



ORZECZNICTWO TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO ZBIÓR URZĘDOWY

Seria A

Warszawa, dnia 6 marca 2017 r.

Pozycja 9

WYROK

z dnia 23 lutego 2017 r.

Sygn. akt K 2/15*

W imieniu Rzeczypospolitej Polskiej

Trybunał Konstytucyjny w składzie:

Michał Warciński – przewodniczący
Zbigniew Jędrzejewski
Lech Morawski
Mariusz Muszyński – sprawozdawca
Małgorzata Pyziak-Szafnicka,

po rozpoznaniu w trybie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 2072), na posiedzeniu niejawnym w dniu 23 lutego 2017 r., wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich o zbadanie zgodności:

art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o służbie zagranicznej (Dz. U. Nr 128, poz. 1403, ze zm.) w zakresie, w jakim pomija zwrot opłat za naukę dzieci ze względu na szczególne warunki państwa przyjmującego, jeżeli nie mają one możliwości uczęszczania do bezpłatnego przedszkola publicznego, oddziału przedszkolnego przy publicznej szkole podstawowej lub innej formy wychowania przedszkolnego w celu realizacji obowiązkowego rocznego przygotowania przedszkolnego, z art. 70 ust. 2 zdanie pierwsze i art. 70 ust. 4 zdanie pierwsze w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,

o r z e k a:

Art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o służbie zagranicznej (Dz. U. z 2017 r. poz. 161) w zakresie, w jakim pomija zwrot opłat za naukę dzieci, które ze względu na szczególne warunki państwa przyjmującego nie mają możliwości uczęszczania do bezpłatnego przedszkola publicznego, oddziału przedszkolnego przy publicznej szkole podstawowej lub korzystania z innej formy wychowania przedszkolnego w celu realizacji obowiązkowego rocznego przygotowania przedszkolnego, jest niezgodny z art. 70 ust. 2 zdanie pierwsze i art. 70 ust. 4 zdanie pierwsze w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Orzeczenie zapadło większością głosów.

* Sentencja została ogłoszona dnia 3 marca 2017 r. w Dz. U. poz. 476.

UZASADNIENIE

I

1. W piśmie z 8 stycznia 2015 r. Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej: Rzecznik albo RPO) wniósł o stwierdzenie, że art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o służbie zagranicznej (Dz. U. Nr 128, poz. 1403, ze zm.; dalej: u.s.z.) w zakresie, w jakim pomija zwrot opłat za naukę dzieci ze względu na szczególne warunki państwa przyjmującego, jeżeli nie mają one możliwości uczęszczania do bezpłatnego przedszkola publicznego, oddziału przedszkolnego przy publicznej szkole podstawowej lub innej formy wychowania przedszkolnego w celu realizacji obowiązkowego rocznego przygotowania przedszkolnego, jest niezgodny z art. 70 ust. 2 zdanie pierwsze i art. 70 ust. 4 zdanie pierwsze w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

Rzecznik wyjaśnił, że zgodnie z kwestionowanym przepisem, członkom służby zagranicznej przysługuje zwrot opłat za naukę dzieci ze względu na szczególne warunki państwa przyjmującego, jeżeli nie mają one możliwości uczęszczania do bezpłatnej publicznej szkoły typu podstawowego lub średniego. Regulacja ta nie obejmuje placówek, w których realizowane jest roczne obowiązkowe przygotowanie przedszkolne. Z wyjaśnień Dyrektora Generalnego Służby Zagranicznej w Ministerstwie Spraw Zagranicznych (pismo z 2 kwietnia 2014 r., znak BS0.213.11.2014/1) wynika, że zwrot opłat związanych z edukacją dziecka dotyczy wyłącznie nauki, a nie przygotowania przedszkolnego.

Zdaniem RPO, pominięcie w ustawie placówek, w których realizowane jest roczne obowiązkowe przygotowanie przedszkolne, prowadzi do nierówności dostępu do edukacji. Obowiązkowe przygotowanie przedszkolne mieści się w pojęciu „nauki” w rozumieniu art. 70 Konstytucji. Nie ma więc uzasadnienia wprowadzania różnic w realizacji konstytucyjnych wymogów dotyczących powszechności i równości dostępu do przygotowania przedszkolnego w stosunku do innych obowiązkowych etapów edukacji.

Rzecznik wyjaśnił treść konstytucyjnego prawa do nauki i zasady równości. Zwrócił też uwagę, że TK może orzekać w sprawach pominięcia prawodawczego (uregulowania niepełnego). Pominięcie, w przeciwieństwie do zaniechania, nie polega na odstąpieniu od uregulowania danej materii, ale na stworzeniu sytuacji dyskryminujących dla pewnej kategorii podmiotów przez wyłączenie ich z grupy osób uprawnionych do korzystania z bardziej korzystnych przepisów. RPO wyjaśnił, że Trybunał może oceniać konstytucyjność istniejącego aktu normatywnego pod kątem tego, czy nie brakuje w nim unormowań, bez których przepisy budzą wątpliwości konstytucyjne.

Zdaniem Rzecznika, pominięcie przygotowania przedszkolnego w grupie typów szkół wymienionych w art. 29 ust. 4 pkt 4 u.s.z. jest takim właśnie przypadkiem. Roczne obowiązkowe przygotowanie przedszkolne, pod względem cech prawnie istotnych, nie różni się od, uwzględnionych w kwestionowanym przepisie, szkół typu podstawowego i średniego. Konstytucja nie wskazuje dolnej granicy wieku, w którym rozpoczyna się obowiązkowa edukacja, nie wymienia też typu placówek oświatowych, które powinny być pierwszym etapem obowiązkowej nauki. Kształt przepisów w tym zakresie zależy od władzy ustawodawczej.

Rzecznik wskazał, że zgodnie z regulacjami obowiązującymi w dniu złożenia wniosku do TK, obowiązek nauki rozpoczął się w roku kalendarzowym, w którym dziecko kończy 5 lat. Art. 14 ust. 3 ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (Dz. U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2572, ze zm.; dalej: u.s.o.) stanowił wówczas, że dziecko w wieku 5 lat jest obowiązane odbyć roczne przygotowanie przedszkolne w przedszkolu, oddziale przedszkolnym zorganizowanym w szkole podstawowej lub w innej formie wychowania przedszkolnego. Spełnienie tego obowiązku może podlegać egzekucji w trybie przepisów o postępowaniu eg-

z edukacyjnym w administracji, a dzieci, które ze względu na stan zdrowia nie mogą uczęszczać do przedszkola lub szkoły, zgodnie z art. 71b ust. 1a u.s.o., obejmowane są nauczaniem indywidualnym.

Rzecznik wyjaśnił, że przedszkola, zgodnie z art. 2 pkt 1 u.s.o., należą do systemu oświaty podobnie jak szkoły podstawowe, gimnazja czy szkoły ponadgimnazjalne. Z art. 3 pkt 1 u.s.o. wynika, że ilekroć w ustawie jest mowa bez bliższego określenia o szkole, należy przez to rozumieć także przedszkole.

Rozpoczęcie edukacji w wieku 5 lat było obowiązkowe, niezależne od woli rodziców (opiekunów prawnych) oraz od stanu zdrowia, talentów i predyspozycji dziecka. Nauka miała odbywać się w placówce będącej elementem systemu oświaty. Zdaniem RPO, moment rozpoczęcia spełniania rocznego obowiązku przygotowania przedszkolnego, a nie moment rozpoczęcia obowiązku szkolnego, należy uznać za rozpoczęcie obowiązku nauki w rozumieniu, w jakim określenie to pojawia się w Konstytucji.

Celem art. 29 ust. 4 pkt 4 u.s.z. jest wypełnienie obowiązków państwa wynikających z art. 70 ust. 2 i 4 Konstytucji wobec dzieci członków służby zagranicznej wykonujących obowiązki służbowe w placówce zagranicznej.

Zdaniem Rzecznika, cechą relewantną, która decyduje o podobieństwie przygotowania przedszkolnego, szkoły podstawowej i średniej, jest obowiązek nauki. W zakresie, w jakim przepisy regulują kwestię powszechnego, równego dostępu do bezpłatnej edukacji, wszystkie typy placówek oświatowych, w których realizowany jest obowiązek nauki, powinny być traktowane tak samo, bez różnic faworyzujących lub dyskryminujących.

Obowiązkowe roczne przygotowanie przedszkolne nie mogło znaleźć się w wyliczeniu zawartym w art. 29 ust. 4 pkt 4 u.s.z. w pierwotnym brzmieniu ustawy. W momencie wejścia w życie ustawy (2001 r.), przepisy prawa oświatowego nie przewidywały jeszcze takiej instytucji. Pierwszym obowiązkowym etapem edukacji była szkoła podstawowa, a dzieci sześciolatnie miały tylko prawo do przygotowania przedszkolnego (roku zerowego). Obowiązek przygotowania przedszkolnego wprowadziła dopiero ustawa z dnia 27 czerwca 2003 r. o zmianie ustawy o systemie oświaty oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 137, poz. 1304; dalej: ustawa zmieniająca z 2003 r.), która w tej części weszła w życie 1 września 2004 r. W momencie wejścia w życie u.s.z. nie było powodu, by zrównywała ona przygotowanie przedszkolne i szkoły typu podstawowego lub średniego.

