Prof. dr hab. Lech Morawski, kierownik Katedry Teorii Prawa i Państwa WPiA, Uniwersytet Mikołaja Kopernika:

DEMOKRACJA A PRZYWILEJE KORPORACYJNE

Mój artykuł został napisany w czasie kiedy losy ustawy o zasadach świadczenia usług prawniczych i o licencjach prawniczych nie był jeszcze przesądzony . Dzisiaj wiemy już nieomal z pewnością że batalia o ostateczne otwarcie dostępu do zawodów prawniczych została przegrana . Nieomal natychmiast po objęciu swojego urzędu nowy Minister Sprawiedliwości powołując się na opinię Rady Legislacyjnej odmówił nadania projektowi tej ustawy dalszego biegu . W ten sposób Minister Sprawiedliwości przychylił się do stanowiska reprezentowanego przez Trybunał Konstytucyjny, który również broni interesów korporacji prawniczych (por. np. wyrok z 19.04.2006 , K 6/06, w sprawie aplikacji adwokackich i wyrok z 8.11.2006, K 30/06 w sprawie aplikacji radcowskich). Stanowisko TK i Ministra Sprawiedliwości w przedmiotowej sprawie uważam za ewidentnie sprzeczne z Konstytucją. Można zresztą w bardzo prosty sposób wyjaśnić, dlaczego to sądy i przedstawiciele nauki prawa z taką determinacją bronią interesów korporacji prawniczych. Ich stanowisko jest wręcz akademicką ilustracją tego, co R.Posner nazwał deal theory of legislation, a co my – dosadniej – nazwać możemy,,ubij- interes – teorią legislacji" Mówiąc krótko i brutalnie: sądy wydają i będą wydawać korzystne dla korporacji orzeczenia, a gremia akademickie - korzystne dla korporacji opinie (vide opinia Rady Legislacyjnej), tak długo jak długo sędziowie, prokuratorzy i profesorowie prawa będą mieli swobodny dostęp do

wszystkich zawodów prawniczych . W tej sytuacji przestaje dziwić fakt, że sędziowie i profesorowie prawa, którzy w swoich orzeczeniach i opiniach tak bardzo bronią poziomu zawodów prawniczych, nagle zapominają o tym, jakie to na przykład kwalifikacje zawodowe do występowania w sprawach sądowych ma profesor historii prawa , czy doktryn politycznych (a właściwie już doktor habilitowany) albo jakie to kwalifikacje do występowania w sprawach cywilnych ma na przykład sędzia lub prokurator, który całe życie zajmował się sprawami karnymi[1]*. W świetle takich faktów troska o poziom kwalifikacji zawodowych prawników okazuje się zwykłą hipokryzją i cyniczna obroną interesów tych, którzy już są w korporacjach lub z mocy obowiązujących ustaw mają do nich automatyczny dostęp. Jako zwolennikowi jak najszerszego otwarcia zawodów prawniczych, nie chodzi mi oczywiście o to, by zamknąć ten dostęp dla profesorów prawa, ale o to, by* go otworzyć również dla innych.

Z drugiej strony przyznać trzeba, że walka o otwarcie dostępu do zawodów prawniczych nie była przedsięwzięciem całkowicie chybionym . Doszło do daleko posuniętej obiektywizacji egzaminów korporacyjnych , w których jeszcze kilka lat temu niepodzielnie królowały praktyki nepotystyczne; stworzono również pewne możliwości pozakorporacyjnego wykonywania zawodów prawniczych m.in. w oparciu o ustawę o swobodzie działalności gospodarczej z 2004 roku. Sytuacja nadal jednak jest wysoce niezadowalająca. Liczba adwokatów i radców prawnych przypadająca na 100 000 mieszkańców jest w Polsce jedną z najniższych w UE (Polska- 69, Hiszpania – 260,Włochy - 225, Anglia - 200, Niemcy -150). Jeśli teraz zdamy sobie sprawę z tego, że w naszym kraju nadal w ogromnej większości przypadków pełnomocnikiem procesowym może być tylko adwokat lub radca, a ich wynagrodzenie jest ustalane w drodze

[1] Ustawa o doradztwie podatkowym z 1996 roku przewiduje na przykład wpis na liste doradców podatkowych wyłącznie dl a osób posiadających stopień naukowy doktora habilitowanego nauk prawnych lub nauk ekonomicznych w zakresie prawa finansowego lub finansów.

umowy cywilnoprawnej i może być określone w dowolnej wysokości (por. uchwała SN z dnia 2000.11.23, III CZP 40/00), to nie powinniśmy się dziwić temu, że ceny usług prawniczych rosną do niebotycznych i niczym nieuzasadnionych rozmiarów (pewne ograniczenia wprowadziła tutaj ustawa o notariacie określając stawki maksymalne opłat notarialnych). W moim przekonaniu zjawiska tego nie da się jednak wyeliminować przez coraz ściślejszy nadzór, kontrolę, czy ustalanie maksymalnych stawek wynagrodzeń, bo każdy dobrze o tym wie, że tego typu zabiegi prowadzą co najwyżej do korupcji. Jedynie otwarcie rynku usług prawniczych może tego rodzaju patologie ograniczyć. W chwili obecnej sytuacja na rynku usług prawniczych stała się nielogiczna i wręcz absurdalna. Jak bowiem można logicznie wytłumaczyć fakt, że w sprawach podatkowych, gdy spór toczy się nawet o miliony, pełnomocnikiem strony może być każda osoba fizyczna, która ma pełną zdolność do czynności prawnych (art. 137 Ordynacji podatkowej, podobnie w postępowaniu administracyjnym – art.33 k.p.a.) , natomiast w sprawach sądowych poza nielicznymi wyjątkami (por. art.87 k.p.c.) strona, jeśli chce skorzystać z usług pełnomocnika, to nawet w sporze o kilkadziesiąt złotych jest zdana na usługi adwokata lub radcy. Także te fakty stawiają pod znakiem zapytania zasadność ostatniej decyzji Ministra Sprawiedliwości. Podobnie wiele wątpliwości wywołują ostatnie pomysły reformatorskie Ministerstwa Sprawiedliwości, ponieważ jak wynika z dość enigmatycznych założeń do projektowanej ustawy o dwustopniowym egzaminie prawniczym cele tej ustawy jest raczej przywrócenie kontroli korporacji prawniczych nad dostępem do zawodów prawniczych niż stworzenie alternatywnych, pozakorporacyjnych, możliwości ich wykonywania. Jesteśmy na najlepszej drodze, by uznać za dogmat absurdalne twierdzenie, że poza korporacja nie można w kompetentny sposób wykonywać zawodu prawnika.

