



Magdalena Bainszyk

**KONSTITUCYJNO-PRAWNE ASPEKTY WOLNOŚCI RELIGIJNEJ  
W NIEMCZECH W ŚWIETLE ORZECZNICTWA  
NAJWYŻSZYCH SĄDÓW**

Orzeczenia sądów konstytucyjnych dotyczące wolności religijnej budzą zawsze spore kontrowersje. H. Heinig i M. Morlok zwracają uwagę, iż tego rodzaju orzeczenia mają szczególne znaczenie dla kulturowego samookreślenia się społeczeństwa. Autorzy wskazują przy tym, że w przypadku Niemiec doszło do widocznej zmiany stron sporu prowadzonego na tym tle. O ile w latach 60. i 70. XX w. spory dotyczące np. podatku kościelnego<sup>1</sup>, szkół chrześcijańskich<sup>2</sup> czy modlitwy w szkole<sup>3</sup> przebiegały pomiędzy chrześcijańską większością a niechrześcijańską mniejszością, o tyle obecnie kontrowersje w wielu wypadkach dotyczą problemów mniejszości religijnych, często wyznawców islamu (np. dopuszczalność uboju rytualnego<sup>4</sup> czy dopuszczalności noszenia chust w miejscu pracy<sup>5</sup>). W tej ostatniej sprawie osoba wyznania islamskiego domagała się zatrudnienia na stanowisku nauczyciela w szkole państwowej, podkreślając jednocześnie, iż nie zamierza zrezyg-

<sup>1</sup> BVerfGE 19, 129 i nast. [skrót BVerfGE – *Bundesverfassungsgerichtsentscheidung* – oznacza orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, a następujące numery pozwalają odnaleźć orzeczenie w oficjalnym zbiorze]. W omawianych niżej orzeczeniach, które dostępne są na stronach internetowych m.in. [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de), stosuje oznaczenie poprzez sygnaturę akt oraz numer tezy, podobnie w odniesieniu do wyroku Federalnego Trybunału Administracyjnego, dostępnego na stronie: [www.bundesverwaltungsgericht.de](http://www.bundesverwaltungsgericht.de).

<sup>2</sup> BVerfGE 41, 29.

<sup>3</sup> BVerwGE 44, 196 [skrót BVerwGE – *Bundesverwaltungsgerichtsentscheidung* – oznacza orzeczenie Federalnego Trybunału Administracyjnego].

<sup>4</sup> BVerfGE 104, 337.

<sup>5</sup> H. Heinig, M. Morlok, *Von Schafen und Kopftüchern*, „Juristen Zeitung” 2003, nr 15/16, s. 777.



nować z noszenia chusty w miejscu pracy – tzw. *Kopftuchfall*<sup>6</sup>. Wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w tej sprawie był poprzedzony orzeczeniem zakazującym umieszczania w szkołach państwowych krzyży – tzw. *Kruzifixfall*<sup>7</sup>.

Oba orzeczenia dotyczą dopuszczalności symboli o charakterze religijnym lub światopoglądowym w przestrzeni publicznej – jednakże ich wynik jest inny. W przypadku krzyża Trybunał Konstytucyjny wykluczył możliwość umieszczania tego symbolu przez władze państwowe w szkołach, natomiast kilka lat później zakwestionował zakaz noszenia chusty przez urzędnika państwowego w szkole. Przedmiotem poniższych rozważań będą przede wszystkim przesłanki prawne obu wyżej wymienionych orzeczeń niemieckiego sądu konstytucyjnego, które w dużej mierze koncentrują się wokół wykładni art. 4 niemieckiej Ustawy Zasadniczej. W części pierwszej artykułu przedstawię krótko przepisy niemieckiej konstytucji dotyczące relacji religia–państwo (I). Następnie zostanie omówione orzeczenie w sprawie krzyży (II) oraz orzeczenia sądów niemieckich dotyczące chusty (III, IV i V). Problemy poruszone w obydwu orzeczeniach FTK nie są jedynie problemami niemieckiego prawa państwowego. Podobne spory miały miejsce również w Szwajcarii oraz przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka (VI). W punkcie VII podsumuję rozważania sądów na temat obecności symboli religijnych w przestrzeni publicznej.

## Konstytucyjny model stosunków państwo–Kościół w Niemczech

Na wstępie należy podkreślić, iż obecnie obowiązująca niemiecka Ustawa Zasadnicza została przyjęta w 1949 r., a więc w okresie bezpośrednio następującym po tragicznych latach 1933–1945, do których preambuła nawiązuje już w pierwszych słowach zawierających *invocatio Dei*: „Świadomy swojej odpowiedzialności przed Bogiem i ludźmi, ożywiony wolą służenia pokojowi świata, jako równoprawny członek Europy, Naród Niemiecki nadał sobie mocą swojej władzy ustrojodawczej tę Ustawę Zasadniczą”<sup>8</sup>. Większość komentatorów podkreśla, iż odniesienie do Boga oznacza przede wszystkim negację wszelkich form ideologii totalitarnych i relatywistycznego pozytywizmu prawnego, a także wskazuje, iż władza państwowa podlega ograniczeniom i nie może być absolutyzowana. Odniesienie do Boga jest również interpretowane jako negacja ateizmu w roli religii państwowej<sup>9</sup>. Jednocześnie w wielu komentarzach do preambuły niemieckiej Ustawy Zasadniczej na próżno szukać twierdzeń, iż odniesienie od Boga wprowadza do konstytucji niemieckiej wartości religii chrześcijańskiej: „Nie jest to żadna ogólna reguła wykładni

<sup>6</sup> Wyrok Drugiego Senatu Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 24 IX 2003, sygn. akt. 2 BvR 1436/02.

<sup>7</sup> Postanowienie Pierwszego Senatu Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 16 V 1995, sygn. akt 1 BvR 1087/91.

<sup>8</sup> Cytowane w artykule przepisy i orzeczenia zostały przetłumaczone przez autorkę.

<sup>9</sup> P. M. Huber, [w:] *Grundgesetz. Kommentar*, red. M. Sachs, München 1999, s. 76; I. V. Münch, [w:] *Grundgesetz. Kommentar*, red. P. König, München 1992, s. 5.

prochrześcijańskiej<sup>10</sup>; „Nie chodzi [...] o osadzenie tekstu konstytucji w warstwie ponadpozytywnej, lecz o podkreślenie bytu ziemskiego, a wraz z tym skończoności i ułomności także demokratycznego porządku konstytucyjnego”<sup>11</sup>; „[Preambuła] nie insynuuje mocą siły i aury konstytucyjnych proklamacji, że Konstytucja Boga «zna i uznaje»”<sup>12</sup>. Wyżej zaprezentowane komentarze skupiają się na stronie negatywnej *invocatio Dei* jako negacji totalitaryzmu. Taka interpretacja Ustawy Zasadniczej, pomijająca aspekt pozytywny – wprowadzenie wartości chrześcijańskich w sferę porządku konstytucyjnego – została niestety również przyjęta przez Federalny Trybunał Konstytucyjny [dalej FTK] oraz Federalny Trybunał Administracyjny, co znajduje wyraz w omawianych poniżej orzeczeniach obu sądów. Jednakże takie ujęcie pomijające świat wartości religii chrześcijańskiej wydaje się niepełne. Wskazuje na to między innymi J. H. Weiler, który stwierdza, iż funkcją konstytucji jako takiej jest wyrażanie wyborów etycznych narodów i uznawanych przez nie wartości. Ma to miejsce przede wszystkim w preambułach do konstytucji<sup>13</sup>.

Art. 1 ust. 1 Ustawy Zasadniczej [dalej UZ] stanowi, iż „Godność ludzka jest nienaruszalna. Jej szacunek i ochrona należą do zobowiązań całej władzy państwowej”. Przepis ten, co prawda, nie odnosi się w warstwie bezpośredniej do kwestii religii, ale jest punktem odniesienia dla rozważań dotyczących źródła godności ludzkiej, a pośrednio źródła wszystkich praw podstawowych. Zarówno obecność Boga w preambule, jak i pytanie o źródło godności ludzkiej budzą w doktrynie niemieckiej wiele kontrowersji, jednakże wciąż dla wielu konstytucjonalistów zasada poszanowania godności ludzkiej ma swe źródło w religii chrześcijańskiej, a absolut ukazujący się w godności ludzkiej jest właśnie odbłyskiem sfery religijnej<sup>14</sup>.

W świetle przepisów konstytucyjnych Republika Federalna Niemiec jest państwem zsekularyzowanym, co według niemieckiej doktryny oznacza, iż państwo pozostaje neutralne w stosunku do religii, ale również pozostaje otwarte na religię. W tym sensie odróżnia się od państwa zlaicyzowanego, np. Francji, które zmierza do całkowitego wykluczenia religii z życia publicznego i ścisłego rozdziału państwa od Kościołów<sup>15</sup>. Treść zasady neutralności światopoglądowej Federalny Trybunał Konstytucyjny tłumaczy w orzeczeniu z 24 września 2003 r.:

Nakazana państwu neutralność religijno-światopoglądowa powinna być rozumiana nie jako postawa zdystansowana w rodzaju ścisłego rozdziału państwa i Kościoła, lecz postawa otwarta, wspierająca w równym stopniu wolność wyznania w odniesieniu do wszystkich religii. Art. 4 ust.

<sup>10</sup> *Ibidem*, s. 5.

<sup>11</sup> *Grundgesetz. Kommentar*, red. H. Dreier, Tübingen 1996, s. 13.

<sup>12</sup> *Ibidem*, s. 15.

<sup>13</sup> J. H. H. Weiler, *Chrześcijańska Europa*, Poznań 2003, s. 30.

<sup>14</sup> J. Isensee, *Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten*, „Archiv des öffentlichen Rechts” 2006, B. 131, s. 208 i nast. Także według Federalnego Trybunału Administracyjnego u podstaw art. 1 leży chrześcijaństwo, jednakże jest to chrześcijaństwo rozumiane w dosyć specyficzny sposób, bo pozbawione elementów religijnych, BVerwG 2 C 45.05, ust. 37.

<sup>15</sup> E.-W. Böckenförde, *Kirche und christliche Glaube in der Herausforderung der Zeit*, Münster 2004, s. 425.

1 i 2 UZ nakazuje w sensie pozytywnym zapewnienie przestrzeni dla aktywnego wyrażania swoich przekonań religijnych oraz zapewnienie podstawy dla realizacji autonomicznej osobowości na polu religijno-światopoglądowym (podobnie BVerfGE 41, 29 <49>; 93, 1 <16>) Państwo nie może jednak oddziaływać w interesie określonego kierunku politycznego, ideologicznego albo światopoglądowego ani pozwalać, by jego działania albo działania, które można by mu przypisać, w sposób wyraźny albo konkludentny były identyfikowane z jakimś określonym wyznaniem lub określonym światopoglądem i przez to zagrażały pokojowi religijnemu w społeczeństwie (podobnie vgl. BVerfGE 93, 1 <16 f.>). Zasada neutralności religijno-światopoglądowej nie pozwala także państwu na ocenę wyznania i nauki wspólnoty religijnej jako takiej (podobnie BVerfGE 33, 23 <29>)<sup>16</sup>.