W ustawie zmieniającej z 2003 r. wprowadzającej obowiązkowe przygotowanie przedszkolne podjęto próbę dostosowania innych ustaw niż u.s.o. do zmienionego stanu prawnego. Art. 7 ustawy zmieniającej z 2003 r. objął dzieci realizujące przygotowanie przedszkolne prawem do ulgowych przejazdów środkami publicznego transportu zbiorowego na równi z uczniami. Z uzasadnienia ustawy zmieniającej z 2003 r. nie wynikało jednak, dlaczego wśród przepisów dostosowujących przepisy innych ustaw do zmienionego stanu prawnego nie uwzględniono regulacji zawartych w u.s.z. Argumenty uzasadniające utrzymanie różnic w traktowaniu uczniów i ich rodziców nie zostały też wskazane w korespondencji z MSZ.

Ministerstwo Spraw Zagranicznych wyjaśniło, że dzieci członków służby zagranicznej, co do zasady, korzystają z bezpłatnej i powszechnej nauki w państwie przyjmującym. Realizują zatem obowiązek szkolny na zasadach obowiązujących w państwie, na terenie którego przebywają. Jedynie brak możliwości skorzystania z podobnego rozwiązania uzasadnia roszczenie o zwrot kosztów nauki. W związku z tym, w ocenie MSZ, wiek rozpoczęcia obowiązku nauki należy oceniać zgodnie z prawem państwa przyjmującego, w tej materii polskie prawo nie znajduje bowiem zastosowania.

Zdaniem RPO, interpretacja ministerstwa jest sprzeczna z treścią u.s.z. Celem art. 29 ust. 4 pkt 4 tej ustawy jest zapewnienie możliwości korzystania z bezpłatnej nauki w sytuacji, w której standardy systemu oświaty obowiązujące w państwie przyjmującym odbiegają od

tych przyjętych w Konstytucji, a nie przyznanie pierwszeństwa standardom obowiązującym w państwie przyjmującym. Nie można więc pozbawiać dziecka członka służby zagranicznej prawa do nauki ze względu na treść przepisów państwa, na terenie którego wykonują obowiązki jego rodzice.

Rzecznik podkreślił, że problemem w opisywanej sprawie jest nie wiek rozpoczęcia edukacji, ale dostępność placówki oświatowej danego typu. Istotą zarzutu jest zatem nie brak zgody na zwrot opłat za naukę dzieci w określonym wieku, ale odmowa uwzględnienia wniosków o zwrot opłat za obowiązkowe przygotowanie przedszkolne, niezależnie od wieku, w jakim, zgodnie z prawem państwa przyjmującego, rozpoczyna się obowiązek szkolny.

Wiek rozpoczęcia nauki w szkole podstawowej w państwie przyjmującym może różnić się od wieku przyjętego w polskiej ustawie. W takim wypadku wiek rozpoczęcia nauki określa się zgodnie z prawem państwa przyjmującego. Obowiązek zwrotu kosztów nauki dotyczy wyłącznie sytuacji, w której państwo przyjmujące w ogóle nie gwarantuje dziecku pracownika służby cywilnej dostępu do bezpłatnej szkoły danego typu. To polskie prawo określa jednak, które typy szkół powinny być objęte prawem do zwrotu kosztu opłat. Takie rozumienie obecnie obowiązujących przepisów wynika nie tylko z interpretacji konstytucyjnych gwarancji równego dostępu do bezpłatnej nauki, ale także z treści art. 29 ust. 4 pkt 4 u.s.z. Przepis ten wyraźnie nakłada na państwo obowiązek zapewnienia dzieciom pracowników służby zagranicznej dostępu do edukacji analogicznej do tej, do której miałyby dostęp w Polsce. W praktyce oznacza to, że uczące się za granicą dzieci, po powrocie do kraju, będą legitymowały się świadectwami i dyplomami, które pozwolą im kontynuować naukę na etapie właściwym dla ich wieku.

Jeżeli państwo przyjmujące nie zapewnia dostępności szkoły danego typu, obowiązek zwrotu kosztów nauki dzieci pracowników służby zagranicznej wynika z polskich przepisów, a jego zakres określają przepisy u.s.o. Jeżeli zatem polski ustawodawca zrównał sytuację prawną dzieci realizujących obowiązek nauki w przedszkolu i tych realizujących obowiązek nauki w szkole, nie ma podstaw do różnicowania tych typów placówek w odniesieniu do dzieci pracowników służby zagranicznej.

W ocenie Rzecznika, nie można usprawiedliwić wprowadzenia ograniczenia korzystania z konstytucyjnej gwarancji równości dostępu do bezpłatnej edukacji dzieci pracowników służby zagranicznej. Obowiązujące przepisy wykluczają możliwość objęcia przygotowania przedszkolnego prawem do zwrotu kosztów nauki, gdyż wyraźnie odnoszą się do nauki w szkole. Nie można w tym zakresie dokonać wykładni w zgodzie z Konstytucją. Ze względu na brak jasnej definicji pojęcia „szkoła typu podstawowego” oraz ze względu na jednoznaczne stanowisko Ministra Spraw Zagranicznych oraz jednolitą i utrwaloną praktykę wykładni art. 29 ust. 4 pkt 4 u.s.z., należy uznać, że nie jest możliwa zmiana sposobu rozumienia kwestionowanych przepisów.

2. Prokurator Generalny zajął stanowisko, że art. 29 ust. 4 pkt 4 u.s.z. w zakresie, w jakim pomija zwrot opłat za naukę dzieci, jeżeli, ze względu na szczególne warunki państwa przyjmującego, dzieci te nie mają możliwości uczęszczania do bezpłatnego przedszkola publicznego, oddziału przedszkolnego przy publicznej szkole podstawowej lub korzystania z innej formy wychowania przedszkolnego w celu realizacji obowiązkowego rocznego przygotowania przedszkolnego, jest niezgodny z art. 70 ust. 2 zdanie pierwsze i art. 70 ust. 4 zdanie pierwsze w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

Prokurator podzielił zarzuty sformułowane przez RPO dotyczące art. 29 ust. 4 pkt 4 u.s.z. oraz argumentację przedstawioną we wniosku. Zaznaczył jednak, że na mocy art. 1 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 29 grudnia 2015 r. o zmianie ustawy o systemie oświaty oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 35; dalej: ustawa zmieniająca z 2015 r.), wskazywa-

ny przez wnioskodawcę art. 14 ust. 3 u.s.o. otrzymał nowe brzmienie, zgodnie z którym „[d]ziecko w wieku 6 lat jest obowiązane odbyć roczne przygotowanie przedszkolne w przedszkolu lub w innej formie wychowania przedszkolnego”. Obowiązek ten, stosownie do art. 14 ust. 3a zdanie pierwsze u.s.o., w brzmieniu nadanym ustawą zmieniającą z 2015 r., „rozpoczyna się z początkiem roku szkolnego w roku kalendarzowym, w którym dziecko kończy 6 lat”.

Ustawa zmieniająca z 2015 r. zachowała obowiązek odbycia przez dziecko rocznego przygotowania przedszkolnego. Podwyższony został jedynie wiek (z pięciu lat, wskazywanych przez wnioskodawcę, do 6 lat), w jakim dziecko jest obowiązane do odbycia rocznego przygotowania przedszkolnego w przedszkolu lub w innej formie wychowania przedszkolnego.

To znaczy, że przedstawione przez Rzecznika argumenty, odwołujące się do przepisów u.s.o., przemawiające za niekonstytucyjnością art. 29 ust. 4 pkt 4 u.s.z., zachowują aktualność. Problem konstytucyjny w sprawie polega na braku regulacji, umożliwiającej członkom służby zagranicznej uzyskanie zwrotu opłat poniesionych na obowiązkową naukę dzieci na etapie rocznego przygotowania przedszkolnego w państwie przyjmującym, w wypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w kwestionowanym przepisie, bez względu na to, w jakim wieku dziecko obowiązane jest, według prawa polskiego, rozpocząć nauczanie w tej formie.

Art. 29 ust. 4 pkt 4 u.s.z. przyznaje członkowi służby zagranicznej uprawnienie do zwrotu opłat za naukę dzieci w szkole podstawowej lub średniej w państwie przyjmującym, gdy nie mają one możliwości uczęszczania do tego typu bezpłatnych szkół publicznych, ze względu na szczególne warunki państwa przyjmującego.

Prokurator ocenił kwestionowane w art. 29 ust. 4 pkt 4 u.s.z. pominięcie jako naruszające prawo dziecka członka służby zagranicznej, wykonującego czynności służbowe w państwie przyjmującym, o którym mowa w tym przepisie, do równego dostępu do bezpłatnej nauki w formie rocznego przygotowania przedszkolnego (art. 70 ust. 2 zdanie pierwsze i art. 70 ust. 4 zdanie pierwsze w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji). Roczne przygotowanie przedszkolne, pod względem cech istotnych, nie różni się od nauki w szkole podstawowej lub średniej.

Prokurator wyjaśnił, że przedszkola publiczne jako część polskiego systemu oświatowego są placówkami pełniącymi nie tylko funkcję opiekuńczą, ale również oświatową. Wynika to z przepisów o systemie oświaty i wydanych na jej podstawie aktów wykonawczych.

Obowiązek odbycia rocznego przygotowania przedszkolnego, o którym mowa w art. 14 ust. 3 u.s.o., jest pierwszym etapem obowiązku nauki, objętego ochroną art. 70 Konstytucji. Obowiązek ten dotyczy również dzieci członków służby zagranicznej, czasowo przebywających z rodzicami poza granicami kraju. Ustawa o systemie oświaty nie przewiduje bowiem dla tej grupy dzieci odstępstw od realizacji tego obowiązku.

Ustawa o systemie oświaty zawiera rozwiązania mające na celu umożliwienie obywatelom polskim, czasowo przebywającym za granicą, spełnienie obowiązku szkolnego, w tym dzieciom w wieku przedszkolnym – odbycie rocznego przygotowania przedszkolnego.

