

Michał Strzelbicki

Zasady podejmowania działalności w Polsce przez prawników niemieckich

Kwartalnik Prawa Publicznego 6/3, 7-54

2006

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Michał Strzelbicki*

ZASADY PODEJMOWANIA DZIAŁALNOŚCI W POLSCE PRZEZ PRAWNIKÓW NIEMIECKICH**

1. Wstęp

Artykuł ten ma na celu przedstawienie zasad podejmowania w Polsce działalności zawodowej przez prawników niemieckich. Jako prawników niemieckich rozumiem tu osoby legitymujące się niemieckim dyplomem ukończenia studiów prawniczych, posiadające obywatelstwo niemieckie i nieposiadające przy tym obywatelstwa polskiego. Praktyka w Polsce, a jak sądzę także w Niemczech, pokazuje, że osoba posiadająca wyższe wykształcenie prawnicze ma szerokie możliwości rozwoju swej kariery zawodowej, niejednokrotnie w dziedzinach dalekich od typowych profesji prawniczych. Ze względu na znajomość prawa osoby te są szczególnie przygotowane choćby do wykonywania rozmaitego rodzaju działalności gospodarczej. Edukacja prawnicza w zderzeniu z ogromną liczbą przepisów prawnych adresowanych do przedsiębiorców okazuje się bowiem często bardziej przydatna nawet od

* Mgr Michał Strzelbicki – doktorant w Katedrze Publicznego Prawa Gospodarczego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet im. A. Mickiewicza w Poznaniu.

** Artykuł powstał na bazie wystąpienia przygotowanego na Niemiecko-Polskie Seminarium z Europejskiego Prawa Gospodarczego w Bayreuth, Niemcy, w dniach 11-15.10.2006 r. z udziałem pracowników i seminarzystów z Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego UAM; wystąpienie i artykuł adresowano do słuchaczy i czytelników niemieckich, stąd zawiera on pewne treści, które polskiemu czytelnikowi wydać się mogą oczywiste; sądzę jednak, że także polski czytelnik może znaleźć w opracowaniu interesujące spostrzeżenia i uwagi.

wiedzy ekonomicznej. Tak szerokie spektrum rozmaitych działalności zawodowych przekracza jednak ramy tego wystąpienia, stąd też ograniczę się w nim jedynie do profesji uznawanych za klasyczne zawody prawnicze¹. Mowa więc będzie o zawodach sędziego, notariusza, prokuratora, adwokata i radcy prawnego. Już samo ich wyliczenie pokazuje, że pod względem zasad wykonywania każdej z tych działalności zawodowych różnią się one od siebie znacznie. Niektóre tylko z nich mogą być wykonywane w ramach działalności gospodarczej, inne nie, jedne wiążą się z wykonywaniem władzy publicznej, inne tej cechy nie posiadają. Z tych względów różna jest regulacja transgranicznego wykonywania tych zawodów w prawie wspólnotowym, a w konsekwencji różne są zasady dostępu do ich wykonywania przez podmioty zagraniczne, w tym prawników niemieckich, przewidziane przez polskie ustawodawstwo. Uwaga autora skupia się przy tym głównie na działalności mającej cechy działalności gospodarczej, rozumianej jako działalność zarobkowa, samodzielna, wykonywana na własną odpowiedzialność i własne ekonomiczne ryzyko. Inne rodzaje działalności prawników niemieckich, o ile ustawodawca polski w ogóle je dopuszcza, zostaną tylko zasygnalizowane.

Analizując sytuację prawną prawnika niemieckiego pragnącego wykonywać w Polsce działalność zawodową, odwołać się musimy do dwóch systemów prawnych: prawa wspólnotowego i prawa polskiego. Jeśli mowa o prawie wspólnotowym, to najistotniejsze znaczenie mają w tej mierze przepisy Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską² o swobodzie przepływu pracowników (art. 39 i n. TWE), przedsiębiorczości (art. 43 i n. TWE) oraz usług (art. 49 i n. TWE), oraz dyrektywy regulujące uznawanie kwalifikacji zawodowych prawników oraz podejmowanie przez nich działalności³. Uwagę zwrócić też należy na bogate orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Jeśli chodzi o przepisy prawa polskiego, wykonywanie każdego z wymienio-

¹ Pojęcie zawodu nie jest w literaturze jednolicie rozumiane; szeroko na ten temat K. Wojtczak, *Zawód i jego prawna reglamentacja*, Poznań 1999, s. 25 i n.; Autorka proponuje następującą definicję zawodu: jest to osobiste wykonywanie wewnętrznie spójnego zbioru czynności (zadań), wymagających określonych kwalifikacji (wiedzy lub umiejętności), systematycznie i odpowiedzialnie, na podstawie i w granicach obowiązującego porządku prawnego; ibidem, s. 50.

² Dalej: TWE, Traktat

³ Dyrektywa 77/249/EWG z 22.3.1977 r. w sprawie ułatwienia skutecznego korzystania przez adwokatów ze swobody świadczenia usług, O.J. L 78 z 26.3.1977 r.; dyrektywa 89/48/EWG z 21.12.1988 r. w sprawie ogólnego systemu uznawania dyplomów ukończenia studiów wyższych, przyznawanych po ukończeniu kształcenia i szkolenia zawodowego, trwających co najmniej trzy lata, O.J. L 19 z 24.1.1989 r.; i dyrektywa 98/5/WE z 16.2.1998 r. mająca na celu ułatwienie stałego wykonywania zawodu prawnika w państwie członkowskim innym niż państwo uzyskania kwalifikacji zawodowych, O.J. L 77 z 14.3.1998 r.

nych zawodów uregulowane jest odrębną ustawą⁴. Ponadto, do działalności prawników niemieckich zastosowanie mają także przepisy ustaw implementujących wskazane wcześniej dyrektywy.

1.1. Sędziowie

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej stanowi, że wymiar sprawiedliwości w Polsce sprawują: Sąd Najwyższy oraz sądy powszechne, administracyjne oraz wojskowe⁵. Odpowiednio do tego podziału wyróżniamy sędziów: Sądu Najwyższego, sądów powszechnych (na stanowiskach sędziego sądu rejonowego, okręgowego albo apelacyjnego), sądów administracyjnych (na stanowiskach sędziego sądu wojewódzkiego albo sędziego Naczelnego Sądu Administracyjnego) oraz sądów wojskowych (na stanowiskach sędziego wojskowego sądu garnizonowego albo wojskowego sądu okręgowego). Zgodnie z art. 179 Konstytucji sędziowie wszystkich sądów powoływani są przez Prezydenta RP na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa na czas nieoznaczony. We wszystkich wskazanych przypadkach prawo polskie stanowi, że na stanowisko sędziego może być powołana wyłącznie osoba posiadająca obywatelstwo polskie⁶. Objęcie stanowiska sędziego w Polsce przez prawnika niemieckiego jest więc niemożliwe. Rozwiązanie to stanowi jawną dyskryminację ze względu na pochodzenie narodowe. Zachodzi wobec tego pytanie o jego zgodność z prawem wspólnotowym, w szczególności ze swobodami wspólnego rynku.

Truizmem jest stwierdzenie, że działalność zawodowa sędziego nigdy nie jest działalnością gospodarczą, i to zarówno w świetle prawa wspólnotowego, jak i prawa polskiego⁷. Z tego względu jedyna swoboda wspólnego rynku, która mogłaby odnosić się do sytuacji sędziego, pragnącego wykonywać swą działalność transgranicznie, jest swoboda przepływu pracowników⁸. Po-

⁴ Albo ustawami; zostaną one wskazane w dalszych częściach opracowania.

⁵ Art. 175 Konstytucji RP (Dz.U. Nr 78, poz. 483).

⁶ Art. 22 ust. 1 ustawy z 23.11.2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. Nr 240, poz. 2052 z późn. zm.); art. 61-64 ustawy z 27.7.2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. Nr 98, poz. 1070 z późn. zm.); art. 6 i 7 ustawy z 25.7.2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz.U. Nr 153, poz. 1269 z późn. zm.); art. 22 ustawy z 21.8.1997 r. Prawo o ustroju sądów wojskowych (Dz.U. Nr 117, poz. 753 z późn. zm.) w zw. z art. 2 ustawy z 11.9.2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, Dz.U. Nr 179, poz. 1750 z późn. zm.).

⁷ Przede wszystkim ze względu na brak zarobkowego charakteru, brak elementu ekonomicznego ryzyka, niepodjęcie w toku tej działalności decyzji o charakterze gospodarczym (rynkowym), brak cech działalności na własny rachunek.

⁸ Tezę tę wywodzę ze stwierdzenia ETS, że „sytuacja prawna obywatela Wspólnoty, który przenosi się do innego Państwa Członkowskiego, by tam wykonywać działalność zawodową,

mimo szerokiego rozumienia w prawie wspólnotowym pojęcia pracownika⁹, oraz wyrażanemu w polskiej doktrynie pogładowi, że działalność sędziego mieści się w ramach stosunku pracy¹⁰, sędziowie na tę swobodę powoływać się nie mogą¹¹. TWE w art. 39 ust. 4 stanowi bowiem, że postanowienia o swobodnym przepływie pracowników nie mają zastosowania do zatrudnienia w administracji publicznej. Przepis ten stanowi wyjątek od przyznanej Traktatem swobody, dlatego powinien być traktowany wąsko¹². Z drugiej strony jednak nie wyłącza on jedynie pracowników administracji publicznej *sensu stricte*, ale wszystkie osoby, które mają „bezpośredni lub pośredni udział w wykonywaniu władzy publicznej i funkcji, które mają na celu ochronę generalnych interesów państwa”¹³. Innymi słowy, chodzi o posiadanie kompetencji decyzyjnych, wykonywanie przyznanych przez prawo publiczne funkcji władczych oraz ochronę interesów publicznych. Od takich funkcjonariuszy, wykonujących podstawowe funkcje państwa, państwo ma prawo oczekiwać szczególnej lojalności, potwierdzonej w tym przypadku węzłem obywatelstwa¹⁴.

podlega przepisom Traktatu o swobodzie przepływu pracowników albo przepisom o swobodzie zakładania przedsiębiorstw albo przepisom o swobodzie świadczenia usług, zawsze alternatywnie, a nigdy łącznie”, sprawa C-55/94 *R. Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* ECR [1995] 4165.

⁹ Termin „pracownik” ma wymiar wspólnotowy, nie może być w sposób dowolny interpretowany przez państwa członkowskie, a w zgodzie z obiektywnymi kryteriami; podstawową cechą stosunku pracy jest świadczenie pracy o pewnej wartości ekonomicznej dla lub pod kierownictwem innej osoby w zamian za wynagrodzenie; sfera, w której praca jest świadczona oraz charakter stosunku prawnego między pracodawcą a pracownikiem pozostają bez znaczenia dla stosowania art. 39 TWE – tak ETS, sprawa C-66/85 *Deborah Lawrie-Blum v. Kraj Badenia-Wirtembergia* ECR [1986] 2121.

¹⁰ Powołanie na stanowisko sędziego jest przyznaniem mu władzy sądowniczej, a także podstawą nawiązania stosunku służbowego sędziego – stosunku pracy; tak J. Gudowski, *Urząd sędziego w prawie o ustroju sądów powszechnych*, „Przeгляд Sądowy” 1994, nr 11–12, s. 21; stosunek służbowy zawiązuje się w chwili doręczenia kandydatowi aktu powołania, stosunek pracy z chwilą objęcia stanowiska w sądzie – tak: T. Kuczyński, w glosie do uchwały SN z 27.9.2002 r., III UZP 5/02, OSP 2004, nr 4 s. 463; wbrew literalnemu brzmieniu przepisów jest to stosunek pracy na podstawie mianowania; nie dotyczy to jednak sędziów sądów wojskowych jako funkcjonariuszy formacji zmilitaryzowanych, których stosunek służbowy ma charakter niepracowniczy; M. Gersdorf, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 368; T. Zieliński, [w:] L. Florek (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 500.

¹¹ Przy czym dotyczy to zarówno sędziów polskich chcących działać w innym państwie Wspólnoty jak i sędziów (prawników) z innych państw Wspólnoty pragnących działać w Polsce.

¹² W szczególności nie odnosi się do wszystkich pracowników sektora administracji publicznej – tak: I. Boruta, [w:] J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, Warszawa 2003, s. 68.

¹³ ETS, sprawa C-473/93 *Komisja v. Luksemburg* ECR [1996] 419.

¹⁴ A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, Warszawa 2003, s. 120.

Bez wątpienia do obszarów tych należy sprawowanie wymiaru sprawiedliwości w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej. Wobec powyższego, zastrzeżenie pełnienia funkcji sędziego dla obywateli polskich nie stanowi naruszenia TWE¹⁵.

1.2. Prokuratorzy

Organizację prokuratury w Polsce reguluje ustawa z dnia 20.6.1985 r. o prokuraturze¹⁶. Zgodnie z nią, prokuraturę w Polsce stanowią Prokurator Generalny¹⁷ oraz podlegli mu prokuratorzy powszechnych¹⁸ i wojskowych¹⁹ jednostek organizacyjnych prokuratury oraz prokuratorzy Instytutu Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu²⁰. W świetle ustawy prokuratorem zostać może jedynie osoba posiadająca obywatelstwo polskie (art. 14 ust. 1 pkt 1 prokU). Ponieważ działalności prokuratora w żadnej mierze nie można traktować jako działalności gospodarczej²¹, jedyną swobodą traktatową, mogącą potencjalnie odnosić się do sytuacji prokuratora, jest swoboda przepływu pracowników. Podobnie jednak jak w przypadku sędziów, chociaż swoboda ta ma szeroki zakres podmiotowy, a doktryna potwierdza, że prokurator wykonuje swą działalność w ramach stosunku pracy²², to jednak nie dotyczy ona prokuratorów. Jest tak ze względu na wskazaną wyżej klauzulę zatrudnienia w administracji publicznej (art. 39 ust. 4 TWE). Oznacza to, że wynikający z traktatowej swobody

¹⁵ Analogiczne rozwiązania przyjmują też pozostałe państwa członkowskie; sporadycznie twierdzi się jednak, że obejmowanie wyłączeniem z art. 39 ust. 4 TWE wszystkich kategorii sędziów nie jest uzasadnione; tak C. Kirschbaum, *Wyjątki traktatowe: wyżsi urzędnicy wymiaru sprawiedliwości, urzędnicy państwowi oraz notariusze*, [w:] M. Górka (red.), *Status zawodów prawniczych w Europie*, Łódź 1998, s. 54.