DEMOKRACJA A PRZYWILEJE KORPORACYJNE*

Społeczeństwo

Niewątpliwą wadą liberalnej wizji społeczeństwa jako podmiotu politycznego było to, że pojmowała ona społeczeństwo jako sumę relacji między jednostkami a władzą państwową. Koncepcja ta opierała się na założeniu, że obywatel ma pełną autonomię w sprawach prywatnych, natomiast państwo pełen monopol w sprawach publicznych. Wprawdzie pisano tam wiele o korporacjach[2] i powszechnie to zresztą znany fakt, jak ważną rolę pełniły one w Średniowieczu, ale kapitalizm wyraźnie nie doceniał funkcji korporacji w życiu publicznym. Dopiero właściwie w encyklice Piusa XI Quadragessimo Anno z 1931 roku wskazano z taką mocą na wymiar publiczny różnego rodzaju stowarzyszeń, korporacji i innych podmiotów zbiorowych. W encyklice zaproponowano inną od liberalnej wizję społeczeństwa nie jako układu dwuelementowego jednostki – władza państwowa, lecz jako układu trójelementowego jednostki – korporacje – władza państwowa. W tej encyklice sformułowano również słynną zasadę subsydiarności, która obok zasady solidarności stała się fundamentem społecznej nauki Kościoła[3]. Nie trzeba przypominać, że obydwie te zasady stają się coraz częściej konstytutywnym elementem wielu wspólnot politycznych, w tym wielu państw, z UE włącznie.

Zgodnie z zasadą subsydiarności te wszystkie sprawy, w których jednostka nie jest w stanie poradzić sobie sama powinny w pierwszym rzędzie załatwiać

---

* Niniejszy tekst stanowi zmienioną wersję artykułu, który został opublikowany w PiP 2007/8

[2] Termin korporacja, jeżeli z kontekstu nie wynika inaczej, jest używany tutaj w szerokim, socjologicznym tego słowa znaczeniu jako wszelkiego rodzaju zrzeszenia obywateli, zarówno dobrowolne, jak i przymusowe.

[3] Na ten temat szeroko Subsydiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft, hrsg P.Bickle, T.Hüglin, D.Wyduckel , Rechtstheorie 2002, Beiheft 20, a zwłaszcza zawarty w tym tomie artykuł M.Calise, Corporate Authority in a long-term Comparative Perspective, por. też J.Höffner, Chrześcijańska nauka społeczna, Warszawa 1999, s.56, J.Majka, Katolicka nauka społeczna, Rzym 1986, s.286.

korporacje, a dopiero następnie, gdy nie są one w stanie podołać swoim obowiązkom może je przejąć państwo. W ten oto sposób dokonało się niejako uznanie publicznego wymiaru korporacji oraz uznanie, że są one koniecznym elementem zbudowanego na zasadach subsydiarności i solidarności ustroju społecznego. Encyklika przede wszystkim zerwała z pojmowaniem korporacji jaki czysto prywatnych przedsięwzięć obywatelskich i wskazała, że mają one ważne obowiązki na rzecz dobra wspólnego. Przesłanie zawarte w Quadragessimo Anno okazało się prorocze. Jesteśmy świadkami ogromnego wzrostu znaczenia korporacji w życiu współczesnych państw. Z pełnym przekonaniem twierdzę, że bez dobrowolnych zrzeszeń, stowarzyszeń obywateli nie ma społeczeństwa obywatelskiego, a bez społeczeństwa obywatelskiego nie ma nowoczesnej demokracji i nowocześnie rozumianego państwa prawa. Samorządy stały się dzisiaj jedną z podstawowych form decentralizacji funkcji publicznych i przekazywania ich na instytucje pozapaństwowe.

Problem korporacji

To jest jednak tylko jedna strona medalu. Z drugiej strony jest dla nas coraz bardziej oczywiste, że różnego rodzaju organizacje obywateli , wtedy gdy ich władza nie podlega żadnej kontroli mogą wytwarzać równie represyjne formy panowania co państwo. Lewicujący filozof N.Chomski mając na myśli fakt, że działanie korporacji rozciąga się na coraz więcej obszarów życia gospodarczego i społecznego, że ustalają one wiążące reguły wykonywania określonych zawodów lub prowadzenia określonej działalności, wykonują funkcje sądowe, a raczej quasi-sądowe, decydują o dostępie do wielu zawodów lub mogą wykluczyć z nich, udzielają różnego rodzaju koncesji i zezwoleń powiedział nawet, że tyrania państwa w coraz szerszym zakresie jest zastępowana tyranią korporacji**.** Z tego też powodu już wczesny kapitalizm był bardzo podejrzliwy przeciwko wszelkim zinstytucjonalizowanym formom obrony interesów