Z przedstawionych przez Prokuratora Generalnego regulacji prawnych wynika, że na gruncie przepisów o systemie oświaty zapewniona została ochrona równego dostępu do bezpłatnej nauki (art. 70 ust. 2 zdanie pierwsze i art. 70 ust. 4 zdanie pierwsze Konstytucji) także dzieci pracowników służby zagranicznej, czasowo przebywających w innym państwie, również w zakresie dotyczącym rocznego przygotowania przedszkolnego, w różnych formach, przewidzianych omówionymi wyżej przepisami.

Gwarancję realizacji prawa do nauki w postaci równego dostępu do bezpłatnej nauki dzieci członków służby zagranicznej przewiduje art. 29 ust. 4 pkt 4 u.s.z., przyznający prawo

do zwrotu opłat poniesionych na naukę w szkole podstawowej lub średniej, jeżeli, ze względu na szczególne warunki państwa przyjmującego, dzieci te nie mają możliwości uczęszczania do szkół publicznych tego typu.

Pominięcie w art. 29 ust. 4 pkt 4 u.s.z. możliwości uzyskania przez członków służby zagranicznej zwrotu opłat poniesionych przez nich na realizację obowiązkowego rocznego przygotowania przedszkolnego dziecka, w wypadku gdy, ze względu na szczególne warunki państwa przyjmującego, dziecko nie ma możliwości uczęszczania do bezpłatnego przedszkola publicznego, oddziału przedszkolnego przy publicznej szkole podstawowej lub korzystania z innej formy wychowania przedszkolnego, nie realizuje zatem celu wprowadzenia tego przepisu. Pominięcie to nie znajduje uzasadnienia w wartościach konstytucyjnych.

W ocenie Prokuratora, skoro w art. 29 ust. 4 pkt 4 u.s.z. ustawodawca zapewnił dzieciom członków służby zagranicznej możliwość realizacji prawa do równego dostępu do bezpłatnej nauki w szkole podstawowej lub średniej w państwie przyjmującym, w szczególnych sytuacjach, w postaci zwrotu opłat poniesionych przez rodziców na naukę w tych szkołach i jednocześnie, na gruncie u.s.o., naukę na etapie rocznego przygotowania przedszkolnego zrównał z nauką w szkole, to nie ma konstytucyjnych argumentów uzasadniających różnicowanie zasad ponoszenia kosztów nauczania w tych typach placówek oświatowych w odniesieniu do dzieci pracowników służby zagranicznej.

3. Marszałek Sejmu zajął stanowisko, że art. 29 ust. 4 pkt 4 u.s.z. w zakresie, w jakim nie przewiduje zwrotu opłat za naukę dzieci ze względu na szczególne warunki państwa przyjmującego, jeżeli dzieci te nie mają możliwości bezpłatnej realizacji obowiązkowego rocznego przygotowania przedszkolnego, jest niezgodny z art. 70 ust. 2 zdanie pierwsze oraz z art. 70 ust. 4 zdanie pierwsze w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

Marszałek rozważył, czy przygotowanie przedszkolne mieści się w ramach pojęcia nauki w rozumieniu art. 70 Konstytucji. Ustalił, czy obejmuje ono jedynie treści wychowawcze, czy także poznawcze i kształcące.

W rozumieniu u.s.o., obowiązek nauki jest spełniany po ukończeniu gimnazjum, przez uczęszczanie do publicznej lub niepublicznej szkoły ponadgimnazjalnej oraz przez realizowanie, zgodnie z odrębnymi przepisami, przygotowania zawodowego u pracodawcy (art. 16 ust. 5a u.s.o.), natomiast obowiązek szkolny spełnia się przez uczęszczanie do szkoły podstawowej i gimnazjum (art. 16 ust. 5 u.s.o.). Terminologia ustawy jest oderwana w tym zakresie od pojęć konstytucyjnych.

Marszałek Sejmu wyjaśnił, że zadania przedszkola nie ograniczają się do wypełniania funkcji wychowawczych. Wychowanie przedszkolne wykazuje ścisłe związki z systemem szkolnictwa także pod względem organizacyjnym. W świetle art. 2 pkt 1 u.s.o., system ten obejmuje m.in. przedszkola, w tym z oddziałami integracyjnymi, przedszkola specjalne oraz inne formy wychowania przedszkolnego.

Marszałek podkreślił, że przygotowanie przedszkolne obejmuje istotne dla rozwoju dziecka treści poznawcze i kształcące. Jest ono funkcjonalnie powiązane z nauczaniem wczesnoszkolnym. Placówki umożliwiające odbycie tego przygotowania stanowią element systemu oświaty, a nauczyciele przedszkoli są przez prawo traktowani na równi z nauczycielami zatrudnionymi w szkołach. Sejm podzielił stanowisko Rzecznika, że roczne obowiązkowe przygotowanie przedszkolne powinno być traktowane jako element pobierania nauki w rozumieniu art. 70 Konstytucji.

Brak podstawy prawnej do zwrotu opłat w wypadku realizacji przez dziecko obowiązkowego rocznego przygotowania przedszkolnego nie jest celowym zabiegiem ustawodawcy, lecz rezultatem niedostosowania przepisu u.s.z. do nowego kontekstu normatywnego, który

wytworzył się z dniem 1 września 2004 r. Potrzeba zmiany stanu prawnego w tym zakresie jest więc dostrzegana w pracach legislacyjnych.

W niniejszej sprawie nie chodzi o wszystkie dzieci członków służby zagranicznej w wieku zobowiązującym do odbycia przygotowania przedszkolnego, ale jedynie o te, które ze względu na szczególne warunki państwa przyjmującego nie mają możliwości bezpłatnego uczęszczania do placówki oferującej przygotowanie o takim charakterze. Uznając co do zasady, że szczegółowe ukształtowanie sposobu realizacji konstytucyjnego prawa do nauki jest domeną ustawodawcy, Marszałek stwierdził, że art. 70 ust. 2 zdanie pierwsze Konstytucji nie pozwala na wprowadzenie obowiązkowej, lecz odpłatnej nauki.

Marszałek Sejmu zaznaczył, że wymaganie bezpłatności rozciąga się na realizację całego obowiązkowego (podstawowego) programu nauczania, określonego przepisami prawa oświatowego. Za taką interpretacją przemawiają wzgląd na wartość konstytucyjną, jaką jest dobro dziecka, oraz lojalność państwa wobec pracowników służby zagranicznej, których warunki pracy w placówkach zagranicznych powinny im zapewniać prawidłowe i godne wykonywanie zadań (art. 29 ust. 1 u.s.z.).

W ocenie Marszałka, aktualny pozostaje pogląd Sądu Najwyższego, że „państwo ma obowiązek sfinansowania edukacji dziecka pracownika służby dyplomatycznej zatrudnionego za granicą w takim zakresie, w jakim jego nauka jest bezpłatna w Polsce” (wyrok SN z 25 maja 2000 r., sygn. akt I PKN 652/99), w każdym razie w odniesieniu do etapów kształcenia objętych obowiązkiem nauki. W konsekwencji należy uznać, że art. 29 ust. 4 pkt 4 u.s.z. w zakresie, w jakim nie przewiduje zwrotu opłat za naukę dzieci ze względu na szczególne warunki państwa przyjmującego, jeżeli dzieci te nie mają możliwości bezpłatnej realizacji obowiązkowego rocznego przygotowania przedszkolnego, jest niezgodny z art. 70 ust. 2 zdanie pierwsze Konstytucji.

Marszałek wskazał ponadto, że brak podstawy prawnej do zwrotu wspomnianych opłat nie przekreśla szans dziecka na realizację obowiązkowego rocznego przygotowania przedszkolnego. Nie wyklucza bowiem odbycia tego przygotowania za opłatą. Rozwiązanie takie godzi jednak w ogólną zasadę, że każdy musi mieć jednakową szansę podjęcia nauki w szkole (placówce oświatowej) każdego szczebla i każdego typu (to nie znaczy, że każdy obywatel, niezależnie od wiedzy, umiejętności i wykazywanych talentów, powinien mieć gwarantowany dostęp do każdego szczebla wykształcenia).

Pozbawione uzasadnienia utrudnianie dostępu do edukacji przedszkolnej dzieciom członków służby zagranicznej wykonujących obowiązki służbowe w placówce zagranicznej jest niezgodne z konstytucyjną zasadą powszechności i równości dostępu do wykształcenia. Naruszenie wymagania równości w zakresie dostępu do wykształcenia przemawia za przyjęciem, że doszło też do naruszenia ogólnej zasady równości.

II

Art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 2072) dopuszcza możliwość rozpoznania wniosku na posiedzeniu niejawnym, jeżeli pisemne stanowiska wszystkich uczestników postępowania oraz pozostałe dowody zgromadzone w sprawie stanowią wystarczającą podstawę do wydania orzeczenia. Trybunał uznał, że w niniejszej sprawie spełniona została powyższa przesłanka.

III

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Kognicja Trybunału Konstytucyjnego do orzekania w niniejszej sprawie.