¹⁶ Tj.: Dz.U. z 2002 r., Nr 21, poz. 206 z późn. zm. – dalej prokU.

¹⁷ Jego funkcję sprawuje Minister Sprawiedliwości, art. 1 ust. 2 *in fine* prokU.

¹⁸ Należą do nich prokuratorzy Prokuratury Krajowej, prokuratorzy apelacyjni, okręgowi i rejonowi, art. 6 ust. 1 prokU.

¹⁹ Należą do nich prokuratorzy Naczelnej Prokuratury Wojskowej, wojskowych prokuratur okręgowych i garnizonowych, art. 6 ust. 2 prokU.

²⁰ Należą do nich prokuratorzy Głównej oraz oddziałowych komisji ścigania zbrodni Narodowi Polskiemu IPN, art. 6 ust. 3 prokU.

²¹ A to ze względu na samą strukturę prokuratury, opartą o zasadę centralizmu oraz hierarchicznego podporządkowania, charakter podejmowanych przez prokuratora czynności, a także brak istotnych cech działalności gospodarczej takich jak nastawienie na osiągnięcie zysku czy ponoszenie ekonomicznego ryzyka.

²² Wbrew literalnemu brzmieniu przepisów prokU jest to stosunek pracy na podstawie mianowania – A. Dubowik, *Glosa do uchwały SN z 4.3.1999 r.*, III ZP 2/99, OSP 2000, nr 6, s. 325; M. Gersdorf, *op.cit.*, s. 368.

przepływu pracowników zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową nie obejmuje prawników niemieckich chcących wykonywać zawód prokuratora w Polsce. W konsekwencji, Polska może stosować dyskryminację narodową, w szczególności poprzez zarezerwowanie dostępu do funkcji prokuratora własnym obywatelom. Jest tak w istocie, o czym świadczy regulacja art. 14 ust. 1 pkt 1 ustawy o prokuraturze.

1.3. Notariusze

Organizację notariatu oraz wykonywanie zawodu notariusza w Polsce reguluje ustawa z 14.2.1991 r. Prawo o notariacie²³. Akt ten w art. 11 ust. 1 stanowi, że notariuszem może być powołana jedynie osoba posiadająca obywatelstwo polskie. Mamy więc do czynienia z następnym klasycznym zawodem prawniczym, którego wykonywanie ustawodawca polski zastrzega dla własnych obywateli. Jest to jednocześnie kolejny obszar dyskryminującego traktowania podmiotów zagranicznych, w tym prawników niemieckich. Należy odpowiedzieć na pytanie, czy prawo wspólnotowe daje możliwość podważenia tego rozwiązania. Odpowiedź, podobnie jak to było w stosunku do sędziów i prokuratorów, jest negatywna. Prawnik niemiecki, pragnący prowadzić w Polsce działalność notariusza, nie znajdzie ochrony w przepisach traktatowych. W porównaniu wszakże z sytuacją sędziego i prokuratora, inne przepisy prawa wspólnotowego mają wobec niego zastosowanie.

Prawo o notariacie mówi, że notariusz może prowadzić jedną tylko kancelarię, samodzielnie albo na zasadach spółki cywilnej albo partnerskiej z innymi notariuszami (art. 4 notU). Prawo polskie nie dopuszcza natomiast wykonywania zawodu notariusza na podstawie stosunku pracy²⁴. Wynika stąd wniosek, że również prawnik niemiecki, chcący w Polsce wykonywać działalność notariusza, nie może tego zrobić w ramach stosunku pracy, wobec tego z pewnością nie może powołać się na swobodę przepływu pracowników²⁵.

Uzasadnione jest natomiast analizowanie jego sytuacji w świetle swobód przedsiębiorczości i przepływu usług. Istotą swobody przedsiębiorczości jest wykonywanie działalności gospodarczej w państwie innym niż państwo

²³ T.j.: Dz.U. z 2002 r., Nr 42, poz. 369 z późn. zm. – dalej notU.

²⁴ Asesor notarialny zatrudniony w kancelarii notarialnej może niekiedy wykonywać czynności notarialne, wszakże tylko wtedy gdy ustawa tak stanowi, art. 1 ust. 2 notU.

²⁵ Która i tak *nota bene* nie byłaby skuteczna z uwagi na klauzulę zatrudnienia w administracji publicznej z art. 39 ust. 4 TWE.

pochodzenia podmiotu ze swobody korzystającego²⁶. Pojęcia działalności gospodarczej prawo wspólnotowe jednak nie definiuje. Literatura wskazuje, że chodzi tu o działalność stałą i samodzielną, wykonywaną na własny rachunek i ryzyko oraz nastawioną na zysk, w tym także działalność artystyczną lub w wolnym zawodzie²⁷. W tak szerokim rozumieniu działalności gospodarczej mieści się prowadzenie, samodzielnie lub w ramach spółki, kancelarii notarialnej. Swobodą przepływu usług objęte jest natomiast transgraniczne świadczenie usług, które cechuje się przejściowością²⁸ i odpłatnym charakterem. Jeśli przyjąć stanowisko, że działalność notariusza można przedmiotowo zaliczyć do kategorii działalności usługowej, osoba wykonująca ten zawód mogłaby potencjalnie korzystać z tej swobody. Jeśli chodzi z kolei o traktowanie działalności notariuszy jako działalności gospodarczej na gruncie polskiego prawa, problem ten ewoluował na przestrzeni ostatnich lat.

Jeszcze w okresie obowiązywania ustawy o działalności gospodarczej²⁹ w orzecznictwie uznawano, że nie jest to działalność gospodarcza³⁰. Stanowisko orzecznictwa przyjął ustawodawca w ustawie Prawo działalności gospodarczej³¹, która znowelizowała notU, wprowadzając do niej wyraźny przepis, iż notariusz nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu Pdg³². Sytuacja zmieniła się po wejściu w życie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej³³. Ustawa przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności gospodarczej³⁴ uchyliła przepis art. 24a notU, z czego jasno wynika zmiana stanowiska ustawodaw-

²⁶ W formie samozatrudnienia, utworzenia lub przystąpienia do spółki, a także utworzenia oddziału, agencji lub filii.

²⁷ F. Emmert, M. Morawiecki, *Prawo europejskie*, Warszawa-Wrocław 1999, s. 343-344; W.-H. Roth, [w:] M.A. Dausen (red.), *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 1999, s. 426; M. Szydło, *Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej i swoboda świadczenia usług w prawie Unii Europejskiej*, Toruń 2005, s. 35-36.

²⁸ Przy czym przejściowy charakter świadczenia usług należy oceniać uwzględniając jego okres, częstotliwość, regularne powtarzanie i ciągłość – tak ETS w cyt. już sprawie *R. Gerhard*.

²⁹ Ustawa z 23.12.1988 r. o działalności gospodarczej, Dz.U. Nr 41, poz. 324 z późn. zm.

³⁰ Wyrok sądu apelacyjnego, sygn. III AUr 499/95, OSA 1995, nr 7-8, s. 71.

³¹ Art. 76 ustawy z 19.11.1999 r. Prawo działalności gospodarczej, Dz.U. Nr 101, poz. 1178 z późn. zm. – dalej Pdg.

³² Art. 24a notU; w literaturze podnoszono, że także w sensie materialnym, ze względu na swój szczególny przedmiot, działalność zawodowa notariusza nie ma charakteru działalności gospodarczej – M. Szydło, *Osoby wykonujące wolne zawody prawnicze jako przedsiębiorcy*, „Przegląd Sądowy” 2004, nr 2, s. 38-41.

³³ Ustawa z 2.7.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, Dz.U. Nr 173, poz. 1807 ze zm., dalej Sdg.

³⁴ Art. 8 ustawy z 2.7.2004 r. Przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności gospodarczej, Dz.U. Nr 173, poz. 1808.

cy w omawianej sprawie³⁵. Rozszerzenie definicji działalności gospodarczej o działalność zawodową³⁶ przesądza nadto, że prowadzenie kancelarii notarialnej samodzielnie³⁷, jak i na zasadach spółki cywilnej oraz partnerskiej³⁸ jest obecnie działalnością gospodarczą. NotU nie przewiduje natomiast czasowego transgranicznego wykonywania zawodu notariusza³⁹.

Pomimo konstatacji, iż zarówno na gruncie prawa wspólnotowego jak i prawa polskiego, działalność notariusza można by potencjalnie uznać za mieszczącą się w przedmiotowym zakresie swobód przedsiębiorczości i przepływu usług, notariusze z tych swobód korzystać nie mogą. Podstawą niestosowania traktatowych swobód jest art. 45 TWE, mówiący o wykonywaniu władzy publicznej. Zgodnie z nim, działalność będąca wykonywaniem władzy publicznej nie jest objęta przedmiotowym zakresem swobód, wskutek czego osoba ją wykonująca nie może poszukiwać ochrony w prawie wspólnotowym przed dyskryminującym traktowaniem w państwie przyjmującym⁴⁰. Wykonywanie władzy publicznej interpretowane jest jako możliwość skorzystania w stosunku do obywatela państwa goszczącego z uprawnień specjalnych, przywilejów z tytułu sprawowania władzy oraz uprawnień przymusowych⁴¹. Chodzi o realizację powierzonych przez państwo zadań publicznych, łączącą się z możliwością korzystania z kompetencji wykraczających poza uprawnienia powszechnie dostępne podmiotom prywatnym⁴². W związku z wyrażoną przez ETS w głośnym orzeczeniu w sprawie *Reyners*⁴³ zasadą, że derogacja z art. 45 TWE dotyczy tylko tych czynności, które same w sobie stanowią bezpośredni udział w wykonywaniu władzy publicznej, stosunkowo rzadko zdarza się, by

³⁵ Propozycja uchylecia art. 24a notU spotykała się ze sprzeciwem przedstawicieli doktryny podnoszących zarzut, że uczynienie z notariusza przedsiębiorcy godzi w jego status funkcjonariusza publicznego i osoby zaufania publicznego; słuszną wydaje się uwaga, że sprzeciw ten ma charakter głównie aksjologiczny – tak: P. Marquardt, *Notariusz – przedsiębiorca*, PUG 2004, nr 11, s. 20.

³⁶ Art. 2 Sdg.

³⁷ W sensie jednoosobowo.

³⁸ W tym przypadku wszakże przedsiębiorcą wykonującym działalność gospodarczą są nie partnerzy z osobna, ale cała spółka.

³⁹ W literaturze podnosi się, że niedopuszczalne jest wykonywanie przez polskiego notariusza czynności notarialnych za granicą – P. Czubiak, *Regulacje uniemożliwiające dokonywanie czynności notarialnych przez notariuszy RP za granicą*, „Rejent” 2004, nr 8, s. 194 i n.; M. Pazdan, *Notariat a prawo prywatne międzynarodowe (uwagi ogólne)*, Rejent 1995, nr 9, s. 197 i n.

⁴⁰ Przepis ten bezpośrednio odnosi się do swobody przedsiębiorczości; ze względu jednak na art. 55 TWE, ma on także zastosowanie do swobody przepływu usług.

⁴¹ W.-H. Roth, [w:] M. A. Dausen, op.cit., s. 423.

⁴² M. Szydło, *Swoboda prowadzenia...*, s. 150.

⁴³ ETS, sprawa C-2/74 *J. Reyners v. Państwo Belgijskie* ECR [1974] 631.

obejmowała ona wykonywanie całego zawodu. Jednym z tych rzadkich przypadków jest właśnie zawód notariusza⁴⁴. Wykonywania władzy publicznej nie można bowiem oddzielić od samej istoty tego zawodu⁴⁵. Wskażmy ponadto, że również Parlament Europejski reprezentuje to stanowisko, skoro w rezolucji z dnia 23 marca 2006 r. w sprawie zawodów prawniczych i interesu ogólnego w funkcjonowaniu systemów prawnych (w pkt 17) stwierdził, że „art. 45 TWE musi mieć pełne zastosowanie do zawodu notariusza”⁴⁶. Stąd dyskryminujące prawników niemieckich unormowanie notU, rezerwujące godność notariusza w Polsce dla polskich obywateli, nie narusza traktatowych swobód przedsiębiorczości i świadczenia usług.

1.4. Adwokaci i radcy prawni

W porównaniu z sędziami, prokuratorami i notariuszami, prawnicy niemieccy świadczący pomoc prawną mają dostęp do polskiego rynku działalności prawniczej. Należy wobec tego omówić kwestię podlegania tych osób przepisom wspólnotowym o swobodzie przedsiębiorczości i przepływu usług, a następnie przedstawić polskie regulacje dotyczące podejmowania i wykonywania przez nich działalności. Na wstępie jednak kilka uwag wyjaśnienia w sprawie rozróżnienia zawodu adwokata i radcy prawnego.

2. Rozróżnienie zawodów adwokata i radcy prawnego

Polska należy do tych krajów Unii Europejskiej, w których świadczenie pomocy prawnej wykonywane może być w ramach nie jednego, a dwóch zawodów prawniczych: adwokata i radcy prawnego. Każdy z tych zawodów posiada odrębną regulację ustawową, a w konsekwencji odrębne organy samorządu zawodowego, zasady dopuszczania do wykonywania zawodu, zasady etyki zawodowej itp. Wykonywanie zawodu adwokata oraz organizację adwokatury uregulowano w ustawie z dnia 26.5.1982 r. – Prawo o adwoka-

⁴⁴ G. Druesne, *Prawo materialne i polityki Wspólnot i Unii Europejskiej*, Warszawa 1996, s. 158; E. Skrzydło-Tefelska, *Swobodny przepływ osób a wykonywanie zawodu notariusza w Unii Europejskiej*, „Rejent” 2000, nr 4, s. 178; P. Czubik, op.cit., s. 196–197; C. Kirschbaum, *Wyjątki traktatowe...*, s. 54–55.

⁴⁵ Szerzej o przyczynach zastrzegania przez państwa wykonywania zawodu notariusza dla własnych obywateli pisze E. Skrzydło-Tefelska, op.cit., s. 180–181.

