracyjnym).

Wchodzimy w okres po 1990 roku. Funkcjonariusze, wobec których nie zastosowano by art. 8a będą mogli domagać się w trybie odwoławczym³ uznania jako dowód w sprawie zeznań swoich przełożonych, tajnych współpracowników, dokumentacji z operacji specjalnych, a w skrajnych przypadkach nawet dokumentacji z działań poza granicami RP. Można wyobrazić sobie sytuację, że funkcjonariusz pracujący w SB, a następnie w UOP/AW będzie domagał się uznania Go za uprawnionego do skorzystania z „dobrodziejstwa” art. 8a na podstawie dokumentów świadczących o tym, że pozyskał do tajnej współpracy na rzecz RP jakiegoś wysokiego urzędnika np. Federacji Rosyjskiej. Tego typu dokumenty, które mogłyby świadczyć o wykonywaniu rzetelnie obowiązków przez funkcjonariusza, mogą stawiać w kłopotliwej sytuacji Polskę, nasze zobowiązania sojusznicze lub też relacje z innymi państwami.

² Pojawia się jednak pogląd części środowiska prawniczego, że Minister SWiA ma takie uprawnienia i wynikają one właśnie z art. 8a ustawy z 16 grudnia 2016 r. a także z ogólnej delegacji Ustawy z dnia 21 czerwca 1996 r. o urzędzie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji. Wątpliwości może też budzić przywołana ustawa o ochronie informacji niejawnych, ponieważ należy się spodziewać, że Minister SWiA uzyskał z racji sprawowanego urzędu taki dostęp.

³ Mówimy tutaj o postępowaniu administracyjnym przed organem administracji publicznej, a nie przed sądem administracyjnym. Należy pamiętać, że organem odwoławczym, w tym przypadku jest również Minister SWiA.

Kłania się w tym miejscu (w postępowaniu dowodowym Kpa) ponownie ustawa o ochronie informacji niejawnych z cyt. Art. 7. Ponadto w tym miejscu należy zwrócić uwagę na sama procedurę w trybie Kpa, która dla organu prowadzącego jest mocno „uciążliwa”;

- **Art. 9.** Organy administracji publicznej są **obowiązane do należytego i wyczerpującego informowania stron o okolicznościach faktycznych i prawnych**, które mogą mieć wpływ na ustalenie ich praw i obowiązków będących przedmiotem postępowania administracyjnego. Organy czuwają nad tym, aby strony i inne osoby uczestniczące w postępowaniu nie poniosły szkody z powodu niezajomości prawa, i w tym celu **udzielają im niezbędnych wyjaśnień i wskazówek**.
- **Art. 10. § 1.** Organy administracji publicznej obowiązane są zapewnić stronom **czynny udział w każdym stadium postępowania**, a przed wydaniem decyzji **umożliwić im wypowiedzenie się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań**.
- **Art. 11.** Organy administracji publicznej powinny wyjaśniać stronom zasadność przesłanek, którymi kierują się przy załatwieniu sprawy, aby w ten sposób w miarę możliwości doprowadzić do wykonania przez strony decyzji bez potrzeby stosowania środków przymusu.

Strona postępowania powinna zostać poinformowana o jego wszczęciu i możliwości składania wniosków dowodowych art. 61Kpa i następne oraz 75 Kpa i następne. Konkludując należy stwierdzić, iż takie postępowanie może być długotrwałe, oczywiście przed Sądem administracyjnym, bo należy przyjąć iż Minister SWiA zrobi to szybko i sprawnie nie stosując przywołanych przepisów, do czego jest zobowiązany. Pojawia się kolejne pytanie czy to jest dla nas korzystne ? Odpowiedź w pkt. 4.

4. ZER a MSW

W przepisach ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. rysuje się wątpliwość, co do relacji między decyzją wydawaną przez Dyrektora ZER-u na podstawie art. 13a ust. 1 (właściwy organ emerytalny), a decyzją Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji, wydawanej na podstawie art. 8a. Projektodawca nie zdecydował się na wprowadzenie jakichkolwiek przepisów, które rozstrzygałyby zależność między tymi regulacjami. Do momentu pojawienia się poprawki wprowadzającej art. 8a, sprawa była jednoznaczna. IPN – Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu na wniosek Dyrektora ZER-u sporządzała informację o przebiegu służby funkcjonariuszy wskazanych w art. 13b (funkcjonariuszy, którzy pracowali w SB i innych służbach, a później na rzecz wolnej Polski) i na podstawie tej informacji Dyrektor ZER-u wydawał określoną decyzję ustalającą wysokość emerytury. Jako że

pojawił się art. 8a nie wiadomo, która decyzja ma być wydana jako pierwsza. Czy w przypadku wydania jako pierwszej, decyzji przez Dyrektora ZER-u, ewentualnie następcza pozytywna decyzja wydana na podstawie art. 8a przez MSW rozpoczyna nowe postępowanie w ZER, czy też jest nową decyzją emerytalną?