1.1. We wniosku z 8 stycznia 2015 r. Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej: Rzecznik albo RPO) wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie, że art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o służbie zagranicznej (Dz. U. z 2017 r. poz. 161.; dalej: u.s.z.) w zakresie, w jakim pomija zwrot opłat za naukę dzieci ze względu na szczególne warunki państwa przyjmującego, jeżeli nie mają one możliwości uczęszczania do bezpłatnego przedszkola publicznego, oddziału przedszkolnego przy publicznej szkole podstawowej lub innej formy wychowania przedszkolnego w celu realizacji obowiązkowego rocznego przygotowania przedszkolnego, jest niezgodny z art. 70 ust. 2 zdanie pierwsze i art. 70 ust. 4 zdanie pierwsze w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

Ze względu na sposób sformułowania zarzutu przez Rzecznika, Trybunał musiał przede wszystkim rozważyć, czy w sprawie mamy do czynienia z zaniechaniem legislacyjnym, czy z regulacją niepełną. Trybunał nie może bowiem kontrolować zaniechań ustawodawczych polegających na „niewydaniu aktu ustawodawczego, choćby obowiązek jego wydania wynikał z norm konstytucyjnych” (por. orzeczenie z 3 grudnia 1996 r., sygn. K 25/95, OTK ZU nr 6/1996, poz. 52; wyrok z 8 listopada 2005 r., sygn. SK 25/02, OTK ZU nr 10/A/2005, poz. 112). Trybunał Konstytucyjny może natomiast badać pominięcie ustawodawcy.

1.2. Dotychczas Trybunał dopuszczał kwestionowanie pominięcia ustawodawcy w zakresie materii wybranej przez niego do regulacji, w szczególności gdy pojawiały się wątpliwości, czy pominięcia nie dokonano arbitralnie, z naruszeniem zasad konstytucyjnych, między innymi zasady równości (por. np. wyroki: z 8 listopada 2005 r., sygn. SK 25/02 oraz 23 października 2007 r., sygn. P 10/07, OTK ZU nr 9/A/2007, poz. 107; 16 listopada 2010 r., sygn. K 2/10, OTK ZU nr 9/A/2010, poz. 102). Trybunał Konstytucyjny zamierza kontynuować dotychczasową linię orzeczniczą w tym zakresie.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Trybunał Konstytucyjny może orzekać w sprawach pominięcia prawodawczego. W orzeczeniu z 3 grudnia 1996 r. o sygn. K 25/95, Trybunał uznał, że ma kompetencje w zakresie oceny konstytucyjności aktu normatywnego z takiego punktu, czy w jego przepisach nie brakuje unormowań, bez których, ze względu na naturę objętej aktem regulacji, może on budzić wątpliwości konstytucyjne. Zarzut niekonstytucyjności może zatem dotyczyć nie tylko tego, co ustawodawca unormował w danym akcie, lecz także tego, co pominął, choć postępując zgodnie z Konstytucją, powinien był unormować. Stanowisko to zostało potwierdzone w kolejnych orzeczeniach Trybunału (por. wyroki z: 6 maja 1998 r., sygn. K 37/97, OTK ZU nr 3/1998, poz. 33; 24 października 2000 r., sygn. SK 7/00, OTK ZU nr 7/2000, poz. 256; 30 maja 2000 r., sygn. K 37/98, OTK ZU nr 4/2000, poz. 112; 24 października 2001 r., sygn. SK 22/01, OTK ZU nr 7/2001, poz. 216; 10 maja 2004 r., sygn. SK 39/03, OTK ZU nr 5/A/2004, poz. 40; 14 marca 2006 r., sygn. SK 4/05, OTK ZU nr 3/A/2006, poz. 29; 17 kwietnia 2007 r., sygn. SK 20/05, OTK ZU nr 4/A/2007, poz. 38).

Szczególnym przypadkiem uznawanym za pominięcie prawodawcze były sprawy, w których braki w regulacjach prawnych wiązały się z wyłączeniem w ustawie pewnej grupy osób należących do szerszej grupy beneficjentów określonego prawa konstytucyjnego (zob. wyroki z: 25 czerwca 2002 r., sygn. K 45/01, OTK ZU nr 4/A/2002, poz. 46; 4 maja 2004 r., sygn. K 8/03, OTK ZU nr 5/A/2004, poz. 37; 17 kwietnia 2007 r., sygn. SK 20/05; 19 września 2007 r., sygn. SK 4/06, OTK ZU nr 8/A/2007, poz. 98; 23 października 2007 r.,

sygn. P 10/07). W wyrokach tych Trybunał zaznaczał w uzasadnieniu, że chodzi o pominięcie prawodawcze. Sformułowania sentencji zredagowane w następujący sposób: „w zakresie, w jakim nie przyznaje”; „w zakresie, w jakim wyłącza”; „w zakresie, w jakim pomija” świadczą o tym, że nie jest to klasyczne rozumienie pominięcia ustawodawczego.

1.3. W niniejszej sprawie Rzecznik kwestionuje nieuwzględnienie w przepisie określonej placówki edukacyjnej, która w jego ocenie powinna się w nim znaleźć. Taki przypadek należy określić jako formę pominięcia ustawodawczego, która nie może być usunięta poprzez stosowanie prawa (por. wyroki z 13 listopada 2007 r., sygn. P 42/06, OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 123 oraz z 23 czerwca 2008 r., sygn. P 18/06, OTK ZU nr 5/A/2008, poz. 83).

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, pominięcie określonych placówek, za których jednakowym potraktowaniem przemawia tożsamość cech, ze względu na które podjęto regulację ustawową (cechy relewantne), może dawać podstawę do kontroli tego typu regulacji przez Trybunał. W takim wypadku nie mamy bowiem do czynienia z niezaskarżalnym zaniechaniem prawodawcy.

W obecnej sprawie Rzecznik zakwestionował przepis ustawowy, którego istnienie ma leżeć u genezy zarzucanej dyskryminacji przez to, że w nim samym pominięto placówki, które – według wnioskodawcy – znajdują się w takiej samej sytuacji. Jeżeli po przeprowadzonej przez Trybunał analizie zarzut wnioskodawcy potwierdziłby się, wówczas stwierdzenie niekonstytucyjności przepisu w zakresie, w jakim pomija daną kategorię podmiotów, byłoby warunkiem niewystarczającym, ale koniecznym do osiągnięcia postulowanego stanu niedyskryminacji.

Ze względu na wskazany w niniejszej sprawie problem konstytucyjny, Trybunał powinien przeprowadzić kontrolę konstytucyjności kwestionowanego przepisu, ponieważ chodzi tu o zarzut braku w przepisie ustawy unormowań, bez których, z uwagi na naturę objętej aktem regulacji, może on budzić wątpliwości natury konstytucyjnej (por. wyrok z 16 listopada 2010 r, sygn. K 2/10, OTK ZU nr 9/A/2010, poz. 102).

2. Problem konstytucyjny.

W świetle kwestionowanej regulacji art. 29 ust. 4 u.s.z.: „Członkowi służby zagranicznej wykonującemu obowiązki służbowe w placówce zagranicznej zapewnia się:

(...) 4) zwrot opłat za naukę dzieci ze względu na szczególne warunki państwa przyjmującego, jeżeli nie mają one możliwości uczęszczania do bezpłatnej publicznej szkoły typu podstawowego lub średniego (...)”.

W ocenie Rzecznika, pominięcie w tym przepisie placówek, w których realizowane jest roczne obowiązkowe przygotowanie przedszkolne prowadzi do nierówności dostępu do edukacji. Obowiązkowe przygotowanie przedszkolne jest częścią prawa do nauki wynikającego z art. 70 Konstytucji. To znaczy, że nie ma uzasadnienia wprowadzania różnic w realizacji konstytucyjnych wymogów dotyczących powszechności i równości dostępu do przygotowania przedszkolnego w stosunku do innych obowiązkowych etapów edukacji.

3. Obowiązek rocznego przygotowania przedszkolnego w świetle ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (Dz. U. z 2016 r. poz. 1943, ze zm.; dalej: u.s.o.).

3.1. Kwestionowany przez Rzecznika przepis ma ścisły związek z kształtem systemu oświaty i wynikającym z niego obowiązkiem przygotowania przedszkolnego. Zgodnie z art. 1 pkt 1 u.s.o., celem polskiego systemu oświaty jest realizacja „prawa każdego obywatela Rze-

czypospolitej Polskiej do kształcenia się oraz prawa dzieci i młodzieży do wychowania i opieki, odpowiednich do wieku i osiągniętego rozwoju”.

3.2. System oświaty, zgodnie z art. 2 u.s.o. obejmuje: 1) przedszkola, w tym z oddziałami integracyjnymi, przedszkola specjalne oraz inne formy wychowania przedszkolnego; 2) szkoły (podstawowe, gimnazja, ponadgimnazjalne, artystyczne); 3) placówki oświatowo-wychowawcze, w tym szkolne schroniska młodzieżowe, umożliwiające rozwijanie zainteresowań i uzdolnień oraz korzystanie z różnych form wypoczynku i organizacji czasu wolnego; 4) placówki kształcenia ustawicznego, placówki kształcenia praktycznego oraz ośrodki dokształcania i doskonalenia zawodowego, umożliwiające uzyskanie i uzupełnienie wiedzy, umiejętności i kwalifikacji zawodowych; 5) placówki artystyczne – ogniska artystyczne umożliwiające rozwijanie zainteresowań i uzdolnień artystycznych; 6) poradnie psychologiczno-pedagogiczne, w tym poradnie specjalistyczne udzielające dzieciom, młodzieży, rodzicom i nauczycielom pomocy psychologiczno-pedagogicznej, a także pomocy uczniom w wyborze kierunku kształcenia i zawodu; 7) młodzieżowe ośrodki wychowawcze, młodzieżowe ośrodki socjoterapii, specjalne ośrodki szkolno-wychowawcze oraz specjalne ośrodki wychowawcze dla dzieci i młodzieży wymagających stosowania specjalnej organizacji nauki, metod pracy i wychowania, a także ośrodki umożliwiające dzieciom i młodzieży, o których mowa w art. 16 ust. 7, a także dzieciom i młodzieży z upośledzeniem umysłowym z niepełnosprawnościami sprzężonymi realizację odpowiednio obowiązku, o którym mowa w art. 14 ust. 3, obowiązku szkolnego i obowiązku nauki; 8) placówki zapewniające opiekę i wychowanie uczniom w okresie pobierania nauki poza miejscem stałego zamieszkania; 9) placówki doskonalenia nauczycieli; 10) biblioteki pedagogiczne; 11) kolegia pracowników służb społecznych.