⁴⁶ Tekst dostępny na stronie internetowej – <http://www.europarl.eu.int> oraz w czasopiśmie „Radca Prawny” 2006, nr 3, s. 17–21.

turze⁴⁷. Zasady wykonywania zawodu radcy prawnego i zasady organizacji i działania samorządu radców prawnych normuje ustawa z dnia 6.7.1982 r. o radcach prawnych⁴⁸. Szczegółowe przedstawianie obydwu regulacji nie mieści się w ramach tego opracowania. Z punktu widzenia prawnika niemieckiego, najistotniejsze wydaje się wskazanie podstawowych różnic między oboma zawodami. Najdonioślejsza różnica ma charakter bardzo praktyczny, bo sprowadza się do zakresu działalności przedstawicieli każdego z zawodów. Zawód adwokata polega na świadczeniu pomocy prawnej (art. 4 ust. 1 PrAdw), jego zakres jest więc określony szeroko i ustawodawca nie ogranicza go szczególnymi regulacjami. Zakres działalności radcy prawnego, chociaż sprowadza się również do świadczenia pomocy prawnej, jest węższy. Przesądza o tym art. 4 ust. 1 RadU, zgodnie z którym nie obejmuje on występowania w charakterze obrońcy w postępowaniu karnym i w postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe. Przed wejściem w życie ustawy z 30.6.2005 r. o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze i niektórych innych ustaw⁴⁹, radcowie prawni nie mogli także udzielać pomocy prawnej w sprawach rodzinnych i opiekuńczych. Nowelizację tę można traktować jako wyraz tendencji unifikacyjnych w obrębie obydwu zawodów. Druga istotna różnica między zawodem adwokata i radcy prawnego polega na odmiennym katalogu dopuszczalnych form wykonywania działalności zawodowej. Adwokat może wykonywać swój zawód w kancelarii adwokackiej, w zespole adwokackim oraz w spółkach: cywilnej, jawnej, partnerskiej lub komandytowej, których wyłącznym przedmiotem działalności jest świadczenie pomocy prawnej (art. 4a ust. 1 PrAdw). Adwokat nie może natomiast wykonywać zawodu, jeśli pozostaje w stosunku pracy, w szczególności więc nie może go wykonywać w ramach (na podstawie) stosunku pracy (art. 4b ust. 1 pkt 1 PrAdw). Zawód radcy prawnego może dla odmiany być wykonywany także w formach zabronionych dla adwokatów, mianowicie na podstawie umowy cywilnoprawnej oraz w ramach stosunku pracy (art. 8 ust. 1 RadU). Z punktu widzenia poruszanej w opracowaniu problematyki pozwala to na konstatację, że prawnik niemiecki chcący wykonywać w Polsce zawód radcy prawnego, może skorzystać także ze swobody przepływu pracowników. Zgodnie jednak z założeniami poczynionymi na wstępie, możliwość ta jest w tym miejscu jedynie sygnalizowana. Dalsze rozważania będą dotyczyły bowiem takiej działalności, którą w świetle prawa polskiego zakwalifikować można (przynajmniej potencjalnie) jako działalność gospodarczą, a w świetle prawa wspólnotowego – jako miesz-

⁴⁷ Tj.: Dz.U. z 2002 r., Nr 123, poz. 1058 z późn. zm. – dalej: PrAdw.

⁴⁸ Tj.: Dz.U. z 2002 r., Nr 123, poz. 1059 z późn. zm. – dalej: Radu.

czącą się w zakresie przedmiotowym swobód przedsiębiorczości oraz przepływu usług.

3. Świadczenie pomocy prawnej a swobody wspólnotowe

Przedmiotem poniższej analizy będzie działalność prawników niemieckich świadczących pomoc prawną jako forma korzystania ze swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług⁴⁹. Z punktu widzenia swobody przedsiębiorczości należy odpowiedzieć na pytanie, czy działalność taka jest w rozumieniu wspólnotowym działalnością gospodarczą, a w konsekwencji, czy mieści się w przedmiotowym zakresie tej swobody. Przedmiotowy zakres swobody przedsiębiorczości obejmuje pierwotną i wtórną swobodę prowadzenia działalności gospodarczej. W prawie wspólnotowym brak legalnej definicji pojęcia „działalności gospodarczej”. Należy mieć na względzie, że w tym przypadku jest to pojęcie prawa wspólnotowego, a więc nadając mu znaczenie nie można bezpośrednio nawiązywać do krajowych porządków prawnych. Doktryna konstruuje wspólnotową definicję działalności gospodarczej w oparciu oorzecznictwo ETS. F. Emmert pisze: „Pod pojęciem samodzielnej działalności gospodarczej rozumie się:

- rzemieślniczą, przemysłową i pozostałą działalność gospodarczą, w tym także artystyczną lub w wolnym zawodzie,
- wykonywaną przez osoby fizyczne lub prawne na własny rachunek i na własne ryzyko,

⁴⁹ Dz.U. 2005, Nr 163, poz. 1361.

⁵⁰ O wspólnotowej regulacji transgranicznego świadczenia pomocy prawnej, także w ujęciu historycznym – patrz: Ł. Bohdan, *Usługi prawnicze w Unii Europejskiej*, Zakamycze 2000, s. 51; a także m.in.: J. Hilla, *Nowe zasady wykonywania zawodu prawnika w Unii Europejskiej (dyrektywa 98/5/EC)*, „Monitor Prawniczy” 1999, nr 11, s. 52–56; E. Skrzydło-Tefelska, *Wykonywanie wolnych zawodów prawniczych w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, PiP 2000, z. 7, s. 71–84; M. Pilichowska, *Możliwości i perspektywy praktyki prawniczej w państwach Unii Europejskiej*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 2001, nr 1, s. 59–75; G. Laszczuk, *Świadczenie pomocy prawnej w zjednoczonej Europie a prawo polskie*, „Radca Prawny” 2001, nr 4, s. 28 i n.; M. Koźuch, *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług prawnych przez prawników zagranicznych*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2002, nr 3, s. 226–237; H. Winnicka, *Swoboda świadczenia usług prawniczych w prawie wspólnotowym*, „Radca Prawny” 2005, nr 3, s. 79 i n. oraz *Wolność przedsiębiorczości dla prawników w Unii Europejskiej czyli prowadzenie stałej praktyki w innym kraju członkowskim niż ten, w którym uzyskano uprawnienia do wykonywania zawodu radcy prawnego*, „Radca Prawny” 2005, nr 5, s. 84 i n.; K. i M. Klaczyński, *Świadczenie przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Polsce*. Komentarz, Warszawa 2004, s. 21–47.

— która prowadzić ma do uzyskania pieniędzy lub dochodów o wartości pieniężnej⁵¹.

Najważniejszymi aspektami tak rozumianej działalności gospodarczej jest cecha stałości i samodzielności (wyrażająca się w ponoszonym ryzyku) oraz zarobkowy charakter, którego przejawem jest nie tyle nastawienie na zysk, a sam fakt odpłatności za wykonywaną czynność⁵². Ze względu na możliwość odróżnienia korzystania ze swobody przedsiębiorczości od swobody świadczenia usług, ważne jest też podkreślenie stałości, trwałego charakteru działalności gospodarczej. Zwróćmy wszakże uwagę na fakt, iż przedmiotowo działalność ta polegać może zarówno na szeroko rozumianym wytwarzaniu towarów, jak i na oferowaniu usług. Stąd też na gruncie prawa wspólnotowego objęcie działalności prawników świadczących pomoc prawną pojęciem działalności gospodarczej na użytek art. 43 TWE nie budzi wątpliwości. W najdonioślejszych orzeczeniach dotyczących transgranicznej działalności prawników w ramach swobody przedsiębiorczości, pogląd ten w ogóle nie był kwestionowany⁵³.

Do podobnego wniosku dochodzimy, analizując świadczenie pomocy prawnej w świetle swobody przepływu usług. Fundamentalne znaczenie w tym przypadku ma twierdząca odpowiedź na pytanie o uznanie tej działalności jako usługi w rozumieniu art. 50 TWE. Przepis ten zawiera legalną definicję pojęcia usługi. Zgodnie z nią, usługa jest świadczeniem wykonywanym za wynagrodzeniem, w zakresie, jaki nie jest regulowany przez przepisy dotyczące swobodnego przepływu osób (przepływu pracowników i swobody przedsiębiorczości), towarów i kapitału. W oparciu o tę regulację ETS, kwalifikując konkretny stan faktyczny, bada w pierwszej kolejności, czy sytuacja wypełnia przesłanki swobodnego przepływu osób, towarów lub kapitału; w braku jednej z takich kwalifikacji, analizuje sprawę pod kątem możliwości zastosowania przepisów o swobodzie przepływu usług. Jednocześnie jednak, w sytuacjach wątpliwych, Trybunał skłania się do dokonywania kwalifikacji z art. 49 i 50 TWE⁵⁴.

⁵¹ F. Emmert, M. Morawiecki, op.cit., s. 343–344.

⁵² W.-H. Roth, [w:] M.A. Dausés, op.cit., s. 426.

⁵³ Patrz takie orzeczenia ETS jak: C-2/74 *J. Reyners v. Państwo Belgijskie* ECR [1974] 631; C-33/74 *Johannes Henricus Maria van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* ECR [1974] 1299; C-107/83 *Ordre des avocats au barreau Paris v. O. Klopp* ECR [1984] 2971; C-292/86 *Claude Gullung v. Conseil de l'ordre des avocats du barreau de Colmar et de Saverne* ECR [1988] 111; C-76/90 *M. Sager v. Dennemeyer & Co. Ltd.* ECR [1991] I-4221; C-55/94 *R. Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* ECR [1995] I-4165.

⁵⁴ N. Póltorak, *Świadczenie usług a zakładanie przedsiębiorstw według prawa Wspólnot Europejskich*, PiP 1999, nr 2, s. 60.

Istotną cechą usługi, wynikającą bezpośrednio z regulacji traktatowej, jest odpłatność. Wedle stanowiska ETS, odpłatność nadaje usłudze charakter gospodarczy. Brak, po stronie usługodawcy, nastawienia na osiągnięcie korzyści majątkowej pozbawia dane świadczenie charakteru usługi w rozumieniu Traktatu. W art. 50 zd. 2 TWE znajdujemy wyliczenie rodzajów działalności o charakterze usługowym, obejmujące działalność przemysłową, handlową, rzemieślniczą lub w zakresie wolnych zawodów. Katalog ten traktować należy wyłącznie jako przykładowy, a nie jako kryterium kwalifikacji danej działalności jako usługowej. Należy podkreślić, że przedmiotowo taka sama działalność zawodowa, polegająca na przykład na wykonywaniu wolnego zawodu adwokata, stanowić może zarówno świadczenie usług jak zakładanie przedsiębiorstw⁵⁵. Powyższe uwagi skłaniają do wniosku, że transgraniczne świadczenie pomocy prawnej (jeśli stanowi odpłatne świadczenie niepodlegające innym swobodom) może potencjalnie mieścić się w przedmiotowym zakresie swobody świadczenia usług. Również ta zasada nie była w orzecznictwie ETS kwestionowana⁵⁶.

Konstatacja, że działalność polegająca na świadczeniu pomocy prawnej mieści się potencjalnie (ze względu na swój charakter) w przedmiotowym zakresie swobody przedsiębiorczości i świadczenia usług nie przesądza jeszcze, że osoby tę działalność wykonujące będą rzeczywiście mogły z tych swobód skorzystać. Rozpatryć należy przecież kwestię podlegania tych osób wyłączeniu z art. 45 TWE. W przypadku notariuszy okazało się, że swobody traktatowe ich nie dotyczą, chociaż działalność przez te osoby wykonywana mogłaby im potencjalnie podlegać. Przesądził o tym fakt, że ich działalność jest nierozzerwalnie związana z wykonywaniem władzy publicznej. Wątpliwość podobnej natury można podnieść wobec osób świadczących pomoc prawną. Europejski Trybunał Sprawiedliwości rozstrzygnął ją w słynnym orzeczeniu w sprawie *Reyners*⁵⁷. Ponieważ sprawa dotyczyła właśnie swobody przedsiębiorczości wykonywanej przez adwokata, była doskonałą okazją dla odniesienia się do sytuacji tej grupy zawodowej (a szerzej wszystkich osób wykonujących wolne zawody). Trybunał nie podzielił poglądu rządu Luksemburga oraz belgijskiej organizacji zawodowej adwokatów⁵⁸, jakoby adwokat był or-

⁵⁵ Ł. Bohdan, op.cit., s. 51; M. Strzelbicki, op.cit., s. 61 i 67-68.

⁵⁶ Patrz np. orzeczenia ETS w sprawie C-33/74 *Johannes Henricus Maria van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* ECR [1974] 1299; C-55/94 *R. Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* ECR [1995] 4165.

⁵⁷ ETS, sprawa C-2/74 *J. Reyners v. Państwo Belgijskie* ECR [1974] 631.

⁵⁸ *Ordre National des Advocats de Belgique* – odpowiednik polskiej Naczelnej Rady Adwokackiej.

ganem ochrony prawnej biorącym udział w wykonywaniu władzy publicznej a jego zawód, stanowiący integralną całość, nierozdzielnie związany z prawidłowym funkcjonowaniem publicznego wymiaru sprawiedliwości. Przeciwnie, stwierdził, że skoro wyjątek od swobody przedsiębiorczości musi być traktowany wąsko, to obejmuje on tylko czynności bezpośrednio związane z udziałem w sprawowaniu władzy publicznej. Zdaniem Trybunału, nie można do nich zaliczyć działalności polegającej na udzielaniu porad i pomocy prawnej oraz reprezentowaniu i obronie klienta przed sądem, nawet jeśli funkcje te są ustawowo zastrzeżone dla adwokata. Adwokat wykonuje natomiast władzę publiczną jeżeli, jak jest to możliwe we Francji, Belgii lub Luksemburgu, w wyjątkowych sytuacjach uzupełnia skład sędziowski⁵⁹.

4. Świadczenie pomocy prawnej przez adwokatów i radców prawnych jako działalność gospodarcza w świetle prawa polskiego

Wykazałem, że na gruncie prawa wspólnotowego kwalifikacja świadczenia pomocy prawnej jako działalności gospodarczej albo świadczenia usług w rozumieniu art. 43 oraz 49 i 50 TWE nie budzi większych wątpliwości. Analogiczne odniesienie działalności takiego rodzaju do pojęcia działalności gospodarczej, którym posługuje się polski ustawodawca, takie oczywiście już nie jest. Co więcej, można powiedzieć, że wywołuje ono w Polsce wciąż gorące emocje i spory.