Mało istotnym wydaje się, co zostało opisane wyżej, czy pierwsza będzie wszczęta procedura przez Dyrektora ZER-u czy też przez Ministra SWiA. Dlatego, że w każdym z tych przypadków prowadzenie jednocześnie dwóch postępowań: wg Kpc – sąd okręgowy wydział ubezpieczeń społecznych, oraz wg. Kpa – wojewódzki sąd administracyjny, będzie skutkowało zawieszeniem jednego z nich. Należy się spodziewać, iż postępowanie w trybie kpa na podstawie art. 8a jako dalej idące w skutkach będzie prowadzone, a procedura w trybie Kpc przed sądami ubezpieczeń społecznych zostanie zawieszona, oczywiście na wniosek pełnomocnika ZER-u. I wtedy przy przeciąganiu sprawy administracyjnej co jest szalenie proste chociażby przez składanie kolejnych wniosków dowodowych i wyznaczanie nowych terminów sprawa z odwołania od decyzji Dyrektora ZER-u będzie zawieszona *ad calendas graecas*. Taki scenariusz jest wielce prawdopodobny. Myślę, że decyzja o prowadzeniu dwu spraw jednocześnie wymaga dogłębnego przeanalizowania i zastanowienia się czy jest to korzystne dla konkretnej osoby jeżeli nie ma szans na pozytywny wynik w trybie 8a.

5. Kryterium „rzetelnego wykonywania zadań i obowiązków”

Projektodawca posłużył się zwrotem niedookreślonym. Oznacza to, że interpretacja znaczenia tego zapisu będzie podlegała pewnej uznaniowości, a może i nawet i dowolności... Generalnie istnieje jednak domniemanie rzetelności wykonywania obowiązków służbowych, co jest potwierdzone w okresowych opiniach służbowych. W praktyce, jeśli funkcjonariusz nie był karany dyscyplinarnie, to uznaje się, że wykonywał rzetelnie swoje zadania i obowiązki. Można jednak założyć, że jeśli ustawa w takim brzmieniu wejdzie w życie, to dokładna interpretacja tego kryterium zostanie wykształcona przez praktykę (głównie orzeczenia sądów w postępowaniu sądowo administracyjnym).

6. Kryterium „krótkotrwałej służby”

Jest to kryterium zupełnie niedefiniowalne, o niezwykle wysokim stopniu uznaniowości. Trudno powiedzieć w stosunku do czego miałyby odnosić się „krótkotrwałość”. Można się spodziewać, że wielu funkcjonariuszy będzie twierdziło, że ma krótki okres służby, ponieważ zawsze znajdą się inni funkcjonariusze o znacznie dłuższym stażu. Na tym tle pojawi się prawdopodobnie więcej problemów, niż na gruncie kryterium „rzetelnego wykonywania zadań i obowiązków”.

7. Kryterium służby „z narażaniem zdrowia i życia”

Na wstępie warto zauważyć, że zgodnie z regulacjami ustawowymi służb mundurowych rota przysięgi zobowiązuje wszystkich funkcjonariuszy do służby nawet z narażeniem życia. Przyjrzyjmy się treści ślubowania (na przykładzie ustawy o ABW i AW). Przed podjęciem służby funkcjonariusz ABW albo AW składa ślubowanie według następującej roty:

*"Ja, obywatel Rzeczypospolitej Polskiej, świadom podejmowanych obowiązków funkcjonariusza Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (Agencji Wywiadu), ślubuję: służyć wiernie Narodowi, chronić ustanowiony Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej porządek prawny, strzec bezpieczeństwa Państwa i jego obywateli, **nawet z narażeniem życia**. Wykonując powierzone mi zadania, ślubuję pilnie przestrzegać prawa, dochować wierności konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej Polskiej, przestrzegać dyscypliny służbowej oraz wykonywać rozkazy i polecenia przełożonych. Ślubuję strzec tajemnicy prawnie chronionej, honoru, godności i dobrego imienia służby oraz przestrzegać zasad etyki zawodowej."*

Notabene trzeba zauważyć, że właśnie między innymi stąd wynikają szczególne uprawnienia emerytalne służb mundurowych. Wracaj jednak do kryterium „narażenia zdrowia i życia”. Zakres wykonywania obowiązków przez funkcjonariuszy jest różny i nie zależy od nich, tylko od decyzji Szefa (komendanta), który wyznacza im zakres obowiązków. Co więcej, obowiązkiem przełożonego jest takie prowadzenie spraw, aby zapewnić skuteczność realizacji zadań i minimalizować ryzyko. Jest to szczególnie widoczne w działaniach Policji i Państwowej Straży Pożarnej.

