

Ewa Łętowska

## „Równanie w dół” – zagrożenie państwa prawa. Polska Herostratesem czy katalizatorem?

*Czyli to będzie w Sofii, czy też w Waszyngtonie.  
Od egipskich piramid do śniegów Tobolska  
Na tysiącach się wiorsty rozsiadła nam Polska,  
Papuga wszystkich ludów – w cierniowej koronie.*

.....

*Czy widzisz te kolumny na wyspie w teatrze,  
Co widok mi zamknęły daleki na ścieżaj?  
Ja tobie rozkazuję! W te słupy uderzaj  
I bij w nie, aż rozkruszysz, aż ślad się ich zatrze.*

.....

*Ja nie chcę nic innego, niech jeno mi płacze  
Jesiennych wiatrów gęźba w półnagich badyłach;  
A latem niech się słońce przegląda w motylach,  
A wiosną – niechaj wiosnę, nie Polskę zobaczę.*

*Bo w nocy spać nie mogę i we dnie się trudzę  
Myślami, co mi w serce wrastają zwątpieniem,  
I chciałbym raz zobaczyć, gdy przeszłość wyżeniem,  
Gdy wszystko w pył rozkruszę, czy... Polskę obudzę.*

Jan Lechoń, *Herostrates*

1. Pytanie o znaczenie członkostwa Polski w UE dla zapewnienia przestrzegania zasady państwa prawa<sup>1</sup> łatwo sprowadzić do obserwacji, że wydarzenia ostatnich czterech lat w Polsce zapewne wzbogacą historię *rule of law* o egzemplifikację systemowych naruszeń zasady państwa prawa. Tym samym mielibyśmy niezaprzeczalny polski wkład w najnowsze orzecznictwo TSUE, inspirowane tymi zdarzeniami. Systemowe naruszenia zasady państwa prawa<sup>2</sup> to sekwencje zjawisk w porządku krajowym, nieprzypadkowo tak ułożonych chronologicznie, aby uzyskać efekt synergii i stabilizację (jeżeli zgoła nie nieodwracalność) stanu stwarzanego przez te naruszenia. Zjawiska tego typu – określane różnymi nazwami<sup>3</sup> – nasiliły się w Polsce ze szczególną intensywnością od 2015 r. i stały się podstawą serii rozstrzygnięć TSUE<sup>4</sup>, nie licząc działań politycznych podejmowanych przez inne organy europejskie (Komisja Europejska, Komisja Wenecka).

Herostrates to jednak bohater smutnej sławy. Powszechności przekonania w tej kwestii nie zmieni przewrotność wiersza Lechonia, który

- 
- 1 Artykuł jest przeredagowanym referatem wygłoszonym w ramach sesji (*Znaczenie członkostwa Polski w UE dla zapewnienia przestrzegania zasady państwa prawa*) konferencji jubileuszowej prof. Stanisława Biernata pt. *Prawo publiczne w demokratycznym państwie prawnym*, Kraków, 6 czerwca 2019 r. W referacie wykorzystuję także kilka wątków pojawiających się w opracowaniach: E. Łętowska, *Konstytucja...*, s. 177–192; E. Łętowska, *Kto...*, s. 147–163.
  - 2 O tym zjawisku mówił Marek Safjan w referacie *Państwo prawa na konferencji Przyszłość Europy opartej na rządach prawa*, Warszawa, 16 kwietnia 2019 r., < <https://archiwumosiatynskiego.pl/wpis-w-debacie/rzady-prawa-a-przyszlosc-europy-tekst-wystapienia-w-sadzie-najwyzszym/> >, dostęp: 9 maja 2019 r.
  - 3 „Ciąg technologiczny” – E. Łętowska, *Prof. Łętowska tłumaczy, na czym polega „ciąg technologiczny PiS”*, < <https://oko.press/prof-letowska-tlumaczy-czym-polega-ciag-technologiczny-pis/> >, dostęp: 10 grudnia 2019 r.; „Ettikettenschwindel” – E. Łętowska, *The Powerlessness of the Rule of Law: Labels as Decorum*, < <https://ruleoflaw.pl/the-powerlessness-of-the-rule-of-law-labels-as-decorum/> >, dostęp: 10 grudnia 2019 r.; „Wrogie przejście porządku konstytucyjnego” – M. Wyrzykowski, *„Wrogie przejście” porządku konstytucyjnego*, < <https://archiwumosiatynskiego.pl/wpis-w-debacie/wrogie-przejecie-porzadku-konstytucyjnego/> >, dostęp: 10 grudnia 2019 r.; „Wykładnia wroga wobec konstytucji” – J. Zajadło, *Constitution-hostile...*
  - 4 Sprawy C-441/17 z 17 kwietnia 2017 r., *Komisja Europejska przeciw Polsce* (sprawa puszczy Białowieskiej); C-216/18 PPU z 25 lipca 2018 r., *Celmer*, ECLI:EU:C:2018:586; C-64/16, z 27 lutego 2018 r., *Associação Sindical dos Juizes Portugueses. Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117, C-585/18, C-624/18, C-625/18, z 19 listopada 2019 r. (dotyczące niezależności KRS i niezawisłości sędziów ID SN). W kolejce czekają pytania prejudycjalne w C-522/18, C-537/18, C-558/18, C-563/18, C-623/18, C-824/18, C-487/19, C-508/19, C-748/19, C-749/19, C-750/19, C-751/19, C-752/19, C-753/19, C-763/19, C-764/19, C-765/19 oraz skarga Komisji C-791/19; sumie 18 pozycji.

burzycielowi z Efezu przypisał motywy ozdrowieńcze i mitoburcze nadzieje – niepoparte wszakże pewnością sukcesu. W Unii Europejskiej Lechonia się przecież nie czyta, a partykularne problemy z historycznym mesjanizmem w którymś z państw na pewno nie tworzą priorytetu dla wspólnoty. Przykre by zatem było przyrównanie naszej roli wobec zasad państwa prawa w UE do tej, jaką w historii odegrał szewc z Efezu. Zwłaszcza, że raczej pożądanym byłoby powstrzymanie i samego Herostratesa, i jego naśladowców od dalszych eksperymentów w „rozkruszaniu słupów” kolejnych artemizjonów państwa prawa. Jeżeli więc szukamy znaczenia członkostwa Polski w UE dla przestrzegania zasady państwa prawa, to trzeba poszukać racjonalizacji, nie zadawalając się opisową rolą monopolisty w dostarczaniu smakowitych kazuśców dla TSUE.

