

Ewa Łętowska

Polska Akademia Nauk¹

ORCID: 0000-0002-4478-0286

„MUSI BYĆ OPŁACALNIE, MA BYĆ LEGALNIE, NIE MOŻE BYĆ NIEMORALNIE...”

1. Tak właśnie dziesięć lat temu Grzegorz W. Kołodko formułował „trzy święte zasady nowego pragmatyzmu” (Kołodko 2013: 392). Uprawianie gospodarki zgodnie z zaleceniami tego kierunku wymaga świadomego ograniczania nakładów ludzkich, rzeczowych i finansowych, a to w celu zachowania długookresowej dynamicznej równowagi gospodarczej. Niezbędny jest tu także kompromis między regionalizmem i globalizmem oraz akceptacja niezbędności zrównoważonego rozwoju. Jako metoda badawcza, nowy pragmatyzm wymaga zaś multidyscyplinarności: chce czerpać z dorobku innych nauk społecznych, w tym również z wiedzy o prawie („ma być legalnie”). Tytułowa formuła ujmuje elegancją lapidarności. Ale może też wzbudzać niemożliwą do zrealizowania nadzieję, zwłaszcza gdyby miała się sprowadzać do przekonania o jednoznaczności odesłania. Zatem kontynuując (Łętowska 2019: 147–163, 2022: 57–80) mój własny – mówiąc żartobliwie – *lawyersplaining* na użytek nieprawników i zarazem pozostawiając ekonomistom spory, kiedy, dla kogo, przy jakich założeniach – oraz „co” może być uznane za opłacalne, w tym miejscu zajmę się przede wszystkim drugim z tytułowych kryteriów, legalnością. „Ma być legalnie”, to po prostu „zgodnie z prawem”.
2. Współczesne prawo jest głównie efektem sformalizowanych działań parlamentów. Ale sprowadzenie pojęcia prawa do **zawartości Dzienników Ustaw byłoby upraszczającym stereotypem. Nie wystarczy zapoznać się z tomami dzienników promulgacyjnych, aby ustalić treść obowiązującego prawa.** Stereotypy zaś (co do tego, co jest prawem, jakie to prawo jest, jak je poznawać, jak funkcjonuje i jakie są uwarunkowania niezbędne, aby działało w ogóle i to jeszcze działało tak, jak założono w momencie jego uchwalenia) tworzą tu pułapkę. Do tego dochodzi niewiedza, że prawo ulega atrapizacji i manipulacjom

¹ E-mail: letowskaster@gmail.com

także ze strony zarówno tych, którzy prawo tworzą, jak i tych, którzy się nim posługują. Nie dotyczy to przy tym tylko detalistów oszukujących na wadze czy jakości, chciwych banków czy deweloperów wykorzystujących swą profesjonalną przewagę nad klientelą, ale i władzy stanowiącej prawo oraz kontrolującej jego funkcjonowanie. W celach sukcesu wyborczego czy utrwalenia politycznej przewagi – dopuszcza się ona manipulacji. A tę powinniśmy dostrzegać, bo naiwne stereotypy ani nie poszerzają wiedzy, ani nie pomnażają sprawności jej pozyskiwania.

3. **Współczesne prawo (mówię o Polsce w ramach UE i ramach systemu Rady Europy) jest multicentryczne (Łętowska 2005a: 1127–1148, 2005b: 3–10). Dlatego lektura zawartości polskiego Dziennika Ustaw nie wystarcza, aby wiedzieć, co jest „legalne”.**