Należy stwierdzić, że prawdopodobnie linia orzecznicza pójdzie w tym kierunku, że każdy funkcjonariusz, który składał ślubowanie, pełnił służbę z narażeniem zdrowia/życia, chyba że będzie można udokumentować odmowę wykonania jakiegoś zgodnego z prawem polecenia, która to odmowa argumentowana była obawą utraty zdrowia lub życia.

Pamiętajmy również o rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 4 maja 2005 r. w sprawie szczegółowych **warunków** podwyższenia emerytu funkcjonariuszy Policji (...).⁴

⁴ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 4 maja w sprawie szczegółowych warunków podwyższania emerytur funkcjonariuszy Policji Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Straży Granicznej, Biura Ochrony Rządu, Państwowej Straży Pożarnej i Służby Więziennej (Dz. U. z 2005 r., Nr 86 poz. 734)

8. Spór kompetencyjny między Ministrem Spraw Wewnętrznych a Ministrem Obrony Narodowej.

Zakres podmiotowy omawianego projektu ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. zawiera także funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu i Wywiadu Wojskowego. Dla egzemplifikacji problemu posłużmy się przykładem funkcjonariusza SKW, który w przeszłości służył w SB lub WSW i w stosunku do którego miałyby być wydana przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji decyzja na podstawie art. 8a. Tutaj także pojawiają się problemy dowodowe związane z dostępem do odpowiednich dokumentów. Pamiętajmy, że funkcjonariusze SKW i SWW podlegają Ministrowi Obrony Narodowej, a nie Ministrowi Spraw Wewnętrznych i Administracji. Zgodnie z art. 8a, Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji miałby wydawać decyzję w sprawie uprawnień emerytalnych funkcjonariuszy, którzy mu nie podlegają.

Podsumowanie

Należy podkreślić, że projekt ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. jest sprzeczny z Konstytucją. Przede wszystkim oczywiste jest naruszenie praw słuszenie nabytych, zasady pewności prawa, czy też zaufania obywatela do państwa. Przypomnijmy, że TK w wyroku K 6/09 (w którym Trybunał uznał, że obniżenie emerytur z okres służby w SB jest zgodne z Konstytucją) podkreślił, że:

„Każdy funkcjonariusz organów bezpieczeństwa Polski Ludowej, który został zatrudniony w nowo tworzonych służbach policji bezpieczeństwa, ma w pełni gwarantowane, równe prawa z powołanymi do tych służb po raz pierwszy od połowy 1990 r., w tym równe prawa do korzystania z uprzywilejowanych zasad zaopatrzenia emerytalnego” i „Służba w organach suwerennej Polski po roku 1990 także traktowana jest jednakowo, bez względu na to, czy dany funkcjonariusz uprzednio pełnił służbę w organach bezpieczeństwa Polski Ludowej, czy też nie”.

Nie ma wątpliwości, że projekt nowej ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. stoi w sprzeczności z tym orzeczeniem.

Art. 2 Konstytucji stanowi, że: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”. Aby móc urzeczywistniać zasady sprawiedliwości społecznej najpierw RP musi być państwem prawnym. Pisze o tym prof. Adam Jamróz w zdaniu odrębnym do orzeczenia TK 6/09:

„Rzeczpospolita Polska winna więc być demokratycznym państwem prawnym, aby móc urzeczywistniać zasady sprawiedliwości społecznej.

Urzeczywistnianie sprawiedliwości społecznej jest konieczne, ale jest możliwe tylko w demokratycznym państwie prawnym.”

Nie można również wykluczyć, że art. 8a został wprowadzony w celu pozyskania w środowisku byłych funkcjonariuszy służb PRL osób niezwykle wdzięcznych MSWiA, za objęcie ich dobrodziejstwem art. 8a, w związku z ich innego rodzaju zasługami dla partii rządzącej. Nie ma na to obecnie dowodów, ale przepis ten może rodzić pokusę korupcji politycznej.

W omawianym przepisie nie określono żadnej procedury, a zatem będzie stosowany tryb Kpa, który jest szalenie sformalizowany i może ciągnąć się w nieskończoność. Przy tej ilości spraw (kilka – kilkanaście tysięcy), która może się pojawić przy tak nieprecyzyjnych, ogólnych i niedookreślonych zwrotach zawartych w dyspozycji przepisu, a wszyscy zainteresowani będą je interpretować na swoją korzyść, należy zastanowić się nad jego wykorzystaniem, a przynajmniej skonsultować to z prawnikami. To jak przywołany artykuł 8a zostanie oceniony przekonamy się dopiero w sądzie, a tzw. „zwiad bojem” bywa z reguły opłacony bardzo dużymi stratami, w tym przypadku przesunięciem terminów rozpraw przed sądami ubezpieczeń społecznych co odłoży w czasie możliwość skarżenia ewentualnie niekorzystnych wyroków do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu.

Wykorzystano anonimowy dokument z Internetu i uzupełniono uwagami podzespołu prawnego FSSM RP

Warszawa, 8 marca 2017 r.