

Nr 9



cena  
40 zł  
(w tym 5% VAT)

# PRAWO i WIĘZ

## LAW & SOCIAL BONDS

KWARTALNIK NAUKOWY ROK III NUMER 3 (9) JESIEŃ 2014 ROK

ISSN 2299-405X



SPÓDZIELCZY  INSTYTUT NAUKOWY

[www.prawoiwiedz.edu.pl](http://www.prawoiwiedz.edu.pl) • [www.sin.edu.pl](http://www.sin.edu.pl)

# PRAWO i WIĘŹ

## LAW & SOCIAL BONDS

Journal in Legal and Social Studies

KWARTALNIK NAUKOWY POŚWIĘCONY PRAWU I BADANIOM SPOŁECZNYM

ROK III NUMER 3 (9) JESIEŃ 2014

ISSN 2299-405X

### Rada Programowa:

prof. **Cezary Mik** (UKSW) – przewodniczący  
dr **Bolesław Banaszkiewicz**  
prof. **Jolanta Jabłońska-Bonca** (Akademia Leona Koźmińskiego)  
prof. **Zbigniew Cieślak** (UKSW)  
prof. **Henryk Cioch** (KUL, SIN)  
ks. prof. **Antoni Dębiński** (KUL)  
ks. abp prof. **Andrzej Dziega** (KUL, SIN)  
prof. **Tadeusz Jasudowicz** (UMK)  
prof. **Roman Kwiecień** (UMCS)  
prof. **Jarosław Majewski** (UKSW)  
prof. **Marek Michałski** (UKSW)  
prof. **Krzysztof Pietrzykowski** (UW, SIN)  
dr **Jadwiga Potrzeszcz** (KUL)  
prof. **Zbigniew Rau** (UŁ)  
dr **Marcin Romanowski** (UKSW)  
dr hab. **Kazimierz Ujazdowski** (UŁ)  
ks. prof. **Krzysztof Warchałowski** (UKSW)  
prof. **Krzysztof Wojtczyk** (UJ)  
dr hab. **Piotr Zakrzewski**, prof. KUL

### International Board:

prof. **Zenon Bankowski** (Wielka Brytania)  
prof. **Christian Hillgruber** (Niemcy)  
prof. **Håkan Hydén** (Szwecja)  
dr **Bogdan Iancu** (Rumunia)  
dr hab. **Zdeněk Koudelka** (Czechy)  
prof. **Martin Krygier** (Australia)  
prof. **Martin Rhonheimer** (Włochy)  
prof. **Germano Andre Doederlein Schwartz** (Brazylia)  
prof. **Hideki Tarumoto** (Japonia)

### Zespół redakcyjny:

prof. **Lech Morawski** – redaktor naczelny  
prof. **Adam Czarnota** – zastępca redaktora naczelnego  
prof. **Adam Jedliński** – zastępca redaktora naczelnego  
prof. **Krzyszta Pawłowicz** – zastępca redaktora naczelnego  
**Agata Czarnocka** – sekretarz  
**Janusz Ossowski** – redaktor zarządzający  
**Michał J. Czarnecki** – redaktor językowy  
**Andrzej Kozakowski** – skład

Prenumerata roczna 160 zł,  
cena za jeden zeszyt 40 zł (w tym 5 % VAT),  
nakład 200 egz.

Konto Wydawcy: Raiffeisen Bank  
05 1750 1325 0000 0000 1303 1843

Okladka: *Hiob Adriaensz Berckheyde, Notariusz w swoim biurze*  
Źródło: Web Gallery of Art, Węgry ([www.wga.hu](http://www.wga.hu))

Wersja pierwotna jest wersją papierową

Wydawca:

SPÓŁDZIELCZY



INSTYTUT NAUKOWY

### Adres:

Redakcja Wydawnictwa  
Spółdzielczego Instytutu Naukowego G. Bierecki sp. j.  
ul. Władysława IV 22, 81-743 Sopot  
tel. 58 550 97 50, fax 58 550 96 90  
[www.sin.edu.pl](http://www.sin.edu.pl); [redakcja\\_piw@skok.pl](mailto:redakcja_piw@skok.pl)

### Adres do korespondencji:

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu  
Mikołaja Kopernika  
ul. Władysława Bojarskiego 3, 87-100 Toruń  
tel. 503 839 374, 606 285 765  
[www.prawoiwiedz.edu.pl](http://www.prawoiwiedz.edu.pl)  
e-mail: [prawoiwiedz@gmail.com](mailto:prawoiwiedz@gmail.com)

Okładka: Hiob Adriaensz Berckheyde, *Notariusz w swoim biurze*

Źródło: Web Gallery of Art, Węgry  
([www.wga.hu](http://www.wga.hu))

Hiob Adriaensz Berckheyde (1630–1693) – malarz holenderski okresu baroku. Malował architekturę miast, pejzaże, specjalizował się w przedstawianiu ludzi wykonujących swoją pracę.

Obraz powstał w roku 1672. Obecnie znajduje się w zbiorach prywatnych.



## Spis treści

### ARTYKUŁY

- Jerzy Zajadło*  
Socjologia refleksyjna w służbie jurysprudencji ..... 7
- Fernando Fontainha, Pedro Heitor Geraldo, Alexandre Veronese, Camila Alves*  
Nationwide Brazilian Civil Servants Selection: the Live-off Examination  
Ideology ..... 22
- Wojciech Załuski*  
Czy słuszna jest zasada domniemanej zgody na pobieranie narządów  
od pacjentów?..... 38
- Przemysław Czarnek*  
Państwo prawa czy „państwo sędziów” – w sprawie bezpieczeństwa  
prawnego..... 49
- Katarzyna Tomaszewska*  
Dostęp do informacji jako kategoria ochrony interesu prawnego  
jednostki na przykładzie wybranych regulacji dotyczących tzw. policji  
administracyjnej ..... 61
- Angieszka Duda, Michał Kiełb*  
Kontrowersje wokół zwolnienia pracownika od pracy z tytułu „ślubu” ..... 79

### ARTYKUŁ RECENZYJNY

- Adam Czarnota*  
O skutkach powierzchowności opisu i krytyki. Uwagi na marginesie  
książki Adama Bosiackiego *Utopia, władza, prawo. Doktryny i koncepcje  
prawne „bolszewickiej” Rosji 1917-1921* ..... 91

### AUTORZY

- Noty o autorach ..... 97





# ARTYKUŁY



# Socjologia refleksyjna w służbie jurysprudencji

---

## Reflexive Sociology and Jurisprudence

*The author analyses Pierre Bourdieu's sociological theory and its basic concepts such as: habitus, field, social capital, symbolic violence. He analyses its usefulness for understanding some legal phenomena. He claims that changing theoretical perspective from philosophy of law to sociology of law makes Bourdieu's reflexive sociology very helpful to understand problems of applicable law and its use in legal practice. Nowadays jurisprudence is no longer dominated by the positivist paradigm of methodological autonomy of legal theory. Contemporary jurisprudence adopts some external social and humanistic conceptions. Bourdieu's reflexive sociology offers realistic method that allows to evaluate legal practice of public authorities and professional lawyers. Bourdieu's theory changes the concept of law. It is no longer formal and hierarchical system and it becomes a field full of complicated relations and games played by its participants.*

---

### Jerzy Zajadło

*profesor nauk prawnych  
Uniwersytet Gdański*

Legendarny amerykański sędzia Oliver W. Holmes napisał w 1881 roku na jednej z pierwszych stron swojego dzieła *The Common Law* następujące zdanie: „Życie prawa nie jest logiką: ono jest doświadczeniem”<sup>1</sup>. Ta opinia po dziś dzień jest przedmiotem bardzo różnych interpretacji. Dla potrzeb tego opracowania przyjmuję, że Holmes się pomylił – życie prawa jest jednym i drugim: i logiką, i doświadczeniem. Nie zmienia to jednak faktu, że jeśli podstawowy akcent położymy na doświadczeniu (socjologia prawa) a nie na języku (analityczna filozofia prawa), to niezwykle przydatna w zrozumieniu

---

1 O. W. Holmes, *The Common Law*, Boston 1881, s. 1.



fenomenowi obowiązywania prawa i wykorzystywania go przez zawodowych prawników może się okazać socjologia refleksyjna Pierre'a Bourdieu<sup>2</sup>. Holmesowskie doświadczenie należy bowiem rozumieć bardzo szeroko i w tym sensie jest ono synonimem praktyki jako podstawowej kategorii socjologii refleksyjnej. Nawet więcej, cały dorobek intelektualny Pierre'a Bourdieu jest w gruncie rzeczy próbą zbudowania teorii praktyki w różnych obszarach życia społecznego – ekonomii, kultury, polityki, religii *etc.*<sup>3</sup> Celem tego opracowania jest przede wszystkim próba krótkiej rekonstrukcji możliwości zastosowania w obszarze jurysprudencki podstawowych kategorii socjologii wiedzy Pierre'a Bourdieu na wybranym przykładzie. Trzeba przyznać, że dla prawników ten autor z kilku względów powinien być szczególnie interesujący.

Po pierwsze, sam Bourdieu poświęcił w swoich pracach relatywnie dużo miejsca prawu i prawnikom, aczkolwiek jego zainteresowanie tą problematyką nie miało charakteru podstawowego, lecz raczej egzemplifikacyjny. Trudno się jednak temu dziwić. Prawo i prawnicy to wprawdzie dosyć specyficzny fenomen kulturowy, ale jednocześnie wręcz modelowo nadawał się on na przedmiot badań dla zastosowania takich podstawowych kategorii socjologii refleksyjnej, jak np. „pole”, „kapitał”, „habitus” czy „przemoc symboliczna”. Pod tym względem bardzo charakterystyczne tytuły noszą dwie prace Bourdieu z tego obszaru – *The Force of Law: Towards a Sociology of the Juridical Field*<sup>4</sup> oraz *Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective*<sup>5</sup>.

Po drugie, jeśli przyjąć, że fenomen prawa wyczerpuje się w pięciu podstawowych wymiarach (tworzenia, stosowania, wykładni, obowiązywania i przestrzegania), to w każdym z nich decydujące znaczenie ma praktyka (czytaj: doświadczenie w rozumieniu Holmesa). Jednocześnie jest to praktyka w sensie społecznym na tyle doniosła i obszerna, że obejmuje nie tylko funkcjonowanie instytucji (ustawodawca, sądy, prokuratura, organy administracji państwowej i samorządowej *etc.*) i zachowania zawodowych prawników (sędziowie, prokuratorzy, adwokaci, radcowie prawni, notariusze, komornicy *etc.*), lecz swoimi skutkami dotyka także właściwie wszystkich obywateli. Nic więc lepiej nie nadaje się na wszechstronną analizę tej praktyki niż stworzona przez Bourdieu teoria z uniwersalnymi metodami badawczymi.

Po trzecie, w ostatnich latach można zaobserwować gwałtowny wzrost zainteresowań prawników, zarówno uczonych jak i praktyków, socjologią refleksyjną, a zwłaszcza jej wątkami jurydycznymi. Dotyczy to może nie tyle Stanów Zjednoczonych, gdzie zawsze dominowała socjologiczna jurysprudencja stworzona przez Roscoe Pounda<sup>6</sup>, co raczej europejskiej kontynentalnej kultury prawnej z jej tradycyjnym przywiązaniem do formalistycznego pozytywizmu prawniczego. Innymi słowy, mówiąc językiem Pounda, amerykańskich funkcjonalistów (podobnie jak Bourdieu) interesowało „prawo w działaniu” (*law in action*), podczas gdy europejscy

2 P. Bourdieu, L. J. D. Wacquant, *Zaproszenie do socjologii refleksyjnej*, przeł. A. Sawisz, Warszawa 2001.

3 P. Bourdieu, *Zmysł praktyczny*, przeł. M. Falski, Kraków 2008 oraz idem, *Rozum praktyczny. O teorii działania*, przeł. J. Stryczyk, Kraków 2009.

4 „The Hastings Law Journal” t. 38, 1987, s. 805-853.

5 Vide: *Normes juridiques et regulation sociale*, red. P. Bourdieu, L. Chazel, J. Commaille, Paris 1991 – cyt. za H. Dębska, *Refleksyjna socjologia Pierre'a Bourdieu*, [w:] A. Kociołek-Pęksa, M. Stępień, *Leksykon socjologii prawa*, Warszawa 2013, s. 311-319.

6 A. Pieniżek, *Socjologiczna jurysprudencja*, [w:] A. Kociołek-Pęksa, M. Stępień, *Leksykon socjologii...*, op. cit., s. 352-357.

pozytywiści koncentrowali się na „prawie w książkach” (*law in books*). W ostatnich latach powraca się jednak coraz częściej do cytowanego wyżej artykułu Bourdieu z 1987 roku na temat siły prawa uznając go za opracowanie wręcz paradygmatyczne<sup>7</sup>. Dotyczy to także polskiej socjologii prawa – wprawdzie w najnowszym obszernym opracowaniu na ten temat zacytowano zaledwie jedną pozycję z dorobku omawianego autora<sup>8</sup>, ale już w innym, równie aktualnym, mowa jest wręcz o „refleksyjnej socjologii prawa Pierre’a Bourdieu”<sup>9</sup>.

Ten swoisty renesans zainteresowań jurydycznymi koncepcjami Bourdieu wynika po części ze zmiany metodologicznego statusu prawoznawstwa jako nauki. O ile jeszcze niedawno powszechnie królował pozytywistyczny paradygmat metodologicznej autonomii nauk prawnych, o tyle współcześnie prawoznawstwo otwiera się coraz częściej nie tylko na inne nauki społeczne i humanistyczne, lecz wręcz także na nauki przyrodnicze<sup>10</sup>. Zaletą otwarcia na socjologię refleksyjną jest przede wszystkim to, że dostarcza nam ona realistycznych metod oceny funkcjonowania prawa i zachowań organów państwa oraz zawodowych prawników, ale bez pozbawiania ich autonomicznego charakteru. Wręcz przeciwnie, Bourdieu zawsze podkreślał, że fascynuje go właśnie ten charakter *sui generis* prawa i prawników, przejawiający w specyficznych formach przemocy symbolicznej i to celowe, chociaż niekiedy sztuczne, odcinanie się od innych stron rzeczywistości społecznej poprzez tworzenie pozorów uniwersalności, obiektywności, bezstronności, neutralności, sprawiedliwości *etc.* Jednocześnie wykorzystanie koncepcji Bourdieu zmienia jednak w sposób istotny metodologiczny ogląd prawa – przestaje ono być formalnym, szierarchizowanym i uporządkowanym „systemem” o strukturze piramidy, staje się rozległym „polem”, na którym toczy się skomplikowana gra uczestników obrotu prawnego (organów państwa, zawodowych prawników i podmiotów prawa). Normy prawne są wprawdzie najważniejszą, ale nie jedyną częścią tego „pola”, nawet jeśli prawnikom czasami wydaje się, że ich gra na „polu” ogranicza się wyłącznie do tworzenia, stosowania i interpretacji tych norm.

Próba pokazania możliwości zastosowania podstawowych kategorii socjologii refleksyjnej do wszystkich wymiarów fenomenu prawa znaczenie przekraczałyby oczywiście ramy tego opracowania. Dlatego też skupmy się na wybranym, ale z punktu widzenia socjologii wiedzy chyba najbardziej spektakularnym przykładzie – stosowaniu prawa przez sądy. Jest to o tyle istotne, że we współczesnej teorii prawa używa się w tym kontekście pojęcia „ideologia decyzji sądowej”<sup>11</sup>. Napotykamy więc na kolejną kategorię charakterystyczną (obok „pola”, „kapitału”, „habitusu” i „przemocy symbolicznej”) dla socjologii refleksyjnej – „ideologię”. Wprawdzie „ideologia”

7 R. Lenoir, *Pierre Bourdieu and the Law: An Intellectual and Personal Encounter*, „Retfærd Årgang” t. 29, nr 3/114, 2006, s. 7-22; M. R. Mades, Y. Dezaley, *The Force of Law and Lawyers: Pierre Bourdieu and the Reflective Sociology of Law*, „Annual Review of Law and Social Sciences” t. 8, 2012, s. 443-452; M. G. Villegas, *On Pierre Bourdieu’s Legal Thought*, „Droit et Société” nr 56-57, 2004, s. 57-71.

8 *Socjologia prawa. Główne problemy i postaci*, red. A. Kojder, Z. Cywiński, Warszawa 2014.

9 H. Dębska, *Refleksyjna socjologia Pierre’a...*, op. cit., s. 311-319.

10 J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków 2004.

11 Tak w szczególności J. Wróblewski, *Wartości a decyzja sądowa*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1973, s. 18-26 oraz idem, *Sądowe stosowanie prawa*, wyd. 2 zmienione, Warszawa 1988, s. 334-396.

pojawia się *explicite* w tekstach Bourdieu relatywnie rzadko<sup>12</sup>, ale z drugiej tkwi ona w jego koncepcjach *implicit*. Jednocześnie nie jest to ideologia negatywna w znaczeniu „falszywej świadomości” Karla Mannheima<sup>13</sup> połączona z problemem dominacji. Wręcz przeciwnie, dla Bourdieu ideologia występuje celowo w obszarze każdego „pola” – w tym sensie ideologia jest wszędzie i wszystko jest ideologią. Przykład ideologii sądowego stosowania prawa jest jednak o tyle adekwatny z punktu widzenia praktycznego wymiaru socjologii refleksyjnej, że jeśli ludzie (zarówno zawodowi prawnicy, jak i laicy) mówią o praktyce prawa, to mają na myśli najczęściej właśnie sądowy wymiar sprawiedliwości. Przeciętym ludziom prawo kojarzy się po prostu z sądem i kryjącą się za jego fasadą „przemocą symboliczną”.

Pozostaje wyjaśnienie, co oznaczają podstawowe kategorie koncepcji Bourdieu. „Polem” jest każdy „wycinek struktury społecznej, który charakteryzuje się tym, że skupia jednostki i grupy skoncentrowane na podobnych dążeniach i rywalizujących o pozycję w jego obrębie, a pośrednio w całym społeczeństwie, wedle obowiązujących w tym polu kryteriów, wokół obowiązujących w nim centralnych założeń i celów uznawanych za szczególnie ważne. Cele te nazywa czasem Bourdieu *stawką w grze*, jaka się toczy w polu, a założenie o priorytetowym charakterze tej stawki mianem obowiązującego w tym polu *illusio*”<sup>14</sup>. W tym sensie w rzeczywistości społecznej istnieje nieograniczona w gruncie rzeczy ilość „pól” – „polem” jest ekonomia, kultura, polityka, religia, polem jest także prawo. „Kapitał” oznacza z kolei „zbiór rzeczywistych i potencjalnych zasobów, jakie związane są z posiadaniem trwałej sieci mniej lub bardziej zinstytucjonalizowanych związków wspartych na wzajemnej znajomości i uznaniu – lub inaczej mówiąc z członkostwem w grupie, która dostarcza każdemu ze swych członków wsparcia w postaci kapitału posiadanego przez kolektyw, wiarygodności, która daje im dostęp do kredytu w najszerszym sensie tego słowa”<sup>15</sup>. W tym sensie „kapitał” (społeczny i kulturowy) oznacza zarówno sieć powiązań, jak i cenny społecznie zasób sił oraz środków indywidualnych i grupowych niezbędny do realizacji określonych celów. Wreszcie „habitus” wiąże się z tym, że „w polu rywalizują zwykle jednostki i grupy o pokrewnych habitusach (wpisanych w swój sposób myślenia dyspozycjach społeczno-kulturowych), choć oczywiście istnieją zawsze jednostki, które posiadają duży *potencjał subwersywny* (dążenie do zmiany swego położenia społecznego). Jednostki takie wkraczają do pola, z którego nie pochodzą (mają więc odmienny habitus) i wkraczają w odbywającą się w danym polu rywalizację”. „Habitus” jest więc zbiorem schematów mentalnych i dyspozycji do działań zinternalizowanych przez jednostkę i wykorzystywanym w obrębie „pola”<sup>16</sup>. Może być więc, jak chce Bourdieu, stabilny i ustrukturyzowany, ale może być też, jak zobaczymy niżej, bardziej elastyczny. Te trzy kategorie, „pole”, „kapitał”

12 Równoważnikiem ideologii byłaby *doxa*, w szczególności ta jej część, która jest lub może być zwerbalizowana – konieczność poczynienia tej uwagi oraz modyfikacji paru innych kwestii zawdzięczam dr. Piotrowi Pawliszakowi z Wydziału Nauk Społecznych Uniwersytetu Gdańskiego, któremu przy tej okazji bardzo dziękuję.

13 K. Mannheim, *Ideologia i utopia*, przeł. J. Miziński, Warszawa 2008.

14 Cytat za Wikipedia.org; zob. także H. Dębska, *Refleksyjna socjologia Pierre’a...*, op. cit., s. 312.

15 Ibidem.

16 Ibidem.

i „habitus”, tworzą szkielet koncepcji Bourdieu, który obraca się wokół osi wyznaczonej pojęciem „przemocy symbolicznej”. Oznacza ona „miękką formę przemocy, która nie daje po sobie poznać, że jest przemocą. Polega na uzyskiwaniu różnymi drogami takiego oddziaływania klas dominujących czy uprzywilejowanych na całość społeczeństwa i na klasy podporządkowane, by podporządkowani postrzegali rzeczywistość, w tym samą relację dominacji, której są ofiarą, w kategoriach percepcji i oceny, które wyrażają interes klas dominujących. W ten sposób podporządkowani postrzegają swoją sytuację jako naturalną lub nawet korzystną czy pożądaną dla nich samych, bo postrzegają rzeczywistość społeczną w kategoriach stworzonych przez klasy dominujące w celu legitymizacji ich dominującej pozycji”<sup>17</sup>.

Powróćmy do problemu sądowego stosowania prawa. Przywoływany już wyżej Jerzy Wróblewski wyróżnił w tym zakresie trzy podstawowe modele związane z ideologią decyzji sądowej: ideologię związanej decyzji sądowej, ideologię swobodnej decyzji sądowej oraz ideologię praworządnej i racjonalnej decyzji sądowej. Pod pojęciem „ideologii decyzji sądowej” autor rozumie „poglądy na temat tego, jak sędzia powinien podejmować decyzje wraz z ewentualnym uzasadnieniem formułowanych postulatów” i dodaje, że poglądy „jak sędzia ma decydować, czemu ma służyć prawo, jego stosowanie czy też konkretna decyzja, dają się uporządkować w postaci modelowej w pewne całości”<sup>18</sup>. W zakresie każdej z tych ideologii decyzji sądowej podobnie działa „przemoc symboliczna”, natomiast pewne różnice mogą zachodzić w odniesieniu do „pola”, „kapitału” i „habitusu”. To jednak potwierdza tylko, jak uniwersalne znaczenie dla prawoznawstwa może mieć wykorzystanie instrumentarium badawczego socjologii refleksyjnej. Bez względu na to z jaką „ideologią decyzji sądowej” mamy do czynienia, „symbolika przemocy” jest wszędzie taka sama – przepastny i surowy gmach sądu, scenografia sali sądowej z miejscami ściśle wyznaczonymi dla uczestników postępowania, sędzia odziany w togę z bogatym łańcuchem na szyi, leżące na pulpicie sędziowskim akta sprawy i młotek do zaprowadzania porządku, sformalizowany język urzędowego i zawodowego żargonu wytwarzający specyficzną atmosferę *etc.*

Przedstawiona poniżej charakterystyka poszczególnych „ideologii decyzji sądowej” jest oczywiście obciążona daleko idącym uproszczeniami, ale wynika to z głównego tematu i charakteru tego opracowania.

„Ideologia związanej decyzji sądowej” jest charakterystyczna dla europejskiego systemu kontynentalnego i wiąże się z kanonami tradycyjnego pozytywizmu prawniczego. W tym modelu sędzia nie ma zbyt wielkiej swobody i luzu decyzyjnego, ponieważ jest związany obowiązkiem ścisłego stosowania przepisów prawa. „Pole” jest ograniczone do przepisów obowiązującego prawa i zasad ustalonych we wcześniejszym orzecznictwie. Rola sędziego sprowadza się więc w gruncie rzeczy do pewnej mechanicznej czynności opartej na prostym rozumowaniu sylogistycznym, a jej wypełnienie oznacza zachowanie według następującej sekwencji: ustalenie stanu faktycznego → ustalenie obowiązującej normy prawnej → ocena stanu faktycznego z punktu widzenia tej normy → wydanie decyzji. Nawet jeśli ma *de facto* do dyspozycji znacznie większy „kapitał” wynikający z jego wiedzy prawniczej

17 Cytat za Wikipedia.org; zob. także P. Bourdieu, *Przemoc symboliczna*, [w:] *Socjologia: lektury*, red. P. Sztompka, M. Kucia, Kraków 2005, s. 503-508.

18 J. Wróblewski, *Wartości i decyzja sądowa...*, op. cit., s. 19.

i doświadczenia życiowego, to i tak *de nomine* wykorzysta w praktyce tylko kapitał minimalny w postaci znajomości obowiązującego prawa i wcześniejszego orzecznictwa. Podobnie jest z „habitusami” – nawet jeśli sędzia dostrzeża perspektywę możliwości innych zachowań, to ją odrzuca i powraca do roli automatu subsumpcji stanu faktycznego i normy prawnej.

„Ideologię swobodnej decyzji” sądowej możemy z kolei połączyć z anglosaską kulturą prawną *common law*. O ile w „ideologii związanej decyzji sądowej” występuje naczelną wartością w postaci bezpieczeństwa prawnego i jednolitości orzecznictwa, o tyle tutaj brak takiej jednoznacznej aksjologii – podjęta decyzja jest bowiem do pewnego stopnia wyrazem subiektywnych przekonań sędziego co do charakteru i treści idei sprawiedliwości, zarówno materialnej, jak i proceduralnej. Rodzi to oczywiście niebezpieczeństwo arbitralizmu, ale jednocześnie może ono być zniwelowane poziomem moralnym i zawodowymi kwalifikacjami sędziego. Nic więc dziwnego, że w systemie anglosaskim stanowisko sędziego jest w związku z tym zwieńczeniem, a nie początkiem kariery prawniczej. „Pole” jest tutaj znacznie szersze niż w przypadku decyzji związanej, ponieważ sędzia bierze pod uwagę nie tylko obowiązujące prawo i ustaloną linię orzecznictwa, lecz także inne czynniki i tym samym porusza się w obszarze wyznaczonym zarówno normami prawnymi, jak i innymi normami społecznymi. Wykorzystuje też znacznie bogatszy „kapitał” w rozumieniu Bourdieu, ponieważ pozycja ustrojowa stwarza mu takie możliwości. Tak naprawdę przestaje być tylko, mówiąc językiem Monteskiusza, „ustami ustawy”, lecz staje się partnerem ustawodawcy, ponieważ rozwija prawo pozytywne przez tworzenie prawa sędziowskiego. Szersze jest także spektrum „habitusów” – sędzia dopasowuje bowiem swoje zachowania do wymogów konkretnego przypadku i stara się unikać działania opartego tylko na prostej subsumpcji normy i stanu faktycznego. Widać to często w amerykańskich filmach fabularnych o tematyce prawniczej – sędzia nagle przerywa publiczną rozprawę i prosi pełnomocników stron do swojego gabinetu celem omówienia określonej kwestii. Ten „habitus” jest kompletnie wykluczony w modelu kontynentalnym.

Wreszcie „ideologia praworządnej i racjonalnej decyzji” – jest ona jakby próbą znalezienia trzeciej drogi, na której unikniemy niebezpieczeństw związanych zarówno z przesadnym formalizmem „ideologii decyzji związanej”, jak i nadmiernym arbitralizmem „ideologii decyzji swobodnej”. „Pole” jest tutaj wprawdzie także ograniczone do obowiązującego prawa i ustalonego orzecznictwa, ale powstają możliwości jego rozszerzenia w drodze procesów interpretacyjnych. Sędzia w tym modelu znacznie chętniej sięga więc po wykładnię funkcjonalną oraz celowościową i nie ogranicza się wyłącznie do wykładni językowo-logicznej. Zwraca też uwagę na aksjologię leżącą u podstaw konstytucji – jeśli ma wątpliwości, zwraca się do sądu konstytucyjnego o zbadanie konstytucyjności aktu prawnego, na podstawie którego ma orzekać. „Ideologia praworządnej i racjonalnej decyzji sądowej” oznacza w gruncie rzeczy odejście od sylogistycznego modelu stosowania prawa w kierunku modelu argumentacyjnego. Podejmując dyskurs ze stronami postępowania sędzia zmniejsza nieco wymiar „przemocy symbolicznej”, ale w tym celu musi dysponować odpowiednim „kapitałem” wiedzy, doświadczenia i kompetencji retorycznych. Musi więc też wytworzyć „habitusy”, które umożliwią argumentacyjny dyskurs na linii sąd – strony postępowania. Rezultatem jego aktywności jest osiągnięcie decyzji nie tylko

zgodnej z prawem, lecz także racjonalnej, to znaczy takiej, która uzasadnia w sposób przekonujący swoje własne skutki.

Socjologia wiedzy Bourdieu jest w pewnym sensie wygodna i niewygodna zarówno dla państwa, jak i zawodowych prawników, ponieważ odsłania rzeczywisty obraz prawa i mechanizmy jego tworzenia, stosowania, wykładni, przestrzegania i obowiązywania. Tym samym może jednak, przynajmniej w jakimś stopniu, powstrzymać proces budowania niepotrzebnej mitologii, którą państwo i prawnicy karmią przeciętnych zjadaczy chleba. Spróbujmy więc zastosować metodologię Bourdieu na jeszcze wyższym poziomie szczegółowości, odnosząc ją do konkretnych przypadków. Wprawdzie nie jest trudne takie wybiórcze znalezienie przykładów konkretnych orzeczeń sądowych, które można by zbadać pod kątem „poła”, „kapitału”, „habitusu” i „przemocy symbolicznej”, ale nie wiadomo jakie walory ogólnoteoretyczne miałyby taka analiza. Z pewnością byłyby one większe, gdybyśmy wykorzystali do tego szereg orzeczeń odzwierciedlających pewien zwarty fenomen o charakterze nie tylko prawnym, lecz także ekonomicznym, moralnym, politycznym czy społecznym. Wydaje się, że świetnie nadaje się do tej roli orzecznictwo sądów amerykańskich w sprawach niewolnictwa, jednak potraktowane nie tyle historycznie, co raczej paradygmatycznie jako przykład konfliktu sędziowskiego sumienia uwikłanego w rywalizację występujących na „polu” różnych interesów. „Przemoc symboliczna” była tutaj posunięta do granic możliwości, ponieważ rzeczywisty lub domniemany niewolnik, o którego losach rozstrzygał sąd, w ogóle nie brał udziału w tym postępowaniu. Jego niejasny, dwuznaczny charakter osoby/rzeczy<sup>19</sup> powodował, iż właściwie nie miał prawa zabierać głosu. O jego ostatecznym statusie i przyszłości decydowały więc w ostatecznej instancji wykorzystane na „polu” z jednej strony „kapitał”, z drugiej zaś „habitusy” sędziego.

Jednocześnie trudno powiedzieć z którą „ideologią sądowego stosowania” prawa mamy tutaj do czynienia. Z pozoru wydawać by się mogło, że chodzi o „ideologię swobodnej decyzji sądowej”, skoro znajdujemy się w obszarze kultury *common law*. W rzeczywistości orzecznictwo sądów amerykańskich w sprawach niewolnictwa dostarcza paradoksalnie rzeczywistych i pozornych oraz jawnych i ukrytych przykładów na każdą z omówionych wyżej „ideologii sądowego stosowania prawa”. Czasami sędziowie uciekali w formalizm (decyzja związana), innym razem ustanawiali precedensy prawotwórcze (decyzja swobodna), wreszcie w jeszcze innych przypadkach posiłkowali się w swoich ocenach obowiązującego prawa interpretacją konstytucji i starali się przewidywać nie tylko indywidualne, lecz także zbiorowe skutki swoich decyzji (decyzja praworządna i racjonalna). „Pole” było bardzo szerokie, ponieważ regulacje na poziomie stanowym w formie tzw. kodeksów niewolniczych (*slave codes*) czasami miały charakter prawny, ale znacznie częściej były tylko zbiorami pewnych utrwalonych i powszechnie zaakceptowanych praktyk, ponieważ niewolnictwo w ogóle uznawane było za „instytucję szczególną” (*peculiar institution*)<sup>20</sup>.

19 P. Finkelman, *Slavery in the United States. Persons or Property?*, [w:] *The Legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary*, red. J. Allain, Oxford 2012, s. 105-134.

20 Takie określenie niewolnictwa wprowadził do amerykańskiej historiografii Kenneth M. Stampp (*The Peculiar Institution*, New York 1984 [1956]). W późniejszym okresie zakwestionował je socjolog Orlando Paterson (*Slavery and Social Death: comparative study*, Cambridge-London 1982), według którego niewolnictwo nie było niczym szczególnym w Stanach Zjednoczonych, ponieważ występowało powszechnie w różnych epokach



Te praktyki odzwierciedlały grę bardzo różnych czynników o charakterze ekonomicznym, ideologicznym, politycznym, religijnym czy społecznym i prawo schodziło paradoksalnie na dalszy plan.

W sensie prawnym problem się jednak komplikował na poziomie federalnym, ponieważ Konstytucja z 1787 roku jako wyraz kompromisu pomiędzy uczestnikami konwencji konstytucyjnej w paru punktach bezpośrednio i pośrednio sankcjonowała niewolnictwo, wbrew duchowi Deklaracji Niepodległości z 1776 roku<sup>21</sup>. Na bazie tych postanowień w orzecznictwie sądów stanowych, sądów federalnych i Sądu Najwyższego problem niewolnictwa pojawiał się w pięciu grupach spraw<sup>22</sup>: zewnętrznego (międzynarodowego) handlu niewolnikami; wewnętrznego (między-stanowego) handlu niewolnikami; dopuszczalności niewolnictwa w nowych stanach i na nowych terytoriach federalnych; wydawania niewolników zbiegłych ze stanów niewolniczych do stanów wolnych; dobrowolnego tranzytu niewolników ze stanów niewolniczych przez terytoria stanów wolnych.

Z punktu widzenia omawianego tu problemu możliwości wykorzystania metodologii Bourdieu w kontekście dylematów sędziowskiego sumienia, szczególne znaczenie, jak się wydaje, mogą mieć dwie ostatnie z nich. W amerykańskiej jursprudenencji poświęca się im zresztą najwięcej uwagi. Zdaniem np. Anthony'ego J. Seboka<sup>23</sup> z punktu widzenia sędziowskich dylematów moralnych sprawy niewolników przed sądami amerykańskimi można podzielić na dwie podstawowe grupy: po pierwsze, tzw. *slaves in transit cases* dotyczące sytuacji dobrowolnego wwiezienia niewolnika na terytorium stanu wolnego; po drugie, tzw. *fugitive slaves cases* dotyczące sytuacji niewolnika schwytanego na terytorium stanu wolnego w celu jego zwrotu właścicielowi ze stanu niewolniczego. Podstawowa różnica pomiędzy *slaves in transit cases*<sup>24</sup> i *fugitive slaves cases*<sup>25</sup> polegała na zupełnie innej podstawie prawnej i w rezultacie także innej filozofii ich rozstrzygnięcia. W przypadku niewolników w tranzycie chodziło o problem stosowania reguł grzeczności (*comity*) w stosunkach pomiędzy poszczególnymi stanami i wzajemne uznawanie na tej podstawie odrębnych regulacji prawnych. W przypadku zbiegłych niewolników rzecz była bardziej

---

historycznych i pod różnymi szerokościami geograficznymi. Na gruncie jursprudenencji oba te stanowiska próbuje pogodzić historyk prawa i konstytucjonalista Paul Finkelman (*The Centrality of Slavery In American Legal Development*, [w:] *Slavery and the Law*, red. P. Finkelman, New York-Oxford 2002, s. 3-26).

- 21 Szeroko na ten temat: P. Finkelman, *Slavery and the Founders. Race and Liberty in the Age of Jefferson*, wyd. 2., New York 2001; w literaturze polskiej zob. J. Zajadło, *Konstytucja amerykańska jako kompromis – wstydlivy problem niewolnictwa*, „Gdańskie Studia Prawnicze” t. XXXI, 2014, s. 481-494.
- 22 P. Finkelman, *Slavery*, [w:] *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, red. K. L. Hall, J. W. Ely Jr., J. B. Grossman, wyd. 2, Oxford-New York 2005, s. 925.
- 23 A. J. Sebok, *Legal Positivism and American Slave Law: The Case of Chief Justice Shaw*, [w:] *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, red. D. Dyzenhaus, Oxford-Portland 1999, s. 114.
- 24 Ten typ spraw opisuje szeroko P. Finkelman, *Imperfect Union. Slavery, Federalism, and Comity*, Chapel Hill 1981.
- 25 Ten typ spraw opisują szeroko S. W. Campbell, *The Slave Catchers. Enforcement of the Fugitive Slave Law 1850-1860*, Chapel Hill 1970 oraz ostatnio S. Lubet, *Fugitive Justice. Runaways, Rescuers, and Slavery on Trial*, Cambridge-London 2010, *passim*.

skomplikowana i dotyczyła istoty amerykańskiego federalizmu, a zwłaszcza podziału kompetencji pomiędzy stanami a Unią. Powstało bowiem pytanie, która władza – stanowa czy federalna – jest odpowiedzialna za wykonywanie postanowień *Fugitive Slaves Acts* z 1793 i 1850 roku wydanych na podstawie art. IV, sekcja 2, klauzula 3 Konstytucji (*Fugitive Slave Clause*). Zarówno niewiążący charakter wspomnianych reguł grzeczności, jak i niejasny podział kompetencji stanowych i federalnych otwierały przed sędziami ze stanów północnych pewne możliwości rozstrzygnięcia sporów *in favorem* niewolników. Innymi słowy, funkcjonowali na odmiennym niż sędziowie z Południa „polu” i w rezultacie wykorzystywali nieco inny „kapitał” oraz nieco inne „habitusy”.