Nie ma tu miejsca na historyczne analizowanie ewolucji traktowania świadczenia pomocy prawnej jako działalności gospodarczej. Za punkt wyjścia przyjmijmy więc sytuację istniejącą pod rządami poprzedniczki Sdg, ustawy Prawo działalności gospodarczej. Ustawa ta w art. 87 wyrażała zasadę, że świadczący pomoc prawną nie są przedsiębiorcami w rozumieniu jej przepisów, oraz że działalność polegającą na świadczeniu pomocy prawnej określają przepisy ustawy – Prawo o adwokaturze oraz ustawy o radcach prawnych. Jako przedsiębiorcę Pdg nakazywała traktować „osobę fizyczną, osobę prawną oraz niemającą osobowości prawnej spółkę prawa handlowego, która zawodowo, we własnym imieniu podejmuje i wykonuje działalność gospodarczą”⁶⁰. Interpretując łącznie obie te regulacje większość autorów głosiła pogląd, że

⁵⁹ G. Druesne op.cit., s. 158; szerzej o wykonywaniu władzy publicznej przez adwokatów Ł. Bohdan, op.cit., s. 68–72.

⁶⁰ Art. 2 ust. 1 Pdg.

wolą ustawodawcy było wyłączenie działalności adwokatów i radców prawnych z kręgu desygnatów pojęcia działalności gospodarczej. W ich opinii podmioty te działalności gospodarczej nie prowadziły⁶¹. Poglądowi temu przeciwstawiono jednak twierdzenie, że wyłączenie danej kategorii osób z kręgu przedsiębiorców nie musi automatycznie oznaczać, że ich działalność przestaje być działalnością gospodarczą⁶². Argumentowano przy tym, że gdyby taka była wola ustawodawcy, wyłączyłby wówczas wyraźnie daną działalność z kręgu działalności gospodarczej, a nie tylko stwierdził, że osoby ją wykonujące nie są przedsiębiorcami. Słusznie wskazywano ponadto, że działalność adwokatów i radców prawnych, bez względu na to, że jest wykonywaniem zawodu zaufania publicznego, posiada wszelkie cechy definiowanej w Pdg działalności gospodarczej. Przemawiać za tym miały takie okoliczności, jak: usługowy charakter świadczenia pomocy prawnej, zorganizowany sposób tego świadczenia, ciągłość, oraz działanie we własnym imieniu⁶³. Działalność ta ma ponadto charakter zarobkowy⁶⁴. Wyłączenie danej kategorii podmiotów z kręgu przedsiębiorców skutkowało, wedle tego stanowiska, niestosowaniem wobec nich reżimu ustawy Pdg, ale nie miało wpływu na określenie ich działalności jako działalności gospodarczej. Na marginesie zaznaczmy, że konsekwencją przyjęcia tego poglądu jest stwierdzenie, że uzupełnienie definicji działalności gospodarczej w Sdg o działalność zawodową, zakresu tego pojęcia nie poszerzyło⁶⁵.

⁶¹ Patrz np.: R. Potrzezsz, [w:] J. Sommer, K. Stoga, R. Potrzezsz, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 244; M. Waligórski, *Nowe prawo działalności gospodarczej*, Poznań 2001, s. 166.

⁶² Tak: B. Popowska, *Uwagi na tle relacji: przedsiębiorca – wolny zawód*, [w:] R. Budziński (red.) *Prawo i administracja*, t. I, Piła 2002, s. 126–127; S. Korolu, *Pojęcie działalności gospodarczej. Uwagi na tle projektu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, „Radca Prawny” 2004, nr 2, str. 13–15; M. Szydło, *Osoby...*, s. 23–38 – zwrócić uwagę należy, że podobne rozumowanie dotyczące notariuszy nie przesądziło, zdaniem Autora, o zakwalifikowaniu ich działalności jako działalności gospodarczej; ibidem, s. 38–41.

⁶³ Z samej istoty wolnego zawodu wynika, że można wykonywać go jedynie we własnym imieniu – tak: K. Wojtczak, op.cit., s. 212; w przypadku reprezentacji klienta przed sądem, o występowaniu we własnym imieniu można mówić odnośnie stosunku łączącego prawnika z klientem – M. Szydło, *Osoby...*, s. 35.

⁶⁴ Zarobkowy charakter interpretowany jest przy tym jako chęć osiągania zysków, ale niekoniecznie rzeczywiście uzyskiwane dochody – C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 25; M. Waligórski, op.cit., s. 88–89; M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 36–46; cecha ta odnośnie wykonywania wolnych zawodów budzi do dziś wątpliwości, a przez część środowisk postrzeganie wykonywania zawodu adwokata jako działalności zarobkowej uważane jest za niedopuszczalne, a nawet nieelicujące z godnością zawodu; J. Zejda, *Spółka jako forma wykonywania zawodu adwokata. Zagadnienia wybrane*, „Palestra” 2000, nr 4–5, s. 14.

⁶⁵ S. Korolu, op.cit., s. 15–16.

Stan prawny w omawianym zakresie zmienił się wraz z uchwaleniem ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. W świetle art. 2 Sdg, działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Zmianie definicji działalności gospodarczej (uzupełnienie jej o działalność zawodową) towarzyszyło uchylenie przepisów szczególnych wyłączających określone grupy zawodowe spod pojęcia przedsiębiorcy⁶⁶. W Sdg nie znalazł się także przepis odpowiadający treści art. 87 Pdg. W konsekwencji tych zmian, nie budzi obecnie wątpliwości fakt, że działalność zawodowa adwokata czy radcy prawnego, o ile spełnia pozostałe ustawowe cechy, tzn. jest działalnością zarobkową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły, jest działalnością gospodarczą, a podmiot ją wykonujący – przedsiębiorcą⁶⁷. Dodajmy, że zmiany te nie spotkały się w środowiskach adwokatów i radców prawnych z życzliwym przyjęciem⁶⁸.

Z punktu widzenia poruszanej w opracowaniu problematyki, tj. możliwości korzystania przez prawników niemieckich ze swobody przedsiębiorczości w Polsce, kwestia uznania świadczenia pomocy prawnej jako działalności gospodarczej przez polskiego ustawodawcę nie jest jednak zbyt ważna. Prawo krajowe nie może przecież pozbawiać skuteczności regulacji wspóln-

⁶⁶ Por. prezentowana wcześniej sytuacja notariuszy.

⁶⁷ Tak także: M. Szydło, *Swoboda...*, s. 33–36; M. Pawełczyk, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej a świadczenie pomocy prawnej*, „Palestra” 2005, nr 1–2, s. 15; K. Stoga, Z. Klatka, *Działalność zawodowa radcy prawnego po 21 sierpnia 2004 r.*, „Radca Prawny” 2004, nr 6, s. 11; Ł. Błaszczak, *Status radcy prawnego w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, „Radca Prawny” 2004, nr 6, s. 15; odmiennie C. Kosikowski, op.cit., s. 27–28, którego zdaniem nadanie adwokatowi i radcy prawnemu statusu przedsiębiorcy następuje nie dlatego, że prowadzą oni działalność gospodarczą, ale dlatego, że we własnym i mieniu i na własny rachunek wykonują działalność zawodową.

⁶⁸ Wskazano następujące negatywne konsekwencje objęcia tych podmiotów definicją przedsiębiorcy: konieczność podwójnej rejestracji – w rejestrze prowadzonym przez samorząd zawodowy oraz w ewidencji działalności gospodarczej, poddanie tych podmiotów kontroli i nadzorowi organów gminy, podczas gdy art. 17 Konstytucji pieczę nad nimi powierza wyłącznie organom samorządu zawodowego, konieczność poddania się obowiązkom nakładanym przez Sdg na przedsiębiorców, np. art. 16, 17, 21 i 22 Sdg – patrz: *Opinia Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych w sprawie projektu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, „Radca Prawny” 2004, nr 2, s. 128–129; szerzej o krytyce przyjętego rozwiązania patrz np. M. Pawełczyk, op.cit., s. 15–20; Ł. Błaszczak, *Status radcy prawnego...*, s. 15–23; tenże, *W nawiązaniu do polemiki – jeszcze raz o statusie radcy prawnego*, „Radca Prawny” 2005, nr 2, s. 90–94; T. Staranowicz, *Jeszcze w sprawie pojęcia działalności zawodowej w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej*, „Radca Prawny” 2005, nr 2, s. 87–89.

towych, w tym podstawowych swobód. Stąd nawet gdyby działalność taką wyłączyć z zakresu polskiego pojęcia działalności gospodarczej, nie mogłoby to stanowić przeszkody dla prawników niemieckich w korzystaniu ze swobód Wspólnego Rynku. Oznacza to, że prawnicy niemieccy mogą, w zakresie podejmowania i wykonywania w Polsce działalności polegającej na świadczeniu pomocy prawnej, odpowiadającej wykonywaniu zawodu adwokata lub radcy prawnego, domagać się co najmniej traktowania narodowego, bez względu na to, czy polskie prawo uzna tę działalność za działalność gospodarczą, a ich samych – za przedsiębiorców.

5. Formy wykonywania działalności adwokata i radcy prawnego

Zasady i warunki świadczenia pomocy prawnej w Polsce przez prawników zagranicznych określa ustawa z 5.7.2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej⁶⁹. Ustawa ta implementuje wskazane na wstępie dyrektywy 77/249 oraz 98/5, a także w pewnym zakresie dyrektywę 89/48⁷⁰. Ze względu na regulację dyrektyw oraz odpowiadającą im systematykę polskiej ustawy można wyróżnić trzy formy wykonywania w Polsce działalności przez prawników niemieckich: świadczenie usług transgranicznych, wykonywanie stałej praktyki – stałą działalność na podstawie własnego tytułu zawodowego oraz trwałą integrację powiązaną z wpisem na listę adwokatów lub radców prawnych. Każda z tych form zostanie przedstawiona odrębnie, przy czym kolejność ich prezentacji odpowiada rosnącemu stopniowi integracji prawnika niemieckiego z polskim rynkiem, nie zachowuje natomiast chronologii pojawiania się ich w prawie wspólnotowym.

Na wstępie zauważyć należy, że postanowienia ustawy odnoszą się do szeroko rozumianych prawników zagranicznych, definiowanych jako prawni-

⁶⁹ Dz.U. 2002, Nr 126, poz. 1069 z późn. zm. – dalej Prawu.

⁷⁰ Jest tak pomimo smutnego faktu, że ustawodawca w przypisie do tytułu PrawU wskazał jedynie na implementację dyrektywy 98/5; dyrektywa 98/5 w art. 1 ust. 4 wyraźnie wskazuje, że jej postanowienia nie dotyczą świadczenia usług, które jest przedmiotem dyrektywy 77/249, odsyła natomiast w niektórych przepisach do systemu uznawania kwalifikacji zawodowych przewidzianego w dyrektywie 89/48; również analiza treści PrawU przekonuje, że implementuje ona wszystkie te dyrektywy; dlaczego ustawodawca nie wymienił jej w przypisie? – zapewne z tego samego powodu, z którego polskie prawo, zwłaszcza gospodarcze, wygląda jak wygląda (zapomniał); umieszczanie przypisów wskazujących na implementowane ustawą dyrektywy wspólnotowe oceniam pozytywnie z punktu widzenia jasności prawa i praktycznej wygody w jego stosowaniu, winno jednak ono być czynione z najwyższą precyzją.

cy z Unii Europejskiej i prawnicy spoza Unii Europejskiej (art. 2 pkt 1 PrawU). Te dwie kategorie uznać należy za rozłączne. Prawnikiem z Unii Europejskiej jest w rozumieniu PrawU osoba będąca obywatelem państwa członkowskiego Unii, uprawniona do wykonywania zawodu przy użyciu jednego z tytułów zawodowych uzyskanych w państwie członkowskim Unii Europejskiej, określonych w wykazie stanowiącym załącznik nr 1 do ustawy (art. 2 pkt 2 PrawU). Wśród tytułów tam wymienionych jest niemiecki tytuł *Recht-sanwalt*. Poza kategorią prawników z Unii Europejskiej ustawa reguluje także sytuację prawników spoza Unii Europejskiej⁷¹. Warto podkreślić, że sytuacja prawna tych dwóch grup w zakresie zasad świadczenia w Polsce pomocy prawnej nie jest identyczna. Dalsze rozważania poświęcone będą wszakże tylko pierwszej z nich.

5.1. Świadczenie usług transgranicznych (dział IV ustawy PrawU)

Najbardziej liberalne zasady dotyczą tzw. usług transgranicznych. Ustawodawca definiuje je jako „jednorazową lub mającą charakter przejściowy czynność z zakresu pomocy prawnej, wykonywaną przez prawnika zagranicznego (a więc także prawnika z Unii Europejskiej – przyp. M.S.) wykonującego stałą praktykę w innym państwie”⁷². Na gruncie tej definicji nasuwa się kilka uwag. Ustawa definiuje pojęcie pomocy prawnej, odnosząc je do działalności prawników zagranicznych w zakresie odpowiadającym uprawnieniom adwokatów i radców prawnych⁷³. Pod pojęciem tym kryje się więc pomoc prawna w rozumieniu PrAdw i RadU⁷⁴. Rozumienie to jest szerokie i nieostre, o czym będzie jeszcze mowa w ostatniej części opracowania. Przepis art. 35 ust. 2 PrawU potwierdza, że prawnik z Unii Europejskiej może wykonywać wszelkie czynności, do których uprawniony jest adwokat lub radca prawny. Jednocześnie należy przyjąć, że jeśli w państwie swego pochodzenia

⁷¹ Zaliczając do nich także osoby posługujące się tytułami zawodowymi uzyskanymi w państwach EFTA – stronach umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym (Islandia, Liechtenstein, Norwegia) – art. 2 pkt 3 PrawU; przy czym do obywateli tych państw, posługujących się tytułami zawodowymi uzyskanymi w tych państwach albo w państwach Unii oraz do obywateli państw Unii, którzy uzyskali uprawnienia zawodowe w jednym z tych państw ustawodawca nakazuje odpowiednio stosować regulacje dotyczące prawników z Unii Europejskiej – art. 2a Prawu.

⁷² Art. 2 pkt 4 PrawU.

⁷³ Art. 1 ust. 2 PrawU; przepis ten jedynie przykładowo wskazuje na udzielanie porad prawnych, sporządzenie opinii prawnych, opracowywanie projektów aktów prawnych oraz występowanie przed sądami i urzędami.

⁷⁴ Art. 4 ust. 1 PrAdw i art. 7 RadU.

zakres czynności, do których jest uprawniony, jest szerszy, w Polsce wiąże go zakres uprawnień przyznawanych przez prawo polskie⁷⁵.

