

rzeźbienie państwa prawa 20 lat później

Ewa Łętowska

w rozmowie z Krzysztofem Sobczakiem



rzeźbienie państwa prawa

20 lat później

Ewa Łętowska

w rozmowie z Krzysztofem Sobczakiem



LEX

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2012

Wydawca:
Magdalena Stojek-Siwińska

Redaktor prowadzący:
Ewa Fonkowicz

Opracowanie redakcyjne:
Firma Teksty

Łamanie:
JustLuk Łukasz Drzewiecki, Justyna Szumięt, Krystyna Szych

Projekt okładki:
Judyta Papp

Zdjęcie na okładce:
Marcin Kluczek

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2012
Copyright for cover design © Judyta Papp / judytapapp.com

ISBN 978-83-264-3896-7

Wydane przez:
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Redakcja Książek
01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a
tel. 22 535 82 00, fax 22 535 81 35
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
Księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wstęp	7
1. Praworządność wymaga standardów	11
2. Religia i szkoły, czyli dlaczego nie można tego robić porządnie	20
3. Kościelna Komisja Majątkowa – między dziejową sprawiedliwością i standardami państwa prawa	48
4. Aborcja, czyli konflikt dwóch wartości: nie ma „albo-albo”	78
5. Tymczasowe aresztowania: wciąż zbyt łatwo szafuje się cudzą wolnością	105
6. Prawo do sądu: dobrego sądu!	141
7. Lustracja, czyli zarządzanie strachem	168
8. Warunki w więzieniach: brońmy wolności, nie więźniów	205
9. Nie manipulować w prawie do zgromadzeń	234
10. Unik Trybunału przed „zakazem pedałowania”	243

11. Dyskryminacja i równość praw	250
12. <i>Lex retro non agit</i> i zaufanie do państwa	286
13. Wolność słowa czy wolność zniesławiania	309
14. Niepotrzebne spory Sądu Najwyższego z Trybunałem Konstytucyjnym, czyli o wyższości dialogu nad monologami	335
15. Politycy psują prawo	350
16. ACTA, czyli o nieumiejętności dostrzeżenia przez decydentów, o co tu chodzi	364
Posłowie	375
Wykaz ważniejszych aktów prawnych	377
Wykaz ważniejszych skrótów	381

WSTĘP

W opublikowanej w 1992 roku książce *Baba na świeczniku*¹ profesor Ewa Łętowska, pisząc o początkach, czyli o pierwszym roku pracy na stanowisku Rzecznika Praw Obywatelskich (jeszcze w okresie PRL), wyznała, że jest zbulwersowana instrumentalnym podejściem do prawa i brakiem zrozumienia dla znaczenia standardów w tej dziedzinie u ówczesnych „dzierżących władzę”. Od tamtej pory minęło ponad dwadzieścia lat i w Polsce wiele się zmieniło. Ale czy pod tym względem jest lepiej? „Nie jest lepiej, powiedziałabym nawet, że jest gorzej. Czas, jaki minął od tamtej pory, weryfikuje wiele ocen. Ale w tym przypadku niestety nie można mówić o wyższych standardach” – stwierdza pani profesor.

Ewa Łętowska nie ma najlepszego mniemania o politykach. Chociaż jest niewierząca, chwali Boga za to, że sama nie dała się wciągnąć do polityki – a była niejeden taka propozycja. W ocenach tych, którzy podjęli się trudu rządzenia nami, jest surowa. Rozumie mechanizmy obowiązujące w demokracji, ma nawet sporo wyrozumiałości dla jej wciąż jeszcze niedojrzałej wersji,

¹ E. Łętowska, M. Janicki, S. Podemski, *Baba na świeczniku*, Warszawa 1992.

jaka panuje nad Wisłą. Ale tego, że politycy dla potrzeb bieżącej walki o władzę i medialnej popularności gotowi są zmieniać w ekspresowym tempie kodeksy, a nawet podważać podstawowe zasady konstytucyjne, darować im nie może. „Oni psują prawo i państwo” – stwierdza wielokrotnie w tej książce.

Trochę mniej, ale też surowo ocenia własną grupę zawodową, czyli prawników. Krytykuje ich za często zbyt dużą uległość wobec polityków i zbyt rzadko podejmowany opór przeciw złej legislacji i próbom nacisku na sądy. Ale też przypomina protest grupy wybitnych prawników, do którego doszło kilka lat temu po rozwiązaniu przez ówczesnego Ministra Sprawiedliwości Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, gdy ta skrytykowała proponowane przez tegoż ministra propozycje zmian w kodeksach karnych, i z uznaniem mówi o tych, którym „jednak się chce”.

Krytykuje też sędziów, do czego – jak podkreśla – ma prawo jako osoba wykonująca tę pracę przez kilka lat w Naczelnym Sądzie Administracyjnym i przez pełną dziewięcioletnią kadencję w Trybunale Konstytucyjnym. Ma im za złe zwłaszcza zbyt duże zamiłowanie do językowej wykładni prawa. „Sądy są przeświadczone, że dokonanie wykładni językowej, i to nawet nie w drodze rzeczywistej analizy tekstu, lecz na podstawie intuicyjnego «pierwszego znaczeniowego wrażenia», eliminuje samą dopuszczalność prowadzenia dla danego przypadku dalszej interpretacji przy użyciu innych jeszcze metod interpretacyjnych” – ubolewa profesor Łętowska.

Martwi panią profesor także pewna niechęć polskich sędziów do standardów prawnych tworzonych w europejskich trybunałach. Wielokrotnie podkreśla, że gdyby orzeczenia wypracowywane w Strasburgu i Luksemburgu były lepiej upowszechniane w naszych sądach, wówczas szybciej udawałoby się dochodzić do obowiązujących już w Europie Zachodniej poziomów poszanowania dla praw człowieka, przeciwdziałania różnym przejawom dyskryminacji, przestrzegania standardów obowiązujących w więziennictwie; nie nadużywano by też ciągle praw związanych z wolnością.

Pani profesor krytykuje również sędziów za ich niechęć do bezpośredniego nawiązywania w orzeczeniach do Konstytucji. „Częstsze korzystanie przez sędziów z Konstytucji jako kryterium mądrego interpretowania ustaw zwykłych mogłoby być jednym ze sposobów na ograniczanie negatywnych skutków manipulowania prawem przez polityków” – uważa pani profesor. Jej zdaniem swą pozytywną rolę w tej dziedzinie sędziowie mogliby odegrać poprzez częstsze kierowanie zapytań do Trybunału Konstytucyjnego. Ale sama też rozumie pewien opór zwykłych sędziów przed takimi wystąpieniami, ponieważ pamięta traktowanie ich „z góry” przez sędziów konstytucyjnych.

Okazją do przeprowadzenia serii opublikowanych w tej książce rozmów z Ewą Łętowską było zakończenie przez panią profesor kadencji w Trybunale Konstytucyjnym. Ale jeśli czytelnik, kojarzący panią profesor z ciętym językiem i jednoznacznymi ocenami, oczekuje jakiejś totalnej krytyki tej instytucji, to się zawiedzie. Profesor Łętowska, mimo wielokrotnych prób ze strony autora tych słów, nie daje się łatwo wciągać w bezpośrednie oceny kolegów czy też konkretnych wyroków. Co nie znaczy, że ocen takich tu nie ma. Nie dałoby się przecież bez emocji przejść obok takich problemów, z którymi musiał zmierzyć się Trybunał, jak aborcja, lustracja, religia w szkole czy działalność kościelnej Komisji Majątkowej. W rozstrzyganiu niektórych z tych spraw sama sędzia Łętowska uczestniczyła, inne tylko obserwowała. Ale w odniesieniu do wszystkich prawdziwych i wykreowanych problemów prawnych, z jakimi zmagaliśmy się w Polsce w ciągu ostatnich już ponad dwudziestu lat, ma wyrobioną opinię i nie potrafi mówić o nich obojętnie. Wobec większości z nich ma też poczucie większego lub mniejszego współsprawstwa. W niektórych przypadkach z poczuciem sukcesu, w innych z goryczą porażki.