Liczba orzeczeń w obu typach spraw jest jednak tak ogromna i tak różnorodna, że trudno je tutaj szczegółowo omawiać, chociażby z uwagi na ograniczone ramy edytorskie tego opracowania. Tytułem przykładu skupmy się więc tylko na kilku wyrokach jednego sędziego – rozstrzygnięciach znanego ze swych antyniewolniczych poglądów sędziego Lemuela Shawa, prezesa Sądu Najwyższego stanu Massachusetts, ponieważ wydają się one najbardziej reprezentatywne z punktu widzenia omawianego tutaj problemu konfliktu sędziowskiego sumienia. Trzeba jednak podkreślić, że poniższa analiza dotyczy sędziego z Północy o wyraźnych poglądach antyniewolniczych. Wprawdzie sędziowie o przekonaniach abolicjonistycznych zdarzali się, chociaż rzadko, także na Południu<sup>26</sup>, ale działali w zupełnie innych warunkach, innymi słowy – na odmiennym „polu”. I odwrotnie, nie brakuje w historii amerykańskiego sądownictwa przykładów sędziów z Północy, którzy nie kryli swojej akceptacji dla niewolnictwa. Z punktu widzenia socjologii refleksyjnej obie te linie podziału mają znaczenie – zarówno Północ-Południe (inne „pole”), jak i abolicjonizm-antyabolicjonizm (inny „kapitał” i inne „habitusy”). Oczywiście, dylematy sędziowskiego sumienia dotyczyły przede wszystkim sędziów o poglądach antyniewolniczych. Nie możemy jednak wykluczyć, że mogły się one pojawić, tyle że *à rebours*, także u sędziów o przekonaniach proniewolniczych, zwłaszcza na Północy. Wreszcie możemy mieć do czynienia także z inną jeszcze sytuacją – zróżnicowaniem orzecznictwa z powodu odmiennych „kapitałów” i „habitusów” w ramach pozornie jednorodnej grupy proniewolniczych sędziów z Południa. We współczesnej literaturze zestawia się ze sobą tytułem przykładu sylwetki dwóch sędziów z Sądu Najwyższego Północnej Karoliny – Thomasa Ruffina i Williama Gastona<sup>27</sup>. Pierwszy z nich był bardzo restrykcyjny w swoim orzecznictwie i uznawał całkowitą oraz niczym nieograniczoną władzę właściciela na niewolnikiem, do możliwości pozbawienia go w pewnych okolicznościach życia włącznie – za przykład służy przede wszystkim wyrok w sprawie *State v. Mann* z 1829 roku. Drugi z kolei był znacznie bardziej liberalny i przyznawał niewolnikom przynajmniej częściową podmiotowość moralną, prawną i społeczną, z prawem do obrony koniecznej przed zbyt brutalnym właścicielem włącznie – tutaj przykładem może być orzeczenie w sprawie *State v. Will* z 1834 roku. Powstaje oczywiście pytanie, co spowodowało tak różne postawy dwóch sędziów działających w tym samym czasie w ramach tego samego sądu

26 Por. literaturę przywołaną niżej w przyp. 40-43.

27 T. C. Meyer, *Slavery Jurisprudence on the Supreme Court of North Carolina, 1828-1858: William Gaston and Thomas Ruffin*, „Campbell Law Review” t. 33, nr 2, 2011, s. 313-339; por. także szerzej na temat postaw sędziów z Południa T. S. Heubner, *The Southern Judicial Tradition. State Judges and Sectional Distinctiveness, 1790-1890*, Athens-London 1999.



(a więc, mówiąc językiem Bourdieu, poruszających się po tym samym „polu”) i zajmujących co do zasady to samo stanowisko w sprawie dopuszczalności niewolnictwa (oba byli właścicielami do dosyć pokaźnej grupy ok. 100-200 niewolników)? Współcześni amerykańscy autorzy analizujący ten problem wskazują na kilka czynników, będących elementami szeroko pojętego „kapitału” i wpływających na odmienne „habitusy” – pochodzenie społeczne, wychowanie, wyznawana religia, system moralny, przebieg kariery politycznej, filozofia sędziowania *etc.*

Powróćmy jednak do przykładu sędziego Lemuela Shawa. W sprawie *Commonwealth v. Aves* rozstrzyganej w 1836 roku chodziło o losy sześciolatniej dziewczynki o imieniu Med, niewolnicy przywiezionej dobrowolnie do Bostonu przez jej właścicielkę Mary Slater. Osobą pozwaną przez środowisko abolicjonistów był Thomas Aves, ojciec Mary Slater, ponieważ to w jego domu przebywała młoda niewolnica. Sędzia Lemuel Shaw, powołując się w dużej mierze na słynny wyrok angielskiego sędziego Lorda Mansfielda w sprawie *Somerset v. Stewart* z 1772 roku, zastosował ciekawą konstrukcję prawną – otóż przyznając wolność dziewczynce stwierdził, że nie może na podstawie reguł grzeczności uznać przepisów prawa własności stanu Louisiana, ponieważ jest ono sprzeczne z prawem karnym i prawem deliktowym stanu Massachusetts. Nie ulega wątpliwości, że to orzeczenie, oparte na dosyć precyzyjnie przeprowadzonym wywodzie prawnym, ma jednak do pewnego stopnia swoje źródło w głęboko antyniewolniczych przekonaniach sędziego Shawa. Czołowy abolicjonista tego okresu, William Lloyd Garrison, określił je jako „mądrą, słuszną i szlachetną decyzję wybitnego sędziego”<sup>28</sup>. Późniejsze orzecznictwo sędziego Shawa w sprawach *Commonwealth v. Porterfield* oraz *Commonwealth v. Fitzgerald* z 1844 roku potwierdza linię rozumowania przyjętą w sprawie *Commonwealth v. Aves*. Więcej nawet – ta linia orzecznicza wpłynęła także na wyroki sądów a nawet na ustawodawstwo w innych wolnych stanach. Widać jednak wyraźnie, że sędzia Shaw w *slaves in transit cases* wykorzystywał nie tylko swój „kapitał” prawniczego profesjonalizmu oparty na głębokiej wiedzy prawniczej i autorytecie, lecz także „kapitał” swoich przekonań moralnych i to ostatecznie ukształtowało jego „habitusy”.

Nieco inaczej wyglądały natomiast decyzje sędziego Shawa w sprawach zbiegłych niewolników – tutaj możliwości jego proabolicjonistycznego działania były jednak znacznie bardziej ograniczone. Nie mógł już w takim stopniu korzystać z „kapitału” moralnego, ponieważ ograniczał go z jednej strony „kapitał” prawniczego profesjonalizmu i wierność postanowieniom Konstytucji z 1787 roku, z drugiej zaś, poruszał się po nieco innym „polu”. Wprawdzie w sprawie z 1836 roku udało mu się przy pomocy zręcznego tricku proceduralnego doprowadzić do faktycznego uwolnienia dwóch niewolnic, Elizy Small i Polly Ann Bates, zatrzymanych w Bostonie na statku Chickasaw, ale już w 1842 roku w sprawie George’a Latimera trzymając się litery prawa odmówił zwolnienia z aresztu zatrzymanego zbiegłego ze stanu Wirginia<sup>29</sup>.

W jeszcze większym stopniu musiał poświęcać swoje ideały moralne na rzecz wierności prawu (konflikt wewnątrz „kapitału” wpływający na różne „habitusy”) w późniejszym orzecznictwie z lat pięćdziesiątych XIX wieku, kiedy spór pomiędzy Północą a Południem, mimo zawartego w 1850 roku kompromisu, uległ

28 Cyt. za: A. J. Sebok, *Legal Positivism and American Slave Law...*, op. cit., s. 119.

29 Ibidem, s. 121 i n.

dalszemu zaostreniu. Ze swoimi poglądami na niewolnictwo sędzia Shaw znalazł się w wyjątkowo trudnej sytuacji, ponieważ na „polu” pojawił się dodatkowy element – nacisk ze strony opinii publicznej. Przedstawicielom amerykańskiego wymiaru sprawiedliwości, zwłaszcza w stanach północnych, w gruncie rzeczy nic wielkiego nie groziło za ewentualny opór wobec ustawodawstwa chroniącego instytucję niewolnictwa. Wręcz przeciwnie, w takich miastach jak na przykład Boston sędziowie orzekający w sprawach zbiegłych niewolników w celu ich wydania właścicielom ze stanów południowych, spotykali się z protestami abolicjonistycznie nastawionej opinii publicznej. Czasami był to tylko bardzo silny nacisk ze strony tłumu obywateli, któremu sędzia wbrew swoim osobistym abolicjonistycznym przekonaniom mimo wszystko nie uległ. Mimo rozszerzenia „pola”, „kapitał” i „habitusy” pozostały takie same. Typowym przykładem może być sprawa zbiegłego ze stanu Georgia niewolnika Thomasa Simsa z 1851 roku. Nawet tak znany i radykalny przeciwnik niewolnictwa jak sędzia Lemuel Shaw czuł się zobowiązany do przestrzegania postanowień *Fugitive Slave Act* z 1850 i podtrzymał orzeczenie sędziego Edwarda G. Loringa nakazujące wydanie Simsa jego właścicielowi. Wykonaniu wyroku towarzyszyły tak gwałtowne protesty tłumu oburzonych obywateli, że niewolnik musiał być odprowadzony pod eskortą marynarki wojennej na okręt mający go odwieźć do Georgii. Sprawa miała zresztą swój dalszy bardzo ciekawy ciąg – Sims został później sprzedany do stanu Mississippi, a następnie w 1863 roku w trakcie wojny secesyjnej ponownie zbiegł i powrócił do Bostonu. Więcej nawet – kiedy w 1877 roku Charles Devens, szeryf federalny, który dokonał aresztowania Simsa w 1851 roku, został Prokuratorem Generalnym, był zbiegły niewolnik został zatrudniony w Departamencie Sprawiedliwości<sup>30</sup>. Czasami jednak dla sędziego konsekwencje orzeczenia nakazującego wydanie zbiegłego niewolnika wbrew żądaniom opinii publicznej były znacznie dalej idące. Tutaj za sztandarowy przykład może służyć sprawa Anthony’ego Burnsa z 1854 roku. Także w tym przypadku orzeczeniu, ponownie sędziego Edwarda G. Loringa, nakazującemu wydanie zbiegłego niewolnika do Wirginii towarzyszyły na ulicach Bostonu protesty kilkudziesięciu tysięcy obywateli i ponownie trzeba było skorzystać z pomocy marynarki wojennej. Po roku Burns powrócił do Bostonu, ponieważ został wykupiony za cenę 1300 dolarów amerykańskich. Sprawa miała jednak dalszy ciąg dla sędziego Loringa – w 1857 roku został m. in. za sprawę Burnsa zwolniony ze służby przez Gubernatora Nathaniela P. Banksa, aczkolwiek gwoli ścisłości dodajmy, że już w rok później Prezydent James Buchanan mianował go na inne stanowisko sędziowskie<sup>31</sup>. To tylko jednak pokazuje, że problem niewolnictwa w przededniu wybuchu wojny secesyjnej wywoływał poważne konflikty nie tylko pomiędzy stanami północy i południa, lecz także w strukturach władzy federalnej. Najlepszym przykładem wydają się być dwie inne słynne sprawy – z jednej strony *Prigg v. Pennsylvania* z 1842 roku, z drugiej zaś *Dred Scott*

30 Szeroko na ten temat L. W. Levy, *Sim’s Case: The Fugitive Slave Law in Boston in 1851*, „The Journal of Negro History”, t. 35, nr 1, 1950, s. 39-74; por. także S. W. Campbell, *The Slave Catchers...*, op. cit., s. 117 i n.

31 Z bardzo bogatej literatury por. zvl. S. W., Campbell, *The Slave Catchers...*, op. cit., s. 124 i n.; A. J. von Frank, *The Trial of Anthony Burns. Freedom and Slavery in Emerson’s Boston*, Cambridge-London 1999 oraz ostatnio także G. S. Barker, *The Imperfect Revolution. Anthony Burns and the Landscape of Race in Antebellum America*, Kent 2010 i E. M. Maltz, *Fugitive Slave on Trial. The Anthony Burns Case and Abolitionist Outrage*, Lawrence 2010.

v. *Stewart* z 1857 roku. Zwłaszcza wyrok w tej ostatniej sprawie – według niektórych najgorsze<sup>32</sup> i najbardziej bulwersujące orzeczenie w historii Sądu Najwyższego USA<sup>33</sup> – nie tylko radykalnie jeszcze bardziej podzielił amerykańskie społeczeństwo, ale w powszechnej opinii uchodzi wręcz za katalizator nieuchronnego konfliktu zbrojnego w ramach Unii.

Oderwijmy się jednak od tych konkretnych wyroków i spróbujmy spojrzeć na problem orzecznictwa sądów amerykańskich w sprawach niewolnictwa w kontekście sędziowskich dylematów moralnych z nieco szerszej perspektywy. Amerykańska specjalistka w zakresie prawa porównawczego i międzynarodowego prawa prywatnego Louise Weinberg stwierdziła bardzo trafnie, że prędzej czy później zawsze istnieje możliwość powstania rażącego konfliktu pomiędzy prawem a moralnością, *ergo* – stosowania prawa skrajnie niemoralnego (lub szerzej – skrajnie niesprawiedliwego). Jej zdaniem dla jurysprudencji ten problem jest tym samym, czym jest teodycea dla religii<sup>34</sup>. O ile jednak teodycea w zasadzie nie zakłada nieposłuszeństwa wobec boskiej decyzji, jeśli wydaje się nam ona niesprawiedliwa, o tyle w sferze prawa rzecz jest znacznie bardziej skomplikowana. W literaturze prawniczej najczęściej przywołuje się w tym kontekście instytucję cywilnego nieposłuszeństwa jako symbolu protestu jednostki wobec konieczności przestrzegania prawa prowadzącego do rażąco niesłusznych rezultatów. Cywilne nieposłuszeństwo (*civil disobedience*) dotyczy każdego obywatela jako adresata norm prawnych, natomiast w niniejszym tekście skoncentrowano się raczej na jeszcze bardziej złożonym dylemacie sędziego stojącego w obliczu możliwości (konieczności?) stosowania oporu wobec prawa rażąco niesprawiedliwego (*judicial disobedience*). Wprawdzie z filozoficzno-prawnego punktu widzenia ten ostatni problem jest w gruncie rzeczy, zwłaszcza w obrębie pozytywizmu prawniczego, nierozwiązywalny, ale we współczesnej literaturze ciągle jest przedmiotem zainteresowania ze strony etyków, filozofów czy prawników<sup>35</sup>. Trudno się temu dziwić – okazuje się bowiem, że fundamentalne problemy moralno-prawne nie są wyłącznie udziałem sędziego funkcjonującego w ekstremalnych warunkach zbrodniczego reżimu o charakterze totalitarnym, lecz mogą powstać także w warunkach reżimów demokratycznych, a nawet w systemach spełniających *prima facie* wszelkie wymogi demokratycznego państwa prawnego. Więcej nawet, w odniesieniu do tych ostatnich ocena ewentualnych zachowań sędziów stojących w obliczu stosowania prawa rażąco niesprawiedliwego wydaje się bardziej racjonalna, ponieważ nie jest obciążona odium ewentualnej martyrologii. Przeżywająca w ostatnich latach

32 B. Schwartz, *A Book of Legal Lists. The Best and Worst in American Law*, New York-Oxford 1997, s. 69 i n.

33 Wyrok w sprawie *Dred Scott v. Stewart* do dzisiaj budzi ogromne emocje wśród amerykańskich prawników – z najnowszych opracowań por. np. *The Dred Scott Case: Historical and Contemporary Perspectives on Race and Law*, red. D. T. Konig, P. Finkelman, Ch. A. Bracey, Athens 2010.

34 L. Weinberg, *Of Theory and Theodicy: The Problem of Immoral Law*, [w:] *Law and Justice in a Multistate World: Essays in Honor of Arthur T. Von Mehren*, red. J. A. R. Nafziger, S. C. Symeonides, Ardsley 2002, s. 473-502.

35 Z nowszej literatury por. np. J. Brand-Ballard, *Limits of Legality. The Ethics of Lawless Judging*, Oxford-New York 2010; D. E. Edlin, *Judges and Unjust Laws. Common Law and the Foundations of Judicial Review*, Ann Arbor 2008; W. Bradley Wendel, *Lawyers and Fidelity to Law*, Princeton-Oxford 2010.

nieoczekiwany renesans tzw. formuła Radbrucha<sup>36</sup> jest tego najlepszym przykładem. Oczekiwanie od sędziów w nazistowskich Niemczech aktów nieposłuszeństwa wobec prawa skrajnie niemoralnego, musiałyby być bowiem jednoczesnym żądaniem gotowości do martyrologii i poświęcenia własnego życia w obronie uniwersalnego etosu. Gustaw Radbruch, jak wiadomo, usprawiedliwił do pewnego stopnia niemieckich sędziów i winą za ten stan rzeczy obciążał pozytywizm prawniczy. Nie rozwijając szerzej tego wątku skonkludujemy jedynie, że teza o przywiązaniu nazistowskich sędziów do pozytywizmu prawniczego jest wprawdzie moralnie atrakcyjna, ale zupełnie nieprawdziwa z historycznego punktu widzenia. Wprawdzie zdarzały się rzadkie przypadki sędziowskiego oporu<sup>37</sup>, ale jednocześnie trzeba uznać, że to nie pozytywizm prawniczy był główną przyczyną ich incydentalnego charakteru.

Sędziowie amerykańscy działali jednak na zupełnie innym „polu”, mieli do dyspozycji inny „kapitał”, wreszcie byli przyzwyczajeni do innych „habitusów”. Na podstawie analizy orzecznictwa sądów amerykańskich w sprawach niewolnictwa Robert M. Cover dochodzi do wniosku, że zderzenie sumienia sędziego i obowiązku posłuszeństwa ustawie może prowadzić do jednego z czterech następujących rozwiązań<sup>38</sup>: (1) ucieczka w formalizm i stosowanie ustawy niezależnie od jej moralnego bądź amoralnego charakteru; (2) odrzucenie ustawy niemoralnej i orzekanie *contra legem* na podstawie nakazu sumienia; (3) rezygnacja ze stanowiska; (4) ucieczka w subwersję oznaczającą nagięcie ustawy do wymogów własnego sumienia ze świadomością, że jest to działanie *contra legem*, aczkolwiek ukryte i zawołowane określoną argumentacją<sup>39</sup> lub orzekanie wprawdzie *secundum legem* lub *praeter legem*, ale z jednoczesnym ukrywaniem rzeczywistych motywów leżących u podstaw przyjętego rozstrzygnięcia. We współczesnej amerykańskiej jurysprudencji istnienie tego fenomenu w obszarze orzecznictwa dotyczącego niewolnictwa jest powszechnie zaakceptowane, przy czym do jego opisu i oceny używa się bardzo różnych określeń: od „dylematu moralności i formalizmu” (*Moral-Formal-Dilemma* – Robert M. Cover)<sup>40</sup>, przez „bezstronność i formalizm” (*Fairness and Formalism* – A. E. Keir Nash)<sup>41</sup> oraz „humanizm i interes” (*Humanity and Interest* – Mark Tushnet)<sup>42</sup>, aż po „serce kontra

36 Szerzej na ten temat zob. J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001.

37 Przykłady podaje I. Müller, *Furchtbare Juristen*, München 1989, s. 197-202.

38 Tak pisał r. M. Cover już w 1968 roku w recenzji książki r. Hildretha, *Atrocious Judges: Lives of Judges Infamous as Tools of Tyrants and Instruments of Oppression*, New York 1856 („Columbia Law Review” t. 68, nr 5, 1968, s. 1003-1008), ale przede wszystkim w swojej podstawowej pracy *Justice Accused. Antislavery and the Judicial Process*, New Haven-London 1975.

39 Zdaniem P. Butlera [*When Judges Lie (and When They Should)*, „Minnesota Law Review” t. 91, 2007, s. 1791] subwersja (*subversion*) tym różni się od orzekania kreatywnego (*creative judging*), że temu ostatniemu nie towarzyszy świadomość postępowania *contra legem*; wręcz przeciwnie, w przypadku orzekania kreatywnego sędzia działa w przekonaniu zgodności z prawem, nawet jeśli jego interpretacja nie ma oparcia we wcześniejszym orzecznictwie.

40 R. M. Cover, *Justice Accused...*, op. cit., s. 197 i n.

41 A. E. Keir Nash, *Fairness and Formalism in the Trial of Blacks in the State Supreme Courts of the Old South*, „Virginia Law Review” t. 56, nr 1, 1970, s. 64-100.

42 M. Tushnet, *The American Law of Slavery, 1810-1860: Considerations of Humanity and Interest*, Princeton 1981.

rozum” (*Heart versus Head* – Peter Karsten)<sup>43</sup>. Rozwiązania drugie i trzecie niczego w gruncie rzeczy nie zmieniają, ponieważ w przypadku jawnej wykładni *contra legem* narazamy się na uchylene wyroku przez sąd wyższej instancji, natomiast w przypadku rezygnacji na przekazanie sprawy mniej wrażliwemu sędziemu. Pozostaje więc wybór między rozwiązaniem pierwszym i czwartym. Cover zarzuca amerykańskim sędziom orzekającym w sprawach niewolnictwa, że najczęściej wybierali niestety rozwiązanie pierwsze – uciekali w formalizm, nawet jeśli było to niezgodne z ich sumieniem<sup>44</sup>. Jeśli ta diagnoza Covera jest trafna, to powstaje oczywiście pytanie o przyczyny takiej, a nie innej postawy sędziów. Pod tym względem we współczesnej jurysprudencji amerykańskiej nie ma jednoznaczności w zakresie odpowiedzi na to pytanie. Ronald Dworkin w recenzji z pracy Covera<sup>45</sup> napisał, że ucieczka w formalizm nie była jedynym wyjściem dla sędziów orzekających w sprawach niewolnictwa, zwłaszcza jeśli chodzi o *fugitive slaves cases* – mogli bowiem, przy odpowiedniej interpretacji, zakwestionować konstytucyjność *Fugitive Slave Acts* z 1793 i 1850 roku. Z kolei zdaniem Williama E. Nelsona<sup>46</sup> przyczyną takiego a nie innego orzecznictwa w omawianych sprawach nie był sędziowski formalizm, lecz wręcz przeciwnie – sędziowski pragmatyzm i instrumentalizm. W sędziowskich motywacjach tak naprawdę nie chodziło o to, czy w konkretnej sprawie decyzja była zgodna czy niezgodna z moralnością, lecz o to, w jaki sposób przy pomocy orzecznictwa uratować i zachować jedność Unii. Wreszcie Anthony J. Sebok<sup>47</sup> pisze, że nie zgadza się zarówno z formalistyczną interpretacją Covera, jak i z instrumentalną interpretacją Nelsona. Zdaniem tego autora u podstaw różnych orzeczeń, np. wspomnianego wyżej sędzięgo Lemuela Shawa, leżała „subtelna forma prawniczego pozytywizmu”, pozwalająca na różnicowanie decyzji w zależności od stanu faktycznego i obowiązujących podstaw prawnych.

W najnowszej literaturze przedmiotu Jeffrey M. Schmitt<sup>48</sup> powraca do wspomnianej wyżej tezy Dworkina i podnosi, że istota problemu orzecznictwa w sprawach niewolnictwa nie polegała na konflikcie pomiędzy sumieniem indywidualnego sędziego a jego wiernością prawu. Biorąc łącznie pod uwagę treść i ducha Deklaracji Niepodległości z 1776 roku oraz Konstytucji z 1787 roku należało mimo wszystko powrócić do ich prawnonaturalnych<sup>49</sup> podstaw, *ergo* – podać w ogóle w wątpliwość legalność instytucji niewolnictwa. Abraham Lincoln mówiąc o relacji

43 P. Karsten, *Heart versus Head: Judge-Made Law in Nineteenth-Century America*, Chapel Hill-London 1997.

44 Przypomina to po części cytowane wyżej Radbruchowskie oskarżenie pod adresem pozytywizmu prawniczego.

45 R. Dworkin, *The Law of Slavecatchers*, „Times Literary Supplement” 5 grudnia 1975, s. 1437.

46 W. M. Nelson, *The Impact of the Antislavery Movement upon Styles of Judicial Reasoning in Nineteenth Century America*, „Harvard Law Review” t. 87, nr 3, 1974, s. 513-566.

47 A. J. Sebok, *Legal Positivism and American Slave Law...*, op. cit. s. 114; szerzej na temat tradycji pozytywistycznych w jurysprudencji amerykańskiej: idem, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge 1998.

48 J. M. Schmitt, *The Antislavery Judge Reconsidered...*, op. cit., s. 797-834.

49 Na konieczność takiej interpretacji zwraca też uwagę ostatnio J. B. Dyer, *Natural Law and the Antislavery Constitutional Tradition*, New York-Cambridge 2012.

pomiędzy Deklarację Niepodległości a Konstytucją, miał podobno przywoływać następujące z zdanie z biblijnej *Księgi Przysłów* (rozdział 25, 11): „Złote jabłka na sprzętach ze srebra – to słowo mówione w czasie właściwym”. W tej metaforze złote jabłka stanowi idea wolności ucieleśniona w Deklaracji Niepodległości, postanowienia Konstytucji są tylko jej srebrną oprawą. Posługując się odpowiednią znajomością „pola”, wykorzystując cały swój „kapitał” i tworząc nowe „habitusy”, sędziowie mogli więc w drodze odpowiedniej interpretacji zrealizować opisaną wyżej „ideologię praworządnej decyzji sądowej”.

Problem orzecznictwa sądów w sprawach niewolnictwa w Stanach Zjednoczonych jest świetną egzemplifikacją wszystkich aspektów fenomenu określanego we współczesnej literaturze mianem neutralizacji aksjologicznej prawa<sup>50</sup>. Mamy tutaj właściwie wszystko, co charakterystyczne dla tego zjawiska: po pierwsze, aksjologiczny rozdźwięk pomiędzy ideami Deklaracji Niepodległości z 1776 roku a konkretnymi postanowieniami Konstytucji z 1787 roku; po drugie, bezpośrednią manipulację tekstem prawnym przez eufemistyczne unikanie słowa *slavery* w tekście ustawy zasadniczej; po trzecie, rozdwojenie jaźni takich Ojców Założycieli jak np. Thomas Jefferson, rozdarty jako właściciel niewolników pomiędzy humanistycznym ideałem a ekonomicznym interesem; po czwarte, diametralnie różne ustawodawstwo w stanach północnych i południowych, mimo że wszystko ma być spięte klamrą jednolitej aksjologii na poziomie prawa federalnego; po czwarte, dylematy moralne sędziów rozdartych pomiędzy prawniczym formalizmem a humanistycznym abolicjonizmem; po piąte, opisany wyżej proces subwersji w zakresie wykładni prawa regulującego problem zbiegłych niewolników. Przyłożenie do tego metodologii Bourdieu nie jest oczywiście panaceum na wszelkie metodologiczne i aksjologiczne bolączki prawoznawstwa, ale pozwala, być może, na przynajmniej częściowo pełniejsze zrozumienie genezy i istoty tych fenomenów.

---

50 *Neutralization of Values in Law*, red. K. Pałeczki, Warszawa 2013.



Fernando Fontainha  
Pedro Heitor Geraldo  
Alexandre Veronese  
Camila Alves

# Nationwide Brazilian Civil Servants Selection: the Live-off Examination Ideology

---

## Ogólnonarodowa brazylijska selekcja służby cywilnej. Wykorzystanie ideologii egzaminów

*Brazylijski model administracji publicznej jest w dużej mierze oparty na modelu kontynentalnym. Każdy etat w służbie publicznej obsadzany jest w drodze rekrutacji. Rekrutacja ta ma najczęściej charakter testu wielokrotnego wyboru. Większość instytucji publicznych i agencji rządowych nie dokonuje samodzielnie procesu rekrutacji. Większość z nich wynajmuje prywatne firmy, specjalizujące się w planowaniu i przeprowadzaniu testów na tak szeroką skalę. Każdorazowo informacja o rekrutacji podawana jest do wiadomości publicznej, a dokument precyzujący zasady obowiązujące kandydatów w trakcie procesu rekrutacji, a także państwo jako instytucję rekrutującą publikowane są w państwowym publikatorze (Brazilian Official Journal).*

---

**Fernando Fontainha**

*Fundacja Getulio Vargasa*

**Pedro Heitor Geraldo**

*Uniwersytet Federalny Fluminense*

**Alexandre Veronese**

*Uniwersytet Federalny Fluminense*

**Camila Alves**

*Fundacja Getulio Vargasa*

### Introduction

This paper is the result of a research conducted by FGV Law School and Fluminense Federal University (UFF). It is a response to the Ministry of Justice's Legislative Affairs Secretariat (SAL/MJ) and the United Nations Development Program (UNDP) call for the study of Brazilian selection processes for civil service positions.

It is high time legal institutional researches included on their agenda the issue of the recruitment of people for civil service positions, since Law

careers are greatly impacted by this phenomenon. Brazilian media harmonically announced 2013 as the year in which our State would provide a large number of civil service positions and, therefore, would promote a great quantity of public selection processes through examinations. One can definitely say that these media announcements did not cause the increase of preparation courses enrollments or the massive presence of books on public selection processes in newsstands and bookstores. There is a very promising, increasing, unregulated and existing market directed towards candidates' preparation and the organization of the exams' application. We expect this research to reduce the gap between this phenomenon impact on reality and the scientific discourse about it.

We applied the concept of *ideology* to reflect on the unification of individual strategies, collective beliefs and institutional projects. By ideology, we mean a set of attributes that one can perceive in the way different social actors experience the selection processes through exams applications. Hopes, duties, legitimating discourses, and strategic performance are represented by an *examination ideology*. Inspired by Weber<sup>1</sup>, this paper approaches the different ideologies we identified in our research as ideal types. This means we found our analysis on the various – but not exclusive – ways of experiencing, thinking of, talking about and planning the examinations.

To begin with, we studied the *republican ideology*, once it was the first attempt to reduce the royal appointment power. The republican ideology points out that the nowadays authority of elected leaders to fill positions with people they think will best implement their agenda consists of an aristocratic vestige. In other words, it makes the antidemocratic feature of the appointment power explicit even if the one endowed with this authority was democratically elected. Civil service public recruitment is just one step to surmount aristocracy and replace it by a republican government, but there is a longer walk: the march for equality.

Civil service public recruitment is part of one of the most significant management innovation of the western modernity: bureaucratic, legal-rational authority. The *bureaucratic ideology*, as we call it, is the keynote of a new rationality, according to which a body of officials – recruited by a selection process open to all and selected because of their technical competences – manages the State<sup>2</sup>. Modern democracies achieved the primacy of the competence over politics by rationalizing the selection of state elite. As a result, school knowledge was progressively, and not by chance, praised as the best method to verify the candidate's adequacy in relation to knowledge itself and what it takes to hold a civil service position.

Nevertheless, it was necessary to combine the state elite selection process described above with a value of undeniable importance to republican governments: democracy. A recently created word represents the union of these two western modernity's titans: meritocracy.

Firstly written and published in 1956, the eminent *The rise of meritocracy*<sup>3</sup> christens this new model of elite selection process meritocracy; a recruitment model that has surpassed the aristocracy of the blood and the plutocracy of the money, and

---

1 M. Weber, *Sobre a teoria das Ciências Sociais*, São Paulo 1991.

2 Idem, *Os fundamentos da organização burocrática: uma construção do tipo ideal*, [w:] *Sociologia da Burocracia*, red. E. Campos, Rio de Janeiro 1966.

3 M. Young, *The rise of the meritocracy*, London 1994.



has established a system in which talented people are empowered. It is important to mention that Young, a 1950's London School of Economics professor, writes a political fiction, in which he foretells the political history of England since the end of 19<sup>th</sup> century up to the beginning of 21<sup>st</sup> century. He argues that it may be impossible to establish a people's government but it is possible to fight for the fairest ways to select the state elite. The author also points out that political forces led Modern States to implement rational selection processes to avoid the waste of talent, when the latter became an essential item during the imperial conflicts between France and United Kingdom and also during the 20<sup>th</sup> century's world wars.

Young's work is a political essay until he reaches the year of 1956. From then on, it is a political fiction and the story he tells makes the school a fundamental institution to republican governments, since the grades students' works receive measure the students themselves and determine their future social positions. Although reality proved him wrong, the notion of meritocracy remained and we use the term *meritocratic ideology* to designate the way we perceive merit: the result of an objective performance evaluation process defined by Young as "effort + talent".

Achieving republican equality includes sharing knowledge, since it is essential to integrate individuals into the political world. School and work were key elements to the attempt to make knowledge and *savoir-faire* universal. Both of them – school and work – were the means through which the ancient elites would be vanished from history, since they represent two fundamental stages of socialization outside the realm of one's family, the latter being the pillar of aristocracy. It is important to remember that all that have been so far described involved actions, beliefs, discourses and institutional projects. We have discussed the social construction of the modern State, a process that took many decades to be completed. But why have we been discussing this when the topic of this paper is the recruitment of people for civil service positions through exams application?

The selection of people for civil service positions through examinations is on threshold of two contemporaries ideologies: academic and professional ideologies. The former recruits the best graduate students (either high school or college graduate students), evaluating candidates as schools and universities do, that is, applying exams that are elaborated and corrected by teachers and professors. Professional training is provided to successful candidates. We call this system school meritocracy. The latter – professional ideology – seeks, through the application of exams, the most competent young professionals, that is, the ones who have already demonstrated the skills required to the performance of the position they applied for. Professional ideology leads recruiters to apply practical tests elaborated by experienced professionals or former civil servants. It also emphasizes the importance of providing continuing training. Due these characteristics, we call it the primacy of professional excellence. It is highly important to notice that the ideologies' power is based on an outside-previous-exam skill. That is to say, both academic and professional ideologies only formally certify characteristics that already exist: successful candidates are the ones who are previously experienced professionals or the best learners. Exams test skills that are important to the performance of the position candidates apply for and not the skill of succeed exams only. We highlight that one does not become a civil servant because of his/her examination's performance because exams based on

academic or professional ideologies only formally confirm one's outside-previous-exam merit.

In the next sections, we review a set of scientific American, French and Brazilian works that face this issue. Then, we present a quantitative analysis on notices of the recruitment of persons for civil service positions published from 2001 to 2010 by Brazilian Intelligence Agency (ABIN), Federal Attorney General's Office (AGU), National Cinema Agency (ANCINE), National Health Surveillance Agency (ANVISA), Central Bank (BC), Coordination for the Improvement of Higher Education Personnel (CAPES), Office of the General Comptroller (CGU), National Council for Scientific and Technological Development (CNPq), Brazilian Securities Commission (CVM), National Department of Transport (DNIT), Federal Public Defenders Office (DPGU), Oswaldo Cruz Foundation (FIOCRUZ), National Institute of Metrology, Standardization and Industrial Quality (INMETRO), National Social Security Institute (INSS), Ministry of Planning, Budget and Management (MPOG), Ministry of Foreign Affairs (MRE), Ministry of Health (MS), Federal Police (DF), and Federal Revenue Secretariat (SRF).

### 1. State-of-art

Countries that have deeply experienced academic and professional ideologies have also formulated harsh criticisms, in the mid-1960s, in the intersection of Sociology and Pedagogy.

Although French thinkers have debated school issues since the foundation of Sociology as a scientific discipline, it is only in 1964 and 1970, respectively, that Bourdieu and Passeron published *Les Héritiers* and *La Reproduction*, establishing then the socio-pedagogical French paradigm. Inspired by determinist sociology, the authors identify schools as institutions that have the monopoly on legitimate symbolic violence. They also recognize that schools maintain the social power structure by seeking to devalue (hiding it, at the same time) popular culture and strengthening the dominant cultural standards. According to them, school power consisted on the fact that dominant cultural standards would be reproduced even after pedagogical processes ended. Not even Boudon's interactionist point of view<sup>4</sup> could keep the reproduction paradigm from providing an explanation to the French educational system's inequalities. Throughout the years, this paradigm has been exacerbated and has shaped the idea of a "capitalist school in France"<sup>5</sup>. French researchers still debate how school meritocracy is insufficient to overcome aristocratic social features. It has been demonstrated that familiar background is relevant to determine one's future social position<sup>6</sup>. Moreover, researches prove the professional primacy of men over women has a close connection to school years<sup>7</sup>. In addition, they show how families influence the acquisition of competences during training education<sup>8</sup>. Also, they

---

4 R. Budon, *L'inégalité des chances. La mobilité sociale dans les sociétés industrielles*, Paris 1979.

5 Ch. Baudelot, R. Establet, *L'école capitaliste en France*, Paris 1971.

6 C. Thelot, *Tel Père, Tel Fils ? Position Sociale Et Origine Familiale*, Paris 1982.

7 Ch. Baudelot, R. Establet, *L'école capitaliste...*, op. cit.

8 A. Mingat, *Expliquer la variété des acquisitions au cours préparatoire: les rôles de l'enfant, la famille et l'école*, „Revue Française de Pédagogie” vol. 1, nr 95, 1991.

attest oral exams can be arbitrary<sup>9</sup> and demonstrate the inadequacy of evaluation methods. Finally, researches portrait an inflated, overcrowded school that cannot to manage skills and competence's democratization<sup>10</sup>.

Anglo-American world also debate school meritocracy during the 1960s. Again, Sociology and Pedagogy provide very similar criticism on the subject. An important difference must be pointed out: American determinist sociology does not discuss this issue. The debate is conducted by Aaron Cicourel and Hugh Mehan's interpretative and cognitive approaches. *The educational decision-makers* opens the discussion on the legitimacy of educational administration to determine student's individual life<sup>11</sup>. Some years later, Cicourel publishes a book entitled *Language use and school performance*, in which he affirms, for the first time, the primacy of linguistic form over school subject's content when students are evaluated. He also presents, introductory, the theoretical bases of his analysis on school performance tests<sup>12</sup>. The first of many Mehan's ethnographic study is also published in this book. The author demonstrates that interactive classroom context – and not the content taught – structures pedagogical relationships<sup>13</sup>. Four years later, in *Structuring School Structure*<sup>14</sup> criticizes Bourdieu and Passeron's reproduction paradigm; he denies the existence of school structure and announces there are only structural activities. Many works follow this approach and demonstrate, through classroom interaction descriptions, that students' competences are constructed by the repetition of rewarded actions<sup>15</sup>. Other studies show how classroom's activities and assignments are autonomous in relation to the world outside school<sup>16</sup>. They also demonstrate that schools reply to perceived inequalities with the same inequities<sup>17</sup>. Finally, some researches notice the existing perversity on the construction of school success and how it relates to the treatment schools provide to low achievement students<sup>18</sup>. Other relevant studies question the ability of achieving social equality through meritocracy<sup>19</sup>. These researches define meritocracy as a myth. A different set of works, entitled *Meritocracy and economic inequality*, discusses the role of meritocracy in economics inequalities

- 
- 9 A. Berrier, *Évaluer à l'oral: quelles questions?* „The French Educational Review” vol. 64, nr 3, 1991.
- 10 A. Duru-Bellat, *L'inflation scolaire. Les désillusions de la méritocratie*, Paris 2006.
- 11 A. V. Cicourel, J. Kitsuse, *The educational decision-makers*, Indianapolis 1963.
- 12 A. V. Cicourel, *Some basic theoretical issues in the child's performance in testing and classroom settings*, [w:] *Language use and school performance*, red. A. Cicourel et al., New York 1974.
- 13 H. Mehan, *Accomplishing classroom lessons*, [w:] *Language use and...*, op. cit.
- 14 Idem, *Structuring School Structure*, „Harvard Educational Review” vol. 48, nr 1, 1978.
- 15 Idem, *The competent student*, „Sociolinguistic working paper number 61”, Austin 1979.
- 16 Idem, *Learning lessons: the social organization of classroom instruction*, Cambridge 1979.
- 17 Idem, *Understanding inequality in schools: the contribution of interpretive studies*, „Sociology of Education” vol. 65, nr 1, 1992.
- 18 H. Mehan, I. Villanueva, L. Hubbard, A. Lintz, *Constructing School Success. The consequences of untracking low-achievement students*, Cambridge 1996.
- 19 J. Goldthorpe, *The Myth of Education-Based Meritocracy*, „New Economy” vol. 4, nr 10, 2003.

stressing that, instead of mitigating, it empowers economic differences<sup>20</sup>. Anna Zimdars also studied this issue and demonstrated the vicissitudes of students' application for Oxford University<sup>21</sup>, for Oxford Law School<sup>22</sup> and Bar Association's exams in England and Wales<sup>23</sup>.