Wielu autorów wskazuje w kontekście otwartości państwa na religię, na koncesję państwa na rzecz wspólnot religijnych, np. przyznanie statusu podmiotów prawa publicznego, pobór przez państwo podatku kościelnego<sup>17</sup> czy zagwarantowanie w art. 7 ust. 3 UZ, iż lekcje religii będą traktowane jako zwykły przedmiot szkolny<sup>18</sup>. Model otwarcia się państwa na religię i wspierania jej przez państwo również w przestrzeni publicznej definiuje się jako model kooperacyjny przeciwstawiany wyżej wspomnianemu modelowi ścisłego rozdziału państwa i religii<sup>19</sup>.

Podstawowe znaczenie dla wolności religijnej posiada art. 4 UZ<sup>20</sup>. Doktryna wyróżnia cztery elementy składające się na wolność religii i sumienia zawarte w art. 4 ust. 1 i 2 UZ, które mają aspekt pozytywny i negatywny<sup>21</sup>: wolność wyznania oraz prawo do nieposiadania żadnego wyznania, wolność wyznawania religii oraz wolność niewyznawania żadnej religii, wolność publicznego kultu oraz prawo do niebrania udziału w kulcie publicznym, wolność tworzenia związków wyznaniowych<sup>22</sup>. W tym sensie normy konstytucyjne nie gwarantują istnienia konkretnej religii w życiu społecznym – brak tutaj pojęcia religii państwowej, ale stanowią jedynie gwarancje dla istnienia religii jako takiej w przestrzeni publicznej<sup>23</sup>.

Jednocześnie art. 4 UZ może spełniać przypisaną mu przez Ustawę Zasadniczą funkcję, jeśli będzie środkiem ochrony nie tylko dla tradycyjnie obecnych w danym państwie wyznań, ale również wyznań niemających w społeczeństwie niemieckim ugruntowanej pozycji, także o charakterze mniejszościowym. Wska-

<sup>16</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 43.

<sup>17</sup> Pobór podatków przez władzę państwową na rzecz kościołów datuje się od 1803 r., kiedy to Deputacja Rzeszy postanowiła o przekazaniu władcom prawa dysponowania dobrami Kościoła oprócz tego, co stanowi własność parafii. Władza świecka miała też w myśl tego postanowienia ustalać wysokość sum na utrzymanie kościołów, na szkolnictwo oraz na prowadzenie instytucji dobroczynnych (L. J. Rogier et al., *Historia Kościoła*, t. 4, Warszawa 1987, s. 225; J. Wąsicki, *Rzesza i państwa niemieckie 1789-1815*, Poznań 1982, s. 92).

<sup>18</sup> U. Sacksofsky, *Die Kopftuch-Entscheidung – von der religiösen zur föderalen Vielfalt*, „Neue Juristische Wochenschrift” 2003, nr 46, s. 3298; J. Kokott, *Laizismus und Religionsfreiheit im öffentlichen Raum*, „Der Staat” 2005, H. 3, s. 348.

<sup>19</sup> *Ibidem*, s. 346 i nast.

<sup>20</sup> Art. 4 ust. 1: „Wolność wiary, sumienia i wolność wyznawania religii i światopoglądu są nienaruszalne. 2: Gwarantuje się niezakłócone praktykowanie religii. 3: Nikt nie może zostać zmuszony do służby wojskowej z bronią”. Szczegóły reguluje ustawa związkowa.

<sup>21</sup> J. H. H. Weiler stwierdza, że ujęcie pozytywne – wolność do religii – i negatywne – wolność od religii – jest wspólne dla wszystkich państw Unii Europejskiej (J. H. H. Weiler, *op. cit.*, s. 32 i nast).

<sup>22</sup> E.-W. Böckenförde, *op. cit.*, S. 425 i nast.

<sup>23</sup> *Ibidem*, s. 426.

zuje się na fakt, że wolność religijna jest wolnością formalną, przysługującą, zgodnie z zasadą równej wolności, każdej jednostce ludzkiej w zakresie rozwijania jej życia religijnego. Ze względu na takie ujęcie należałoby w sposób w miarę obiektywny ustalić, co jest religią w rozumieniu art. 4 UZ – czy jest religią np. scjentologia. Wszelki obiektywizm mógłby jednak naruszyć prawa jednostki, która w obecnej dobie właściwie subiektywnie określa, jaka jest treść jej praw podstawowych. Oczywiście w duchu indywidualistycznej ideologii praw podstawowych takim kryterium oceny w doktrynie niemieckiej jest subiektywne przekonanie wierzącego<sup>24</sup>.

### **Postanowienie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w sprawie krzyży w bawarskich szkołach powszechnych**

Przedmiotem sporu był § 13 ust. 1 rozporządzenia szkolnego dla szkół powszechnych w Bawarii<sup>25</sup>, który stanowi, iż szkoła wspiera osoby posiadające prawa rodzicielskie w wychowaniu religijnym dzieci. Przepis stanowi również, iż w każdej klasie jest zawieszony krzyż, ale nauczyciele i uczniowie są zobowiązani szanować uczucia osób o innych poglądach. Skargę wnieśli rodzice trójki dzieci uczęszczających do bawarskich szkół, którzy wychowywali je w oparciu o poglądy Rudolfa Steinera<sup>26</sup>. Domagali się oni zdjęcia krzyży w pomieszczeniach szkolnych, w których przebywały ich dzieci, gdyż symbol ten, a w szczególności widok „umierającego nagiego mężczyzny”, nie jest zgodny z ich założeniami wychowawczymi i światopoglądowymi. Administracja szkolna w ramach negocjacji prowadzonych z rodzicami zdecydowała o zdjęciu krucyfiksu znad tablicy i umieszczeniu niewielkiego krzyża nad drzwiami klasy. Pomimo to rodzice nadal domagali się usunięcia krzyża z pomieszczeń szkolnych. Żądanie to zostało jednak odrzucone przez kolejne instancje bawarskiego sądownictwa administracyjnego, wobec czego skarżący zwrócili się ze skargą konstytucyjną do Federalnego Trybunału Konstytucyjnego<sup>27</sup>.

Należy zauważyć, iż organizacja nauki szkolnej w Republice Federalnej Niemiec oparta jest na art. 7 UZ, który w ust. 1 zawiera stwierdzenie, iż całe szkolnictwo podlega nadzorowi państwa. Natomiast w świetle ustroju federalnego szkolnictwo, z wyjątkiem planowania kształcenia, należy do wyłącznej właściwości krajów związkowych<sup>28</sup>, stąd też różnice pomiędzy szkołami w Badenii-Wirtembergii czy Bawarii a szkołami we wschodnich Niemczech. Ustawa Zasadnicza wprowadza dualistyczny podział na szkoły państwowe i prywatne. W ustawodawstwie dotyczącym szkolnictwa nie jest stosowany termin szkoła państwowa, natomiast

<sup>24</sup> H. Heinig, M. Morlok, *op. cit.*, s. 778; BVerfGE, BvR 63/68, ust. 100.

<sup>25</sup> Volksschulordnung (VSO) z 21 VI 1983 r., GVBl. S. 597.

<sup>26</sup> W Niemczech rozpowszechniony jest ruch promujący szkoły tzw. waldorfskie, prowadzone w oparciu o poglądy R. Steinera.

<sup>27</sup> BVerfGE, 1BvR 1087/9, ust. 11–22.

<sup>28</sup> A. Schmidt-Sammler, [w:] *Grundgesetz. Kommentar...*, s. 414.

jego synonimem jest termin szkoła publiczna, tj. szkoła prowadzona przez kraj związkowy, gminę lub inną osobę prawną prawa publicznego<sup>29</sup>. Zdecydowana większość szkół w Niemczech to właśnie szkoły państwowe – szkoły publiczne. Obecności symboli religijnych w tych szkołach dotyczą również omawiane poniżej orzeczenia. Dlatego też orzeczenia te bazują na wyżej wspomnianej zasadzie neutralności światopoglądowej państwa, gdyż szkoły, o których mowa w orzeczeniach, to szkoły publiczne – państwowe.

FTK uznał przepis nakazujący umieszczanie krzyży w szkołach powszechnych za niezgodny z art. 4 ust. 1 UZ i w konsekwencji za nieważny. W uzasadnieniu wyroku FTK między innymi wyraził pogląd, że istnienie obowiązku szkolnego w kontekście umieszczenia krzyży w pomieszczeniach szkolnych prowadzi do sytuacji, w której uczniowie podczas zajęć konfrontowani są z tym symbolem oraz zmuszeni do uczenia się „pod krzyżem”, a wobec przymusu szkolnego nie mogą uniknąć takiej konfrontacji. Krzyż nie może być przy tym postrzegany jedynie jako wyraz kultury zachodnioeuropejskiej współkształtowanej przez chrześcijaństwo, gdyż jest to symbol religijny związany z określonym wyznaniem. Przyjęcie przez państwo tego typu treści religijnych, oddziaływaniu których byłaby poddana osoba trzecia w ramach swoich kontaktów z instytucjami państwowymi, narusza wolność religijną<sup>30</sup>.

Należy tutaj zaznaczyć, iż Federalny Trybunał Konstytucyjny od momentu wydania orzeczenia w sprawie zgodności art. 15 Konstytucji Kraju Badenii-Wirtembergii z Ustawą Zasadniczą Republiki Federalnej Niemiec<sup>31</sup> stara się odróżnić chrześcijaństwo, o charakterze kulturowym, etycznym i historycznym, od treści religijnych. FTK we wspomnianym wyżej postanowieniu stwierdził, że szkoła nie może pełnić funkcji misyjnej. Prócz zajęć z religii, obecność chrześcijaństwa na innych przedmiotach powinna ograniczyć się do uznania elementów kulturowych i oświatowych chrześcijaństwa, wytworzonych w kulturze zachodnioeuropejskiej, do których należy między innymi tolerancja wobec osób prezentujących inny światopogląd, natomiast nie powinno się prezentować określonych prawd wiary<sup>32</sup>. W podobny sposób Trybunał wypowiedział się w sprawie konstytucyjności art. 135, zd. 2 Konstytucji Bawarii<sup>33</sup>, zgodnie z którym nauczanie i wychowanie w szkołach powszechnych odbywa się w oparciu o zasady religii chrześcijańskich<sup>34</sup>. Kontrowersje dotyczące przepisów konstytucji krajowych miały związek z przeprowadzeniem reformy polegającej na odejściu od szkoły wyznaniowej jako reguły, na rzecz szkół dla różnych wyznań, opartych na wspólnych dla religii chrześcijańskich wartościach.

<sup>29</sup> *Ibidem*, s. 414.

<sup>30</sup> BVerfGE 1 BvR 1087/91, ust. 39.

<sup>31</sup> BVerfGE 41, 29 – Postanowienie z 17 XII 1975 r., sygn. akt 1 BvR 63/68.