Gdy jednak w rozmowach z profesor Łętowską pojawia się to ostatnie uczucie, wówczas przywołuje ona swoje częste spory z jednym z przyjaciół. On, optymista, oburza się: „Jak możesz

tak mówić, przecież to jest ważne i coś z tego zostaje”. Ona: „Może i ważne, ale z punktu widzenia «rzeźbienia» państwa prawa w Polsce nie potrafię tego ocenić, nie wiem nawet, czy po tej mojej działalności została jakaś rysa. Może jakaś została, bo jeśli ludzie dyskutują o tych sprawach, jeśli są wątpliwości, to znaczy, że może coś się przebiło. Ale raczej ciągle ociosujemy, niż rzeźbimy” – komentuje prof. Ewa Łętowska. Może jednak realistka?

Krzysztof Sobczak

1

PRAWORZĄDNOŚĆ WYMAGA STANDARDÓW

Ludzie ze środowiska socjologów i politologów z pewnym niedowierzaniem konstatują, że mimo iż polskie prawo zakazuje istnienia partii o niedemokratycznym charakterze, ich zdaniem takowe partie istnieją. Pytają: co na to prawo?

Problem tkwi w braku standardu, ale także w braku świadomości, jak prawo działa u tych, którzy ten standard znać powinni, a więc między innymi u wspomnianych socjologów i politologów. Dzieje się tak, ponieważ szukają tego standardu nie tam, gdzie go szukać trzeba.

Mówi pani o standardzie partii? Co to jest partia, jakim warunkom ma odpowiadać?

Nie. Standard to pojęcie, które odnosi się do wzorca zachowania, który to wzorec u swej podstawy tworzy prawo w sensie jego tekstu; ale standard to wzorec wynikający też z tego, jak prawo jest stosowane. Czyli nie ma mowy o standardzie, jeżeli nie zna się praktyki. Może być na przykład prawo, które ma bardzo piękne potencjalne możliwości, ale na skutek powtarzalnej, źle ukształtowanej praktyki, standard ochrony przyznawanej przez to prawo jest znacznie niższy niż to, co w tym prawie tkwi. Poza tym cecha „demokratyzmu” jest stopniowalna. Konstytucja zakazuje istnienia partii (i innych organizacji, na przykład stowarzyszeń) odwołujących się w programach i działalności do metod i praktyk totalitarnych, dopuszczających nienawiść rasową, narodowościową, stosowanie przemocy. Powstaje jednak pytanie, w jakim natężeniu muszą wystąpić te cechy, aby zakazać istnienia takich organizacji. Bo jeżeli będziemy tu nazbyt rygorystyczni, z kolei stłumimy wolność ekspresji poglądów.

Standard to nie tylko przepis

Mamy na przykład w Konstytucji art. 32 dotyczący równości. Przepis ten mówi o tym, że istnieje zakaz dyskryminacji z uwagi na jakiegokolwiek cechy. To otwarty katalog. W ust. 1 tegoż artykułu jest mowa o tym, że wszyscy powinni być przez prawo traktowani równo. Dlaczego na tle tego przepisu nie może ukształtować się przyzwoity standard? A dlatego, że Trybunał Konstytucyjny bardzo często rozumie zakaz dyskryminacji tylko jako zakaz odnoszący się do nierównego traktowania z uwagi na prawa i wolności uregulowane w samej Konstytucji, a nie w ustawach zwykłych. I jest na to stosowne orzecznictwo. Jeżeli więc potencjalnie Konstytucja w art. 32 tworzy otwarty katalog przyczyn, z powodu których ktoś

może czuć się dyskryminowany, a jednocześnie brzmienie Konstytucji nie wyklucza uznawania za nierówność naganną konstytucyjnie – jakiegokolwiek nierówności, zaś orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego jako nierówność przyjmuje tylko nierówność w odniesieniu do praw i wolności konstytucyjnych, to mamy standard ukształtowany poniżej poziomu wynikającego z prawa.

Albo inny przykład: są działy prawa, w których występują różnego rodzaju zwroty nieokreślone, takie jak „ważne interesy” czy „wysoce naganne zachowanie”. Wtedy wzorzec kształtuje się sytuacyjnie, w zależności od tego, co sądy, zwłaszcza te wyższych instancji, rozumieją przez owe niewłaściwe zachowania czy ważne interesy. Bo sądy swoimi wyrokami nasycają treścią to, co powiedziano w prawie w sposób ogólny. Orzecznictwo to trzeba jednak zbierać i analizować, aby wiedzieć, jaki jest aktualny standard, a nie cytować pierwsze z brzegu, może przypadkowe, może marginalne lub przestarzałe orzeczenie.

Nie można określić, jaki jest poziom ochrony prawnej w danym państwie, jeżeli nie zna się standardu. Co z tego, że zna się treść przepisu, jeżeli akurat w pewnej sferze wyznacznikiem poziomu ochrony – z jej potencjalnymi możliwościami – nie jest sama treść przepisu, lecz standard ukształtowany w praktyce. W takim przypadku oczywiście nasza wiedza jest ułomna. Socjologowie i politolodzy, ale także przede wszystkim politycy i media nie są świadomi, że prawo składa się nie tylko z tekstu. Jeżeli ich interesuje, w jaki sposób prawo oddziałuje na rzeczywistość, to muszą pamiętać, że są działy prawa, w których decydującą rolę odgrywa ów standard kształtowany przez organy orzekające.

Jak to się przekłada na problem partii demokratycznych i niedemokratycznych?

Tak właśnie, że specjaliści od polityki i spraw społecznych uważają, iż coś jest nie w porządku: z jednej strony są przepisy,

które pozwalają, by sąd nie rejestrował niedemokratycznych postanowień w statutach partii, a z drugiej – są mimo to w kraju partie z niedemokratycznymi (w ocenie tych politologów czy socjologów) statutami. Odpowiadam im więc: to idźcie do sądu rejestrowego i sprawdźcie, co sąd rozumie pod takimi sformułowaniami, jak „demokratyczny charakter partii”. I wtedy zastanówcie się, czy ten sąd rejestrowy jest liberalny czy rygorystyczny. Czy jest inspirowany demokracją otwartą, liberalną czy demokracją bardziej autorytarną. Widzieliśmy przy okazji dyskusji wokół słynnego „zakazu pedałowania”, że świadomość sądu ma tu duże znaczenie.

W tym przypadku była to chyba świadomość dość liberalna, przyjmująca dość szerokie spektrum dopuszczalnych symboli i skojarzeń.

Nie wiem, czy można to nazwać liberalnym podejściem, jeśli sąd dopuszcza symbol godzący w godność innych ludzi.

Podejrzewam, że sąd chciał jak najszerszej zakresić granice wypowiedzi. Może w tym przypadku za szeroko, ale gdyby sąd zakazał tego czy innego symbolu, mógłby się spotkać z zarzutem ograniczania swobód obywatelskich.

Owszem, sąd w takiej sytuacji ograniczałby wolność zrzeszania się w partiach politycznych. Pojawia się tu jednak problem oceny, czy ewentualne zakazy są inspirowane wartościami otwartego społeczeństwa demokratycznego. Wtedy umieszczanie bariery w zakresie wolności zrzeszania się zbyt wysoko nie jest dobre. Doszliśmy tu do tego, na czym polega ważenie i proporcjonalność. W takim przypadku jest to bardzo istotne. Jeśli chce się poznać rzeczywistość, trzeba zajrzeć do dokumentów sądu rejestrowego, który rejestruje partie. I przy pomocy swojej mądrości politologicznej, socjologicznej czy filozoficznej ocenić, czy te sądy mają właściwą świadomość z punktu widzenia oceniającego czy też nie. A nie mówcie mi, że trzeba zmienić prze-

pisy, bo to samo w sobie nic nie da. Te „inne” przepisy też będą stosowane identycznie jak obecnie istniejące.

Może przydałby się też ruch w przeciwną stronę: żeby sądy spytały o opinię socjologów i politologów? Na przykład o znaczenie różnych pojęć i zjawisk społecznych.