Countries that have produced all these academic works are not impacted by the phenomenon of examinations for the recruitment of persons for civil service positions as Brazil is. This paper questions if our examination/evaluation system - and also our republican experience - has overcome all the problems mentioned by the researches we have just reviewed. We do not believe so.

As we understand Brazil has experienced the recruitment of persons for civil service positions in a unique way, we decided to review Brazilian academic works dedicated to the discussion of this specific issue. Doing so allowed us to make our epistemological position explicit.

We decided to investigate the scientific production of different knowledge areas. Then, we examined the works produced by Law, Sociology, Anthropology, Psychology and Management Schools. We organized the review of such studies according to their subject of analysis and the methodology applied, so we could notice the multiplicity of perspectives both of them are seen through.

In relation to the subject under analysis, different works choose to focus on different parts of the recruitment processes. They combine this first selection with a second one: they elect a certain social actor to be studied and his/hers/its role or perspective. So, some works focus on the Federal Administration and also on the process's fragment it is directly involved, such as (i) the hiring of a private company to organize the application of exams, (ii) the writing of public notices; (iii) the hiring of persons that succeed the examinations. Other studies choose to center their attention on candidates. They investigate (i) how candidates study for the exams, (ii) if they enroll at preparation courses, and (iii) their performances and (iv) their success or not; and (v) the relationship between their success and the enrollment at preparation courses. It is important to notice that some categories arise from these studies: unsuccessful candidates, successful candidates and successful and hired candidates. The existing difference between them is significant to the profitable preparation course market.

A considerable number of studies focus on "live-off-examination candidates"<sup>24</sup> [*concurseiros*] profiles. Carro's dissertation<sup>25</sup> investigates Unified

20 *Meritocracy and economic inequality*, red. K. Arrow, S. Bowles, S. Darlauf, Princeton 2000.

21 A. Zimdars, *Challenges to Meritocracy? A study of the social mechanisms in student selection and attainment at the University of Oxford*, Oxford 2007 [DPhil thesis].

22 Idem, *Fairness and undergraduate admission: a qualitative exploration of admissions choices at the University of Oxford*, „Oxford Review of Education” vol. 38, nr 3, 2010.

23 Idem, *The Competition for Pupillages at the Bar of England and Wales (2000-2004)*, „Journal of Law and Society”, vol. 28 (4), 2011.

24 We made use of Weber's typology of politicians – „live for politics” and „live off politics” – to express that some candidates experience the examinations similarly to the way politicians who live off politics do.

25 R. A. L. Carro, *Caracterização do perfil dos candidatos ao Concurso de Residência Médica do Sistema Único de Saúde, no período de 1999 a 2004*, São Paulo 2007.

Health System's (SUS) medical residency program candidate's profile. The author analyzed candidate's social features, such as gender, age, medical specialty, where candidates studied, and their performance.

Other research focus on the use and meaning of the term "live-off-examination candidates" [*concurseiros*]. The word is widely used by people involved in civil servant recruitment processes, especially by websites directed to candidates. The authors examine not only the social characteristics of applicants, but also the reasons why they keep studying throughout the years. They also analyzed the tests applied. In other words, the researchers try to understand the personal and economic investment and the choices "live-off-examination candidates" do.

Amancio<sup>26</sup> studies the social characteristics of successful candidates, but its main purpose is to discuss the relationship between the exams, the social-cultural candidate's profile and the professionalization process. The author analyzed the recruitment of History professors and she concluded that there is a close connection between the examination and the professionalization of the professor's careers. She also emphasizes that the use of exams is a key element to modern bureaucracy and to its system of civil servant recruitment.

Puppo Luz and Silva's paper<sup>27</sup> examines the role of preparation courses in the construction of conceptions on the world of work. The authors demonstrate that "the fatigue people suffer from promotes the reconsideration of the relationship between life and work"<sup>28</sup>. One of the consequences the researchers point out is related to "school failure" candidates experience and share in preparation courses' classrooms.

The idea of failure has been changing and expanding. It has become more individualized and people feel guilty about it more frequently. The exercise of this power-knowledge over candidates in educational environments has become unbearable and it may result in the creation of dangerous escaping routes<sup>29</sup>.

Some studies produced by linguistics investigate the linguistic competences professors and students must have in order to succeed exams; they emphasize the importance of the ability of comprehending texts. A similar investigation focus on the cognitive competences Accounting Science's candidates must have<sup>30</sup>. The authors conclude that "the Federal Administration selection of new accountants does not accomplish its aim because of its distance from the globalized, technological and economical nowadays scenario"<sup>31</sup>.

26 L. F. dos S. Amancio, *O concurso público no processo de profissionalização docente: análise dos concursos realizados pela Prefeitura do Município de São Paulo (2004 e 2007) e perfil dos professores de história aprovados*, São Paulo 2009.

27 L. Del Puppo Luz, C. M. Silva, *O exercício de estudar nos cursinhos destinados aos concursos públicos*, „Fractal Revista de Psicologia” vol. 20, nr 1, 2008, s. 285-304.

28 Ibidem, s. 287.

29 Ibidem, s. 289.

30 J. J. B. de Santana Junior, D. M. V. G. Pereira, J.E. De G. Lopes, *Análise das habilidades cognitivas requeridas dos candidatos ao cargo de contador na Administração Pública Federal, utilizando-se indicadores fundamentados na visão da Taxonomia de Bloom*, „Revista Contabilidade & Finanças” vol. 19, nr 46, 2008, s. 108-121.

31 Ibidem, s. 118.

Other set of researches are dedicated to the study of civil servants' profile. Castelar et al<sup>32</sup> investigates the elements that guaranteed the success of hired civil servants. The Applied Economics paper says:

The probability of succeeding examinations is defined by social-features vectors. We verified that having high familiar incomes and a high school degree as well as having lived in metropolitan areas, having attended a private school and being young are elements that increase the probabilities of succeed an examination<sup>33</sup>.

Some other studies analyze the institutions that are involved in the organization of exams. Costa's dissertation<sup>34</sup> focuses on public notices of recruitment processes in order to investigate the São Paulo high school teachers' selection policy from 1983 to 1996. The researcher concludes that the recruitment policy is inefficient, once it is based on the multiple-choice exams. Moreover, the study points out that the selection process lacks neutrality and transparency.

So far, we have reviewed scientific works that focused on important elements concerning selection of people for civil service positions through examinations. We now present how these works are methodological structured.

We noticed that many studies focused on candidates and civil servants' social characteristics<sup>35</sup>. They made use of interviews and surveys to apprehend social reality. A set of researches applied discourse analysis methods to examine public notices while others used linguistics tools to investigate the coherence of discourses<sup>36</sup>. They consider the public notices as means of communication between Federal Administration and candidates. Public notices express ideals and representations about the organization of selection processes and their exams. Other studies focus on the abilities exams require and to analyze them they use statistics and some categorization models, such as Bloom Taxonomy<sup>37</sup>. Finally, researches developed by psychologists invited preparation course's students to receive psychological treatment and report their lives in relation to the choice they made to become civil servants and the role preparation course have in their lives<sup>38</sup>. There is also one study – in Psychology

---

32 I. Castelar, R. T. Ferreira, I. Soares, A. W. A. Veloso, *Uma análise dos determinantes de desempenho em concurso público*, „Economia Aplicada” vol. 14, nr 1, 2010, s. 81-98.

33 Ibidem, s. 92.

34 J. C. da Costa. *Dos concursos públicos e da política de recrutamento de professores do ensino fundamental I, no município de São Paulo*, São Paulo 2010.

35 L. F. dos S. Amancio, *O concurso público...*, op. cit.; R. A. L. Carro, *Caracterização do perfil...*, op. cit.; M. A. A. de S. Descardecí, *O Concurso Público: um evento de letramento em exame*, Campinas 1992.

36 M. A. A. de S. Descardecí, *O Concurso Público...*, op. cit.

37 J. J. B. de Santana Junior, D. M. V. G. Pereira, J. E. de G. Lopes, *Análise das habilidades cognitivas...*, op. cit.

38 L. Del Puppo Luz, C. M. Silva, *O exercício de estudar...*, op. cit.

– that interviewed students, asking them the reason why they applied or would apply for a civil service position<sup>39</sup>.

## 2. Live-off-examination Ideology: a hypothesis to Brazil

Brazil's way to democracy and a republican government was a much more tortuous than we idealize. Social phenomena as clientilism and patrimonialism, studied by Sérgio Buarque de Holanda<sup>40</sup>, Raymundo Faoro<sup>41</sup> and Victor Nunes Leal<sup>42</sup>, make almost all scientific analysis on Brazilian public administration directly attained to a sense of crisis or dysfunction. This paper does not ignore these studies or the influence of these phenomena on the topic we discuss. Nevertheless, we try to delineate an ideal type that enables us to comprehend how Brazilian State recruits its workforce; we do not intend to study Brazilian State itself. We believe we have to investigate the very characteristics of the selection processes for civil service positions and we can, therefore, leave historical analysis out.

We do not have enough data to assure that Brazil's recruitment of people for civil service positions are self-centered, but we would like to suggest – as a research assumption – the existence of a *live-off-examination ideology* [ideologia *concurseira*] in Brazil, according to which we select the candidates that are prepared to be selected. It is important to mention that the word *concurseiro/concurseira* – here translated as *live-off-examination* in allusion to Weber's *Politics as a vocation* – is widely used by students, especially Law graduates, who wish to become civil servants and it is worth of an explanation.

Over the last ten years, civil service in general – and not specific careers – has become Law graduate's first choice for their professional future. That is probably the reason why, recently, preparation courses have not only replaced trainee programs as the traditional *locus* of hands-on learning, but have been also competing to Law Schools in relation to the very teaching of law. In fact, Law Schools continue existing due to their monopoly of issuing diplomas; law graduates who wish to become civil servants learn what they need to know to succeed an examination on preparation courses only. Considering that some positions are highly competitive and require long-term preparation, graduate students who study full-time to examinations face the challenge of defining themselves professionally. A recent study identified a semantic dispute over their status<sup>43</sup>: how to designate students that prepare themselves to examinations only?

The research involved students that attend Rio de Janeiro State School of Magistrates. All of them defined themselves as *live-for-learning* students [*concurсандos*], young jurists that are in search of the career of their dreams, that is the one they

39 P. A. T. Albrecht, E. Krawulski, *Concurseiros e a busca por um emprego estável: reflexões sobre os motivos de ingresso no serviço público*, „Cadernos de Psicologia Social do Trabalho” vol. 14, nr 2, 2011, s. 211-226.

40 S. B. de Holanda, *Raízes do Brasil*, São Paulo 2005.

41 R. Faoro, *Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro*, t. I-II, Porto Alegre 1977.

42 V. N. Leal, *Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o sistema representativo no Brasil*, São Paulo 1976.

43 F de C. Fontainha, *Les (en)jeux du concours: une analyse interactionniste du recrutement à l'École nationale de la magistrature*, Sarrebruck 2011.



have a vocation for. Live-for-learning students identify a live-for-examination student as someone who just wants to memorize laws, to learn the precedents recruiters find important, and to know the doctrinal underpinnings committees adopt. A live-off-examination student is also defined as somebody who has not chosen a career; this student is interested in any available position.

We use the term live-off-examination ideology to investigate the following hypothesis: Brazilian selections of person for civil service positions are absolutely self-centered and can be seen in candidates' strategies, legitimating discourses, institutional projects, and the way the recruitment process is organized. We chose to center our analysis on public notices, the legal documents that announce the opening of selection of persons for civil service position and regulate the entire recruitment process published by government agencies and public bodies. As we previously said, our analysis focuses on notices published by Federal public bodies and government agencies from 2001 to 2010.

There are diverse ways to analyze these documents. One can see it as a legal instrument that organizes the recruitment process and binds candidates, public bodies and government agencies. In fact, many researches demonstrate the importance of public notices because they are subjects of various judicial discussions. Another way to see them consists of highlighting their discursive features. Some linguistics studies seek to comprehend the different ways to create a discourse that is aimed to establish a communicative relationship between candidates and institutions. This perspective does not allow us to see what social actors do based on such discourses.

We understand that these documents are institutional projects, since they delineate how public bodies and government agencies decided to recruit their future staff. We intend to see them through a political perspective, and then to comprehend the recruitment policies they convey. That is why we say they express a certain ideology.

We define ideology as a structure and conscience intersection. Patricia Ewick and Susan Silbey say:

Ideology refers to the processes that produce a specific pattern in social structure. An ideology, as structure, always embodies a particular arrangement of power and affects life chances in a manner different from that of some other ideology or arrangement of power. This means that ideology is not equated with culture or structure in general, or with social construction as an interactive process<sup>44</sup>.

One can mistakenly think that public notices express public bodies or government agencies' will. In fact, they express an ideology since it legitimates the procedures adopted by civil servants and guide candidates. Only by considering its political force one can understand the complex relationship between public bodies/government agencies, private entities that are hired to plan and apply the exams, candidates and preparation courses. Each one of them acquires public identities because of they hold a position in this relationship. Nevertheless, thinking of public notices as

---

44 P. Ewick, S. S. Silbey, *The common place of law: stories from everyday life*, Chicago 1998, s. 225-226.



a project is not common; notices are still seen as legal instruments. Such perspective blurs the political discussion and reifies live-off-examination ideology.

For a better understanding of our methodological approach, we allude to Scheingold description on the American myth of rights<sup>45</sup>. He says that the belief that judiciary and law can produce social change is, in fact, an ideology. "The myth of rights as an ideology is not to downgrade its importance to American politics nor to deny the political significance of rights"<sup>46</sup>; on the contrary, he intends to make the ideology explicit in order to comprehend how institutions work and how people are oriented.

Thinking of notices as an expression of an ideology does not reduce their importance. Much on the contrary, it places them in the discussion of institutional projects, that is, how State's institutions are constructed and oriented. Civil servants are an antique issue debated on Political Sciences (Rousseau, Montesquieu, The Federalist) but it seems that they have been forgotten in our days reflections. In general, we think of how public institutions are, but we do not reflect on the profile of State's staff.

Making ideology explicit allow us to comprehend the foundations of recruitment institutional projects and think of alternatives. We try to demonstrate how present this ideology is in the way these institutional projects are built.

### 3. Data

#### 3.1. Database

In this section we present the data collected from public notices of the recruitment of persons for Brazilian Federal civil service positions.

Firstly, we chose to analyze the notices published in the last decade (from 2001 to 2010). Then, we excluded all the documents related to the recruitment of persons for civil service positions through local examinations; our analysis focuses only on the federal civil service selection processes that allow people from the whole country to participate, providing the application of exams in different parts of Brazil.

In order to find the public notices, we asked the Ministry of Planning, Budget and Management how they kept record of the selection processes they authorized. They sent us a document containing all the administrative rules, through which it authorized the selection of persons for civil service and established the amount of positions. There were 550 Administrative rules concerning 104 government agencies and public bodies. Although all the documents were related to Federal civil service positions, some of them referred to national examinations while others related to local ones. After we excluded all the selection processes that aimed to provide only local positions, we achieved the number of 73 government agencies and public bodies that recruited persons through national examinations.

Due the huge amount of information extracted from each public notice and the limitations of time and budget of our research, we had to limit our analysis. We decided to focus on some government agencies and public bodies' selection processes. We chose to analyze the ones that aimed to recruit a great quantity of people.

---

45 S. A. Scheingold, *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change*, Michigan 2004.

46 Ibidem, s. 83.

That is the case of the Brazilian National Social Security Institute: in 2002, it organized a selection process that attracted one million candidates. We also chose to examine the case of legal careers because the research team is formed by professionals that have been in Law school; because of our familiarity with this field, we could infer that the positions that required a Law degree would receive the highest salaries.

From these categorizations, we selected the following government agencies and public bodies: Brazilian Intelligence Agency (ABIN), Federal Attorney General's Office (AGU), National Cinema Agency (ANCINE), National Health Surveillance Agency (ANVISA), Central Bank (BC), Coordination for the Improvement of Higher Education Personnel (CAPES), Office of the General Comptroller (CGU), National Council for Scientific and Technological Development (CNPq), Brazilian Securities Commission (CVM), National Department of Transport (DNIT), Federal Public Defenders Office (DPGU), Oswaldo Cruz Foundation (FIOCRUZ), National Institute of Metrology, Standardization and Industrial Quality (INMETRO), National Social Security Institute (INSS), Ministry of Planning, Budget and Management (MPOG), Ministry of Foreign Affairs (MRE), Ministry of Health (MS), Federal Police (DF), and Federal Revenue Secretariat (SRF). These government agencies and public bodies conducted 698 selection processes, during 2001 and 2010, which led to the employment of 41,241 persons.

In order to analyze the public notices of the recruitment of persons for civil service positions, we created a factsheet that would enable us to categorize the documents' elements. As we noticed that all the public notices had two types of clauses – while some of them provides for the selection process as whole, others provide only for the positions – our factsheet was divided into two sections. Finally, we compiled the information extracted from the factsheet and we came to the results we present in this paper.

### **3.2. The elements of the public notices**

We found different elements in the public notices we analyzed. There is not a consensus about the elements that a public notice should have. As a consequence, some documents have components that are not mentioned in others. For example, while some notices provides for fee exemption, others are silent about it. We infer that the absence of legislation on the writing of public notices can be one of the reasons why they can differ significantly from each other.

If we take the case of the submission of an application as an example, we can see different possible ways candidates can apply for the examination: some selections processes allow people to submit their application by handing in the appropriate forms to certain state-owned banks; others permit candidates to send the forms by post; and most of them prefer internet application forms. It is interesting to realize that almost all the notices use the later type of registration: 54 out of 698 selection processes do not provide for the use of internet to apply a submission for the examination. It is possible that small quantity of selection processes that does not allow candidates to submit their application by internet took place in the early 2000's when the access to the web was much more restrict than today in Brazil. It is highly probable that at certain point in time all selection processes adopted internet application forms, although the dissent in relation to the other ways to apply for the examinations continued. We understand that the very presence of supplementary methods

of application indicates the concern of public bodies to candidates that do not have access to the internet, considering Brazil's social and economic inequalities.

One of the elements that was present in most of the analyzed notices is the assistance for candidates with special needs. Providing aid to handicapped persons is compatible with the recent trend of enhancement of human rights. It is important to mention that this element is not related to the reservation of positions for special needs candidates – a much more complex and polemic issue; it is about promoting equal opportunities for this group.

Fee exemption was a very controversial issue up to 2008, when the Decree 6.593/08 entered into force. According to it, every candidate that has a monthly family income of less than three minimum wages has the right to fee exemption. Before the decree entered into force, government agencies and public bodies could decide whether or not they would rule for fee exemption. We decided to observe in which cases fee exemptions were frequently provided for.

Fee exemptions appear more frequently when the positions people apply to offer the highest salaries. We also realized that the positions that offered the lowest wages were the ones people had to pay higher fees to submit their applications.

We could not end this section without mentioning the absence of an important element. The public notices analyzed did not make any reference to candidates' skills and abilities, which means that government agencies and public bodies do not present the aptitudes the positions require. It also indicates that they do not think of testing skills and abilities as a part of the selection process. We suggest that future civil servants are not familiar to the requirement of their positions and are not properly tested. As we are about to see, the mere presence of a job description does not soften the autonomy effect we infer. Later in this paper, we demonstrate how this absence aligns with a Brazilian way to select persons for civil service positions.

#### 4. Who organizes the recruitment process?

The notices we analyzed presented seven private entities that organize competitive public examinations. The data expresses the hegemony of CESPE: it was responsible for 73% of the selection processes we examined. In addition, it points out a constraint in the examination market, once there are very few competitors. It is worth mentioning that IRB is not one of them, since it only organizes its own selection processes. FUNRIO presents the lowest percentage level of organizations. We can imply that it has no relevance to the competition because it is either a very recent entity or it is a local institution that organized few national examinations for the selection of persons for civil service positions. On the other hand, CESPE and ESAF have most of the market shares.

About the number of positions these seven private entities were responsible for, again, CESPE has the best result (52%). Nevertheless, when we contrast with previous data, we realize that CESPE organizes examinations to selection processes that offer fewer positions than the ones organized by ESAF.

Observing the historical series, enables us to perceive the movement of the private entities when acting as a player: there is a hegemonic dynamic of dips and swells. It becomes clear that CESPE is the one that dictates how the dynamic works; when this entity organizes most of the selection processes, there is a dramatic reduction in the participation of the others and vice versa. If we take the years of 2003,

2004 and 2005 as examples, we see that only in 2004, during CESPE's dips, CESGRANRIO was the single entity that showed a slight increase. The other ones reduced their participations to zero or almost zero. In 2008, when CESPE participation rate fell, all the other entities increased their numbers, especially FUIB. Therefore, this expresses a market trend.

For the time being, we evidenced a market dynamic that conducts the organization of selection of persons for civil service positions. We ask ourselves if this dynamic is benefits the recruitment model or even if the State should outsource this activity once recruit its personnel is one of its ends.

### **5. Who is recruited and how much are they paid?**

We can observe that engineering degree is the most frequently recruited one, followed by Law degree. It is worth noting that, if we take into consideration the wage criterion, Law degrees prevails over Management and Engineering diplomas. On the opposite side – the lowest paid careers – we find filing clerks and librarians. They are followed by economists and statisticians.

We can make some inferences based on this data. Firstly, we observe that supremacy of positions for engineers may have a connection to Brazil's growth acceleration public policies. However, the chosen growth model does not make room for professionals that deal with social affairs, as social assistants.

Our attentions could not avoid being drawn by legal careers. Former law students' wages are 23.02% higher than managers' salaries (the immediate lower career). In relation to the lowest paid careers, law graduates earn 173.27% more. These data point out the nowadays' status of legal careers. Later, we will see how this prominent position is related to an ideology conveyed by the selection processes for civil service positions.

Concerning the variations of the wages of legal and non-legal careers, we selected and contrasted only the five best and worst paid careers of our sample. If we take the case of the Federal Attorney as an example, we shall notice that no other career was able to keep up with the increase of this position's wage in 10 years: a 250% increase. National Security Institute's technician, one of the worst paid positions, achieved an increase of 216.25%. Council for Scientific and Technological Development's technician had an enhancement of 150%. Although the percentages express high numbers, the persistent disproportion led to the boosting of the abyss between legal careers' wages and all the others. In 2002, the difference between the salary of a Federal Attorney and a National Security Institute's technician reached 535.72%. In 2010, their wages differ 603.56% from each other.

Someone could try to justify the wage's gap saying that a Federal Attorney has a higher education degree; therefore, he/she would be entitled to higher salaries. Our data indicate that degrees are not a criterion to fix wages, once demonstrated that the best paid professionals are the ones who have a bachelor degree. Candidates that are required to have a master's degree are paid as the applicants who only have a high school diploma. Doctors earn 20% less than bachelors.

This colossal distortion clearly expresses that school meritocracy is not even minimally valued as a reference to recruitment processes.

## 6. How are they recruited?

If selection processes do not value people who have the most significant academic degrees, what causes such wages' gaps? One could assume that government agencies and public bodies would select the best professionals – people who have experience in their field – or candidates who have the best performance in the education system.

In order to verify this hypothesis, we analyzed the knowledge, skills and abilities tested by the examinations. The data show that the recruitment process, as it is, do not select the best experienced professionals or the best egress of education system. Examinations select the ones who succeed the tests only.

The most applied method of recruiting people is multiple choice question tests. It is followed by written exam and then the evaluation of degrees. 96.7% of all the recruitment processes used the application of multiple choice question tests as a stage of evaluation that would eliminate and classify candidates. 22.21% of all selection processes use the multiple choice question tests as the only way to select persons. It is important to notice that there are no practical tests: not even one of the 698 selection processes we examined applied practical tests. The only tested skill consists of the candidates' ability to face the examination's exclusive evaluation methods; and they do not even emulate the primary or dominant duties of the position for which the examination is held.

Nevertheless, most candidates face diverse methods of evaluations. We analyzed all of them so we could understand the ideal candidate profile government agencies and public bodies recruit.

Almost all the applicants that are required to possess a certificate, registration or license must also take multiple choice question tests. Most of them also take written exams and must present degrees. Generally, they are not required to take physical or psychological tests; they do not have to present a dossier on their previous lives. Candidates who are required to prove their previous experience undergo a very similar examination. The most significant difference consists of the requirement of oral exams and the presentation of a dossier on one's previous life. Although we could assume that the very fact that government agencies and public bodies require the possession of a certification registration or license would mean the recruitment of the professionals, they choose to select people through the application of written exams: they try to select professionals not examining them through practical tests.

The absolute lack of coherence when addressing or combining fundamental categories such as (1) training courses, (2) previous experience, (3) degrees and (4) the possession of certificate, registration or license allows us to infer that there is no institutional project regarding the well-functioning of government agencies or public bodies; there is only projects oriented towards examinations.

In relation to previous life analysis, it only applies to certain public bodies and government agencies, such as ABIN, AGU, BACEN, CGU, DPF, and RFB; this represents approximately 16% of the selections processes we examined. It is important to mention that all these recruitment processes (except for AGU's) provide training courses. Then, we can say that inquiring candidates' previous lives aims to have a close control on who deals with public security and public finances affairs.

If we link the requirement of presenting a dossier on one's previous life and psychological tests, we will see AGU as the only case in which the latter selection

method is not applied. CVM and MRE also use psychological tests. It is important to mention that training courses are present in a quarter of the recruitment processes we analyzed: ABIN, BACEN, CGU, DPF, ANP, MRE, and RFB.

We could suppose there is a direct relationship between wages and State's strategic careers. In general, the average wage offered to careers that require superior education is higher than the ones that do not: R\$6.860,88 and R\$4.045,00, respectively. However, if we take positions that offer wages above R\$10.000,00 we can see an inversion: careers that require superior education are offered a salary of R\$11.270,27 while careers that require only high school degrees are offered a wage of R\$12.050,74, respectively.

Although there is no practical test, one can think that experience and the possession certificate, registration or license reflect professional skills. However, it does not mean that either the experience or the necessary skills to the performance of position's activities have been evaluated. In fact, the recruitment system we adopt focus on academic skills, but this does not convey an academic ideology, as we will see later. People are not recruited based on their academic profile or on their professional skills. Candidates' abilities and skills are not even listed on public notices.

We infer the logic of evaluation of different level professionals. Taking the example of PhD graduates, we see they are evaluated through multiple choices and written exams. Then, their degrees are scored and sometimes they take medical and psychological tests. 63,16% of recruitment processes analyzed required the presentation of a brief. It is interesting to notice that wages related to candidates who hold a bachelor, MSc, PhD degree are very similar. In fact they are also similar to the one related to high school degree holders. We can infer that the system adopted is almost the same, regardless the degree candidates hold.

Previously, we asked what determines wages' differences. We have tried to answer this question analyzing some elements that usually influence salaries differentiation. So far, we have demonstrated that wages are neither based on degree nor on the experience people have. We have also shown that the selection model Brazil adopts is unable to recruit the best professionals or scholars, since degrees and experience are not properly valued and professional skills are not tested. Data can help us to understand not only the wages' differences but also attests the existence of a live-off-examination ideology.

Wages differ according to examinations' complexity, expressed by the number of stages. The ones who receive the highest wages have succeeded at least six stages. Then, wages are proportional to the examination complexity, instead of the position demands. Perhaps we can observe the most effective tool of corporative power, in symbolic and financial terms.

We have been arguing that the dominant dynamic of Brazilian examinations are expressed through what we call live-off examination ideology. The core of this concept is that the examination as an objectivity constitutes a powerful social category, capable of producing very strong references, to the point of becoming self-referenced ones. We claim that this concept is flexible to the point of expressing behavioral tendencies, thought and feeling about the matter but also *institutional projects*. In this paper we intended to demonstrate that Brazilian institutions naturalized their civil servants recruitment based on that dynamic.

# Czy słuszna jest zasada domniemanej zgody na pobieranie narządów od pacjentów?

## An Evaluation of the Principle of Presumed Consent to Organs Retrieval

*The goal of the paper is to provide a comparative assessment of the principle of presumed consent to organs retrieval for transplantation ex mortuo; the principle (currently in force in the Polish legal system) asserts that organs may be retrieved from the deceased person unless he/she while being alive explicitly objected to such retrieval. The principle is compared to three other principles that are usually taken into account, viz., with the principle of explicit consent (which allows organs retrieval only if the deceased person while being alive explicitly expressed his/her consent to it), the principle of 'no consent' (which allows organs retrieval from the deceased person even if the person while being alive objected to it), and the principle of mandatory choice (which imposes on citizens an obligation, enforced e.g. while renewing identity card, to explicitly decide whether the person consents to his/her organs being retrieved after his/her death). The comparative assessment of the principles is made on the basis of three criteria: (1) respecting the will of the deceased; (2) having positive impact of the number of transplantations; (3) not leading to particularly undesirable consequences, e.g., to retrieving organs from the deceased person even though he/she explicitly objected to such retrieval while being alive (the maximin criterion). It is argued in the paper that the principle of presumed consent fulfills: criterion (1) to a smaller degree than the principle of explicit consent and the principle of mandatory choice; criterion (2) to a smaller degree than the principle of 'no choice', to a higher degree than the principle of explicit consent, and to (more or less) the same degree as the principle of mandatory choice; criterion (3) to a smaller degree than the principle of mandatory choice and to (more or less) the same degree as the principle of explicit consent. The comparative assessment leads to a more general conclusion: that although the criteria do not allow one to choose between the principle of presumed consent and the principle of explicit consent, they generate a satisfactory assessment as they allow one to select an optimal principle, which proves to be the principle of mandatory choice.*

### Wojciech Załuski

*doktor habilitowany nauk prawnych  
Uniwersytet Jagielloński*

### 1. Wprowadzenie

Zasada domniemanej zgody mówi, że można pobrać narządy do przeszczepu od osoby zmarłej zawsze i tylko wtedy, gdy osoba ta nie wyraziła za życia sprzeciwu. Zasada ta jest jedną z kilku możliwych zasad regulujących kwestię dopuszczalności pobierania narządów *ex mortuo*. Aby ocenić, czy jest ona „słuszna”, należy ją porównać z owymi alternatywnymi zasadami. Nie wydaje się bowiem sensowne i owocne rozważanie problemu, czy dana zasada



jest słuszna „sama w sobie”. Jak zobaczymy bowiem, żadna z możliwych zasad (z jednym wyjątkiem) nie jest w oczywisty sposób niesłuszna, tzn. sprzeczna z elementarnymi intuicjami etycznymi. Słuszność w interesującym nas kontekście i w interesującym sensie oznaczać będzie zatem zajmowanie najwyższego miejsca w rankingu możliwych zasad, a nie po prostu respektowanie elementarnych intuicji etycznych. Jest przy tym jasne, że każda zasada słuszna w silniejszym sensie (tj. optymalna) musi być słuszna w sensie słabszym (tj. musi respektować elementarne intuicje etyczne), ale nie odwrotnie.

Obok zasady domniemanej zgody wyróżnia się trzy inne zasady mogące regulować kwestię dopuszczalności pobierania narządów od zmarłego do transplantacji: zasadę braku zgody (zgodnie z którą można pobrać narządy od zmarłego do przeszczepu nawet wtedy, gdy zmarły za życia wyraził sprzeciw), zasadę wyraźnej zgody, nazywanej też zasadą zgody wprost (zgodnie z którą można pobrać narządy od zmarłego do przeszczepu zawsze i tylko wtedy, gdy zmarły za życia wprost wyraził na to zgodę), oraz zasadę obowiązkowego wyboru (zgodnie z którą można pobrać narządy od zmarłego do przeszczepu zawsze i tylko wtedy, gdy zmarły za życia wprost wyraził na to zgodę, przy czym każdy człowiek ma prawny obowiązek sformułowania wyraźnej zgody lub sprzeciwu). W ramach wstępnych uwag warto zwrócić uwagę na dwie możliwe interpretacje zasady domniemanej zgody. Według pierwszej, nazwijmy ją „normatywną”, po prostu przyjmuje się – bez odwołania się do żadnych świadectw empirycznych poza jedynym świadectwem, jakim jest brak sprzeciwu – że osoba, które nie wyraziła sprzeciwu, *ipso facto* wyraziła zgodę. Jej strukturę można zapisać w taki sposób:  $\neg S \rightarrow Z$  (gdzie „S” oznacza sprzeciw, a „Z” zgodę). Według drugiej, nazwijmy ją „empiryczną”, sam brak sprzeciwu ze strony danej osoby nie wystarcza do przyjęcia, że wyraziła ona zgodę; dodatkowo potrzebne są określone świadectwa empiryczne przemawiające za tym, że można jej zasadnie przypisać zgodę. Strukturę tej wersji zasady domniemanej zgody można zapisać w taki sposób:  $\neg S \ \& \ E \rightarrow Z$  (gdzie „E” oznacza owe dodatkowe świadectwa empiryczne). Można w niej widzieć *sui generis* zasadę „pośrednią” między zasadą wyraźnej zgody a klasyczną, tj. normatywną, zasadą zgody domniemanej. Ponieważ w regulacjach prawnych przyjmujących zasadę domniemanej zgody na pobieranie narządów (np. w prawie polskim<sup>1</sup>) zasadzie tej nadaje się sens normatywny, przez zasadę domniemanej zgody rozumiemy w niniejszych rozważaniach wyłącznie jej wersję

1 W prawie polskim kwestię pobierania narządów *ex vivo* i *ex mortuo* w celu dokonania przeszczepu reguluje tzw. ustawa transplantacyjna z 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów. Zgodnie z art. 5 tej ustawy „1. pobrania komórek, tkanek lub narządów ze zwłok ludzkich w celu ich przeszczepienia można dokonać, jeżeli osoba zmarła nie wyraziła za życia sprzeciwu; 1. Pobrania komórek, tkanek lub narządów ze zwłok ludzkich w celu ich przeszczepienia można dokonać, jeżeli osoba zmarła nie wyraziła za życia sprzeciwu. 2. W przypadku małoletniego lub innej osoby, która nie ma pełnej zdolności do czynności prawnych, sprzeciw może wyrazić za ich życia przedstawiciel ustawowy. 3. W przypadku małoletniego powyżej lat szesnastu sprzeciw może wyrazić również ten małoletni”. Zgodnie z art. 6. sprzeciw wyraża się w formie „1) wpisu w centralnym rejestrze sprzeciwów na pobranie komórek, tkanek i narządów ze zwłok ludzkich; 2) oświadczenia pisemnego zaopatrzonego we własnoręczny podpis; 3) oświadczenia ustnego złożonego w obecności co najmniej dwóch świadków, pisemnie przez nich potwierdzonego”. „Centralny rejestr sprzeciwów” jest prowadzony przez „Poltransplant”. Na stronie internetowej „Poltransplantu” można pobrać formularz do wyrażenia sprzeciwu; sprzeciw jest skuteczny od daty wpisu do rejestru i w każdej chwili może być cofnięty.



normatywną. Wersję empiryczną tej zasady pomijamy dlatego, że istnieją poważne przeszkody praktyczne w jej stosowaniu: zasada ta rozdziłaby liczne interpretacyjne problemy i tym samym prowadziłyby do licznych *hard cases*.

W kolejnym punkcie spróbujemy dokonać porównawczej oceny wspomnianych czterech zasad.

## 2. Porównawcza ocena czterech zasad

Wydaje się, że dla dokonania takiej oceny należy odwołać się przede wszystkim do trzech następujących kryteriów etycznych: (1) wymogu poszanowania woli (autonomii) zmarłego, (2) wymogu pozytywnego wpływu na liczbę dokonywanych przeszczepów, oraz (3) wymogu niegenerowania drastycznie złych konsekwencji (kryterium *maxyminu*). Nie będziemy próbować oszacować „wag” tych kryteriów, gdyż, jak pokażą dalsze rozważania, z punktu widzenia naszego celu – wyboru optymalnej zasady – nie jest to istotne. Kilka słów warto poświęcić jeszcze kryterium (3), być może najmniej jasnemu z wszystkich trzech. Kryterium to nakazuje wziąć pod uwagę najgorsze możliwe skutki stosowania danej zasady i za najlepszą (w świetle tego kryterium) uznać tę zasadę, której najgorsze skutki są w porównaniu z innymi zasadami najlepsze. Ma ono odmienny charakter niż dwa pozostałe kryteria, nie koduje ona bowiem odmiennej reguły etycznej, lecz stanowi pewną metaregulę, nakazującą uwzględnić najgorsze możliwe skutki stosowania poszczególnych zasad regulujących dopuszczalność pobierania narządów *ex mortuo*. Te najgorsze skutki będą się wiązać oczywiście z naruszeniem kryteriów (1) i (2), które uznaliśmy za szczególnie istotne dla oceny tych zasad. Za uwzględnieniem kryterium (3) obok dość oczywistych kryteriów (1) i (2) przemawia argument, że w ocenie interesujących nas zasad należy uwzględnić nie tylko ogólnie stopień spełniania przez nie wymogów poszanowania woli zmarłego i wymogu zwiększania liczby przeszczepów, ale także, przyjąwszy niejako perspektywę osoby awersyjnej względem ryzyka, rozważyć najgorsze skutki stosowania poszczególnych zasad, nawet jeśli prawdopodobieństwo wystąpienia tych skutków jest niskie.

### 2.1. Poszanowanie woli zmarłego

Kryterium (1) nie jest spełnione nawet w minimalnym stopniu przez zasadę braku zgody. W najwyższym stopniu spełnia je zasada obowiązkowego wyboru, gdyż wymaga ona od każdego człowieka ujawnienia swojej woli odnośnie do tego, czy chce on zostać po śmierci dawcą narządów. Mniej jasne jest, czy jest ono spełnione w większym stopniu przez zasadę wyraźnej zgody, czy przez zasadę domniemanej zgody. Rozważmy tę kwestię dokładniej.

Na pierwszy rzut oka mogłoby się wydawać, że rozpatrując te dwie zasady w oderwaniu od ich funkcjonowania w konkretnym społeczeństwie, można stwierdzić, że spełniają one tę zasadę w równym stopniu, gdyż obie dopuszczają sytuację, że wywnioskowana na ich podstawie wola zmarłego będzie odmienna od jego woli rzeczywistej (zasadę wyraźnej zgody można bowiem – wedle tej linii argumentacji – interpretować jako zasadę domniemanego braku zgody), i że w rezultacie wybór między nimi w oparciu o kryterium (1) będzie zrelatywizowany do profilu preferencji w danym społeczeństwie. Taką opinię prezentuje np. Carl Cohen, który twierdzi, że „to, czy będziemy wymagać, żeby wyraźna była zgoda, czy też żeby wyraźna była odmowa, powinno zależeć od naszych przekonań na temat

tęgo, co w rzeczywistości zrobiłaby większość społeczeństwa po zarejestrowaniu przez wszystkich jego członków swoich poglądów”<sup>2</sup>. Opinia ta wydaje nam się jednak z dwóch powodów nieprzekonująca, przy czym powód drugi jest zasadniczy.