W rzeczywistości Polsce przypadła rola katalizatora procesów już i dawniej przebiegających w UE, a nieuchronnie prowadzących TSUE do włączenia w orbitę jego zainteresowań i kompetencji wymagań stawianym sądom krajowym<sup>5</sup>.

2. Proces ten jest wymuszany przez zjawisko, któremu poświęcam niniejszą wypowiedź: „równanie do dołu”, *race to the bottom*. Ten termin oznacza, niedoceniane przez prawoznawców i analityków prawa, zjawisko polegające na tym, że uczestnicy obrotu prawnego (poszczególne państwa, podmioty prywatne i publiczne) – podejmując decyzje w kwestii swego udziału w tym obrocie, obejmującego implementację prawa, wybór prawa właściwego, ukształtowanie stosunku prawnego, sposób realizacji prawa już istniejącego – wybierają rozwiązania najbardziej dla siebie wygodne (zapewniające największe profity, swobodę działania, najmniej ograniczające). Inaczej mówiąc, mimo istnienia nakazu lojalnej współpracy (art. 4 ust. 3 TUE), zachowania egoistyczne w UE znajdują się na porządku dziennym. Zaś możliwości i potencjał stwarzany przez prawo UE i prawa podmiotowe często bywają ich twórcy. Dlatego prawo unijne musi być obudowane bezpiecznikami i gwarancjami, aby zapobiegać nieuchronnie postępującej, przy ich braku, patologizacji prawa, „ucieczce do dołu”, dyktowanej przez silniejszych czy sprytniejszych

<sup>5</sup> Dynamice powstawania tego mechanizmu jest poświęcona książka M. Taborowskiego, *Mechanizmy...* Por. zwłaszcza rozdz. I i VI *passim*, s. 524 i n.

uczestników obrotu. Organy UE przeciwstawiają się *race to the bottom* na wielu płaszczyznach prawa.

Reakcja TSUE następuje poprzez wzmacnianie „systemu obronnego” chroniącego praworządność, tak jak ją rozumieją organy UE<sup>6</sup>. Trybunał poszukuje tu efektywnego środka zapobiegawczego, zdolnego przeciwstawić się „wypłukiwaniu z treści” fundamentu, jakim jest jeden z podstawowych składników art. 2 TUE. Poważne traktowanie zasady skuteczności prawa europejskiego (przewidującego standard ochronny), przy jednoczesnej powszechności *race to the bottom* jako reguły taktycznej dnia codziennego, logicznie prowadzi więc do wzmocnienia zainteresowania TSUE kwestiami ustrojowymi sądów krajowych i niezależnością sądów/ sędziów krajowych. Taka współpraca TSUE z sądami<sup>7</sup>, niejako ponad głową parlamentów krajowych, zmniejsza bowiem ryzyko ucieczki w niższy standard praworządności, dokonujący się za sprawą decyzji politycznych. W końcu sądy z natury rzeczy są wśród wszystkich trzech władz najbardziej wyczulone na kwestie praworządności. Ochrona niezależności sądów i niezawisłości sędziów przed wpływami decyzyzmu politycznego jest więc działaniem na rzecz utrzymania aktualnego, już istniejącego standardu praworządności w UE. Za naszą<sup>8</sup> więc przyczyną następuje „jakościowa zmiana” w orzecznictwie TSUE: dostrzeżenie potencjału, jaki zawiera się w art. 19 ust. 1 TUE. Przepis ten wykorzystano jako tworzywo do kunsztownej, ciągle trwającej budowy odnowionego standardu wymiaru sprawiedliwości, który mocniej wiąże sądy krajowe z systemem UE, poprzez wpływ nie tylko na stosowanie prawa europejskiego przez sądy krajowe, ale i wpływ na instytucjonalne ukształtowanie tych sądów.

3. Zachodzące w Polsce, negatywnie oceniane zmiany systemowe w zakresie wymiaru sprawiedliwości (polegające na wzmocnieniu wpływu dwóch władz politycznych na sądownictwo) są przejawem wyjątkowo

---

6 J. Barcz, *Unia...*, s. 14.

7 Por. P. Filipek, *Rozproszona...*

8 I.C. Kamiński, *Unijna...*, s. 133 widzi związek między oczekiwaniem na rozstrzygnięcie sprawy C-64/16 a wniesieniem sprawy C-192/18 przeciw Polsce przez Komisję, w trybie art. 258 TUE. Podobnie M. Taborowski, *Mechanizmy...*, s. 30–31.

zintensyfikowanego, choć i spotykanego gdzie indziej<sup>9</sup>, i w innych postaciach, *race to the bottom* (równania w dół) standardu. Ta ucieczka do dołu w tym wypadku dotyczy praworządności. Bywa praktykowana przez państwa członkowskie – jeżeli mogą sobie one na to bezkarnie pozwolić. A reakcja TSUE także nie pełniłaby tu roli *deus ex machina*, ani nie byłaby przejawem uprzedzeń akurat wobec władz polskich. Byłaby to normalna reakcja organu, w którego kompetencjach leży działanie mające być efektywną reakcją UE na tego rodzaju usiłowania. Pojawienie się „spraw polskich” w tym zakresie, z uwagi na ich rozmiar, uporczywość i zakres naruszeń nadawałoby ewolucji orzecznictwa TSUE nową jakość w zakresie wydobycia znaczenia i rangi praworządności w ramach art. 2 TUE. Kазus Polski byłby więc katalizatorem tych zmian; i to w stadium jakościowego skoku, w postaci doszukania się w samym art. 19 ust. 1 TUE gwarancji dla sądów krajowych jako uczestników ustawicznego, „kolektywnego procesu edukacji państw uczestniczących w integracji europejskiej”<sup>10</sup>.