grupowych takich na przykład jak organizacje pracodawców, czy związki zawodowe. A.Smith miał twierdzić, że nawet towarzyskie spotkania kapitalistów grożą zmową cenowa, a jego podejrzliwość w pełni potwierdza współczesna ekonomia, a zwłaszcza badania M.Olsona, czy M.Buchanana nad grupami interesów. W szczególności M.Olson wskazał, że grupy interesu po to by zmaksymalizować własne korzyści często stosują mechanizmy ograniczania lub wykluczania innych od określonego typu zawodów lub działalności. Tego rodzaju grupy nazwał on grupami ekskluzyjnymi w odróżnieniu od grup inkluzyjnych, które nie ograniczają swojej liczebności i nie stosują mechanizmów wykluczania[4]. Nie czuję wprawdzie zbyt wiele sympatii dla Chomskiego i jego tyrad na temat wad społeczeństw kapitalistycznych, ale niewątpliwie on i wielu innych krytyków społeczeństw kapitalistycznych mają rację, że korporacje stają się coraz większym problemem współczesnej polityki. N.Chomski zajmował się wprawdzie korporacjami gospodarczymi, ale jak powszechnie wiadomo nie tylko korporacje gospodarcze mogą być źródłem prawdziwych problemów społecznych. W naszym kraju obserwujemy coraz wyraźniejszy trend do tworzenia coraz to liczniejszych samorządów zawodowych i gospodarczych, a przedstawiciele coraz liczniejszych zawodów domagają się wprowadzenia przymusu korporacyjnego i przekazania korporacjom wyłącznego prawa do decydowania o tym, kto może wykonywać dany zawód lub prowadzić określoną działalność gospodarczą, a kto nie . Takie samorządy mają już liczne zawody prawnicze (adwokaci radcy, notariusze), lekarze, aptekarze, psychologowie, architekci , doradcy podatkowi, biegli rewidenci, rzecznicy patentowi, a nawet pielęgniarki, położne i diagności laboratoryjni, a domagają się ich coraz to liczniejsze grupy zawodowe[5]. Problem

---

[4] Na ten ostatni temat szeroko Samorząd gospodarczy i zawodowy w procesie powstawania ładu rynkowego w Polsce, red. B.Klimczak , Wrocław 2001, a w szczególności opracowanie B.Klimczak, Teoretyczne podstawy badania działań grup interesu na rzecz ładu rynkowego oraz A.Matysiaka, Samorząd gospodarczy w świetle koncepcji społeczeństwa obywatelskiego.

[5] J.Hausner, D.Długosz, Tezy w sprawie zawodów zaufania publicznego, (w:) Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – Korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu, Mat. Z konferencji, Dział Wydawniczy Kancelarii Senatu, Warszawa 2002, s.116.

korporacji polega głównie na tym, że korporacje, nawet wtedy gdy pełnią ważne funkcje publiczne, stają się w coraz większym zakresie instrumentem obrony grupowych interesów i w oczach opinii publicznej sprzeniewierzają się swoim funkcjom publicznym. Problemy, o których piszemy dotyczą wielu korporacji i stowarzyszeń, ale w naszym kraju w szczególnie dobitny sposób manifestują się w przypadku tzw. korporacji zawodów zaufania publicznego, które uzyskały cały szereg władczych uprawnień w zakresie wykonywania wielu zawodów, na przykład zawodów prawniczych, czy lekarskich. Podobne zresztą zjawisko obserwujemy w przypadku korporacji gospodarczych , mimo że te formalnie rzecz biorąc „nie mogą naruszać wolności wykonywania zawodu ani ograniczać wolności podejmowania działalności gospodarczej" (art.17 ust.2 Konstytucji)[6].

Przyjrzyjmy się z tego punktu widzenia nieco bliżej korporacjom prawniczym, a zwłaszcza samorządom adwokackim, radcowskim i notarialnym , które jeszcze na początku lat 2000 praktycznie monopolizowały dostęp do zawodów prawniczych. To one decydowały o zasadach przyjmowania na aplikacje adwokackie, radcowskie i notarialne i w ich rękach pozostawały egzaminy końcowe tak że wbrew ich woli praktycznie nieomal nikt nie mógł wykonywać wymienionych zawodów prawniczych. We wszelkich sprawach spornych odwołanie służyło także przede wszystkim do władz korporacji. Od lat wskazywano, że taki model wolności korporacyjnej prowadził w oczach opinii publicznej do niczym nieograniczonego kumoterstwa i nepotyzmu zamykając wymienione zawody prawnicze dla większości absolwentów wyższych uczelni prawniczych i podnosząc koszty usług prawniczych. W gruncie więc rzeczy korporacje stały się elementem obrony wąskich interesów grupowych, a sposób ich funkcjonowania przypominał bardziej system kastowy niż instytucje nowoczesnego społeczeństwa demokratycznego. W naszym kraju podjęto więc szereg inicjatyw ustawodawczych, które miały zmienić ten stan rzeczy, a w szczególności szerzej otworzyć zawody prawnicze oraz

zobiektywizować zasady naboru na aplikacje i zasady odbywania egzaminów prawniczych. Mimo ograniczonego charakteru przeprowadzonych reform korporacje uznały przeprowadzone reformy za zamach na swoją autonomię i niezależność. Korporacje uznały próbę podporządkowania ich daleko idącemu nadzorowi ze strony państwa za próbę restauracji scentralizowanego i zbiurokratyzowanego państwa, za zamach na samą ideę samorządności i niezależnego od państwa wykonywania ważnych funkcji publicznych . Naczelna Rada Adwokadcka złożyła w tej sprawie skargę do TK kwestionując wiele przepisów ustawy z 20.03.2005 nowelizującej prawo o adwokaturze . Z podobna skarga wystąpiła do Trybunału również Krajowa Rada Radców Prawnych. TK w wyroku z 19.04.2006 (K 6/06), a następnie w wyroku z 8.11.2006 (K 30/06) podzielił większość zarzutów obu korporacji i uznał szereg przepisów reformujących zasady dostępu do zawodów prawniczych za niezgodne z Konstytucją. Jak wskazywałem, ostateczny kres dalszym przedsięwzięciom reformatorskim położył Minister Sprawiedliwości blokując dalsze prace na ustawą o zasadach świadczenia usług prawniczych i licencjach prawniczych .