Po wtóre, aby skorzystać z tej formy działalności w Polsce, prawnik z Unii Europejskiej musi wykonywać w innym państwie stałą praktykę⁷⁶. Wymóg ten nie znajduje potwierdzenia ani w treści dyrektywy 77/249, ani też w treści konstytuujących swobodę przepływu usług art. 49 i 50 TWE. Traktat wymaga jedynie, by osoba korzystająca ze swobody przepływu usług była obywatelem Unii oraz posiadała tam miejsce stałego pobytu (była osiedlona, ang. „*established*”). Z całą pewnością jednak warunkiem korzystania z tej swobody nie jest prowadzenie działalności gospodarczej adekwatnego rodzaju⁷⁷. Rozwiązanie przyjęte w art. 2 pkt 4 PrawU budzi więc wątpliwości co do zgodności z dyrektywą 77/249 oraz art. 49 TWE.

Ustawodawca stwierdza, że czynności stanowiące świadczenie usług transgranicznych winny być jednorazowe lub mieć charakter przejściowy. Jest to oczywiste nawiązanie do art. 49 TWE, zgodnie z którym swoboda świadczenia usług obejmuje sytuacje przejściowej działalności w państwie goszczącym. Pamiętać wszakże należy, że ów przejściowy charakter interpretować trzeba oceniając jej okres, częstotliwość, regularne powtarzanie i ciągłość⁷⁸. Nie oznacza to bynajmniej zawsze jednorazowości. Jeżeli określona sprawa wymaga podjęcia przez prawnika szeregu czynności, nawet znacznie rozłożonych w czasie, należy stwierdzić, że mieści się ona nadal w pojęciu świadczenia usług transgranicznych. Wymóg czasowości nie wyklucza też istnienia trwałych stosunków prawnych łączących usługodawcę i usługobiorcę⁷⁹. Pamiętać wreszcie należy, że Trybunał Sprawiedliwości dopuszcza, by usłu-

⁷⁵ F. Puel, *Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości dotyczące dyrektywy Rady 77/294/EWG*, [w:] M. Górka, op.cit., s. 92 i 95.

⁷⁶ Wymóg ten wynika z cytowanej definicji.

⁷⁷ N. Półtorak, op.cit., s. 59; przyczyną wprowadzenia tego niezgodnego z TWE rozwiązania może być okoliczność wskazana przeze mnie w artykule pt. *Swoboda świadczenia usług w Unii Europejskiej*, *Preis* 2003, nr 3, s. 57, w którym wskazałem na błędne tłumaczenie polskiej wersji TWE (opublikowanej w Dz.U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864, a także dostępnej m.in. na stronie internetowej Urzędu Komitetu Integracji Europejskiej <http://www.ukie.gov.pl>) oraz w wielu wydawnictwach drukowanych, np. *Polska w Unii Europejskiej. Wybór dokumentów*, Warszawa 2003, ss. 596), gdzie w art. 59 angielskie określenie „*who are established*” przetłumaczono na „*mający swe przedsiębiorstwo*”, co sugeruje, że warunkiem korzystania ze swobody przepływu usług jest wykonywanie działalności gospodarczej na terenie Wspólnoty, podczas gdy chodzi jedynie o zamieszkiwanie (stały pobyt) na jej obszarze.

⁷⁸ Tak ETS w sprawie C-55/94 R. *Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* ECR [1995] I-4165.

⁷⁹ A. Cieśliński, op.cit., s. 209.

dawca posiadał w państwie goszczącym pewną infrastrukturę (np. biuro, kancelaria), jeśli jest ona konieczna dla procesu świadczenia usługi. Stwierdzenie, że prawnik z Unii Europejskiej dysponuje taką infrastrukturą nie powinno więc skłaniać do pochopnych wniosków⁸⁰.

Prawniki z Unii Europejskiej, wykonując działalność transgraniczną, podlegającą na reprezentowaniu klienta przed sądem, podlega warunkom wykonywania zawodu adwokata lub radcy prawnego, z wyjątkiem warunków dotyczących miejsca zamieszkania oraz wpisu na listę adwokatów lub radców prawnych (art. 36 ust. 1 PrawU). Wyłączenie wymogu miejsca zamieszkania podyktowane jest tym, że środek taki postrzegany jest jako przejaw niedozwolonej ukrytej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową⁸¹. Wymóg wpisu na listę prowadzoną przez samorząd zawodowy na obszarze RP byłby z kolei przejawem traktowania narodowego, od którego w obszarze swobody świadczenia usług coraz częściej się odchodzi (na rzecz postrzegania tej swobody jako nośnika ogólnego zakazu ograniczeń)⁸². W przypadku innych czynności niż reprezentacja przed sądem, ustawa wymaga, by prawnik przestrzegał warunków obowiązujących w jego państwie macierzystym, z uwzględnieniem warunków obowiązujących adwokatów i radców prawnych, o ile można ich wymagać od osoby nie prowadzącej w Polsce stałej praktyki i o ile jest to istotne dla właściwego wykonywania czynności i zachowania godności zawodu (art. 37 ust. 1 PrawU). W tej regulacji zdaje się pobrzmiewać teza głoszona przez ETS, iż „państwo członkowskie nie może uzależnić świadczenia usług na jego terytorium od przestrzegania wszystkich warunków wymaganych dla przedsiębiorczości; gdyby tak było, postanowienia dotyczące swobody świadczenia usług byłyby pozbawione wszelkich praktycznych skutków”⁸³. W zakresie deontologii, prawnik z Unii Europejskiej reprezentujący klienta przed sądem, winien przestrzegać zasad obowiązujących adwokatów lub radców prawnych, z uwzględnieniem zasad etyki obowiązujących w jego państwie macierzystym (zasada podwójnej deontologii, art. 36 ust. 2 PrawU). W innych sytuacjach niż reprezentacja klienta przed sądem, prawnika z Unii Europejskiej wiążą w pierwszym rzędzie rodzime zasady etyki zawodowej, z uwzględnieniem zasad dotyczących polskich adwokatów lub radców prawnych (art. 37 ust. 2 PrawU).

⁸⁰ Por. C-55/94 *Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* ECR [1995] 4165.

⁸¹ Patrz np. orzeczenia ETS w sprawie C-152/73 *G. Sotgiu v. Poczta Niemiecka* ECR [1974] 153; C-205/84 *Komisja v. RFN* ECR [1986] 3755.

⁸² M. Strzelbicki, op.cit., s. 62–64.

⁸³ ETS, sprawa C-154/89 *Komisja v. Francja* ECR [1991] I-659.

Zgodnie z dyrektywą (art. 5), w ramach świadczenia usług transgranicznych, prawnik z Unii Europejskiej może wykonywać w Polsce działalność samodzielnie, chyba że ustawa (w zakresie dopuszczalnym w art. 5 dyrektywy 77/249, czyli reprezentacji oraz obrony klienta przed sądem, zawężonym dodatkowo w orzecznictwie ETS jedynie do sytuacji, w których prawo państwa goszczącego zakłada przymus adwokacki⁸⁴) wymaga współdziałania z adwokatem lub radcą prawnym. Polska ustawa w art. 38 nakłada obowiązek współdziałania w zakresie reprezentowania klienta w postępowaniu, w którym wymagane jest, by strona była reprezentowana przez adwokata lub radcę prawnego. Na tle tej regulacji zachodzi wątpliwość, czy chodzi tu o tzw. bezwzględny czy względny przymus adwokacko-radcowski⁸⁵. Słuszne jest stanowisko, że cel dyrektywy 77/249 sprowadzający się do zapewnienia możliwości skutecznego świadczenia transgranicznych usług prawniczych, przesądza za ograniczeniem wymogu współdziałania jedynie do sytuacji objętych bezwzględnym wymogiem adwokacko-radcowskim⁸⁶. Jeśli udział radcy prawnego w danej sprawie jest niedopuszczalny, prawnik z Unii Europejskiej powinien skorzystać z pomocy adwokata. W pozostałym zakresie, w tym zwłaszcza w obszarze doradztwa prawnego, współdziałanie nie jest wymagane. Warto o tym pamiętać, bo ETS przywiązuje do tej kwestii dużą wagę⁸⁷.

Ustawodawca przewidział dla prawnika z Unii Europejskiej pewne obowiązki. W pierwszej kolejności jest to obowiązek tzw. przedstawienia odpowiednim władzom⁸⁸, wyrażony w art. 40 PrawU. W przypadku postępowania sądowego, prawnik winien przy pierwszej czynności dołączyć do akt sprawy dokument potwierdzający, że jest w państwie macierzystym zareje-

⁸⁴ ETS, sprawa C-427/85 *Komisja v. Niemcy* ECR [1988] 1123; szerzej na ten temat Ł. Bohdan, op.cit., s. 170–172.

⁸⁵ Z bezwzględnym przymusem adwokacko-radcowskim mamy do czynienia, gdy ustanowienie adwokata albo radcy prawnego jest niezbędne dla skuteczności czynności dokonywanej przez stronę; względny przymus adwokacko-radcowski sprowadza się do obowiązku ustanowienia swym pełnomocnikiem jedynie adwokata albo radcę prawnego, pod warunkiem wszakże, że strona w ogóle z pomocy pełnomocnika skorzystać zamierza (strona może reprezentować się sama); W. Siedlecki, Z. Świeboda, *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 115–116; Z. Klatka, *Reprezentowanie klienta przez prawnika zagranicznego w postępowaniu przed sądami i innymi organami władzy publicznej (umowa o współdziałanie z radcą prawnym lub adwokatem)*, „Radca Prawny” 2004, nr 5, s. 120.

⁸⁶ Tak na gruncie analogicznego do art. 38 art. 17 PrawU – K. i M. Kłaczyński, op.cit., s. 241–242; pogląd ten podziela Z. Klatka, *Reprezentowanie...*, s. 120.

⁸⁷ Oprócz wskazanego orzeczenia C-427/85 patrz także: C-294/89 *Komisja v. Francja* ECR [1991] I-3591.

⁸⁸ Sądowi oraz dziekanowi właściwej izby samorządu zawodowego.

strowany jako posługujący się tytułem zawodowym, wymienionym z załączniku 1 do ustawy. Działaniu temu powinno towarzyszyć także poinformowanie dziekana okręgowej rady adwokackiej lub okręgowej rady radców prawnych o podjęciu świadczenia usługi transgranicznej. W innych przypadkach, tzn. poza postępowaniem przed sądem, ustawa nie nakłada takiego obowiązku, upoważnia jedynie organ władzy publicznej, przed którym dokonywana jest czynność, albo organy samorządu zawodowego wskazane wcześniej, do zażądania od prawnika stosownego dokumentu. Jeśli dokument nie jest sporządzony w języku polskim, prawnik z UE winien dostarczyć jego tłumaczenie poświadczane przez tłumacza przysięgłego. Ponadto art. 39 PrawU wprowadza obowiązek wskazania sądowi lub innemu organowi, przed którym toczy się postępowanie, osoby upoważnionej do odbioru pism na terytorium RP.

Od prawnika z Unii Europejskiej wymaga się, by świadcząc usługi transgraniczne, posługiwał się tytułem zawodowym uzyskanym w państwie macierzystym, wyrażonym w języku urzędowym tego państwa⁸⁹. Sens tej regulacji jest oczywisty i w pełni zrozumiały – osoba ta ma być łatwo rozpoznawalna, przede wszystkim dla potencjalnych klientów. Mają oni bowiem prawo do jasnej informacji, że osoba ta nie została poddana żadnej weryfikacji w zakresie znajomości prawa polskiego. Prawnik winien też wskazać organizację zawodową, do której należy, albo sąd, przed którym ma prawo występować zgodnie z prawem tego państwa. Jeśli chodzi o odpowiedzialność dyscyplinarną, to podlega on jej wg przepisów o odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokatów albo radców prawnych⁹⁰.

Reasumując, w przypadku tej formy działalności prawnika z Unii Europejskiej obserwujemy znaczną liberalizację, przejawiająca się w odejściu od zasady traktowania narodowego na rzecz uznania uprawnień uzyskanych przez prawnika w innym państwie Unii. Przejawia się to głównie w rezygnacji z nostryfikacji dyplomu (a co za tym idzie porównywania procesu kształcenia) na rzecz przyjęcia, że podstawą działalności w Polsce jest sam fakt bycia zareje-

⁸⁹ Z podaniem organizacji zawodowej, do której należy, co ma znaczenie zwłaszcza w przypadkach, gdy tytuł zawodowy w kilku państwach brzmi jednakowo, np. niemiecki i austriacki *Rechtsanwalt*.

⁹⁰ Art. 41 PrawU; należy pamiętać o odesłaniu w ust. 2 tego przepisu do szczególnych rozwiązań w zakresie odpowiedzialności dyscyplinarnej prawników zagranicznych przyjętych w art. 10 PrawU, oraz o wynikających z tych rozwiązań szczególnych obowiązków i uprawnień: obowiązku sądu dyscyplinarnego do doręczania organowi państwa macierzystego odpisów kluczowych dokumentów w sprawie oraz uprawnieniu tego organu państwa macierzystego do przedstawiania stanowiska w sprawie oraz delegowania przedstawiciela do udziału w postępowaniu.

strowanym jako osoba uprawniona w państwie macierzystym⁹¹. Mamy tu do czynienia nie tyle z uznaniem kwalifikacji do wykonywania zawodu, ale z uznaniem krajowych „pozwoleń” na wykonywanie zawodu (odpowiadającego polskim zawodom adwokata i radcy prawnego, ale kształtowanego samodzielnie przez prawo każdego z państw członkowskich). Państwo goszczące, tutaj Polska, nie może kwestionować wykształcenia prawnika z Unii. Znamienne jest, że nie wymaga się od niego znajomości języka polskiego, ani nie weryfikuje się jego wiedzy, nawet jeśli usługa transgraniczna polega na doradztwie z zakresu prawa polskiego! Ani sąd, ani organ administracji, ani organ samorządu zawodowego nie mogą bowiem żądać od prawnika przedstawienia jakiegokolwiek dokumentu poświadczającego znajomość prawa polskiego. Nie są też one uprawnione do badania i oceny spełniania tych okoliczności⁹². Z drugiej strony łatwo uzasadnić stanowisko, że prawnik z Unii Europejskiej nie powinien „podszywać się” pod polskich adwokatów i radców prawnych i w ten sposób wprowadzać potencjalnych klientów w błąd co do swojej znajomości prawa polskiego. Wykluczeniu takich sytuacji służy właśnie obowiązek posługiwania się rodzimym tytułem zawodowym.