Bardzo możliwe, że tak. Dla mnie ważne jest, żebyśmy nie widzieli rzeczywistości tam, gdzie tak naprawdę jej nie ma. Żebyśmy umieli prawidłowo umiejscowić pole naszych zainteresowań. Nie przesądzam, czy sądy są liberalne czy rygorystyczne. Nie oceniam, czy są przenikliwe czy nie. Mówię, że one jednak coś robią. A ten fragment wiedzy, wiedzy o tym, „co” sądy robią, jest ciemną sferą zarówno dla mediów krytykujących, że coś jest nie tak z naszym ustrojem, jak i dla tych, którzy oceniają to z punktu widzenia swoich wartości. Twierdzę tylko, że trzeba mieć świadomość, iż w naszym najpiękniejszym ze światów system prawa składa się zarówno z przepisów, jak i z ukształtowanego standardu. Nieco lepiej pod tym względem jest na Zachodzie – trochę bardziej od nas wykształconym i doświadczonym. Oni tam niewątpliwie – zarówno gdy idzie o prawo europejskie, jak i prawa człowieka – stawiają pytania i rozliczają się ze standardu, a nie z przepisów. Mowa tu o tym, co tak ładnie nazywa się „standardy wspólnotowe” albo „standardy strasburskie”.

Czy standard to coś, co jest opisane albo powinno być opisane, czy też jest to raczej idea, cel?

Powinno to być opisane, przeanalizowane, skrytykowane i poddane dyskursowi. Wciąż obracamy się tylko w ograniczonym kawałku tej rzeczywistości – tym, który dotyczy tekstu przepisów. A część odnosząca się do standardów nie jest ani opisana, ani nie jest zanalizowana, ani nie została poddana porządnej dyskusji. A nawet, co jeszcze ważniejsze, nie próbuje się ustalać, jaka jest relacja pomiędzy regulacją prawną w sensie przepisów i tym, jak ten standard się kształtuje.

Jak rozumiem, nie jest to praca tylko dla prawników.

Oczywiście nie. To zadanie dla specjalistów z wielu dziedzin. W mojej ocenie jest to zapoznana kwestia przede wszystkim ze strony uczących prawa. Jest jasne, że nie można mówić o wszystkim naraz. Każdy musi powiedzieć to, co do niego należy. Ale nie może przedstawiać tego, co ma do powiedzenia, w taki sposób, jakby było to zamkniętym uniwersum. Niestety u nas tak to się traktuje. A to uniwersum jest znacznie szersze. Każdy może je podzielić według swojej wiedzy, trzeba jednak prezentować je jako bardziej złożoną rzeczywistość. Nie można pracować na jej fragmencie.

Ma pani na myśli bardziej interdyscyplinarną pracę?

Nie trzeba nawet iść aż tak daleko. Trzeba tylko pamiętać (sama to powtarzam przy każdej okazji), że prawo jest mechanizmem; mechanizmem, na który składają się teksty przepisów i wszystkie zasady ich tworzenia oraz wykładni, warunków funkcjonowania i tak dalej. To znaczy, że prawo, którego brzmienie jest nafaszerowane różnymi niedookreślonymi zwrotami, musi dopiero nabrać znaczenia, zostać nasycone tym, co sądy sytuacyjnie uznają za odpowiadające treści tych zwrotów. Nie chodzi jednak o to, że **istnieją konkretne rozstrzygnięcia** – takie lub inne, lecz że z **tych konkretnych rozstrzygnięć wyłania się pewna wizja, wzorzec**, który sąd, mówiąc o interesie ogółu albo pozytywnych wartościach wspólnych, wypracowuje na tle danej sprawy. I ktoś powinien analizować powstawanie takiego wzorca-standardu. O tym powinno się uczyć studentów prawa. Bo potem jest tak, że nas, czyli Polskę, Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu rozlicza nie z przepisów, lecz ze standardu ochrony praw człowieka. Podobnie patrzy na to – z punktu widzenia prawa europejskiego – Europejski Trybunał Sprawiedliwości w Luksemburgu. Pyta i sprawdza, jak realizujemy europejskie standardy. Oni pytają o wzorzec, a my im opowiadamy, jakie mamy przepisy. I dlatego ciągle w Strasburgu i Luksemburgu przegrywamy

jakieś sprawy. Nasz parlament natomiast produkuje jak maszyna kolejne ustawy bez cienia refleksji, czy takimi metodami w ogóle „da się” osiągnąć założony cel! Jeżeli w imię poprawienia gospodarności szpitali czy lecznic chce się komercjalizować służbę zdrowia, to nie wolno nie wiedzieć, że takie działania automatycznie niosą ze sobą groźbę upadłości skomercjalizowanych placówek (a wtedy nici z opieki zdrowotnej w ogóle) albo pokusę leczenia tylko najbardziej opłacalnych schorzeń przy użyciu najbardziej oszczędnych procedur, z uszczerbkiem dla ich skuteczności. Dla władzy komercjalizacja to nie gest Piłata, ale konieczność obudowania jej skutecznymi narzędziami nadzorczymi. Historia chaosu z reformą refundacji leków to demonstracja niewiedzy, że umowy między Narodowym Funduszem Zdrowia a szpitalami są typowymi umowami między stroną dominującą a stroną będącą „pod przymusem”. Taką sytuację znają ci, którzy zajmują się ochroną konsumenta – wymaga ona całego wachlarza prawnych zabezpieczeń przed dominacją w sferze nadzoru, legislacji i tak dalej. Na przykład jeżeli zawarto już umowę, a potem *ex post* wprowadza się inne zasady realizacji poszczególnych obowiązków świadczącego (szpitali, lekarzy), a w dodatku za niewłaściwe ich wykonanie przewiduje się kary umowne, to powstaje problem prawa intertemporalnego: czy ustawodawca może w czasie trwania umowy wprowadzać zmiany rzutujące na zobowiązania stron – i od kiedy, pod jakimi warunkami. To alfabet prawniczy, przerabialiśmy to przy okazji pierwszego orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego w 1986 roku! Mam cały czas wrażenie, że u nas po prostu się nie rozumie, że jeżeli w ustawie coś się napisze, to trzeba to jeszcze obudować instrumentami gwarancyjnymi, a nie kontentować się wypchnięciem sprawy poza zakres zainteresowania władzy („niech sami się dogadają”). Należy wprowadzić odpowiednie (a więc inne przy instrumentach umownych, a inne przy regulacji dokonywanej przy wykorzystaniu narzędzi władczych, administracyjnych) narzędzia ochronne i gwarancje. Nie może być tak, że nadzorujący organ w ogóle takich instru-

mentów nie ma i mówi, że nie może wiele zrobić. Bo jednak ochrona zdrowia to jest **zadanie konstytucyjne władzy publicznej**. Z tego nie można się zwolnić poprzez sam fakt prywatyzacji, bez względu na to, jaka ona jest – wtedy przecież odpowiada się za źle dobrane instrumenty prywatyzacji, za błędy legislacji. Trzeba dalej ustawę zaimplementować: zjednać sojuszników, rozproszyć obawy o wyolbrzymiane przeszkody, rozpoznać potencjalne zagrożenia. Trzeba ludzi, od których zależy funkcjonowanie ustawy, odpowiednio wcześniej do niej przekonywać, i to uczciwie, a nie mieć iluzjami ukazującymi wyłącznie pozytywne regulacji mające nastąpić – rzekomo – automatycznie, a przemilczać **nieuchronne przy każdej nowej regulacji efekty perwersyjne**. I jak to możliwe, że w sytuacji gdy takie gnioty legislacyjne ujawnia już negatywne skutki uboczne, w trybie pilnym, bez zmiany prawa, mocą czystej deklaracji politycznej ogłasza się, iż dany akt w jakimś tam zakresie „nie będzie egzekwowany”?! Toż to kompromitujące dla tych, którzy głoszą coś takiego publicznie! U nas po prostu politycy nie mają pojęcia, że prawo to nie tylko jakiś przepis (przepraszam, oni mówią „zapis”), ale mechanizm wykreowany przez przepis, który czasem jest tak skonstruowany, że „nie działa” – bo w jakiejś innej ustawie czegoś zabrakło lub źle ją obmyślono albo wdrożono.

Prawie tysiąc ustaw w poprzedniej kadencji...