<sup>32</sup> BVerfGE 1 BvR 63/68, ust. 104.

<sup>33</sup> Konstytucja Wolnego Państwa Bawarii z 2 XII 1946 r. w brzmieniu z 15 XII 1998 r. (GVBl, s. 991), ostatnio zmieniona przez ustawę z 10 XI 2003 r. (GVBl, s. 816 i 817).

<sup>34</sup> BVerfGE 41, 65 – Postanowienie z 17 XII 1975 r., sygn. Akt 1 BvR 428/69.

FTK stwierdził w swym postanowieniu, że wartości wspólne dla religii chrześcijańskich i wywiedzione z nich normy etyczne wywodzą się ze wspólnej przeszłości kręgu kultury zachodnioeuropejskiej. Przy czym te wspólne wartości nie muszą być konieczne utożsamiane z treściami o charakterze religijnym<sup>35</sup>. Na tle powyżej prezentowanych tez, przyznanie przez Trybunał Konstytucyjny krzyżowi statusu symbolu religijnego wyrażającego określone prawdy wiary miało znaczenie dla stwierdzenia niekonstytucyjności tego symbolu.

Ponadto w wyroku dotyczącym krzyży w salach szkolnych Trybunał wskazał, iż co prawda umieszczenie krzyża w klasie nie jest jednoznaczne z przymusem identyfikacji z tym symbolem, jednakże krzyż ten wskazuje, że symbolizowane przez niego treści religijne powinny być zachowywane i mieć charakter wzoru. Takie oddziaływanie obejmuje osoby, które ze względu na swój wiek nie mają jeszcze ugruntowanych poglądów i uczą się dopiero umiejętności krytycznych, wobec czego są szczególnie podatne na wpływ<sup>36</sup>.

Postanowienie w sprawie krzyży w szkołach bawarskich nie zostało przyjęte jednogłośnie przez Senat FTK; sędziowie Seidl, Söllner oraz Haas zgłosili zdanie odrębne do wyroku. Sędziowie zwrócili między innymi uwagę, że Ustawa Zasadnicza powierza sprawy szkolnictwa władzy zwierzchniej krajów związkowych. W związku z tym przy rozpatrywaniu skargi należałoby uwzględnić okoliczności występujące w Wolnym Państwie Bawarii, w szczególności Konstytucję Bawarii, która w art. 131 ust. 2 stanowi między innymi, że do najwyższych celów kształcenia należy cześć Boga, poszanowanie przekonań religijnych, godności człowieka, opanowanie, poczucie odpowiedzialności, świadomość odpowiedzialności za naturę i środowisko, a art. 135 przewiduje, iż publiczne szkoły powszechne są wspólne dla wszystkich dzieci podlegających obowiązkowi uczęszczania do szkół powszechnych. W szkołach tych dzieci są nauczane i wychowywane w oparciu o zasady religii chrześcijańskiej. Sędziowie zgłaszający zdanie odrębne zwrócili uwagę, iż chrześcijaństwo w tym ostatnim przepisie nie może być rozumiane jako wyznanie. Pojęcie to odnosi się do wspólnych wartości dla wyznania chrześcijańskiego oraz do norm etycznych wywiedzionych z chrześcijaństwa. Chodzi tutaj o normy, które stały się częścią zachodnioeuropejskiego kręgu kulturowego. W tym kontekście Konstytucja Bawarii nie ustanawia celów kształcenia w postaci przekazywania określonych prawd wiary<sup>37</sup>. Również krzyż powieszony w klasie wyraża wyżej wspomniane wartości chrześcijańskiej kultury zachodnioeuropejskiej. Ustawodawca krajowy, wydając przepis dotyczący krzyży w pomieszczeniach szkolnych, oparł się również na fakcie, iż większość osób zamieszkujących na terenie kraju związkowego należy do kościołów chrześcijańskich. Ponadto mógł wyjść z założenia, opierając się na zgodzie większości społeczności na konstytucyjny zapis o wartościach wspólnych dla różnych wyznań w szkołach chrześcijańskich, iż nawet

<sup>35</sup> BVerfGE 1 BvR 428/69, ust. 89.

<sup>36</sup> BVerfGE 1 BvR 1087/91, ust. 46.

<sup>37</sup> BVerfGE 1 BvR 1087/91, ust. 60.

osoby nienależące do któregoś z kościołów, będą respektowały ten symbol. Obecność krzyża w przestrzeni publicznej w tym kraju związkowym ma długą tradycję, która napotkała sprzeciw tylko w czasach narodowego socjalizmu<sup>38</sup>.

Sędziowie w zdaniu odrębnym wyrazili również pogląd, że obecność krzyża nie zmusza ucznia do jakiegoś konkretnego zachowania i nie oznacza prowadzenia działalności misyjnej przez szkołę. Krzyż nie zmienia charakteru chrześcijańskich szkół przeznaczonych dla różnych wyznań i nie wyklucza uwzględniania w ramach zajęć innych poglądów i wartości. W sporze nie chodzi również o stosunek większości do mniejszości, lecz o kolizję pozytywnej wolności religijnej z wolnością religijną negatywną. W tym kontekście wolność negatywna nie ma bezwzględnego pierwszeństwa przed wolnością pozytywną, a kolizja pomiędzy obiema wolnościami powinna zostać rozwiązana w duchu tolerancji<sup>39</sup>.

Zgodnie ze znowelizowanym w wyniku orzeczenia FTK rozporządzeniem bawarskim<sup>40</sup>, szkoła wspiera osoby posiadające prawa rodzicielskie w wychowywaniu religijnym dzieci; w szczególności umożliwia to modlitwa szkolna, msza szkolna oraz święta szkolne. Nauczyciele i uczniowie są zobowiązani do szanowania odczuć religijnych wszystkich osób. Przepis dotyczący krzyża nie został umieszczony w nowym rozporządzeniu.

### **Wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w sprawie *Kopftuch* – kamienie zamiast chleba?<sup>41</sup>**

F. Ludin, która urodziła się w Kabulu, a od 1987 r. mieszka w Niemczech i jest obywatelką tego kraju od 1995 r., wniosła skargę konstytucyjną przeciwko decyzji Wyższego Urzędu Szkolnictwa, na podstawie której odmówiono jej zatrudnienia na stanowisku nauczyciela. Podstawą odmowy był brak osobistych predyspozycji do wykonywania tego zawodu, wyrażający się między innymi w braku gotowości do rezygnacji z noszenia chusty w czasie zajęć szkolnych. Decyzja Urzędu Szkolnictwa została utrzymana w mocy kolejnymi orzeczeniami sądów administracyjnych, w tym również przez Federalny Sąd Administracyjny<sup>42</sup>. W odpowiedzi na skargę Federalny Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż wyroki sądów, w tym wyrok Federalnego Trybunału Administracyjnego oraz decyzja Urzędu Szkolnictwa stanowią naruszenie praw podstawowych skarżącej z art. 33 ust. 2<sup>43</sup> w związku z art. 4 ust. 1

<sup>38</sup> BVerfGE 1 BvR 1087/91, ust. 75 i 76.

<sup>39</sup> BVerfGE 1 BvR 1087/91, ustęp 84.

<sup>40</sup> Volksschulordnung z 23 VII 1998 r., (GVBl, s. 516), ostatnio zmienione przez (GVBl 2005, s. 479).

<sup>41</sup> Tytuł ustępu jest parafrazą tytułu jednego z niemieckich artykułów, F. Hu f en, *Das „Kopftuch-Urteil“ des BVerfG – Steine statt Brot oder mehr?*, „Neue Juristische Woche“ 2003, nr 43 (editorial).

<sup>42</sup> BVerwG, 2 C 21.01(VGH Mannheim) z 4 VII 2002 r.

<sup>43</sup> Art. 33 ust. 2: „Każdy Niemiec zgodnie ze swoimi predyspozycjami, zdolnościami i osiągnięciami zawodowymi ma równy dostęp do każdego urzędu publicznego. Ust. 3: Korzystanie z praw cywilnych i praw publicznych, dopuszczenie do sprawowania urzędów publicznych, jak również prawa nabyte w służbie publicz-



i 2 UZ oraz z art. 33 ust. 3 Ustawy Zasadniczej<sup>44</sup>. W uzasadnieniu wyroku Federalny Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż nakładanie na urzędnika państwowego obowiązku polegającego na rezygnacji z przestrzegania reguł religijnych dotyczących ubioru narusza jego prawa z art. 4 ust. 1 i 2 UZ oraz stawia go przed wyborem: albo pełni urząd publiczny albo rezygnuje z wykonywania zawodu nauczyciela po to, by móc przestrzegać nakazów religijnych<sup>45</sup>. Zakwestionowanie predyspozycji pani Ludin do pełnienia urzędu nauczycielki w szkołach podstawowych i ponadpodstawowych ze względu na noszenie chusty i oparta na tej przesłance odmowa dostępu do urzędu publicznego byłyby zgodne z art. 4 ust. 1 i ust. 2 UZ, o ile prawo do wolności religijnej nauczycielki byłoby ograniczone koniecznością ochrony innych dóbr o randze konstytucyjnej, a odmowa dostępu do urzędu została oparta na podstawie ustawowej. Do dóbr chronionych przez konstytucję, kolidujących z wolnością religijną nauczycielki, można zaliczyć: odpowiedzialność państwa za wychowanie w szkołach zgodnie z zasadą neutralności światopoglądowej (art. 7 ust. 1 UZ), prawo rodziców do wychowania (art. 6 ust. 2 UZ) oraz negatywną wolność religijną uczniów (art. 4 ust. 1 UZ)<sup>46</sup>. Trybunał Federalny stwierdził jednak, iż ewentualne konflikty pomiędzy wyżej wymienionymi dobrami powinny być rozwiązywane w oparciu o przepisy prawa krajowego, co nie wykluczałoby uwzględnienia przez ustawodawcę krajowego wyznania ludności zamieszkującej dany kraj, tradycji szkolnictwa w danym kraju oraz zakorzenienia określonej religii w życiu społecznym<sup>47</sup>. Naruszenie Ustawy Zasadniczej polegało więc w pierwszym rzędzie na wydaniu decyzji administracyjnej oraz orzeczeń sądowych bez właściwej podstawy prawnej.

Trybunał poświęcił w orzeczeniu sporo miejsca badaniu znaczenia samej chusty. Przede wszystkim stwierdził, iż chusta, w przeciwieństwie do krzyża, nie jest symbolem religijnym.

Dopiero w związku z noszącą go osobą oraz z jej zachowaniem może mieć porównywalne [do symbolu religijnego, np. krzyża] oddziaływanie. Chusta noszona przez muzułmanki jest postrzegana jako znak różnorodnych wypowiedzi i wartości<sup>48</sup>.