Mówiąc o orzeczeniach TK warto jednak wskazać, że w większości przypadków TK zakwestionował przepisy otwierające szerzej dostęp do korporacji prawniczych nie z powodów merytorycznych, ale formalnych (niejasność wielu przepisów). Warto też mocno podkreślić i to jest sprawa najważniejsze , że TK w żadnym fragmencie swojego wyroku nie zakwestionował prawa państwa, a ściślej mówiąc prawa ustawodawcy do określenia modelu instytucjonalnego wykonywania zawodów prawniczych. Podobnie przepisy unijne pozastawiają sposoby wykonywania profesji prawniczych i innych wolnych zawodów w gestii ustawodawstwa państw członkowskich[7]. W moim przekonaniu również nasza Konstytucja nie

[7] K.Wojtczak, Reglamentacja form wykonywania zawodów zaufania publicznego w rozwiązaniach prawa polskiego i państw UE, (w:) Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – Korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu, Mat. Z konferencji, Dział Wydawniczy Kancelarii Senatu, Warszawa 2002,, s.45.

przesądza zasad wykonywania zawodów prawniczych i nie skazuje nas na przyjęcie systemu korporacyjnego, chociaż taki system do tej pory dominuje w ustawodawstwie zwykłym. Z konstytucyjnego punktu widzenia sprawy zawodów prawniczych i innych tzw. zawodów zaufania publicznego mogą być regulowane w ramach systemu korporacyjnego, mogą też pozostać w gestii organów państwa i każdy z tych systemów mieści się w ramach naszego porządku konstytucyjnego. W art.17 Konstytucji napisano bowiem, że ustawodawca może, a nie musi tworzyć samorządy zawodowe lub gospodarcze. Wybór więc należy do ustawodawcy, a nie do korporacji, czy Ministra Sprawiedliwości. To stawia nas przed fundamentalnym do kształtu naszego życia publicznego problemem, w jakim kierunku powinny przebiegać reformy, aby w jak największym stopniu odpowiadały one Konstytucji i zarazem pozostawały w zgodzie z oczekiwaniami społecznymi. Wprawdzie przedmiotem mojej refleksji będzie głównie problem korporacji prawniczych, ale jak sądzę moje uwagi mogą się odnosić do różnych innych organizacji obywatelskich, które wykonują funkcje publiczne a więc na przykład organizacji zawodowych lekarzy, architektów, psychologów, rzeczników patentowych, a także wielu organizacji i samorządów gospodarczych[8]. Nie chcę tutaj rozstrzygać kwestii szczegółowych związanych z zasadnością konkretnych rozwiązań normatywnych w kwestii statusu korporacji adwokackich, notarialnych, czy radcowskich, ale jako teoretyk prawa chciałbym wskazać na pewne ogólne kryteria, które pomogą nam w odpowiedzi na pytanie, jak należy organizować stosunki między różnymi organizacjami a państwem tak by służyły one nie tylko interesom prywatnym, ale także dobru publicznemu.

Konflikt interesu publicznego i prywatnego

[8] Por. Samorząd gospodarczy i zawodowy w procesie powstawania ładu rynkowego w Polsce, red. B.Klimczak , Wrocław 2001.

Nie jest sporne, że korporacje powinny zachować pełną autonomię w swoich sprawach wewnętrznych, tam jednak gdzie ich działania zaczynają dotykać praw i interesów osób trzecich, tam ich działalność nabiera wymiaru publicznego i musi zostać poddana kontroli[9]. W tych bowiem sytuacjach dochodzi najczęściej do zderzenia interesu publicznego, który jest zainteresowany w tym, by stowarzyszenia obywateli wykonywały swoje funkcje w interesie publicznym z interesem partykularnym korporacji, które starają się osiągnąć z faktu sprawowania funkcji publicznych jak najwięcej korzyści. W przypadku korporacji prawniczych ten konflikt interesu publicznego i prywatnego polega na tym, że społeczeństwo jest zainteresowane w tym, by usługi prawnicze były nie tylko na jak najwyższym poziomie, ale by zarazem były one jak najtańsze i najbardziej dostępne, natomiast korporacje w naturalny sposób dążą do ograniczenia dostępu do zawodów prawniczych, a tym samym do ograniczenia konkurencji na rynku usług prawniczych i wzrostu ich cen . Powstaje więc pytanie, w jaki sposób rozstrzygać konflikty w tych sprawach, w których działanie podmiotów zbiorowych rozciąga się na sferę publiczną i dochodzi do zderzenia interesów jednostkowych, interesów grupowych oraz interesu państwa. To jest podstawowy problem współczesnych demokracji i zarazem podstawowy problem współczesnego konstytucjonalizmu

W moim przekonaniu oceniając decyzje prawodawcze, jak i decyzje sądowe, czy administracyjne z tego punktu widzenia, czy we właściwy sposób godzą one interes publiczny z interesami partykularnymi, czy prywatnymi powinniśmy się przede wszystkim kierować dwoma zasadami, które będę dalej nazywał testem konstytucyjnym i testem sprawiedliwości.

Test konstytucyjny

[9] Jest to stanowisko powszechnie przyjęte w nauce prawa administracyjnego por. na przykład M.Kulesza, Zawód zaufania publicznego, (w:) Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – Korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu, Mat.z konferencji, Dział Wydawniczy Kancelarii Senatu, Warszawa 2002, s.152.

Mówiąc w najprostszy sposób test konstytucyjny spełnia taka decyzja prawodawcza lub akt stosowania prawa, który w najwyższym stopniu harmonizuje, czy też godzi wszystkie, a nie tylko niektóre konstytucyjnie chronione wartości i interesy. Decyzja, która zatem poświęca dobro ogólne na rzecz interesów partykularnych z całą pewnością nie spełnia testu konstytucyjnego. Jak postaram się wykazać przywileje korporacji prawniczych, podobnie zresztą jak na przykład wiele przywilejów górników, czy rolników są tego ewidentnym przykładem.