No właśnie, ale czy wszystkie dobre? Oczywiście nie, jest w nich masa głupstw. Musiałam ostatnio przeczytać ustawę z grudnia 2010 roku dotyczącą równego traktowania. I złapałam się za głowę, ile tam niejasności, niekonsekwencji i wszystkiego, co można zepsuć w akcie prawnym. Co w jednym przepisie jest powiedziane, to w drugim jest wyłączone. A skąd się to wzięło? Ano stąd, że upływał wyznaczony przez Unię Europejską termin implementacji dyrektywy równościowej, więc przygotowywano ustawę na chybcika. W związku z tym dyrektywę po prostu przepisano. A ponieważ dyrektywa definiuje cel, a nie definiuje

środków (bo to powinno być zrobione w prawie krajowym, w ramach implementacji), więc mamy ustawę, w której nie ma ścieżki dojścia. Nie ma operacjonalizacji celów i narzędzi, dzięki którym ustawa ma działać. Nie wolno w ustawach przepisywać dyrektyw, bo inne cechy legislacyjne ma dyrektywa, a inne ustawa. To jest legislacyjna wieś potiomkinowska. I dalej nie lepiej. W innych krajach – a naczytałam się o tym do znudzenia – gdy występuje nierówne traktowanie, to sądy muszą je oceniać **z urzędu**, niezależnie od tego, co strony im przedstawiły. A u nas sąd powiada: ponieważ nie przytoczyłeś wszystkiego od razu w swoim wniosku, nie powołałeś się na dyskryminację – sprawy w tym zakresie nie badamy. Dziękuję, do widzenia, koniec drogi postępowania. Nawet Trybunałowi Konstytucyjnemu zdarza się powiadać w ten sposób. Ponieważ istnieje zasada skargowości: powołałeś jakiś przepis Konstytucji, ale niedostatecznie udowodniłeś związek swojej sprawy z tym artykułem – zatem umarzamy. Nie jest to przecież tak, jak być powinno. No i jak tu wypracować europejski standard?

2

RELIGIA I SZKOŁY, CZYLI DLACZEGO NIE MOŻNA TEGO ROBIĆ PORZĄDNIK

To też jest sprawa z długą historią. Jeszcze jako Rzecznik Praw Obywatelskich zdecydowała się pani zakwestionować przepis wprowadzający lekcje religii do szkół.

Rzeczywiście, instrukcja w tej sprawie została wydana 3 sierpnia 1990 roku i niedługo potem Rzecznik Praw Obywatelskich skierował skargę do Trybunału Konstytucyjnego.

Co miała pani za złe tej regulacji?

Zanim odpowiem, potrzebny jest pewien wstęp. Otóż koncepcja stosunku państwo-kościół i podejście do nauczania religii

w instytucjach edukacyjnych jest zasadniczo inna na gruncie Konstytucji z 1952 roku niż w obowiązującej obecnie Konstytucji z 1997 roku. Obecna zawiera w art. 53 ust. 4 założenie: „[...] religia kościoła lub związku wyznaniowego o uregulowanej sytuacji prawnej może być przedmiotem nauczania w szkole, przy czym nie może być naruszona wolność sumienia i religii innych osób”. To oznacza, że obecnie na poziomie konstytucyjnym dopuszcza się naukę religii w szkole – z zachowaniem pewnych warunków. Tego nie było w poprzedniej Konstytucji. A zatem wówczas, gdy wprowadzano naukę religii do szkół, a był to rok szkolny 1990–1991, nie było konstytucyjnej podstawy do wprowadzenia takiej zasady.

Rząd nie mógł wtedy podjąć takiej decyzji?

Nie mówię, że nie mógł, lecz że cała ta operacja powinna być przeprowadzona na poziomie ustawy zwykłej. Tymczasem nie tylko nie zrobiono tego przy pomocy ustawy, ale właśnie w formie instrukcji. Byłam wtedy zdania – i teraz też jestem takiego zdania i chyba już przy nim zostanę – że akt instrukcyjny nie jest równy ustawie. I dlatego kwestionowałam wtedy wprowadzenie tej nauki przez tego rodzaju akt. Gdyby była to ustawa, wówczas co innego – na pewno bym jej nie skarżyła.

Pośrodku istnieje jeszcze rozporządzenie. Można było to załatwić rozporządzeniem?

Nie, ponieważ minister nie miałby na czym oprzeć takiego rozporządzenia: ustawa nie przewidywała upoważnienia. A rozporządzenie musi je mieć. Tym bardziej że w Konstytucji z 1952 roku nie było odpowiednika obecnego art. 53 ust. 4. Teraz mamy w Konstytucji zasadę przyjaznej kooperacji między kościołami i państwem (art. 25 ust. 3 Konstytucji), natomiast Konstytucja z 1952 roku podkreślała zasadę rozdziału, separacji kościoła od państwa. Więc nie dość że było to

sprzeczne z obowiązującą wtedy Konstytucją, i nie dość że było sprzeczne z ówczesną ustawą, to jeszcze wprowadzone zostało aktem typu instrukcyjnego. Teraz sytuacja jest zupełnie inna. Nauczanie religii w szkołach ma podstawę ustawową, ustawa ma zakotwiczenie konstytucyjne i trudno twierdzić (zresztą nikt w tej chwili tego nie kwestionuje, ja także nie), że religii w szkołach być nie może albo że jest to nielegalne. Każdy, kto chciałby podjąć teraz ten problem, miałby duży kłopot, dlatego że z kolei art. 53 ust. 4 Konstytucji wyraźnie mówi, iż ludzie mają prawo do zapewnienia dzieciom nauczania religijnego zgodnie z ich przekonaniami. Konstytucja więc nie zabrania, ale i nie zmusza.

Tymczasem konkordat mówi, że państwo ma obowiązek zapewnić nauczanie religii w szkołach. Była swego czasu dyskusja, czy nie ma sprzeczności pomiędzy konkordatem i Konstytucją.

Tu akurat nie ma sprzeczności. Konkordat jest porozumieniem pomiędzy państwem i Stolicą Apostolską. To nie jest poziom konstytucyjny. Skoro nauczanie religii może być prowadzone w szkołach, to na mocy porozumienia konkordatowego państwo, które wprowadza nauczanie religii w szkołach, bierze na siebie pewne zobowiązania organizacyjne, że to nauczanie wprowadzi. Tu nie ma kolizji. Obecnie wszystko jest spójne, jeśli chodzi o źródła prawa, więc od czasu wejścia w życie Konstytucji z 1997 roku trudno byłoby argumentować, że lekcje religii w szkołach naruszają jakieś zasady prawne. Nie spotkałam się z takimi argumentami ani też z żądaniem, żeby zakazać czy usunąć religię ze szkół.

Ale po ostatnich wyborach, gdy do Sejmu weszło ugrupowanie o zabarwieniu antyklerykalnym, taka idea może się pojawić.

Pojawić się może, ale nie będzie miała szans na sukces. Przy obecnej Konstytucji nic nie wskórają.

Czasem używany jest taki argument, że według Konstytucji religia w szkołach może być nauczana, a zatem nie musi. Skoro więc państwo nie musi tego robić, to niech nie robi.

W takim razie trzeba byłoby zmienić obecnie obowiązujące ustawodawstwo, konkordat i tak dalej. Mało realne.

Konstytucja pozwala na religię w szkołach

Konstytucja mówi jasno: można nauczać religii w szkołach i nie wolno przeszkadzać w zapewnieniu rodzicom i dzieciom wychowania (także religijnego) zgodnego z przekonaniami. To są granice. A inne regulacje (konkordat, ustawy zwykłe) wskazują, jak to wszystko ma być zorganizowane, gdzie i kto za to płaci. Artykuł 53 ust. 4 Konstytucji („[...] religia kościoła lub związku wyznaniowego o uregulowanej sytuacji prawnej może być przedmiotem nauczania w szkole, przy czym nie może być naruszona wolność sumienia i religii innych osób”) jednoznacznie wyjaśnia sprawę.

Tyle że obecna Konstytucja obowiązuje od 1997 roku. A religia do szkół została wprowadzona w 1990 roku. Nielegalnie?

To mocne słowo. Powiem może inaczej: została wprowadzona aktem rangi instrukcji, nieprawidłowym z punktu widzenia standardów państwa prawa. Dlatego, będąc wówczas Rzecznikiem Praw Obywatelskich, wniosłam sprawę do Trybunału Konstytucyjnego.

I co Trybunał na to?

Trybunał Konstytucyjny nie uznał mojej argumentacji, wniosek upadł².

² Wyrok TK z dnia 30 stycznia 1991 r., K 11/90, OTK 1991, s. 27–71.

Jakich argumentów użyli sędziowie Trybunału?