3.1. Przed półwieczem nie było wątpliwości, że system prawa ma być dziełem rodzimego ustawodawcy-monopolisty, stanowiącego ustawy i ratyfikującego umowy międzynarodowe. Obecnie natomiast zaznacza się tu dobitny wpływ ośrodków zewnętrznych. Bywają one zarówno twórcami części systemu prawa obowiązującego w krajach członkowskich, podejmującymi decyzje o skutecznym (na obszarze krajowym) istnieniu, obowiązywaniu i stosowaniu prawa oraz interpretatorami prawa, działającymi *ratione imperii* i wydającymi wiążące na terenie krajowym wyroki (TSUE i ETPCz). W ramach Unii Europejskiej jej system prawny staje się systemem własnym państwa członkowskiego. **Na terytorium jednego państwa istnieje więc wieloskładnikowy system prawa, obejmujący wewnętrzne prawo narodowe oraz całe unijne *acquis communautaire*.** System wspólnotowy, z jego podziałem kompetencji prawotwórczych wewnętrznych i unijnych na wyłączne, konkurujące i równoległe (Galster, Mik 1995: 177 i nast.), z koncepcją „zajętego pola” („kto pierwszy, ten lepszy”), ze zwieńczającą te kwestie zasadą subsydiarności (tworzącą preferencje dla prawodawcy krajowego), rządzi się skomplikowanymi, drobiazgowo zakreślonymi regulacjami. Dotyczą one przedmiotu i zakresu tworzonego prawa, form, w jakich to może następować, upoważnienia dla poszczególnych typów aktów i skutków, jakie te akty wywierają itd. System ten podlega interpretacji zastrzeżonej tylko dla organów wspólnotowych. Natomiast kontrola (wielokierunkowa i wielopłaszczyznowa) jest dostępna dla państwa członkowskiego, jego organów, a nawet obywateli (będącymi wszak jednocześnie obywatelami UE). Dzieje się tak, aby zapewnić wpływ ze strony organów krajowych (i ich obywateli) na rozwój sytuacji. System ten, kazuistyczny i drobiazgowy, o odmiennych ośrodkach decyzyjnych i podziale kompetencji rządzącym się wielością skomplikowanych instrumentów, jest kompleksowy i bardzo trudny w obsłudze.

3.2. W sprawach gospodarczych (co istotne dla ekonomistów) **system multi-centryczny przenosi punkt ciężkości stanowienia prawa i jego interpretacji – na organy wspólnotowe**. Ale już gdy np. chodzi o sądownictwo rozstrzygające kwestie objęte *acquis* – sytuacja jest odmienna. To same sądy krajowe, stając się organem wspólnotowym, zyskują „janusowe oblicze”, co zresztą nie przysparza im popularności w oczach polityków. Władza nad znaczeniem prawa, wynikająca z wprowadzonej do Konstytucji z 1997 roku zasady podziału władz (art. 10), uczyniła sądy **podmiotem/konkurentem legislatywy i egzekutywy, w mechanizmie skonstruowanym jako system kontroli i równoważenia**. Rozstrzygając o znaczeniu prawa (i to także w wielu kwestiach publicznych) oraz ograniczając swobodę władzy politycznej, sądy ujawniły władzy politycznej granice tego, co uważała za swoją władzę prerogatywną. Władza polityczna zaś dostrzegła szybko w sądach niebezpiecznego nie tylko rywala, ale czasem wroga².

Napięcia w ramach *checks and balances* są stanem normalnym i wręcz zakładanym w tym mechanizmie. Czym innym są jednak – składną także wielokrotnie zdarzające się w historii, i to nawet demokratycznych państw – próby wasalizacji judykatury w państwach degradujących się demokracji. O jakościowej różnicy decydują skala, metody i uporczywość nacisków podejmowanych w celu kolonizacji judykatury oraz rozmiar osiągniętego skutku. W Polsce zachodzi właśnie taki proces, obserwowany od kilku lat i powodujący głęboki konflikt między politycznymi władzami Polski i organami UE.

Nowością jest tu przeniesienie sporu o niezależność/niezawisłość polskiego sądownictwa na poziom europejski. To samo w sobie powoduje nowe napięcia. Standardy TSUE i ETPCz wiążą *ratione imperii*. Jednocześnie jednak polski Trybunał Konstytucyjny zrelatywizował obowiązek wykonywania wyroków TSUE³ i ETPCz⁴, przyznając sobie prawo oceny i wyboru, które (i w jakim zakresie) wyroki tych sądów uzna za podlegające