4. *Równanie w dół* – *race to the bottom* jako zjawisko było znane „od zawsze”, choćby obserwatorom zajmującym się ochroną konsumenta<sup>11</sup>. Ono to właśnie było przyczyną bardziej energicznego zajęcia się w prawie europejskim kwestiami instytucjonalnymi i gwarancjami proceduralnymi, kolizyjnymi oraz usprawnieniami organizacyjnymi w obsłudze sporów konsumenckich, jakkolwiek początkowo ochronę konsumenta realizowano poprzez problematykę materialnoprawną umów. W ten sposób utrudniano kontrahentowi konsumenta manipulacje wyborem najdogodniejszego dlań prawnego reżimu – kosztem wygody i nacisku na konsumenta. Mozolnie budowano tu system ochronny, tak aby skłonić ustawodawców krajowych i – co znacznie trudniejsze na poziomie UE – sądy krajowe. Zmiana prawa to przesłanka ochrony abstrakcyjnej i potencjalnej. Tymczasem do zapewnienia konsumentom w ramach prawa UE trzeba ochrony konkretnej i efektywnej. To wymaga współdziałania sądów i zmiany mentalności sędziów. Ten standard – bez aktywności, zrozumienia zasad i kodu dialogu z TSUE, a także

9 M. Taborowski, *Mechanizmy...*, s. 12.

10 K. Lenaerts, *Die Werte...*, s. 640.

11 Por. E. Łętowska, *Europejskie...*, s. 22–23, 195, 254.

sprawności w dogmatyce prawa UE ze strony sądów krajowych – jest nieosiągalny. Takie czteroprzymiotnikowe (nieabstrakcyjne i potencjalne, ale konkretne i efektywne) wymaganie co do skuteczności prawa UE jest bowiem w ogólności charakterystyczne dla prawa europejskiego, nie tylko konsumenckiego. Ta kwestia stanowi tradycyjny *casus belli* w zapoczątkowanym w 2016 r. sporze o praworządność między Komisją Europejską i Rzeczpospolitą Polską, co ujawniła przedstawiona Komisji przez polski rząd w marcu 2018 r. Biała Księga w sprawie reform polskiego wymiaru sprawiedliwości i odpowiedź na nią, przygotowana przez SSP „Iustitia”<sup>12</sup>.

W ujęciu europejskim praworządność i konstytucjonalizm odnoszą się do standardu prawa, tj. utrwalonej praktyki jego stosowania, a nie istnienia przepisów „na papierze”, których potencję może (ale nie musi) wydobyć ich stosowanie. Prawo UE akcentuje bowiem niezbędność wspólnego standardu ochrony i nie zadawała się przy jego ocenie samym istnieniem tekstu prawa. Tekst – jako przesłanka konieczna, lecz niewystarczająca – stwarza ledwie szansę osiągnięcia zaprojektowanego przez ustawodawcę stanu. Realizacja tego potencjału jest zależna od zjawiska niepewnego: natrafienia na sąd umięjący (i chcący – co nie zawsze idzie w parze) wykorzystać interpretacyjne możliwości tekstu. Prawo UE wymaga więc nie tylko uchwalenia prawa, ale i nieuchronności praktyki, zbudowanej w oparciu o nie<sup>13</sup>. To zaś wymaga zaangażowania się sędziego (wydobywającego konkretny sens z potencji tekstu) jako twórcy standardu prawa.

Na marginesie: niezrozumienie tej dwuaspektowości pojęcia skuteczności prawa unijnego jest trwałą przyczyną rozdzwięku w ocenie stanu praworządności między polskim rządem i organami UE.

---

12 Biała Księga w sprawie reform polskiego wymiaru sprawiedliwości z 7 marca 2018 r., < [https://www.premier.gov.pl/files/files/biala\\_ksiega\\_pl\\_full.pdf](https://www.premier.gov.pl/files/files/biala_ksiega_pl_full.pdf) >, dostęp: 20 czerwca 2019 r.; odpowiedź SSP „Iustitia” na Białą Księgę, < [https://www.iustitia.pl/images/pliki/odpowiedz\\_na\\_biala\\_ksiega\\_pl.pdf](https://www.iustitia.pl/images/pliki/odpowiedz_na_biala_ksiega_pl.pdf) >, dostęp: 20 czerwca 2019 r.

13 Znalazło to potwierdzenie w wyroku TSUE z 19 listopada 2019 r. w sprawie połączonych pytań prejudycjalnych C-585/18, C-624/18, C-625/18 i w wymaganiach tam postawionych dalszemu działaniu sądu odsyłającego (SN) co do sposobu skompletowania standardu niezależności i niezawisłości sądu i sędziów. SN 5 grudnia 2019 r., III PO 7/18, zastosował się do tych wskazań i ocenił praktykę wpływającą kształtująco na wzorzec niezależności i niezawisłości polskiego sędziego jako sędziego europejskiego.