Trochę trudno mi o tym mówić, ponieważ skoro sprawa upadła w Trybunale, można mi przypisać złe intencje. Ale spójrzmy na to z punktu widzenia poprawności wymaganej przez system źródeł prawa. Od czasu wejścia w życie Konstytucji z 1997 roku nie ma żadnych wątpliwości, że żaden akt poniżej rozporządzenia, czyli także instrukcja, będąca tak zwanym aktem kierownictwa wewnętrznego, nie mogą kształtować sytuacji obywateli. Ale faktem jest, że na gruncie Konstytucji z 1952 roku, która nie określała zamkniętego systemu źródeł prawa, na przykład uchwały Rady Ministrów, zarządzenia ministrów, wreszcie instrukcje były traktowane w orzecznictwie jak źródła praw i obowiązków, także dla obywateli. Niemniej zawsze tego rodzaju sytuacja była krytykowana w piśmiennictwie. Sama byłam zdania, że instrukcja nie może być źródłem prawa dla obywateli. Jeśli więc Trybunał Konstytucyjny uważał inaczej, napisał to w wyroku. Zrobił to na własną odpowiedzialność i dziś także można się zapoznać z tymi argumentami.

A zatem Trybunał usankcjonował prawo ustanowione instrukcją.

No tak, usankcjonował. Oczywiście zdarza się, że orzeczenia najwyższych instancji sądowych nie są aprobowane ze względu na argumentację przez środowisko prawnicze czy akademickie. Ale cóż można zrobić? Orzeczenie weszło w życie i działało – przy użyciu argumentu siły. Ja się z nim nie zgadzam. Nie zgadzam się nie dlatego, że przegrałam jako rzecznik, ale nie akceptuję go dlatego, że uważam, iż obowiązujący w Polsce system prawa nie pozwala na kształtowanie sytuacji jednostki aktem rzędu instrukcji, szczególnie w sferach tak ważnych jak prawa podmiotowe, w tym również prawo do swobody wyznania i światopoglądu.

Polityka nie może ignorować zasad prawa

Gdy czyta się różne wywiady czy wspomnienia, można odnieść wrażenie, że wszyscy moi antagoniści w sporze o sposób wprowadzenia religii do szkół, na przykład ówczesny premier Tadeusz Mazowiecki czy ówczesny minister edukacji narodowej profesor Henryk Samsonowicz, doskonale wiedzieli, iż to nie jest w porządku z punktu widzenia zasad prawa. Tylko że zasady prawa nie były tym, co wtedy było dla nich ważne. A może do tej pory nie są? Ja akceptuję to jako fakt dokonany, ale ubolewam nad tym, że nie znaleziono innego rozwiązania. Bardzo nie podoba mi się takie oddzielanie polityki od zasad prawa. To do niczego dobrego nie prowadzi. I myślę, że to był pierwszy krok na równi pochyłej.

Czy nie było wtedy tak, że zarówno decyzja Ministra Edukacji Narodowej, który wydał tę instrukcję, jak i wyrok Trybunału Konstytucyjnego, były skutkiem przeświadczenia, iż nikt nie ośmieli się tego podważyć? Pani jako jedyna ośmieliła się.

Traktuję prawo poważnie, nie jestem strachliwa. Wielokrotnie spotykałam się z takim poglądem: pani ma rację na gruncie prawa, lecz nie ma pani racji na gruncie polityki. Mnie satysfakcjonuje użycie w rozmowie takich argumentów, bo ja po prostu mam inną hierarchię wartości i krytyka z tego punktu widzenia nawet mi pochlebia.

Ale jak było możliwe w środku Europy, pod koniec XX wieku, takie oddzielanie polityki od prawa? Czy to są zjawiska istniejące w jakichś odrębnych rzeczywistościach? Przecież nie.

Też tego nie rozumiem. Rozdzielanie tych sfer jest nie tylko kapitulantstwem ideowym. Ludzie, którzy używają tego rodzaju argumentów, chyba albo sami są trochę nieprzygotowani, jeśli chodzi o prawo, albo korzystają z prawniczo niedouczonej doradcy. Ci doradcy nie potrafią im wskazać sposobu, przy

pomocy którego mogliby osiągnąć zakładany cel. Bo w tamtym przypadku wystarczyło przygotować ustawę.

Trochę dłużej by to trwało. Przypomnę, że instrukcja została wydana 3 sierpnia 1990 roku, a lekcje religii miały zacząć się już od 1 września. Ustawy nie udałooby się tak szybko uchwalić i wprowadzić w życie. Bo procedura dłuższa, dyskusja w Sejmie, *vacatio legis*, publikacja w Dzienniku Ustaw.

Ale czy to jest argument do przyjęcia? To prawda, że przy instrukcji nie ma takich wymogów formalnych, nie wymaga też ona promulgacji, nawet w Monitorze Polskim nie trzeba jej ogłaszać. Można ją zwyczajnie rozesłać, bo to jest *lex-telex*.

Może to wyjaśnia, dlaczego właśnie instrukcja. Ponieważ można było szybko załatwić sprawę.

Rzeczywiście zapewne różne czynniki grały rolę. W moim jednak przekonaniu raczej wyjaśnia tę sprawę kompletna pogarda polityków dla prawa – i to wszystkich: z lewa i z prawa – co zresztą widziało się wtedy i widzi teraz. Obserwuję to cały czas. Wynika to z tego, że oni na tym się nie znają, oni po prostu nie rozumieją, jaką wartość tworzy prawo. Dla nich jest to sterta zapisanego papieru. Raz się pisze jedno, raz co innego. Socjologowie są uwarażliwieni na fakt, że nie ma w Polsce zaufania do państwa i do prawa. Zwracają uwagę, że państwo bez zaufania i stabilności, bez przyzwoitego dialogu, jest ułomne i trudne w rządzeniu. Można o tym przeczytać w gruntownej pracy Piotra Sztompki o zaufaniu i jego konstruktywnej społecznie roli. Dlaczego socjologowie i filozofowie mogą rozumieć, że to jest ważne, i są w stanie głośno o tym mówić, a politycy nie chcą tego słuchać?

Rok po wydaniu tej słynnej instrukcji, która wprowadziła naukę religii do szkół, 7 września 1991 roku znowelizowana została ustawa o systemie oświaty, gdzie zapisano, że nauczanie i wychowanie prowadzi się, respektując chrześcijański system

wartości. Czy od tego momentu istniała już podstawa prawna do prowadzenia nauki religii w szkole?

A to już zupełnie zmienia sytuację. Czyli że można było uchwalić ustawę.

No tak, ale rok minął.

Trzeba więc było poczekać i zrobić to porządnie. Gdyby po wejściu w życie tej ustawy wydawane były przepisy wykonawcze, byłoby to w porządku. Ale nie było w porządku, ponieważ ważne fakty nastąpiły zanim powstała ustawa. Gdyby religię wprowadzono przy pomocy ustawy, na pewno nie kierowałabym wniosku do Trybunału Konstytucyjnego.

Później, po wejściu w życie tej ustawy, wydane zostało przez Ministra Edukacji Narodowej rozporządzenie z 14 kwietnia 1992 roku w sprawie warunków i sposobu organizowania nauki religii w szkołach publicznych. Rozumiem, że ten przepis wykonawczy ma już właściwe umocowanie.

Oczywiście jest już lepiej, ponieważ to już nie jest instrukcja, lecz rozporządzenie, które zostało wydane na podstawie ustawy. Dochodzimy tu do prawidłowego trybu stanowienia prawa, do właściwej hierarchii jego źródeł. Tamta instrukcja nie spełniała tych wymogów. Bo proszę zauważyć: jeśli w meczu piłki nożnej strzeli się bramkę ze spalonego, ta bramka nie jest uznawana. Jeżeli podczas rozgrywki w szachy wykona się ruch po czasie, nie wpływa on na przebieg gry. A w życiu społeczeństwa uznaje się takie sytuacje za dopuszczalne. Załatwia się różne sprawy metodą faktów dokonanych, na skróty, z pogwałceniem procedur, wymaganych przez prawo konsultacji. I potem mamy ogromne zdziwienie, że prawo nie działa, ludzie się buntują, parlament w trybie pilnym coś tam majstruje przy ledwie co uchwalonych ustawach. A przecież cała dyskusja, a nawet walka o państwo prawa w wieku XVIII i XIX była kształtowana na podstawie sporu o to, co jest napędem życia w społeczeństwie – siła czy prawo? Co jest pierwsze?