Ustawa o systemie oświaty w art. 3 pkt 1 stanowi, że ilekroć w dalszych przepisach jest mowa bez bliższego określenia o szkole – należy przez to rozumieć także przedszkole. Trzeba jednak pamiętać, że definicja ta obowiązuje jedynie w obrębie ustawy o systemie oświaty.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 u.s.o., przedszkolem publicznym jest przedszkole, które: 1) realizuje programy wychowania przedszkolnego uwzględniające podstawę programową wychowania przedszkolnego; 2) zapewnia bezpłatne nauczanie, wychowanie i opiekę w czasie ustalonym przez organ prowadzący, nie krótszym niż 5 godzin dziennie; 3) przeprowadza rekrutację dzieci w oparciu o zasadę powszechnej dostępności; 4) zatrudnia nauczycieli posiadających kwalifikacje określone w odrębnych przepisach.

W uzasadnionych przypadkach w przedszkolu publicznym może być, za zgodą kuratora oświaty, zatrudniona osoba niebędąca nauczycielem do prowadzenia zajęć rozwijających zainteresowania, posiadająca przygotowanie uznane przez dyrektora przedszkola za odpowiednie do prowadzenia danych zajęć (zob. art. 6 ust. 6 u.s.o.).

W świetle art. 6 ust. 2 u.s.o. publiczna inna forma wychowania przedszkolnego zapewnia bezpłatne nauczanie, wychowanie i opiekę w czasie ustalonym przez organ prowadzący, nie krótszym jednak niż czas określony w przepisach wydanych na podstawie art. 14a ust. 7 u.s.o. Przepisy dotyczące przedszkola stosuje się również do oddziału przedszkolnego w szkole podstawowej (art. 6 ust. 4 u.s.o.).

Z przepisów prawnych wynika zatem, że przedszkole realizuje nie tylko funkcję opiekuńczo-wychowawczą, ale też oświatową. Podstawę programową wychowania przedszkolnego stanowi obecnie załącznik nr 1 do rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z dnia 27 sierpnia 2012 r. w sprawie podstawy programowej wychowania przedszkolnego oraz kształcenia ogólnego w poszczególnych typach szkół (Dz. U. poz. 977, ze zm.).

3.3. W 1991 r. weszła w życie u.s.o. ustanawiająca prawo do rocznego przygotowania przedszkolnego (rok zerowy) obejmujące dzieci w wieku 6 lat.

Od 1 września 2004 r. prawo to przekształciło się w obowiązek. Ustawą z dnia 27 czerwca 2003 r. o zmianie ustawy o systemie oświaty oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 137, poz. 1304; dalej: ustawa zmieniająca z 2003 r.) wprowadzono do polskiego systemu prawnego obowiązek przygotowania przedszkolnego. Z uzasadnienia projektu tej ustawy wynika, że objęcie obowiązkowym wychowaniem przedszkolnym dzieci w określonym wieku jest realizacją polityki wyrównywania szans edukacyjnych. Podkreślono, że edukacja przedszkolna sprzyja wyrównywaniu szans edukacyjnych dzieci z różnych środowisk społecznych, a w dalszych konsekwencjach może powodować zmiany pozycji społecznej osób mieszkających na wsi, dzięki wyższemu wykształceniu. Odwołując się do badań naukowych, wnioskodawca projektu ustawy wskazał, że dobre przygotowanie przedszkolne obejmujące co najmniej dwuletnią edukację zwiększa szansę dziecka na osiągnięcie sukcesów w szkole (zob. druk sejmowy nr 1197/ IV kadencja).

Ustawa z dnia 19 marca 2009 r. o zmianie ustawy o systemie oświaty oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 56, poz. 458) z dniem 1 września 2011 r. objęła rocznym obowiązkiem przygotowania przedszkolnego dzieci w wieku 5 lat. Projektodawca powołując się na badania nad rozwojem dzieci, jako argument za obniżeniem wieku dzieci objętych obowiązkiem przedszkolnym wskazał, że większość sześciolatków jest gotowa podjąć naukę szkolną. Ponadto wprowadzenie takiej zmiany uzasadniał chęcią dostosowania polskiego systemu do systemu obowiązującego w większości państw Unii Europejskiej (zob. druk sejmowy nr 605/VI kadencja).

Następnie w 2016 r., wychodząc naprzeciw oczekiwaniom i potrzebom rodziców dzieci 6-letnich, przywrócono ustawą z dnia 29 grudnia 2015 r. o zmianie ustawy o systemie oświaty oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 35) wiek 6 lat dla dzieci objętych obowiązkiem przygotowania przedszkolnego, który obowiązuje od 1 września 2016 r. (zob. druk sejmowy nr 106/VIII kadencja).

3.4. Obecnie art. 14 ust. 3 u.s.o. stanowi, że dziecko w wieku 6 lat jest obowiązane odbyć roczne przygotowanie przedszkolne w przedszkolu lub w innej formie wychowania przedszkolnego. Obowiązek, o którym mowa w ust. 3, rozpoczyna się z początkiem roku szkolnego w roku kalendarzowym, w którym dziecko kończy 6 lat. W wypadku dzieci posiadających orzeczenie o potrzebie kształcenia specjalnego, wychowaniem przedszkolnym może być objęte dziecko w wieku powyżej 7 lat, nie dłużej jednak niż do końca roku szkolnego w roku kalendarzowym, w którym dziecko kończy 9 lat.

Obowiązek przygotowania przedszkolnego rozpoczyna się z początkiem roku szkolnego poprzedzającego rok szkolny, w którym dziecko rozpocznie spełnianie obowiązku szkolnego (art. 14 ust. 3a u.s.o.).

3.5. W kontekście sprawy zainicjowanej przez Rzecznika Praw Obywatelskich, jednym ze sposobów realizacji obowiązku szkolnego i obowiązku nauki przez dzieci jest pobieranie nauki w szkołach, zespołach szkół lub szkolnych punktach konsultacyjnych przy przedstawicielstwach dyplomatycznych, urzędach konsularnych lub przedstawicielstwach wojskowych Rzeczypospolitej Polskiej, do zakładania i prowadzenia których, w celu kształcenia dzieci obywateli polskich czasowo przebywających za granicą, zobowiązany został minister właściwy do spraw oświaty i wychowania (art. 5 ust. 3b pkt 1 lit. a u.s.o.).

Ponadto art. 16 ust. 5b pkt 1 u.s.o. przewiduje, że „[o]bowiązek, o którym mowa w art. 14 ust. 3, obowiązek szkolny i obowiązek nauki mogą być spełniane również przez uczęszczanie odpowiednio do przedszkola lub szkoły za granicą, w tym na podstawie umów

międzynarodowych lub porozumień o współpracy bezpośredniej zawieranych przez szkoły, jednostki samorządu terytorialnego i organy administracji rządowej lub w ramach programów edukacyjnych Unii Europejskiej”.

Z § 4 rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z dnia 31 sierpnia 2010 r. w sprawie organizacji kształcenia dzieci obywateli polskich czasowo przebywających za granicą (Dz. U. z 2014 r. poz. 454), wydanego na podstawie upoważnienia zawartego w art. 22 ust. 1 pkt 3 u.s.o. wynika, że: „[o]bowiązek szkolny oraz obowiązek nauki może być spełniany przez dzieci obywateli polskich czasowo przebywających za granicą przez: 1) uczęszczanie do szkoły działającej w systemie oświaty innego kraju; 2) uczęszczanie do szkoły europejskiej działającej na podstawie Konwencji o Statucie Szkół Europejskich, sporządzonej w Luksemburgu dnia 21 czerwca 1994 r. (Dz. U. z 2005 r. Nr 3, poz. 10), zwanej dalej «szkołą europejską»; 3) spełnianie obowiązku szkolnego lub obowiązku nauki poza szkołą, na podstawie art. 16 ust. 8-14 ustawy; 4) uczestniczenie w kształceniu na odległość, prowadzonym przez Ośrodek, obejmującym realizację ramowego planu nauczania; 5) uczęszczanie do szkoły podstawowej, gimnazjum i liceum, o których mowa w § 1 ust. 1”.

Wobec powyższego pojawia się zagadnienie, czy pominięcie w art. 29 ust. 4 pkt 4 u.s.z. placówek, w których można realizować obowiązek przygotowania przedszkolnego spełnienia wymogi wynikające z Konstytucji w kontekście równego dostępu do edukacji.

4. Konstytucyjne prawo do nauki a zasada równości.

Problem konstytucyjny wskazany przez Rzecznika Praw Obywatelskich dotyczy realizacji zasady równości dostępu do nauki. Jako wzorce kontroli wnioskodawca przywołał art. 70 ust. 2 zdanie pierwsze i art. 70 ust. 4 zdanie pierwsze w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

4.1. Zgodnie z art. 70 ust. 2 Konstytucji: „Nauka w szkołach publicznych jest bezpłatna. Ustawa może dopuścić świadczenie niektórych usług edukacyjnych przez publiczne szkoły wyższe za odpłatnością”. Art. 70 ust. 4 Konstytucji stanowi, że: „Władze publiczne zapewniają obywatelom powszechny i równy dostęp do wykształcenia. W tym celu tworzą i wspierają systemy indywidualnej pomocy finansowej i organizacyjnej dla uczniów i studentów. Warunki udzielania pomocy określa ustawa”.