5.2. Stała praktyka na podstawie własnego tytułu zawodowego (wykonywanie stałej praktyki, dział II ustawy PrawU)

Pośrednią formą między świadczeniem usług transgranicznych a trwałą integracją jest stała praktyka na podstawie własnego tytułu zawodowego. Jest to jednocześnie forma najmłodsza, wprowadzona dyrektywą 98/5 (art. 2), uregulowana w PrawU w dziale II. Już na wstępie warto zauważyć, że jest to na gruncie prawa wspólnotowego rozwiązanie szczególne. Stanowi ono, jak zostanie wykazane, swoisty mariaż swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług.

Zanim jednak przejdziemy do charakterystyki zasad wykonywania w Polsce stałej praktyki przez prawników niemieckich, zatrzymajmy się nad treścią art. 3 PrawU. Przepis ten uzależnia możliwość wykonywania stałej praktyki od istnienia zasady wzajemności, chyba że ratyfikowane przez Polskę umowy międzynarodowe albo przepisy organizacji międzynarodowych,

⁹¹ W podobnym duchu na tle samej dyrektywy 77/249 – J. Pertek, *Swoboda świadczenia usług adwokackich: wprowadzenie i prezentacja dyrektywy Rady 77/249 oraz zasada rozróżnienia pomiędzy prowadzeniem działalności a świadczeniem usług*, [w:] M. Górka (red.), op.cit., s. 81–87.

⁹² Tak słusznie Z. Klatka, *Reprezentowanie...*, s. 117.

których RP jest członkiem, stanowią inaczej. W literaturze podniesiono wątpliwość, czy wobec prawników z Unii Europejskiej można powołać się na zasadę wzajemności, czyli uzależnić ich prawo do wykonywania stałej praktyki od tego, czy w państwach ich pochodzenia polscy prawnicy mogą wykonywać analogiczną działalność⁹³. Słusznie zauważa się, że takie stanowisko oznaczałoby naruszenie prawa wspólnotowego⁹⁴. Przepis art. 10 TWE nakłada bowiem na państwa członkowskie bezwarunkowy obowiązek zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z prawa wspólnotowego (tak pierwotnego jak i wtórnego). Polska nie może więc uzależnić implementacji dyrektywy od tego, czy inne państwa Unii również to prawidłowo uczynią. Traktat zawiera bowiem szczególne środki mające służyć dyscyplinowaniu państw członkowskich w tym względzie⁹⁵. Uzależnienie przyznania uprawnienia gwarantowanego prawem wspólnotowym od istnienia wzajemności świadczyłoby o całkowitym niezrozumieniu istoty obowiązku lojalności względem Wspólnoty. Podzielając to stanowisko w całej rozciągłości pragnę zauważyć, że wątpliwość na tle art. 3 PrawU jest bezzasadna. Przepis ten ogranicza przecież zasadę wzajemności do tych tylko przypadków, do których nie mają zastosowania ratyfikowane przez RP umowy międzynarodowe ani przepisy organizacji międzynarodowych, których RP jest członkiem. W omawianej sytuacji zastosowanie znajdują jednak przepisy TWE o swobodzie przedsiębiorczości (jako umowy międzynarodowej) oraz dyrektywy 93/5 (jako aktu organizacji międzynarodowej). Zasada wzajemności zostaje więc wyłączona. Stąd prawnik niemiecki może wykonywać w Polsce stałą praktykę bez względu na to, czy prawnicy polscy mogą efektywnie wykonywać ją w Niemczech.

Prawnik z Unii Europejskiej może podjąć stałą praktykę po uzyskaniu wpisu na listę prawników zagranicznych⁹⁶. Listy te prowadzą okręgowe rady adwokackie i rady okręgowych izb radców prawnych⁹⁷. Wybór listy należy do prawnika. Prawnik musi zdawać sobie sprawę z konsekwencji tego wyboru. Dotyczą one przede wszystkim zakresu i form dopuszczalnej działalności. Prawnik wpisany na listę prowadzoną przez samorząd adwokacki może wykonywać stałą praktykę w zakresie i formach odpowiadających zawodowi adwokata, a przez samorząd radcowski – odpowiednio radcy prawnego⁹⁸. Za-

⁹³ M. Koźuch, *op.cit.*, s. 249–250.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Chodzi przede wszystkim o procedury przed ETS uregulowane w art. 226 i 227 TWE.

⁹⁶ List tych nie można mylić z listami adwokatów i listami radców prawnych.

⁹⁷ Art. 3 PrawU, listy składają się z dwóch części, odpowiednio dla prawników z Unii Europejskiej i spoza Unii Europejskiej, art. 5 ust. 1 PrawU.

⁹⁸ Art. 13 PrawU; o różnicach w zakresie uprawnień pomiędzy dwoma zawodami była mowa wcześniej.

kres tej działalności obejmować może przedmiotowo nie tylko prawo państwa pochodzenia prawnika czy prawo wspólnotowe, ale także prawo polskie⁹⁹. Dokonany wybór determinuje też zakres praw i obowiązków prawnika, które są z zasady analogiczne do tych przysługujących adwokatom i radcom prawnym. Ma on też obowiązek przestrzegania zasad odpowiedniej etyki zawodowej (art. 14 PrawU). W literaturze wskazuje się, że prawnik pozostaje jednocześnie związany rodzimymi zasadami etyki (podwójna deontologia)¹⁰⁰.

Przepis art. 15 PrawU określa w ust. 1, 2 i 4 katalogi dostępnych form wykonywania stałej praktyki (dla prawników wpisanych na listę prowadzoną przez samorząd adwokacki są to: kancelaria indywidualna, zespół adwokacki, spółka jawna, spółka cywilna, spółka komandytowa lub partnerska; dla prawników wpisanych na listę prowadzoną przez samorząd radcowski odpowiednio: praktyka w ramach stosunku pracy, na podstawie umowy cywilnoprawnej, w kancelarii indywidualnej, spółce jawnej, spółce cywilnej, spółce komandytowej lub partnerskiej). Wyliczenia te nawiązują do analogicznych postanowień PrAdw i RadU¹⁰¹. Wątpliwości budzi natomiast rozwiązanie przyjęte w art. 15 ust. 3 RadU, wyliczające możliwość świadczenia pomocy prawnej osobom fizycznym przez prawnika z UE wpisanego na listę prowadzoną przez samorząd radcowski w przypadkach, gdy prawnik ten pozostaje w stosunku pracy. Unormowanie to jest odpowiednikiem (a raczej przebrzmiałym echem) przepisu art. 8 ust. 2 RadU, który został przecież uchylony, a wyrażone w nim pod adresem radców prawnych ograniczenie – zniesione¹⁰². Ponieważ jednak PrawU uchwalona była wcześniej niż wskazana zmiana RadU wydaje się, że ustawodawca po prostu sprawę nowelizacji PrawU przeoczył. Istniejący obecnie stan prawny narusza prawo wspólnotowe, ponieważ stanowi niezgodną z art. 12, 43 i 49 TWE dyskryminację ze względu na przynależność państwową prawnika z Unii Europejskiej poprzez ograniczenie możliwości wykonywania przez niego stałej praktyki w stosunku do zakresu działalności polskiego radcy prawnego. Dyrektywa 98/5 w art. 5 ust. 1 wyraźnie stanowi, że zakres działalności w ramach stałej praktyki powinien odpowiadać zakresowi działalności prawnika krajowego, także w sytuacjach gdy jest to działalność w ramach stosunku pracy, o ile tylko prawo państwa przyjmującego daje własnym prawnikom taką możliwość (art. 8 dyrektywy). Dopuszczalne

⁹⁹ Analogicznie jak w przypadku świadczenia usług transgranicznych.

¹⁰⁰ K. i M. Kłaczyńscy, op.cit., s. 44.

¹⁰¹ Odpowiednio art. 4a ust. 1 PrAdw i art. 8 ust. 1 RadU.

¹⁰² Art. 2 ustawy z 30.6.2005 r. o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze i niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 163, poz. 1361).

są od tej zasady dwa wyjątki (art. 5 ust. 2 i 3 dyrektywy), przy czym w polskich warunkach znaczenie ma tylko ten ostatni¹⁰³. Polega on na możliwości wprowadzenia obowiązku współdziałania z prawnikiem krajowym w przypadkach objętych przymusem adwokacko-radcowskim (bezwzględny). Wymóg taki, analogiczny do przyjętego w art. 38 (dot. świadczenia usług transgranicznych), a niewystępujący w przypadku trwałej integracji (o czym mowa niżej), ustawodawca przewidział w art. 17 PrawU. Wyłączenie możliwości świadczenia pomocy prawnej osobom fizycznym w ramach stosunku pracy przez prawników z Unii wpisanych na listę prowadzoną przez samorząd radcowski nie znajduje zatem podstawy w dyrektywie 98/5 i jako dyskryminujące ograniczenie traktatowych swobód musi być uznane za niezgodne z prawem wspólnotowym.

Jak wskazano, niezbędną przesłanką rozpoczęcia stałej praktyki jest uzyskanie wpisu na listę prawników zagranicznych. Wpis ten następuje na wniosek zainteresowanego. Ustawa stanowi wyraźnie, że odmowa wpisu możliwa jest jedynie w sytuacji, gdy zainteresowany nie spełnia wymogów określonych w ustawie (art. 7 ust. 1 PrawU). Wymogiem niezbędnym do podjęcia stałej praktyki jest bycie prawnikiem z Unii Europejskiej, czyli osobą „uprawnioną do wykonywania zawodu przy użyciu jednego z tytułów zawodowych uzyskanych w państwie członkowskim Unii Europejskiej, określonych w wykazie stanowiącym załącznik nr 1 do ustawy”¹⁰⁴. Jest to więc przesłanka formalna, opierająca się o wcześniejsze dopuszczenie prawnika do wykonywania zawodu w jego państwie macierzystym. Mechanizm dopuszczania do działalności w Polsce jest tu podobny do świadczenia transgranicznych usług, a zdecydowanie odmienny od trwałej integracji, w przypadku której, jak zostanie wykazane, opiera się on na przesłankach materialnych. Zależność od wcześniejszego dopuszczenia do wykonywania zawodu w państwie macierzystym jest tak silna, że utrata rodzimego prawa stanowi okoliczność powodującą obligatoryjne skreślenie z listy prawników zagranicznych, równoznaczne z niemożnością dalszej stałej praktyki w Polsce (art. 7 ust. 3 PrawU). Chociaż takiego rozwiązania w przypadku transgranicznego świadcze-

¹⁰³ Wyjątek z art. 5 ust. 2 dyrektywy 98/5 dotyczy sytuacji, w których adwokat w państwie przyjmującym może dokonywać pewnych czynności dot. zarządzania majątkiem osób zmarłych lub ustanawiania lub przenoszenia praw rzeczowych na nieruchomościach; wówczas, ze względu na to, że czynności stanowią przejaw wykonywania władzy publicznej, państwo przyjmujące może zarezerwować je dla własnych adwokatów; w Polsce jednak sytuacja ta nie zachodzi, adwokaci ani radcowie prawni w Polsce takimi uprawnieniami nie dysponują, więc nie ma potrzeby ich ustawowego zastrzeżenia.

¹⁰⁴ Art. 2 pkt 2 PrawU.

nia usług ustawodawca wyraźnie nie przewidział, należy stanąć na stanowisku, że utrata prawa wykonywania zawodu w trakcie świadczenia usług transgranicznych w Polsce także powoduje niemożność dalszego ich świadczenia¹⁰⁵. Przesłanką wpisu na listę prawników z Unii nie jest natomiast znajomość języka polskiego, ani zwłaszcza znajomość prawa polskiego. Wpisu nie można też uzależnić od wymogów przewidzianych w art. 22 PrawU dla trwałej integracji, zwłaszcza od zdania testu umiejętności. W konsekwencji jednak, prawnik z UE prowadząc stałą praktykę musi posługiwać się tytułem zawodowym uzyskanym w państwie macierzystym, wyrażonym w języku urzędowym tego państwa, ze wskazaniem odpowiedniej organizacji zawodowej, do której należy¹⁰⁶. Ponadto, w sprawach objętych bezwzględny przymusem adwokacko-radcowskim, ma obowiązek współdziałania z polskim adwokatem lub radcą prawnym. Podobnie, jak to miało miejsce przy świadczeniu usług transgranicznych, chodzi tu przede wszystkim o ochronę interesu klienta.

Przepis art. 16 PrawU stwierdza, że prawnik z UE z chwilą wpisu na listę prawników zagranicznych staje się członkiem właściwej izby samorządu zawodowego. Wykonuje on wszystkie prawa i obowiązki stąd wynikające, poza biernym prawem wyborczym do organów samorządu zawodowego. Rozwiązanie to budzi wiele niejasności. Zamazuje się różnica między wpisem na listę prawników zagranicznych wykonujących „jedynie” stałą praktykę a wpisem na listę adwokatów albo radców prawych, wykonujących w pełnym zakresie zawód zaufania publicznego¹⁰⁷. Powstaje też kolizja omawianego przepisu z regulacjami kształtującymi skład izby adwokackiej i izby radców prawnych¹⁰⁸. Z całą pewnością omawiane unormowanie nie wynika wprost z dyrektywy 98/5. Dyrektywa w art. 6 ust. 2 zobowiązuje, co prawda, państwa członkowskie do zapewnienia osobom prowadzącym stałą praktykę „odpowiedniej reprezentacji w stowarzyszeniach zawodowych” przynajmniej poprzez przyznanie „prawa do głosowania w wyborach do organów tych stowarzyszeń”. Uważam, że prawa do reprezentacji w samorządzie zawodowym nie można jednakże automatycznie utożsamiać z członkostwem w nim. W moim

¹⁰⁵ Pamiętajmy, że swoboda świadczenia usług dotyczy działalności czasowej, okazjonalnej, co nie oznacza, że usługa wobec jednego klienta nie może trwać w czasie przez znaczny okres, w którym możliwa jest utrata rodzimych uprawnień zawodowych.

¹⁰⁶ Art. 8 PrawU, analogiczny do art. 35 PrawU.

¹⁰⁷ Wątpliwości te słusznie podnosi M. Koźuch, *op.cit.*, s. 240.