Byliśmy wtedy po zmianie ustroju, wszystkie przemiany miały być realizowane w imię poprawienia ustroju, zaprowadzenia porządku i demokratycznych zasad, wejścia ponownie do Europy z jej standardami. I jednocześnie odnosiliśmy się do prawa z takim nihilizmem! I nihilizm ten demonstrowały tak światłe osoby! Fakt, że większość z nich o prawie nie miała pojęcia.

Ale je stosowała, a nawet stanowiła.

Pamiętam dawne orzeczenie Sądu Najwyższego – teraz pewnie nie zostałyby takowe wydane. Mówiło ono, że osoba niemająca kwalifikacji do sprawowania jakiejś funkcji czy zajęcia, która jednak się go pojęła, musi liczyć się z odpowiedzialnością i ponieść tego konsekwencje.

Ale do polityków takiego orzeczenia chyba odnosić nie można, gdyż zbyt wielu z nich musiałoby ponosić te konsekwencje.

Ogromnie żałuję, że tak właśnie jest. Jeżeli z uporem maniaka ciągle do tego wracam, to nie dlatego, że mam w tym jakiś interes albo jestem z tym jakoś emocjonalnie związana. Ale niestety ta sprawa wraca i jeszcze będzie wracała. Podobnie jak w przypadku kościelnej Komisji Majątkowej, na temat której dowiadujemy się teraz coraz więcej, a prokuratorzy mówią, że sprawa ma charakter rozwojowy. Mimo że Komisja już przecież nie istnieje. Dlatego wracam do sprawy, bo widzę, że wychodzi na moje. Gdy raz zacznie się robić coś złe, to potem już wszystko będzie złe, ponieważ brnie się w sztukowania i poprawki, a nadszarpniętego zaufania nie daje się odbudować.

Sprawa religii w szkołach jest dokładnie takim problemem. Mówimy o zdarzeniach sprzed ponad dwudziestu lat, ale wcale nie mówimy o historii. Problem jest wciąż jak najbardziej aktualny. Ciągłe słyszymy o jakichś problemach z tym związanymi.

Te problemy są dlatego, że tej sprawy na początku nie załatwiono jak należy i ciągle robi się to na skróty.

Przypomnijmy więc, że nauka religii miała być realizowana równolegle z nauką etyki dla dzieci niewierzących. Tego drugiego członu nigdy nie zrealizowano.

Tu doszło do nierówności na tle organizacyjnym. Napisałam to wyraźnie w moim zdaniu odrębnym przy wyroku Trybunału Konstytucyjnego z grudnia 2009 roku dotyczącym wliczania stopnia z religii do średniej ocen³. Problem polega na tym, że zarówno religia, jak i etyka są przedmiotami dodatkowymi. Nie można mieć pretensji do jakiegokolwiek kościoła, że zabiega o jakieś korzyści czy uprawnienia dla siebie, bo każdy kościół jest zainteresowany szerzeniem swojej wiary i misji. Chce, aby jego religii nauczano. Jest jednak problem, co z tego wynika dla państwa. Państwo zobowiązało się w konkordacie do różnych świadczeń związanych z organizacyjnym oprzyrządowaniem nauczania religii. W porządku. Ale w tej sytuacji musi zadbać o równouprawnienie innych kościołów chcących szerzyć swą misję (bo ma w tym względzie obowiązek konstytucyjny – art. 25 ust. 1 mówiący o **równouprawnieniu** kościołów), a także w tej sytuacji ma obowiązek zapewnienia odpowiednich zajęć osobom, które nie życzą sobie nauczania religii. Żeby też miały możliwość zaspokojenia swoich potrzeb. One tego nie mają – z przyczyn czysto organizacyjnych, ponieważ brakuje odpowiednich nauczycieli, a jeśli już są, to brak pieniędzy na ich opłacenie, albo ponieważ chodzi o małe i rozproszone grupy i trudno zorganizować dla nich zajęcia i tak dalej. To wszystko nie działa, ale też nie ma sposobu na sformułowanie skargi w tej sprawie w polskim systemie prawnym. Skargi efektywnej, do sądu czy do Trybunału Konstytucyjnego – po to, by wyegzekwować odpowiednie oprzyrządowanie organizacyjne do realizacji wspomnianego uprawnienia.

O co chodzi? Że nie ma podstawy do skargi? A nie jest nią to, że państwo przyznaje obywatelom pewne uprawnienie, w tym

³ Wyrok TK z dnia 2 grudnia 2009 r., U 10/07 OTK-A 2009, nr 11, poz. 163.

przypadku prawo do nauczania etyki, którego w praktyce nie można wyegzekwować?

Co gorsza nie ma nawet starań, żeby to jakoś załatwić. Widać raczej nastawienie na „uklepanie” sprawy i oczekiwanie, że może tym nielicznym protestującym wreszcie to się znudzi. Według mojej wiedzy osoby dopominające się nauczania etyki są w sytuacji bez wyjścia. Mogą sobie narzekać, ale skargi nikt nie składa, bo nikt nie wie, jak się do tego zabrać. Ale oczywiście problem jest.

W czym on tkwi?

To problem równości. Staralam się to przedstawić w *votum separatum* wobec wyroku w sprawie skargi związanej z zaliczaniem stopnia z religii do średniej ocen. Moim zdaniem otrzymawszy tę sprawę do rozpoznania, Trybunał fałszywie zinterpretował problem, który miał rozwiązać. Większość uzasadnienia wyważa otwarte drzwi: nauka religii w szkole jest konstytucyjnie dozwolona. Do tego problemu Trybunał odniósł się bardzo obszernie i pozytywnie. Czyli stwierdził, że ma być wolność nauczania religii. Tyle że nikt tego nie kontestował. Ja też nie kontestuję. Ale na tym Trybunał oparł szerszy wywód. Zaprezentował takie rozumowanie: jeśli ma być nauczanie, to powinno się stawiać stopnie, a jeśli się je stawia, to stopień ma być na świadectwie, a jeśli jest stopień na świadectwie, to ma być zaliczany do średniej. W taki sposób można uzasadnić wszystko. Mój sprzeciw wobec tego był w dużej mierze skierowany przeciwko tej... hmmmm, konstrukcji intelektualnej. Przecież tu każde poprzedzające ogniwo rozumowania nie przesądza w konieczny sposób następnego. Tak nie uzasadnia się wyroku. Jeżeli problem dotyczy liczenia średniej, to jest to inny problem niż ten, czy w szkole w ogóle ma być religia. W obecnym systemie sposób liczenia średniej ocen nie jest jednorodny. Kryteria i system punktacji za dodatkowe zajęcia, a takimi są religia i etyka (w tej grupie jest zresztą wiele innych przedmiotów, na przykład balet, nauka rękodzieła i temu podobne), są różne w różnych częściach kraju. Więc ta średnia niczego nie uśrednia i nie

daje podstaw do porównania czegokolwiek. Dodatkowo status nauczania religii i etyki jest inny niż pozostałych przedmiotów dodatkowych. Bo to, czy ktoś uczy się religii czy nie, jest emanacją jego własnego prawa podmiotowego chronionego konstytucyjnie. Wybór przedmiotów dodatkowych jest związany z wachlarzem faktycznej oferty edukacyjnej i z decyzją ucznia, co on z tej oferty wybiera. Wybór ucznia jest jego autonomiczną decyzją – jego i jego rodziców. Nie dotyczy to żadnych innych podmiotów. Uczeń kieruje się własnym interesem, szansami, zainteresowaniami. Oferta edukacyjna ma charakter faktyczny, niedeterminowany obowiązkiem szkoły ani prawem ucznia. Natomiast nauka religii i etyki ma inny status: co prawda religia jest przedmiotem nieobowiązkowym, a więc dla ucznia dodatkowym, ale za to **państwo ma obowiązek konstytucyjny umożliwienia pobierania tej nauki**. I tu jest dramat alternatywy religia-etyka. Taki obowiązek nie dotyczy innych przedmiotów dodatkowych. Czyli ze strony ucznia to jest uprawnienie, ale ze strony szkoły – obowiązek. Dodatkowość nauczania religii ma więc niesymetryczny charakter z punktu widzenia ucznia i szkoły. Dla władzy publicznej istnieje obowiązek zorganizowania warunków do nauczania alternatywnego religii i etyki. W części dotyczącej samego istnienia możliwości nauczania religii w szkole jest to konsekwencja konstytucyjnego zadania wyrażonego w art. 53 ust. 4. Jest oczywiste, że nauczanie religii w szkołach następuje we współpracy ze związkami wyznaniowymi. Z ich punktu widzenia jest to realizacja własnej misji. To zaś korzysta ze statusu gwarantowanego konstytucyjnie – przez art. 25 Konstytucji, który mówi, że wszystkie kościoły są równouprawnione. Natomiast dla uczniów możliwość wyboru uczestnictwa w nauczaniu religii znajduje zakotwiczenie w kilku ustępach art. 53 dotyczącego swobód wyznawania religii. O ile więc udział innych przedmiotów dodatkowych w liczeniu średniej nie angażuje żadnych wartości konstytucyjnych, o tyle wprowadzenie do tego mechanizmu oceny z religii wymaga uwzględnienia wielu z nich, różnych dla różnych uczestników tego procesu; innych dla zwią-