Wskazane wzorce kontroli dotyczą konstytucyjnego prawa do nauki, które jest uregulowane w art. 70 ust. 1 Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny, w wyroku z 16 stycznia 2007 r. o sygn. U 5/06 (OTK ZU nr 1/A/2007, poz. 3), wyjaśnił, że z art. 70 Konstytucji wynikają dwie grupy norm. Po pierwsze, ustanawia on zadania państwa w zakresie oświaty i nauki. Ich realizacja stanowi instytucjonalną podstawę podmiotowego prawa do nauki. Prawo do nauki jest objęte drugim zbiorem norm zawartych w art. 70 Konstytucji. Podmiotowym prawem konstytucyjnym jest powszechny i równy dostęp do wykształcenia jako konieczny element prawa do nauki (art. 70 ust. 4 Konstytucji). W przywoływanym wyroku Trybunał podkreślił, że powszechność i równość kształcenia musi być rozumiana jako równość szans.

Treścią prawa do nauki jest zatem możliwość zdobywania wiedzy, kształcenia prowadzonego w zorganizowanych formach, w sposób regularny i ciągły, obejmującego najpierw pewien kanon podstawowych wiadomości ogólnych, a następnie umożliwiającego uzyskiwanie pogłębionej wiedzy specjalistycznej, kończonego uzyskaniem dokumentów, jednolicie w skali kraju dających szanse kontynuowania nauki lub wykonywania określonego zawodu. Konstytucja przesądza o podstawowych elementach prawa do nauki. Pozostałe treści pozostają w gestii ustawodawcy. Może on nakładać różnego rodzaju ograniczenia na prawo do nauki. Ograniczenia te muszą być zgodne z zasadą proporcjonalności wynikającą z art. 31 ust. 3

Konstytucji (zob. L. Garlicki, uwagi do art. 70, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, s. 3).

Podstawowymi gwarancjami prawa do nauki są dostępność i powszechność. Chodzi o stworzenie każdemu realnych szans kształcenia na różnych poziomach (wyrok z 5 czerwca 2014 r., sygn. K 35/11, OTK ZU nr 6/A/2014, poz. 61).

Obok zasady powszechnego dostępu obywateli do kształcenia, konstytucyjną gwarancją ułatwiającą realizację prawa do nauki jest nieodpłatność edukacji w szkołach publicznych. Zasada nieodpłatności za nauczanie wskazana w art. 70 ust. 2 Konstytucji jest tylko jednym z elementów składających się na kompleksowe konstytucyjne prawo do nauki, do którego należą: prawo obywateli i instytucji do tworzenia niepublicznych zakładów oświatowych (art. 70 ust. 3), gwarancja powszechnego i równego dostępu do wykształcenia udzielana przez władzę publiczną (art. 70 ust. 4) oraz autonomia szkół wyższych (art. 70 ust. 5). Poszczególne gwarancje składające się na prawo do nauki pozostają w ścisłym związku. Normy wyprowadzane z art. 70 Konstytucji muszą być nakierowane na możliwie najszersze podmiotowo zagwarantowanie prawa do nauki (wyrok z 5 czerwca 2014 r., sygn. K 35/11).

Przepisy Konstytucji gwarantują powszechny i równy dostęp do wykształcenia tylko obywatelom. Wynika z tego, że obywatele muszą być objęci równym dostępem do nauki w szkole każdego szczebla. Nie jest to jednak równoznaczne z tym, że nie można dokonać zróżnicowania między obywatelami w dostępie do realizacji prawa do nauki. Ewentualne różnice są możliwe, gdy kryterium różnicujące ma charakter prawnie relewantny. Zasada powszechności nie może być też rozumiana w taki sposób, że każdy, niezależnie od umiejętności i posiadanej wiedzy (talentu), ma gwarantowany dostęp do każdego szczebla wykształcenia. Działania wyrównawcze podejmowane przez władze publiczne powinny dotyczyć przede wszystkim nierówności i barier faktycznych, w tym finansowych, a nie samych wyników edukacyjnych, które z założenia odzwierciedlają rzeczywisty zasób wiedzy i umiejętności danej osoby. Celem prawa do nauki jest bowiem stworzenie jednostce realnych szans kształcenia na różnych poziomach edukacyjnych, w tym także z uwzględnieniem edukacji na poziomie wyższym. Chodzi tu zatem o równość szans, a nie powszechny dostęp do efektów wykształcenia (wyrok z 16 stycznia 2007 r., sygn. U 5/06). Dostęp do realizacji prawa do nauki nie powinien być różnicowany kategoriami ekonomicznymi, a tym bardziej pozycją zawodową rodziców ucznia lub miejscem ich zatrudnienia (wyrok SN z 25 maja 2000 r., sygn. akt I PKN 652/99, OSNAPiUS nr 23/2001 poz. 688).

4.2. Prawo do nauki pojawia się w przedmiotowej sprawie w kontekście równego dostępu do wykształcenia. Rzecznik łączy je z ogólnym wzorcem z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

Zasada równości wobec prawa określona w tym przepisie była wielokrotnie przedmiotem rozważań Trybunału Konstytucyjnego. Orzecznictwo Trybunału w tym zakresie, powstałe w okresie przedkonstytucyjnym, pozostaje aktualne po wejściu w życie Konstytucji z 2 kwietnia 1997 r. (por. wyrok z 16 grudnia 1997 r., sygn. K 8/97, OTK ZU nr 5-6/1997, poz. 70).

Zgodnie z dotychczasowym dorobkiem Trybunału Konstytucyjnego, zasada równości wobec prawa polega na tym, aby wszystkie podmioty prawa (adresaci norm prawnych), charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu były traktowane równo, bez dyskryminowania i faworyzowania (por. np. orzeczenie z 9 marca 1988 r., sygn. U 7/87, OTK w 1988 r., poz. 1; wyroki z: 21 czerwca 2001 r., sygn. SK 6/01, OTK ZU nr 5/2001, poz. 121; 24 października 2005 r., sygn. P 13/04, OTK ZU nr 9/A/2005, poz. 102 i 11 grudnia 2006 r., sygn. SK 15/06, OTK ZU nr 11/A/2006, poz. 170).

Dokonując oceny regulacji prawnej z punktu widzenia zasady równości, należy rozważyć, czy można wskazać wspólną cechę istotną uzasadniającą równe traktowanie podmiotów prawa, biorąc pod uwagę treść i cel danej regulacji prawnej. Ciężar dowodu,

że wprowadzone różnicowanie podmiotów posiadających wspólną cechę istotną spełnia wymienione wyżej wymogi, spoczywa na organie państwowym, który ustanowił zakwestionowany akt prawotwórczy (wyrok z 20 października 1998 r., sygn. K 7/98, OTK ZU nr 6/1998, poz. 96).

Zasada równości zakłada jednocześnie różne traktowanie podmiotów różnych, tj. podmiotów, które nie mają wspólnej cechy istotnej. Równość wobec prawa to zasadność wyboru takiego, a nie innego kryterium różnicowania.

Podstawowy charakter zasady równości w demokratycznym państwie prawnym nie wyklucza jednak możliwości uznania za zgodne z Konstytucją odmiennego traktowania podmiotów podobnych. Warunkiem koniecznym wprowadzenia wyjątków jest jasno sformułowane kryterium, na podstawie którego dokonywane jest zróżnicowanie. Równocześnie kryterium to można w świetle zasad i wartości konstytucyjnych uzasadnić odpowiednio przekonującymi argumentami (zob. wyroki z: 16 grudnia 1997 r., sygn. K 8/97; 24 lutego 1999 r., sygn. SK 4/98, OTK ZU nr 2/1999, poz. 24).

Ewentualne wyjątki od zasady równości powinny spełniać następujące kryteria:

1) Zróżnicowania muszą pozostawać w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma, oraz służyć realizacji tego celu i treści. Wprowadzane odstępstwa od zasady równości muszą mieć charakter racjonalnie uzasadniony. Nie wolno dokonywać zróżnicowania według dowolnie ustalonego kryterium.

2) Zróżnicowania muszą być proporcjonalne. Waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych.

3) Zróżnicowania muszą pozostawać w związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych (por. orzeczenia z: 23 października 1995 r., sygn. K 4/95, OTK w 1995 r., cz. II, poz. 31; 3 września 1996 r., sygn. K 10/96, OTK ZU nr 4/1996, poz. 33; 12 grudnia 1994 r., sygn. K 3/94, OTK w 1994 r., cz. II, poz. 42; 16 grudnia 1996 r., sygn. U 1/96, OTK ZU nr 6/1996, poz. 55; 4 lutego 1997 r., sygn. P 4/96, OTK ZU nr 1/1997, poz. 3 oraz wyroki z: 5 listopada 1997 r., sygn. K 22/97, OTK ZU nr 3-4/1997, poz. 41; 22 grudnia 1997 r., sygn. K 2/97, OTK ZU nr 5-6/1997, poz. 72; 23 kwietnia 2009 r., sygn. K 65/07, OTK ZU nr 4/A/2009, poz. 53).

Z powyższego wynika, że zasada równości nie ma charakteru bezwzględnego i w pewnych sytuacjach może być ograniczona.

W niniejszej sprawie należało ocenić, czy pominięcie w art. 29 ust. 4 pkt 4 u.s.z. przedszkola publicznego, oddziału przedszkolnego przy publicznej szkole podstawowej lub innej formy wychowania przedszkolnego w celu realizacji obowiązkowego rocznego przygotowania przedszkolnego w kontekście zwrotu opłat za naukę dzieci ze względu na szczególne warunki państwa przyjmującego, jeżeli nie mają one możliwości uczęszczania do takich placówek, było usprawiedliwione w kontekście realizacji konstytucyjnego prawa równego dostępu do nauki.