*Primo.* Choć Cohen ma niewątpliwie rację twierdząc, że chcąc zredukować ilość błędnych (tj. niezgodnych z rzeczywistą wolą zmarłego) pobrań narządów do przeszczepu i błędnych nie-pobrań, należy wybrać tę zasadę, która opiera się na dominującej preferencji większości społeczeństwa, to błąd wynikający ze zastosowania zasady domniemanej zgody wydaje się – z punktu widzenia interesów zmarłego – moralnie bardziej naganny, niż błąd wynikający ze stosowania zasady wyrażonej zgody. Tylko bowiem pierwszy błąd polega na szczególnie poważnym przewinieniu etycznym, jakim jest naruszenie integralności cielesnej podmiotu wbrew jego woli (człowiek ma bowiem prawo wymagać, aby nie pobierano po śmierci jego narządów do przeszczepu, nie wydaje się natomiast, żeby miał prawo wymagać, aby jego narządy oddano po jego śmierci do przeszczepu). Pokazuje to, że oparcie wyboru zasad na wymogu „najmniejszej liczby błędów” jest niewłaściwe<sup>3</sup>. Innymi słowy: kryterium generowania niskiej liczby błędów nie można uznać za subkryterium spełniania wymogu poszanowania woli, należy bowiem obok *ilości* możliwych błędów dodatkowo uwzględnić *powagę* tych błędów. W obronie Cohena można jednak zauważyć, że kosztem błędu w przypadku zasady wyrażonej zgody może być życie pacjenta oczekującego na transplantację, i że w rezultacie trudno orzec, który błąd jest bardziej moralnie naganny *tout court* (tj. przy uwzględnieniu zarówno interesów zmarłego, jak i oczekującego na przeszczep). Uwzględnienie tego argumentu wykracza już jednak *de facto* poza rozumowanie Cohena, którego celem było pokazanie, że już na gruncie samego wymogu poszanowania woli (bez uwzględniania innych wymogów – np. wymogu pozytywnego wpływu na liczbę przeszczepów) zasada domniemanej zgody może okazać się (przy odpowiednim profilu preferencji społecznych) zasadą właściwszą niż zasada wyrażonej zgody.

*Secundo.* Symetria między obiema zasadami na poziomie czysto pojęciowym jest pozorna, tzn. nie można zakładać, jak czyni to Cohen, że obie zasady w równym stopniu mogą spełniać wymóg poszanowania woli, i w rezultacie przyjmować, że to, która zasada w rzeczywistości spełnia ją w stopniu większym, jest kwestią czysto empiryczną, której rozstrzygnięcie zależy od rozkładu preferencji w danym społeczeństwie „za” i „przeciw” pobraniu narządów po śmierci w celu dokonania przeszczepu. Ujmując rzecz krótko: nie można, naszym zdaniem, sprowadzać wymogu poszanowania woli nie tylko do wymogu generowania możliwie małej liczby błędów, ale nawet do wymogu generowania możliwie małej liczby *poważnych* błędów. Jest oczywiście prawdą, że na gruncie obu zasad możliwa jest mylna interpretacja rzeczywistej woli zmarłego, *nie znaczy to jednak, że zasady te mogą w równym stopniu respektować wolę zmarłego, i że rozstrzygnięcie, czy któraś z nich spełnia ją w większym stopniu jest kwestią czysto empiryczną.* Przemawia za tą ostatnią tezę następujący argument, odwołujący się do samej struktury zasady domniemanej zgody, a więc niezależny od kontekstu w jakim jest ona stosowana. Na gruncie reguł semantycznych pojęcie

2 C. Cohen, *The case for presumed consent to transplant human organs after death*, „Transplantation Proceedings” 24, 1992, s. 2172.

3 W podobnym duchu argumentują R. M. Veatch, J. B. Pitt, *The myth of presumed consent: Ethical problems in organ procurement strategies*, „Transplantation Proceedings” 27, 1995, s. 1888-1892.

zgody w swoim rdzennym sensie odnosi się do sytuacji, w której dany podmiot *X* wyraźnie, tzn. poprzez podjęcie określonej aktywności, wyraża aprobatę na podjęcie określonych działań lub na podjęcie *wobec niego* określonych działań. Można więc powiedzieć, że wyrażenie „wyraźna zgoda” ma na gruncie obowiązujących reguł semantycznych charakter tautologii. „Zgoda domniemana” byłaby więc czymś w rodzaju *contradictio in adiecto*, a w najlepszym razie fikcją skonstruowaną dla realizacji pewnych pożądaných celów. Jedynym kontekstem, w którym „zgoda domniemana” nabiera sensu zgody wyrażnej, jest bezpośrednia interakcja, w ramach której stawia się pytanie danej osobie, czy zgadza się na podjęcie określonych działań lub podjęcie wobec niej określonych działań, jednocześnie informując ją, że jej milczenie będzie oznaką zgody. Rzecz jasna, nie z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku zasady zgody domniemanej: potencjalny dawca nie jest przez nikogo bezpośrednio pytany, czy zgadza się na oddanie po śmierci swoich narządów do przeszczepu, ani nie jest informowany, że jego milczenie będzie interpretowane jako przyzwolenie. Zmodyfikowanie zasady domniemanej zgody w taki sposób, aby jej stosowanie przypominało opisaną sytuację, oznaczałoby w rzeczywistości przekształcenie jej w zasadę obowiązkowego wyboru. Otóż jeśli przyjmie się powyższą tezę – żeby zgoda, aby była zgodą, musi być wyraźna, a brak sprzeciwu jest tym czym jest, tj. brakiem sprzeciwu, a nie zgodą – to wrażenie symetrii między obiema zasadami (zasadą wyrażnej zgody i zasadą domniemanej zgody) znika. Okazuje się bowiem, że zasady wyrażnej zgody nie można interpretować jako zasady domniemanego braku zgody. Jest tak dlatego, że zasada wyrażnej zgody nie opiera się na żadnym „domniemaniu”; formułuje ona po prostu, w zgodzie z regułami semantycznymi, wymóg zgody ze strony podmiotu. Jeśli argumentacja ta jest trafna, to pokazuje ona, że, niezależnie od rozkładu preferencji społecznych, należy uznać zasadę wyrażnej zgody za respektującą w wyższym stopniu wolę zmarłego niż zasadę domniemanej zgody. Zauważmy na koniec tego podpunktu, że zasada domniemanej zgody w wersji empirycznej jest oczywiście mniej kontrowersyjna niż zasada domniemanej zgody w wersji normatywnej, gdyż rzadziej prowadzi do błędnych askrypcji preferencji oraz w mniejszym stopniu narusza reguły semantyczne rządzące posługiwaniem się pojęciem „zgody”. Jednak, jak wspomnieliśmy we Wprowadzeniu, prowadziłyby ona w praktyce do licznych trudności interpretacyjnych.

Podsumujmy: zasada wyrażnej zgody w większym stopniu niż zasada domniemanej zgody spełnia wymóg poszanowania woli zmarłego; obie te zasady spełniają ten wymóg w mniejszym stopniu niż zasada obowiązkowego wyboru (gdyż dopuszczają sytuację, w której przypisana pacjentowi wola jest odmienna od jego woli rzeczywistej) i, co zupełnie oczywiste, w większym stopniu niż zasada braku zgody.

## 2.2. Wpływ na liczbę dokonywanych przeszczepów

Ocena wyróżnionych zasad za pomocą kryterium (2) jest trudna, ponieważ nie bardzo wiadomo, jak dokładnie należałoby oszacować rzeczywisty wpływ przyjęcia danej zasady na ogólną liczbą dokonywanych w danym kraju przeszczepów. Liczba ta zależy bowiem także od wielu innych czynników niż regulacje dotyczące kwestii zgody na pobieranie narządów (np. od stanu infrastruktury medycznej, nastawienia lekarzy i społeczeństwa do transplantacji, odpowiedniej ilości wykwalifikowanych lekarzy). Niemniej, wydaje się, że można sformułować kilka prawdopodobnych hipotez na temat zależności kauzalnych między wprowadzeniem

określonych regulacji w kwestii zgody na pobieranie narządów a ogólną liczbą transplantacji. Otóż, można przypuszczać, że, *ceteris paribus*: zasada braku zgody w największym stopniu sprzyja wzrostowi liczby transplantacji, a zasada domniemanej zgody sprzyja temu wzrostowi w większym stopniu niż zasada wyraźnej zgody<sup>4</sup>. Tę drugą zależność uzasadnia zdroworozsądkowy argument, że wiele osób, które byłyby gotowe oddać po śmierci swoje narządy do przeszczepu, z takich czy innych powodów (życiowej inercji, niewiedzy, niepoświęcania dostatecznej uwagi problematyce transplantacji itp.) nie formułuje wyraźnej zgody. Jeśli zaś chodzi o zasadę obowiązkowego wyboru, wydaje się, że, *ceteris paribus*, w większym stopniu spełnia ona kryterium (2) niż zasada wyraźnej zgody (gdyż osoby pragnące oddać po śmierci swoje narządy do transplantacji mogą – i muszą – wyraźnie zadeklarować swoją preferencję). Trudno natomiast stwierdzić, czy zasada obowiązkowego wyboru spełnia to kryterium w mniejszym niż zasada domniemanej zgody, czy w stopniu podobnym. Na gruncie czysto spekulatywnym można stwierdzić, że obie zasady spełniają to kryterium w podobnym stopniu, gdyż skutkiem stosowania obu zasad jest to, że pobiera się narządy do transplantacji (jeśli jest to z medycznego punktu widzenia możliwe) od wszystkich osób, które nie wyraziły za życia sprzeciwu. Jeśli zasada domniemanej zgody spełnia to kryterium w większym stopniu, to tylko dlatego, że może prowadzić do pobrania narządów od osób, które – z takich czy innych powodów – nie wyraziły za życia sprzeciwu, *choć w rzeczywistości były przeciwne pobraniu od nich po śmierci narządów*. Ta ewentualna „nadwyżkowa” ilość transplantacji uzyskana dzięki przyjęciu zasady domniemanej zgody zamiast zasady obowiązkowego wyboru, ma jednak wątpliwą wartość etyczną – nie tylko, co jest oczywiste, z perspektywy interesów dawcy (którego wola nie została poszanowana), lecz także z perspektywy biorcy (większość biorców, jak można przypuszczać, jest gotowa przyjąć narząd do przeszczepu, tylko wtedy, gdy wie, że jest on darem ze strony dawcy). Co więcej, jako kontrargument na rzecz tezy, że zasada domniemanej zgody prowadzi w większym stopniu niż zasada obowiązkowego wyboru do zwiększenia liczby pobrań narządów od zmarłych, można sformułować hipotezę, jak się wydaje dość prawdopodobną, że zasada obowiązkowego wyboru znacznie przyczyniłaby się do pogłębienia społecznej świadomości na temat potrzeby dawstwa transplantacyjnego i w rezultacie prowadziła do zwiększenia liczby dawców, zaś operująca w sposób niejako „skryty” zasada domniemanej zgody wydaje się nastrajać negatywnie do idei dawstwa<sup>5</sup>. Zasada domniemanej zgody może bowiem rodzić w społeczeństwie wrażenie, że państwo, zamiast podjąć szeroką akcję propagującą świadome dawstwo narządów, „idzie na skróty”, uznając wszystkich za potencjalnych dawców i w ten sposób niejako zawłaszczając sobie to, albo przynajmniej próbując sobie zawłaszczyć to, co w sposób

4 R. H. Thaler i C. R. Sunstein twierdzą, na podstawie analizy wielu statystyk dotyczących transplantacji, że zmiana zasady wyraźnego zgody na zasadę domniemanej zgody prowadzi do zwiększenia liczby transplantacji o ok. 16%; por. R. H. Thaler, C. R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven-London 2008, s. 188-189. Według innych źródeł (por. C. Cohen, *The case for presumed consent...*, op. cit.) ten odsetek wynosi od 20% do 30%. Zważywszy jednak na wspomniany wcześniej fakt, że liczba transplantacji zależy od bardzo wielu czynników, nie tylko od przyjętej zasady regulującej zgodę, trudno orzec definitywnie, jaki jest rzeczywisty wpływ zastąpienia zasady wyraźnej zgody zasadą zgody domniemanej na liczbę transplantacji.

5 To negatywne nastawienie może być dodatkowo wzmocnione przez wątpliwości związane z praktycznym stosowaniem kryterium śmierci mózgu.

najintymniejszy należy do nas samych. Nie twierdzimy, że takie są „prawdziwe” intencje twórców regulacji prawnych wprowadzających zasadę domniemanej zgody, intencje te bowiem są szlachetne – ratowanie życia osób oczekujących na przeszczep. Nie ulega jednak dla nas wątpliwości, że regulacje prawne mogą rodzić takie wrażenie, i w efekcie budzić negatywne nastawienie do dawstwa. Ponadto, uważamy, że zasada domniemanej zgody w istotnym stopniu zaburza zawsze chwiejną równowagę między prawami jednostki a prerogatywami państwa, przyznając nadmierne uprawnienia temu ostatniemu<sup>6</sup>. Szczególną niedelikatnością ze strony polskiego ustawodawcy wydaje się nam nienałożenie na lekarza obowiązku uzyskania przed pobraniem narządów od zmarłego zgody jego rodziny (na szczęście praktyka jest inna – powrócimy do tej kwestii w ostatnim punkcie). Powołanie się na argument z równi pochyłej jest zawsze ryzykowne, gdyż argument ten, jak wiadomo, nie tylko nie jest konkluzywny, lecz często jest zwykłym zabiegiem retorycznym, stosowanym gdy brakuje dobrych argumentów, niemniej jego wykorzystanie w tym przypadku wydaje nam się zasadne: otóż można się obawiać, że zasada domniemanej zgody może z nietrywialnym prawdopodobieństwem utorować drogę do przyjęcia zasady braku zgody, na gruncie której narządy człowieka po jego śmierci traktuje się jako, *horribile dictu*, „własność społeczną” czy „własność państwową”. Ten argument przeciw zasadzie domniemanej zgody ma jednak charakter marginalny i niejako dygresyjny w naszej porównawczej analizie zasad.

Podsumujmy: kryterium (2) jest spełnione w najwyższym stopniu przez zasadę braku zgody, w najmniejszym przez zasadę wyraźnej zgody; wydaje się, że zasada obowiązkowego wyboru spełnia to kryterium w większym stopniu niż zasada domniemanej zgody, niemniej, żeby nie przesądzać już na tym etapie argumentacji w oparciu o spekulatywne argumenty słuszności którejś z tym dwóch zasad, przyjmujemy, że spełniają to kryterium w podobnym stopniu.

### 2.3. Niepowodowanie drastycznie złych skutków

Najgorszym możliwym skutkiem stosowania zasady braku zgody jest pobranie narządów od pacjenta po jego śmierci *mimo jego wyraźnego sprzeciwu*. Jest to szczególnie drastyczne pogwałcenie woli pacjenta. Jeśli chodzi o zasadę domniemanej zgody, to najgorszym możliwym skutkiem jej stosowania jest pobranie narządów od pacjenta po jego śmierci *wbrew jego rzeczywistej woli*. Taki skutek także stanowi pogwałcenie woli pacjenta, choć nie można nazwać go „drastycznym”: dokonuje się ono bowiem zwykle w sposób nieumyślny (lekarz nie wie, że pacjent nie wyraził zgody; wobec braku sprzeciwu pacjenta, działając zgodnie z prawem, „domniemywa”, że pacjent wyraził zgodę<sup>7</sup>); i nigdy *wbrew* wyraźnemu (wyrażonemu w sposób wymagany przez prawo) sprzeciwowi pacjenta. Najgorszym możliwym skutkiem zastosowania zasady wyraźnej zgody jest „przecoczenie” potencjalnych dawców, tj. osób, które pragnęły oddać swoje narządy do transplantacji, ale przed śmiercią nie wyraziły na to wyraźnej zgody. Innymi słowy, zasada ta może prowadzić do nieuratowania życia

6 Podobną opinię formułuje T. Biesaga; por. T. Biesaga, *Wobec zgody domniemanej i zawłaszczania zwłok do transplantacji*, „Medycyna Praktyczna” 1, 2006, s. 20-24.

7 Oczywiście, nie można wykluczyć sytuacji, w której lekarz umyślnie działa *wbrew* woli pacjenta, wiedząc na takiej czy innej podstawie, że ten ostatni był przeciwny pobraniu narządów, ale nie zdążył wyrazić swojego sprzeciwu. Są to jednak, jak można przypuszczać, sytuacje bardzo rzadkie.

osobie oczekującej na transplantację mimo istnienia potencjalnego dawcy. Warto zauważyć, że najgorsze możliwe skutki stosowania zasady domniemanej zgody i zasady wyraźnej zgody wiążą się z naruszeniem odmiennych kryteriów, odpowiednio: kryterium (1) i kryterium (2). Trudno stwierdzić, które z tych naruszeń ma bardziej poważny charakter. Odpowiedź na to pytanie będzie zależała od tego, jaką wagę przypisze się poszczególnym kryteriom (1) i (2). Ze stosowaniem zasady obowiązkowego wyboru nie wiąże się ryzyko spowodowania szczególnie negatywnych skutków w rodzaju tych, do jakich może prowadzić stosowanie pozostałych zasad; zasada ta w najwyższym stopniu spełnia więc kryterium (3).

#### 2.4. Zbiorcza ocena zasad i uwagi metodologiczne

Zestawmy w tabeli rezultaty powyższej analizy czterech zasad w świetle trzech kryteriów:

Zasady/Kryteria	Kryterium (1)	Kryterium (2)	Kryterium (3)
Braku zgody	0	2	0
Wyraźnej zgody	2	0	1
Domniemanej zgody	1	1	1
Obowiązkowego wyboru	3	1	2

Liczby w tabeli mają wyłącznie sens porządkowy: odzwierciedlają ranking poszczególnych zasad sporządzony w oparciu o dane kryterium. Nie ma więc żadnego matematycznego sensu „sumowanie” liczb dla poszczególnych zasad i wybieranie tej zasady, dla której suma ta jest najwyższa. Niemniej, układ tych liczb pozwala zastosować do wyboru tych zasad najbardziej intuicyjne kryterium racjonalności, jakie sformułowano w ramach teorii racjonalnego wyboru, mianowicie, kryterium wyboru opcji dominującej. Kryterium to nakazuje wybrać taką opcję (jeśli w ogóle istnieje), która „dominuje” pozostałe, tzn. w żadnym wypadku nie jest gorsza niż któraś z pozostałych, od każdej z pozostałych jest przynajmniej w jednym wypadku lepsza. Otóż łatwo zauważyć, że jeśli pominiemy się w naszej tabeli zasadę braku zgody, to opcją dominującą okazuje się zasada obowiązkowego wyboru. Za pominięciem zasady braku zgody przemawia to, iż nie jest ona słuszna w słabym sensie, tzn. narusza elementarnych intuicji etycznych. Jej pominięcie pozwala zastosować kryterium dominacji, które wskazuje jako optymalną (słuszną w silnym sensie) zasadę obowiązkowego wyboru. Rezultat ten wydaje się być interesujący zarówno z merytorycznego jak i metodologicznego punktu widzenia. Co do pierwszego: zasada obowiązkowego wyboru jest zasadą rzadko przyjmowaną w systemach prawnych, co zważywszy na przeprowadzoną analizę jest dla nas zaskakujące. Powody niepopularności zasady obowiązkowego wyboru spróbujemy zbadać w kolejnym punkcie. Co do drugiego: okazuje się, że jednym ze sposobów radzenia sobie z problemami bioetycznymi może być poszerzenie zbioru rozważanych opcji. Łatwo bowiem zauważyć, że jeśli w sporze o najlepszą zasadę regulującą pobieranie narządów *ex mortuo* uwzględnimy wyłącznie zasadę domniemanej zgody i zasadę wyraźnej zgody, spór ten staje się trudny do rozstrzygnięcia, żadna bowiem z tych zasad nie jest w świetle rozważanych przez nas kryteriów dominująca względem drugiej: jedna w większym stopniu spełnia wymóg poszanowania autonomii, druga – wymóg pozytywnego wpływu na



liczbę przeszczepów (wymóg niegenerowania drastycznie złych skutków zasady te spełniają, jak przyjęliśmy, w równym stopniu)<sup>8</sup>. Aby dokonać wyboru między nimi, należy więc wcześniej rozstrzygnąć bardziej fundamentalny spór, mianowicie, spór o to, które z dwóch kryteriów – poszanowania woli pacjenta, czy troski o zwiększenie liczby transplantacji – jest istotniejsze (co w praktyce oznacza przypisanie „wag” tym kryteriom). Dodanie trzeciej opcji – zasady obowiązkowego wyboru – zwalnia jednak z obowiązku zajmowania stanowiska w tym chyba w istocie nierozstrzygalnym sporze, zasada ta nie jest bowiem w świetle żadnego kryterium „gorsza” od pozostałych, a w świetle przynajmniej jednego jest od nich lepsza. Dodanie tej opcji nie pozwala wprawdzie na zbudowanie rankingu tych zasad, ale pozwala na znalezienie zasady optymalnej (co było naszym celem). Oczywiście, można kwestionować poszczególne argumenty za takim a nie innym układem liczb w naszej tabeli, i tym samym podważać tezę, że właśnie w kontekście badanego przez nas zagadnienia uwzględnienie dodatkowej opcji prowadzi do rozwiązania dylematu. Niemniej, wydaje się, że prawdziwa jest ogólna teza, że w przypadku niektórych (być może wielu?) dylematów bioetycznych problem tkwi nie tyle w samym dylemacie, co w tym, że uczestnicy sporu nie uwzględniają wszystkich rzeczywistych alternatyw mogących stanowić jego rozwiązanie. W każdym razie, nie można zgodzić się z opinią Cohena, iż, w kontekście problemu pobierania narządów od zmarłych do przeszczepu, „możemy przyjąć takie lub inne domniemanie [zasadę wyraźnej lub domniemanej zgody], ale jakieś domniemanie przyjąć musimy”<sup>9</sup>. Otóż nie: nie musimy przyjmować żadnego „domniemania” (pomijamy fakt, że zasada wyraźnej zgody nie wprowadza, naszym zdaniem, żadnego domniemania), gdyż istnieje trzecia opcja – obowiązkowego wyboru.

### 3. Uwagi końcowe

W naszych rozważaniach skupiliśmy się na kwestiach ogólnych, próbując w oparciu o trzy zasadnicze kryteria wskazać słuszną, w silnym sensie, zasadę regulującą dopuszczalność pobierania narządów *ex mortuo*. Warto w tym punkcie uzupełnić dotychczasową analizę o kilka informacji o częstotliwości występowania poszczególnych zasad i o normach obyczajowych mających wpływ na praktykę pobierania narządów.

Dwie dominujące we współczesnych ustawodawstwach zasady to zasada wyraźnej zgody (np. USA, Wielka Brytania, Niemcy, Holandia) i zasada domniemanej zgody (np. Polska, Portugalia, Hiszpania, Włochy, Austria). Jak wspomnieliśmy wcześniej, zasadę obowiązkowego wyboru jest przyjmowana bardzo rzadko (znamy

8 Dodatkowe argumenty, jakie sformułowaliśmy w podpunkcie 2.2 niejako na marginesie naszej zasadniczej argumentacji, przemawiają, naszym zdaniem, za wyższością zasady wyraźnej zgody nad zasadą domniemanej zgody. Zdajemy sobie jednak sprawę, że te argumenty mają charakter w pewnym sensie światopoglądowy, dlatego nie chcieliśmy ich włączyć w główny tok naszej argumentacji, czyniąc ją tym samym w możliwie wysokim stopniu niezależną od przyjętego światopoglądu.

9 C. Cohen, *The case for presumed consent...*, op. cit., s. 2172.



dwa takie przypadki: Teksas<sup>10</sup> i, częściowo, Wielka Brytania<sup>11</sup>). Nasuwa się pytanie, dlaczego zasada obowiązkowego wyboru jest tak słabo rozpowszechniona. Są chyba trzy główne powody tego stanu rzeczy. Pierwszy to niejasność, w jaki sposób taki obowiązkowy wybór miałby się dokonywać. Drugi to podejrzenie, że nakładanie na obywateli takiego wyboru stanowi naruszenie ich wolności. Trzeci to inercyjność systemów prawnych. Ten ostatni powód można pominąć, gdyż ma on charakter czysto socjologiczny i nie może stanowić argumentu przeciw zasadzie obowiązkowego wyboru. Jeśli chodzi o dwa pierwsze powody-argumenty, należy zauważyć, co następuje. Obowiązkowego wyboru można byłoby dokonywać przy różnorodnych okazjach: wydawaniu czy odnawianiu dowodu osobistego lub prawa jazdy, składaniu deklaracji podatkowej, meldowaniu się na stałe w określonym miejscu zamieszkania itp. Do ustawodawcy należałoby dokładne zbadanie, które z tych rozwiązań jest najmniej kosztowne i uciążliwe. Zarzut, że praktyczna realizacja tego przepisu byłaby niemożliwa lub bardzo trudna do przeprowadzenia, jest więc nie do utrzymania; z pewnością nie byłaby dużo trudniejsza niż realizacja zasady domniemanej zgody (wymagającej m. in. utworzenia centralnego rejestru sprzeciwów). Zasada domniemanej zgody nie narusza też w żadnym razie wolności, wymaga bowiem jedynie dokonania wyboru, nie zmusza jednak do dokonania wyboru określonej opcji. Co więcej, chroni ona w istocie naszą autonomię, gdyż każe nam samym dokonać istotnego dla nas wyboru, podczas gdy pozostałe zasady pozwalają innym *wnioskować* na temat naszego wyboru, a rezultat tego wnioskowania nie musi być zgodny z naszymi preferencjami. Można jeszcze sformułować przeciw zasadzie obowiązkowego wyboru argument mówiący, że ogranicza ona naszą wolność, gdyż stawia nas przed wyborem między opcją „tak” lub „nie” i pomija opcję „niezdecydowany” (ewentualnie „nie chcę odpowiadać na to pytanie”). Argument ten pomija jednak dwa istotne fakty. Alternatywne zasady także nie przewidują opcji „niezdecydowany”: każda z nich prowadzi do jednoznacznej konstatacji, czy zmarły wyraził zgodę (wrażną lub „domniemaną”) czy nie na pobranie narządów. Ponadto, nic nie stoi na przeszkodzie przyjęciu wersji zasady obowiązkowego wyboru, która wprowadzałaby taką opcję, zastępującą (jak w Wielkiej Brytanii) opcję „nie” lub występującą obok niej, i nakazywała interpretować wybór tej opcji jako zakaz pobrania narządów zmarłego do przeszczepu

---

10 Według dostępnych statystyk 80% osób wybrało w Teksasie opcję odmowną. Fakt ten jest często przytaczany jako argument przeciw zasadzie obowiązkowego wyboru, mający dobitnie dowodzić, że zasada ta ma negatywny wpływ na liczbę pobrań narządów do przeszczepu. Taka interpretacja jest jednak bezzasadna, jeśli nie porówna się tych danych (czego się nie czyni) z liczbą pobrań narządów na gruncie wcześniej obowiązującej zasady wyraźnej zgody (rzecz jasna, nie można porównać tych danych z liczbą pobrań narządów na gruncie zasady domniemanej zgody, gdyż zasada ta nigdy nie obowiązywała w Teksasie). Jeśli można jakoś zasadnie interpretować te dane w kontekście debaty nad słusnością zasad regulujących pobieranie narządów od zmarłego, to chyba wyłączenie w taki sposób: dane te przemawiają *przeciw* zasadzie domniemanej zgody jako rzekomo respektującej wymóg autonomii (przypomnijmy, że takiej tezy bronił Cohen, twierdząc, że zasada domniemanej zgody jest zgodna z wymogiem poszanowania autonomii, gdyż zakładana przez nią „opcja domyślna” jest zgodna z preferencjami większości społeczeństwa).

11 W Wielkiej Brytanii, przy odnawianiu drogą *online* prawa jazdy, trzeba wskazać, czy wyraża się zgodę na pobranie narządów po śmierci, czy też odmawia się odpowiedzi na to pytanie.

(na gruncie zasady domniemanej zgody i wyraźnej zgody wprowadzenie takiej opcji jest niemożliwe).

Co się tyczy norm obyczajowych wpływających na praktykę pobierania narządów, w większości państw obowiązuje norma, zgodnie z którą rodzina ma respektowane przez lekarzy prawo weta wobec pobrania narządów od zmarłego krewnego, niezależnie od tego, czy krewny wyraził na to zgodę (wyraźną lub „domniemaną”), i niezależnie od obowiązującej zasady regulującej pobieranie narządów<sup>12</sup>. Fakt, iż taka norma obowiązuje (co jest zrozumiałe i – naszym zdaniem – w pełni zasługujące na aprobatę), ma dwojakie implikacje: ogólniejsze, stanowi bowiem przyczynek do klasycznego problemu filozofii prawa o zakres, w jakim życie społeczne może być regulowane przez normy prawne (jest oczywiste, że w wielu przypadkach – np. w interesującym nas przypadku pobierania narządów – większy wpływ na praktykę społeczną mogą mieć normy obyczajowe); i bardziej szczegółowe – związane z doniosłością sporu o wybór właściwej zasady regulującej pobieranie narządów *ex mortuo*. Otóż, co się tyczy owych szczegółowych implikacji, jest jasne, że spór ten miałby dużą większą doniosłość społeczną niż ma w istocie, gdyby zasady prawne miały decydujący wpływ na praktykę pobierania narządów *ex mortuo*. Nie znaczy to jednak, że w sytuacji, gdy praktyką pobierania narządów „rządzi” reguła przyznająca rodzinie prawo weta, a nie przepisy prawne, ten spór musi mieć charakter czysto akademicki. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wybór takiej a nie innej zasady może mieć wpływ na decyzje rodziny o wyrażeniu lub odmówieniu zgody na pobranie narządów od zmarłego krewnego. Jak już bowiem wspomnieliśmy w punkcie 2.2, można przypuszczać, że zasada domniemanej zgody może wzbudzać (rzadko?, często?) negatywną postawę społeczną wobec pobierania narządów od zmarłych, a także podkopywać zaufanie do lekarzy, w których widzi się uczestników „spisku”, mającego na celu pozyskanie, za wszelką cenę, jak największej liczby narządów do przeszczepów. Niektórzy (wielu?) widzą w niej swego rodzaju „s sofistyczny fortel”, mający na celu uzyskanie narządów od zmarłego nawet wtedy, gdy w rzeczywistości był takiemu pobraniu przeciwny, lecz nie ujawnił wyraźnie swojej woli. Nawet więc jeśli przyjmijemy, iż rozważane zasady mają jedynie *pośredni* wpływ na życie społeczne (poprzez efekt, jaki wywierają na decyzje rodziny o zgłoszeniu lub niezgłoszeniu weta), okazuje się, że zasada domniemanej zgody jest mniej pożądana niż broniona przez nas zasada obowiązkowego wyboru (a także mniej pożądana niż zasada wyraźnej zgody), gdyż niezależnie od tego czy rzadko, czy też często wzbudza negatywną reakcję wobec pobierania narządów od zmarłych krewnych, wzbudza ją częściej niż zasada obowiązkowego wyboru, która – *per se* – nie wzbudza jej nigdy.

---

12 Np. polska ustawa transplantacyjna nie wymaga zgody rodziny na poranie narządów do przeszczepu od zmarłego. Ponadto, lekarz nie ma nawet prawnego obowiązku informowania krewnych o pobraniu narządów od zmarłego, a ewentualny sprzeciw rodziny jest prawnie bezskuteczny.

# Państwo prawa czy „państwo sędziów” – w sprawie bezpieczeństwa prawnego

---

## The Rule of Law or the Rule of Judges? The Case of Legal Security

*Legalism is the pillar of the rule of law. It is completed by the courts that pronounce judgments in the name of the Republic of Poland and by the principles of independence of the courts and judges. However, according to the Article 178 of the Constitution of the Republic of Poland, judges within the exercise of their office are subjected only to the Constitution and statutes. Judge should subsume facts under the applicable provision of law. Lack of judgments that are not based on the substantive norms is a condition of legalism. Provision which is basis of the judgment is subjected to interpretation adopted by the court. Such provision needs deeper interpretation the more general and imprecise it is. The author claims that the condition of the rule of law that cannot be violate is the supremacy of language interpretation and interpretation ends when the linguistic interpretation is clear.*

---

**Przemysław Czarnek**

*doktor nauk prawnych  
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II*

Rzeczpospolita Polska jest państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej, w którym organy władzy publicznej, w tym również sądy, działają wyłącznie na podstawie prawa i w granicach przez to prawo nakreślonych. Tak postanowił ustrojodawca, formułując treść art. 2 i art. 7 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku<sup>1</sup>. Legalizm, będący filarem praworządności, został uzupełniony, w stosunku do sądów orzekających w imieniu Rzeczypospolitej oraz w stosunku do sędziów, zasadą niezależności sądów i niezawisłości sędziów, którzy jednak zgodnie z art. 178 ust. 1

---

1 Dz. U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 z późn. zm.

Konstytucji RP podlegają bezwzględnie Konstytucji i ustawom w sprawowaniu swojego urzędu.

Wydając wyrok Sąd dokonuje subsumcji stanu faktycznego do właściwego przepisu prawa materialnego. Legalizm w tym przypadku oznacza brak możliwości wydania wyroku bez podstawy w prawie materialnym. Przepis, będący tą podstawą, podlega wykładni dokonywanej przez sąd, tym bardziej wnikliwej i głębokiej, im bardziej jest on ogólny i nieprecyzyjny. Czy jednak sąd poprzez swą interpretację może całkowicie zmienić dyspozycję normy, zwłaszcza tej, która jest jednoznaczna w świetle wykładni językowej? Nie, bo oznaczałoby to zaprzeczenie praworządności i przekształcenie państwa prawa w li tylko państwo sędziów. Problematyka ta podejmowana jest w niniejszym opracowaniu z tego powodu, że tego typu sytuacje zdarzają się coraz częściej w orzecznictwie sądów, w tym Sądu Najwyższego.

### Państwo prawa, państwo ustaw, państwo sędziów

Współczesne państwo prawa jest zaprzeczeniem systemów z rządami osób dysponujących szeroką, nieokreśloną i niekontrolowaną władzą. Kategorycznie odrzuca decyzyjonistyczne koncepcje ustrojowe oraz władzę absolutną. Podstawowym postulatem negatywnym wyróżniającym państwo prawa jest zatem wykluczenie w poczynaniach władzy dowolności i arbitralności, samowolności i braku ograniczeń<sup>2</sup>.

Najważniejszym postulatem pozytywnym państwa prawa jest obowiązywanie prawa dającego poczucie pewności w życiu społecznym, będącego „czynnikiem koordynacji postępowania masowego, zapewniania jego regularności, dającej możliwość przewidywania biegu wydarzeń, co ma duże znaczenie zarówno dla funkcjonowania państwa, jak i dla egzystencji obywateli”<sup>3</sup>. Obowiązywanie prawa, które umożliwia nadanie formy prawnej instytucjom państwowym i ich działaniom, umożliwia państwu określenie tych instytucji i działań za pomocą norm prawnych, gwarantuje bezpieczeństwo i wolność obywateli poprzez kontrolę władzy państwowej za pomocą prawa. Wśród pozostałych postulatów pozytywnych wyróżnia się postulaty o charakterze formalnym (właściwe dla formalnego państwa prawnego) oraz postulaty o charakterze materialnym (właściwe dla państwa prawnego pojmowanego materialnie)<sup>4</sup>. Kompleksowe rozumienie państwa prawa obejmuje zatem dwa łącznie występujące elementy – kryteria oceny: po pierwsze, prawo obowiązujące w państwie powinno spełniać określone postulaty formalne i materialne koncepcji państwa prawa; a po drugie, organy tego państwa powinny działać zgodnie z tym prawem i wyłącznie na jego podstawie<sup>5</sup>.

W literaturze przedmiotu wskazuje się na pewną ewolucję omawianej idei, która sprowadza się do integracji dwóch innych koncepcji: „państwa ustaw” i „państwa sędziów”. Koncepcja państwa ustaw ukształtowała się w dziewiętnastym wieku na skutek różnych odłamów pozytywizmu kontynentalnego. Jej podstawowym

2 J. Nowacki, *Rządy prawa. Dwa problemy*, Katowice 1995, s. 30.

3 K. Opalek, *Praworządność*, [w:] *Zagadnienia prawa karnego i teorii prawa. Księga pamiątkowa ku czci Prof. W. Woltera*, Warszawa 1959, s. 126.

4 Zob. P. Czarnek, *Zasada państwa prawa*, [w:] *Zasady ustroju III Rzeczypospolitej Polskiej*, red. D. Dudek, Warszawa 2009, s. 159-163.

5 J. Nowacki, *Rządy prawa ...*, op. cit., s. 36.

założeniem było przekonanie o bezwzględny primacie ustawy parlamentu jako podstawowego aktu normatywnego, wyznaczającego granice możliwości zachowań jednostki oraz interwencji organu państwowego. Tak rozumiana nadrzędność ustawy oznaczała dość bierną rolę sądów i sędziów, którzy stali się jedynie „ustami ustawy”. Państwo ustaw zakłada zatem istnienie suwerena, który jednocześnie jest ustawodawcą. Suweren ten dysponuje wiedzą, gwarantującą rozwój i postęp państwa. Niestety właśnie taka teoria była wykorzystywana w reżimach totalitarnych, które odwoływały się jedynie do aspektu poszanowania prawa opartego na ustawie. Prowadziło to do uzasadnienia skrajnego bezprawia, które nie polegało, w swej istocie, na naruszeniu konkretnych norm prawnych, lecz na ustanawianiu prawa sprzecznego z poglądami i dążeniami społeczeństwa, a przede wszystkim z prawami człowieka.

Bezpośrednią przyczyną powstania koncepcji państwa sędziów była krytyka doktryny państwa ustaw. Twórcy koncepcji państwa sędziów kładli znaczny nacisk na socjologiczne strony badania całego procesu stosowania prawa. Teoria ta zakładała, że ustawa nie jest bynajmniej jedynym źródłem prawa, które byłoby niezbędne w celu rozstrzygnięcia konkretnej sprawy. Rola sądów polega zatem przede wszystkim na konieczności przeprowadzenia określonej interpretacji tekstu ustawy i podjęcia decyzji, która znajduje swój wyraz w orzeczeniu sądowym. Podkreślali oni, że w procesie stosowania prawa nie można utożsamiać prawa, jako zjawiska zdecydowanie szerszego, z ustawą, która jest tylko jego fragmentem. Taki postulat sprowadzał się do poglądu, że nawet przy tej samej normie prawnej, praktyka jej stosowania, na poziomie orzecznictwa sądów, jest i winna być różna<sup>6</sup>.