5. Wpływ ze strony UE na sam tekst prawa krajowego jest łatwiejszy, a jego intensywność zależy od metody harmonizacji (minimalna czy zupełna). Natomiast osiągnięcie standardu ochronnego jest rozciągniętym w czasie procesem. Zależy bowiem od powszechności i powtarzalności działań sądów krajowych, ich umiejętności korzystania z prawa europejskiego i gotowości czynienia z niego użytku<sup>14</sup>, co nie jest mocną stroną polskich sądów<sup>15</sup>. W zakresie ochrony konsumenta odnotować można na przestrzeni ostatnich piętnastu lat wzmocnienie harmonizacji pełnej; zakłada ona ściślejszy dialog między TSUE i sądami krajowymi, natomiast jednoczesne ograniczenie roli parlamentu krajowego. Ta sytuacja jest jeszcze bardziej widoczna gdy – jak np. w wypadku dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych<sup>16</sup> – sąd krajowy musi sytuacyjnie oceniać, czy dana praktyka ma cechy abuzywności, czy nie. Abuzywność jest bowiem zwrotem nieostrym. Taka ocena z natury rzeczy może być dokonywana na poziomie konkretnego sporu, subsumpcji faktów, nie zaś na poziomie implementacji dyrektywy przez ustawodawcę. Stwierdzenie i kwalifikacja faktów jako praktyk abuzywnych wymaga oceny sądów (lub organów administracji). Natomiast ustawodawca krajowy nie ma tu żadnego pola manewru, działając poprzez

---

14 Charakterystyczna uwaga doświadczonego, europejsko zorientowanego sędziego w korespondencji z autorką tekstu: „To orzeczenie TSUE w sprawie C-176/17 jest niby znane w polskich sądach, bo w mediach o nim sporo pisano, ale tak naprawdę niestety nie zostało zaaplikowane. Wszystko wynika z tworzonoego odgórnie gonienia za jak największą statystyką, «numerkami», dążeniem, by nie zostać uznanym za «niesprawnego» sędziego, bo brak awansu, bo postępowanie dyscyplinarne itd. To takie «łatwe» i szybkie «machnąć» nakaz zapłaty czy wyrok zaoczny, które się uprawomocnią bez zaskarżenia, niż czasochłannie prowadzić sprawę, właściwie z urzędu, bo przy inercji pozwanego». Sprawa, o której mowa to C-176/17 z 13 września 2018 r., *Profi Credit Polska SA w Bielsku Białej, przeciw M. W.* Odpowiedź na pytanie prejudycjalne SR w Siemianowicach Śląskich. Odpowiedź mówi o tym, że art. 7 dyrektywy 93/13 o nieuczciwych warunkach umów konsumenckich sprzeciwia się interpretacji przepisów krajowych pozwalającym na nakaz zapłaty z weksla własnego jako gwarancji wiarygodności kredytu konsumenckiego, ponieważ sąd rozpoznający wniosek o wydanie nakazu nie może zbać tu zarzutu nieuczciwych warunków.

15 Przykładowo: wyrok SN z 31 stycznia 2019 r., V CSK 628/17, uchylił się od badania z urzędu abuzywności klauzuli w kredycie walutowym, ponieważ kredytobiorca nie powoływał się wyraźnie na swój status konsumencki (w sytuacji, gdy kredyty hipoteczne walutowe były brane na budowę mieszkań, co należało do notoriów).

16 Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dn. 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym, OJ L 149, 11.6.2005, s. 22–39.



stanowienie przepisów (norm generalnych), i to zwłaszcza w warunkach harmonizacji pełnej. Ta sytuacja oznacza konieczność ściślejszej kooperacji (dialogu) bezpośredniego między TSUE (jako interpretatorem prawa UE) i sądami krajowymi. Rola i znaczenie tych ostatnich jako sądów unijnych – rośnie. Problemem jest jednak to, czy one same o tym wiedzą i czy chcą z tego korzystać<sup>17</sup>.

6. Przyczyną takiej postawy sądów nie jest niezajomość przez sędziów prawa UE czy niechęć do jego zastosowania, lecz konserwatyzm dogmatyki prawa w Polsce formującej mentalność sędziowską. Dogmatyka, a więc siatka pojęciowa i język prawniczego dyskursu i rozumowań sądowych, schematy wnioskowania, jakimi sądy się posługują w celu obróbki pojedynczego przypadku, paradygmaty wyobrażeń o umowie są nie-nowoczesne. Dogmatyka prawa prywatnego wytworzyła się w XIX w. pod wpływem stosunków ekonomicznych wówczas panujących. Wedle klasyka historii kultury gospodarczej Ferdynanda Braudela<sup>18</sup> w warunkach wyrafinowanego, rozwiniętego kapitalizmu zysk pochodzi nie tyle z realizacji zasad rynkowej gospodarki konkurencyjnej, ile – przeciwnie – z naganiania i obchodzenia zasad funkcjonowania takiego rynku. A to dzięki sprytowi, pomysłowości i dysponowaniu dużym kapitałem. To oznacza, że uczestnicy gry rynkowej w nowoczesnych stosunkach wymiany nie posługują się prawem zgodnie z jego założonymi funkcjami, w celu harmonijnej współpracy. Przeciwnie, używają tych instrumentów jako wyrafinowanych narzędzi ochrony własnego egoizmu ekonomicznego.