²Wypowiedź prezydenta A. Dudy w rozmowie dla Radia Zet, 29.08.2022 r., „[...] środowiska sędziowskie po prostu chcą władzy. To środowiska, które właściwie nigdzie nie są w sposób demokratyczny wyłonione. One chcą mieć władzę nad demokratycznie wybranymi władzami. Środowiska sędziowskie przede wszystkim domagają się uznania swojej absolutnej nieomylności i – jak widać – możliwości realizacji kooptacji i odpowiedzialności wyłącznie realizowanej we własnym środowisku, na co żadne demokratyczne państwo, które chce być rzeczywiście państwem demokratycznym w pełnym tego słowa znaczeniu, nie może się zgodzić”. <https://www.prezydent.pl/aktualnosci/wypowiedzi-prezydenta-rp/wywiady/wywiad-dla-radia-zet,57936> (dostęp 6.09.2022).

³Wyroki TK: z 14.07.2021 r., P 7/20, LEX nr 3259464 (zakwestionowanie kompetencji TS co do środków zabezpieczających); z 7.10.2021 r., K 3/21, LEX nr 3231776 (zakwestionowanie zasady pierwszeństwa TUE).

⁴Wyrok TK z 24.11.2021 r., K 6/21, LEX nr 3259464.

wykonaniu, uzasadniając to oceną ich zgodności z polską konstytucją. Trybunał Konstytucyjny w osobiwy sposób⁵ zinterpretował w tym celu relację między prawem europejskim, EKPCz i polską konstytucją.

- 3.3. W zakresie prawa **obowiązującego w Polsce, jej „własnego prawa” sytuacja wygląda więc, jak następuje**: stanowienie prawa jest podzielone kompetencyjnie na prawo krajowe i wspólnotowe, przy czym jest to podział rozwijający się dynamicznie w kierunku zwiększania kompetencji ośrodka wspólnotowego. Interpretacja (odczytywanie prawa) wyklucza możliwość interpretacji prawa wspólnotowego przez ośrodki krajowe (dlatego istnieje instytucja pytań wstępnych sądów krajowych). Stosowanie prawa – przez organy krajowe – wymaga w tej sytuacji poddania się zasadzie skuteczności prawa wspólnotowego, gdy spór dotyczy kwestii objętych prawem wspólnotowym. System polskiego prawa to nie dwa odrębne prawne porządki, wypełniające polską przestrzeń; jest to jeden porządek, multicentryczny, lecz dzielony kompetencyjnie i zakresowo. Dzięki zaś orzecznictwu TSUE zbudowano kunsztowny system zasad kolizyjnych, prowadzących do zasady pierwszeństwa stosowania prawa wspólnotowego (i monopolu organów wspólnotowych co do interpretacji tego prawa). Pierwszeństwo stosowania może zaś wynikać (i wynika) z rozmaicie się kształtujących wobec różnych przedmiotów regulacji i aktów UE – zasad i konstrukcji.
- 3.4. System multicentryczny daje na wspólnym rynku UE ogromną przewagę tym, którzy potrafią sprawnie z niego korzystać i rozumieją zasady jego funkcjonowania. Tradycyjnie zorientowany prawnik jest jednak wobec niego bezradny: nie potrafi się nim posługiwać, nie umie wykorzystać jego atutów, ba, nie rozumie zasad jego funkcjonowania i robi błędy strategiczne. Jako ilustracja tych zjawisk może służyć kompleks zagadnień związanych z kredytami frankowymi. Ujawnił się tu bowiem nie tylko lobbyzm rynku usług prawniczych (to akurat zrozumiałe, tyle że powinno się spotkać z szybką reakcją korygującą, co w naszych warunkach nie następuje), nie tylko fachowe nieprzygotowanie polskich sądów na dialog z TSUE, ale i organiczna wręcz nieumiejętność zrozumienia przez polityków mechanizmów *rule of law*.
- 3.5. Struktura systemu prawa, jaka ukształtowała się wyniku akcesji do UE, rodzi deficyt znajomości i sprawności posługiwania się narzędziami kolizyjnymi, decydującymi nie tylko o rozgraniczeniu kompetencji, ale – przede wszystkim – zapewnieniu funkcjonalnej kompatybilności systemu.