Teoria państwa sędziów podkreślała zatem nie tyle proces tworzenia prawa, co jego stosowania – orzecznictwo sądowe. Doktryna ta przenosiła punkt ciężkości procesu stosowania prawa na sposób jego interpretowania. W tym aspekcie ustawa stawała się wartością, która określała jedynie hipotetyczne prawidłowości postępowania. Urzeczywistnienie tych prawidłowości następowało dopiero w orzecznictwie. Zakładano zatem znaczną swobodę interpretacyjną sędziego, którego rola nie sprowadzała się już tylko i wyłącznie do „ust ustawy”.

Takie pojęcie organizacji państwa stało w opozycji do koncepcji państwa ustaw, które nie zakładało żadnej swobody interpretacyjnej sądów. Teoria państwa sędziów widzi konieczność istnienia zarówno owej swobody, jak i autonomii, czyli pewnej niezależności sędziów w dokonywaniu interpretacji obowiązującego prawa. Tak więc sędziowie w trakcie orzekania nie stosowali wyłącznie sztywnych norm prawnych, ale brali za podstawę również normy moralne oraz szerzej pojętą świadomość. Zwolennicy teorii państwa sędziów przekonywali, że skoncentrowanie się na prawie żywym (*law in action*), a więc na szeroko pojętym stosowaniu prawa, prowadzi do przewartościowania metodologii pozytywistycznej. Na gruncie tej koncepcji tekst ustawy staje się zaledwie jednym z kilku czynników inspirujących sędziego do wydawania wyroku<sup>7</sup>.

Współczesna koncepcja państwa prawa, stworzona w dziewiętnastowiecznej niemieckiej kulturze prawniczej i pogłębiona w dwudziestym wieku, jest swego rodzaju syntezą państwa ustaw i państwa sędziów. Z jednej strony, bazuje na

6 Zob. A. Sylwestrzak, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Warszawa 1994, s. 446-448.

7 Ibidem, s. 448.

legalizmie, stawiając literę prawa na pierwszym miejscu. Z drugiej jednak strony, niewątpliwie dostrzega konieczność swego rodzaju korekty litery prawa w drodze interpretacji dokonywanej przez organy stosujące prawo, w tym przede wszystkim sądy. Wydaje się jednak, zwłaszcza w świetle postulatów państwa prawa, że owa korekta nie może zmieniać dyspozycji normy prawnej tam, gdzie w oparciu o wykładnię językową nie budzi ona najmniejszych wątpliwości. Norma jasna, jednoznaczna i dookreślona w państwie prawa może być zakwestionowana jedynie w konfrontacji jej treści z przepisami konstytucji. To jednak jest wyłączną kompetencją Trybunału Konstytucyjnego<sup>8</sup>. Praktyka orzecznicza coraz częściej jednak wskazuje na to, że Rzeczpospolita Polska przesuwając się dość wyraźnie i jednostronnie w kierunku koncepcji państwa sędziów – państwa, w którym samo brzmienie przepisu prawa nie decyduje ostatecznie o treści normy prawnej, a ostatecznym decydującym w tej sprawie pozostaje sąd, tworzący na bazie prawa stanowionego tzw. prawo sędziowskie. Państwo prawa coraz bardziej staje się państwem prawników.

### Charakter orzeczeń Sądu Najwyższego

Podstawą decyzji wobec obywateli, osób prawnych i innych podmiotów prawa może być wyłącznie przepis zawarty w akcie prawnym powszechnie obowiązującym. Teza taka wynika z analizy m. in. art. 93 Konstytucji RP. Jednocześnie ustawodawca konstytucyjny sformułował zamknięty katalog źródeł prawa powszechnie obowiązującego, spośród których nie ma orzeczeń Sądu Najwyższego. Sąd ten, podobnie jak i Trybunał Konstytucyjny, nie ma też prawa uchwalania powszechnie obowiązującej wykładni ustaw. A jednak stosunkowo wiele orzeczeń sądów wydawanych jest nie tyle na podstawie konkretnego przepisu prawa, co przede wszystkim na podstawie wykładni tego przepisu dokonywanej przez Sąd Najwyższy, niestety niekiedy w sposób zupełnie oderwany od niebudzącej wątpliwości, po dokonaniu wykładni językowej, treści interpretowanej normy prawnej<sup>9</sup>. Na dalszy plan schodzi tym samym charakter orzeczeń Sądu Najwyższego na gruncie obowiązującej ustawy zasadniczej, a w szczególności fakt, że nie są one źródłem prawa. Pomija się trzy ważne cechy tych orzeczeń: po pierwsze, są one wyłącznie aktami stosowania prawa przez sąd, który pozbawiony jest roli prawotwórczej; po drugie, w przeciwieństwie do Trybunału Konstytucyjnego, Sąd Najwyższy najczęściej wydaje rozstrzygnięcia w składzie trzyosobowym, rzadziej w składzie siedmiu sędziów, a orzekanie w składzie całej Izby lub w pełnym składzie należy do absolutnych wyjątków, co z kolei przekłada się na rozbieżności w orzecznictwie Sądu, sprzeczne z zasadą czuwania nad jednolitością orzecznictwa<sup>10</sup>; a po trzecie, orzeczenie Sądu Najwyższego wydawane

8 Zob. P. Czarnek, *Domniemanie konstytucyjności prawa jako wymóg bezpieczeństwa prawnego. Uwagi na marginesie książki Jadwigi Potrzebszcz „Bezpieczeństwo prawne z perspektywy filozofii prawa”*, „Prawo i Więź” nr 2 (8), 2014, s. 52-53.

9 Por. T. Stawecki, *Interpretacje prawa w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, [w:] *Filozofia prawa wobec globalizmu*, red. J. Stelmach, Kraków 2003, s. 92: „Sędziowie sądów wszystkich instancji piszący uzasadnienia swoich wyroków, a także adwokaci i radcowie prawni, przygotowujący teksty skarg, zażaleń, apelacji i kasacji, niemal za punkt honoru przyjmują dziś wsparcie własnych twierdzeń argumentami zawartymi w tezach lub uzasadnieniach orzeczeń SN. Powołanie się zaś na wypowiedzi judykatury uznawane jest też często za argument przesadzający spór merytoryczny”.

10 Ibidem.



jest w kontekście konkretnej sprawy, która zawisła przed sądem i jego ustalenia wcale nie muszą być adekwatne do innych podobnych, ale przecież nie tych samych spraw.

Charakter i sposób formułowania dzisiejszego orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie stosowanej wykładni prawa precyzyjnie nakreślił m. in. Wiesław Koziulewicz<sup>11</sup>. Zwraca on uwagę na generalną zasadę, zgodnie z którą Sąd Najwyższy przyjmował pierwszeństwo wykładni językowej, a dopiero wówczas, gdy za pomocą dyrektyw językowych nie można było doprowadzić do właściwego rezultatu, czyli nie budzącej wątpliwości interpretacji przepisu, Sąd Najwyższy sięgał do dyrektyw systemowych wykładni oraz do dyrektyw funkcjonalnych. W ostatnim czasie jednak nastąpiła wyraźna korekta zasad wykładni prawa stosowanej przez Sąd Najwyższy, który „dokonując wykładni przeprowadza analizę, stosując wszystkie kategorie dyrektyw interpretacyjnych, mimo jasnego wyniku wykładni językowej, co jest zgodne z koncepcją derywacyjną wykładni. W tym wypadku wykładnia językowa stanowi jedynie punkt wyjścia, a jej prymat rozumiany jest jako kolejność zastosowania, a nie jako wybór zawsze znaczenia językowego”<sup>12</sup>.

Powyższe dowodzi, że Sąd Najwyższy faktycznie zarzucił zasadę prymatu wykładni językowej i w oparciu o wykładnię systemową i funkcjonalną niekiedy faktycznie zmienia dyspozycję interpretowanej normy w stosunku do jej treści odczytywanej na gruncie wykładni językowej. To jednak, jak się wydaje, prowadzi do zachwiania jednej z wartości państwa prawa, jaką jest bezpieczeństwo prawne. Dobrym przykładem takiej praktyki jest orzecznictwo sądów pracy i ubezpieczeń społecznych w zakresie prawa ubezpieczeń społecznych, oparte na wykładni dokonanej przez Sąd Najwyższy, poddane przykładowo analizie w kolejnej części niniejszego opracowania.

### Koncepcja derywacyjna wykładni prawa a bezpieczeństwo prawne

Obowiązywanie i przestrzeganie prawa przez organy władzy publicznej jest istotą państwa prawa. Właściwie ustanowione i hierarchicznie uporządkowane prawo, tylko wtedy będzie mogło być faktycznie przestrzegane, gdy realizować będzie swą podstawową funkcję regulatora relacji międzyludzkich. Regulacja ta ma zaś miejsce tylko wówczas, kiedy jest pewna – w myśl rzymskiej paremii *ubi ius incertum ibi ius nullum* niepewna regulacja prawna nie jest żadnym prawem. Stąd wniosek, że prawo stanowione w państwie prawa, musi mieć postać reguł o cechach jasności i jednoznaczności. Te cechy prawa składają się na sformułowaną przez doktrynę i orzecznictwo TK zasadę określoności prawa<sup>13</sup>, której przestrzeganie jest konieczne

11 W referacie wygłoszonym w trakcie konferencji pt. „Sztuka czy bluźnierstwo? Wolność w sztuce a obraza uczuć religijnych” zorganizowanej na Katolickim Uniwersytecie Lubelskim Jana Pawła II w dniu 12 kwietnia 2013 r., cytowany autor odnosi się w szczególności do orzecznictwa Izby Karnej SN, co nie zmienia faktu, że dokładnie taki sam model formułowania orzeczeń – na co wskazuje praktyka analizowana w dalszej części opracowania – można przypisać także orzeczeniom Izby Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych.

12 W. Koziulewicz, *Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach o przestępstwo obrazy uczuć religijnych*, [w:] *Wolność w sztuce a obraza uczuć religijnych*, red. F. Cieplý, materiał złożony do druku; por. P. Wiatrowski, *Dyrektywy wykładni prawa karnego materialnego w judykaturze Sądu Najwyższego*, Warszawa 2013, s. 309-310.

13 Zob. P. Czarnek, *Zasada...*, op. cit., s. 172, por. I. Wróblewska, *Zasada państwa prawnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego RP*, Toruń 2010, s. 150 i n.



dla urzeczywistnienia jednych z podstawowych wartości państwa prawa, jakimi są bezpieczeństwo prawne (bezpieczeństwo samego prawa) i pewność prawa. Tylko w takich warunkach autentycznie funkcjonuje ochrona przed bezprawnymi działaniami innych podmiotów prawa oraz zabezpieczenie obywateli przed arbitralnymi działaniami organów państwa. W takich warunkach wytwarza się wśród członków danej społeczności zaufanie do prawa, stwarza się możliwość przewidywania zachowania innych podmiotów prawa. Pewność prawa chroni więc jednostkę przed samowolą działania organów państwowych.<sup>14</sup>

W tym kontekście trudno się zgodzić z tezą, zgodnie z którą „jednym z rydymentów zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez państwo prawa jest to, że obywatel może zakładać, iż treści obowiązującego prawa są dokładnie takie, jak to zostało ustalone przez sądy, zwłaszcza gdy to ustalenie zostało dokonane przez Sąd Najwyższy, albo znajduje wyraz w ustabilizowanym stanowisku judykatury”<sup>15</sup>. Istotą państwa prawa jest bowiem związanie organów władzy publicznej, w tym sądów, przepisami prawa stanowionego, a nie prawa sędziowskiego, zwłaszcza tego, które tworzone jest w oderwaniu od wykładni językowej interpretowanego przez sąd przepisu. Prawo sędziowskie, charakterystyczne dla państwa sędziów – państwa, w którym tekst ustawy staje się zaledwie jednym z kilku czynników inspirujących sędziego do wydawania wyroku, w którym Sąd Najwyższy dokonując wykładni przeprowadza analizę, stosując wszystkie kategorie dyrektyw interpretacyjnych, mimo jasnego wyniku wykładni językowej – tę pewność prawa i bezpieczeństwo prawne raczej niweczy. Adresaci norm prawnych nigdy bowiem nie mogą być pewni, że działają zgodnie z prawem, którego interpretacja zawarta w stanowiskach organów administracji oraz orzecznictwie sądów jest dość dowolna i przez to zmienna, często rozbieżna, a dodatkowo działa wstecz, w przeciwieństwie do norm prawa stanowionego<sup>16</sup>.

Podkreślić należy, że powyższe przekonania odzwierciedlało także do niedawna orzecznictwo samego Sądu Najwyższego. W uchwale z dnia 20 czerwca 2000 r. sąd ten stwierdził, że „jeżeli przepis jednoznacznie formułuje normę postępowania, to tak właśnie należy ów przepis rozumieć. Pierwszeństwo językowych reguł wykładni jest wręcz podstawowym warunkiem funkcjonowania prawa w państwie prawa. (...) Jeśli wbrew jasnemu pod względem językowym sformułowaniu przepisu, nadawałoby mu się jakieś inne znaczenie, aniżeli to oczywiste znaczenie językowe, wówczas rola ustawodawcy byłaby li tylko pozorna”<sup>17</sup>. Sąd Najwyższy odwoływał się zatem do zasady *clara non sunt interpretanda* i wynikającej z niej zasady *interpretatio cessat in claris*, stojąc jednoznacznie na stanowisku, że w sytuacji gdy wykładnia językowa pozwala na wyprowadzenie z przepisu jasnej i jednoznacznej normy prawnej,

14 Z. Tobor, *Legalność a praworządność*, [w:] *Rozważania o państwie i prawie. Księga jubileuszowa poświęcona Józefowi Nowackiemu*, Katowice 1993, s. 199.

15 W. Kozielewicz, *Orzecznictwo...*, op. cit.; por. wyr. TK z dnia 13 kwietnia 1999r., K 36/98, OTK 1999, nr 3, poz. 40.

16 Organy administracyjne, a także sądy, wydają orzeczenia w stosunku do stanu faktycznego zaistniałego w kontrolowanym lub analizowanym okresie, poprzedzającym orzeczenie np. Sądu Najwyższego lub NSA, na którym opierają się w uzasadnieniu swego stanowiska.

17 I KZP 16/00.

niedopuszczalne jest sięgnięcie po inny sposób wykładni<sup>18</sup>, chyba że wynik wykładni prowadzi do przyjęcia absurdalnego lub niedorzecznego znaczenia przepisu, albo też zastosowanie normy „niewątpliwie wskazywałoby na zbyt wąski lub zbyt szeroki zakres jej stosowania”, lub też posłużenie się wyłącznie wykładnią językową, prowadziłoby do „zniekształcenia lub wypaczenia treści przepisu”<sup>19</sup>.

W kolejnych latach Sąd Najwyższy zmienił jednak swe podejście i przyjął stanowisko twórców i zwolenników koncepcji derywacyjnej wykładni prawa. W ujęciu tej teorii tekst prawny obejmuje wszystkie przepisy wszystkich tekstów prawnych obowiązujących w chwili jego interpretacji, a interpretator stosujący prawo „nie może pominąć tygła systemu w celu sformułowania normy postępowania”<sup>20</sup>. Jedną z zasad interpretacyjnych formułowanych przez zwolenników koncepcji derywacyjnej jest więc zasada przeprowadzenia procesu wykładni przez wszystkie typy dyrektyw, niezależnie od tego, czy wcześniej uzyskano już jednoznaczność interpretowanych zwrotów<sup>21</sup>. W tej sytuacji pozajęzykowe dyrektywy wykładni mają za zadanie weryfikację rezultatu wykładni językowej, poprzez jego potwierdzenie, ale także poprzez jego zakwestionowanie<sup>22</sup>. Zwolennicy tej koncepcji formułują zatem wniosek, że jedynym kryterium wyboru metody wykładni jest „poprawność efektów tej wykładni, a nie dogmatyczne założenie swoistej wyższości jednego jej rodzaju nad drugim”<sup>23</sup>. Co to jednak znaczy „poprawność efektów wykładni” i skąd adresat normy prawnej – zwykły obywatel, przedsiębiorca – ma wiedzieć, że ze względu na tę „poprawność” treść normy prawnej jest inna, aniżeli wynikałaby ze zwykłego odczytania jasnego i dookreślonego przepisu i jego zrozumienia na gruncie języka polskiego? Czy w związku z tym każdy adresat normy prawnej powinien czytać nie tylko przepisy prawa zawarte w aktach prawnych, ale wyposażyć się także w publikacje orzeczeń sądów i stanowisk organów kontrolnych? Czy to w ogóle mogłoby przywrócić pewność prawa, zaufanie do prawa i bezpieczeństwo prawne, skoro te orzeczenia i stanowiska bywają wzajemnie sprzeczne i odnoszą się do konkretnych kasusów?

### **„Państwo sędziów” i „prawo sędziowskie” w orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych**

Jak się wydaje dobrym przykładem wyjścia organów administracji, Sądu Najwyższego i sądów powszechnych poza wykładnię językową przepisu jest następujący przypadek. W wyroku z dnia 16 września 2009 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że świadczenia wypłacane przez pracodawcę z pominięciem kryterium socjalnego, czyli bez zróżnicowania ze względu na sytuację życiową, rodzinną i materialną pracowników i innych osób uprawnionych do korzystania z zakładowych funduszy świadczeń socjalnych, „nie mogą być oceniane w sensie prawnym jako świadczenia socjalne, a jeżeli tak, to nie mogą korzystać z uprawnień przyznanych im przez

18 T. Stawecki, *Interpretacje...*, op. cit., s. 94.

19 Ibidem, s. 95; por. uchwała SN z 8 lutego 2000 r. I KZP 50/99, uchwała Izby Karnej SN z 11 stycznia 1999 r. I KZP 15/98, wyrok SN z 8 kwietnia 2002 r. V KKN 281/00.

20 P. Wiatrowski, *Dyrektywy wykładni...*, op. cit., s. 47.

21 Tamże, s. 48; por. M. Zieliński, *Podstawowe...*, op. cit., s. 118.

22 Por. P. Wiatrowski, *Dyrektywy wykładni...*, op. cit., s. 52; M. Zieliński, *Wykładnia...*, op. cit., s. 310, 318.

23 P. Wiatrowski, *Dyrektywy wykładni...*, op. cit., s. 53.

system ubezpieczeń społecznych<sup>24</sup>. Teza ta stała się podstawą dla Zakładu Ubezpieczeń Społecznych do rozpoczęcia intensywnych kontroli regulaminów zakładowych funduszy świadczeń socjalnych oraz do naliczania składek na ubezpieczenia rentowe i emerytalne od wszystkich świadczeń, które wypłacane były bez zróżnicowania ze względu na kryterium socjalne lub dotknięte zostały innymi jeszcze wadami – np. ograniczeniem kryterium socjalnego wyłącznie do sytuacji rodzinnej, zbyt małym zróżnicowaniem wysokości tych świadczeń itp. W swych działaniach, powodujących zagarnięcie z zakładów pracy poważnych środków finansowych z tytułu rzekomo bezpodstawnie nieodprowadzonych składek na ubezpieczenia społeczne, ZUS utwierdzony został także przez Ministra Pracy i Polityki Społecznej, który w odpowiedzi na interpelację nr 48 z 2011 r. stwierdził, że „świadczenia przyznawane, finansowane i wypłacane z zakładowego funduszu świadczeń socjalnych – w sposób niezgodny z przepisami ustawy z dnia 4 marca 1994 r. o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych – nie noszą znamion świadczeń, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 19 cytowanego wcześniej rozporządzenia ministra pracy i polityki socjalnej z dnia 18 grudnia 1998 r., i jako takie nie mogą korzystać z przewidzianego § 2 ust. 1 pkt 19 tego rozporządzenia wyłączenia z podstawy wymiaru składek<sup>25</sup>”.

Tymczasem zupełnie inaczej stanowi przepis §2 ust. 1 pkt 19 Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 18 grudnia 1998 r. w sprawie szczególnych zasad ustalania podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe<sup>26</sup>. Zgodnie z tym przepisem podstawy wymiaru składek nie stanowią „świadczenia finansowane ze środków przeznaczonych na cele socjalne w ramach zakładowego funduszu świadczeń socjalnych”. Wykładnia językowa tego przepisu nie pozostawia wątpliwości, że warunkiem zwolnienia świadczeń z ZFŚS ze składek na ubezpieczenia społeczne jest to, by były one w całości finansowane przez pracodawcę z puli środków w ramach zakładowego funduszu świadczeń socjalnych, która w planie finansowym pracodawcy przeznaczona została na jedną z form działalności socjalnej, zdefiniowanej przez ustawodawcę w art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 4 marca 1994 r. o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych<sup>27</sup>. Zgodnie z tym przepisem działalnością socjalną, a zatem również celem socjalnym, na który mogą być wydatkowane środki z Zakładowego Funduszu Świadczeń Socjalnych, są usługi świadczone przez pracodawców na rzecz różnych form wypoczynku, działalności kulturalno-oświatowej, sportowo-rekreacyjnej, opieki nad dziećmi w żłobkach, klubach dziecięcych, sprawowanej przez dziennego opiekuna lub nianię, w przedszkolach oraz innych formach wychowania przedszkolnego, udzielanie pomocy materialno-rzeczowej lub finansowej, a także zwrotnej lub bezzwrotnej pomocy na cele mieszkaniowe na warunkach określonych umową. Analizowane przepisy w żaden sposób nie warunkują zwolnienia tego typu świadczeń ze składek na ubezpieczenia społeczne ich

24 I UK 121/2009.

25 Odpowiedź Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 15 grudnia 2011 r. na interpelację nr 48 w sprawie problemów interpretacyjnych w zakresie zakładowego funduszu świadczeń socjalnych,  
<URL=<http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=641D7ED4>>  
[dostęp: 17.09.2014 r.].

26 Dz. U. z 1998 r., nr 161, poz. 1106 z późn. zm.

27 T.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 592 z późn. zm.

zróżnicowaniem ze względu na kryterium socjalne, czyli sytuację życiową, rodzinną i materialną pracowników.

Niestety w ostatnich trzech latach praktyka ZUS jest taka, że nalicza on składki na ubezpieczenia społeczne od całości świadczenia wypłaconego bez uwzględnienia kryterium socjalnego lub przy niewłaściwym różnicowaniu wysokości świadczeń, a orzecznictwo sądów powszechnych, w tym w szczególności Sądu Okręgowego w Zielonej Górze<sup>28</sup> oraz Sądu Apelacyjnego w Poznaniu<sup>29</sup> utrzymuje w mocy decyzje ZUS pomimo tego, że w rzeczywistości pozbawione są one podstaw prawnych. Przy tym na podkreślenie zasługuje fakt, że we wszystkich przypadkach sądy powołują się nie tyle na przepisy prawa materialnego, wspominając jedynie o nich, co na cytowane powyżej orzeczenie Sądu Najwyższego z 2009 r.<sup>30</sup>

Wracając jeszcze raz do tego orzeczenia należy dodatkowo stwierdzić, że interesujące nas zawarte w nim sformułowanie, pozbawiające niektóre świadczenia socjalne przywileju zwolnienia ze składek na ubezpieczenia społeczne, pozostaje w bezpośredniej kontrze nie tylko do wykładni językowej §2 ust. 1 pkt 19 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej w sprawie szczegółowych zasad ustalania podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe oraz w kontrze do wykładni językowej przepisów ustawy o Zakładowym Funduszu Świadczeń Socjalnych, przedstawionej w niniejszym opracowaniu. Jest ono także całkowicie sprzeczne z wykładnią funkcjonalną tych przepisów. Niewątpliwym celem zwolnienia świadczeń finansowanych ze środków przeznaczonych w ramach ZFŚS na cele socjalne jest dodatkowe wsparcie osób pozostających w stosunkowo trudnej sytuacji życiowej, rodzinnej i materialnej. Naliczenie składek od wszystkich świadczeń socjalnych kwestionowanych przez ZUS w zakładach pracy tylko dlatego, że pracodawca nie zróżnicował ich ze względu na kryterium socjalne i pomimo tego, że spełniają one warunki określone w powyżej analizowanych przepisach, całkowicie przekreśla ten cel (funkcję). Efektem takich działań Zakładu Ubezpieczeń Społecznych jest bowiem uderzenie w finanse osób potrzebujących wsparcia od pracodawcy. Jest przecież jasne, że pracodawca musi wygospodarować środki na pokrycie składek na ubezpieczenia społeczne, a jedynym źródłem, z którego może czerpać, są środki na wynagrodzenia i ich pochodne. Ostatecznie zatem decyzja ZUS będzie miała bezpośrednie negatywne oddziaływanie na status materialny pracowników, także tych, którzy znajdują się w stosunkowo gorszej sytuacji życiowej, rodzinnej i materialnej.

W kontekście powyższej analizy powołanych przepisów prawa możliwe do zaakceptowania z punktu widzenia ich wykładni funkcjonalnej byłoby tylko takie działanie ZUS, które polegałoby na ustaleniu, w oparciu o np. oświadczenia pracowników i innych osób uprawnionych do korzystania z ZFŚS, właściwej wysokości świadczeń dla poszczególnych beneficjentów i naliczenie składek na ubezpieczenia społeczne wyłącznie od tej części świadczeń, które w oparciu o podjęte ustalenia nie przysługiwałyby poszczególnym osobom z uwagi na ich stosunkowo lepszą sytuację życiową, rodzinną i materialną. Świadczenia do ich właściwej wysokości,

28 M. in. wyrok z dnia 21 stycznia 2013 r. sygn. akt IV U 3318/12 oraz wyrok z dnia 4 listopada 2013 r. sygn. akt IV U 1316/13.

29 M. in. wyrok z dnia 5 września 2012 r. sygn. akt III AUa 321/12.

30 Wyjątek stanowi wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 31 stycznia 2013 r., III AUa 677/2012, OSAB 2013/1/105-112.

jak i świadczenia wypłacone osobom, których status materialny jest niższy i dlatego właśnie zaniżone, w ogóle nie powinny stanowić podstawy wymiaru składek. Trzeba jednak raz jeszcze zauważyć, że nawet takie działanie i decyzja ZUS oraz ewentualne sprzyjające ZUS orzecznictwo sądów i tak pozostawałoby w sprzeczności z jednoznaczny wykładnią językową wyżej wymienionych przepisów.

Na marginesie tych rozważań trzeba także z przykrością stwierdzić, że sądy nie reagują na inny jeszcze argument, jednoznacznie dowodzący bezprawności działania ZUS (i sądów) w sprawach poruszanych w niniejszym opracowaniu. Decyzje Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, w których organ rentowy nalicza składki na ubezpieczenia społeczne od świadczeń socjalnych wypłacanych z ZFŚS, naruszają także normy zawarte w art. 68 i 86 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych<sup>31</sup> w zw. z §2 ust. 1 pkt 19 powoływanego rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 18 grudnia 1998 r. Należy bowiem podkreślić, że przepisy te nie upoważniają Zakładu Ubezpieczeń Społecznych do kontrolowania prawidłowości wydatkowania środków z Zakładowego Funduszu Świadczeń Socjalnych. Przepisy powyższe upoważniają ZUS m.in. do wymierzania i pobierania składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, a także do kontrolowania prawidłowości i rzetelności obliczania, potrącania i opłacania tych składek. Ustawodawca natomiast w najmniejszym stopniu nie upoważnił ZUS-u do kontrolowania spraw regulowanych przepisami odrębnymi, jakimi są przepisy ustawy o Zakładowym Funduszu Świadczeń Socjalnych<sup>32</sup>. W świetle ustaleń poczynionych już w niniejszym opracowaniu ZUS uprawniony jest jedynie do skontrolowania tego, czy świadczenia wypłacane z Zakładowego Funduszu Świadczeń Socjalnych poszczególnych zakładów pracy finansowane były ze środków przeznaczonych na cele socjalne. Wszelkie inne ustalenia ZUS nie mieszczą się w granicach kompetencji organu rentowego i jako podjęte bez podstawy prawnej rażąco naruszają prawo, a ich utrzymywanie w obiegu prawnym stanowi pogwałcenie zasady państwa prawa. Ustalenie, czy wysokość świadczeń socjalnych była różnicowana ze względu na kryterium socjalne, czy też nie i czy skala tego zróżnicowania jest odpowiednia do sytuacji życiowej, rodzinnej i materialnej poszczególnych pracowników i innych uprawnionych osób, leży w kompetencjach Państwowej Inspekcji Pracy oraz sądów, na skutek pozwów kierowanych do nich przez związki zawodowe. Ustalenie negatywne w tym zakresie może spowodować odpowiedzialność pracodawcy w oparciu o art. 12a ustawy o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych lub też obowiązek zwrotu na rachunek ZFŚS środków wydatkowanych niezgodnie z przepisami prawa, w oparciu o art. 8 ust. 3 tej ustawy<sup>33</sup>. W żadnym wypadku ustalenie to nie powoduje, że świadczenia wypłacone z ZFŚS ze środków przeznaczonych na cele socjalne „nie mogą być oceniane w sensie prawnym jako świadczenia socjalne, a jeżeli tak, to nie mogą korzystać z uprawnień przyznanych im przez system ubezpieczeń społecznych”. Taki wniosek pozbawiony jest jakichkolwiek podstaw prawnych, a decyzje

31 Tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 1442.

32 Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 31 stycznia 2013 r., III AUa 677/2012: „Organ rentowy nie jest władny do ingerowania bądź też weryfikowania udzielanych pracownikom świadczeń pod kątem spełniania kryterium socjalnego”.

33 Zob. P. Czarnek, I. Chwesiuk, *Ustawa o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych. Komentarz praktyczny*, Zamość 2013, s. 84, 90.

i orzecznictwo sądowe, wydawane w oparciu o ten wniosek, są radykalnie sprzeczne z podstawowymi regułami państwa prawa. Trudno się tedy dziwić zarzutom formułowanym powszechnie przez pracodawców, że działania ZUS i łaskawe dla tego organu orzecznictwo Sądów Pracy i Ubezpieczeń Społecznych mają przede wszystkim na celu zredukowanie za wszelką cenę niedoborów finansowych budżetu ZUS. Tą ceną w państwie prawa w żadnym wypadku nie mogą być jednak decyzje naruszające przepisy prawa i pozbawione podstaw prawnych w prawie powszechnie obowiązującym, którym w żadnym wypadku nie jest przecież orzeczenie Sądu Najwyższego<sup>34</sup>.

### Konkluzje

Przedstawiona powyżej krótka analiza przykładowego orzecznictwa ZUS i orzecznictwa sądowego, wyraźnie wskazuje na przyjęcie zasad koncepcji derywacyjnej wykładni prawa – poza również błędnymi, sprzecznymi z „poprawnością” efektami wykładni funkcjonalnej. Wnioski ZUS i uzasadnień orzeczeń sądowych są bowiem sprzeczne z wykładnią językową analizowanych przepisów. *Per analogiam* do takiego postępowania sądów, w tym Sądu Najwyższego, można odnieść krytykę wyrażoną niegdyś przez Józefa Nowackiego pod adresem Trybunału Konstytucyjnego: Sąd konkretny przepis wyposaża sam w przyjętą przez siebie normę prawną (sprzeczną z tą, która jasno wynika na gruncie wykładni językowej tego przepisu), by następnie badać, czy konkretny stan faktyczny jest z ową normą zgodny lub nie; badanie zgodności stanu faktycznego z normami sprzecznymi z tymi, na które wskazuje jednoznacznie wykładnia językowa, a w które Sąd sam wyposaża przepis prawny, choćby były to normy o najszlachetniejszej treści, nie jest jednak w żadnym wypadku orzekaniem na podstawie przepisu prawa<sup>35</sup>.

Jako konkluzję poczynionych rozważań postawić należy następującą tezę: dla utrzymania standardów państwa prawa zasada prymatu wykładni językowej, w sytuacji gdy wynik tej wykładni jest jasny, musi mieć charakter zasady niewzruszalnej<sup>36</sup>. Nie ma potrzeby, aby w każdym przypadku wykładni rekonstruować pełną normę postępowania i wyszukiwać wszystkich modyfikatorów treściowych przepisu centralnego. Z pozycji państwa prawa (bezpieczeństwa prawnego) jest to błędne, bowiem adresaci norm prawnych, zwykli ludzie, „normalnie mówiąc do siebie, rozumieją się” i tak samo normalnie czytając, rozumieją to, co czytają, jeśli tylko to, co czytają jest skonstruowane logicznie i precyzyjnie<sup>37</sup>. Takie stanowisko wcale nie oznacza, że autor niniejszego opracowania jest nieugiętym zwolennikiem zasady

34 Por. W. Kozielewicz, *Orzecznictwo...*, op. cit. „(...) wykładnia przepisu prawa dokonana przez sąd wyższej instancji, poza ściśle określonymi wypadkami, nie ma charakteru wiążącego. (...) Jasnym jest że orzecznictwo sądowe, w tym i orzecznictwo Sądu Najwyższego, nie stanowi samoistnego źródła prawa (...).

35 Por. J. Nowacki, *Studia z teorii prawa*, Zakamycze 2003, s. 53.

36 Por. M. Zirk-Sadowski, *Trzecia władza w procesie autonomizacji prawa*, [w:] *Profesjonalna kultura prawnicza*, red. M. Pichlak, Warszawa 2012, s. 132: „wiemy (...) doskonale, że poza wykładnią językową nie mamy żadnych dobrych dyrektyw interpretacyjnych. Czy ktoś zna jakąś wykładnię celowościową czy funkcjonalną oferującą dokładne i precyzyjne wskazówki interpretacyjne?”; Por. także J. Potrzebszcz, *Bezpieczeństwo prawne z perspektywy filozofii prawa*, Lublin 2013, s. 403.

37 P. Wiatrowski, *Dyrektywy wykładni...*, op. cit., s. 53; por. L. Morawski, *Spory o wykładnię...*, op. cit., s. 18.

*dura lex sed lex* i nie zauważa konieczności stosowania także zasady *lex iniusta non est lex*. Przeciwnie, pod warunkiem jednak, że tej ostatniej zasady nie stosują samodzielnie sądy powszechne i nawet Sąd Najwyższy, a w przypadkach wątpliwych korzystają one po prostu z instytucji pytania prawnego, kierowanego do Trybunału Konstytucyjnego. Jest to niezbędne ze względu na bezpieczeństwo prawne.



## Dostęp do informacji jako kategoria ochrony interesu prawnego jednostki na przykładzie wybranych regulacji dotyczących tzw. policji administracyjnej

---

### Right to Public Information as a Way of Protecting Legal Interest. An Example of Administrative Police

*The doctrine of administrative law due to its wide range of interest includes issues of public administration activities undertaken in emergency, referred to as the so-called administrative police. The purpose of administrative police is to protect the most important assets and states, in particular, health, life, property, internal and external security. On the basis of rules referred to the problems of administrative police the existence of instruments for the implementation of access to public information is revealed. Right to public information protects legal interests of individuals. The main goal of the paper is to confront the availability of public information according to selected norms referring to the administrative police and solutions adopted by the Act on Access to Public Information of 6 September 2001. The latter protects legal interests (understood here as an information) of individual.*

---

**Katarzyna Tomaszewska**

*doktor nauk prawnych  
Uniwersytet Wrocławski*

Wyrastający z powszechnego prawa do informacji dostęp do wiedzy publicznej, cieszy się współcześnie żywym zainteresowaniem. Będąc elementem jednego z podstawowych praw człowieka, stanowi instytucję ochrony interesu prawnego jednostki. Jednostka bowiem, aby móc w pełni świadomie i racjonalnie podejmować indywidualne decyzje, musi posiadać właściwą wiedzę na temat otaczającego ją świata zarówno w ujęciu strukturalnym, jak i funkcjonalnym, tj. również w zakresie podejmowanych rozstrzygnięć przez podmioty zarządzające w państwie. Niewątpliwie nie budzi już żadnych wątpliwości założenie, w myśl którego skłonność do poszukiwania informacji stanowi naturalną potrzebę

człowieka i obywatela, a dostęp do niej z uwagi na jej znaczenie jest nieodłącznym elementem społeczeństwa obywatelskiego, nierzadko współcześnie określanego mianem społeczeństwa informacyjnego<sup>1</sup>. Realizacja powszechnego prawa do informacji wiąże się z rozwojem demokracji, postrzeganej jako ustroju państwa gwarantującego możliwość świadomego uczestniczenia jednostek w życiu całego społeczeństwa. Bez informacji dotyczących funkcjonowania podmiotów władzy publicznej, obywatele nie byłoby w stanie podejmować racjonalnych decyzji mających wpływ na ich życie i to w rozmaitych jego aspektach<sup>2</sup>. Państwo i działające w jego imieniu organy, muszą zaspokajać zbiorowe i indywidualne potrzeby obywatelskie, a zatem są zobligowane do działania nie tylko na rzecz, ale również za akceptacją jednostek, dla której urzeczywistnienia istotnym jest zapewnienie dostępności do oczekiwanych informacji oraz stworzenie możliwości ich łatwego uzyskania. Wówczas bowiem obywatel może podejmować działania zgodne z jego aspiracjami lub też może przejawiać aktywność na tych polach, które mają chronić jego interesy. Co ważne, doniosłe znaczenie w tym zakresie posiada znajomość całokształtu okoliczności, w otoczeniu których ma być podejmowany owy akt działania lub też zaniechania. Powyższy stan rzeczy wymaga zapewnienia odpowiedniego dostępu do źródeł informacji i możliwości uzyskania „wiedzy publicznej”, tj. informacji o sprawach publicznych. Ich treść może oddziaływać nie tylko na aspekt życia prywatnego jednostki, ale przede wszystkim na płaszczyznę realizacji innych uprawnień jakie przysługują obywatelom. Na podstawie niniejszego założenia można dopatrywać się istnienia aspektu ochrony interesu prawnego (w tym wypadku prawnie zagwarantowanego interesu informacyjnego) jednostki. Ponadto należy zauważyć, że obowiązujące prawo docenia rolę prawa do informacji jako elementu społecznego kontrolowania, dając jednocześnie podstawy do utożsamiania dostępu z instytucją służącą ochronie interesu prawnego jednostki w rozmaitych dziedzinach życia społecznego.

Nie bez znaczenia zatem pozostaje w tym miejscu założenie, w myśl którego wiedza o państwie, wiedza o sprawach publicznych, o podmiotach administrujących ma znaczenie praktyczne, albowiem stanowi podstawową przesłankę poczucia bezpieczeństwa obywatelskiego i ochrony zróżnicowanych interesów jednostek. Zagwarantowanie przez ustrojodawcę prawo do informacji (art. 61 Konstytucji RP<sup>3</sup>, które podlega dalszemu rozwinięciu w drodze ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, dalej zwaną u.d.i.p.)<sup>4</sup> stanowi podstawę procesu uświadamiania jednostek w przedmiocie tzw. spraw publicznych. Samo zaś dostarczenie wiedzy lub też umożliwienie jej zdobycia oddziałuje na indywidualne życie i interesy obywateli.