ków religijnych, innych dla państwa, jeszcze innych dla uczniów. I wynika stąd konieczność uwzględnienia wszystkich tych wartości w stopniu umożliwiającym **jednoczesne** poszanowanie. To oznacza wprowadzenie do mechanizmu liczenia średniej czegoś jakościowo innego niż w przypadku pozostałych przedmiotów dodatkowych. W warunkach przyjaznego rozdziału państwa i kościoła wyraziście rysuje się problem niewystępujący przy modelu separacji, mianowicie wpływ faktycznej nierówności poszczególnych związków wyznaniowych na ich równouprawnienie i stosunek władzy publicznej do tego typu nierówności. Z konstytucyjnej zasady równouprawnienia kościołów nie wynika – co czasem ludziom się wydaje – obowiązek władzy publicznej egalitaryzacji faktycznego statusu związków wyznaniowych. Krótko mówiąc, w życiu jedni są mocniejsi, drudzy słabsi. I ci mniejsi nie mogą przychodzić do państwa z żądaniem: daj – dlatego że mają swoich wyznawców i swoją misję. To, że Kościół katolicki korzysta ze swojej faktycznej pozycji, jest jego dobrym prawem. Z Konstytucji nie wynika obowiązek wkraczania szkoły w konkurencję między związkami wyznaniowymi na przykład na polu edukacyjnym. Państwo nie może zwalczać „nieuczciwej konkurencji” pomiędzy związkami wyznaniowymi. To jest ich własny problem. Ale z **zasady równouprawnienia kościołów** wynika – i to jest kwintesencja problemu – **zakaz powiększania poprzez działanie władzy i ustawodawcy już i tak istniejącej przewagi**. Faktyczna nierówność uczestnictwa związków wyznaniowych w życiu publicznym powoduje, że kościół większościowy „ma łatwiej”. Państwo nie musi działać na rzecz wyrównania szans, ale państwu nie wolno samemu powiększać nierówności. Czyli jeżeli państwo daje kościołowi dominującemu jakieś dodatkowe korzyści, na przykład opłaca katechetów, to wtedy powinno też opłacać ich innym związkom wyznaniowym. Jak to się ma do liczenia średniej ocen? Średnia wpływa na szanse edukacyjne człowieka. Wprowadzenie stopnia z religii do średniej oznacza oficjalizację statusu dla kościoła większościowego, który faktycznie częściej, szerzej, mocniej eksploatuje swoją misję nau-

czania; jest dodaniem temu właśnie kościołowi pewnych wartości przez państwo. To takie działanie, o jakim mowa w Ewangelii św. Łukasza: kto ma, temu niech jeszcze dodane będzie. Ale to nie jest maksyma, która wspierałaby ideę równouprawnienia zawartą w Konstytucji, ponieważ państwo, wliczając ocenę z religii do średniej ocen, wzmocniło tę mocniejszą religię, dało mocniejszemu więcej: udział w oficjalnych mechanizmach repartycji szans edukacyjnych. Uważałam, że to jest nie w porządku. To naruszenie art. 25 Konstytucji, który mówi o równouprawnieniu kościołów. Dochodzi do tego naruszenia przede wszystkim z następującego powodu: jeśli religia dużego wyznania jest wykładana w szkole i z tego przedmiotu uczniowie otrzymują stopnie, które są potem uwzględniane w średniej ocen, to w ten sposób zwiększają się ich szanse edukacyjne w stosunku do wyznawców religii, których w szkole nie ma, a także w stosunku do niewierzących, którym nie proponuje się nic w zamian. To swego rodzaju dumping. I dlatego protestowałam przy wyroku dotyczącym zaliczania stopnia z religii do średniej ocen.

W szczególnie niekorzystnej sytuacji są uczniowie, którzy nie należą do żadnego związku wyznaniowego. Dla nich nie ma żadnej oferty, mimo że prawo gwarantuje im lekcje etyki.

Tak, i to jest złe. Ta sprawa wciąż jest niezałatwiona organizacyjnie, co stanowi nawet uchybienie wobec założenia wyrażonego w preambule Konstytucji, gdzie mówi się, że Polska jest państwem zarówno ludzi wierzących, jak i niepodzielających wiary. Konstytucja stwierdza, że nie można obywatela traktować gorzej niż innych w podobnej sytuacji. Krótko mówiąc, kto jest wyznawcą religii większościowej, ten ma bardziej komfortową sytuację z punktu widzenia nie tylko możliwości samorealizacji poprzez nauczanie religii, ale również dlatego, że czerpie z tego powodu korzyści. No bo jeżeli jego ocena z religii podwyższa mu średnią, to jest on w lepszej sytuacji na rynku edukacyjnym niż ten, który w tym miejscu ma kreskę.

Problem wliczania stopnia z religii do średniej pojawił się dopiero na pewnym etapie – rozporządzenie w tej sprawie zostało wydane w 2007 roku. Ale przecież znacznie wcześniej był spór o samo wpisywanie stopnia z religii na świadectwie.

Były trzy etapy. Pierwszy to wprowadzenie nauczania religii do szkół. Drugim było umieszczenie oceny z religii na świadectwie, co też nastąpiło na początku lat dziewięćdziesiątych, a dopiero potem pojawiło się wliczanie tej oceny do średniej. Proszę zwrócić uwagę na dynamikę tego procesu.

Na zasadzie: daj palec, to po rękę sięgną?

Można tak to interpretować. No i oczywiście z każdym z tych etapów sytuacja się pogarszała. Bo jak już wspominałam, Trybunał powiedział: skoro jest nauczanie, to *iunctim* z tym są stopnie, a jeśli one są, to *iunctim* z tym jest umieszczanie ich na świadectwie, a w konsekwencji wliczanie też do średniej. Natomiast ja twierdzę, że nie ma *iunctim* pomiędzy każdym z tych etapów, ponieważ może być nauczanie religii w szkole bez stopnia na świadectwie, może też być stopień na świadectwie, ale bez uwzględniania go w średniej. Stworzono jednak i usankcjonowano taką sekwencję, czego skutkiem jest oficjalizacja statusu religii, zrastanie się tronu i ołtarza. A dodatkowo mamy do czynienia ze zrośnięciem się tronu z jednym ołtarzem, co jest formą promowania nieuczciwej konkurencji między kościołami.

W swoich publikacjach lansuje pani tezę o dynamicznym charakterze różnych zjawisk prawnych. Charakter ten przejawia się w tym, że coś, czego kiedyś nie traktowano jako problem, w pewnym momencie nim się staje; albo coś nie było akceptowane, a po latach już jest. Jak z tego punktu widzenia patrzeć na etapy umacniania pozycji religii w szkole? Dlaczego wtedy, na początku lat dziewięćdziesiątych nie wprowadzono od razu tego wszystkiego? Wliczanie stopnia z religii do śred-

niej wtedy by nie przeszło? Trzeba było z tym czekać aż do 2007 roku?

Stało się tak po prostu dlatego, ponieważ wtedy było do załatwienia także wiele innych spraw, więc ówczesne kierownictwo polityczne nie chciało zapewne robić w tej dziedzinie za szybkich ruchów. W takich sytuacjach warto ustalić, gdzie jest granica przyzwolenia. Wtedy zapewne uznano, że nie ma aż tak daleko idącego przyzwolenia. Mnie nie dziwi, że ktoś ma jakiś interes, że o coś zabiega. Nie dziwi mnie także to, że związki wyznaniowe mają takie interesy i dążą do ich realizacji. Związki wyznaniowe, a szczególnie Kościół katolicki, prawdopodobnie wtedy chciałyby wszystko uzyskać od razu. Ale wówczas nie było na to społecznego przyzwolenia. Badania socjologiczne pokazują, że z czasem następowało bardzo wyraźne przesunięcie poglądów ku prawicy.