⁵ <https://verfassungsblog.de/statement-by-retired-judges-of-the-constitutional-tribunal-on-the-constitutional-tribunal-judgment-in-case-k-7-21/>, <https://verfassungsblog.de/this-was-not-just-another-ultra-vires-judgment/> (dostęp 11.05.2022). S. Biernat; E. Łętowska, *This Was Not Just Another Ultra Vires Judgment! Commentary to the statement of retired judges of the Constitutional Tribunal*, Verfassungsblog 27.10.2021.

Multicentryczność powoduje więc znaczne skomplikowanie możliwości ustalenia „jakie jest prawo dla danej sytuacji”. **I zwłaszcza w kwestiach gospodarczych odpowiedź na prościutkie pytanie „co jest legalne” wymaga uniknięcia pułapki stereotypu nakazującego poszukiwać odpowiedzi wyłącznie w uważnej lekturze własnej odpowiedniej pozycji Dziennika Ustaw.**

4. **Trudność ustalenia co „jest legalne” ma źródło także w zjawisku atrapizacji prawa.** Obok bowiem uchwalonego tekstu prawa (ujęcie pozytywistyczne) istnieje – równoległe „prawo żywe” – jako zjawisko prawno-socjologiczne. Oba systemy istnieją równoległe. „Prawo żywe” to prawo w działaniu: pojawiające się pod wpływem interpretacji, odczytania znaczenia tekstu dzięki wykładni. I jest to zjawisko normalne, dzięki któremu prawo działa i się rozwija, zmieniając z czasem swą treść i ujawniając własny potencjał dostosowawczy⁶. Ale także mogą się tu pojawić i pojawiają się „bezprawie, patologie prawa, brak prawa, antyprawo czy pseudoprawo” (Kuisz 2020: 32), z różnym natężeniem proporcji i w różnych postaciach, w różnych historycznych okresach. Fraenkowski „Doppelstaat” (Fraenkel 2017), fasadowość prawa PRL czy NRD, sytuacje narastającego rozdźwięku z konstytucyjnym *rule of law*, pojawiające się w momentach upadku praworządności, to znane historycznie przykłady takiego zjawiska. Odróżnienie plew od ziarna, odpowiedź na pytanie, gdzie kończy się tolerowane „prawo żywe” i gdzie zaczyna szkodliwa atrapa prawa, jest jednym z najtrudniejszych zadań prawoznawczych, których dokonanie wymaga znacznie więcej niż lektury przepisów, bo solidnej insiderskiej wiedzy prawoznawczo-branżowej.

- 4.1. Ma rację Grzegorz W. Kołodko (2010: 138, 185), gdy pisze, że współczesny rynek jest skutecznie manipulowany przez producentów i dystrybutorów. Tyle że postulowany przez tego Autora „ogrom pracy [jaką] państwo winno [...] włożyć w pieczęć nad uczciwą konkurencją na rynku” wymaga, aby państwo, władza, organy regulacyjne kierowały się intencją zbudowania uczciwej konkurencji i umiały, a także chciały to przeprowadzić. Już nie zastanawiając się nad klasycznym problemem rozbieżności między literalnie odczytywanym tekstem i możliwościami (trudnościami, arkanami) jego interpretacji, pojawia się tu problem relatywnie nowy. Otóż tak, jak ekonomiści nie mają wątpliwości, że uczestnicy rynku nim manipulują, gdy jest to dla nich opłacalne, tak prawnicy nie powinni mieć złudzeń co do tego,

⁶Orzecznictwo TK jako przedmiot kontroli aprobuje nie tylko niejako „pierwotny” tekst prawa, ale i sytuację, gdy kontrolowana norma przyjęła w trwały sposób znaczenie nadanej jej przez praktykę stosowania. Tytułem przykładu TK z 12.01.2000 r., sygn. P 11/98, OTK ZU nr 1/2000, poz. 3; z 8.05.2000 r., sygn. SK 22/99, OTK ZU nr 4/2000, poz. 107.

że prawo nie zawsze działa tak, jak to głosi. A przede wszystkim, że samo w sobie bywa wykorzystywane jako narzędzie deprawacji rynku⁷.