---

1 Zob. M. Jaśkowska, *Dostęp do informacji publicznej. Zagadnienia wybrane (materiał na konferencje sędziów NSA)*, Popowo 14-16 października 2002, Warszawa 2002, s. 1 i n.

2 Co istotne prawo do informacji wynika również z rozmaitych ustaw, w tym w przede wszystkim z kodeksów, które regulują przebieg procesu karnego, czy też procesu cywilnego. W tym wypadku chodzi o prawo informacji przysługujące stronom procesowym, ale ustalenie jego rzeczywistego zakresu posiada znaczenie dla szeroko postrzeganej zasady kontradyktoryjności postępowania procesowego – zob. T. Gardocka, *Obywatelskie prawo do informacji*, Warszawa 2008, s. 11.

3 Dz. U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 wraz z późn. zm.

4 Dz. U. z 2001 r., nr 112, poz. 1198 wraz z późn. zm.

Należy jednak przy tym zaznaczyć, że niewątpliwie istotne znaczenie dla sprawnego funkcjonowania mechanizmu udostępniania informacji publicznej posiada należyta interpretacja jego instrumentów. A zatem przedmiotem niniejszych rozważań będzie dokonanie analizy tego rodzaju instrumentów na gruncie regulacji ogólnych i ich skonfrontowanie z tymi uregulowaniami, które występują w konkretnym dziale materialnego prawa administracyjnego – w dziale poświęconym działaniom administracji publicznej na rzecz bezpieczeństwa i porządku publicznego, czyli tzw. policji administracyjnej<sup>5</sup>. Chodzi bowiem o ustalenie istniejących podobieństw oraz odmienności w tym zakresie i uwypuklenia elementów determinujących realizację ochrony interesu prawnego jednostki w ramach omawianej instytucji dostępu do informacji publicznej.

Ustawodawca tworząc generalną definicję informacji publicznej jako „Każdej informacji o sprawach publicznych (...)”, dokonuje określenia dopuszczalnych form udostępnienia tego rodzaju wiedzy. Według Mariusza Jabłońskiego i Krzysztofa Wygody: „Udostępnianie informacji publicznej może przybierać wiele postaci i przyjąć należy, że dopuszczalne są wszystkie środki przekazu, a w gestii żądającego pozostaje decyzja, z jakich będzie on chciał skorzystać”<sup>6</sup>. W rezultacie to w gestii podmiotu zainteresowanego pozostaje decyzja, z jakiego instrumentu skorzysta dla zapewnienia ochrony „własnego” interesu informacyjnego.

Odnosząc się do regulacji konstytucyjnych kreujących sam fakt istnienia niniejszego uprawnienia, trzeba wskazać, że nakreślone w nich możliwości realizacji prawa do informacji (art. 61 ust. 2) zostały sformułowane szeroko, i choć w tym miejscu nie posłużono się określeniem „w szczególności”, trzeba przyjąć, że posiadają one jedynie charakter przykładowy. Ponadto w żadnym razie nie można przyjąć, że ustrojodawca przy ich definiowaniu posłużył się określeniem „instrumentów ochrony interesu prawnego jednostki”, chociaż sama ich treść wskazuje na funkcję tzw. uświadamiania obywatelskiego w przedmiocie spraw publicznych. Co więcej, treść regulacji konstytucyjnych w tym przedmiocie nie definiuje również procesu udostępniania informacji. Doktrynalne podejście względem omawianego zagadnienia wyraźnie wskazuje, że przez pojęcie dostępu należy rozumieć wszelkie dopuszczalne formy przy pomocy, których można zapoznać się z treścią dokumentów w formie bezpośredniej (tj. poprzez udostępnienie oryginału, bądź jego kopii), jak również pośrednio (np. przy użyciu środków elektronicznego przekazu, tj. poprzez wgląd do dokumentu posiadającego postać elektroniczną)<sup>7</sup>. Analizując treść uregulowań ustawy zasadniczej w tym przedmiocie, trzeba nadmienić, że w ich świetle nie wprowadzono ograniczeń w kontekście dopuszczalnych form dostępu stanowiących instrumenty ochrony jednostki. Czyni to dopiero ustawodawca w u.d.i.p., albowiem konkretnie wskazuje, w jakich formach, w jaki sposób tzw. informacja publiczna może być udostępniona. Niemniej jednak, analizując uprzednie zamierzenia i ostateczne rozstrzygnięcia ustawodawcy w przedmiocie dostępu do informacji, należy wskazać, że nie dokonuje on wyraźnego uwypuklenia i konkretnego nazwania

5 Co istotne niniejszy dział określany jest również mianem działań organów administracji publicznej w stanach zagrożenia.

6 Zob. M. Jabłoński, K. Wygoda, *Dostęp do informacji i jego granice: wolność informacji, prawo dostępu do informacji publicznej, ochrona danych osobowych*, Wrocław 2002, s. 170.

7 Ibidem, s. 180.

instrumentów składających się na konstytucyjne prawo do informacji, jako instytucji służącej ochronie interesu prawnego. Wskazuje natomiast na poszczególne elementy potwierdzające prawidłowość „zasady alternatywności” dostępu do informacji publicznej, związanej z uprawnieniem do samodzielnego decydowania w zakresie wykorzystania konkretnego instrumentu służącego ochronie jednostki.

W świetle art. 3 u.d.i.p. jednostka dla ochrony własnego interesu prawnego ma możliwość dokonania wyboru w przedmiocie przysługujących uprawnień, składających się na ustawowe prawo do informacji. Każde z nich urasta do rangi instrumentów ochrony interesu prawnego jednostki, albowiem prowadzi do uzyskania potrzebnej wiedzy, prowadzi do poszerzenia horyzontów, zgłębienia informacji szczególnie ważnych z uwagi na konkretną sytuację, w jakiej się ona znalazła<sup>8</sup>. Zgodnie ze wskazaną regulacją art. 3 u.d.i.p., powszechne prawo do informacji obejmuje uprawnienie do:

1. Uzyskania informacji publicznej, w tym uzyskania informacji przetworzonej w takim zakresie, w jakim jest to szczególnie istotne dla interesu publicznego;
2. Wglądu do dokumentów urzędowych;
3. Dostępu do posiedzeń kolegialnych organów władzy publicznej pochodzących z powszechnych wyborów.

Przedstawiona powyżej klasyfikacja tworzy grupę tzw. instrumentów *sensu stricto* – instrumentów właściwych, składających się na samo zjawisko procesu udostępniania wiedzy publicznej. Niemniej jednak, warto także zauważyć, że obok powyżej przedstawionych, na uwagę zasługują również, jako równoprawne instrumenty, formy, przy pomocy których jednostka może realizować przysługujące jej prawo do informacji. Z racji ich istoty oraz roli, jaka została im przypisana, stanowią narzędzie, przy pomocy którego informacja publiczna jest objęta żądaniem podlega udostępnieniu. W efekcie, z uwagi na przyjęte rozważania, można im przypisać charakter instrumentów ochrony interesu prawnego jednostki *sensu largo*. W ramach ich grupy należy wymienić:

4. Możliwość zapoznania się z informacją udostępnioną w drodze wyłożenia lub wywieszenia w miejscach ogólnie dostępnych;
5. Możliwość zapoznania się z informacją poprzez zainstalowanie w miejscach ogólnie dostępnych, urządzeń umożliwiających poznanie jej treści;
6. Możliwość zapoznania się z informacją umieszczoną w Biuletynie Informacji Publicznej, który jest prowadzony przez właściwy organ w formie elektronicznej;
7. Możliwość zapoznania się z informacją umieszczoną w centralnym repozytorium.

W myśl powyższego, udostępnienie informacji na gruncie uregulowań ogólnych może przybierać rozmaite postacie, a o samym wyborze formy decyduje wnioskodawca. Istotne znaczenie ma w tym wypadku precyzyjne skonkretyzowanie żądanej formy, albowiem podmiot zobowiązany nie może subiektywnie, tj. bez zgody wnioskodawcy, dokonać zmiany jej wyboru. Podkreśla się zatem rolę samej jednostki zainteresowanej, poddając jej rozstrzygnięciu ostateczne skonkretyzowanie decyzji.

---

8 Zob. M. Jabłoński, K. Wygoda, *Dostęp do informacji...*, op. cit., s. 170 i n.

Jednostka nie jest zatem zdana tylko na to, co może jej zaferować podmiot władzy publicznej, od którego żąda informacji określonego rodzaju. W sytuacji, gdy wniosek jednostki w przedmiocie formy jest zbyt ogólny, wówczas podmiot zobowiązany może poinformować, że informacje objęte żądaniem jednostki znajdują się w jego siedzibie<sup>9</sup>. W ten sposób ustawodawca tworzy ogólny katalog możliwości, z jakich może, i z jakich powinna skorzystać jednostka zainteresowana uzyskaniem konkretnej informacji publicznej. Niniejszy wachlarz z racji posiadania ogólnego charakteru interpretowanych regulacji, ma zastosowanie we wszystkich dziedzinach administracji publicznej. Jednocześnie jednak podlega prawnym modyfikacjom, wynikającym z uregulowań o charakterze szczególnym, właściwych dla konkretnego działu administracji publicznej.

Doktryna prawa administracyjnego z uwagi na swój szeroki zakres zainteresowania obejmuje swoimi ramami również problematykę działań organów administracji publicznej podejmowanych w stanach zagrożenia, określanych mianem tzw. policji administracyjnej<sup>10</sup>. Swoistość charakteru działalności powiązanej ze stanami zagrożenia dotyczy szczególnej aktywności organów administracji publicznej<sup>11</sup>. Celem policji administracyjnej jest ochrona najważniejszych dóbr i stanów, w szczególności zdrowia, życia, mienia, bezpieczeństwa zewnętrznego i wewnętrznego<sup>12</sup>. Jak wskazują obowiązujące regulacje w tym przedmiocie, w sytuacjach zagrożenia prawo może zobowiązywać obywateli do ponoszenia określonego rodzaju świadczeń

- 
- 9 Co istotne w tej sytuacji, w żadnym razie podmiotowi zobowiązanemu nie można zarzucić bezczynności, albowiem jeżeli wnioskodawca w dalszej części postępowania zajmujący pozycję strony skarżącej, zbyt ogólnikowo określił swoje żądanie co do formy udostępnienia, wówczas zajęcie stanowiska co do zaistniałej sytuacji przez podmiot władzy publicznej, które zostało zawarte w pisemnej informacji dotyczącej zapoznania się z przedmiotowymi dokumentami, spełnia przesłanki ich udostępnienia – zob. też wyrok WSA wydany w Poznaniu z dnia 8.10.2008, (IV SAB/ Po 14/08). Z drugiej strony, jeżeli żądanie wnioskodawcy dotyczy informacji, która obligatoryjnie powinna zostać zamieszczona w BIP, a z przyczyn bliżej nieznanych nie została tam umieszczona, wówczas jest to równoznaczne z bezczynnością w zakresie stosowania obligatoryjnej formy dostępu i podmiot zobowiązany przejmując tym samym na siebie obowiązek udostępnienia informacji w trybie wnioskowym. W następstwie powyższego jednostka zainteresowana jest legitymowana do otrzymania informacji poprzez okazanie jej do naocznego zapoznania się lub też poprzez otrzymanie wydruku, kopii dokumentacji oryginalnej, przesłania w postaci elektronicznej, w tym również skanu bądź nagrania – zob. M. Bernaczyk, *Obowiązek bezwnioskowego udostępnienia informacji publicznej*, Warszawa 2008, s. 180.
- 10 Co istotne, policja administracyjna często jest porównywana, czy wręcz identyfikowana, z reglamentacją. Niemniej jednak, obie, jako odrębne grupy działań organów administracji, spełniają odmienne funkcje w państwie i są realizowane przez różne podmioty, posługujące się odmiennymi formami działania. Celem policji jest zachowanie, bądź też przywrócenie bezpieczeństwa lub też porządku publicznego dla ochrony pewnego rodzaju dóbr. Reglamentacja z kolei pełni funkcje kształtujące i jako tego rodzaju grupa działań posługuje się uznaniem administracyjnym. Trzeba jednak podkreślić, że jeżeli zasady prawne ustanowione w państwie w drodze reglamentacji zostaną naruszone, zadaniem policji jest przywrócenie ładu i porządku, tak aby wskazane dobra nie doznały uszczerbku – zob. M. Miemiec, *Materialne prawo administracyjne*, Warszawa 2013, s. 156 oraz A. Matan, *Policja administracyjna jako funkcja administracji publicznej*, [w:] *Nauka administracji współczesnego państwa prawa, Międzynarodowa konferencja naukowa*, Rzeszów-Cisna 2002, s. 1 i n.
- 11 Zob. też Z. Leoński, *Materialne prawo administracyjne*, Warszawa 2009, s. 210.
- 12 Zob. M. Miemiec, *Materialne prawo...*, op. cit., s. 155.

osobistych i rzeczowych, które w żadnym razie nie występują w normalnym funkcjonowaniu państwa. Ponadto, prawo przewiduje dopuszczalność wprowadzania ograniczeń w zakresie korzystania przez obywateli z przysługujących im swobód oraz wolności, jak również wprowadza możliwość podejmowania szczególnych działań w rozmaitym trybie i przy użyciu dopuszczalnych form przymusu bezpośredniego, celem odwrócenia szkód grożących państwu i jego obywatelom<sup>13</sup>. Nie ma więc żadnych wątpliwości, że tego rodzaju zachowania organów „policyjnych”, nawet jeśli odbiegają od typowego działania władzy publicznej w państwie opartym na praworządności, znajdują odzwierciedlenie w prawie powszechnie obowiązującym. Z drugiej zaś strony, nie należy zapominać, że samo ich istnienie jak i realizacja w rzeczywistości mają służyć całemu społeczeństwu, w imię szeroko rozumianego dobra ogółu, czyli wszystkim jego obywatelom oraz interesom przez nich reprezentowanym. Jeśli bowiem w kraju panuje ład i porządek, jego obywatele mogą w sposób skuteczny podejmować działania adekwatne do ich potrzeb i skutecznie wprowadzać w życie posiadane aspiracje.

Nie ma wątpliwości, że działanie administracji typu policyjnego jest w szczególności kojarzone z modelem państwa absolutnego, gdzie całą działalność panującego monarchy utożsamiano z policją. Były to scentralizowane struktury aparatu rządzenia i panowania, oparte na pionowym hierarchicznym podporządkowaniu szczebli niższego rządu szczeblom wyższego stopnia. Ówczesna policja była kojarzona z organami sanitarnym, czy też budowlanymi<sup>14</sup>. Współcześnie administracja typu policyjnego wiąże się z aspektami bezpieczeństwa i porządku, jak również obejmuje szeroko rozumiane aspekty ochrony zdrowia. W tym ujęciu funkcje policyjne w państwie sprawują różnego rodzaju organy. Zajmują się one zapewnianiem bezpieczeństwa i porządku publicznego, podejmują działania mające na celu usunięcie zagrożeń dla życia i zdrowia ludzkiego<sup>15</sup>. Innymi słowy chodzi o działania, których punktem wspólnym jest wykazywanie dbałości o jednostkę w ujęciu całościowym. A zatem, skoro ze względu na zakres ich działalności można mówić o rozległej liczbie organów należących do kategorii policji administracyjnej, za rozległy i jednocześnie zróżnicowany należy uznawać zakres regulacji ich dotyczących.

Do tej grupy organów należy zaliczyć ustanowione dla ochrony porządku publicznego straże gminne i miejskie. Problematykę dotyczącą ich funkcjonowania reguluje ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o strażach gminnych<sup>16</sup> (dalej zw. u.str.gm.). W art. 11 niniejszej regulacji ustawodawca dokonał dookreślenia podstawowej funkcji tego rodzaju formacji umundurowanych, definiując szczegółowo zakres czynności składających się na pojęcie ochrony porządku publicznego. W ich ramach należy bowiem wymienić następujące zadania: ochronę obiektów komunalnych i urzędzeń użyteczności publicznej, czuwanie nad porządkiem, jak również przeprowadzanie kontroli ruchu drogowego oraz zapewnianie spokoju w miejscach publicznych itp.<sup>17</sup>. Co istotne, przedstawiony zakres zadań jest jedynie katalogiem przykładowym i w tym świetle uwidacznia zakres funkcji, których realizacja bezwzględnie

13 Ibidem.

14 Zob. Z. Leoński, *Materialne prawo...*, op. cit., s. 211.

15 Ibidem.

16 Dz. U. z 2013 r., poz. 1383.

17 Zob. Z. Leoński, *Materialne prawo...*, op. cit., s. 213.



wiąże się z szeroko rozumianą ochroną obywateli. Trzeba jednak podkreślić, że tego rodzaju podejście niestety albo w ogóle nie jest zauważalne, albo celowo ignorowane, a sami funkcjonariusze straży są oceniani negatywnie przez społeczność lokalną. Dzieje się to na skutek „szczególnych kompetencji” przydzielonych przez ustawodawcę w związku z realizacją zadań na rzecz zachowania porządku publicznego. Chodzi tu przede wszystkim o upoważnienie do legitymowania osób celem ustalenia ich tożsamości, nakładanie grzywny w drodze postępowania mandatowego, usuwanie pojazdów lub uniemożliwianie ruchu poprzez nałożenie blokad i inne tego rodzaju formy, które pomimo ustawowego określenia potocznie oceniane są jako „utrudniające”. Z drugiej jednakże strony, sięgając głębiej, nie sposób nie dopatrzeć się w nich ich pozytywnej treści, służącej poszczególnym jednostkom i całej społeczności lokalnej, która tworzy jeden, wspólny organizm prawny.

Co istotne, z punktu widzenia zasadniczych rozważań podnoszonych na gruncie niniejszej pracy, trzeba zauważyć, że pośród całokształtu funkcji jakimi dysponują funkcjonariusze straży gminnej, swoje miejsce odnajduje również specyficzny „element informacyjny”. Chodzi w tym wypadku o pkt. 8 wspomnianego już art. 11 ust. 1 u.str.gm., stanowiący o informowaniu społeczności o stanie i rodzajach zagrożeń. Uzupełnieniem niniejszego jest inicjowanie i uczestniczenie w działaniach, mających na celu zapobieżenie popełnianiu przestępstw i wykroczeń oraz eliminowanie zjawisk kryminogennych, jak również współdziałanie w tym zakresie z organami państwowymi, samorządowymi i organizacjami społecznymi. Co istotne, pierwsza część przedstawionego zapisu odnosząca się do „informowania społeczności” niewątpliwie zawiera w swej treści element nawiązujący do przedmiotowego procesu udostępniania. Informowanie bowiem, to nic innego jak tylko przekazywanie wiedzy na określony temat w określonej dziedzinie, które niewątpliwie zawiera się w pojęciu omawianego procesu upubliczniania. Niemniej jednak, podstawowe pytanie sprowadza się do ustalenia charakteru, zawartości merytorycznej niniejszego przekazu. Należy bowiem dokonać ustalenia, czy w tym wypadku w ogóle może być mowa o dostępie, o którym stanowi u.d.i.p., tj., czy w rzeczywistości chodzi o procedurę udostępniania informacji publicznej? W świetle regulacji art. 11 ust. 1 u.str.gm., wskazującej na przekazywanie informacji o stanie i rodzajach zagrożeń przez tego rodzaju służby, należy ostrożnie podchodzić do identyfikacji przedmiotowego procesu. Tego rodzaju informacje nie zawierają się w pojęciu informacji o sprawach publicznych *sensu stricto* (tj. w rozumieniu art. 1 ust. 1 w związku z art. 6 ust. 1 u.d.i.p.), mimo że pozornie sugerują posiadanie charakteru treści wystąpień zawierających swoistego rodzaju ocenę otoczenia, tego co dzieje się na wyodrębnianej części państwa, dokonywaną przez funkcjonariuszy służby<sup>18</sup>. Udzielenie informacji o stanie i rodzajach zagrożeń przez funkcjonariusza służby, o której mowa bezpośrednio, nie zawiera się w katalogu spraw wymienianych przez ustawodawcę i kwalifikowanych do postrzegania ich jako informacji publicznych. Niemniej jednak, należy jednocześnie pamiętać, że przestawiony na gruncie regulacji ogólnych, tj. w świetle art. 6 u.d.i.p., katalog spraw publicznych, posiada jedynie charakter przykładowy. A zatem stosowanie jego wąskiej interpretacji, nie daje jednoznacznej odpowiedzi w przedmiocie ustalenia publicznych „właściwości”. Bez wątpienia natomiast można wskazać, że są to informacje istotne, ważne dla obywateli. Ponadto, biorąc pod uwagę cel

18 Zob. art. 6 ust. 1 pkt. 4 lit. b ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2001, nr 112, poz. 1198 wraz z późn. zm.).



jakiemu one mają służyć, należy zauważyć że wyraźnie potwierdza się istniejąca teza o realizacji ochrony interesu jednostki. Niemniej jednak nie odbywa się to w ramach kategorii dostępu do informacji publicznych. Posiadanie wiedzy w przedmiocie tego, co może nam zagrażać, a które jest wynikiem działalności informacyjnej, należy ujmować w kategoriach prewencji, która w każdej ze swoich konfiguracji może być kojarzoną z realizacją działań ochronnych. A zatem i w tym przypadku akcja tzw. „informowania społeczności lokalnych” urasta do rangi instrumentu ochrony ich interesów w ujęciu ogólnym, jako działalność dla zapewnienia porządku i bezpieczeństwa wszystkich obywateli, nawet jeśli pewne działania byłyby skierowane ściśle do indywidualnych podmiotów.

Istnienie i funkcjonowanie wyspecjalizowanych straży oraz innych im podobnych jednostek regulują również przepisy innych aktów prawnych rangi ustawy. One podobnie jak formacje policji, straży granicznej czy też straży gminnej zostały powołane w celu zapewnienia bezpieczeństwa, porządku publicznego oraz zapobieganiu zagrożeniom w określonej dziedzinie<sup>19</sup>. Do wskazanej kategorii należy zaliczyć przede wszystkim: Służbę Parków Narodowych, Wewnętrzną Służbę Ochrony, Straż Pożarną, Straż Rybacką, wyspecjalizowane inspekcje, nadzory i dozory o których stanowią regulacje prawa materialnego (tj. regulacje ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia<sup>20</sup>, ustawy z 14 marca 1985 r. o Państwowej Inspekcji Sanitarnej<sup>21</sup>, ustawy z 21 grudnia 2000 r. o dozorcze technicznym<sup>22</sup>, ustawy z dnia 18 kwietnia 1985 r. o rybactwie śródlądowym<sup>23</sup>). Z punktu widzenia zadań realizowanych przez wskazane podmioty, nie można żadnemu z nich odmówić istotnej roli w całościakcie działalności prowadzonej przez państwo, a gwarantującej dążenie do zapewnienia ochrony jednostki. Niemniej jednak, stawiając na naczelnym miejscu prowadzonej analizy aspekt występowania elementów procesu dostępu do informacji publicznej, warto uczynić przedmiotem rozważań regulacje ostatniej z wymienionych. Ona jako jedyna zawiera w swej treści odesłanie do regulacji u.d.i.p. i to właśnie w jej ramach pojawia się właściwa z punktu widzenia prowadzonych rozważań instytucja „informowania obywateli”. Chodzi w tym wypadku o ustawę z dnia 18 kwietnia 1985 r. o rybactwie śródlądowym (dalej zw. u.ryb.śródl.). Ona w treści art. 1 ust. 1 w związku z art. 6 ust. 1 określa zasady i warunki ochrony, chowu, hodowli ryb powierzchniowych w wodach śródlądowych. Zwraca uwagę na istnienie obowiązku prowadzenia przez uprawnionego w myśl niniejszych regulacji racjonalnej gospodarki rybackiej w zakresie działalności obejmującej rybactwo. Co istotne, tego rodzaju obowiązek podlega ocenie dokonywanej przez osobę upoważnioną w drodze decyzji właściwego Marszałka Województwa, a same wyniki działalności kontrolnej nawiązują do procesu udostępniania, stanowiąc tym samym przedmiot jego realizacji. Stosownie do art. 6 ust. 2c u.ryb.śródl. Marszałek Województwa w pierwszej kolejności zawiadamia o wynikach oceny dotyczącej zachowania racjonalnej gospodarki rybackiej w obwodzie rybackim właściwy organ administracji, który wykonuje uprawnienia właściciela wód w odniesieniu do rybactwa

19 Zob. też Z. Leoński, *Materialne prawo...*, op. cit., s. 215.

20 Dz. U. z 2005 r., nr 145, poz. 1221 wraz z późn. zm.

21 Dz. U. z 2011 r., nr 212, poz. 1263 wraz z późn. zm.

22 Dz. U. z 2013 r., poz. 963 wraz z późn. zm.

23 Dz. U. z 2009 r., nr 189, poz. 1471 wraz z późn. zm.

śródlądowego. Niemniej jednak, ustawodawca wskazując na charakter oraz stopień istotności informacji zawartych w dokonanej ocenie oraz biorąc pod uwagę ich znaczenie dla ogółu społeczności, odsyła również w zakresie ich udostępnienia do regulacji u.d.i.p. Co ważne, nie podaje przy tym żadnych elementów, które w sposób wyraźny określałyby tego rodzaju procedurę. Powyższy zapis należy interpretować jako przyzwolenie do odniesienia danej materii na płaszczyznę regulacji o dostępie do informacji publicznych. Ma to służyć procesowi zdefiniowania form oraz sposobów wykonywania samego procesu udostępniania oraz wyników oceny, jaka w tym przedmiocie zostanie przeprowadzona. Ponadto, co zasługuje na wyróżnienie, w dalszej części ustawy można dopatrzeć się pozornego nawiązania do jeszcze jednego elementu przedmiotowego procesu udostępniania danych publicznych. Co ważne, uzasadnienia dla użytego powyżej sformułowania „pozornego nawiązania”, należy doszukiwać się w określeniu kategorii wiedzy, która jest objęta procesem udostępniania. Bez wątplenia w grę wchodzi w tym wypadku wiedza publiczna, albowiem chodzi o kwestię ogłaszania uchwał, tj. uchwały Zarządu Województwa dotyczącej wyznaczenia obrębów ochronnych rybactwa śródlądowego (art. 15 u.ryb.śródl.) oraz uchwały Zarządu Województwa ustanawiającej całkowity lub częściowy zakaz uprawiania amatorskiego połowu ryb (art. 17 u.ryb.śródl.). W obu przypadkach ustawodawca dla realizacji procesu udostępniania z racji występowania w ich treści wiedzy publicznej (potencjalnie stanowiącej przedmiot zainteresowania ogółu społeczności lokalnej) posługuje się formą zwyczajowego ogłoszenia oraz ogłoszeniem w Wojewódzkim Dzienniku Urzędowym. W tym świetle istnienie procesu udostępniania nie budzi wątpliwości. Uzasadnione wątpliwości może natomiast budzić oparcie niniejszego ogłoszenia na regulacjach zawartych w u.d.i.p. Trzeba bowiem nadmienić, że zasady dostępu do treści aktów normatywnych i innych aktów prawnych zostały uregulowane odrębną ustawą i to właśnie na jej podstawie należy interpretować realizację owego procesu<sup>24</sup>.

Przechodząc z kolei do następnych zagadnień, należy zwrócić uwagę na regulacje ustawy o Inspekcji Ochrony Środowiska (dalej zw. u.insp.ochr.środ.). W jej treści ustawodawca określając strukturę i przede wszystkim zespół zadań niniejszego organu kontrolnego w zakresie przestrzegania regulacji o ochronie środowiska oraz przeprowadzania badań i ocen jego stanu, kreuje szczególną obligatoryjność jego działania. Chodzi w tym wypadku o treść art. 28 ust. 1. u.insp.ochr.środ. Zgodnie z treścią przedstawionego uregulowania Inspekcja Ochrony Środowiska zapewnia informowanie społeczeństwa o stanie środowiska. Nie wskazuje przy tym na konkretne formy, przy pomocy których ma się ono odbywać, jak również nie określa, czy tego rodzaju udostępnianie informacji należy rozpatrywać w kategoriach dostępu do informacji w trybie u.d.i.p, czy też na podstawie regulacji ustawy z dnia 3 października o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz ocenach oddziaływania na środowisko<sup>25</sup> (dalej zw. u.d.i.ś.). Z przedmiotowego punktu widzenia regulacji u.insp.ochr.środ. trzeba wskazać, że pomimo jej ogólności zapisu, należy domniemywać istnienia realizacji procesu dostępu w myśl ustawy szczególnej (u.d.i.ś.), kreującej odrębny porządek

24 Chodzi w tym wypadku o uregulowania ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (Dz. U. z 2011 r., nr 197, poz. 1172 wraz z późn. zm).

25 Dz. U. z 2013 r., poz. 1235 wraz z późn. zm.

prawny z uwagi na szczególną kategorię informacji – tj. z uwagi na informacje o środowisku<sup>26</sup>.

Owszem biorąc pod uwagę aspekt istotności przedmiotowych informacji z punktu widzenia przeciętnych jednostek, można doszukać się potwierdzenia dla zasadności założenia o posiadaniu cech ochronnych samego procesu ich udostępnienia, ale nie samego potwierdzenia procesu udostępnienia w myśl u.d.i.p. Z kolei skupiając się na aspekcie *stricte* podmiotowym omawianego procesu, należy podkreślić, że analizując obie strony stosunku, jaki powstaje na skutek zachodzącego przekazu wiedzy, nie ma odstępstwa od reguł ogólnych omawianego zagadnienia. Mowa w tym wypadku o zasadach udostępniania informacji o środowisku w myśl regulacji

26 Niewątpliwie trzeba wskazać, że regulacje u.d.i.ś. stanowią wyjątkowy przykład ustawodawstwa prawa materialnego, które będąc odrębnymi regulacjami części szczególnej prawa administracyjnego, samodzielnie odnoszą się do problematyki udostępniania informacji o środowisku. Wedle aktualnie obowiązujących uregulowań w przedmiocie dostępu do informacji o środowisku i jego ochronie, instytucja „ujawnienia informacji” w myśl zamierzeń samego ustawodawcy została rozdzielona na dwie części. Chodzi w tym przypadku o art. 4 oraz art. 5 u.d.i.ś., w świetle to których uregulowań prawo do informacji o środowisku interpretowane w sposób szeroki opiera się na: (1) prawie podmiotu („każdego”) do informacji o środowisku i jego ochronie na warunkach określonych w ustawie (art. 8); (2) prawie podmiotu („każdego”) do uczestniczenia w postępowaniu wymagającym udziału społeczeństwa na warunkach określonych ustawą (art. 9). W świetle art. 8 u.d.i.ś. organy administracji publicznej są zobligowane do udostępnienia każdemu informacji o środowisku i jego ochronie, która: (1) znajduje się w ich posiadaniu, czyli informację wytworzoną przez te organy lub otrzymaną od osoby trzeciej; (2) jest dla nich przeznaczona, czyli informację pozostającą w dyspozycji osób trzecich (mimo iż w imieniu organu) lub też której organ może żądać od osób trzecich. Wobec powyższego należy wskazać, że dla ochrony interesu prawnego jednostki w związku z dostępem do informacji o środowisku można wyróżnić instrumenty następującego rodzaju: (1) wnioskowe żądanie udostępnienia informacji. Chodzi w tym wypadku o instytucję składania pisemnego wniosku o udzielenie informacji, podlegającej ujawnieniu w trybie przewidzianym w ustawie, a wchodzącej w zakres katalogu „wiedzy o środowisku”, który został prawnie uregulowany; (2) quasi-bezwnioskowe żądanie udostępnienia informacji (żądanie nieopatrzone formą pisemną). Co istotne ustawodawca przewidział sytuację udostępniania informacji bez uprzednio złożonego wniosku w formie pisemnej. Nie chodzi w tym wypadku o całkowity brak żądania, albowiem nie można w żadnym razie mówić o automatyzmie działania po stronie podmiotów zobowiązanych w zakresie udostępnienia informacji. Ustawodawca wyklucza natomiast w tym przypadku obligatoryjność w przedmiocie formy pisemnej żądania jednostki zainteresowanej. Ma to miejsce w sytuacjach dwójakiego rodzaju. Po pierwsze, wówczas, gdy udostępnienie i przekazanie informacji nie wymaga dodatkowych zabiegów po stronie podmiotu zobligowanego w postaci wyszukiwania i po drugie, z uwagi na niespodziewane stany nadzwyczajne; (3) dostęp do publicznie jawnych wykazów danych o dokumentach prowadzonych przez organy właściwe do prowadzenia postępowań, w ramach których, lub wskutek których, były sporządzane owe dokumenty. W myśl ustawy przeglądanie i wyszukiwanie informacji zawartych w publicznym wykazie, dokonywane w siedzibie organu administracyjnego w celu wzmocnienia powszechności i łatwości dostępu, jest zwolnione z jakichkolwiek opłat, które mogłyby stanowić dochód budżetu państwa. Niemniej jednak, jeżeli wyszukiwanie, przekształcenie, udostępnienie, sporządzenie kopii dokumentów lub danych oraz przesłanie ich pociąga za sobą działanie organu, wówczas pobiera on opłatę w wysokości odpowiadającej jego uzasadnionym kosztom. Publicznie dostępne wykazy są prowadzone w formie elektronicznej przez organy administracji publicznej właściwe w sprawach ujawniania ściśle określonych danych. Co istotne, prowadzenie wykazów i udostępnianie w Biuletynie Informacji Publicznej tego rodzaju wiedzy, stanowi obowiązek informacyjny określonego prawnie podmiotu.

u.d.i.ś. Z jednej bowiem strony, występuje typowy podmiot zobowiązany (organ administracji publicznej), z drugiej zaś, podmiot prywatny. Uwidacznia się to w szczególności na gruncie ust. 3 art. 28 u.ins.ochr.środ., który stanowi o przekazywaniu zaświadczenia zawierającego dane o przekroczeniach dopuszczalnych stężeń szkodliwych substancji zanieczyszczających powietrze i wodę producentowi, zamierzającemu prowadzić ekologiczne gospodarstwo rolne. Co istotne, trzeba podkreślić, że jest to szczególny sposób realizacji zobowiązania informacyjnego na płaszczyźnie informowania o środowisku, bowiem posługujący się szczególnym narzędziem procesu udostępnienia. Odnosząc się z kolei do aspektu ochrony interesu prawnego jednostki, a ściślej mówiąc do ustalenia, czy tego rodzaju realizacji ochrony interesu jednostki można upatrywać na płaszczyźnie omawianej procedury udostępnienia wiedzy o środowisku, należy wskazać, że owszem jest to możliwe, ale jedynie w kontekście samej gwarancji istnienia tego rodzaju formy udostępnienia, nie zaś samego uprawnienia do roszczenia jakie mogłoby być skierowane do podmiotu zobowiązanego. Ponadto, warto również zauważyć, że sama służebność względem wykazywania dbałości o dobro jednostki nie budzi wątpliwości na omawianej płaszczyźnie. Stopień uświadomienia jednostek w zakresie wiedzy o istniejącym środowisku, w którym przyszło im egzystować, odgrywa istotne znaczenie nie tylko dla nich samych, żyjących w danym miejscu i w danym czasie, ale również z uwagi na mniej lub bardziej odległą przyszłość. Ponadto, należy w tym miejscu upatrywać korzyści z punktu widzenia samej jednostki, jak również całego społeczeństwa. A zatem sam fakt tego rodzaju udostępniania można utożsamiać w kontekście ochrony interesu zbiorowego całego społeczeństwa.

Reasumując przedstawione powyżej rozważania, należy podkreślić, że zasób danych o stanie środowiska niewątpliwie można potraktować jako informacje pożądane społecznie. One wzbudzają, bądź też powinny wzbudzać, zainteresowanie wszystkich członków społeczeństwa. Powinny docierać do ich świadomości i chronić przed podejmowaniem tych działań, które mogą w przyszłości okazać się niewłaściwymi dla nich samych, bądź też dla przyszłych pokoleń, którym dopiero przyjdzie egzystować w niniejszym otoczeniu.