¹⁰⁸ Art. 38 PrAdw i art. 49 ust. 1 RadU, które stanowią, że do izb przynależą odpowiednio adwokaci i aplikanci adwokaccy oraz radcowie prawni i aplikanci radcowscy; za rozwiązaniem tej niezgodności w drodze wykładni systemowej opowiadają się K. i M. Kłaczyńscy, *op.cit.*, s. 130–132.

przekonaniu, przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie jest, jeśli nie wprost niezgodne z dyrektywą 98/5, to przynajmniej nie do pogodzenia z jej „duchem”. Dyrektywa ustanowiła przecież szczególną formę wykonywania transgranicznej działalności prawniczej, cechującą się z jednej strony stałością a nie przejściowością działalności, ale z drugiej przynależnością do macierzystej organizacji zawodowej i korzystaniem z macierzystego prawa do wykonywania zawodu. Uzyskanie członkostwa w samorządzie zawodowym państwa przyjmującego nie jest do tego potrzebne. Jeżeli natomiast z tytułu „nadprogramowej” przynależności do polskiego samorządu prawnicy z UE prowadzący w Polsce stałą praktykę zostaliby obciążeni pewnymi szczególnymi obowiązkami (np. uiszczania w Polsce składek członkowskich), można by mówić o naruszeniu prawa wspólnotowego¹⁰⁹. Trudno też wytłumaczyć sytuację, w której jedne podmioty należące do tej samej korporacji zawodowej mają możliwość posługiwania się polskim tytułem zawodowym, a inne muszą posługiwać się tytułem zagranicznym. Ponadto, dłaczego prawnik z UE będący członkiem korporacji miałby obowiązek w pewnych sytuacjach współdziałać z innym członkiem korporacji? Zdaje się to sprzeczne z ideą wolnego zawodu. Wszystkie te spostrzeżenia uzasadniają postulat uchylecia art. 16 PrawU. Jediną przesłanką, jaka mogła, w moim przekonaniu, przemawiać za wcieleniem tych osób w szeregi korporacji prawniczych była chęć zapewnienia, by wszystkie osoby świadczące w Polsce na stałe pomoc prawną należały do korporacji. Chodziło innymi słowy o wyeliminowanie sytuacji, w której osoba prowadząca stałą działalność, polegającą na świadczeniu pomocy prawnej, znajdowała się poza korporacją adwokatów czy radców prawnych. Stan taki mógłby bowiem, tak się przynajmniej zdaje, zostać wykorzystany jako argument przez zwolenników szerszego dostępu do wykonywania zawodów prawniczych. W kontekście uwag poczynionych w ostatniej części opracowania, przesłanka ta jest całkowicie bezzasadna.

Wskazałem na wstępie prezentacji tej formy działalności, że jest ona mariażem swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług. Zauważmy, że działalność polegająca na stałej praktyce jest w państwie przyjmującym działalnością wykonywaną w dłuższym okresie. Jeśli nie jest świadczeniem pracy¹¹⁰, to z zasady mieści się tak we wspólnotowym pojęciu działalności

¹⁰⁹ Odmienne stanowisko prezentują K. i M. Kłaczyńscy, zdaniem których nałożenie na prawników z Unii Europejskiej analogicznych obowiązków jest logiczną konsekwencją uznania ich za członków polskiego samorządu zawodowego adwokatów albo radców prawnych, op.cit., s. 132-134.

¹¹⁰ Dot. jedynie radców prawnych.

gospodarczej, jak w definicji działalności gospodarczej ustalonej w Sdg¹¹¹. Ze swej istoty jest to więc działalność należąca do przedmiotowego zakresu swobody przedsiębiorczości. Podstawowym standardem traktowania na gruncie tej swobody jest traktowanie narodowe. Sprowadza się ono do udzielenia osobie korzystającej ze swobody tych samych praw, ale i poddanie jej tym samym obowiązkom, co podmioty krajowe. Na gruncie wykonywania zawodów adwokata i radcy prawnego oznaczałoby ono konieczność uzyskania jednego z tych tytułów zawodowych. Tak dzieje się w przypadku trwałej integracji, o której mowa w kolejnej części pracy. W przypadku stałej praktyki, prawnik z UE nie nabywa jednak polskich uprawnień zawodowych. Osoba ta wykonuje uprawnienie uzyskane w państwie macierzystym. Właśnie to uprawnienie i tam uzyskany tytuł zawodowy jest podstawą wpisu na listę prawników zagranicznych i tym samym dopuszczenia do działalności w Polsce. Ten standard traktowania określić możemy mianem reguły kraju pochodzenia. Jest on charakterystyczny dla swobody świadczenia usług¹¹². Zostaje on jednakże odniesiony do sytuacji prawnej osoby, która w państwie goszczącym działa w sposób stały, trwały, a nie jedynie tymczasowy. W ten oto sposób dochodzi do ujednoczenia traktatowych swobód przedsiębiorczości i świadczenia usług. Polega ono na przeniesieniu standardu traktowania wypracowanego na gruncie swobody świadczenia usług na sytuacje (stany faktyczne) mieszczące się w przedmiotowym zakresie swobody przedsiębiorczości. W rezultacie prawnik z Unii wykonuje w Polsce działalność na stałe, ale jest traktowany jakby robił to jedynie przejściowo. Uwagi te obrazują szerszy proces zbliżania obu swobód traktatowych, który w mojej ocenie jest nieuchronny¹¹³.

¹¹¹ Co wykazałem wcześniej.

¹¹² Tezę, że traktując usługodawcę w państwie przyjmującym należy uwzględnić wymogi, którym poddany został w państwie swego pochodzenia, a w konsekwencji odstąpić od środków dublujących te wymagania, zawarł ETS w szeregu orzeczeń, np. C-110 i 111/78 *Ministre public v. Van Wesemael* ECR [1979] 35; C-279/80 *Postępowanie karne przeciwko A. J. Webb* ECR [1981] 3305; C-205/84 *Komisja v. RFN* ECR [1986] 3755; sprawy przewodników turystycznych C-154/89, C-180/89, C-188/89 odpowiednio *Komisja v. Francja*, *Komisja v. Włochy*, *Komisja v. Grecja* ECR [1991] I-659, I-709, I-727; wreszcie głośne orzeczenie w sprawie C-76/90 *M. Sager v. Denemeyer* ECR [1991] I-4221; późniejsze np. C-272/94 *Postępowanie karne przeciwko M. Guiot* ECR [1996] I-1905.

¹¹³ Podobny mechanizm, odnoszący się jednak nie do nadawania uprawnień do wykonywania zawodu, ale do reglamentacji działalności gospodarczej, wprowadziła dyrektywa 2000/12/WE z 10.3.2000 r. odnosząca się do podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe (O.J. L 126 z 26.5.2000 r.), która przewiduje, że instytucje kredytowe z państw UE mogą tworzyć oddziały na terytorium innych państw Unii w oparciu o zezwolenie na wykonywanie działalności uzyskane w państwie macierzystym, bez obowiązku uzyskiwania kolejnego zezwolenia od władz nadzorczych państwa goszczącego; te rozwiązania polski ustawodawca implementował w ustawie – Prawo bankowe w art. 48l i n. (t.j.: Dz. U. 2002, Nr 72, poz. 665 ze zm.).

Opisany powyżej mechanizm przeniesienia standardu kraju pochodzenia ze swobody świadczenia usług na swobodę przedsiębiorczości stał się przedmiotem zarzutu w sprawie *Luksemburg v. Parlament Europejski i Rada*¹¹⁴. W sprawie tej Luksemburg wystąpił do ETS o zbadanie zgodności dyrektywy 98/5 z Traktatem. Zarzucono m.in., że projekt zamazuje różnicę pomiędzy swobodą przedsiębiorczości i swobodą świadczenia usług¹¹⁵. Skutkiem tego jest naruszenie wyrażonej w art. 43 TWE zasady traktowania narodowego poprzez dopuszczenie prawników z innych państw do stałej działalności w państwie goszczącym w oparciu o rodzimy tytuł zawodowy. Niezgodne z traktowaniem narodowym jest też pozbawienie władz państwa przyjmującego weryfikacji kompetencji kandydata. Okoliczności te przesądzają o wypaczeniu idei traktowania narodowego, które oparte jest na równym traktowaniu podmiotów obcych i krajowych w oparciu o prawo państwa goszczącego, a nie macierzystego. Rozwiązania przyjęte w dyrektywie, zdaniem Luksemburga, powodują dyskryminację podmiotów krajowych. Podmioty te muszą przejść odpowiednie szkolenie w zakresie prawa krajowego. Prawnicy z innych państw natomiast tego wymogu spełniać nie muszą. O ile więc przyznanie im prawa do wykonywania zawodu w zakresie prawa wspólnotowego, międzynarodowego czy ich prawa rodzimego można zaakceptować, o tyle dopuszczenie ich także do działalności w zakresie prawa państwa goszczącego, bez weryfikacji ich wiedzy, narusza Traktat i dyskryminuje podmioty krajowe.

Trybunał nie podzielił stanowiska Luksemburga. W orzeczeniu wskazał, że o dyskryminacji podmiotów krajowych nie może być mowy. Dyskryminacja w świetle orzecznictwa ETS polega na zastosowaniu tych samych reguł do różnych sytuacji albo odmiennych reguł do sytuacji tożsamy¹¹⁶. Prawnik krajowy i prawnik z innego państwa Unii znajdują się, zdaniem Trybunału, w odmiennych sytuacjach. Wskazano na przepisy art. 5 ust. 2 i 3 dyrektywy 98/5, jako stanowiące podstawę częściowego ograniczenia zakresu działalności prawnika oraz zobowiązanie go do współdziałania z prawnikiem krajowym. Trybunał podkreślił też doniosłe znaczenie okoliczności, że prawnik z innego państwa musi posługiwać się własnym tytułem zawodowym, wyrażonym w języku urzędowym państwa pochodzenia. Z tych względów, podniesione zarzuty ETS uznał za pozbawione podstaw¹¹⁷. Jakkolwiek argu-

¹¹⁴ C-168/98 ECR [2000] I-9131.

¹¹⁵ Z podkreśleniem, że istotna różnica między tymi swobodami istnieje i musi w przyszłości istnieć.

¹¹⁶ C-279/93 *Finanzamt Köln-Altstadt v. R. Schumacker* ECR [1995] I-225.

¹¹⁷ Szerzej o tym rozstrzygnięciu, także z punktu widzenia ochrony praw klientów prawnika K. i M. Kłaczyńscy, op.cit., s. 45–47.

mentacja ta może wydawać się niewystarczająca, należy moim zdaniem podkreślić słuszny kierunek orzeczenia. Trybunał akceptując wykonywanie stałej działalności w oparciu o uprawnienia zdobyte w państwie pochodzenia daje zielone światło dla dalszego zbliżania swobód przedsiębiorczości i przepływu usług. Nie ulega wątpliwości, że dla rozwoju wspólnego rynku ważne jest, by prawo wykonywania działalności uzyskane w jednej jego części było skuteczne na całym jego obszarze i to nawet wtedy, gdy działalność ma charakter stały, a nie tylko tymczasowy.

5.3. Trwała integracja (wpis na listę adwokatów albo radców prawnych, dział III ustawy PrawU)

Na „przeciwnym biegunie” w stosunku do świadczenia usług transgranicznych lokuje się trwała integracja poprzez wpis na listę adwokatów albo radców prawnych. W tej formie działalność wykonywana jest w Polsce nie przejściowo, okazjonalnie, ale właśnie w sposób stały, ciągły, podobnie jak w przypadku stałej praktyki. Warunki skorzystania przez prawnika niemieckiego z tej formy działalności są jednak w konsekwencji najbardziej restrykcyjne. Z drugiej strony, forma ta pozwala na korzystanie z szeregu „przywilejów” niedostępnych w ramach dwóch pozostałych możliwości.

Warunki, jakie prawnik z Unii Europejskiej winien spełnić, by uzyskać wpis na listę adwokatów albo radców prawnych (a nie na listę prawników zagranicznych, prowadzoną dla stałej praktyki), ustawodawca wskazał w art. 22 ust. 1 PrawU. Są nimi: spełnianie określonych wymogów przewidzianych przez PrAdw albo RadU¹¹⁸, władanie językiem polskim w mowie i piśmie oraz zdanie testu umiejętności. Wymóg posługiwania się językiem polskim nie jest wyraźnie w ustawodawstwie formułowany wobec kandydatów na adwokatów ani radców prawnych. Powstaje więc wątpliwość, czy stawianie go wobec prawników z Unii Europejskiej nie stanowi ich dyskryminacji. W szczególności, w grę wchodzi tutaj może tzw. dyskryminacja pośrednia¹¹⁹. Należy przyjąć stanowisko, że wymóg stawiany przez polskiego

¹¹⁸ W obu przypadkach wymaga się, by prawnik był nieskazitelnego charakteru, swym dotychczasowym zachowaniem dawał rękojmię prawidłowego wykonywania zawodu, by korzystał w pełni z praw publicznych oraz miał pełną zdolność do czynności prawnych.

¹¹⁹ Czyli różnicowanie sytuacji podmiotów obcych i krajowych w oparciu o kryterium inne niż przynależność państwowa (obywatelstwo), które stwarza wrażenie, że wymóg ma charakter powszechny, ale w rzeczywistości powoduje podobne skutki jak zastosowanie kryterium przynależności państwowej; możliwość uznania wymogu znajomości języka za pośrednią dyskryminację dostrzega M. Szydło, *Swoboda prowadzenia...*, s. 167–168; innymi przykładami dyskrymi-

ustawodawcę nie jest jednak niezgodny z prawem wspólnotowym. ETS, dokonując wykładni swobód traktatowych, jest bardzo restrykcyjny, gdy chodzi o przypadki jawnej dyskryminacji, dopuszczając w tym zakresie jedynie wąsko interpretowane wyjątki przewidziane w art. 45 i 46 TWE¹²⁰. Natomiast gdy chodzi o sytuacje polegające na dyskryminacji ukrytej, Trybunał dopuszcza stosowanie przez państwa członkowskie pewnych ograniczeń, o ile są one proporcjonalne i uzasadnione względami interesu ogólnego (doktryna wymogów imperatywnych)¹²¹. Skoro omawiana forma wykonywania działalności ma prowadzić do pełnej integracji prawnika z Unii Europejskiej z polskim rynkiem obsługi prawnej (poprzez posługiwanie się przez niego polskim tytułem adwokata, ew. radcy prawnego), co oznacza przyznanie mu pełni uprawnień przysługujących polskiemu adwokatowi¹²², wydaje się zasadne, by władał on językiem polskim. Przemawia za tym chociażby dobro wymiaru sprawiedliwości, ale także interes klientów. Stąd też wymóg ten, potencjalnie pośrednio dyskryminujący, uznać należy za uzasadniony i zgodny z prawem wspólnotowym.