Stwierdził między innymi, że jej noszenie jest związane z istnieniem pewnych reguł o charakterze religijnym odnoszących się do ubioru, może być również wyrazem przywiązania do tradycji kraju pochodzenia. Trybunał nie wykluczył, iż chusta może być także postrzegana jako wyraz symbolu fundamentalizmu religijnego, nieakceptującego wartości społeczeństw zachodnioeuropejskich, w szcze-

---

nei nie są zależne od wyznania religijnego. Nikt nie może ponosić szkody ze względu na przynależność lub brak przynależności wyznaniowej albo na światopogląd”.

<sup>44</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, pkt 1 tenoru wyroku.

<sup>45</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 36.

<sup>46</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 41.

<sup>47</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 47.

<sup>48</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 50.

gólności emancypacji kobiet. Trybunał zauważył jednak, że ani sądy niższych instancji, ani FTK w ramach rozprawy ustnej, nie ustaliły, że takie właśnie treści poprzez swoje zachowanie chce przekazywać skarżąca<sup>49</sup>. W ramach ustnej rozprawy FTK wysłuchał biegłą – dr Karakasoglu – która po przeprowadzeniu wywiadu z 25 islamskimi studentkami pedagogiki stwierdziła, iż muzułmanki w Niemczech noszą chustę, aby zachować swoją tożsamość w sytuacji diaspory. Według uczestniczek wywiadu chusta pełni również funkcję ochronną przez to, iż jest znakiem ich seksualnej wstrzemięźliwości oraz sygnalizuje ich chęć integracji, ale na warunkach przez nie same określonych. Trybunał stwierdził, iż, co prawda, na podstawie wywiadów nie można sformułować żadnej reprezentatywnej opinii o muzułmankach żyjących w Niemczech, ale wobec wielości motywacji dla noszenia chusty nie można stwierdzić, iż jest ona znakiem braku równouprawnienia społecznego kobiet. Dla wielu muzułmanek żyjących w Niemczech jest to zachowanie wybrane z własnej woli, by prowadzić samodzielne życie bez zrywania z kulturą kraju swego pochodzenia<sup>50</sup>.

Trybunał podkreślił, iż przesłania wyrażanego poprzez chustę noszoną przez nauczyciela nie można utożsamiać z wypowiedzią państwa w sprawach religijnych. Potwierdził natomiast, iż oddziaływanie takiego zachowania na uczniów może być szczególnie intensywne, ponieważ są oni konfrontowani z określonym przesłaniem przez cały czas swojej obecności w szkole, bez żadnej możliwości uniknięcia takiej konfrontacji<sup>51</sup>. Trybunał stwierdził na podstawie opinii biegłych, iż oddziaływanie omawianego zachowania nauczyciela na uczniów nie zostało na razie potwierdzone<sup>52</sup>, a konflikty z uczniami bądź ich rodzicami na tym tle mają jedynie charakter potencjalny<sup>53</sup>.

W dalszej części uzasadnienia Federalny Trybunał Konstytucyjny skupił się na braku ustawowej podstawy dla odmowy wykonywania zawodu nauczyciela przez skarżącą ze względu na jej odmowę rezygnacji z ubioru o charakterze religijnym<sup>54</sup>. Ten właśnie brak ustawowej regulacji, która pozwalałaby na odmowę zatrudnienia ze względu na noszenie ubioru określonego przez nakazy religijne, stał się właściwą podstawą dla podważenia wyroków sądowych oraz decyzji administracyjnej wydanej w tej sprawie.

Wyżej omawiane orzeczenie zostało przyjęte stosunkiem głosów 5 do 3; trzech sędziów: Jentsch, Di Fabio i Mellinshoff, zgłosiło zdanie odrębne do wyroku. Sędziowie ci stwierdzili, iż większość Senatu, przyjmując, że określone obowiązki służbowe, które dotyczą kwestii wolności religijnej i wolności poglądów, muszą podlegać regulacji ustawowej, jednocześnie pominęła zasadniczy problem konstytu-

<sup>49</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 51.

<sup>50</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 52.

<sup>51</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 54.

<sup>52</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 56.

<sup>53</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 49.

<sup>54</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 57.

cyjny, a więc zagadnienia neutralności państwa w zakresie kształcenia i wychowania przez szkołę. Ponadto orzeczenie prowadzi do deformacji systemu podziału władz oraz zakresu stosowania praw podstawowych, jeśli chodzi o dostęp do urzędów publicznych<sup>55</sup>. Konieczność ustawowej regulacji pewnych zachowań urzędników państwowych o charakterze religijnym została oparta na stwierdzeniu, iż zakaz takich zachowań narusza prawa podstawowe osób zajmujących urzędy państwowe. W związku z powyższym, w zdaniu odrębnym dużo miejsca zajęły refleksje dotyczące pozycji urzędnika państwowego w systemie organizacyjnym państwa. Sędziowie, którzy zgłosili zdanie odrębne do wyroku FTK byli zdania, iż ochrona praw podstawowych w odniesieniu do urzędników państwowych jest ograniczona funkcjonalnie. W przypadku dostępu do urzędów państwowych nie występuje sytuacja wyważania dóbr prawnych o takiej samej wartości (*keine offene Abwägungssituation*). Jeśli chodzi o realizację praw podstawowych w ramach stosunku szkolnego, w pierwszym rzędzie należy uwzględnić ochronę praw podstawowych uczniów i rodziców<sup>56</sup>. Urzędnik państwowy, w wyniku swojego wolnego wyboru „staje po stronie państwa” i nie może powoływać się na ochronę swojej wolności przez prawa podstawowe w takim samym stopniu, jak to czyni osoba, która nie jest włączona w strukturę organizacyjną państwa. Nauczyciel pełni swoją funkcję nie w ramach wykonywania swojej wolnej woli, ale na zlecenie ogółu i na odpowiedzialność państwa. W tym kontekście nauczyciele nie korzystają z takiej samej ochrony praw podstawowych, z jakiej korzystają rodzice i uczniowie, gdyż nauczyciele biorą udział w wykonywaniu władzy publicznej<sup>57</sup>. Prawa podstawowe mają na celu stworzenie pewnego rodzaju dystansu pomiędzy obywatelem a władzą publiczną, by ograniczyć władztwo państwowe. Ta naczelna rola praw podstawowych nie może być realizowana tam, gdzie dystans ten zostaje zniesiony poprzez włączenie do struktur państwowych<sup>58</sup>. Zakaz noszenia chusty narusza wolność religijną, ale wolność urzędnika jest od początku ograniczona przez konstytucyjno-prawne ramy wykonywania urzędów publicznych. W przeciwnym razie realizacja woli narodu poprzez reprezentantów władzy wykonawczej byłaby niemożliwa wobec wolnościowych roszczeń reprezentantów państwa. Wykonując swoją funkcję, nauczyciel powinien chronić prawa podstawowe uczniów i nauczycieli, ponieważ nie tylko znajduje się „po stronie” państwa, ale państwo działa poprzez niego. Jeżeli urzędnik będzie postrzegany jako podmiot o nieograniczonych roszczeniach w stosunku do swojego zwierzchnika, to granica pomiędzy państwem a społeczeństwem, mająca na celu ochronę dzieci i uczniów, zostanie przekroczona<sup>59</sup>. Sędziowie zwrócili uwagę, że zasada wyłączności ustawy (*Gesetzesvorbehalt*) w ramach ustawodawstwa dotyczącego szkolnictwa została rozszerzona w prze-

<sup>55</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 75.

<sup>56</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 76.

<sup>57</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 77.

<sup>58</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 83.

<sup>59</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 87.

szłości w celu ochrony praw rodziców i uczniów, a nie ochrony nauczycieli posiadających status urzędnika państwowego<sup>60</sup>. Wobec powyższego, jeśli kraj związkowy dopuściłby noszenie chusty lub innego symbolu religijnego, które mogłyby prowadzić do konfliktów na tle religijnym lub światopoglądowym, wtedy można byłoby się powoływać na wyżej wspomnianą zasadę wyłączności regulacji ustawowej, gdyż doszłoby do naruszenia praw podstawowych uczniów i rodziców. Natomiast rozszerzenie zasady wyłączności regulacji ustawowej ze względu na roszczenia nauczycieli, jeśli chodzi o wykonywanie ich czynności służbowych, nie było jeszcze nigdy podnoszone<sup>61</sup>.

W zdaniu odrębnym zwrócono również uwagę, iż art. 33 ust. 2 UZ gwarantuje co prawda każdemu obywatelowi Niemiec dostęp do sprawowania urzędów publicznych, ale dostęp ten jest warunkowany predyspozycją, osiągnięciami zawodowymi oraz umiejętnościami kandydata. Do przesłanek tych należy również gwarancja neutralnego wykonywania służbowych czynności urzędnika państwowego, która związana jest z neutralnością światopoglądową samego państwa<sup>62</sup>. Bezkompromisowe dążenie skarżącej do noszenia chusty podczas zajęć szkolnych nie da się pogodzić z nakazem umiarkowania i neutralności światopoglądowej (*Mäßigungs- und Neutralitätsgebot*) urzędników państwowych<sup>63</sup>. Sędziowie w zdaniu odrębnym zwracają przy tym uwagę, że nie chodzi tu o subiektywną interpretację danego symbolu przez skarżącą, ale o jego obiektywne oddziaływanie na uczniów i ich rodziców<sup>64</sup>. Założenie przyjęte przez większość Senatu na korzyść skarżącej, iż nie można porównywać krzyża powieszonego nad drzwiami klasy szkolnej oraz chusty na głowie nauczycielki, nie odpowiada pozycji prawnej uczniów i ich rodziców, jeśli chodzi o ochronę ich praw podstawowych. Znaczenie ma tutaj wpływ tych symboli na uczniów. Jeśli w społeczności chrześcijańskiej nad drzwiami klasy wisi krzyż, trudno to zakwalifikować jako naruszenie negatywnej wolności religijnej uczniów lub prawa rodziców do wychowania<sup>65</sup>. W przeciwieństwie do symbolu wiszącego na ścianie, osoba nauczyciela wywiera znaczący wpływ na uczniów. Jeśli nauczyciel nosi jakiś wyróżniający się ubiór, wywołuje to u dzieci określone wrażenia, pytania oraz również chęć naśladowania<sup>66</sup>.

Ponadto sędziowie Jentsch, Di Fabio i Mellinshoff zwrócili uwagę, że symbol chusty uważany jest przez znaczącą liczbę wyznawców islamu jako znak podporządkowania się kobiecie. Pogląd ten stoi w sprzeczności z zasadą równoprawnienia kobiety i mężczyzny, wyrażoną w art. 3 ust. 2 UZ. Podobnie Federalny Trybunał Konstytucyjny pominął w swym orzeczeniu również znaczenie poli-

<sup>60</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 88.

<sup>61</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 89.

<sup>62</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 92.

<sup>63</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 102.

<sup>64</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 108.

<sup>65</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 113.

<sup>66</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 114.

tyczno-kulturowe przypisywane noszeniu chusty przez kobiety wyznające islam w społeczeństwach zachodnich<sup>67</sup>. W zdaniu odrębnym zwrócono również uwagę, iż większość Senatu wypowiedziała się za koniecznością regulacji ustawowej, mimo iż parlament krajowy wypowiedział się przeciwko przyjęciu regulacji ustawowej w tym zakresie. Jednocześnie Federalny Trybunał Konstytucyjny nie określił, jak dalece dopuszczalne w tym przypadku jest ograniczanie praw podstawowych, co może prowadzić do tego, iż sprawa ponownie trafi do Trybunału<sup>68</sup>.