7. Tymczasem ciągle obowiązujący akademię i sędziów paradygmat prawa przekazuje im już w czasie studiów komunikat, że prawo działa tak, jak to zadeklarował ustawodawca, tworząc tekst prawa (nie znaczy

---

17 Zaproszenia do dialogu (na tle sprawy C-119/15, *BP Partner*) nie dostrzegł SN w postanowieniu z 7 marca 2017 r., III CSK 13/15. SN odmówił tu wpisowi klauzuli abuzywnej do rejestru, działania wobec innych klauzul tożsamyh treściowo, poprzez przyjęcie najwęższej z możliwych interpretacji przepisu, nie dostrzegając istnienia zasady interpretacyjnej wyprowadzonej z zasady skuteczności prawa unijnego (chroniącego konsumentów), na dodatek wyraźnie powołując się na sprawę *Partner* błędnie zanegował jej znaczenie dla rozpoznawanej sprawy.

18 F. Braudel, *Kultura...*; F. Braudel rekapitułujący swe wnioski w serii trzech wykładów – F. Braudel, *Dynamika...*, s. 28 i n., 36, 47, 63 i n.



przy tym, że deklaracja była zrealizowana udatnie). Obok tego złudzenia prawnikom towarzyszy złudzenie drugie: co do tego, że siatka pojęciowa dogmatyki prawa i wypracowana przez akademię – historyczna *communis opinio* – objaśniająca znaczenie tekstu prawa, nie ulega manipulacjom w praktyce obrotu, a przy tym, że formalna równość stron, wobec ich *equal bargaining power* i możliwościach korzystania z rynku i prawa gwarantuje sprawiedliwość. Dlatego prawo, sędziowie, a także prokuratorzy oceniający sytuację z perspektywy penalnej mają kłopoty z dostrzeżeniem i prawidłowym zakwalifikowaniem zjawisk deklarujących się jako „normalne” wykorzystanie własności i umowy (afery reprivatyzacyjne, deweloperskie, spekulacja gruntami, rugi lokatorów itd.). Tymczasem w prawie obsługującym rozwinięte rynki, dążenie do zysku nieuchronnie patologizuje użycie prawnych instrumentów, nie tylko sprzyjając „wyciśnięciu” z tekstu prawa jego znaczenia sprzyjającego interesom strony sprytniejszej, bardziej doświadczonej, umiejętniej czy skłonnej do ryzyka, dysponującej lepszą obsługą prawną. Tekst prawa stosowany *a la lettre*, z wiarą, że jego cel zadeklarowany jest celem rzeczywistym, legitymizuje praktyki, przed którymi wzdraga się naiwna akademia. W tej sytuacji prawo samo w sobie staje się instrumentem *legal harassment*, tak jak każdy inny czynnik gry konkurencyjnej<sup>19</sup> opartej o spryt, pomysłowość, kapitał niemonetarny, społeczny kapitał sieci kupieckich znajomości, kontaktów, zaufania, niesymetryczność informacyjną<sup>20</sup>. Samo prawo jest więc czynnikiem systemowej przewagi profesjonalistów i ich doświadczenia. Sposób rozumienia i wykorzystania instrumentów prawnych, obsługujących wymianę, na które składają się łańcuchy umów różnego rodzaju, transakcji powiązanych

---

19 F. Braudel, *Dynamika...*, s. 69–70: „chodzi o nierówne wymiany, przy których konkurencja – istotna dla gospodarki zwanej rynkowa – mało się liczy, a kupiec ma podwójną przewagę: przecina relacje między wytwórcą a końcowymi odbiorcami towarów (tylko on zna warunki na obu końcach tego łańcucha, a więc możliwe zyski), a ponadto dysponuje gotówką, co stanowi jego główny argument”.

20 F. Braudel, *Dynamika...*, s. 73–74: „Mieli tysiąc sposobów obrócenia gry na swoją korzyść przez manipulacje kredytem, zyskowną grę dobrym i złym pieniądzem, gdy dobre monety złote i srebrne szły na duże transakcje, na kapitał, a złe, miedziane na drobne zapłaty i codzienne płatności, a więc na prace. Górowali dostępem do informacji, inteligencją, kulturą. I przejmowali wszystko co wartościowe...”

sekwencyjnie czy przedmiotowo staje się sam w sobie swoistym „kapitałem” dla umięjącego nim władać i inwestować przy jego pomocy. Może on być wykorzystywany sprytnie, pomysłowo, w zмовie z innymi aktorami rynku, tworząc „technologiczne” ciągi transakcji, sekwencyjnie powiązane długi i wierzytelności, skierowane przeciw innym, słabszym uczestnikom gry. Granicą jest jedno: utrata niezbędnej dla powodzenia „życzliwości państwa”<sup>21</sup>, co oznacza trywialne ostrzeżenie: nie wolno dać się złapać. Przykładem może być brak rozpoznania, nazwania i krytyki przyjęcia przez banki (i ich obsługę prawną) patologii korzystania z instytucji prawa przy umowach kredytów nominowanych we frankach. W warunkach panującego w dogmatyce używanej przez sądy paradygmatu formalnej równości stron, sądy (i poważna część akademii) nie umiały na czas dostrzec, że banki zawierały umowy w świadomości przerzucenia całego ryzyka na konsumenta<sup>22</sup>, co skrywała werbalizacja umowy. Tu kryła się różnica ocen orzecznictwa polskiego (lansującego konieczność redukcji utrzymującej umowę i niezbyt przychylnego kontroli abuzywności klauzul i praktyk umownych) i orzecznictwa TSUE z jego paradygmatem ochrony słabszej strony w obrocie.