5. Ocena konstytucyjności.

5.1. Trybunał Konstytucyjny uznał, że realizacja obowiązku rocznego przygotowania przedszkolnego jest elementem konstytucyjnego prawa do nauki określonego w art. 70 Konstytucji. Skoro ustawodawca nakłada na jednostkę określone obowiązki, to powinien też przewidzieć gwarancje umożliwiające ich realizację.

Obowiązek przygotowania przedszkolnego wynika z art. 14 ust. 3 u.s.o. Rozpoczęcie realizacji tego obowiązku jest równoznaczne z rozpoczęciem nauki w systemie oświaty.

5.2. Celem art. 29 ust. 4 pkt 4 u.s.z. jest ułatwienie wypełnienia obowiązków państwa wynikających z art. 70 ust. 2 i 4 Konstytucji wobec dzieci członków służby zagranicznej wykonujących obowiązki służbowe w placówce zagranicznej. Członkowie służby zagranicznej są obywatelami zatrudnionymi przez polski organ władzy publicznej na podstawie przepisów polskiej ustawy. Okoliczność, że miejsce faktycznego wykonywania obowiązków służbowych znajduje się poza Rzeczpospolitą Polską nie powinna mieć znaczenia dla realizacji prawa do nauki dzieci tych pracowników. Zgodnie z u.s.z., pracownikom służby zagranicznej przysługuje zwrot opłat za realizację prawa do nauki, która zgodnie z art. 70 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji do 18 roku życia jest obowiązkowa. Jeżeli ustawodawca zdecydował się na przyznanie takiego prawa, powinien stworzyć gwarancje, by grupa osób uprawnionych była ustalona w oparciu o niearbitralne i niedyskryminacyjne kryteria. Powinna zatem obejmować wszystkich uczniów objętych obowiązkiem nauki lub taką ich grupę, której wyróżnienie jest usprawiedliwione szczególnymi, uzasadnionymi względami.

Jeżeli obowiązek przygotowania przedszkolnego jest elementem prawa do nauki, to jego realizacja w określonych placówkach systemu oświaty powinna być uwzględniona także w odniesieniu do dzieci pracowników służby zagranicznej.

Jak wskazał w swoim stanowisku Marszałek Sejmu, „pełnienie służby w placówce zagranicznej przez ich rodziców (opiekunów prawnych) jest ograniczone w czasie, co oznacza, że po zakończeniu ich misji dziecko powinno być zdolne do płynnego podjęcia dalszej nauki w polskim systemie organizacji oświaty”. Tym bardziej regulacje dotyczące edukacji dzieci pracowników służby zagranicznej powinny spełniać standardy związane z konstytucyjnym prawem do nauki.

5.3. W momencie uchwalania ustawy o służbie zagranicznej, w systemie oświaty nie było przepisu o obowiązkowym rocznym przygotowaniu przedszkolnym. Gdy ten obowiązek został ustanowiony ustawą zmieniającą z 2003 r., nie zmieniono art. 29 ust. 4 pkt 4 u.s.z. regulującego zwrot opłat za naukę dzieci ze względu na szczególne warunki państwa przyjmującego, który przysługuje członkowi służby zagranicznej wykonującemu obowiązki służbowe w placówce zagranicznej. Regulacja u.s.z. nie została dostosowana do nowego kontekstu normatywnego, który wprowadziła ustawa zmieniająca z 2003 r. To sprawiło, że w systemie prawnym powstało zróżnicowanie sytuacji prawnej osób realizujących prawo do nauki w zależności od tego, na którym etapie systemu obowiązkowej edukacji się znajdują.

5.4. Konstytucja gwarantuje obywatelom powszechny i równy dostęp do wykształcenia (art. 70 ust. 4 zdanie pierwsze) i bezpłatność nauki w szkole publicznej (art. 70 ust. 2 zdanie pierwsze).

Art. 70 ust. 2 Konstytucji wskazuje na zasadę bezpłatności nauki w szkołach publicznych, a art. 70 ust. 4 Konstytucji określa obowiązek spoczywający na władzach publicznych do zapewnienia powszechnego dostępu do nauki obywatelom.

Skoro ustawodawca w przepisach u.s.z. zagwarantował realizację prawa do nauki dzieciom pracowników służby zagranicznej na poziomie szkolnym między innymi przez to, że umożliwił zwrot opłat za naukę dzieci ze względu na szczególne warunki państwa przyjmującego, jeżeli nie mają one możliwości uczęszczania do bezpłatnej publicznej szkoły typu podstawowego lub średniego, to regulacja ta musi spełniać wymogi konstytucyjne. Odnoszą się do niej zatem wszystkie standardy prawa do nauki wynikające z Konstytucji.

Z tego powodu nieuzasadnione jest wyłączenie z uprawnienia do zwrotu opłat za naukę w ramach realizacji obowiązku rocznego przygotowania przedszkolnego ze względu na szczególne warunki państwa przyjmującego, jeżeli dzieci pracowników służby zagranicz-

nej nie mają możliwości uczęszczania do bezpłatnego przedszkola publicznego, oddziału przedszkolnego przy publicznej szkole podstawowej lub korzystania z innej formy wychowania przedszkolnego. Pominięcie takich placówek systemu oświaty w art. 29 ust. 4 pkt 4 u.s.z. narusza zasadę równego traktowania w dostępie do edukacji, a przez to także ogólną zasadę równości.

Trybunał stwierdził, że obowiązkowe przygotowanie przedszkolne jest elementem systemu oświaty i rozpoczyna proces edukacji. Nie można więc tego etapu wyłączać z systemu gwarancji konstytucyjnych wynikających z art. 70 Konstytucji.

5.5. Wobec tego, że przedmiotem zaskarżenia jest pominięcie określonej grupy podmiotów w zakwestionowanym przepisie Trybunał Konstytucyjny przypomina, że jego rolą nie jest zastępowanie ustawodawcy w sytuacji, gdy zaniechał on uregulowania jakiegoś zagadnienia. W ramach kompetencji do kontrolowania konstytucyjności obowiązującego prawa, Trybunał Konstytucyjny ocenia jednak zawsze pełną treść normatywną zaskarżonego przepisu, wynikającą nie tylko z jego zaskarżonego brzmienia, lecz także z brzmienia, które – nie naruszając zasady swobody ustawodawcy w stanowieniu prawa, uwzględniając cele zaskarżonej regulacji prawnej – byłoby zgodne z wymogami konstytucyjności. Trybunał dokonuje zatem kontroli braku pewnych elementów normatywnych, których istnienie warunkowałoby konstytucyjność danej regulacji (por. postanowienie z 9 lipca 2002 r., sygn. K 1/02, OTK ZU nr 4/A/2002, poz. 55; wyrok z 9 grudnia 2008 r., sygn. SK 43/07, OTK ZU nr 10/A/2008, poz. 175).

Rozpatrywana sprawa potwierdza znaczenie pominięcia ustawodawczego dla kontroli sprawowanej przez Trybunał Konstytucyjny. Kontrola pominięcia ustawodawczego jest istotnym instrumentem badania konstytucyjności prawa. Jego brak mógłby uniemożliwić kontrolę konstytucyjną, w szczególności kontrolę o charakterze abstrakcyjnym, przy wskazywaniu wzorców wynikających z zasady równości.

5.6. W świetle przedstawionych wyżej argumentów, nieobjęcie przepisem dotyczącym zwrotu opłat za naukę przedszkola publicznego, oddziału przedszkolnego przy publicznej szkole podstawowej lub korzystania z innej formy wychowania przedszkolnego narusza Konstytucję w kontekście równego, powszechnego i bezpłatnego dostępu obywateli do publicznej edukacji, która do 18 roku życia jest obowiązkowa.

Wyrok wydany w niniejszej sprawie ma charakter zakresowy i orzeka o niekonstytucyjności uregulowania niepełnego w kontekście wskazanych wzorców kontroli.

Trybunał Konstytucyjny w swoim dotychczasowym orzecznictwie podkreślał, że realizacja tego typu orzeczeń powinna polegać nie na wyeliminowaniu z ustawy wadliwego fragmentu czy zastąpieniu go odpowiednikiem pozbawionym wady, ale na jej uzupełnieniu o odpowiedni fragment, niezbędny z punktu widzenia zgodności z Konstytucją (zob. np. orzeczenie o sygn. K 25/95). Konieczna jest w tym zakresie interwencja ustawodawcy.

Z powyższych względów Trybunał Konstytucyjny orzekł jak w sentencji.

Zdanie odrębne

sędziego TK Małgorzaty Pyziak-Szafnickiej
do wyroku Trybunału Konstytucyjnego
z dnia 23 lutego 2017 r. w sprawie o sygn. K 2/15

Na podstawie art. 106 ust. 3 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 2072; dalej: u.o.t.TK) zgłaszam zdanie odrębne do wyroku Trybunału z 23 lutego 2017 r. w sprawie o sygn. K 2/15.