### Federalny Trybunał Administracyjny definiuje pojęcie chrześcijaństwa

Wyżej omówiony wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego nie zakończył sporu konstytucyjnego o miejsce symboli religijnych w szkole. Ciężar jego rozstrzygnięcia został przeniesiony na ustawodawcę krajowego<sup>69</sup>. W odpowiedzi na wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, Badenia-Wirtembergia znówelizowała ustawą z 1 kwietnia 2004 r. krajową ustawę o szkolnictwie<sup>70</sup>. Zmieniony został §38 określający dopuszczalność zachowania nauczyciela, które wyrażałoby jego przekonania polityczne, religijne lub światopoglądowe<sup>71</sup>. Na podstawie nowego stanu prawnego została rozpatrzona rewizja pani Ludin, wniesiona do Federalnego Trybunału Administracyjnego [dalej FTA] po wydaniu orzeczenia przez Federalny Trybunał Konstytucyjny. FTA w swym wyroku<sup>72</sup> uznał rewizję pani Ludin za nieuzasadnioną, stwierdzając między innymi, że noszenie chusty narusza zakaz uzewnętrzniania przez nauczycieli swoich przekonań politycznych, religijnych

<sup>67</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 121.

<sup>68</sup> BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 131.

<sup>69</sup> J. Ipsen, *Karlsruhe locuta, causa non finita. Das BVerfG im so genannten „Kopftuch-Streit“*, „Neue Verwaltungszeitschrift“ 2003, nr 10, s. 1211; K.-H. Kästner, *Anmerkung*, „Juristen Zeitung“ 2003, nr 23, s. 1178.

<sup>70</sup> Ustawa z 1 IX 2004 r. w sprawie zmiany ustawy o szkolnictwie (GBL s. 178); ustawa o szkolnictwie to Schulgesetz für Baden-Württemberg (SchG) w brzmieniu z 1 VIII 1983 r., (GBL s. 397; K.u.U., s. 584) z późn. zm.

<sup>71</sup> „§38 (1) Ciało nauczycielskie w szkołach publicznych pozostaje w służbie kraju. (2) Ciało nauczycielskie w szkołach publicznych w rozumieniu §2 ust. 1 nie może uzewnętrzniać przekonań politycznych, religijnych czy światopoglądowych, które mogłyby zagrażać lub naruszać neutralność kraju w stosunku do uczniów i rodziców albo spokój polityczny, religijny lub światopoglądowy w szkole. W szczególności niedopuszczalne jest zachowanie, które może wywoływać wrażenie u uczniów bądź rodziców, iż ciało nauczycielskie występuje przeciwko godności człowieka, równouprawnieniu ludzi zgodnie z art. 3 Ustawy Zasadniczej, wolnościowym prawom podstawowym i ustrojowi wolnościowo-demokratycznemu. Realizacja funkcji wychowawczych na podstawie art. 12 ust. 1, art. 15 ust. 1 i art. 16 ust. 1 Konstytucji Kraju Badenii-Wirtembergii i przedstawianie w myśl tych artykułów chrześcijańskich i zachodnich wartości kulturalnych i oświatowych nie stoi w sprzeczności z nakazem zachowania, zawartym w zd. 1. Nakaz neutralności religijnej zawarty w zd. 1 nie obowiązuje na zajęciach religii zgodnie z art. 18 zd. 1 Konstytucji Kraju Badenii-Wirtembergii. (3) Powołanie kandydata zgodnie z §9 krajowej ustawy o urzędnikach państwowych do pracy w szkołach publicznych w rozumieniu §2 ust. 1 jest zależne od spełnienia przez niego indywidualnego warunku w postaci gwarancji zachowania ust. 2 w trakcie całej przewidywalnej służby. Zd. 1 jest stosowane odpowiednio do nauczycieli przeniesionych do służby szkolnej w Badenii-Wirtembergii”. Przykłady rozwiązań ustawowych w innych krajach zostały omówione m.in. przez U. Battis, P. Bultmann, *Was folg für die Gesetzgeber aus dem Kopftuchurteil des BVerfG*, „Juristen Zeitung“ 2004, nr 12, s. 581.

<sup>72</sup> Wyrok Federalnego Trybunału Administracyjnego z 24 VI 2004 r., BVerwG 2 C 45.05.

czy światopoglądowych ustanowiony w § 38 ust. 2, zd. 1 ustawy o szkolnictwie<sup>73</sup>, a generalna i bezkompromisowa odmowa respektowania tego zakazu jest brakiem predyspozycji w rozumieniu § 38 ust. 3 ustawy szkolnej, który wyklucza powołanie do stanu urzędniczego<sup>74</sup>. Trybunał w Lipsku stwierdził, że noszenie islamskiej chusty jest uzewnętrznianiem przekonań religijnych oraz że należy wziąć pod uwagę wszelkie możliwe interpretacje tego zachowania przez osoby trzecie. Bez znaczenia jest przy tym intencja osoby noszącej chustę, brana pod uwagę powinna być natomiast opinia znaczącej ilościowo grupy uczniów oraz rodziców<sup>75</sup>. Sędziowie Trybunału Administracyjnego stwierdzili również, że omawiany przepis ma na celu przeciwdziałanie wszelkim, także abstrakcyjnym zagrożeniom neutralności światopoglądowej szkoły i porządku szkolnego (*abstrakter Gefährdungstatbestand*), dlatego nie jest konieczne stwierdzenie konkretnego zagrożenia dla tych dóbr, powstałego w wyniku zachowania danego nauczyciela bądź kandydata na nauczyciela<sup>76</sup>. § 38 został uznany w tym postępowaniu za zgodny z Ustawą Zasadniczą, jednakże sędziowie zastrzeżli, że przy jego stosowaniu musi być uwzględniony bezwzględny nakaz równego traktowania różnych wyznań. W tym kontekście niedopuszczalne jest jakiegokolwiek uprzywilejowanie religii chrześcijańskich, co potwierdza również przepis § 38 ust. 2, zd. 3 ustawy szkolnej dotyczący przekazywania chrześcijańskich i zachodnioeuropejskich wartości i tradycji kulturowych oraz oświatowych. Odniesienie do chrześcijaństwa powinno być tutaj interpretowane zgodnie z orzeczeniem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 17 grudnia 1975 r.<sup>77</sup> W tym miejscu sędziowie Trybunału Administracyjnego przedstawili stosunkowo obszerny wywód dotyczący rozumienia chrześcijaństwa w niemieckim prawie państwowym.

[To pojęcie], pomijając jego pochodzenie z obszaru religijnego, określa świat wartości, uwolnionych od prawd wiary, a wywodzących się z tradycji kultury chrześcijańsko-zachodnioeuropejskiej, który leży również u podstaw Ustawy Zasadniczej i obowiązuje w sposób niezależny od swoich religijnych korzeni. Należy tutaj zaliczyć idee niezbywalnej i nienaruszalnej godności ludzkiej (art. 1 UZ), swobody działania (art. 2 UZ), równości wszystkich ludzi i płci (art. 3 UZ), wolności religijnej łącznie z negatywną wolnością religijną (art. 4 UZ). Ponadto pojęcie to zawiera również wartości humanistyczne, takie jak gotowość do pomocy, troska i poszanowanie bliźniego, a także solidarność ze słabszymi. Zadanie przekazywania chrześcijańskich wartości oświatowych i kulturowych w żaden sposób nie zobowiązuje ani nie uprawnia szkoły do przekazywania określonych prawd wiary, ale dotyczy wartości, które mogą być bezwarunkowo zaakceptowane przez każdego urzędnika opierającego się na Ustawie Zasadniczej, niezależnie od jego przekonań religijnych<sup>78</sup>. To samo odnosi się do art. 12 ust. 1, art. 15 ust. 1 i art. 16 ust. 1 Konstytucji Badenii-Wirtembergii<sup>79</sup>.

<sup>73</sup> BVerwG 2 C 45.05, ust. 21.

<sup>74</sup> BVerwG 2 C 45.05, ust. 27.

<sup>75</sup> BVerwG 2 C 45.05, ust. 22 i 23.

<sup>76</sup> BVerwG 2 C 45.05, ust. 25.

<sup>77</sup> BVerwG 2 C 45.05, ust. 36 i 37.

<sup>78</sup> BVerwG 2 C 45.05, ust. 37.

<sup>79</sup> BVerwG 2 C 45.05, ust. 38.

Wyżej omawiany wyrok nie zakończył jednak sporu o obecność symboli religijnych w szkołach. Rygorystycznie rozumiana zasada równouprawnienia wszystkich wyznań stała się podstawą do dopuszczenia obecności chusty na zajęciach szkolnych przez sąd administracyjny I instancji w Stuttgarcie<sup>80</sup>.

### *Karlsruhe locuta, causa non finita*<sup>81</sup>

Jak słusznie przewidziała mniejszość Senatu Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w zdaniu odrębnym, konsekwencją braku jednoznacznej wypowiedzi FTK o zakresie dopuszczalnej obecności symboli religijnych w szkole są dalsze procesy toczące przed sądami w tej sprawie.

Poleceniem z 8 grudnia 2004 r. Wyższy Urząd Szkolny nakazał skarżącą na podstawie § 38 ust. 1 i 2 krajowej ustawy szkolnej, znowelizowanej w wyniku wyżej omówionego wyroku Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, pełnienie obowiązków służbowych w szkole bez nakrycia głowy. Zdaniem Urzędu, noszenie nakrycia głowy związane jest z przesłaniem religijnym, które może naruszać neutralność kraju w stosunku do uczniów i rodziców, a także może zagrażać lub naruszać pokój polityczny, religijny i światopoglądowy w szkole (*Schulfrieden*). To polecenie służbowe zostało zaskarżone przez nauczycielkę do sądu administracyjnego w Stuttgarcie.

Sąd administracyjny uznał skargę nauczycielki, argumentując, iż co prawda noszenie przez skarżącą nakrycia głowy w czasie zajęć szkolnych narusza zakaz wyrażania przekonań religijnych, ale jednocześnie w świetle dopuszczania noszenia przez siostry zakonne habitów w szkołach, zakaz ten narusza prawo skarżącej do równego traktowania w zakresie wyznania, które wynika z art. 3 ust. 1 i 3 UZ oraz art. 14 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Wolności. Zdaniem sądu habit jest jednoznacznie ubiorem o charakterze religijnym, a § 38 ust. 2, zd. 3 krajowej ustawy szkolnej nie dopuszcza uprzywilejowania wyznań chrześcijańskich.