8. Opisana korupcja prawa jest trudno uchwytana dla prawników, skłonnych brać za dobrą monetę to, co deklaruje się werbalnie (w momencie przygotowania i uchwalenia ustawy), a nie to, co jest realizowane, gdy zostanie uchwalona. Stąd kłopoty z uświadomieniem sobie przez sądy np. potrzeby ochrony konsumenta czy najemcy (bo to wszak oficjalnie są to formalnie równe profesjonalistom strony umowy); stąd przekonanie, że wszystkie umowy o kredyt walutowy były zawierane przez banki w dobrej wierze co do podziału ryzyka. Przy *race to the bottom* idzie nie tylko o wyzyskanie możliwości stwarzanych przez prawo, lecz wręcz o uczynienie z samego prawa narzędzia ofensywnego. Temu służy narzucanie przez stronę dysponującą lepszą obsługą prawną własnej,

---

21 F. Braudel, *Dynamika...*, s. 95: „Kapitalizm zawdzięcza rozwój i sukcesy określonym warunkom społecznym. Wymaga spokojnego ustroju społecznego, a także pewnej neutralności, słabości czy życzliwości państwa”.

22 Można to zaobserwować na ewolucji orzecznictwa TSUE dotyczącego kredytów walutowych – por. A. Wiewiórowska, *O stosowaniu...* Składam tu podziękowanie za udostępnienie.

wygodnej dla siebie kwalifikacji prawnej zjawisk, o które toczy się spór<sup>23</sup>. Sprzyja temu bezradność sądów wobec deklaracji strony, iż dokonana przez nią czynność prawna jest „tym i tym” (weźmy choćby przykład polskich kredytów formalnie tylko walutowych, przewłaszczeń w celu inkasa fikcyjnych cesji, czy spółek specjalnego przeznaczenia). Tymczasem „niewidzialna ręka rynku” zawsze wzmacnia mocniejszego, a adwokacki *Ettiketenschwindel* służący zmyleniu sądu poprzez podawaną mu kwalifikacją dogmatyczną – jest codziennością obrotu<sup>24</sup>. Tradycyjne instrumentarium ochronne prawa prywatnego jest budowane zawsze na fundamencie równowagi formalnej (*equal bagaining power*), której w takiej sytuacji po prostu nie ma. Występuje bowiem brak równowagi sił (intelektualnych, organizacyjnych) czy inne odczuwanie presji czasu. Dla przykładu: słabszy w potrzebie – choćby zdrowotnej czy transportowej – nie może czekać; świadczący na jego rzecz „partner” ma komfort braku takiej presji. Różnica w odporności na jego rozmaite działanie na różnych uczestników obrotu jest czynnikiem rzadko branym pod uwagę przez dogmatyków prawa prywatnego.

Z kolei sądy – z wygodnictwa czy braku krytycyzmu dogmatycznego – tolerują dogmatyczny *Ettiketenschwindel* strony dysponującej bardziej przedsiębiorczą obsługą prawną. I tak przez nieumiejętność wyciągnięcia ze zbrojowni ochronnej tarczy prawa prywatnego – ona sama staje się ona nieefektywnym instrumentem obrony, nie najgorzej jednakowoż służąc jako taran dla strony silniejszej. Unijne wymaganie ochrony skutecznej, wsparte na fundamencie praktycznego standardu a nie potencjalności tekstu i jego interpretacji, ukazuje tu swoje zalety. W zakresie ochrony konsumenta prawo unijne ujawnia tę cechę w dynamiczny sposób, przeciwstawiając się przejawom *race to the bottom*

---

23 Działają to zresztą w ramach różnych aksjologii, np. słynna sprawa usprawiedliwienia odmowy sprzedaży tortu na ślub gejowski w USA (wyrok z 4 kwietnia 2018 r., *Masterpiece cake-shop, ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*) argumentem, że chodzi o ekspresję wolności cukiernika, ma za podstawę dogmatyczną kwalifikację wyrobu tortu jako wyniku wolności i działania artystycznego (*Etikettenschwindel*). Por. zdanie odrębne s. R. Bader-Ginzburg. Takie rozciąganie etykiety wolności słowa i ekspresji artystycznej w celu ochrony działalności biznesowej nie jest zresztą wyjątkiem.

24 W Polsce takim przykładem mogą być może być spory reprivatyzacyjne, deweloperskie, kredyty bankowe i in.

poprzez paletę rozmaitych środków, obligujących nie tylko ustawodawcę krajowego, ale i sądy krajowe.

**9.** Konserwatyzm polskich sądów, niedostrzegających zjawiska *race to the bottom* i jego praktycznych konsekwencji – ma także wymiar publicznoprawny, konstytucyjny. Po pierwsze, powstaje tu pytanie, czy trzecia władza spełnia swoją konstytucyjną rolę jako szafarz sprawiedliwości i gwarant wielu wolności i praw konstytucyjnych, np. wolności korzystania z rynku (nie wspominając już o tym, że formalistyczna postawa sądów delegitymizuje trzecią władzę w oczach społeczeństwa). Po drugie, sądy krajowe jako sądy unijne mają obowiązki implementacyjne wobec prawa UE. Ich błędna praktyka naraża więc Polskę na zarzut niewłaściwej implementacji tego prawa – w zakresie obowiązków wobec struktury europejskiej.

**10.** *Race to the bottom* jest znana także prawu publicznemu, przyjmując w nim – paradoksalnie – ucieczkę spod statusu prawa publicznego w status prawa prywatnego. Sytuację taką zwykle motywuje się chęcią przyspieszenia i potaniaenia działania podmiotów publicznych. W rzeczywistości cel bywa bardziej trywialny: bywa nim chęć ucieczki spod reżimu prawa publicznego i występujących w nim ograniczeń konstytucyjnych, administracyjnych, wynikających z praw człowieka, które w nim zbudowano, aby chronić jednostkę podległą władzy przed „mieczem tyranii”<sup>25</sup>. Władza publiczna, polityczna, porzuca zatem właściwe dla siebie środowisko prawne i wybiera reżim prawa prywatnego, ponieważ nie znajduje w nim tych ograniczeń, jakie są jej udziałem w porzuconym reżimie. Urynkowienie usług publicznych, prywatyzacja więzień, armii, administracji świadczącej, zmiana form działania władzy administracyjnej – zapewnia działającemu więcej swobody i nieodpowiedzialności, niż miałby ich w reżimie prawa publicznego.