4.2. **Lektura tekstów ustaw niewiele nam mówi o sytuacji rynkowej, o grożących mu, rzeczywistych ryzykach, o poziomie i możliwościach ochrony interesów uczestników rynkowych gier.** Prawo kreśli tu tylko ogólne ramy wypełniane treścią zawieranych umów. W prawie prywatnym występuje często regulacja przepisami (prawo dyspozytywne) oddziałującymi konkretnie tylko wtedy, gdy strony zawierające umowę w danej kwestii nie umówiły się inaczej. Ustawa w takim wypadku jest więc subsydiarna względem umowy. Znajomość tekstu prawa (lektura Dziennika Ustaw) nie zapewnia nam więc wiedzy o rzeczywistości rynkowej. Aby ją znać i rozumieć, trzeba znać i rozumieć otoczenie w jakim ustawy działają. Składają się na to: realia rynkowe (wiedza o treści zawieranych umów i stosowanych w nich praktykach), znajomość mentalności aktorów prawniczego teatrum i sposobu korzystania przez nich z *bargaining power*. Dotyczy to nie tylko konsumentów i ich kontrahentów-profesjonalistów, ale i sędziów umiejących (lub nie) korzystać z instrumentarium, jakim potencjalnie dysponują. Potrzeba zatem wiedzy o rzeczywistości, aby móc sprawdzić, czy coś „jest legalne”, czy nie.

4.3. **Badania empiryczne w zakresie działania prawa prywatnego, umów, zobowiązań, prawa handlowego, natrafiają tu na duże trudności.** Fakty („jak jest naprawdę”) są trudne do poznania (gdy idzie o treść) – **bo nie sposób badać milionów rzeczywistych transakcji.**

- Prawo prywatne ma przy tym charakter swoiście „samoobsługowy”. Nie wszystko co determinuje treść konkretnej umowy, jest uregulowane *expressis verbis* w treści ustawy. Strony same ją zawierają i po części wypracowują jej treść, i same – bez interwencji zewnętrznej – mają ją zrealizować. Pomoc organów państwa (w tym sądów) ma charakter zasadniczo subsydiarny. W konsekwencji normalnie funkcjonująca więź prawna powstaje, działa i wygasa bez czynnej interwencji sądu, czy w ogóle jakiegokolwiek czynnika oficjalnego, który rejestrowałby same umowy i ich losy. Dlatego też **przekonanie (czasem ulegają mu socjologowie), że można zbadać rzeczywista praktykę rynkową, odwołując się do orzecznictwa sądowego – jest błędne. Orzecznictwo jest fragmentaryczne, niepełne i dlatego zafalszowane.**
- Z tych samych przyczyn jako źródło informacji zawodzi statystyka sądowa.
- Zawodzą także takie narzędzia badawcze, chętnie stosowane przez socjologów, jak wywiad i kwestionariusze adresowane do profesjonalistów

⁷O czym szerzej w opracowaniu Łętowska 2019.

i konsumentów. Ci pierwsi stosują tu kamuflaż i milczenie. Ci drudzy muszą przede wszystkim wiedzieć, że ich sytuacja w ogóle pozostaje pod ochroną prawa, tworząc *justiciable problem*, który mógłby być rozwiązany, gdyby w odpowiednim czasie przedstawić go kompetentnemu prawnikowi i/lub kompetentnemu sądowi (Winczorek 2020: 127). Metodą wywiadu nie uda się zaś zbadać zjawiska, które z zasady ma pozostać w ukryciu, albo o którego potencjale prawnym nic nie wie osoba indagowana.

- Gdy profesjonalista stosuje kamuflaż i fałszywe etykiety, argumentem to usprawiedliwiającym jest oczywiście „tajemnica handlowa”. Ale tylko pozornie chodzi tu o obawę przed ujawnieniem konkurencji tajemnic biznesowych. W końcu szwindlujący deweloper czy sprzedawca nie będzie zdradzał tajemnic swej bezkonkurencyjnej rentowności.