Pojęcie testu konstytucyjnego wiąże się ze znanym odróżnieniem polityki konstytucyjnej od polityki normalnej[10]. B.Ackerman , od którego pochodzi to odróżnienie nazwał ten rodzaj polityki, która jest nastawiona na obronę partykularnych interesów różnych grup społecznych, powiedzmy rolników, górników, nauczycieli, a także notariuszy, czy adwokatów polityką normalną, bo jest czymś normalnym, że w demokratycznych społeczeństwach różne grupy społeczne bronią swoich partykularnych interesów. Ten sam B.Ackerman wskazał jednak, że w demokratycznych społeczeństwach istnieją granice, w których interesy partykularne mogą być chronione. Te granice wyznacza dobro wspólne, którego uosobieniem w państwach demokratycznych powinna być konstytucja. Z tego to powodu wszelkie środki i przedsięwzięcia, które służą ochronie dobra wspólnego nazwał Ackerman polityką konstytucyjną

Jeśli teraz nawiążemy do zasad dostępu do zawodów prawniczych, to powiemy, że warunki testu konstytucyjnego spełnia jedynie taka decyzja, która w najwyższym możliwym stopniu godzi następujące konstytucyjnie chronione prawa, obowiązki i interesy : prawo obywateli do swobodnego wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy (art.65 Konstytucji), wolność działalności gospodarczej (art.20), prawa obywateli do zrzeszania się (art.12, 58,

---

[10] B.Ackerman, *Constitutional Politics, Constitutional Law,* Yale Law Journal 1989/3, s.461,
tenże, *The Storrs Lectures: Discovery of the Constitution, ,* Yale Law Journal 1984/ vol. 93, s.1022,
E.Christodoulidis, *jw.*, s.32.

59) , prawo korporacji do ochrony interesów swoich członków oraz sprawowania pieczy nad należytym wykonywaniem zawodu (art.17) oraz obowiązek państwa i instytucji do stania na straży tego, by wykonywanie tych praw nie zagrażało bezpieczeństwu, porządkowi publicznemu oraz innym wartościom, o których mówi art.31 ust.3. Jeśli w taki sposób spojrzymy na problem podejmowania decyzji zgodnych z konstytucją, to staje się oczywiste, że cytowane tutaj orzeczenia TK oraz decyzja Ministra Sprawiedliwości o odmowie nadania biegu projektowi ustawy o licencjach prawniczych nie spełniają testu konstytucyjnego, ponieważ biorą one pod uwagę tylko i wyłącznie art.17 Konstytucji, a tym samym tylko i wyłącznie prawa korporacyjne i całkowicie ignorują wszystkie inne prawa i wolności obywatelskie, takie choćby jak prawo do swobodnego wyboru zawodu, prawo do zrzeszania się czy swobodę prowadzenia działalności gospodarczej

Test sprawiedliwości

Powiedzieliśmy, że decyzje w sprawach publicznych i to zarówno decyzje prawodawcze, jak i sądowe i administracyjne powinny spełniać nie tylko test konstytucyjny, ale także test sprawiedliwości. Mówiąc znowu w uproszczeniu powiedzieć można, że test sprawiedliwości spełnia w państwie demokratycznym tylko taka decyzja, która w jak największym stopniu jest zgodna ze społecznymi oczekiwaniami i może liczyć na jak najszerszą społeczną akceptację. Jeśli więc przykładowo, legislator ma do wyboru różne rozwiązania legislacyjne, to w sytuacji gdy wszystkie one spełniają test konstytucyjne, winien on wybrać takie rozwiązanie, która jest najbardziej zgodne ze społecznymi oczekiwaniami. Test konstytucyjny ma jednak pierwszeństwo przed testem sprawiedliwości. To zastrzeżenie jest konieczne, ponieważ nierzadko bywa tak, ze większość parlamentarna, czy rząd forsuje takie projekty, które na przykład dyskryminują mniejszości etniczne, czy

religijne, a tym samym nie spełniają warunków testu konstytucyjnego. Jeśli chodzi o naszą sprawę, to nie może ulegać wątpliwości, że jedyną grupą społeczną, która broni przywilejów korporacyjnych są same korporacje, a przywileje te spotykają się z oburzeniem nieomal całego społeczeństwa. W tym sensie decyzje TK i Ministra Sprawiedliwości, które uprzywilejowują korporacje prawnicze w sytuacji, gdy są dostępne inne rozwiązania zgodne z konstytucją, są wyraźnie sprzeczne z testem sprawiedliwości. Zwróćmy uwagę, że test sprawiedliwości bynajmniej nie wyklucza pewnych przywilejów społecznych. Wydaje się na przykład, że pewne przywileje dla inwalidów, czy matek samotnie wychowujących dzieci, w przeciwieństwie do przywilejów korporacji prawniczych, czy przywilejów funkcjonariuszy partyjnych w państwach totalitarnych, są wyraźnie zgodne z testem sprawiedliwości, ponieważ w ogromnej większości społeczeństwo godzi się z ponoszeniem ciężarów takich przywilejów, nie znam jednak nikogo poza członkami korporacji i zaprzyjaźnionymi grupami interesów (na przykład sędziami i profesorami prawa), którzy godziliby się na ponoszenie ciężarów wynikających z uprzywilejowanej pozycji korporacji prawniczych na rynku.