**11.** Utrata władzy politycznej przez państwo często łączy się z prywatyzacją czy komercjalizacją, ale nie stanowi z nimi *iunctim*, bo owa utrata władzy może mieć źródło także w innych okolicznościach, np. w rozwoju obrotu

---

<sup>25</sup> Szerszą faktografię tego zjawiska podaje E. Łętowska, *Prawo...*, s. 6–27. Por. także M. Sandel, *Czego...*

elektronicznego<sup>26</sup> (które zdolne są niweczyć gwarancyjną rolę prawa, z konstytucją włącznie).

12. Przejmowanie władzy przez inne, niepaństwowe podmioty<sup>27</sup> miewa różne postaci. Czasem to sama władza publiczna wyzbywa się tradycyjnych zadań i funkcji, przekazując je oficjalnie „w inne ręce”; czasem natomiast to inne podmioty, zwłaszcza silne korporacje międzynarodowe, organizacje czy związki sportowe (zawierające umowy z rządami przy okazji organizacji imprez o światowym zasięgu) tę władzę uzurpacyjnie czy manipulatorsko dla siebie zawłaszczają<sup>28</sup>, działając różnymi metodami – od klasycznych nacisków, lobbingu, przez kamuflaż rzeczywistych zamierzeń szczytnymi celami rozwoju sportu, budowy postępu ekonomicznego, ochrony wolności słowa, wolności religijnej itd. Umowy zawierane przez takie podmioty (bo tej formy działania wspomniane podmioty się nie wyrzekają) służą transferowi władzy lub uniknięciu odpowiedzialności publicznoprawnej. Wskazać tu można takie podmioty, jak związki sportowe (FIFA czy UEFA)<sup>29</sup>; umowę ACTA, która – zabezpieczając interes pośredników w handlu własnością intelektualną – miała prowadzić do narzucenia państwom i społeczeństwom konkretnych zasad obrotu przedmiotami objętymi tą własnością. Podobny problem stwarzają wielkie międzynarodowe korporacje, jak słynna GAFA (Google, Apple, Facebook, Amazon), platform cyfrowych służących usługom (gdzie ryzyka nieproporcjonalnie przerzuca się na usługobiorców), a nawet związki religijne i kościoły w zakresie obrotu cywilnoprawnego, gdzie w imię swej misji żądają szczególnego reżimu w zakresie prawa prywatnego<sup>30</sup>.

---

26 A. Wiewiórowska-Domagalska, w: *Discussion...*, s. 127–130.

27 Różne przejawy tego zjawiska zob. *Krytyka...*

28 Dotyczy to także np. umów nettingu; władza banków – S. Sołtysiński, *Postępowanie...*, s. 795–811.

29 Wymuszające na państwach w drodze umów o nader wątpliwej legitymizacji konstytucyjnej czy przejmowanie całych segmentów władzy politycznej na okres np. igrzysk sportowych – K. Tetlak, *Opodatkowanie...*, rozdz. IV.

30 Wyrok TSUE z 10 lipca 2018 r., C-25/17 (prozelicka działalność Świadków Jehowy w Finlandii) ECLI:EU:C:2018:551; wyrok TSUE z 11 września 2018 r., C-68/17 (Działalność zawodowa prowadzona w kościołach lub innych organizacjach, których etyka jest oparta na religii lub przekonaniach, Niemcy) ECLI:EU:C:2018:696; wyrok TSUE z 17 kwietnia 2018 r., C-414/16

13. W konsekwencji także na poziomie europejskim TSUE, jak i w ogólności prawo unijne, rozpatrując spory dotyczące umów (teoretycznie z natury rzeczy poddane prawu prywatnemu) obecnie częściej lub głębiej wkraczają w problematykę publicznoprawną<sup>31</sup>. Prawoznawstwo (nie całkiem zresztą trafnie, ale to inna kwestia) z nią właśnie tylko zwykle wiązać problematykę państwa prawa. Zatem faktem jest, że obecnie UE ma więcej problemów z państwem prawa i że problematyka ta obejmuje sobą bardziej wyraźnie także kwestie prywatnoprawne. „Błędy i wypaczenia” któregoś z państw (Polska) lub ich grupy (państwa o niedawnej przynależności do UE z charakterystyczną przeszłością, brakiem doświadczenia w kwestiach *rule of law* i specyficzną mentalnością aktorów prawniczej sceny) to tylko fragment obrazu. Problemem jest uniwersalizm zjawiska „zmiany kapeluszy” silnych uczestników obrotu prawnego, uprawiających egoistyczną *race to the bottom* – w poszukiwaniu najdogodniejszego (scil. najniższego) statusu ochronnego prawa i nieodporność na to zjawisko prawników, konstytucjonalizmu i prawoznawstwa w młodych demokracjach unijnych. To zaś skłania TSUE, działającą w obronie wartości wspólnych, do poszukiwania remediów silniejszych niż tradycyjne.

### Leveling Down – Threats for the Rule of Law: Is Poland Herostratus or a Catalyst?

Member States (while transposing and implementing the EU law), as well as participants of the market (while concluding and performing contracts), take part in the race to the bottom. They choose the most comfortable solutions that offer them the highest profits, the greatest freedom, and the fewest limitations. EU law should prevent this unavoidable pathologization, the race to the bottom, imposed by the stronger or smarter participants of the market.

---

(Działalność zawodowa kościołów lub innych organizacji, których etyka opiera się na religii lub przekonaniach, Niemcy), ECLI:EU:C:2018:257.