4.4. Jest prawidłowością znaną ekonomistom, że zysk pochodzi nie tyle z realizacji zasad gospodarki konkurencyjnej, ile – przeciwnie – z ich naginania i obchodzenia. Prawo umów, wbrew temu, co deklarują kodeksy cywilne i handlowe i czego od niego oczekujemy, bywa wykorzystywane patologicznie i instrumentalnie w służbie zysku, polityki czy rozrywki, w egoistycznym interesie tego, kto potrafi chytrze się nim posługiwać. Spryt, pomysłowość i dysponowanie dużym kapitałem powodują, że instrumenty prawne, dzięki którym uprawia się biznes, stają się same w sobie swoistym „kapitałem” dla umiającego nimi władać. Granice prawa testuje się z udziałem świetnych, dobrze opłacanych fachowców, a granicą jest cierpliwość i profesjonalna sprawność sędziów. Przykładów można podać wiele. Piszącej te słowa, oprócz problematyki konsumenckiej są bliżej znane praktyki indemnizacyjne związane z reprivatyzacją, działania tzw. rugów spółdzielczych (pozyskiwanie terenów budowlanych kosztem spółdzielni mieszkaniowych) oraz zbliżone charakterem rugi lokatorskie.

4.5. **Prawo samo w sobie bywa tu instrumentem *legal harassment*, kierowanego przeciw słabszym uczestnikom rynkowych gier, oczywiście przy zachowaniu pozorów legalności.** Biznes niechętnie informuje kogokolwiek o tym „jak jest naprawdę” i twierdzi kontrfaktycznie, że jego zachowania mieszczą się w kategoriach legalizmu. Ten kamuflaż stosuje się wobec naiwnego badacza empirycznych zachowań rynkowych. Skonstruowanie przydatnego narzędzia badawczego zdolnego przedrzeć się przez parawan kamuflażu, wymaga insiderskiej wiedzy o prawie (którą z kolei nie dysponują socjologowie prawa). Jest zaś ona konieczna, aby sformułować odpowiednio hipotezę badawczą i niezbędne narzędzie umożliwiające jej weryfikację, chociażby po to, aby dostrzec, że problem leży np. w kunsztownym zestawieniu właściwej sekwencji skądinąd legalnych instrumentów

prawa albo w skutecznym wylansowaniu *fake newsa* w kwestii choćby znaczenia konkretnych postanowień prawa europejskiego czy orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej chroniących – przykładowo – konsumentów, środowisko czy franczyzobiorców lub dzierżawców.

5. Polski dyskurs o prawie jest w charakterystyczny sposób przekłamany i zarazem anachroniczny. Zarzut naruszenia prawa czy niedostatecznej ochrony przyznawanej przez prawo – politycy odpierają argumentem, iż skoro „prawo na papierze” jest w porządku, to test legalności zostaje pomyślnie przeprowadzony. Taka strategia argumentacyjna jest ciągle obecna w aktualnym sporze o praworządność między Polską i „resztą Europy”, w tym z organami UE. Tymczasem i prawo UE i system praw człowieka Rady Europy wymagają, aby „zgodność z prawem” oznaczała nie tylko legalność czysto formalną, ale i rzetelność rozwiązania. O tej ostatniej cesze przesądza zaś nie tylko sama treść prawa pisanego. **Tekst uchwalony, „na papierze” to regulacja abstrakcyjna i potencjalna, a jako taka – iluzoryczna. Realny standard ochronny ma być natomiast efektywny i konkretny.** Wymogi efektywnej ochrony sądowej w Unii Europejskiej⁸ i efektywna ochrona praw człowieka w ramach EKPC⁹ nakazują, aby tej oceny dokonywać z punktu widzenia efektywności (ochrona rzeczywista, konkretna), a nie potencjalności prawa (ochrona iluzoryczna/teoretyczna/abstrakcyjna). W Polsce często przy aksjologicznej ocenie prawa czy charakterystyce ochrony prawnej popełnia się więc charakterystyczny błąd – ograniczając się do tego, jak sprawę ujmują – potencjalne i abstrakcyjne – przepisy i tego, co – potencjalnie – „dałoby się” z nich wydedukować, przy pomocy wykładni – możliwej, ale tylko ewentualnej. To zaś, że stała, powtarzalna, statystycznie przeważająca praktyka nie idzie drogą takiej „prawidłowej i światłej” interpretacji zaproponowanej przez teoretyka – nie budzi refleksji o istnieniu jakiejś nieprawidłowości¹⁰. **Współcześnie pojęcie „co jest legalne” kształtuje się więc w Europie pod wpływem wymagania ochrony efektywnej i realnej, a nie wyłącznie potencjalnej i abstrakcyjnej, o której można wnioskować na podstawie istnienia samego tekstu. A nieosiągnięcie wymaganego standardu jest uważane za dostateczną wskazówkę (dla TSUE, ETPCz), że istnieje stan niezgodności z prawem. Polskie sądy w tym zakresie są mniej wymagające.**