Korporacje prawnicze a interes publiczny

Rozważając kwestie, jakie rozwiązanie instytucjonalne jest najbardziej zgodne z warunkami testu konstytucyjnego i testu sprawiedliwości, musimy przypomnieć, że TK w swoim orzeczeniu z 19.04.2006 wskazał, że na gruncie naszej Konstytucji można przyjmować różne modele instytucjonalne dostępu do zawodu prawniczych, a tym samym różne modele regulujące wzajemne stosunki między organizacjami obywateli a państwem. Jeśli więc nawiążemy do rozwiązań instytucjonalnych spotykanych w różnych krajach na świecie, to można w moim przekonaniu wyodrębnić trzy podstawowe modele instytucjonalne wykonywania zawodów prawniczych

- model korporacyjny, w którym nadzór nad zawodami prawniczymi pozostaje przywilejem korporacji,

- model scentralizowanego nadzoru państwowego, w którym spoczywa on w rękach państwa, zwykle Ministerstwa Sprawiedliwości oraz

- model alternatywnych dróg dostępu do zawodów prawniczych, w którym istnieją alternatywne drogi dostępu do zawodów prawniczych i żadna z instytucji nie ma wyłączności, czy monopolu w kwestii decydowania o dopuszczeniu do zawodu i zasadach jego wykonywania.

W moim przekonaniu każdy z tych systemów formalnie mieści się w ramach naszego porządku konstytucyjnego. Pozostaje nam zatem do rozważenia kwestia, który z tych modeli spełnia test konstytucyjny oraz test sprawiedliwości w najwyższym stopniu, a więc w najwyższym stopniu harmonizuje interesy obywateli, korporacji i interesy państwa i zarazem jest najbardziej zgodny z oczekiwaniami społeczeństwa. Zanim rozpoczniemy naszą charakterystykę poszczególnych modeli, przypomnijmy raz jeszcze jak skomplikowana jest natura sporów konstytucyjnych, że praktycznie nie ma w nich jednoznacznych rozstrzygnięć i cały proces podejmowania decyzji polega na „ważeniu" różnych racji pro i contra, po to by wybrać rozwiązanie jak najlepsze. Tak też jest w naszym przypadku.

Model korporacyjny

Jak powiedzieliśmy na systemie korporacyjnym oparta była praktyka zawodów prawniczych w naszym kraju nieomal do początku lat 2000. Zgodnie z tym modelem korporacje powinny mieć nieomal wyłączne prawo, a więc monopol decydowania o tym, kto będzie i na jakich zasadach wykonywał zawód adwokata, radcy i notariusza. Przesłanie modelu korporacyjnego dobrze ilustruje skargi NRA do TK (wyr. TK z 19.04.2006,) w której to skardze korporacja adwokacka domagała się wprowadzenia zakazu świadczenia usług

jakichkolwiek usług prawniczych poza ramami korporacji. Z podobnymi skargami wystąpiły do TK również korporacje radców prawnych i notariuszy. Korporacje prawnicze chciała więc praktycznie mieć korporacyjny monopol na ustalanie zasad dostępu do zawodów adwokata, radcy i notariusza i reguły jego wykonywania . Warto zwrócić uwagę Art.17.1. Konstytucji daje wprawdzie korporacjom zawodów zaufania publicznego, a więc także korporacjom adwokackim prawo do sprawowania pieczy nad należytym wykonywaniem zawodu, ale wyłącznie „w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony". Doniosłość tego przywileju korporacyjnego powinna być zgodnie z naturą każdego sporu konstytucyjnego rozważana w kontekście innych wartości i praw konstytucyjnych, a zwłaszcza w kontekście konstytucyjnie chronionych wolności wyboru i wykonywania zawodu (art.65) oraz wolności działalności gospodarczej i wolności zrzeszania się (art.20, 22 i 58), a także musi mieć na uwadze, czy ograniczenia tych praw i wolności są konieczne i nie są nadmierne oraz nie naruszają innych kryteriów z art.31 ust.3. Twierdzenie, że przywileje korporacyjne powinny przeważać nad innymi prawami konstytucyjnymi wsparte tezą , że jedynie aplikacja adwokacka oraz egzamin adwokacki przygotowuje w należyty sposób do wykonywania zawodu adwokata jest wyraźnie sprzeczne z praktyką znaną z wielu państw, które albo w ogóle nie przewidują egzaminu korporacyjnego, ale egzamin państwowy (Niemcy), albo pozwalają na wykonywanie zawodów odpowiadających naszym adwokatom bezpośrednio po ukończeniu studiów (USA, Hiszpania, Portugalia). Warto też dodać, że w niektórych państwach (Finlandia, Szwecja) nie istnieje przymus należenia do korporacji prawniczej. Nie ma przy tym żadnych dowodów na to, że usługi prawne świadczone w Polsce w ramach systemu monopoli korporacyjnych pozostają na wyższym poziomie niż na przykład te w Niemczech, USA, czy Szwecji. Trafnie też się wskazuje, że w wielu zawodach (naukowcy, artyści) nie ma przymusu korporacyjnego, trudno jest więc bronić tezy, ze istnieje

konieczny związek między jakością usług o przynależnością do korporacji[11]. W świetle tych faktów, jak sądzę, trudno jest przyjąć, by system korporacyjny spełniał test konstytucyjny w najwyższym stopniu, bo w gruncie rzeczy jedynym jego oparciem jest bardzo rozszerzająca interpretacja art.17 ust.1 Konstytucji i kompletne ignorowanie innych praw i wartości konstytucyjnych. Jeszcze trudniej jest przyjąć, że system korporacyjny spełnia test sprawiedliwości, ponieważ jest oczywiste, że przywileje korporacji adwokackich chronią przede wszystkim interesy ich członków i zamykając dostęp do wielu zawodów prawniczych oraz podnosząc ceny usług są wyraźnie niezgodne z interesem społecznym

Model scentralizowanego nadzoru państwowego.