Ale jednocześnie coraz więcej osób ma odwagę publicznie mówić o swoim ateizmie, krytykować Kościół katolicki.

To też jest faktem, następuje pluralizacja poglądów i akceptacja faktu, że ludzie mogą mieć różne poglądy. Ale zawsze problemem jest coś w rodzaju dominującego poglądu. I tego, jak szeroki jest ten *mainstream*. Wierzę w to, że teraz większość opowiada się za niezdejmowaniem krzyża ze ściany sali sejmowej. Owszem, mamy pluralizm poglądów, a jednocześnie ich mediana lokalizuje się bliżej pewnej opcji. Uważam, że na początku lat dziewięćdziesiątych ten dominujący pogląd na temat dalszego umacniania pozycji Kościoła w szkołach był trochę w innym miejscu niż w 2007 roku, kiedy wprowadzono rozporządzenie o wliczaniu oceny z religii do średniej.

Z tych trzech etapów stosunkowo najmniej emocji wzbudzał, czego może już nie pamiętamy, problem samego wpisywania stopnia na świadectwo. Owszem, toczyły się w Polsce jakieś spory wokół tego problemu, w sumie bezskuteczne, i dopiero Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu

w 2010 roku⁴ nazwał rzecz po imieniu: że kreska w przypadku osób, które nie uczęszczają na lekcje religii, jest problemem.

Bo to jest sytuacja krzywdząca dla niewierzących lub wyznawców religii mniejszościowych, które nie są wykładane w szkołach. Krótko mówiąc, jeżeli mam mocne przekonania mniejszościowe, to muszę wykazać się heroizmem w ich obronie. Przecież taka osoba może być ofiarą ostracyzmu ze strony otoczenia, jakichś niekorzystnych dla niej opinii. To element szerszego problemu związanego z byciem odrębnym. Gdy pełniłam funkcję Rzecznika Praw Obywatelskich, często uczestniczyłam w posiedzeniach Sejmu, na których też nieraz dochodziło do takich niekomfortowych sytuacji. Pamiętam, jak kiedyś posłowie postanowili zrobić pewnej osobie owację ze wstawianiem z miejsc. Ponieważ nie podzielałam tego entuzjazmu i uznawałam, że to nie jest dobre miejsce dla takich demonstracji, a jako rzecznik nie powinnam uczestniczyć w takich zdarzeniach, wstałam i cichutko na palcach wyszłam. Ale nie czułam się z tym dobrze. Chodzi mi o to, że nie jest w porządku stawianie człowieka w sytuacji tego „osobnego”. Czy można sądzić, że czułam się komfortowo w 1990 roku, gdy jako jedyna przeciwstawiałam się pewnym działaniom? Nie. Zresztą do tej pory są różne tego reperkusje.

Wiele może być powodów stawiania człowieka w niekomfortowej dla niego sytuacji. Nie wszystkie one dadzą się też jednoznacznie zdefiniować. Ale ten dyskomfort wynikający z kreski na świadectwie jest jasno opisany w Konstytucji. Wspominany już przez nas wielokrotnie art. 53 ma też ust. 7, który mówi: „Nikt nie może być obowiązany przez organy władzy publicznej do ujawnienia swojego światopoglądu, przekonań religijnych lub wyznania”. Kreska na świadectwie nie jest takim „ujawnieniem”? Państwo na swoim urzędowym dokumencie ujawnia, że ktoś jest na przykład agnastykiem.

Rzeczywiście państwo wystawia obywatelowi dokument, który zawiera informację na jego temat. I jest to informacja,

⁴ Wyrok ETCP w sprawie 7710/02 *Grzelak v. Polska*.

której państwo zgodnie z art. 53 ust. 7 Konstytucji nie powinno ujawniać. Oczywiście kauzuistyczne kauzyperdy powiedzą wtedy, że wcale się tego nie „ujawnia”, lecz iż jest to „obiektywna informacja o tym, że ktoś nie chodził na religię”. A czy to odpowiada światopoglądowi konkretnej osoby, to inna sprawa. Bo może ktoś nie chodził, gdyż nie lubił księdza katechety.

Ale dla kogoś, kto widzi świadectwo, kreska może być informacją, że oto ma przed sobą „bezbożnika”, co może mieć wpływ na decyzję tego kogoś, kto czyta świadectwo. Decyzję o przyjęciu na studia albo do pracy.

Rzeczywiście można sobie wyobrazić takie reakcje, podobnie jak i przeciwne, że komuś może nie spodobać się u kandydata celująca ocena z religii. Zgoda, państwo nie powinno stawiać obywateli w takich sytuacjach. Nie jestem samotnym zagończykiem. Jeśli jednak coś jest określone w prawie, i nawet jeśli to coś mi się nie podoba, to rozumiem: jest ustawa i skoro ona jest prawidłowo skonstruowana i uchwalona, to ja nic do niej nie mam. Ale protestuję przeciwko różnym zawłaszczeniom wynikającym z lekceważenia zasad prawa, z „urywania” cichcem, ale za przyzwoleniem władzy. Dlatego tak mocno podkreślam, aby oddzielać sprawę obecności religii w szkołach, co ma obecnie solidne podstawy prawne, od bardzo wątpliwego wprowadzenia oceny z religii do średniej ocen.

Ale akurat przepis o wliczaniu oceny z religii do średniej to już nie była taka partyzantka prawna. Obowiązywała już Konstytucja, która pozwalała na prowadzenie nauki religii w szkołach, była ustawa oświatowa, był wreszcie konkordat. No i na końcu porządne rozporządzenie, a nie jakaś instrukcja.

O nie. To nie było żadne porządne rozporządzenie. Owo rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z 13 lipca 2007 roku w sprawie warunków i sposobu oceniania, klasyfikowania i promowania uczniów i słuchaczy oraz przepro-

wadzania sprawdzianów i egzaminów w szkołach publicznych ma zasadnicze braki z punktu widzenia art. 92 Konstytucji. To przepis, który mówi, jakie cechy musi mieć porządne rozporządzenie i jak ma wyglądać upoważnienie do jego wydania. Krytykę tego rozporządzenia zawiera inne orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego, dotyczące sprawy tzw. amnestii maturalnej. Dotyczyło ono tego samego rozporządzenia, lecz w innym jego fragmencie. Artykuł 92 Konstytucji wyraźnie mówi, że rozporządzenia muszą być wydawane na podstawie szczegółowego upoważnienia wydanego w celu wykonania ustawy. W ustawie muszą być wskazania odnoszące się do tego, jak w przepisie wykonawczym ma być ujęta dana materia. Proszę sobie wyobrazić, że rozporządzenie, o którym mówimy, właśnie cierpi na brak tego rodzaju, iż nie ma ono bezpośredniego związku z ustawą macierzystą – ponieważ ta ustawa jest zbyt ogólna, a w związku z tym materia normująca jest zawarta w samym rozporządzeniu, gdyż w ustawie brak jej zakotwiczenia. Tyle że przy wcześniejszej sprawie, gdzie ten problem się ujawnił, mianowicie amnestii maturalnej, akurat samo upoważnienie i jego braki nie były zaskarżone, więc nie można było tego rozpoznać. Natomiast przy tym właśnie wyroku zostało to zgłoszone w tak zwanej sygnalizacji jako niedoróbka legislacyjna wymagająca naprawy⁵. Nic jednak nie zrobiono z tym rozporządzeniem – mimo sygnalizacji.

Tym razem Trybunał, rozpatrując sprawę średniej ocen, uznał, że to rozporządzenie jest w porządku?

Tak. Byłam wtedy w trochę niezręcznej sytuacji, ponieważ byłam w składzie, który przygotował sygnalizację w sprawie wad tego rozporządzenia. Wtedy nawet do głowy nam nie przyszło, że to może w jakikolwiek sposób rzutować w przyszłości na sprawę wliczania oceny z religii do średniej.

⁵ Wyrok TK z dnia 31 stycznia 2007 r., S 1/07, OTK-A 2007, nr 1, poz. 8.