⁸ Art. 19 Traktatu o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 13) z bogatym orzecznictwem TSUE, np. wyroki TS: z 29.07.2019 r., C-556/17, Alekszaj Torubarov przeciwko Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal, EU:C:2019:626, pkt 57; z 19.12.2019 r., ASML Netherlands BV przeciwko Semiconductor Industry Services GmbH (SEMIS), EU:C:2006:787, pkt 27.

⁹ Poczawszy od klasycznej sprawę Airey przeciwko Irlandii – wyrok z 9.09.1979 r., 6289/73, § 24.

¹⁰ Przykładowo taki właśnie argument obronny podnosi się wobec krytyki polskich reform wymiaru sprawiedliwości płynącej z kręgów UE, TSUE i ETPCz.

6. Na koniec uwaga dotycząca trzeciego kryterium, do którego odwołuje się cytat, który posłużył za tytuł niniejszego szkicu, a więc **moralności jako kryterium zewnętrznego wobec zgodności z prawem.**

6.1. Prawo i moralność to dwa oddzielne porządki normatywne, częściowo tylko pokrywające się ze sobą, lecz na siebie silnie oddziałujące. Nie wszystko co legalne jest moralne i nie wszystko co nielegalne bywa również niemoralne.

6.2. Czasem prawo i moralność wspierają swe działanie; tak byłoby najlepiej i dla prawa, i moralności, i dla aktorów życia społecznego. Jednakże relacja tego co prawne i tego co moralne – pozostaje w równowadze chwiejnej i dynamicznie się zmienia.

- Bywa tak, gdy prawo regulacyjnie wkracza w sfery, które dotychczas uważało się za zastrzeżone dla moralności lub gdy zamierzone rozszerzenie interferencyjnego pola konfliktu służy zakwestionowaniu przez moralność tego, co dotychczas uznawano za legalne. Znane przykłady – z literatury – to dylemat Antygony, a z nieodległej historii – geneza formuły Radbrucha (Zajadło 2001; Radbruch 2009: 242 i 243). W wersji mniej drastycznej to np. rygoryzm moralny islamskiego zakazu uprawiania lichwy, a nawet pobierania odsetek i pragmatyczna ocena jego wpływu na rynek kredytowy i obrót pieniężny.
- Z kolei moralność ulega też pokusom wzmocnienia własnego miękkiego oddziaływania poprzez sięgnięcie do prawa działającego środkami mocnymi. „Moralność” jest więc pojęciem wieloznacznym i pojemnym, jej wykorzystanie w relacji z prawem kusi możliwością manipulacji. Argument moralnego zakazu/nakazu bywa wykorzystany w celu osłabienia lub wzmocnienia tego, czego prawo wymaga albo czego zakazuje. Dość przywołać przykład klauzuli sumienia i sporów o jej podmiotowy i przedmiotowy zakres.

6.3. W przeciwieństwie do systemu prawa, obowiązującego abstrakcyjnie i ekskluzywnie na danym terytorium w danym czasie – „moralność” oddziałuje w sytuacjach konkretnych. O tym co moralne, rozstrzyga się wiążąco w konkretnym rozstrzygnięciu sporu. I czynią to sędziowie; ich subiektywne (z natury rzeczy; jest to cecha towarzysząca moralności) poglądy moralne będą tu decydujące. Odwołanie się do kryterium moralności akcentuje ten subiektywizm i indywidualizm zastosowania. Dlatego osobiście wolałabym, aby trzecie kryterium tytułowego cytatu odwoływało się nie do moralności, lecz do rzetelności. Wprowadzona do wewnątrz pojęcia legalizmu „rzetelność” jest bardziej zobiektywizowana, eksternalizowana orzecznictwo i dlatego bardziej transparentna. Poza tym mniej kusi wykorzystaniem nomenklatury jako instrumentu polityki kadrowej w sądownictwie.