31 Wyrok TSUE z 13 września 2017r., C-329/15, *Enea SA przeciw Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki*, ECLI:EU:C:2017:671; TSUE Opinia 1/17 Trybunału z 30 kwietnia 2019 r., Opinia wydana na podstawie art. 218 ust. 11 TFUE – Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa między Kanadą, z jednej strony, a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z drugiej strony (CETA), ECLI:EU:C:2019:341; wyrok TSUE z 6 marca 2018 r., C-284/16, *Słowackische Republik przeciwko Achmea BV* (dwustronna umowa inwestycyjna), ECLI:EU:C:2018:158.

Considering how common the race to the bottom is, the principle of effectiveness of EU law inspired an increased involvement of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the discussion on the independence of the national judiciary. It deals with the protection of judges' independence against influence, pressure, as well as political decisionism, in order to prevent the existing standard of the rule of law from deteriorating. Recently, Polish courts formulated more than twenty preliminary referrals for the CJEU, and the EU Commission subsequently initiated two cases against Poland. All of these cases deal with situations in the Polish judiciary. The Polish cases became a catalyst of change, and, as a result, the case law of the CJEU is undergoing a „qualitative change”. The potential of Article 19 Section 1 of the Consolidated version of the Treaty on European Union has been noticed. On this basis and in cooperation with the national courts, a renewed standard of an independent European court is being constructed. This standard would further bind national courts with the EU system. The standard relates not only to the application of EU law by national courts, but it also deals with the institutional structure of the national courts.

**Keywords:** rule of law, deterioration of the existing standard of the rule of law, judges' independence, preliminary referrals, CJEU, judiciary, race to the bottom

**Ewa Łętowska** – prof. dr hab., sędzia Trybunału Konstytucyjnego w stanie spoczynku, dr h.c. Uniwersytetu Gdańskiego, Uniwersytetu Warszawskiego, Akademii Pedagogicznej im. Marii Grzegorzewskiej w Warszawie, czł. rzeczywisty Polskiej Akademii Nauk, czł. czynny Polskiej Akademii Umiejętności, Rzecznik Praw Obywatelskich (1988–1992). Związana z Instytutem Nauk Prawnych PAN specjalizowała się w zakresie prawa cywilnego (m.in. ochrona konsumenta), w prawie konstytucyjnym oraz w prawach człowieka.

### Bibliografia

- Barcz J., *Unia Europejska wobec niepraworządnych państw*, PiP 1/2019.  
Braudel F., *Dynamika kapitalizmu*, Warszawa 2013.  
Braudel F., *Kultura materialna, gospodarka i kapitalizmu*, Warszawa 1992, t. 1–3.  
Filipek P., *Rozproszona europejska kontrola przestrzegania prawa do rzetelnego procesu sądowego w świetle zasady wzajemnego zaufania i wyroku C-216/18 PPU, LM*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 2.



- Kamiński I.C., *Unijna zasada praworządności (państwa prawa) i uprawnienia sądów*, w: *Konstytucja. Praworządność. Władza sędziowska. Aktualne problemy trzeciej władzy w Polsce*, red. Ł. Bojarski, K. Grajewski, J. Kremer, G. Ott, W. Żurek, Warszawa 2019.
- Krytyka prawa. *Niezależne studia nad prawem*, t. IV. *Prywatyzacja władzy publicznej, publicyzacja sfery prywatnej*, red. J. Jabłońska-Bonca, Warszawa 2012.
- Lenaerts K., *Die Werte der Europäischen Union in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union: eine Annäherung*, „Europäische Grundrechte Zeitschrift“ 21/2017.
- Łętowska E., *Konstytucja czasu tranzytacji – szansa i pech*, w: *Droga ku Zmianom, Księga jubileuszowa w sześćdziesiątą rocznicę urodzin Prezydenta Aleksandra Kwaśniewskiego*, red. D. Waniek, K. Janik, t. I, Warszawa – Kraków 2014.
- Łętowska E., *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004.
- Łętowska E., *Kto kogo deprawuje: prawo – rynek czy rynek – prawo? (albo co uchodzi uwadze ekonomistów i prawników)*, w: *Ekonomia i polityka. Wokół teorii Grzegorza W. Kołodko*, red. E. Mączyńska, Warszawa 2019.
- Łętowska E., *Prawo w płynnej nowoczesności*, „Państwo i Prawo” 3/2014.
- Sandel M., *Czego nie można kupić za pieniądze. Moralne granice rynku*, tłum. A. Chromik, T. Sikora, Warszawa 2012.
- Sołtyśński S., *Postępowanie insolwencyjne i netting. Trudna kohabitacja*, w: *Proces cywilny. Nauka, kodyfikacja, praktyka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Feliksowi Zedlerowi*, red. P. Grzegorzczak, K. Knoppek, M. Wasilik, Warszawa 2012.
- Taborowski M., *Mechanizmy ochrony praworządności państw członkowskich w prawie Unii Europejskiej. Studium przebudzenia systemu ponadnarodowego*, Warszawa 2019.
- Tetlak K., *Opodatkowanie dochodów sportowców biorących udział w międzynarodowych zawodach sportowych*, Warszawa 2012.
- Wiewiórowska-Domagalska A., w: *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms-Commentary*, red. C. Busch, G. Dannemann, H. Schulte-Nolke, A. Wiewiórowska-Domagalska, F. Zoll, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego 2019 (w druku).
- Wiewiórowska-Domagalska A., *O stosowaniu prawa UE w praktyce sądów krajowych, prezentacja wykładu*, npl.
- Zajadło J., *Constitution-hostile Interpretation*, „Przegląd Konstytucyjny” 2018, nr 2.