Istota modelu państwowego polega na tym, że o dostępie do zawodów prawniczych decyduje zdanie jedno- lub dwustopniowego egzaminu państwowego. W tym przypadku to państwo określa zasady dostępu do zawodów prawniczych i sprawuje nadzór nad ich należytym wykonywaniem. Model ten może, ale nie musi egzystować w związku z modelem korporacyjnym w tym sensie, że o dopuszczeniu do zawodu decyduje wprawdzie egzamin państwowy, ale korporacja zachowuje prawo do nadzorowania sposobu wykonywania zawodu. Warto wskazać, że model nadzoru państwowego zwykle w istotny sposób rozszerza dostęp do zawodów prawniczych, ponieważ państwo w przeciwieństwie do korporacji nie jest zainteresowane w limitowaniu liczby adwokatów, czy notariuszy, jeśli posiadają oni państwowo potwierdzone kwalifikacje. Dodać należy, że w demokratycznym państwie model nadzoru państwowego nie wyklucza tworzenia opartych na dobrowolnym członkostwie

[11] J.Czapiński, Głos w dyskusji, (w :) Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – Korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu, Mat. Z konferencji, Dział Wydawniczy Kancelarii Senatu, Warszawa 2002, s.89

zrzeszeń zawodów prawniczych. Jak się wydaje model scentralizowanego nadzoru państwowego w znacznie większym stopniu od modelu korporacyjnego spełnia test konstytucyjności ponieważ lepiej harmonizuje wolność wyboru zawodu i miejsca jego wykonywania z wolnościami gospodarczymi i prawami korporacyjnymi. Model państwowy pozwala wreszcie uniknąć typowego dla systemów korporacyjnych konfliktu interesów, z jednej strony interesów korporacji zainteresowanych w tym by jak najmniej osób wykonywało usługi prawnicze i ich ceny były jak najwyższe, a ogólnym interesem społecznym , który przemawia za większym dostępem do usług prawniczych i ich niższymi kosztami. Tym sposobem model państwowy zwykle w większym stopniu spełnia test sprawiedliwości, ponieważ może liczyć na szerszą społeczną akceptację.

Istnieją jednak również poważne wady tego systemu. Jeden z sędziów naszego TK powiedział: nie chciałbym być broniony przez adwokata, który sprawuje swój zawód pod nadzorem Ministra Sprawiedliwości[12]. Wprawdzie obawy, że w demokratycznym państwie nadzór państwowy prowadzi automatycznie do ograniczenia niezależności zawodów prawniczych jest przesadzony, ale takiego niebezpieczeństwa nie można wykluczyć. Modelowi scentralizowanego nadzoru państwowego można wreszcie zarzucić, że odwraca on pewien charakterystyczny dla współczesnych demokracji trend, który polega na decentralizowaniu funkcji publicznych i przekazywaniu ich organizacjom obywateli. Tym sposobem model państwowego nadzoru ma osłabiać instytucje społeczeństwa obywatelskiego i prowadzić na powrót do nadmiernej koncentracji władzy w rękach państwa. Ogromną zaleta tego modelu jest natomiast jego prostota i przejrzystość, a są to ogromne wartości społeczne.

[12] J.Niemcewicz (w :) Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – Korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu, Mat. Z konferencji, Dział Wydawniczy Kancelarii Senatu, Warszawa 2002, s.101.

Model alternatywnych dróg dostępu do zawodów prawniczych

Istota tego modelu polega na tym, że istnieją różne drogi dostępu do zawodów i żadna instytucja w państwie nie ma pełnego monopolu do decydowania o tym, kto może wykonywać określony zawód i na jakich zasadach. Taka forma organizacji usług prawniczych wydaje się w największym stopniu otwierać zawody prawnicze oraz chronić ich niezależność przed korporacyjnymi i państwowymi formami nadzoru. Głównym przesłaniem modelu alternatywnych dróg dostępu do zawodów prawniczych jest ograniczenie monopolu korporacji prawniczych, a także ograniczenie niebezpieczeństw związanych z państwowych nadzorem nad zawodami prawniczymi przez tworzenie jak najbardziej zróżnicowanych form wykonywania zawodów prawniczych, różnicowania form dostępu do nich oraz form nadzoru na nimi. Jak sądzę, w tym kierunku miały pójść reformy w zablokowanym przez Ministra Sprawiedliwości projekcie ustawy o zasadach świadczenia usług prawniczych i o licencjach prawniczych**.** Projekt ten przede wszystkim przewidywał, że usługi prawnicze włącznie z prawem do występowania przed sądami będą mogli mieć także prawnicy nie należący do korporacji prawniczych, jeśli uzyskają oni jedną z trzech licencji prawniczych (o przyznaniu licencji miała decydować Prawnicza Komisja Licencyjna kierując się ustalonymi w ustawie kryteriami takimi na przykład jak kwalifikacje zawodowe, doświadczenie w występowaniu w sprawach sądowych, a w przypadku licencji najwyższej zdanie odpowiedniego egzaminu) . Projekt przewidywał, że prawnik licencjonowany w zależności od posiadanej licencji, będzie mógł świadczyć usługi o zróżnicowanym poziomie trudności, poczynając od prostych porad prawnych (najniższa licencja) po występowanie przed sądami powszechnymi, Sądem Najwyższym i Trybunałem Konstytucyjnym (najwyższa licencja). Jak stąd widać obywatel będzie więc mógł wreszcie wybierać między

usługami adwokatów, radców i prawników licencjonowanych , a często jeszcze innych podmiotów, biorąc pod uwagę ich kwalifikacje i koszty usług, a to jest właśnie istotą modelu alternatywnego. Jak to trafnie podniósł B.Banaszkiewicz w opinii odrębnej do stanowiska Rady Legislacyjnej, nie może być tak, że reguły konkurencji będą się ograniczać tylko do ekskluzywnego klubu członków korporacji prawniczych.