Należy tutaj dodać, że zakonnice w habitach pojawiają się w szkołach Badenii-Wirtembergii prawie wyłącznie na lekcjach religii, natomiast wyjątkowo uczą przedmiotów ogólnych. W tym kontekście nie można się oprzeć wrażeniu, że nakaz bezwzględnie równego traktowania różnych wyznań prowadzi w konsekwencji do usunięcia duchownych ze szkół. W XXI w. islam stał się elementem kształującym rzeczywistość społeczno-prawną tego kraju związkowego w takim samym stopniu, jak pozostałości jednego z najstarszych opactw benedyktyńskich w Lorch, świadczące o ponadtysiącletniej obecności chrześcijaństwa na ziemiach niemieckich. Kto twierdzi inaczej, jest niepoprawny politycznie i narusza zasadę równości.

<sup>80</sup> Wyrok wydany przez sąd administracyjny (Verwaltungsgericht) Kraju Badenii-Wirtembergii w Stuttgarcie 7 VII 2006, sygn. akt. 18 K 3562/05.

<sup>81</sup> Tytuł pochodzi z artykułu J. Ipsena, *op. cit.*, s. 1210.

### Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Dahlab przeciwko Szwajcarii<sup>82</sup>

W kontekście prezentowanych wyżej orzeczeń należy wskazać na orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wydane w sprawie analogicznej do sprawy F. Ludin rozpatrywanej przez niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny. Pani Dahlab od 1990 r. była nauczycielką w Genewie. W marcu 1991 r. przeszła z katolicyzmu na islam, a następnie wyszła za mąż za obywatela Algierii. W czasie prowadzenia zajęć szkolnych Dahlab nosiła chustę. Dyrektorka generalna szkół podstawowych kantonu Genewa w 1996 r. zakazała nauczycielce noszenia chusty. U podstaw zakazu leżały przepisy ustawy o szkolnictwie publicznym<sup>83</sup>. W piśmie dyrektorka wyraziła opinię, iż noszenie chusty przez nauczycielkę jest jawnym znakiem identyfikacji z określonym systemem światopoglądowo-religijnym, który zostaje narzucony przez nauczycielkę swoim uczniom, co powoduje, iż zachowanie to jest niezgodne ze zlaicyzowanym systemem oświaty publicznej. Decyzja ta została utrzymana w mocy w kolejnych instancjach, w tym przez szwajcarski Sąd Federalny (*Bundesgericht*)<sup>84</sup>. W orzeczeniu Sądu Federalnego chusta została uznana za symbol religijny, zakaz jej noszenia oparto o zasadę neutralności oraz o obowiązek zachowania pokoju religijnego w szkołach. Sąd Federalny zwrócił uwagę, iż nauczycielka publicznej szkoły podstawowej dobrowolnie przyjęła na siebie obowiązki wynikające z zasady neutralności światopoglądowej. Ponadto jako urzędniczka reprezentuje ona państwo. W zakresie stosunku służbowego istniejącego między urzędnikiem a państwem organy władzy państwowej posiadają szerszy zakres uznania, jeśli chodzi o możliwość ograniczania praw i wolności osoby posiadającej taki status. Sąd zwrócił uwagę, iż uczniowie, szczególnie jeśli chodzi o małe dzieci w obowiązkowych szkołach podstawowych, bardzo często identyfikują się z osobą nauczyciela, którego spotykają niemal codziennie i któremu są podporządkowani.

Sąd Federalny w orzeczeniu w sprawie Dahlab powoływał się na swój wyrok z 1990 r., w którym uznał, iż umieszczanie krzyży w pomieszczeniach szkolnych, w których odbywają się zajęcia szkoły podstawowej, jest niezgodne z obowiązkiem neutralności światopoglądowej<sup>85</sup>. W tym kontekście szwajcarskie orzecznictwo sądu wydaje się z jednej strony konsekwentne, jeśli chodzi o usuwanie symboli religijnych ze szkół, z drugiej strony Sąd Federalny nie ucieka od problemu definiowania chusty i traktuje ją również jako symbol religijny, w świetle zasady neutralności światopoglądowej szkoły również zakazany. Nie dochodzi jednak tutaj

<sup>82</sup> Orzeczenia ETPCz z 15 II 2001 o dopuszczalności skargi nr 42 393/98, „Neue Juristische Woche” 2001, z. 39, s. 2871.

<sup>83</sup> Ustawa z 6 I 1940 r., loi sur l’instruction publique – LIP.

<sup>84</sup> Wyrok z 12 XI 1997 r., sygn. akt 2 P. 419/1996, BGE, Teil 1, 1997, s. 296.

<sup>85</sup> Bundesgericht, orzeczenie z 29 IX 1990 r., sygn. akt ATF 116 I a 252, [www.unifr.ch/religionsrecht/rechtsprechung](http://www.unifr.ch/religionsrecht/rechtsprechung).



do jaskrawej dyskryminacji chrześcijaństwa, jak w orzecznictwie niemieckim. Poglądy Sądu Federalnego spotkały się również z akceptacją ze strony Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, do którego w 1998 r. zwróciła się ze skargą pani Dahlab, podnosząc naruszenie przez Szwajcarię art. 9 i art. 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził, iż środek zastosowany przez władze szwajcarskie jest dopuszczalny w świetle art. 9 ust. 2 Konwencji, według którego wolność uzewnętrzniania wyznania lub przekonań może podlegać jedynie takim ograniczeniom, które są przewidziane przez ustawę i konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na interesy bezpieczeństwa publicznego, ochronę porządku publicznego, zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób. Biorąc pod uwagę uzasadnienie wyroku Sądu Federalnego i brzmienie decyzji szwajcarskich organów administracyjnych, Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził, iż ograniczenie wolności wyznania skarżącej jest dopuszczalne ze względu na prawa i wolności innych, porządek i bezpieczeństwo publiczne. Przy ocenie, czy dany środek jest „konieczny w społeczeństwie demokratycznym”, Trybunał wskazał, iż Sąd Federalny, wydając swoje orzeczenie, rozważył ograniczenie wolności wyznania nauczycielki w kontekście możliwego naruszenia uczuć religijnych uczniów oraz rodziców, a także naruszenie zasady neutralności religijnej szkoły. Ponadto Sąd wziął pod uwagę szczególnie charakter zawodu nauczyciela szkoły publicznej, który reprezentuje państwo. Trybunał wskazał również, iż dzieci w wieku od czterech do ośmiu lat, z którymi pracuje nauczycielka, są bardzo podatne na wpływ, wobec czego nie można wykluczyć oddziaływania chusty na dzieci. Wobec powyższego władze szwajcarskie nie przekroczyły zakresu uznania przyznanego przez art. 9 ust. 2 Konwencji, a środki przez nie podjęte nie mogą zostać uznane za nieproporcjonalne. W związku z powyższym skarga została uznana za nieuzasadnioną w rozumieniu art. 35 ust. 3 Konwencji i zgodnie z art. 35 ust. 5 Konwencji została odrzucona. Skarżąca zarzuciła również władzom szwajcarskim naruszenie zakazu dyskryminacji zawartego w art. 14 Konwencji, ze względu na to, iż zakaz noszenia chusty odnosi się wyłącznie do kobiet. Trybunał uznał jednak, że środek zastosowany przez Szwajcarię nie odnosił się do przynależności skarżącej do płci żeńskiej, ale miał na celu poszanowanie zasady neutralności nauczania w szkołach podstawowych i mógłby być również zastosowany w stosunku do mężczyzny, który nosi ubiór wymagany przez określoną religię. Skarga i w tym zakresie została przez Trybunał Praw Człowieka odrzucona.

## Podsumowanie

Podsumowując orzeczenia Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, wątpliwość budzi przede wszystkim brak konsekwencji w wypowiedziach sądu na temat obecności symboli religijnych w przestrzeni publicznej. Jego podłożem jest fakt, iż

Trybunał nie określił jednoznacznie charakteru chusty<sup>86</sup>. O ile w orzeczeniu dotyczącym obecności krzyża w szkole zostały zawarte dosyć obszerne wywody o jego religijnym przesłaniu, to w kontekście chusty FTK stwierdził jedynie, że reguła nakazująca noszenie chusty ma źródło w religii islamskiej i objęta jest zakresem ochrony art. 4 ust. 1 i 2 UZ. Chusta, w przeciwieństwie do krzyża, nie została natomiast uznana za symbol religijny, chociaż takie stanowisko prezentuje Europejski Trybunał Praw Człowieka<sup>87</sup> czy szwajcarski Sąd Najwyższy. Oczywiście, gdyby takie stwierdzenie padło również w orzeczeniu FTK, noszenie chusty musiałoby zostać zakazane, jako logiczna konsekwencja wywodów FTK w orzeczeniach dotyczących szkół o charakterze chrześcijańskim i postanowienia zakazującego umieszczenia krzyży w pomieszczeniach szkolnych.

Trudno również zaakceptować twierdzenie niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego, że zachowanie nauczyciela, w tym jego ubiór, który może wyrażać pewne treści o charakterze religijnym bądź światopoglądowym, nie może być identyfikowane z treściami reprezentowanymi przez państwo. Nauczyciel, który w Federalnej Republice Niemiec ma status urzędnika państwowego, nie wykonuje przecież swojej funkcji prywatnie, ale występuje w tej roli na zlecenie i w imieniu państwa. Kwestia ta zresztą została obszernie omówiona w zdaniu odrębnym sędziów konstytucyjnych.

Trybunał stwierdził ponadto, iż chusta noszona przez muzułmanki może być identyfikowana z różnymi wypowiedziami i wartościami. Oprócz charakteru religijnego, noszenie chusty może być postrzegane jako polityczny symbol islamskiego fundamentalizmu, dystansowania się od wartości społeczeństw zachodnich, a w szczególności emancypacji kobiet. Choć FTK oraz sądy niższych instancji nie ustaliły, z jakim dokładnie przesłaniem skarżąca wiąże noszenie chusty, niemiecki sąd konstytucyjny stwierdził, iż skarżąca nie ma zamiaru manifestowania takich treści. Fakt, że FTK nie zajął się bardziej szczegółowo znaczeniem polityczno-swiatopoglądowym chusty, trudno wytłumaczyć, zwłaszcza że w przeszłości zakazywał nauczycielom manifestowania swoich poglądów, np. noszenia plaketek z napisem: „Stop dla energii atomowej”. To, że skarżąca twierdzi, iż chusta nie ma dla niej znaczenia symbolu politycznego, nie zmienia faktu, że jej postawa może zostać odczytana w kategoriach politycznych przez społeczność szkolną.

Z noszeniem chusty związany jest również problem zgodności z art. 3 ust. 2, zd. 1 Ustawy Zasadniczej, który ustanawia zasadę równouprawnienia kobiet

<sup>86</sup> Podobnie M. Betrams krytycznie wyraża się o braku refleksji sądownictwa niemieckiego nad znaczeniem chusty w religii islamskiej (M. Betrams, *Lehrerin mit Kopftuch? Islamismus und Menschenbild des Grundgesetzes*, „Deutsches Verwaltungsblatt” 2003, H. 19, s. 1225 i nast).