LITERATURA PRZYWOŁANA

- Fraenkel Ernst (2017), *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, Oxford: Oxford University Press.
- Galster Jan, Mik Cezary (1995), *Podstawy europejskiego prawa wspólnotowego*, Toruń: Wydawnictwo Comer.
- Kołodko Grzegorz W. (2010), *Świat na wyciągnięcie myśli*, Warszawa: Prószyński i S-ka.
- Kołodko Grzegorz W. (2013), *Dokąd zmierza świat*, Warszawa: Prószyński i S-ka.
- Kuiz Jarosław (2020), *Propaganda bezprawia. O „popularyzowaniu prawa” w pierwszych latach Polski Ludowej*, Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.
- Łętowska Ewa (2005a), „Multicentryczność” systemu prawa i wykładnia jej przyjazna, w: Leszek Ogieńko, Wojciech Popiołek, Maciej Szpunar (red.), *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze.
- Łętowska Ewa (2005b), *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo”, z. 4, s. 3–10.
- Łętowska Ewa (2019), *Kto kogo deprawuje: prawo – rynek czy rynek – prawo (albo co uchodzi uwadze ekonomistów i prawników)*, w: Elżbieta Mączyńska (red.), *Ekonomia i polityka. Wokół teorii Grzegorza W. Kołodko*, Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Łętowska Ewa (2022), *O prawie i jego interpretacyjnych artefaktach*, w: Kaja Gadowska (red.), *Socjologiczna Agora. Wykłady mistrzowskie*, Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Radbruch Gustav (2009), *Pięć minut filozofii prawa*, w: *Filozofia prawa*, tłum. Ewa Nowak, Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Winczorek Jan (2020), *Dostęp do prawa. Ujęcie socjologiczne (Access to the Law. Sociological Approach)*, Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.
- Zajadło Jerzy (2001), *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk: Wydawnictwo ARCHE.

Ewa Łętowska

„IT HAS TO BE PROFITABLE, IT NEEDS TO BE LEGAL, IT CAN'T BE IMMORAL...”

The title quote is the „three sacred principles of the new pragmatism” formulated by Grzegorz W. Kołodko. The economy, according to the recommendations of this direction, requires the reduction of human, material and financial inputs, in order to maintain a long-term dynamic economic equilibrium. As a research method, the new pragmatism requires multidisciplinary: it wants to draw on the achievements of other social sciences, including knowledge of the law („it is supposed to be legal”).

The essay deals with the question of what it means for something to be legal. The main thesis is a warning to – first, not to conclude „what the law is” only as a result of reading the texts of laws, and second, to be aware that the texts of laws can themselves be tools of political or market oppression/manipulation.

Modern Polish law is multicentric. The multicentric system of law includes domestic national law as well as EU law and the *acquis communautaire*. Thus, the content of the Journal of Laws alone – is not enough to know what is „legal”.

The texts of laws alone also tell us little about the market situation. Here, the law itself is sometimes an instrument of legal harassment, directed against weaker participants in market games, while of course maintaining the appearance of legality. Business is reluctant to let anyone know „how it really is” and claims counterfactually – that its behavior falls within the categories of legalism. This camouflage is applied to the naive researcher of empirical market behavior.

Thus, the contemporary notion of „what is legal” is shaped in Europe by the requirement for effective and real protection, rather than merely potential and abstract protection, which can be inferred from the existence of the text itself. And failure to reach the required standard is considered a sufficient indication (for the CJEU, ECtHR) that a state of illegality exists. Polish courts are less demanding in this regard.

Słowa kluczowe: nowy pragmatyzm; legalizm; atrapizacja prawa; Doppelstaat; molestowanie prawne; tekst prawa; standard ochrony prawnej; multicentryczność prawa

Keywords: new pragmatism; legalism; manipulator of the of law; Doppelstaat; legal harassment; legal text; legal protection standard; multicentricity of the law