1. Moje stanowisko, odmienne od stanowiska większości składu orzekającego, nie dotyczy merytorycznego rozstrzygnięcia problemu konstytucyjnego przedstawionego we wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej: RPO, Rzecznik) inicjującego postępowanie w sprawie. Jest dla mnie oczywiste, że wada zakwestionowanej przez Rzecznika regulacji prawnej powstała na skutek przeoczenia ustawodawcy: staranne opracowanie ustaw zmieniających zakres obowiązku szkolnego wymagało wskazania w przepisach końcowych nowelizacji, że odpowiedniej zmianie ulega – między innymi – treść art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o służbie zagranicznej (Dz. U. Nr 128, poz. 1403, ze zm.), regulującego refundację kosztów kształcenia za granicą dzieci dyplomatów. Ustawodawca pominął jednak przepis dostosowujący, a dzisiejszy wyrok Trybunału to uchybienie legislacyjne usuwa. Mimo akceptacji merytorycznego rozstrzygnięcia, jestem zmuszona wyrazić swoje zdanie odrębne, gdyż skład orzekający w sprawie został ukształtowany z naruszeniem obowiązujących przepisów o wyłączeniu sędziego, tj. art. 39-41 u.o.t.TK.

2. 10 lutego 2017 r. wpłynął do TK wniosek RPO dotyczący wyłączenia ze składu orzekającego sędziów: Lecha Morawskiego i Mariusza Muszyńskiego, sprawozdawcy w sprawie. Rzecznik, jako wnioskodawca w sprawie K 2/15, jest oczywiście podmiotem legitymowanym do złożenia takiego wniosku, gdyż zgodnie z art. 41 ust. 1 u.o.t.TK: „Wyłączenie sędziego Trybunału z udziału w rozpoznawaniu sprawy następuje (...) na uzasadniony wniosek uczestnika postępowania”. Z kolei art. 40 ust. 2 u.o.t.TK stanowi, że „Do czasu rozstrzygnięcia w przedmiocie wyłączenia z udziału w rozpoznawaniu sprawy sędziego Trybunału może wykonywać tylko czynności niecierpiące zwłoki”. Oznacza to, że przed rozstrzygnięciem wniosku RPO o wyłączenie dwóch sędziów ze składu orzekającego nie mógł zapaść wyrok w sprawie K 2/15, a przynajmniej – nie mógł zapaść z udziałem sędziów, których udział w orzekaniu został zakwestionowany przez wnioskodawcę.

Uważam, że chociaż 15 lutego 2017 r. zapadło postanowienie TK odmawiające uwzględnienia wniosku RPO o wyłączenie sędziów, a zatem formalnie odpadła przeszkoda prawna w podejmowaniu przez nich dalszych czynności w sprawie, w tym uczestniczenia w wydaniu wyroku, w rzeczywistości jednak – ze względu na skład Trybunału, w którym postanowienie to zostało podjęte – nie może być ono uznane za wiążące prawnie. Zgodnie z art. 37 ust. 1 pkt 3 u.o.t.TK w sprawach wyłączenia sędziego Trybunał orzeka w składzie trzech sędziów. Do rozpoznania wniosku Rzecznika Prezes TK sędzia Julia Przyłębska wyznaczyła: sędziego Henryka Ciocha jako przewodniczącego składu, siebie jako sprawozdawcę i sędziego Zbigniewa Jędrzejewskiego. Uważam, że dwoje spośród tych sędziów, z różnych przyczyn, nie powinno orzekać w tej konkretnej sprawie. Sędzia H. Cioch nie powinien oceniać zasadności wyłączenia sędziów L. Morawskiego i M. Muszyńskiego, gdyż wskazana przez Rzecznika podstawa ich wyłączenia dotyczy także tego sędziego osobiście, a zatem – w istocie sędzia H. Cioch orzekał we własnej sprawie. Natomiast sędzia Z. Jędrzejewski nie powinien brać udziału w rozpatrywaniu wniosku Rzecznika o wyłączenie, gdyż jest człon-

kiem składu rozstrzygającego w sprawie „głównej”, na tle której powstała kwestia wpadkowa – wyłączenia sędziów. Tezy te wymagają krótkiego uzasadnienia.

3. Uzasadnienie tezy w odniesieniu do sędziego H. Ciocha należy zacząć od przypomnienia przyczyn, które – zdaniem Rzecznika – uzasadniały wniosek o wyłączenie sędziów L. Morawskiego i M. Muszyńskiego. Otóż RPO, nawiązując do orzeczeń Trybunału w sprawach K 34/15, K 47/15, U 8/15 oraz K 39/16, twierdzi, że sędziowie ci, wybrani do TK przez Sejm VIII kadencji 2 grudnia 2015 r., zostali wybrani na miejsca już zajęte, z naruszeniem art. 194 ust. 1 Konstytucji. Ich wybór był zatem od początku wadliwy, a ponieważ nie mógł być konwalidowany, sędziowie L. Morawski i M. Muszyński w ocenie Rzecznika są nieuprawnieni do rozpoznawania spraw i orzekania w TK. Podkreślam, że zgłaszając niniejsze zdanie odrębne w żadnym razie nie odnoszę się do słuszności argumentów Rzecznika. Przytaczam je jedynie w tym celu, by wykazać tożsamość sytuacji prawnej sędziów, o których wyłączenie wnosił Rzecznik i sędziego, który został wyznaczony do oceny tego wniosku. Jak bowiem powszechnie wiadomo, trzecim spośród sędziów wybranych 2 grudnia 2015 r. przez Sejm VIII kadencji był właśnie sędzia H. Cioch. Orzekając o braku podstaw wyłączenia sędziów L. Morawskiego i M. Muszyńskiego, sędzia H. Cioch oceniał więc własną sytuację prawną. W konsekwencji spełniła się przesłanka wyłączenia sędziego z art. 39 ust. 1 pkt 5 u.o.t.TK. Prezes Trybunału powinien tę okoliczność uwzględnić z urzędu kształtując skład orzekający z pominięciem sędziego H. Ciocha (art. 41 ust. 2 u.o.t.TK), osobiście zainteresowanego rozstrzygnięciem określonej treści.

4. Podstawą prawną tezy o nieuprawnionym udziale sędziego Z. Jędrzejewskiego w trzyosobowym składzie rozpoznającym wniosek Rzecznika o wyłączenie sędziów jest treść art. 52 § 1 k.p.c., który – na podstawie art. 36 u.o.t.TK – stosuje się odpowiednio do postępowania przed Trybunałem. Zgodnie z art. 52 § 1 k.p.c., „O wyłączeniu sędziego rozstrzyga sąd, w którym sprawa się toczy, a gdyby ten sąd nie mógł wydać postanowienia z powodu braku dostatecznej liczby sędziów – sąd nad nim przełożony”. Pierwszy, oczywisty wniosek, płynący z tego przepisu, to niedopuszczalność orzekania sędziego o własnym wyłączeniu. Jednak odpowiednie stosowanie art. 52 § 1 k.p.c. w postępowaniu przed Trybunałem oznacza, że od orzekania o wyłączeniu sędziego/sędziów z danego składu wyznaczonego do rozpoznania sprawy „głównej” wyłączeni są wszyscy sędziowie z tego składu. Trybunał bowiem, w odróżnieniu od sądów powszechnych, nigdy nie orzeka w składzie jednoosobowym. Uznaje się, że wszyscy sędziowie wyznaczeni do rozpoznania sprawy „głównej” są zainteresowani zachowaniem raz ustalonego składu i dlatego mogą nie być obiektywni w ocenie wniosków o wyłączenie jednego z jego członków. W konsekwencji, dotychczasowa, jednolita praktyka Trybunału nie dopuszczała, by w składzie orzekającym o wyłączeniu sędziego z udziału w rozpoznaniu sprawy „głównej” uczestniczył inny sędzia orzekający w tej sprawie. Reguła ta nie dotyczy spraw rozpoznawanych w pełnym składzie, gdyż ten skład – w odróżnieniu od pozostałych – nie jest wyznaczany przez Prezesa TK (art. 38 u.o.t.TK), lecz ukształtowany wprost przez Konstytucję (art. 194 ust. 1) i ustawę (art. 37 ust. 2 u.o.t.TK).

5. Wyżej przedstawione argumenty dowodzą, że sędzia H. Cioch i Z. Jędrzejewski nie powinni być wyznaczeni do orzekania w sprawie wniosku Rzecznika o wyłączenie sędziów L. Morawskiego i M. Muszyńskiego z udziału w rozpoznaniu sprawy K 2/15, przy czym przeszkoda dotycząca orzekania w tej sprawie przez H. Ciocha i Z. Jędrzejewskiego podlegała uwzględnieniu z urzędu. Dlatego wydane z ich udziałem postanowienie Trybunału z 15 lutego 2017 r. odmawiające wyłączenia sędziów L. Morawskiego i M. Muszyńskiego nie mogło wywołać skutku prawnego.

Jeszcze raz podkreślam, że moje zdanie odrębne nie zawiera stanowiska w kwestii podstaw wyłączenia sędziów L. Morawskiego i M. Muszyńskiego. Jest ono tylko wyrazem sprzeciwu wobec niezgodnego z prawem kształtowania składów orzekających Trybunału, w tym do naruszenia fundamentalnej i powszechnie obowiązującej zasady proceduralnej: *nemo iudex in causa sua*.

Nie wykluczam, że prawidłowo wyznaczony skład trzech sędziów oddaliłby wniosek Rzecznika o wyłączenie sędziów L. Morawskiego i M. Muszyńskiego, otwierając tym samym drogę do wydania przez Trybunał wolnego od wad wyroku w sprawie K 2/15. Usiłowałam przekonać pozostałych członków składu orzekającego do odroczenia ogłoszenia wyroku po to, by wcześniej – zgodnie z obowiązującymi przepisami – rozstrzygnąć sprawę wypadkową. Sędziowie nie podzielili jednak moich zastrzeżeń, dlatego byłam zobowiązana do zgłoszenia zdania odrębnego do wyroku. W jego wydaniu brało udział dwóch sędziów objętych skutecznie zgłoszonym wnioskiem o wyłączenie, który dotąd nie został rozpatrzony przez właściwie ukształtowany skład TK.