<sup>87</sup> ETPCz wypowiedział się w ten sposób o chuście nie tylko w omawianej wyżej sprawie Dahlab, ale również w sprawie Leyla Sahin vs Turcja, 44774/98. Obywatelka Turcji zwróciła się ze skargą przeciwko zakazowi noszenia chust oraz bród na Uniwersytecie w Istambule, podnosząc m.in. naruszenia art. 9 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Trybunał w swoim orzeczeniu nie stwierdził naruszenia wolności religijnej poprzez wydanie wyżej wymienionego zakazu, a samo noszenie chusty zostało uznane za symbol religijny, który w ostatnich latach nabrał dodatkowo silnego znaczenia politycznego ze względu na wykorzystywanie tego symbolu przez ruchy ekstremistyczne dążące do oparcia porządku społecznego w Turcji wyłącznie na religii islamskiej.

i mężczyzn. Federalny Trybunał Konstytucyjny pominął prawie zupełnie tę kwestię. Badania przeprowadzone przez biegłą stały się podstawą dla twierdzenia, iż noszenie chusty przez kobiety wyznające islam jest wyrazem ich wolnej woli i nie ma nic wspólnego z brakiem równouprawnienia kobiety w islamie, a więc nie narusza odpowiedniej normy Ustawy Zasadniczej. Trudno przyjąć do wiadomości, że wywiad z 25 studentkami pedagogiki w Niemczech, z których 12 nosi chustę, rozwiązuje pytanie o miejsce kobiety w islamie, które jest przedmiotem wielu publikacji naukowych<sup>88</sup>. Należy zauważyć, że wszystkie poruszone wyżej wątpliwości pojawiły się również w zdaniu odrębnym do wyroku FTK.

Dlaczego Federalny Trybunał Konstytucyjny uznaje obecność krzyża w szkołach za niezgodną z Ustawą Zasadniczą, natomiast noszenie islamskiej chusty przez urzędnika państwowego – rzecz nie do pomyślenia w Turcji – jest z nią zgodne? Dlaczego Trybunał rezygnuje z przynajmniej równego traktowania religii chrześcijańskiej i islamskiej – bo nie mówi się już tutaj o jakimkolwiek uprzywilejowaniu chrześcijaństwa, będącego istotnym elementem kultury i historii niemieckiej? Niestety, w warstwie prawnej orzeczeń Federalnego Trybunału Konstytucyjnego nie znalazłam argumentów, które usprawiedliwiałyby takie rozstrzygnięcia. Wydaje się, że w wypadku braku wystarczającej podstawy prawnej, orzeczenia takie muszą być motywowane ideologicznie. Na podobną tendencję w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych wskazuje A. Bryk, stwierdzając, że sędziowie federalni, chcąc zrealizować ideał „sprawiedliwego” społeczeństwa według wyobrażeń liberalno-lewicowych za pomocą orzeczeń mających zmienić system polityczny, opierali się na przesłankach pozakonstytucyjnych, między innymi na interpretacji opartej na teoriach psychologicznych<sup>89</sup>.

W przypadku omawianych orzeczeń niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego to już nawet nie walka sędziów konstytucyjnych „z malarią fundamentalistycznej teologizacji, która uzależnia porządek prawny od prawdy religijnej”<sup>90</sup>, ale rodzaj fobii na tle religii chrześcijańskiej, której granica nie jest wyznaczana nawet przez racjonalne myślenie prawnicze<sup>91</sup>, i to w ojczyźnie pozytywizmu prawniczego.

Nie oznacza to, by, w mojej opinii, „równouprawnienie symboli religijnych” powinno w myśl tez orzeczenia o krzyżach, prowadzić do wykluczenia wszelkich symboli religijnych z przestrzeni publicznej. Ich obecność bądź jej brak jest tak na-

<sup>88</sup> Krytycznie na temat zgodności noszenia chusty z art. 1 ust. 1 i art. 3 ust. 2 UZ pisze M. Betrams, *op. cit.*, s. 1232 i nast. O patriarchalnej dominacji w tym kontekście H. Jamsheer, *Women in Islam. Tradition and modernity*, „Studia Arabistyczne i Islamistyczne” 1995, nr 3, s. 47. O pozycji kobiety w islamie zob. m.in.: E. Machut-Mendecka, *Kobieta bez zasłony. Muzułmanka w świetle wiary i kultury*, [w:] D. Chmielowska, B. Grabowska, E. Machut-Mendecka, *Być kobietą w Orientcie*, Warszawa 2001, s. 19 i nast.; W. Wiebke, *Die Frau im Islam*, Leipzig 1983, s. 34 i nast.; S. Altorki, *Role and Status of Women*, [w:] *The Oxford Encyclopedia of the Modern Islam World*, red. J. L. Eposito, Oxford 1995, s. 323 i nast.

<sup>89</sup> A. Bryk, *Pole bitwy ideowej*, „Nowe Państwo” 2006, nr 4, s. 16.

<sup>90</sup> J. Isensee, *op. cit.*, s. 208.

<sup>91</sup> Krytycznie na temat wykładni prawa przez sędziów FTK zob. J. Isensee, *Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation*, „ZRP” 1996, z. 1, s. 15.

prawdę pytaniem o tożsamość wspólnoty<sup>92</sup>. J. Isensee zwraca uwagę, że obecność krzyża w przestrzeni publicznej odpowiada roli *invocatio Dei* w preambule Ustawy Zasadniczej. Wyraża element transcendentalny w bycie państwa oraz wskazuje na ograniczoność i niedoskonałość prawa państwowego oraz działań samego państwa. Ich obecność jest przy tym nie wyrazem woli organizacji religijnych, ale wyrazem woli państwa<sup>93</sup>. Konstytucje wielu państw europejskich, w tym Niemiec i Polski, nie ograniczają się jedynie do organizacji władz państwowych oraz do unormowania stosunków między obywatelem a władzą publiczną. Konstytucje, a zwłaszcza preambuły, według J. H. H. Weilera odzwierciedlają wartości, ideały oraz symbole podzielane przez określoną społeczność, są odbiciem jej samoświadomości i odgrywają podstawową rolę w definiowaniu tożsamości narodowej<sup>94</sup>.

Oczywiście, wraz ze zmieniającym się składem społeczeństwa pojawia się pytanie o możliwość uzupełnienia przestrzeni publicznej o kolejne symbole. Jeśli taka będzie wola narodu, można przecież zmienić przepisy Ustawy Zasadniczej czy przepisy konstytucji krajowych. Natomiast niedopuszczalne jest, by o zmianie krzyża na chustę decydowali sędziowie sądów konstytucyjnych. A. Bryk, omawiając dzieje Akcji Afirmatywnej w Stanach Zjednoczonych, wskazuje na dramatyczny wzrost lobbingu w systemie sądownictwa. Uzyskanie pewnych praw grupowych okazuje się o wiele łatwiejsze poprzez orzeczenie sądowe niż w ramach tradycyjnego procesu wyborczego:

Potężne grupy interesu, nie tylko ekonomicznego, ale też mniejszości, wspierane też przez wyspecjalizowaną obsługę prawną, inicjują indywidualne sprawy sądowe, których rozstrzygnięcie na poziomie Sądu Najwyższego, najwyższego sądu konstytucyjnego zmienia cały system prawa. Działalność taka jest znacznie tańsza i mniej nieprzewidywalna niż lobbing tradycyjny, poprzez oddziaływanie na ciała legislacyjne<sup>95</sup>.

Wydaje się, iż uwaga ta ma również zastosowanie w odniesieniu do spraw rozpatrywanych przez Federalny Trybunał Konstytucyjny, zwłaszcza że orzeczenia te – dekretujące znaczącą zmianę w przestrzeni publicznej, a mianowicie usunięcie krzyża w Bawarii – spowodowały ogromne protesty społeczne.

W kontekście decyzji Trybunału pojawia się również pytanie o właściwy wymiar sekularyzacji. Czy jest to dystans pomiędzy sferą świecką a religią, czy też jest to usunięcie religii z przestrzeni życia społecznego w ogóle. Wybór tej ostatniej formuły prowadzi, według Ch. Delsol, do katastrofy antropologicznej, ograbienia człowieka z transcendencji<sup>96</sup>. A. Bielik-Robson stwierdza natomiast, że

<sup>92</sup> *Ibidem*, s. 10.

<sup>93</sup> *Ibidem*, s. 15.

<sup>94</sup> J. H. H. Weiler, *op. cit.*, s. 29 i nast.

<sup>95</sup> A. Bryk, *Akcja Afirmatywna, doktryna różnorodności a plemienna koncepcja społeczeństwa liberalnego*, „Krakowskie Studia Międzynarodowe” 2004, nr 2, s. 57.

<sup>96</sup> Ch. Delsol, *Skazani na konflikt*, „Znak” 2002, nr 9, s. 23 (szerzej na ten temat zob. *idem*, *Esej o człowieku późnej nowoczesności*, Kraków 2003).

życie w świecie odczarowanym, rządzącym się zimnymi procedurami rozumu instrumentalnego, zasadami interesu, kontraktu, walki o władzę, może wszak rodzić poczucie „spłaszczenia” egzystencjalnego<sup>97</sup>.

Jednocześnie autorka wskazuje, że właściwie to odczarowanie w naszej kulturze zaszło już zbyt daleko i obecnie żadna treść religijna nie ma prawa bytu<sup>98</sup>. Wyrażna negacja obecności symboli i chrześcijańskich treści religijnych w przestrzeni publicznej została zapoczątkowana wyrokami dotyczącymi chrześcijańskiego charakteru szkół powszechnych w Badenii-Wirtembergii oraz w Bawarii, kiedy to Federalny Trybunał Konstytucyjny stanął na stanowisku, iż w świetle Ustawy Zasadniczej dozwolone jest jedynie prezentowanie wartości chrześcijańskich i elementów kultury chrześcijańskiej bez powiązania z jakimikolwiek treściami religijnymi. Takie stanowisko prowadzi do absurdalnych definicji chrześcijaństwa w świetle Ustawy Zasadniczej jako

świata wartości, uwolnionych od prawd wiary, a wywodzących się z tradycji kultury chrześcijańsko-zachodnioeuropejskiej, który leży również u podstaw Ustawy Zasadniczej i obowiązuje w sposób niezależny od swoich religijnych korzeni.

Nawet dla osoby niemającej głębokiej wiedzy teologicznej stwierdzenie to wydaje się nonsensowne, bo czy może istnieć chrześcijaństwo także w wymiarze kulturowym i oświatowym bez Chrystusa i historii zbawienia? Pytanie to nie jest bynajmniej pytaniem retorycznym. Widocznie jest to możliwe, skoro sędziowie najwyższych sądów dochodzą do takich wniosków. Gdyby nie „feralne” zapisy w konstytucjach krajowych, które mocno akcentują obecność religii chrześcijańskiej w sferze państwowej, pewnie można by mówić o wartościach humanistycznych Europy Zachodniej, ale na nieszczęście sędziów konstytucyjnych, Badenia-Wirtembergia i Bawaria w swoich Konstytucjach umieściły i Boga, i chrześcijaństwo.