Szczególny przypadek wskazujący na realizację procesu udostępniania informacji publicznej został również zawarty na gruncie przepisów ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych<sup>27</sup> (dalej zw. u.o.bez.p.im.mas.). W jej ramach ustawodawca koncentruje się na problematyce, która jest powiązana ze sprawami zapewniania bezpieczeństwa imprez o charakterze artystyczno-rozrywkowym, sportowym nie wykluczając w tym miejscu również odbywania się meczów piłki nożnej<sup>28</sup>. Całość zagadnienia określonego na jej płaszczyźnie wyraźnie pokazuje dążenie ustawodawcy do zapewnienia ochrony i bezpieczeństwa jednostce w sytuacji szczególnej, jaką jest impreza kulturalna. Na wyjątkową uwagę w tym aspekcie zasługuje zespół obowiązków spoczywających na podmiocie zwanym organizatorem imprezy. Chodzi w tym wypadku m. in. o obligatoryjność zapewnienia służb publicznych, ustalenie programu imprezy, zasięgnięcie opinii inspektora sanitarnego oraz ustalenie i, co istotne, ogłoszenie stosownych informacji. Ich istnienie, a w szczególności warunkowość ich wypełnienia jako zasadniczych przesłanek dla

27 Dz. U. z 2013 r., poz. 611 wraz z późn. zm.

28 Zob. też: E. E. Ura, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2007, s. 56 i n.

odbycia się imprezy, bez wątplenia potwierdza dbałość o obywateli, którzy z racji uczestnictwa w przedmiotowym wydarzeniu kulturalno-artystycznym znajdują się w sytuacji szczególnej. Co istotne, niniejsza sytuacja zasługuje na wyróżnienie, albowiem wymaga ona szczególnego działania ze strony organów administracji (jako podmiotów decyzyjnych w tym aspekcie) i funkcjonariuszy tzw. służb policyjnych. Należy podkreślić, że w całościakcie obowiązków jakie spoczywają na podmiocie określanym mianem organizatora, znaczące miejsce zajmuje uprzednio już wskazana obligatoryjność ogłoszenia regulaminu. Zgodnie z treścią art. 6 ust. 3 organizator jest zobowiązany do opracowania i udostępnienia osobom uczestniczącym w imprezie masowej regulaminów dwójakiego rodzaju. Chodzi w tym wypadku o regulamin obiektu (terenu) oraz regulamin samej imprezy zawierający w swej treści warunki uczestnictwa i zasady zachowania się osób w niej obecnych. W powyższym zapisie pojawia się kwestia procesu udostępnienia, z tym jednak że w konfrontacji z regulacjami ogólnymi u.d.i.p. zachodzi wątpliwość, czy ze względu na swoisty charakter tego rodzaju proces może być w ogóle interpretowany w kategoriach dostępu, o którym mowa w niniejszych rozważaniach. Celem dokonania analizy niniejszego zagadnienia na gruncie u.o.bezp.im.mas., należy zwrócić uwagę na zasadnicze kwestie o charakterze podmiotowym i przedmiotowym. Przede wszystkim należy rozpocząć od analizy kategorii podmiotu zobowiązanego występującego w tym konkretnym przypadku. Niewątpliwie na gruncie regulacji u.o.bezp.im.mas jest nim podmiot bliżej niedookreślony. Ustawodawca wprawdzie wielokrotnie posługuje się pojęciem organizatora, bez jednoczesnego wyraźnego wskazania jakiego rodzaju podmiot kryje się pod niniejszym określeniem<sup>29</sup>. W tym świetle można by domniemywać, że ustawodawca nie wprowadził zakazu, aby tego rodzaju podmiotem był także podmiot publiczny. Dodatkowo warto zauważyć, że zarówno organizację, jak i samo odbycie się tego rodzaju imprezy (w zależności od jej charakteru), można również rozpatrywać w kontekście działań sprowadzających się do upowszechniania i rozwoju kultury, nauki czy też sportu. Sam zaś aspekt podmiotowy nie wyczerpuje wszystkich wątpliwości interpretacyjnych w przedmiocie dostępu do informacji publicznej. Dominujące znaczenie ma tu przede wszystkim kwestia samej treści czy inaczej mówiąc kategoryzacji przedmiotowej informacji. Pojawia się zatem pytanie, czy biorąc pod uwagę treść regulaminu objętego obowiązkiem udostępnienia przez organizatora, można w ogóle mówić o istnieniu informacji publicznej, nawet wówczas gdyby organizatorem był podmiot publiczny realizujący zadanie publiczne w zakresie działalności związanej z rozwojem kultury czy też sportu. Co istotne, odpowiedź może być jedynie przecząca. Informacje zawarte w tego rodzaju regulaminie nie mogą być utożsamiane z informacjami o sprawach publicznych. A zatem w obliczu przedstawionych spostrzeżeń należy uznać za właściwe odrzucenie domniemania o istnieniu realizacji elementów dostępu do informacji publicznej na gruncie interpretowanego zapisu. Udostępnianie wprawdzie występuje, ale ono nie odnosi się do wiedzy o znamionach publicznej, a zatem w żadnym stopniu nie wykazuje powiązania z regulacjami u.d.i.p. Jednakże warto na zakończenie nadmienić, że brak przedmiotowego dostępu do informacji publicznej nie jest równoznaczny z brakiem występowania elementów ochrony interesu prawnego jednostki na przedstawionej

29 Ustawodawca wskazuje jedynie, że organizatorem może być osoba fizyczna, osoba prawna, jak również jednostka nieposiadająca osobowości prawnej, która przeprowadza imprezę masową – zob. art. 3 ust. 9 u.o.bezp.im.mas (Dz. U. z 2013 r., poz. 611 wraz z późn. zm.).

plaszczyźnie. Nie sposób bowiem odmówić samemu obowiązkowi tworzenia tego rodzaju regulaminu oraz omawianemu procesowi udostępniania tego rodzaju „dokumentacji” znaczenia z punktu widzenia wykazywania dbałości o bezpieczeństwo jednostek – uczestników imprezy. Umożliwienie zaznajomienia się z ich treścią daje wiedzę niezbędną w sytuacjach zagrożenia, np. w sytuacji wybuchu pożaru wskazując m. in. drogi ewakuacyjne w budynku bądź też drogi wyjścia na terenie otwartym, na którym impreza masowa ma miejsce.

Kolejnym przykładem działalności administracji publicznej realizowanej w sytuacjach szczególnych jest aktywność mająca na celu zapobieganie i zwalczanie chorób zakaźnych. Co istotne, pomimo zachodzącego rozwoju medycyny, choroby zakaźne nadal stanowią doniosły problem. Trzeba bowiem nadmienić, że pojawiają się nowe szczepy wirusów, nowe choroby, które wciąż trudno zwalczyć. Ze względu na swoją masowość rozprzestrzeniania się, okres ich trwania i następstwa jakie za sobą pociągają, wyrządzają one społeczeństwu i samemu państwu znaczące szkody. Z tego też względu tak ważnym jest uregulowanie zespołu działań podmiotów władzy publicznej, mających na celu przeciwdziałanie ich pojawianiu się oraz całokształtu zachowań prowadzących do ich wyeliminowania w stopniu zupełnym lub wystarczającym dla normalnego funkcjonowania państwa. Sam aspekt chorób zakaźnych może być rozpatrywany na różnego rodzaju płaszczyznach, gdzie płaszczyzna medyczna i międzynarodowa należą do najważniejszych<sup>30</sup>. Niemniej jednak, z punktu widzenia prowadzonych rozważań istotne znaczenie posiada sam kontekst administracyjnoprawny związany z prowadzonymi działaniami podmiotów władzy publicznej. Co więcej, ściśle nakierowany na występowanie w ich ramach aspektów dostępu do informacji publicznej.

Regulacje dotyczące problematyki chorób zakaźnych i zakażeń ewoluowały na przestrzeni czasu i ostatecznie ich dopełnieniem stała się ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi<sup>31</sup> (dalej zw. u.zw.zapob.chor.zakaż.)<sup>32</sup>. Ona w swej treści określa m. in. zadania organów administracji publicznej w zakresie zapobiegania oraz zwalczania zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Innymi słowy definiuje podejmowanie tych działań, które w decydującym stopniu są prowadzone na rzecz szeroko rozumianego interesu publicznego – interesu ogółu społeczeństwa, ale i również każdego obywatela z osobna jeśli chodzi o zapewnienie ochrony ich zdrowia. Co istotne to właśnie na tle tego rodzaju działań można doszukać się występowania znamion procesu dostępu do informacji. Jednym z podmiotów, którego właściwość rzeczowa sprowadza się do rozpoznawania zagrożeń epidemiologicznych oraz zwalczania chorób zakaźnych i zakażeń jest Główny Inspektor Sanitarny. On jako organ władzy publicznej realizując określone w art. 31 u.zw.zapob.chor.zakaż. zobowiązanie w zakresie sporządzenia, a przede wszystkim publikacji krajowych raportów liczbowych o zarejestrowanych zakażeniach, chorobach, zgonach na zakażenia i choroby zakaźne w związku z art. 6 ust.1

30 Por. Z. Leoński, *Materialne prawo...*, op. cit., s. 223.

31 Dz. U. z 2008 r., nr 234, poz. 1540 wraz z późn. zm.

32 Uzupełnieniem przedstawionych powyżej uregulowań są następujące akty, a mianowicie: ustawa z dnia 14 marca 1985 r. o Państwowej Inspekcji Sanitarnej (Dz. U. z 2010 r., nr 112, poz. 744 wraz z późn. zm.), ustawa z dnia 10 grudnia 2003 r. o kontroli weterynaryjnej w handlu (Dz. U. z 2004 r., nr 16, poz. 145 wraz z późn. zm.) oraz ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. o Inspekcji Weterynaryjnej (Dz. U. z 2010 r., nr 112, poz. 744 wraz z późn. zm.).



pkt. 4 realizuje obowiązek informacyjny. Co ważne, przybiera on postać oficjalnego wystąpienia podmiotu władzy publicznej, w którym dochodzi do przedstawienia oceny sytuacji sanitarno-epidemiologicznej państwa. Poziom uświadomienia społeczeństwa w omawianym przedmiocie, będący między innymi efektem należytego wykonania przedstawionego obowiązku, stanowi element całości kształtu informacji publicznych, jakie jednostka może uzyskać od podmiotów realizujących zadania publiczne. Świadomość istniejącego stanu rzeczy, istniejącego zagrożenia i działań jakie są podejmowane w celu jego usunięcia, bezwzględnie wpływa na poczucie bezpieczeństwa. Na tej podstawie należy domniemywać, że dostarczenie tego rodzaju informacji, pożądaných przez jednostki żyjące w danym państwie i w danym czasie, a wypełniające znamiona dostępu do informacji publicznej, odgrywa istotne znaczenie w procesie ochrony interesu prawnego jednostki. Jest to dostrzegalne pomimo braku konkretnego wskazania ze strony ustawodawcy, przy użyciu jakich środków i jakich sposobów odbywa się owa publikacja. Niemniej jednak trzeba wskazać, że samo jej znaczenie wyrasta z istoty upubliczniania informacji – procesu niewątpliwie powiązanego z dostarczaniem wiedzy oczekiwanej w danym miejscu i w danym czasie, która to wiedza jest istotna z uwagi na aktualną sytuację społeczną w państwie. Ponadto w art. 44 ust. 1 oraz w ust. 6 u.zw.zapob.chor.zakaż. ustawodawca zwraca również uwagę na zobowiązanie Wojewody dotyczące sporządzenia wojewódzkiego planu działania na wypadek wystąpienia epidemii, a następnie upublicznienia wiadomości zawartych w jego treści. Zgodnie z treścią wskazanej regulacji jest on sporządzany na okres 3 lat w celu zapewnienia skuteczności działań podmiotów władzy publicznej w zakresie ochrony zdrowia publicznego. Biorąc pod uwagę art. 6 ust. 1 u.d.i.p plan, o którym mowa, z jednej strony można zakwalifikować do grupy tzw. informacji o zamierzeniach działań władzy wykonawczej w tym konkretnym przedmiocie, a z drugiej strony do kategorii tzw. danych publicznych (ściślej mówiąc jako treść wystąpienia podmiotu władzy publicznej), co niewątpliwie potwierdza stanowisko o posiadaniu charakteru informacji publicznej podlegającej udostępnieniu. Co istotne, w tym wypadku ustawodawca w pewnym sensie określa formę, przy pomocy której ma być zrealizowane zobowiązanie informacyjne podmiotu. Ustawodawca posługując się określeniem „w szczególności”, wskazuje, że to właśnie publikacja w Biuletynie Informacji Publicznej (BIP) – publikatorze w formie elektronicznej – stanowi podstawowy sposób udostępniania informacji zawartych w planie działania w związku z zaistniałą epidemią. Ponadto trzeba zauważyć, że jednocześnie nie zakazuje on użycia innych form realizacji omawianego procesu, jakie są prawnie dopuszczalne w tym przedmiocie. Na tej podstawie należy domniemywać dodatkowego ustawowego podkreślenia znaczenia BIP, jako środka najlepiej, a w szczególności najszybciej, realizującego cel informacyjny, co jest wyjątkowo ważne z uwagi na zawartą treść merytoryczną publikowanej wiedzy. Na zakończenie warto również nadmienić, że ustawodawca w przedstawionym zapisie wyraźnie zwraca uwagę na wyłączenie danych osobowych z treści informacji objętych procesem udostępnienia. Co istotne, niniejszy zapis nie budzi żadnych wątpliwości, a wręcz przeciwnie, stanowi powielenie regulacji ogólnych występujących w tym zakresie. Ograniczenie udostępniania danych osobowych wynika bowiem już z samych regulacji u.d.i.p. W obliczu niniejszego można stwierdzić, że przyjęcie dodatkowego stanowienia o ich „wykluczeniu”, należy rozpatrywać w kategoriach szczególnego podkreślenia jego znaczenia, co zresztą nie jest zjawiskiem zaskakującym, choćby z racji istniejącego



założenia o realizacji funkcji ochronnej względem jednostki. Udostępnienie informacji ze względu na potrzeby jednej jednostki, nie może prowadzić do naruszenia interesów innego podmiotu, albowiem wówczas dochodziłoby do wypaczenia roli jaka została przypisana omawianemu procesowi.

Ostatnia część regulacji prawnych odnoszących się do działań organów administracji publicznej, określanych mianem policji administracyjnej, obejmuje swym zakresem zagadnienie tzw. stanów nadzwyczajnych. Ustawa zasadnicza wprowadzając tego rodzaju pojęcie, odnosi się do występowania sytuacji trojakiiego rodzaju. W ramach tej grupy należy wymienić: stan wyjątkowy, stan wojenny oraz stan klęski żywiołowej. Sama dopuszczalność ich ustanowienia wynika z aktu nadzrędnego, tj. z Konstytucji RP. Co istotne, w tym aspekcie posiadają one wspólną cechę, a mianowicie są wprowadzane treścią rozporządzeń, które niezależnie od ich ogłoszenia w dzienniku urzędowym – w Dzienniku Ustaw – podlegają dalszemu upublicznieniu w drodze podania do publicznej wiadomości. Co ważne, to właśnie te regulacje odnoszące się do kwestii podawania do publicznej wiadomości, stanowią nawiązanie do przedmiotowego procesu udostępniania informacji publicznej<sup>33</sup>. Niemniej jednak, będąc aktem prawnym, nie podlegają ogłoszeniu w myśl regulacji u.d.i.p, lecz są udostępniane w trybie ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych<sup>34</sup> (u.o.a.n).

Każdy z przedstawionych stanów znajduje swoje szczegółowe odzwierciedlenie w odrębnych regulacjach rangi ustawy. Chodzi w tym wypadku o ustawę z dnia 21 czerwca 2002 r. o stanie wyjątkowym<sup>35</sup> dalej zw. u.st.wyj., o ustawę z dnia 29 sierpnia 2002 r. o stanie wojennym oraz o kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i zasadach podległości konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej Polskiej<sup>36</sup> dalej zw. u.st.woj. oraz o ustawę z dnia 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej<sup>37</sup> dalej zw. u.st.kłęs.żyw.

Co istotne, z punktu widzenia prowadzonych rozważań na szczególną uwagę zasługują uregulowania zawarte w u.st.kłęs.żyw. W myśl art. 1 oraz art. 2 u.st.kłęs.żyw. ustawodawca określa tryb wprowadzenia i zniesienia stanu klęski żywiołowej, celem zapobieżenia skutkom katastrof naturalnych, awarii technicznych. Reguluje również zasady działania organów administracji publicznej oraz zakres ograniczeń wolności i praw człowieka, które mogą być wprowadzone w tym oto szczególnym okresie, w jakim znalazło się państwo lub jego wyodrębniona część. W oparciu o powyżej przedstawiony zapis można domniemywać istnienia realizacji ochrony interesu pewnej grupy obywateli, co zawiera się w samym jej ustanowieniu. Już bowiem z jej początkowej treści wynika zainteresowanie jednostką (w ujęciu ogólnym) i dążenie do jej ochrony przed zagrożeniami jakie mogą być następstwem sytuacji

33 Zgodnie z treścią art. 4 ust. 3 u.st.wyj. oraz art. 4 ust. 3 u.st.woj., jak również adekwatnie do art. 5 ust. 3 u.st.kłęs.żyw. rozporządzenia o wprowadzeniu stanów nadzwyczajnych oraz inne akty prawne ich dotyczące, podlegają podaniu do publicznej wiadomości w drodze obwieszczenia wydawanego przez właściwego miejscowo Wojewodę, poprzez rozplakotowanie w miejscach publicznych, jak również w inny sposób zwyczajowo przyjęty na danym obszarze, na danym terytorium państwa.

34 Dz. U. z 2011 r., nr 197, poz. 1172 wraz z późn. zm.

35 Dz. U. z 2002 r., nr 113, poz. 985 wraz z późn. zm.

36 Dz. U. z 2002 r., nr 156, poz. 1301 wraz z późn. zm.

37 Dz. U. z 2002 r., nr 62, poz. 558 wraz z późn. zm.

szczególnej określanej mianem stanu klęski żywiołowej. Co istotnie, pozornie mogłoby się wydawać, że wręcz przeciwnie skoro stan szczególny pociąga za sobą pewnego rodzaju zobowiązania i ograniczenia ze strony państwa, które mogą znacząco wpływać na zmianę dotychczasowego trybu życia jednostki, o żadnej ochronie nie może być mowy w tym kontekście. Niemniej jednak, z przeciwnej strony w tym konkretnym przypadku należy postrzegać regulacje nie tylko w sposób całościowy, ale również przez pryzmat samego ich adresata oraz w oparciu o cel jakiemu mają one służyć. Wprowadzanie bowiem zobowiązań i ograniczeń, które są odczuwalne w sposób indywidualny, ma służyć ochronie interesów w ujęciu całościowym, jako interesów pewnej zbiorowości ludzkiej dotkniętej w danym miejscu i w danym czasie określonego rodzaju sytuacją szczególną. Na tej płaszczyźnie można pokusić się o zastosowanie podejścia wobec całokształtu regulacji, o których mowa, jako tego rodzaju uregulowań, które realizują zbiorową ochronę interesu jednostki (interesu określonej zbiorowości). Co więcej, w ich treści warto dokonać wyróżnienia zapisu istotnego z punktu widzenia podstawowych rozważań prowadzonych w niniejszym opracowaniu. Chodzi w tym wypadku o uregulowanie zawarte w art. 26 u.st.kłes. żyw. Wskazuje ono bowiem na proces udostępniania informacji, przy jednoczesnym wyróżnieniu szczególnej formy jego realizacji. Zgodnie z jego treścią, redaktorzy naczelni dzienników oraz nadawcy programów telewizyjnych mają obowiązek (na żądanie ustawowo określonego organu władzy), do nieodpłatnego i jednocześnie niezwłocznego publikowania lub zamieszczania komunikatów tych oto organów, które są związane z działaniami realizowanymi w celu zapobieżenia skutkom klęski żywiołowej lub z czynnościami podejmowanymi dla ich usunięcia. Co jednak istotne, niniejsza regulacja pomimo braku szczególnego skomplikowania swej treści nie uwidacznia w sposób bezpośredni istnienia elementu procesu udostępniania informacji publicznej. Ustawodawca stanowi o publikacji i zamieszczaniu komunikatów, w żadnym miejscu nie posługując się określeniem dostępu, ani nawet pojęciem informacji publicznej. Niemniej jednak, analizując zawartość znaczeniową tego rodzaju „dokumentacji” w powiązaniu z art. 6 ust. 1 pkt.1 u.d.i.p., można im przypisać status informacji publicznej, albowiem tego rodzaju wiedza określa „zamierzenia działań władzy ustawodawczej oraz wykonawczej” w sytuacji zagrażającej życiu obywateli. A zatem, zawierający się w ich treści przekaz skierowany do obywateli, skoncentrowany jest na przyszłej realizacji zadań o charakterze publicznym, bo podejmowanych na rzecz obywateli i z myślą o zaspokajaniu potrzeb obywatelskich. Co więcej, w tym konkretnym przypadku mowa jest o działaniach sprowadzających się do ochrony życia i zdrowia jednostek. Ponadto obok aspektu przedmiotowego trzeba zwrócić uwagę również na odmienność płaszczyzny podmiotowej, w szczególności przejawiającej się w pierwotnym i wtórnym posiadaniu wiedzy, która podlega udostępnieniu. W świetle bowiem przedstawionego zapisu informacje podlegające „ogłoszeniu” pochodzą od podmiotów władzy publicznej, które traktując środki masowego przekazu jako pewnego rodzaju narzędzie działania, realizują proces dostępu do informacji publicznej. A zatem, o ile na gruncie u.d.i.p. proces dostępu podlega realizacji w drodze zamieszczenia informacji przy użyciu Biuletynu Informacji Publicznej, o tyle na omawianej płaszczyźnie jego realizacja następuje poprzez ogłoszenie stosownych komunikatów w prasie lub przy pomocy audycji telewizyjnej. W myśl powyższego trzeba zauważyć, że samo określenie form realizacji udostępnienia informacji, nie powieła rozwiązań przyjętych w regulacjach o charakterze ogólnym (u.d.i.p.). Co więcej,

sama zawartość merytoryczna u.st.kłęs.żyw. również nie zawiera jednoznacznego określenia w tym przedmiocie. Niewątpliwie jednak posłużenie się kategorią „redaktorów i nadawców programów” (przy jednoczesnym postrzeganiu tej grupy jako pośrednich pomiotów zobowiązanych), umożliwia identyfikowanie w tym przypadku procesu udostępniania informacji publicznej. Procesu o szczególnych charakterze, albowiem realizowanego przy pomocy środków masowego przekazu, tj. poprzez publikacje w prasie lub poprzez emisję stosownego ogłoszenia w radio lub telewizji. Nie bez znaczenia pozostaje w tym wypadku ustawowo wyróżnione żądanie organu administracji publicznej inicjujące cały proces upublicznienia przedmiotowych komunikatów. Chodzi w tym wypadku o żądanie ministra ds. administracji publicznej, wojewody, starosty, wójtów, burmistrzów prezydentów miast. Niewątpliwie fakt jego istnienia uwidacznia występowanie „właściwych” podmiotów zobowiązanych informacyjnie<sup>38</sup>.

Co istotne, w świetle dotychczasowych rozważań zaprezentowane przez ustawodawcę sposoby realizacji zobowiązania informacyjnego stanowią pewnego rodzaju *wyjątkowość* i to zarówno w aspekcie wykorzystywania podmiotów prywatnych dla realizacji obowiązku spoczywającego na podmiotach władzy publicznej, jak i w zakresie samych form realizacji dostępu. Ponadto warto podkreślić, że niezależnie od przedstawionych odmienności w zakresie realizacji procesu udostępniania informacji, istnienie ochrony interesu nie budzi żadnych wątpliwości. Inną sprawą natomiast jest konkretne wskazanie o ochronie, jakich interesów w ogóle może być mowa w tym zakresie. Publikację, czy też ogłaszanie komunikatów, mające na celu uświadomienie obywateli o poziomie zagrożenia oraz o działaniach podejmowanych dla zapewnienia ich ochrony, bezkonkurencyjnie należy upatrywać w kategoriach ochrony interesu wszystkich jednostek. W tym konkretnym przypadku można by upatrywać pewnego rodzaju zależności, albowiem ilość adresatów do których skierowane są wspomniane powyżej komunikaty, jest zdeterminowana stopniem i zakresem jaki obejmuje omawiany w tym miejscu stan nadzwyczajny państwa. Z drugiej jednak strony, mimo iż ustawodawca nie wyklucza „konkretnego” skierowania danego procesu udostępnienia w praktyce, nie ma możliwości, aby dotyczył on wyłącznie indywidualnych podmiotów.

Współcześnie dostęp do informacji publicznej jako pewnego rodzaju instytucja prawna stanowi nie tylko warunek istnienia demokratycznego państwa prawa, ale przede wszystkim jest sprawnym narzędziem realizacji licznych uprawnień

38 Co istotne, trzeba nadmienić, że adekwatnie do przedstawionych powyżej rozważań, ten sam ustawodawca nakłada tego rodzaju zobowiązanie na redaktorów naczelnych dzienników oraz nadawców programów radiowych i telewizyjnych w związku z wprowadzonym stanem wyjątkowym. Chodzi w tym wypadku o ogłaszanie na żądanie organów administracji publicznej komunikatów, decyzji, postanowień związanych z obronnością państwa i z bezpieczeństwem obywateli – zob. art. 30 u.st.wyj. (Dz. U. z 2002 r., nr 113, poz. 985 wraz z późn. zm.). W ten sposób ustawodawca przedstawia realizację procesu dostępu do informacji publicznej, podając przy tym konkretne formy przy pomocy których on następuje. Bez wątpienia sam fakt podania do publicznej wiadomości informacji o wprowadzeniu określonego stanu nadzwyczajnego, o zagrożeniach jakie mogą wówczas grozić jednostce i podejmowanych działaniach celem ich usunięcia, wypełnia przesłanki spełniania funkcji ochronnej interesów względem określonej zbiorowości ludzkiej, jak i interesów poszczególnych jego członków, nawet jeśli nie jest dokonywany w oparciu o procedurę zawartą w u.d.i.p. i nie dotyczy ściśle określonych jednostek.

obywatelskich. Uwidacznia się to wyraźniej wówczas, gdy w grę wchodzi udostępnianie przy użyciu środków tzw. nowej technologii, które już w swoim założeniu mają ułatwiać i przyspieszać uzyskanie wiedzy objętej oczekiwaniami informacyjnymi jednostki. Zatem dokładne określenie, kiedy powszechne prawo do informacji przysługuje, jaką grupę spraw obejmuje swoim zakresem, jak również precyzyjne ustalenie sposobów jego realizacji zarówno na gruncie regulacji ogólnych, jak i na płaszczyźnie konkretnych dziedzin administracji publicznej, stanowi podstawę do należytego wprowadzania w życie niniejszego uprawnienia.

Jak wynika z przedstawionej powyżej analizy, całokształt aspektów związanych z realizacją ochrony interesu informacyjnego na płaszczyźnie dostępu do informacji w regulacjach poświęconym tzw. policji administracyjnej jest zróżnicowany. W jego ramach można doszukiwać się występowania rozmaitych form i środków udostępnienia zarówno informacji publicznych jak i również takich danych, które nie posiadają właściwości publicznych i powszechnych. Niewątpliwie analizując zakres omówionych powyżej regulacji należy wskazać na występowanie elementów trojakiemu rodzaju. Po pierwsze, należy wyróżnić te elementy i instrumenty, które są typowe dla omawianego procesu udostępniania informacji publicznych, z tym jednak, że podlegają one uszczegółowieniu na gruncie niniejszych regulacji administracyjnego prawa materialnego. Z tego też tytułu m. in. na gruncie przedstawionych regulacji pojawia się kwestia mniej lub bardziej wyróżnionych odesłań do uregulowań zawartych w u.d.i.p. Z drugiej strony, na uwagę zasługują także te konstrukcje prawne, które nie stanowią powielenia regulacji ogólnych i które jako takie tworzą wyraźny katalog szczególny, np. występująca konstrukcja zaświadczenia. Z kolei trzecią grupę tworzą te elementy i konstrukcje, które jedynie pozornie nawiązują do procesu udostępnienia w trybie u.d.i.p., albowiem nie spełniając przesłanek pojęcia informacji publicznej jako informacji o sprawach publicznych, eliminują tego rodzaju kwalifikację i istnienie przedmiotowego procesu. Niezależnie jednak od występującej konfiguracji, niezależnie od rodzaju, czy też od przyjętej formy, cel niniejszych środków i konstrukcji jest wspólny. Chodzi bowiem o zapewnienie powszechnej możliwości zaznajomienia się z informacjami, których jednostki oczekują, a które są im niezbędne m. in. w celu realizacji innych uprawnień obywatelskich.

Angieszka Duda  
Michał Kiełb

# Kontrowersje wokół zwolnienia pracownika od pracy z tytułu „ślubu”

---

## Controversies about Special Leave on “Wedding”

*The article analyses the widespread in legal practice thesis claiming that in accordance with the Ordinance of the Minister of Labour and Social Policy of 15 May 1996 on the manner of justifying an absence at work and releasing employees from work, the leave from work on “wedding” applies only in the case of a civil wedding, thus not the church wedding or monastic vows. Unfortunately, authors presenting such view do not provide any argument that would justify the above thesis. Consequently, the article tries to determine whether such claim is justifiable in the light of directives of interpretation indicated in the literature and widely used in legal practice. The conclusion drawn from the analysis undermines the common approach.*

---

**Angieszka Duda**

*magister prawa*

**Michał Kiełb**

*magister prawa*

### 1. Wstęp

Praktyka prawnicza zna cały szereg przypadków, w których regulacje prawne od lat stosowane według utartych schematów i przez to uznawane za oczywiste, jasne i jednoznaczne, przestają być takimi, jeśli tylko bliżej im się przyjrzeć i zadać pytanie o uzasadnienie dla takiego czy innego sposobu ich postrzegania. Do przypadków tego typu można zaliczyć postanowienia rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 15 maja 1996 r. w sprawie sposobu usprawiedliwiania nieobecności w pracy oraz udzielania pracownikom zwolnień od pracy, w zakresie w jakim przyznają one pracownikowi zwolnienie

od pracy z tytułu ślubu<sup>1</sup>. Wątpliwości te dotyczą głównie kwestii interpretacyjnych i sprowadzają się do ustalenia znaczenia pojęcia, które na pozór wydawać się może jasne i oczywiste, tj. pojęcia „ślub”.

Na tle powołanej regulacji przede wszystkim nasuwa się pytanie, jaka kategoria ślubu uprawnia do skorzystania z przewidzianego na jej podstawie zwolnienia od pracy, powszechnie określanego mianem „urlopu okolicznościowego”. Powołane rozporządzenie przyznaje bowiem pracownikowi prawo do zwolnienia od pracy z tytułu „ślubu”, nie definiując jednocześnie tego pojęcia. Kwestia ta tym bardziej nastrocza wątpliwości, jeśli weźmie się pod uwagę, że pojęcie to zostało wprowadzone do języka prawnego stosunkowo niedawno, tj. na mocy wyżej wymienionego rozporządzenia oraz uwzględni się, że w polskim ustawodawstwie w ogóle nie istnieje definicja legalna pojęcia „ślub”. Wątpliwości tych nie usuwa również samo odwołanie się do znaczenia wyżej wymienionego pojęcia w języku polskim. Na gruncie języka polskiego słowo „ślub” używane jest bowiem dla oznaczenia wstąpienia w związek małżeński zarówno o charakterze cywilnym jak i kościelnym. Nierzadko też mówimy o ślubach zakonnych.

Na tle powyższych rozbieżności znaczeniowych rodzi się zatem pytanie, które w praktyce sprowadza się do tego, czy pracodawca obowiązany jest udzielić pracownikowi zwolnienia od pracy wyłącznie z tytułu ślubu cywilnego czy też kościelnego, konkordatowego, a może również z tytułu ślubów zakonnych?

Podjmując się wyjaśnienia tych wątpliwości, w pierwszej kolejności zostanie omówiona podstawa prawna udzielania pracownikowi zwolnienia od pracy, zawarta w rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 15 maja 1996 r. w sprawie sposobu usprawiedliwiania nieobecności w pracy oraz udzielania pracownikom zwolnień od pracy. W dalszej zaś części poddane zostanie weryfikacji często spotykane w praktyce stanowisko, zgodnie z którym zwolnienie od pracy, o którym mowa, ograniczone jest wyłącznie do zawarcia przez pracownika lub członka jego rodziny tzw. ślubu cywilnego.

## 2. Podstawa prawna udzielenia pracownikowi zwolnienia od pracy z tytułu ślubu

Wskazane powyżej rozporządzenie, stanowiące realizację delegacji ustawowej zawartej w art. 298<sup>2</sup> ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy<sup>2</sup>, wskazuje na przyczyny usprawiedliwiające nieobecność pracownika w pracy oraz na zakres zobowiązania pracodawcy do zwolnienia pracownika od pracy, w przypadkach wyraźnie w nim wskazanych. Przyczynami usprawiedliwiającymi nieobecność pracownika w pracy są:

1. zdarzenia i okoliczności określone przepisami prawa pracy, które uniemożliwiają stawienie się pracownika do pracy i jej świadczenie, a także
2. inne przypadki niemożności wykonywania pracy wskazane przez pracownika i uznane przez pracodawcę za usprawiedliwiające nieobecność w pracy (zgodnie z § 1 ww. rozporządzenia, Rozdział 1).

---

1 Dz. U. z 1996 r. nr 60, poz. 281 z późn.zm.

2 Dz. U. z 2012 r., poz. 404 t.j. z późn.zm.

Będąc zaś przedmiotem naszego zainteresowania zwolnienie pracownika od pracy z tytułu ślubu, zostało uregulowane w § 15 powołanego rozporządzenia. Zgodnie z powołanym przepisem pracodawca jest obowiązany zwolnić pracownika od pracy na czas obejmujący:

1. 2 dni – w razie ślubu pracownika (...)
2. 1 dzień – w razie ślubu dziecka pracownika (...).

W § 15 wyżej wymienionego rozporządzenia został wyraźnie sformułowany obligatoryjny charakter zachowania pracodawcy w określonej przepisami prawa sytuacji. Ustawodawca wskazał na okoliczności, w których pracodawca jest zobowiązany zwolnić od pracy pracownika. Nie ma zatem mowy o swobodnym uznaniu pracodawcy w zakresie udzielenia pracownikowi takiego zwolnienia<sup>3</sup>. Pracownik zaś, by skorzystać z przysługującego mu prawa do zwolnienia, zobowiązany jest do wykazania przed pracodawcą, że zaistniała okoliczność uprawniająca go do skorzystania z tego uprawnienia. Uczynić to powinien poprzez dostarczenie pracodawcy dokumentu lub dokumentów, które potwierdzą zaistnienie zdarzenia stanowiącego podstawę zwolnienia<sup>4</sup>. Niewątpliwie dokumentem takim będzie:

- akt małżeństwa sporządzony w trybie i na zasadach art. 16–27 ustawy z dnia 29 września 1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego<sup>5</sup>,
- zaświadczenie o wstąpieniu w związek małżeński wydawane przez duchownego.

Czy również inne dokumenty mogą stanowić podstawę do udzielenia zwolnienia od pracy, uzależnione jest z kolei od rozstrzygnięcia podstawowej w tej mierze kwestii, tj. jakie kategorie ślubu objęte są hipotezą § 15 omawianego rozporządzenia?

### **3. Stanowisko praktyki**

Na tle powołanej wyżej regulacji w praktyce prawniczej rozpowszechniło się stanowisko, zgodnie z którym zwolnienie od pracy z tytułu ślubu jest ograniczone wyłącznie do zawarcia przez pracownika lub członka jego rodziny tzw. ślubu cywilnego, tj. wstąpienia w związek małżeński, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Niestety, wypowiadający go autorzy nie wskazują na jakąkolwiek argumentację mającą uzasadniać wyżej wymienioną tezę, a z którą w tym miejscu można by polemizować, często poprzestając jedynie na stwierdzeniu, że wydaje się, iż tak właśnie jest. W rezultacie warto zatem poddać tę kwestię weryfikacji przez pryzmat tego, czy istnieją jakiekolwiek argumenty interpretacyjne, które mogłyby ewentualnie uzasadniać tę tezę. W celu przeprowadzenia tego typu analizy, za podstawę jej przeprowadzenia przyjęliśmy wskazywane w literaturze, a wykorzystywane w praktyce prawniczej, dyrektywy wykładni<sup>6</sup>. Dyrektywy te postrzegane

---

3 Zob. szerzej: K.W. Baran, *Kodeks pracy. Komentarz, Komentarz do art. 298<sup>2</sup> Kodeksu pracy*, Warszawa 2012.

4 Więcej w: A. Malinowski, *Komentarz do rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej w sprawie sposobu usprawiedliwiania nieobecności w pracy oraz udzielania pracownikom zwolnień od pracy*, Warszawa 2010.

5 Dz. U. z 1986 r. Nr 36, poz. 180 z późn.zm.

6 L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006.



są bądź jako określone wskazówki, wyznaczające sposób postępowania w procesie wykładni, z pomocą których dochodzi się do decyzji (funkcja heurystyczna), bądź jako racje argumentacyjne uzasadniające daną tezę interpretacyjną (funkcja racjonalizacyjna). W niniejszym tekście zostaną one użyte do próby racjonalizacji zastanego w praktyce wyżej wymienionego stanowiska.

#### 4. Wykładnia językowa pojęcia „ślub”

Podstawową dyrektywą wykładni językowej jest nakaz, by interpretowanemu zwrotowi nadać takie znaczenie, jakie ma ono w języku etnicznym – chyba, że posiada on definicję legalną, bądź też ukształtowane rozumienie w języku prawniczym lub specjalistycznym<sup>7</sup>. Powszechnie przyjmuje się również, że wykładnia językowa stanowi punkt wyjścia wszelkich zabiegów interpretacyjnych, które dopiero w dalszym etapie podlegają rozważeniu przez pryzmat poszczególnych typów wykładni pozajęzykowej. Zdając sobie sprawę z dokonania w tym względzie dużego uproszczenia, pomijamy szereg rozbieżnych stanowisk dotyczących tego, w jakich sytuacjach interpretator uprawniony jest do przejścia od wykładni językowej do pozajęzykowej. Mając również na uwadze szereg wątpliwości teoretycznych, jakie wiążą się z istnieniem podstaw do odróżnienia wykładni językowej od pozajęzykowej, dalszą część tekstu oparliśmy jednak na schemacie odpowiadającemu nakreślonym rozróżnieniem z uwagi na fakt, że w praktyce prawniczej jest ono powszechnie wykorzystywane (por. wyrok SN z dnia 19.11.2008 r., V KK 74/08, OSNKW 2009, nr 3, poz. 21).

##### 4.1. Definicja legalna

Jak sygnalizowano na wstępie, wyżej wymienione rozporządzenie, stanowiące podstawę udzielenia pracownikowi zwolnienia od pracy z tytułu ślubu, nie zawiera definicji legalnej tego pojęcia. W teorii prawa kontrowersyjnym jest, czy w tego typu sytuacji interpretator uprawniony jest do wykorzystania definicji legalnej zawartej w innym akcie prawnym. W omawianym przypadku kwestia ta nie nastrocza jednak problemów. Definicji tej nie zawiera żaden obowiązujący aktualnie akt prawny. Mowa przy tym nie tylko o tzw. wyraźnej definicji legalnej, gdzie ustawodawca jasno wyodrębnia *definiens* i *definiendum*, ale również brak jest nawet tzw. definicji kontekstowej, gdzie na podstawie sposobu użycia danego pojęcia w szeregu przepisów prawa, można by tego typu definicję zrekonstruować.

Co może wydawać się zaskakujące, definicji tej nie zawiera również podstawowy dla omawianego zagadnienia akt prawny, tj. regulująca stosunki pomiędzy małżonkami Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy<sup>8</sup>. W art. 1 § 1 ww. ustawy określone zostały warunki „zawarcia małżeństwa”. Przepis ten stanowi, że małżeństwo zostaje zawarte, gdy mężczyzna i kobieta jednocześnie obecni złożą przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego oświadczenia, że wstępują ze sobą w związek małżeński. Na określenie czynności poprzez którą kobieta i mężczyzna wstępują ze sobą w związek małżeński – co potocznie określa się mianem „ślubu cywilnego” – ustawodawca posługuje się zatem zwrotem: „zawarcie małżeństwa”. Zgodnie zaś z art. 1 § 2 ww. ustawy do zawarcia małżeństwa dochodzi również, gdy

7 Ibidem, s. 89 i nast.

8 Dz. U. z 2012 r. poz. 788 t.j. z późn.zm.

mężczyzna i kobieta zawierający związek małżeński podlegający prawu wewnętrznemu kościoła albo innego związku wyznaniowego w obecności duchownego oświadczającą wolę jednoczesnego zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu i kierownik urzędu stanu cywilnego następnie sporządzi akt małżeństwa – co jak wiadomo w języku potocznym funkcjonuje pod pojęciem „ślubu konkordatowego”.

Pomimo braku definicji legalnej pojęcia „ślub” w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, jego postanowienia mają jednak istotne znaczenie dla omawianego przypadku. Zgodnie bowiem z dyrektywą zakazu wykładni synonimicznej, co do zasady dwóm różnym zwrotom nie należy nadawać takiego samego znaczenia<sup>9</sup>. Oznacza to zatem, że brak jest podstaw ku temu, by skwitować omawiany problem prostym stwierdzeniem odwołującym się do potocznej intuicji, że „ślub” to tyle, co zawarcie „cywilnego” związku małżeńskiego. Ponadto fakt, iż Kodeks rodzinny i opiekuńczy posługuje się terminem „zawarcie związku małżeńskiego”, daje również podstawy do stwierdzenia, że gdyby intencją ustawodawcy było przyznanie pracownikowi zwolnienia od pracy wyłącznie z tytułu zawarcia „cywilnego” związku małżeńskiego, to w hipotezie z § 15 wyżej wymienionego rozporządzenia użyłby takiego właśnie terminu, zamiast posługiwać się terminem „ślub”.