Można się oczywiście spierać o różne szczegóły, ale jak się wydaje model alternatywnych dróg najlepiej spełnia test konstytucyjności, ponieważ w największym stopniu godzi konstytucyjne zasady swobody wyboru zawodu, swobody świadczenia działalności gospodarczej i ograniczając przywileje korporacyjne nie ogranicza bynajmniej prawników w możliwości tworzenia organizacji zawodowych. W największym stopniu w stosunku do innych modeli spełnia też test sprawiedliwości, albowiem najszerzej otwiera zawody prawnicze dla tych, którzy nie należą do korporacji prawniczych i stąd może liczyć na najszerszą społeczną akceptację

Kierunki rozwoju

Nie chcę tutaj wchodzić w szczegóły reform i projektowanych rozwiązań normatywnych. Pozostawmy te kwestie specjalistom. Na koniec chciałbym jednak wskazać, w jakim kierunku powinniśmy kształtować instytucje naszego życia zbiorowego, aby zapobiegać podporządkowaniu ich partykularnym interesom. Przypomnijmy sobie ideę otwartego społeczeństwa K.Poppera . K.Popper powiedział, że fundamentalna różnica między społeczeństwami demokratycznymi i totalitarnymi polega na tym, że te pierwsze są społeczeństwami otwartymi, a te drugie społeczeństwami zamkniętymi[13]. Istnieją różne miary otwartości społeczeństwa , ale niewątpliwie otwarty dostęp

[13] K. Popper ., Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, t. I i II, Bern 1957.

do wszystkich pozycji i zawodów w życiu publicznym i prywatnym, to jeden z najważniejszych elementów otwartego, a więc demokratycznego społeczeństwa. Zrobiliśmy na tym polu bardzo wiele. Świadczą o tym tysiące firm, stowarzyszeń, społecznych szkół, różnego rodzaju fundacji, korporacji i różnych innych podmiotów, z których bardzo wiele sprawuje różne funkcję publiczne. To głównie dzięki temu, że te różne instytucje mogą się swobodnie rozwijać zawdzięczamy postęp. Jak najszersze otwarcie rynku usług prawniczych oraz likwidacja wszelkich monopoli na tym rynku to dalszy krok w tym kierunku. Wprawdzie fundamentalna dla modelu alternatywnych dróg dostępu do zawodów prawniczych ustawa o licencjach prawniczych została zablokowana, ale nie wszystkie reformy udało się zahamować i sytuacja na rynku usług prawniczych jest obecnie niewątpliwie dużo lepsza niż była jeszcze kilka lat temu . Wymieńmy tylko kilka takich instytucji, które zdają się zbliżać do ideałów społeczeństwa otwartego i ideału modelu alternatywnych dróg dostępu do zawodów prawniczych. Możliwość świadczenia usług prawniczych poza ramami korporacji prawniczych przewiduje na przykład ustawa o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2004, nr 173, poz.1807). W tym też duchu utrzymany jest art.87 k.p.c., które dopuszcza pełnomocnictwo procesowe nie tylko dla adwokatów i radców , ale w mniejszym lub szerszym zakresie także dla osób spoza korporacji, na przykład dla osób sprawujących zarząd majątkiem lub interesami strony lub pozostających z nią w stałym stosunku zlecenia, a także dla pracowników różnych jednostek organizacyjnych i organizacji społecznych , rzeczników patentowych oraz krewnych). Nie od rzeczy też będzie tutaj wspomnieć o coraz aktywniejszym rozwoju różnych form nieodpłatnych usług prawniczych świadczonych choćby przez różnego rodzaju stowarzyszenia, fundacje, czy uniwersyteckie kliniki prawnicze.

Jak sądzę, wszystkie nasze reformy powinny być oparte na bezwzględnej zasadzie, że zawody prawnicze, podobnie jak i inne zawody powinny być jak najszerzej otwarte dla tych wszystkich, którzy zdobędą odpowiednie

kwalifikacje i tylko kwalifikacje. Wymogi kwalifikacyjne nie powinny być w sztuczny sposób zawyżane, po to by utrudnić dostęp do zawodów prawniczych. W związku z tym przypomina się pewna anegdota. W jednym z krajów europejskich trwał kilkumiesięczny strajk nauczycieli akademickich. Powstał więc problem, czy kończący studia mogą otrzymać dyplomy, czy powinni nadrobić zaległości. Decyzja ministerstwa była następująca. Wydawać dyplomy wszystkim z wyjątkiem lekarzy i budowniczych mostów. Reszta może być niedouczona[14]. Nie przesadzajmy więc z tymi kwalifikacjami i nie czyńmy z nich pretekstu do eliminowania niewygodnej konkurencji. Po drugie, zasadą powinna być dobrowolna przynależność obywateli do wszelkiego rodzaju zrzeszeń, czy stowarzyszeń obywateli . Dobrowolność jest wreszcie sprawdzianem rzeczywistej użyteczności społecznych instytucji. Jeśli bowiem dobrowolne stowarzyszenie przetrwa, to oznacza to, że spełnia jakąś ważną potrzebę zbiorową, jeśli zaś nie, to jest po prostu zbędne. Od zasady tej są oczywiste wyjątki, jak na przykład przymusowa przynależność obywateli do samorządu terytorialnego, ale takim wyjątkiem nie jest przymus korporacyjny adwokatów, radców, czy notariuszy. Jest bowiem oczywistym mitem twierdzenie, że tylko korporacje mogą gwarantować należyte wykonywanie zawodów prawniczych i stąd przynależność do nich musi być przymusowa, gdyż kontrolę taką z powodzeniem sprawować mogą również sądy (w naszym kraju sprawują ją zresztą jako najwyższa instancja). Retoryka zwolenników korporacji pachnie natrętnym paternalizmem, a twierdzenie, że to w interesie obywateli korporacje prawnicze mają mieć wyłączność w świadczeniu usług prawniczych jest przejawem zwykłej hipokryzji.

[14] J.Czapiński (w :) Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – Korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu, Mat. Z konferencji, Dział Wydawniczy Kancelarii Senatu, Warszawa 2002, s.89.