Omawiane orzeczenia stanowią niebezpieczny precedens. W komentarzach do wypowiedzi FTK zwracano uwagę, że wyjątki nie mogą prowadzić do odwrócenia dotychczasowej praktyki o 180 stopni<sup>99</sup>, a w sytuacjach konfliktowych konieczne jest stworzenie norm prawnych, które miałyby na celu pogodzenie obu aspektów wolności religijnych – negatywnej i pozytywnej. Takie rozwiązanie możliwe jest zarówno w stosunku do umieszczania krzyży w budynkach szkolnych, jak i w związku z symbolami religijno-światopoglądowymi noszonymi przez nauczycieli. Przepis prawny powinien wyznaczać granice kompromisu, który w pierwszym rzędzie powinien opierać się na dobrej woli i tolerancji ze strony zarówno rodziców, jak i administracji szkolnej. Przepisy prawne, które pozwala-

<sup>97</sup> A. Bielik-Robson, *Zdziwienie kontrolowane*, „Znak” 2002, nr 9, s. 54.

<sup>98</sup> *Ibidem*, s. 59.

<sup>99</sup> W odniesieniu do orzecznictwa Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych A. Bryk konstruuje pojęcie postępowań pilotażowych, w ramach których kontestowano podstawowe zasady kulturowe społeczeństwa amerykańskiego (A. Bryk, *Pole bitwy ideowej...*, s. 16).

ją np. na umieszczenie krzyża w mniej eksponowanym miejscu<sup>100</sup> czy regulacje prawne, które biorą pod uwagę opinię rodziców oraz uczniów na temat noszenia przez nauczyciela określonych symboli religijno-światopoglądowych<sup>101</sup>, są bardziej zgodne z zachowaniem koniecznej równowagi pomiędzy dobrami chronionymi konstytucyjnie niż bezwzględne nakazy lub zakazy formułowane na podstawie jednostkowego przypadku, który stał się podstawą do wydania rozstrzygnięcia przez sąd konstytucyjny. Sami sędziowie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego wzywali do szukania rozwiązań kompromisowych, mających na celu pogodzenie wolności religijnej o charakterze pozytywnym i negatywnym. W omawianej w tym artykule sprawie art. 15 Konstytucji Badenii-Wirtembergii FTK stwierdził, iż wykluczenie wszelkich elementów religijno-światopoglądowych z przestrzeni szkolnej nie zneutralizowałoby istniejących sprzeczności, ale doprowadziłoby do dyskryminacji rodziców wychowujących swoje dzieci w oparciu o religię chrześcijańską, byłiby oni bowiem zmuszeni przez państwo do posłania ich do szkół zlaicyzowanych<sup>102</sup>. Trybunał Konstytucyjny zwracał również uwagę na to, iż w pluralistycznym społeczeństwie jest faktycznie niemożliwe, by uwzględnić w pełni życzenia wszystkich rodziców jeśli chodzi o organizację obowiązkowego szkolnictwa powszechnego. Dlatego też jednostka nie może w sposób nieograniczony powoływać się na swoje prawa z art. 4 Ustawy Zasadniczej, wykonywanie tych praw jest bowiem ograniczone przez prawa osób o odmiennych poglądach. Trybunał, proponując rozwiązanie konfliktowej sytuacji, wskazał, iż musi być ono oparte na wyważeniu kolidujących interesów i uwzględnieniu wszystkich aspektów konstytucyjnoprawnych, w tym nakazu tolerancji, przy czym władze szkolne powinny uwzględnić tradycję szkolnictwa w danym kraju związkowym, skład społeczności pod względem religijnym i stopień zakorzenienia religii w samej społeczności<sup>103</sup>. Niestety, na przełomie wieków sędziowie konstytucyjni nie sięgnęli do podobnego wzorca rozwiązywania kolizji pomiędzy dwoma dobrami prawnymi.

J. Kokott zwraca uwagę, iż w konstytucyjnym modelu kooperacji pomiędzy państwem a wspólnotami religijnymi dotychczas to państwo pozostawiało wiele miejsca na kultywowanie religii w przestrzeni publicznej, pozwalając między innymi na zwalnianie uczennic wyznających islam z zajęć sportowych czy na noszenie chusty w szkole. Orzeczenie dotyczące krzyża natomiast przełamało ten model w kierunku modelu ścisłego podziału na sferę państwową i religijną<sup>104</sup>. W tym kontekście pojawia się ponownie pytanie, dlaczego FTK nie pozostał konsekwentny w swoim orzecznictwie. Dlaczego FTK w sprawie krzyży przyjął model rozdziału sfery religijnej od publicznej i skupił się na ochronie negatywnej wol-

<sup>100</sup> P. Badura, *Das Kreuz um Schulzimmer*, „Bayerische Verwaltungsblätter” 1996, H. 2, s. 39.

<sup>101</sup> U. Battis, P. Bultmann, *Was folg für die Gesetzgeber aus dem Kopfschurteil des BVerfG*, „Juristen Zeitung” 2004, nr 12, s. 587 i nast.

<sup>102</sup> BVerfGE 1 BvR 63/68, ust. 101.

<sup>103</sup> BVerfGE 1 BvR 63/68, ust. 104.

<sup>104</sup> J. Kokott, *Laizismus und Religionsfreiheit im öffentlichen Raum*, „Der Staat” 2005, H. 3, s. 348.

ności religijnej, natomiast w orzeczeniu o chuście ponownie powrócił do modelu kooperacyjnego, wspierając pozytywną wolność religijną. J. Kokott zwraca również uwagę na inny aspekt sprawy, a mianowicie na granice tolerancji. Czy można tolerować brak tolerancji? Brakiem tolerancji jest przecież zarówno konsekwentne odmawianie miejsca dla krzyża, jak również bezkompromisowe przestrzeganie reguł własnej religii dotyczących ubioru. W tym kontekście warto rozważyć przesłanki „rozumnej” wspólnoty religijnej według Habermasa, która z przekonania wyrzeka się narzucania przemocą swoich prawd wiary. To przekonanie wypływa z religijnej świadomości powstałej w wyniku kontaktów z innymi wyznaniem i religiami, z konieczności dostosowania się do autorytetu nauk oraz z uznania przesłanek państwa konstytucyjnego. Jednocześnie nie jest to proces jednostronny, ale wymagający uczenia się obu stron konfliktu wzajemnie od siebie<sup>105</sup>.

W orzeczeniach Federalnego Trybunału Konstytucyjnego wielokrotnie nawiązywano do stwierdzenia, iż państwo jest zobowiązane do zachowywania neutralności światopoglądowej. Zgodnie z tezami Trybunału, ta neutralność jest rozumiana jako „postawa otwarta, wspierająca w równym stopniu wolność wyznania w odniesieniu do wszystkich religii”. Jednakże w świetle powyżej przeprowadzonej analizy orzeczeń pojawia się pytanie, czy w rzeczywistości Trybunał nie zbliża się do pojmowania zasady neutralności jako zasady laickości, a więc usunięcia wszelkich przejawów życia religijnego ze sfery życia publicznego, a w szczególności symboli religii chrześcijańskiej. Takie rozumienie zasady neutralności nie jest jednak w istocie, jak słusznie zauważył J. H. H. Weiler, neutralnością, ale właśnie przyjęciem określonej wizji państwa, którą określa się jako neutralność. W świetle tej wizji wolność religijna i wolność od religii nie są traktowane jednakowo, bowiem ta ostatnia jest traktowana w sposób uprzywilejowany<sup>106</sup>. W perspektywie omawianych orzeczeń FTK neutralność jest jeszcze dodatkowo stawiana pod znakiem zapytania w kontekście różnicowania, a właściwie dyskryminowania religii chrześcijańskich, a wszystko to w świetle przepisów Ustawy Zasadniczej i konstytucji krajowych nawiązujących wyraźnie do chrześcijańskich korzeni narodu niemieckiego. W tym kontekście pojawia się pytanie, czy państwo w ogóle może być neutralne światopoglądowo. §38 ust. 1 krajowej ustawy o szkolnictwie, który został znowelizowany w wyniku orzeczenia FTK, stwierdza, iż nauczyciele nie mogą uzewewnętrzniać swoich przekonań politycznych, religijnych czy światopoglądowych, a z drugiej strony zakazane są zachowania, które nie respektowałyby Ustawy Zasadniczej w zakresie ochrony godności człowieka i praw podstawowych, zasady równouprawnienia czy ustroju demokratycznego. Katalog tych wartości, powszechnie akceptowanych przez państwa Unii Europejskiej, nie jest przecież w żaden sposób neutralny, co widać zwłaszcza w odbiorze np. równości płci czy zasad demokracji przez osoby z innych kręgów cywilizacyjnych, które zamieszkują w państwach europejskich. A. Bryk zauważa, iż sama doktryna neutralności światopoglądowej

<sup>105</sup> J. Habermas, *Wierzyć i wiedzieć*, „Znak” 2002, nr 9, s. 11 i nast.

<sup>106</sup> J. H. H. Weiler, *op. cit.*, s. 40 i nast.

państwa, propagowana również szeroko w amerykańskim prawie konstytucyjnym, jest z jednej strony wewnętrznie sprzeczna, a z drugiej wręcz niebezpieczna:

Wewnętrznie sprzeczna, bowiem liberalne **państwo nie jest w stanie nie podejmować wyborów aksjologicznych** [podkreślenie moje – M. B.], musi rozstrzygać spory światopoglądowe. W rzeczywistości wybory takie podejmuje nieustannie. Stąd neutralność światopoglądowa państwa nie jest neutralnością, lecz zamaskowaną formą dystrybucji aksjologicznej, czyli *de facto* przemocą państwową poza kontekstem demokratycznej dyskusji. [...] Doktryna neutralności światopoglądowej jest z kolei niebezpieczna, gdyż pociąga za sobą konieczność karania tych, którzy wartości „mocne” wyznają i uważania ich za potencjalnie niebezpiecznych w sferze publicznej. [...] Oznacza to, iż państwo odczuwa pokusę uderzenia w instytucje, gdzie rodzą się, czy mogą się rodzić, owe wartości „mocne” jako forma orwellowskich „zbrodni myśli”, np. w Kościoły, a także rodzinę. Wyrazem tego jest brak odniesienia do chrześcijaństwa w konstytucji europejskiej oraz zakaz noszenia symboli religijnych w szkołach. [...] Klincznym przykładem takiego prawnokonstytucyjnego myślenia jest zarówno – by skupić się na ostatnich przykładach – wyeliminowanie odniesienia do chrześcijaństwa w proponowanej preambule do konstytucji europejskiej, jak i francuska ustawa zakazująca noszenia symboli religijnych w szkołach<sup>107</sup>.

Wydaje się, iż cytaty ten trafnie podsumowuje działalność niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, który w ramach swojej działalności orzeczniczej realizuje raczej pewien projekt z zakresu inżynierii społecznej.

---

<sup>107</sup> A. Bryk, *Pole bitwy ideowej...*, s. 50 i nast.