#### **4. 2. Język prawniczy i specjalistyczny**

Zgodnie z dyrektywą języka prawniczego, jeżeli interpretowany termin wprawdzie nie posiada definicji legalnej, jednakże jego znaczenie utrwalone jest w języku prawniczym, dokonując jego wykładni należy nadać mu takie właśnie znaczenie<sup>10</sup>. Dyrektywa ta bazuje na rozróżnieniu pomiędzy językiem prawnym – tj. językiem ustawodawcy albo inaczej językiem tekstów prawnych – a językiem prawniczym, rozumianym jako język, w którym prawnicy mówią o prawie. Z kolei jej praktyczne wykorzystanie dla przypadku omawianego w niniejszym tekście wymagałoby stwierdzenia, że termin „ślub” ma określone, stabilne znaczenie, które powszechnie występuje w komentarzach, uzasadnieniach sądowych orzeczeń czy innych prawniczych opracowaniach.

Analiza tego typu źródeł nie daje jednak podstaw, by stwierdzić, że ugruntowało się, by pod pojęciem „ślub” rozumieć wyłącznie „ślub cywilny”, bądź wyłącznie jakikolwiek inny. Trudno również stwierdzić, by w pewnej specjalistycznej dla konkretnej sfery życia terminologii, przyjęte było takie rozumienie wyżej wymienionego pojęcia, które mogą w niniejszej sprawie mieć rozstrzygające znaczenie. Odwołanie się zatem do tego typu dyrektywy, w omawianym przypadku nie przesądza powstałych wątpliwości.

Nie można jednak pominąć tego, że w doktrynie prawa pracy ugruntowanym jest, by pojęcie ślubu rozumieć jako oznaczające wstąpienie w związek małżeński, co w niniejszym przypadku o tyle ma znaczenie, że stanowiłoby argument wykluczający możliwość przyznania zwolnienia od pracy w przypadku ślubów zakonnych.

---

9 L. Morawski, *Zasady...*, op. cit., s. 103.

10 Ibidem, s. 99.

### 4. 3. Język etniczny

Zgodnie z powszechnie przyjmowaną w praktyce interpretacyjnej dyrektywą wykładni językowej, w sytuacji, w której brak jest zarówno definicji legalnej interpretowanego pojęcia, jak i jego ukształtowanego rozumienia w języku prawniczym bądź specjalistycznym, przyjąć należy jego znaczenie, jakie pojęcie to posiada w języku etnicznym (niekiedy nazywanym potocznym)<sup>11</sup>. W konsekwencji, z uwagi na sygnalizowany już brak w polskim ustawodawstwie definicji legalnej tego pojęcia oraz jego ukształtowanego rozumienia w języku prawniczym oraz specjalistycznym, ustalając znaczenie pojęcia „ślub”, należy sięgnąć do znaczenia nadanego mu w języku polskim.

Niestety również i ta dyrektywa sama w sobie nie dostarcza jednoznacznej odpowiedzi dla rozważanego problemu. Zgodnie bowiem ze słownikiem języka polskiego słowo „ślub” oznacza: „zawarcie związku małżeńskiego przed urzędnikiem stanu cywilnego lub duchownym”<sup>12</sup>. Następnie w słowniku tym zawarte są rozróżnienia na ślub cywilny, pod którym należy rozumieć „ślub zawarty przed urzędnikiem stanu cywilnego”; ślub kościelny – „ślub zawarty przed duchownym”; ślub konkordatowy – „ślub zawierany na mocy konkordatu, jednocześnie cywilny i kościelny”, oraz śluby zakonne – „uroczyste przyrzeczenie ubóstwa, czystości i posłuszeństwa, składane przez kandydata do zakonu”.

Widać zatem wyraźnie, że pojęcie „ślub” nie jest, jak *prima facie* mogłoby się wydawać, tak jednoznaczne. Z pewnością zaś odwołanie się do wyżej wymienionej dyrektywy nie może stanowić uzasadnienia dla prezentowanej na wstępie, a rozpowszechnionej w praktyce tezy, ograniczającej zwolnienie od pracy wyłącznie w przypadku tzw. ślubu cywilnego.

### 4. 4. *Lege non distinguente*

Jak powszechnie wiadomo, sytuacje, w których brak jest definicji legalnej interpretowanego pojęcia, a jego znaczenie w języku etnicznym nie jest jednoznaczne, nie należą do rzadkich. W tego typu sytuacjach pomocnym może okazać się wykorzystanie dyrektywy językowej *lege non distinguente nec nostrum est distinguere*. Oznacza ona, że tam gdzie rozróżnień nie wprowadza sam ustawodawca, tam też nie powinien ich wprowadzać interpretator<sup>13</sup>. Skoro zatem, wskazując przyczynę zwolnienia od pracy, ustawodawca posłużył się terminem „ślub” – który jak wskazano wyżej, w języku etnicznym oznacza zarówno tzw. ślub cywilny, kościelny, konkordatowy, a nawet ślub zakonny – to zgodnie z wyżej wymienioną dyrektywą interpretator nie jest uprawniony do wprowadzenia rozróżnienia na wspomniane kategorie ślubu i wiązania wspomnianego skutku prawnego jedynie z jedną bądź kilkoma z nich. W konsekwencji, dyrektywa ta dostarcza silnego argumentu na rzecz tezy, że zwolnienie od pracy z tytułu ślubu przysługuje zarówno w przypadku wystąpienia którejkolwiek z ww. kategorii ślubu. Ci zaś, którzy twierdzą, że skutki prawne w postaci zwolnienia od pracy wywiera wyłącznie tzw. ślub cywilny, w oczywisty sposób naruszają dyrektywę *lege non distinguente*. Pojęcie ślubu, którym posłużył się ustawodawca bez jakichkolwiek dodatkowych zastrzeżeń, dzielią bowiem na poszczególne

11 Ibidem, s. 89.

12 <URL=http://sjp.pwn.pl/lista.php?co=%C5%9Blub> [dostęp: 15.09.2014 r.].

13 L. Morawski, *Zasady...*, op. cit., s. 107.

kategorie, wiążąc skutek prawny jedynie z jedną z nich (ślub cywilny) odmawiając innych skutków prawnych pozostałym (np. ślub kościelny czy zakonny).

## **5. Wykładnia pozajęzykowa**

Nie poruszając w tym miejscu toczonych w ramach teorii prawa sporów o relacje między wykładnią językową a pozajęzykową oraz samej zasadności tego rozróżnienia, wystarczy na użytek niniejszego artykułu wskazać, że w praktyce prawniczej dosyć powszechnie akceptowana jest zasada pierwszeństwa wykładni językowej oraz subsydiarności wykładni systemowej i funkcjonalnej<sup>14</sup>. Oznacza to, że mimo tzw. pierwszeństwa wykładni językowej, wykładnia prawa nie może być zawężona jedynie do ustalania znaczenia poszczególnych słów, którymi ustawodawca posłużył się przy redakcji danego przepisu. Prymat wykładni językowej oznacza, że co do zasady przyjmuje się zakaz sięgania do pozajęzykowych rodzajów wykładni wówczas, gdy zastosowanie reguł językowych prowadzi do jednoznacznego rozumienia przepisu (*interpretatio cessat in claris*). Z sytuacją tego typu nie mamy jednak do czynienia w ramach niniejszego problemu. Jak bowiem wskazano wyżej, na gruncie wykładni językowej nie sposób stwierdzić, by omawiany przepis miał jednoznaczne rozumienie, a zatem należy rozważyć go chociażby w kontekście jego celowości. Zwraca się uwagę, że nawet przepis, który *prima facie* wydaje się być jednoznaczny i rozumiany niejako wprost – tj. bezpośrednio, bez odwoływania się do metod wykładni – powinien być również rozpatrzony przez pryzmat chociażby jego celowości. Tak czy inaczej, w omawianym przypadku droga do wykorzystania wykładni pozajęzykowej jest z pewnością otwarta. W jej zaś wyróżnia się dyrektywy wykładni systemowej oraz wykładni funkcjonalno-celowościowej<sup>15</sup>.

### **5.1. Wykładnia systemowa**

Dyrektywy wykładni systemowej można dzielić z kolei na dwa ich rodzaje. Jedne nakazują interpretować przepisy zgodnie z ich systematyką wewnętrzną – a zatem zgodnie z systematyką zawartą w ramach danego aktu prawnego – oraz, w sposób spójny z ich systematyką zewnętrzną – a zatem w ramach całego systemu prawa (reguły systemowo-strukturalne). Drugie z kolei odwołują się do aksjologii całego systemu, która – jak się to ujmuje – najpełniej wyrażona jest w postaci zasad prawa (reguły systemowo-aksjologiczne)<sup>16</sup>.

Pierwsze z ww. oznaczają w praktyce, że umiejscowienie interpretowanego przepisu w ramach danego działu, rozdziału czy innej jednostki systematyzującej akt

---

14 Ibidem, s. 67 i n., uzasadnienie postanowienia SN z dnia 17 maja 2000, I KZP 7/00, OSNKW 2000, z. 5-6, poz. 51, uzasadnienie uchwały SN z dnia 20 czerwca 2000, I KZP 16/2000, OSNKW 2000, z. 7-8, poz. 60.

15 Ibidem, s. 109, 135. W teorii prawa różnie pojmuje się kwestię odróżniania wykładni celowościowej od funkcjonalnej oraz relacji między nimi. Można odnaleźć stanowiska odróżniające reguły celowościowe od funkcjonalnych, por. L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa: doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2004, s. 132 i nast. oraz takie, które podkreślają ich wspólny społeczno-polityczny kontekst, por. J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 353-389. Na potrzeby niniejszej pracy zostaną one potraktowane łącznie.

16 L. Leszczyński, B. Wojciechowski, M. Zirk-Sadowski, *Wykładnia w prawie administracyjnym*, Warszawa 2012, s. 212 i n.

prawny oraz jego związki z innymi przepisami, mogą dostarczyć istotnych argumentów na rzecz jego określonego rozumienia. Podobnie sytuacja kształtuje się z jego przynależnością do danej dziedziny prawa, co również może w jakiś sposób stanowić uzasadnienie dla takiej, a nie innej jego interpretacji. W omawianym przypadku trudno jednak doszukać się tego typu zależności. Powołane rozporządzenie nie jest podzielone na jakiegokolwiek części, których zatytułowanie mogłoby cokolwiek przesądzać. Nie wydaje się również, by istniejące w omawianym zakresie wątpliwości rozwiewał fakt, iż mamy do czynienia z interpretacją przepisu należącego do prawa pracy, a nie innej gałęzi prawa. W rezultacie, dyrektywa ta – w jej wariancie systemowo-strukturalnym – pozostaje bez znaczenia dla wskazanej na wstępie hipotezy interpretacyjnej.

Kompleksowe omówienie wariantu systemowo-strukturalnego wymagałoby odrębnej pracy. Z pewnością jednak, jeśli problem ten rozważy się w kontekście konstytucyjnej zasady równości (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP), która może mieć w tym względzie istotne znaczenie, wówczas zasada ta raczej w wątpliwym świetle stawia omawianą tezę, niż miałaby ją potwierdzać. Wprawdzie trudno byłoby zarzucić, że teza ta narusza zasadę równości w jej wariancie równości wobec prawa, oznaczającej nakaz równego traktowania w procesie stosowania prawa. Niezależnie przecież od kwestii tego, czy potencjalny pracownik, zamierzający skorzystać ze zwolnienia z okazji ślubu, jest wierzący czy niewierzący oraz tego jakiego jest wyznania, może z owego zwolnienia od pracy skorzystać i rozumienie pojęcia „ślub” wyłącznie jako „ślub cywilny” nie stoi temu na przeszkodzie.

Wątpliwości powstają jednak, jeśli zastanowić się nad omawianą tezę interpretacyjną w kontekście zasady równości w prawie, oznaczającej nakaz kształtowania treści prawa z uwzględnieniem zasady równości. Sporym uproszczeniem i splotem problemu byłoby skwitowanie problemu poprzez twierdzenie, że przyjęcie tezy o tym, że jedynie ślub cywilny uprawnia od zwolnienia z pracy nie narusza zasady równości w prawie, bowiem niezależnie od tego, czy dana osoba jest wierząca czy niewierząca, posiada takie samo uprawnienie do skorzystania ze zwolnienia od pracy, ilekroć tylko zawiera ślub cywilny. Dyskryminacja polega bowiem na odmiennym traktowaniu osób mających takie same cechy istotne dla danej regulacji prawnej, bądź też na takim samym traktowaniu osób różniących się ze względu na jakąś relewantną cechę<sup>17</sup>. W konsekwencji nie można w takiej sytuacji pomijać tego, że dla osób wierzących podstawowym aspektem ślubu jest jego religijny wyraz, a zatem ślubem mającym istotne znaczenie dla tej kategorii osób jest ślub kościelny. Akceptacja omawianej tezy prowadziłaby zatem do tego skutku, że ślub istotny dla osób wierzących (kościelny) nie uprawnia do zwolnienia od pracy z jego tytułu, natomiast ślub istotny dla osób niewierzących (cywilny) uprawnia do zwolnienia od pracy. To zaś oznaczałoby odmienne traktowanie osób, które odznaczają się taką samą cechą, tj. zawarciem istotnej dla nich kategorii ślubu.

## 5.2. Wykładnia funkcjonalno-celowościowa

Sytuacja kształtuje się jednak inaczej w stosunku do wykładni funkcjonalno-celowościowej. W opracowaniach do regulacji zawartej w § 15 wyżej wymienionego rozporządzenia pojawiają się bowiem twierdzenia wyjaśniające jej cel i mają

17 Por. W. Sadurski, *Teoria sprawiedliwości. Podstawowe zagadnienia*, Warszawa 1988.

one realne przełożenie na omawiany problem interpretacyjny. Wskazuje się, że celem wprowadzenia zwolnienia od pracy z tytułu ślubu jest umożliwienie pracownikowi wzięcia w nim udziału oraz umożliwienie załatwienia niezbędnych spraw, które, jak wiadomo, wiążą się ze ślubem<sup>18</sup>.

Trudno polemizować z tym stanowiskiem. Jeśli zatem przyjąć, że cel ten sprowadza się do zapewnienia wolnego czasu umożliwiającego – najogólniej rzecz ujmując – organizację ślubu i udział w nim, wówczas trudno przyjąć, by wykładnia celowościowa omawianego przepisu przemawiała za przyznaniem pracownikowi zwolnienia od pracy wyłącznie w przypadku tzw. ślubu cywilnego. Jest oczywistym, że zarówno w jego przypadku, jak również w przypadku innych kategorii ślubów, udział w nich wiąże się koniecznością poświęcenia czasu na sprawy organizacyjne. Odwołanie się do celowości regulacji zawartej w § 15 omawianego rozporządzenia, w żaden sposób nie daje zatem podstawy do stwierdzenia, by wyłącznie tzw. ślub cywilny uzasadniał przyznanie pracownikowi zwolnienia od pracy, a wręcz przeciwnie, w sposób oczywisty temu przeczy.

## **6. Argument odwołujący się do skutków prawnych**

Na rzecz tezy, iż zwolnienie od pracy ograniczone jest wyłącznie do zawarcia przez pracownika lub członka jego rodziny ślubu cywilnego, można odnaleźć również argument niezwiązany z samym rozumieniem pojęcia „ślub”. Podnosi się, iż tylko ta kategoria ślubu pociąga za sobą skutki prawne. Nie sposób jednak tezy tej zaakceptować. Po pierwsze, bazuje ona na wątpliwym założeniu, że tylko taki ślub zasługuje na zwolnienie od pracy, który pociąga za sobą skutki prawne. Jakże jest uzasadnienie owego założenia? Równie trudno zgadywać jak i równie trudno znaleźć jego sensowne uzasadnienie. Dodatkowo warto również zauważyć, że § 15 omawianego rozporządzenia przyznaje zwolnienie od pracy również w razie pogrzebu babki czy dziadka pracownika. Czy pogrzeb babki pracownika pociąga dla niego jakiegokolwiek skutki prawne? (oczywiście inne niż omawiane zwolnienie od pracy). Rzecz jasna nie. Nikt jednak na tej podstawie nie neguje zwolnienia od pracy z tytułu pogrzebu w razie tego zdarzenia. Po drugie, wbrew potocznym intuicjom, nie jest prawdą, by tylko tzw. „ślub cywilny” wywoływał skutki prawne. Faktem prawnym jest również złożenie przez zakonnik ślubów wieczystych. Zgodnie bowiem z art. 13 ust. 1 Ustawy z dnia 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego Mariawitów w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U.1997.41.252) fakt ten powoduje skutek prawny w postaci przeniesienia do rezerwy, co zaś – jak wynika z dalszej części powołanego przepisu – skutkuje w sferze prawnej niemożnością powołania do odbywania ćwiczeń wojskowych w czasie pokoju, z wyjątkiem przeszkolenia, za zgodą Rady Przełożonych, do pełnienia funkcji kapelana wojskowego<sup>19</sup>. Skoro zatem twierdzi się, że zwolnienie od pracy przysługuje pracownikowi wyłącznie w przypadku ślubu pociągającego za sobą skutki prawne, wówczas z pewnością nie można

---

18 A. Martuszewicz, K. Piecyk, *Zdarzenia rodzinne i osobiste – tzw. urlopy okolicznościowe*, [w:] ibidem, *Urlopy pracownicze i inne zwolnienia od pracy*, Warszawa 2010, s. 96–200

19 Analogiczną regulację odnoszącą się do „ślubów zakonnych” można znaleźć w art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 4 lipca 1991 r. o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego (Dz. U.1991.66.287) jak również w stosunku do „ślubów czasowych” w art. 16 ust. 3 Konkordatu między Stolicą Apostolską a Rzeczpospolitą Polską podpisany w Warszawie dnia 28 lipca 1993 r. (Dz. U. z dnia 23 kwietnia 1998 r.).

uprawnienia tego zawężyć jedynie do tzw. ślubu cywilnego – jak bowiem wykazano, również inne kategorie ślubów pociągają za sobą skutki prawne.

## 7. Podsumowanie

Prezentowana analiza prowadzi zatem co najmniej do dwóch wniosków. Po pierwsze, na gruncie wykorzystywanych w praktyce metod wykładni nie sposób uzasadnić tezy, by zwolnienie od pracy, o którym mowa w § 15 omawianego rozporządzenia, ograniczone było wyłącznie do zawarcia przez pracownika lub członka jego rodziny tzw. ślubu cywilnego. Analiza ta prowadzi zaś do tezy zupełnie odmiennej. Jak wykazano, ogólne pojęcie „ślub” obejmuje w języku polskim różne kategorie ślubów – obok tzw. cywilnego jest to również tzw. ślub kościelny, zakonny i konkordatowy – a dyrektywa *lege non distinguente* nakazuje, by wiązać skutek prawny z każdą z ww. kategorii ślubu. Ustawodawca bowiem nie wprowadził jakiegokolwiek rozróżnienia w tym zakresie.

O ile jednak nie ma wątpliwości, że z uwagi na dyrektywę *lege non distinguente* oraz brak innych argumentów, które się temu sprzeciwiały, pojęcie „ślubu” użyte przez ustawodawcę w omawianym akcie prawnym obejmuje zarówno ślub cywilny, kościelny bądź konkordatowy, to jednak z uwagi na wnioski płynące z zastosowania dyrektywy języka prawniczego *wątpliwym jest*, czy obejmuje ono również śluby zakonne. Jak bowiem ustalono, ugruntowane w doktrynie prawa pracy rozumienie pojęcia „ślub” wprawdzie nie zawęża się jedynie do ślubu cywilnego, to jednak dotyczy wyłącznie związku *małżeńskiego*.

W praktyce oznacza to, że pracownik, który przykładowo najpierw zawarł tzw. ślub kościelny, a po jakimś czasie wstąpił w cywilny związek małżeński, przy każdej z tych okazji odrębnie nabędzie prawo do zwolnienia od pracy – łącznie zatem w wymiarze 4 dni (§ 15 pkt 1 wyżej wymienionego rozporządzenia). Analogicznie kształtuje się sytuacja w przypadku zwolnienia od pracy rodzica-pracownika w razie ślubu jego dziecka (§ 15 pkt 2 ww. Rozporządzenia).

Po drugie, jak to często bywa, podważona w niniejszym tekście teza jest wynikiem bezrefleksyjnego powtarzania potocznych intuicji, niemających jakiegokolwiek merytorycznego uzasadnienia. Zjawiska nie tylko często w praktyce prawniczej spotykanego, ale również groźnego. Jak bowiem wiadomo, doktryna prawnicza od wieków nie tylko systematyzuje, objaśnia i w sposób neutralny przekazuje wyniki swoich badań nad prawem, ale przede wszystkim prawo współtworzy.





# **ARTYKUŁ RECENZYJNY**



Adam Czarnota

# O skutkach powierzchowności opisu i krytyki. Uwagi na marginesie książki Adama Bosiackiego *Utopia, władza, prawo. Doktryny i koncepcje prawne „bolszewickiej” Rosji 1917-1921*

**Adam Czarnota**

*profesor nauk prawnych  
Międzynarodowy Instytut Socjologii Prawa  
w Onati,  
Uniwersytet w Białymstoku,  
Uniwersytet Nowej Południowej Walii  
w Sydney*

Sięgnąłem po książkę Adama Bosiackiego z ciekawością i dużymi oczekiwaniami. Spodziewałem się książki rekonstruującej koncepcje prawne w niezwykle interesujących dla historyka idei czasach. Podtytuł książki – „doktryna i koncepcje prawne *bolszewickiej Rosji*” – obiecuje dużo. Jak natomiast wygląda wykonanie tego zadania? Muszę z góry powiedzieć, że książka nie spełniła moich oczekiwań i nie jest to książka mieszcząca się w paradygmacie historii idei, a raczej z pogranicza historii politycznej i historii instytucji prawnych. Czytelnik nie znajdzie w książce teoretycznych analiz koncepcji prawa, umieszczenia ich w kontekście ówczesnych dyskusji w ramach jursprudencji. Aby tego dokonać, trzeba mieć dużą wiedzę pozaźródłową, a ponieważ recenzowana praca to przerobiony na książkę doktorat to trudno spodziewać się na tym poziomie takiej

wysublimowanej analizy. O paradygmacie książki świadczą już odniesienia do badaczy, gdzie poza Hansem Kelsenem – znanym teoretykiem prawa czy René Davidem – wybitnym komparatystą, reszta nawiązań odnosi się do dogmatycznych pozytywistów. Wydaje mi się, że teoretyczne stanowisko autora to też nieświadomiony dogmatyczny pozytywizm, co widać przy okazji nie tyle analizy, co opisu koncepcji Piotra Iwanowicza Stuczki czy odwołań do Leona Petrażyckiego (w przypadku tego ostatniego dziwi a nawet denerwuje brak użycia polskich badań nad spuścizną Petrażyckiego; zob. s.145-157), w efekcie czego zamiast analizy czytelnik otrzymał zbiór *cliches*.

Widać wyraźnie, że podstawę dla opisu teoretycznych koncepcji prawa stanowi praca Andrzeja Walickiego na temat filozofii prawa rosyjskiego liberalizmu, w której marksistowskie koncepcje wspomina się na marginesie. Nawet praca Marka Waldenberga *Rewolucja i państwo w myśli politycznej W. Lenina* jest tylko cytowana, lecz niezastosowana. To trochę mało jak na pracę z zakresu historii prawa. Zdziwiająco, że dla autora monografii o prawie w okresie rewolucji prawo sprowadza się do tekstu prawnego. Autor nie posiada i nie odwołuje się do żadnej socjologicznej koncepcji prawa. Jako przykład nieporozumienia można przytoczyć następujący fragment: „*Dekret o sędziach nr 1* formułował przepisy karne bez dokonania wykładni niejasnych terminów. Wytworzony na tej podstawie wspomniany dualizm prawny mógł być porównany jedynie z okresem dyktatury jakobińskiej we Francji, nie miał jednak wiele wspólnego z europejskim systemem praworządności. Wypada również dodać, że system praworządności nie był cechą instytucji sądów lokalnych, orzekających w większości na podstawie przepisów niepisanych” (s. 125). Czy praworządność, według autora, sprowadza się do: jasności przepisów i stosowania prawa w oparciu o pisane prawo? Tak wynika z przytoczonych rozważań. Można wskazać przykłady orzekania na podstawie prawa zwyczajowego, a jednak stosowania się do zasad praworządności. Angielskie *common law* dalekie jest też od jasności i precyzyjności, a jednak gwarantowało *rule of law*, a więc praworządność. Konieczną cechą praworządności jest autonomia prawa w stosunku do systemu politycznego. Bosiacki wprost tego nie analizuje, chociaż cały czas opisuje instytucje prawne, które tej autonomii nie posiadały. I tak dochodzimy do sedna – autorowi nie udało się wyjść poza język dokumentów, które badał; w efekcie mamy brak analizy a jedynie opis. W tym przypadku używa języka Aleksandra Grigołewiça Gojchbarga – w tym czasie rosyjskiego krytyka, a później najwybitniejszej umysłowości zajmującej się rozwiązaniami prawnymi (zob. przypis 328, s. 125).

Język to pojęcia i w nim zawarte są narzędzia analityczne. Bosiacki zamknął się dobrowolnie w złotej klatce i opisał nam ją od wewnątrz. Nie byłoby w tym nic aż tak dziwnego gdyby nie fakt, że autor jest badaczem myśli polityczno-prawnej. Czy można badając cudzą myśl stosować tylko język i pojęcia te same myśli? Otóż nie można, ale to wymaga większej samoświadomości metodologicznej, a nie zdroworozsądkowego podejścia. Dlatego też nie jest on w stanie wytłumaczyć np. procesu eliminacji pojęcia *ius* (prawo) i redukcji terminu prawo do *zakon*, a więc tylko do *lex* (s. 34).

Poza pogłębioną wiedzą z teorii i filozofii prawa wyraźnie brakuje autorowi wiedzy z teorii społecznych, a w szczególności z teorii rewolucji. Po lekturze mam wrażenie, że jedynie studium Huberta Izdebskiego *Prawo i rewolucja* opublikowane w „Czasopiśmie Prawno-Historycznym” w 1987 roku stanowi grunt

quasi-teoretyczny do analizy i interpretacji okresu rewolucyjnego. Aż prosi się o sięgnięcie do prac Charlesa Tilly'ego i Thedy Skocpol czy eseju Jana Baszkiewicza o rewolucji.

Zdziwiło mnie w trakcie lektury tego obszernego dzieła częste odwoływanie się w przypisach do... podręczników. Podręczniki przedstawiają wiedzę w sposób niekontrowersyjny, dogmatyczny i skrótowy. Tu mamy do czynienia z ambitnym projektem badawczym, do którego wiedza podręcznikowa nie jest wystarczająca, ale wręcz przeszkadza przez swój dogmatyzm i schematyzm. W tym miejscu ponownie wracamy do braku w recenzowanej monografii solidnej wiedzy pozaźródłowej. Zastąpiona ona została *ersatzem* w postaci spłaszczonej wiedzy podręcznikowej dobrej dla studentów, ale nie na poziomie monografii naukowej.

W efekcie książka, która wymagała olbrzymiej pracy jest w sumie pracą przyczynkarską na poziomie opisu; w warstwie interpretacyjnej jest słaba, oparta na podejściu zdroworozsądkowym i swoistym moralizatorstwie.

Powyzsze niedomogi mogły zostać poprawione w drugim wydaniu, bo jak wyraźnie napisano pod tytułem – jest to „wydanie drugie poprawione i uzupełnione”. W Przedmowie do drugiego wydania autor informuje czytelnika, że „w stosunku do pierwszego wydania książki w prezentowanym wydaniu dokonano stosunków licznych uzupełnień. Wykorzystano zwłaszcza wiele wartościowych prac, wydanych w ostatnich latach w Rosji (...) w prezentowanym wydaniu podstawę materiałową tematu uzupełniono o zbiory bibliograficzne Biblioteki Kongresu Stanów Zjednoczonych w Waszyngtonie oraz materiały z biblioteki i archiwum Instytutu Hoovera Uniwersytetu Stanforda w tym Kraju” (s. 13). Nie czytałem pierwszego wydania, więc nie wiem, co poprawiono oraz o co uzupełniono niniejszą pracę, ale wygląda na to, że zmiany mają charakter powierzchowny. Nie wspomniano prac wielu badaczy nad prawem Rosji Sowieckiej i Związku Sowieckiego, nawet choćby książki Harolda J. Bermana, który w swoim czasie pracował na Harvard Law School. Co ciekawe, w zamieszonej na końcu książki *Bibliographical note* informacje są inne niż w wersji polskiej – autor mówi o bezcennych źródłach znajdujących się w byłym Uniwersytecie Stefana Batorego w Wilnie, Wrocławiu (Breslau), Monachium, Lejdzie oraz oczywiście podkreśla, i słusznie, wykorzystanie oryginalnych źródeł w języku rosyjskim. Wygląda na to, że *English summary* jak i omawiana nota nie były poprawione i należycie uzupełnione.

We Wstępie autor pisze o poprawionych błędach typograficznych, lecz chyba nie do końca, skoro znany specjalista z zakresu prawa karnego i kryminologii z Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu oraz autor monografii *W służbie utopii. Siedemdziesiąt trzy lata radzieckiego prawa karnego* – prof. Marian Filar raz, w przypisie, występuje jako „M. Filar”, a w tekście na tej samej stronie jako „Roman Filar” (s. 24). To tylko przykład nie do końca poprawionych błędów typograficznych. Ktoś może powiedzieć, że się czepiam nieistotnych drobiazgów. Może i miałby rację, ale pozwolę sobie przedstawić argument za tym „czepianiem”. Otóż mamy tu do czynienia z pracą historyczną *par excellence*, a więc zakładam, że jest ona oparta na rzetelnych badaniach w archiwach oraz rzetelnej lekturze i przedstawieniu dokumentów. Każda błędna informacja w monografii historycznej, nawet jeżeli nie dotyczy substancji merytorycznej, osłabia jednak jej wiarygodność. Autor jest profesorem Uniwersytetu Warszawskiego oraz wytrawnym i uznanym badaczem, więc jestem przekonany, że o tym wie.

Problem rzetelności został zresztą podjęty przez autora w pracy, więc tym bardziej możemy wymagać jej w stosunku do recenzowanej tu monografii. We Wprowadzeniu autor napisał: „Już w XXI w. tematykę prawa radzieckiego w artykułach, początkowo, niewielkiej, a następnie, obszernej objętościowo publikacji przekrojowej, podejmował Adam Lityński. Praca ta stanowi, niestety, przykład naśladownictwa pierwszego wydania książki mojego autorstwa. Pomimo bowiem **zawartych w książce licznych cytatów z różnorodnych moich prac, książka Adama Lityńskiego w wielu wypadkach powiela, acz nie cytuje, fragmenty pierwszego wydania monografii *Utopia-władza-prawo z 1999 roku, bądź też parafrazuje fragmenty książki bez podania źródła*** [wytluszczenie – AC]. Bardzo podobny jest także układ obu prac. Z tego też względu zdecydowałem się nie operować przytoczoną pracą w niniejszym wydaniu książki. W odniesieniu do lat 1917-1921 książka wskazanego autora nie wnosi zresztą do badań niczego szczególnego” (s. 25).

Przeanalizujmy przytoczony cytat, bo zasługuje on na chwilę uwagi. Adam Bosiacki stawia wysoko, i słusznie, porzeczkę rzetelności badawczej. Otóż ni mniej ni więcej oskarża Adama Lityńskiego o plagiat. Oskarża o przepisywanie, bez podania źródła, licznych fragmentów swoich publikacji. To bardzo poważne oskarżenie i powinno być poparte twardymi argumentami. Niestety jedyny cytat jaki znajdujemy, to cytat tytułu książki Adama Lityńskiego. Nie jest to rzetelna postawa, bo jeżeli rzuca się tak poważne oskarżenia, to za nimi powinny stać twarde fakty w postaci przypisów do fragmentów książki Lityńskiego i odpowiednich fragmentów prac Bosiackiego. Podejście polegające na ignorowaniu pracy Lityńskiego to chowanie głowy w piasek. Sugestia, że praca Lityńskiego nic nowego nie wnosi do omawianego okresu, też jest myląca, bo praca ta, jak napisał sam Bosiacki, „ma charakter przekrojowy” i obejmuje okres od 1917 do 1991 roku. Celem takich prac nie jest wniesienie niczego nowego do małego okresu, ale ukazanie procesu przemian struktury prawa. Lityński napisał, że jest to wykład, więc ujęcie syntetyczne, którymi rządzą inne reguły niż monografią. Zadałem sobie trud i zajrzałem do drugiego wydania książki Adama Lityńskiego<sup>1</sup> i nie znalazłem tam odzwierciedlenia struktury monografii Bosiackiego. W wybranej literaturze (s. xv-xvi) Adam Lityński wymienia siedem prac Adama Bosiackiego. Poza tym przy omawianiu problemów z lat 1917-1921 Lityński zamieszcza przypisy do pierwszego wydania pracy Bosiackiego, w których omawia on okres 1917-1921<sup>2</sup>. Liczę na to, że Adam Bosiacki zechce uszczegółowić swoje zarzuty i przedstawić je społeczności historyków prawa, bo jego postawa w tej formie jest działaniem nierzetelnym i aroganckim.

Podsumowując, można stwierdzić, że temat przerósł autora. Trzeba mu oddać, że włożył w pracę bardzo dużo wysiłku, ale jest on nieproporcjonalny do efektów. Jak starałem się wykazać w recenzji, zabrakło od samego początku solidnej wiedzy pozaźródłowej, która dostarczyłaby autorowi odpowiednich narzędzi analitycznych i interpretacyjnych. Czytelnik otrzymał pracę, która dopiero teraz może stanowić podstawę dla obróbki intelektualnej. Rekonstrukcja bolszewickich koncepcji prawa w latach 1917-1921 nadal czeka na opracowanie.

1 A. Lityński, *Prawo Rosji i ZSRR 1917-1991 czyli historia wszechzwiązkowego komunistycznego prawa (bolszewikow)*. Krótki kurs, Warszawa 2012.

2 Ibidem, s. 11, 115, 199, 238, 293, 336.



# AUTORZY





# Noty o autorach

**Camila Alves** – pracownik naukowy na Wydziale Prawa w Fundacji Getulio Vargasa w Sao Paulo (Brazylia). Absolwentka socjologii i prawa na Uniwersytecie Federalnym Fluminense w Rio de Janeiro (Brazylia), licencjat z prawa i literatury na Uniwersytecie w Rio de Janeiro.

**Przemysław Czarnek** – doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Konstytucyjnego na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II. Prowadzi badania na temat konstytucyjnej wolności gospodarczej, klauzuli państwa prawa i konstytucyjnej zasady społecznej gospodarki rynkowej. W kręgu jego zainteresowań znajdują się również zagadnienia prawa wyborczego i relacji pomiędzy państwem a Kościołem. Najważniejsze publikacje: *Rodzina jako podmiot prawa* (Zamość 2012), *Ustawa o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych. Komentarz praktyczny* (Zamość 2013), *Podstawy regulacji stosunków Państwo-Kościół w Rzeczypospolitej Polskiej i Republice Włoskiej* (Lublin 2010).

**Adam Czarnota** – profesor prawa na Wydziale Prawa Uniwersytetu Nowej Południowej Walii w Sydney (Australia) oraz w Białymstoku, dyrektor naukowy Międzynarodowego Instytutu Socjologii Prawa w Onati (Hiszpania), *visiting professor* Uniwersytetu Kraju Basków w San Sebastian oraz w Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie; jeden z dyrektorów Network for the Interdisciplinary Studies on Law; członek wielu towarzystw naukowych, m. in.: International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Australian Society for Legal Philosophy, International Sociological Association. Zastępca redaktora naczelnego czasopisma „Prawo i Więź”.

**Agnieszka Duda** – referent prawny w Państwowej Inspekcji Pracy, Okręgowym Inspektoracie Pracy w Katowicach. Absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego. Autorka artykułów z zakresu prawa pracy oraz redaktor publikacji prawniczych.

**Fernando Fontainha** – profesor na Wydziale Prawa w Fundacji Getulio Vargasa Vargasa w Sao Paulo (Brazylia). Doktor nauk politycznych na Uniwersytecie Montpellier 1 w Montpellier (Francja). Nauczyciel w brazylijskiej Krajowej Szkole Rozwoju i Doskonalenia Sędziów.

**Pedro Heitor Geraldo** – profesor Uniwersytetu Federalnego Fluminense w Rio de Janeiro (Brazylia). Doktor nauk politycznych Uniwersytetu Montpellier 1 w Montpellier (Francja). Magister socjologii i prawa.

**Michał Kiełb** – asystent sędziego w Wydziale II Karnym Sądu Apelacyjnego w Katowicach. Absolwent studiów doktoranckich w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.

**Katarzyna Tomaszewska** – doktor nauk prawnych, adiunkt w Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Autorka licznych publikacji z zakresu prawa konstytucyjnego i administracyjnego. Wykonawca w projektach badawczych o charakterze krajowym i międzynarodowym. Jej zainteresowania badawcze dotyczą szeroko rozumianej problematyki realizacji powszechnego prawa do informacji, prawa do prywatności, ochrony danych osobowych również w powiązaniu z aspektami komunikacji elektronicznej.

**Alexandre Veronese** – profesor na Wydziale Prawa Uniwersytetu Brazylijskiego w Brasili (Brazylia). Doktor socjologii Uniwersytetu Stanowego w Rio de Janeiro (Brazylia). Jego zainteresowania badawcze dotyczą socjologii prawa i socjologii administracji publicznej, a także relacji pomiędzy prawem a społeczeństwem w obliczu rozwoju technologicznego.

**Jerzy Zajadło** – profesor nauk prawnych, kierownik Katedry Teorii i Filozofii Państwa i Prawa Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego. Autor wielu książek i artykułów naukowych. Do jego najważniejszych publikacji należą m. in. *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury* (Gdańsk 2001), *Dziedzictwo przeszłości: Gustaw Radbruch – portret filozofa, prawnika, polityka i humanisty* (Gdańsk 2007).

**Wojciech Załuski** – doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego. Filozof i prawnik. Specjalizuje się w etyce, filozofii prawa i filozofii politycznej. Autor kilkunastu książek, m.in. *Evolutionary Theory and Legal Philosophy* (Edward Elgar Publishing, 2009) i *Game Theory in Jurisprudence* (Copernicus Center Press, 2011), oraz kilkudziesięciu artykułów naukowych. Laureat wyróżnień naukowych, m. in. Stypendium Polityki „Zostańcie z nami” i Max Weber Fellowship.