Test umiejętności jest wymogiem przewidzianym przez dyrektywę 89/48 w sprawie ogólnego systemu uznawania dyplomów w sytuacjach, w których kształcenie za granicą odbiegało swym zakresem od kształcenia w państwie przyjmującym¹²³. W przypadku studiów prawniczych, różnice w programach kształcenia pomiędzy państwami są oczywiste. Warto pamiętać, że o ile ogólna regulacja dyrektywy 89/48 przewiduje alternatywnie wymóg stażu adaptacyjnego albo testu umiejętności, wybór pozostawiając zainteresowanemu, to w przypadku zawodów wymagających dokładnej znajomości prawa państwa przyjmującego¹²⁴, w drodze wyjątku, wybór ten pozostawiono państwu członkowskiemu. Polska, podobnie jak zdecydowana większość innych państw Unii, zdecydowała się na wymóg testu umiejętności¹²⁵. Test ten doty-

nacji ukrytej mogą być np. wymóg posiadania miejsca stałego zamieszkania na terytorium państwa przyjmującego czy też odpowiedniego stażu pracy na terytorium tego państwa.

¹²⁰ Działalność polegająca na wykonywaniu władzy publicznej oraz względy bezpieczeństwa, porządku i zdrowia publicznego.

¹²¹ M. Szydło, *Swoboda prowadzenia...*, s. 174.

¹²² Także w sprawach objętych bezwzględnym przymusem adwokackim.

¹²³ Art. 4 ust. 1 b) dyrektywy 89/48; możliwość skorzystania z tej drogi potwierdza art. 10 ust. 2 dyrektywy 98/5

¹²⁴ i w których ponadto istotnym i stałym elementem jest udzielanie porad lub świadczenie pomocy w zakresie prawa państwa goszczącego.

¹²⁵ Spośród państw „starej Piętnastki” jedynym wyjątkiem jest Dania; za Ch. Kirschbaum, *Dyrektywa Rady 89/48/EWG z 21 grudnia 1988 roku i jej skutki dla świadczenia usług adwokackich*, [w:] M. Górka, op.cit., s. 110.

czy wiedzy zawodowej kandydata, a jego zadaniem jest ocena przydatności do wykonywania zawodu adwokata albo radcy prawnego, w nawiązaniu do wymagań stawianych przedstawicielom tych profesji (art. 25 PrawU). Jest więc to forma potwierdzenia przez kandydata znajomości prawa polskiego, z tym zastrzeżeniem, że ocena ta musi brać pod uwagę okoliczność, że kandydat jest już wykwalifikowanym profesjonalistą działającym, niekiedy przez wiele lat, w państwie macierzystym¹²⁶. Podkreślmy, że zdawania testu umiejętności nie wymaga się od prawnika działającego w formie usług transgranicznych ani stałej praktyki. Test składa się z części ustnej oraz pisemnej i jest przeprowadzany w języku polskim (art. 27 PrawU). Składa się go przez komisjami do spraw aplikacji (odpowiednio adwokackiej i radcowskiej), jego wynik nie podlega zaskarżeniu, a w przypadku niepowodzenia kandydat ma możliwość jednokrotnego powtarzania, nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy (art. 26 i 30 PrawU).

Wymóg zdania testu umiejętności może być w pewnych sytuacjach, wskazanych w art. 10 ust. 1 i 3 dyrektywy 98/5, zastąpiony inną formą potwierdzenia znajomości przepisów prawa polskiego. Zgodnie z art. 31 PrawU, prawnik z Unii Europejskiej może wystąpić do okręgowej rady adwokackiej albo rady okręgowej izby radców prawnych z wnioskiem o zwolnienie z wymogu zdania testu. Przesłanką (wiązącą dla izby, „rada [...] zwalnia prawnika [...] od wymogu zdania testu [...]”) dokonania zwolnienia jest wykazanie przez prawnika, że przez okres minimum 3 lat aktywnie i nieprzerwanie wykonywał stałą praktykę (w rozumieniu przedstawionym powyżej) na terytorium RP, w zakresie prawa polskiego oraz wspólnotowego¹²⁷. Okoliczność tę prawnik winien odpowiednio udokumentować (art. 31 ust. 3 PrawU). Rozwiązanie to ma stanowić inną formę zapewnienia, że prawnik z Unii posiada wystarczającą znajomość prawa polskiego¹²⁸. Jest ono jednakże o tyle wątpliwe, iż jak słusznie zauważa się w literaturze¹²⁹, wykonywanie stałej praktyki, także w zakresie prawa polskiego, nie wymaga od prawnika z Unii żadnej jego znajomości. Zasadne więc jest pytanie, czy sama trzyletnia praktyka jest w tej mierze wystarczająca. Z drugiej strony, ze względu na jasne postanowienia art. 10 ust. 1 dyrektywy 98/5 oraz realizowany przez nią cel możliwie szero-

¹²⁶ Ch. Kirschbaum, F. Puel, *Stosowanie dyrektywy Rady 89/48/EWG w państwach członkowskich*, [w:] M. Górka, op.cit., s. 117.

¹²⁷ Co do sposobu ustalania nieprzerwanego i aktywnego prowadzenia stałej praktyki podnoszone są wątpliwości, zob. M. Koźuch, op.cit., s. 266–267.

¹²⁸ W tej wersji znajomość ta potwierdzana jest nie testem, a zdobytym przez prawnika praktycznym doświadczeniem.

¹²⁹ M. Koźuch, op.cit., s. 266–267.

kiego otwarcia rynków usług prawnych dla prawników z innych państw członkowskich, kwestionowanie tego rozwiązania wydaje się nie mieć większych szans w ewentualnym postępowaniu przed ETS.

Prawnik z Unii Europejskiej, który od minimum 3 lat wykonuje w Polsce stałą praktykę, jednakże nie w zakresie prawa polskiego, również może starać się o zwolnienie z obowiązku zdawania testu umiejętności¹³⁰. W tym przypadku jednak rada podejmuje uchwałę fakultatywnie (a nie obligatoryjnie) i to po obowiązkowym przeprowadzeniu z kandydatem rozmowy kwalifikacyjnej mającej sprawdzić, czy jest on zdolny do wykonywania działalności. Uchwała powinna zawsze zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne, a prawnikowi przysługuje od niej odwołanie do NRA albo Krajowej Rady Radców Prawnych (art. 33 PrawU).

Wskazane powyżej obostrzenia korzystania z omawianej formy wykonywania działalności rekompensuje zakres przyznawanych prawnikowi z Unii uprawnień. Prawnik jest wpisywany na listę polskich adwokatów albo radców prawnych, co oznacza, że może posługiwać się polskim tytułem zawodowym¹³¹. Zakres jego uprawnień nie różni się od uprawnień prawników polskich, obejmuje więc także sprawy objęte bezwzględnym przymusem adwokacko-radcowskim, i to bez obowiązku współdziałania z polskim radcą prawnym lub adwokatem. Uzyskuje on pełne członkostwo w samorządzie zawodowym (izbie adwokackiej albo izbie radców prawnych). Ewentualna utrata prawa do wykonywania zawodu w państwie macierzystym nie oznacza automatycznie skreślenia prawnika z listy polskich adwokatów czy radców prawnych. Brak bowiem w dziale III PrawU przepisu analogicznego do omawianego już art. 7 ust. 3 PrawU. Prawo do wykonywania działalności w Polsce przestaje więc być zależne od posiadania tego prawa w państwie macierzystym (zależność ta występuje przy świadczeniu usług transgranicznych i stałej praktyce). Prawnik wykonujący tę działalność podlega polskim przepisom regulującym warunki wykonywania zawodu oraz polskim zasadom etyki zawodowej (ustawodawca rezygnuje tu z podwójnej deontologii). Należy też pamiętać, że jeśli jego działalność będzie miała cechy samodzielnej działalności zarobkowej, wykonywanej w sposób zorganizowany i ciągły, to będzie ona działalnością gospodarczą, a prawnik ją wykonujący – przedsiębiorcą w świetle Sdg.

Pomimo faktu, że znajomość prawa polskiego nie zawsze musi być potwierdzana pozytywnym zdaniem testu umiejętności, trwała integracja różni

¹³⁰ Art. 32 PrawU, implementujący rozwiązanie zawarte w art. 10 ust. 3 dyrektywy 98/5.

¹³¹ Obok niego może też korzystać z tytułu dotychczasowego, art. 34 PrawU.

się istotnie od usług transgranicznych czy stałej praktyki. Dwie ostatnie opierają się jedynie na zarejestrowaniu prawnika jako uprawnionego do wykonywania działalności w państwie macierzystym i uznaniu tego faktu przez stronę polską jako podstawę dopuszczenia do rynku (i to bez względu na to, czy działalność w Polsce ma charakter przejściowy, czy stały). Jest to więc przesłanka formalna, wpisująca się w standard traktowania, który określić można mianem zasady kraju pochodzenia (osoba dopuszczona do wykonywania działalności określonego rodzaju w jednym państwie członkowskim może ją wykonywać na obszarze całej Wspólnoty). Trwała integracja opiera się natomiast nie na przesłance formalnej, ale na potwierdzeniu znajomości prawa polskiego oraz uzyskaniu pełnego członkostwa w polskim samorządzie zawodowym. Jednocześnie zakres uzyskiwanych przez prawnika z Unii uprawnień pokrywa się z uprawnieniami prawnika polskiego. Uprawnienia te są przy tym niezależne od prawa do wykonywania działalności w państwie macierzystym. Oznacza to zastosowanie standardu traktowania narodowego, charakterystycznego dla swobód przepływu pracowników oraz przedsiębiorczości (art. 39 i 43 TWE). Jeśli działalność prawnika mieści się przy tym w pojęciu działalności gospodarczej, podejmując i wykonując działalność, korzysta on z zasady przewidzianej w art. 13 ust. 1 Sdg.

6. Świadczenie pomocy prawnej przez prawników niemieckich w Polsce poza zawodami adwokata i radcy prawnego

Ostatnią kwestią, wymagającą omówienia, jest sytuacja prawników niemieckich nieposiadających niemieckiego tytułu *Rechtsanwalt*¹³². Powstaje bowiem pytanie, czy w ogóle, a jeśli tak, to na jakich zasadach, osoby te mogą w Polsce świadczyć pomoc prawną. Zasadą ich traktowania, zgodnie z regulacją Traktatu, powinno być tu przynajmniej traktowanie narodowe. Tę zasadę na gruncie polskiego systemu prawnego wyraża, wskazywany już, art. 13 ust. 1 Sdg, który miałby tu zastosowanie. W przypadku osoby świadczącej pomoc prawną jedynie przejściowo (w ramach swobody przepływu usług) standard jej ochrony obejmować powinien także zakaz ograniczeń dublujących

¹³² Z tego względu nie odnoszą się do nich postanowienia dyrektyw 77/249 oraz 98/5; za wąską interpretacją podmiotowego zakresu tych dyrektyw, ograniczające ich zasięg jedynie do osób legitymujących się tytułami zawodowymi w nich wskazanymi, a nie np. do aplikantów czy kandydatów na aplikacje, opowiedział się ETS orzekając na gruncie dyrektywy 98/5 w sprawie C-313/01 *Christine Morgenbesser v. Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Genova* ECR [2003] I-13467.

wymogi już spełnione w innym państwie Unii. Problem zastosowania do sytuacji tej osoby art. 13 ust. 1 Sdg jest jednak bardziej skomplikowany i wymaga odrębnego wyjaśnienia, które nie mieści się w ramach niniejszego opracowania¹³³. Rozważania nad zasadami traktowania prawnika niemieckiego będą jednak uzasadnione jedynie w przypadku, gdy prawo polskie w ogóle dopuszcza świadczenie pomocy prawnej przez osoby nienależące do korporacji zawodowej adwokatów ani radców prawnych. W przypadku odpowiedzi negatywnej działalność ta dla prawników niemieckich nie będzie dostępna. Swobody traktatowe, w szczególności swoboda przedsiębiorczości i swoboda przepływu usług nie dają owiem prawa dostępu do działalności, która w goszczącym państwie członkowskim uznana jest za nielegalną. Państwo to winno jedynie wykazać istnienie interesu publicznego, dla ochrony którego zakaz wykonywania tej działalności został wprowadzony, i to z uwzględnieniem zasady proporcjonalności¹³⁴.

Problem dopuszczalności świadczenia pomocy prawnej przez osoby spoza korporacji adwokatów i radców prawnych nie jest w Polsce jednoznacznie rozstrzygnięty. Przepis art. 4 ust. 1a PrAdw stanowi obecnie bezpośrednią podstawę legalnego świadczenia pomocy prawnej przez osoby posiadające wyższe wykształcenie prawnicze¹³⁵. Uprawnienie to nie obejmuje wszakże, z pewnymi wyjątkami, zastępstwa procesowego. Przepis ten został jednakże uznany za niezgodny z Konstytucją RP przez Trybunał Konstytucyjny¹³⁶. Zgodnie z orzeczeniem utracił on moc obowiązującą 31.12.2006 r. Trybunał stwierdził, że jest on niezgodny z wyrażającym zasadę demokratycznego państwa prawnego art. 2 Konstytucji RP¹³⁷. Ze względu na kluczowy charakter orzeczenia dla omawianego problemu pozwolę sobie bliżej przedstawić stanowi-

¹³³ Dwie kwestie decydują o poważnych wątpliwościach w tej mierze: przepis ten odnosi się do wykonywania w Polsce działalności gospodarczej, cechującej się zgodnie z art. 2 Sdg ciągłością, podczas gdy korzystanie ze swobody świadczenia usług jest *per definitione* przejściowe, okresowe, incydentalne; ponadto, art. 13 Sdg mówi jedynie o traktowaniu narodowym, jeśli przyjmujemy więc, że dotyczy też sytuacji objętych przedmiotowym zakresem swobody przepływu usług, wówczas konsekwencją jest jego niezgodność z prawem wspólnotowym – nie zapewnia on bowiem wymaganego przez ETS standardu ochrony usługodawcy.

¹³⁴ Tak ETS w orzeczeniach C-159/90 *Society for the Protection of Unborn Children v. S. Grogan i inni* ECR [1991] 4685 oraz C-275/92 *Čla i Akczyz JKM v. G. Schindler i J. Schindler* ECR [1994] 1039.

¹³⁵ Analogiczne brzmienie ma art. 6 ust. 2 RadU; co do tego przepisu TK jeszcze się nie wypowiedział, ale ustawa została już w tym zakresie do TK zaskarżona.

¹³⁶ Orzeczenie K 6/06, <http://www.trybunal.gov.pl>, czerwiec 2006.

¹³⁷ Dokładniej, jako nie spełniający standardów dostatecznej określoności prawa godzi, zdaniem Trybunału, w zasadę poprawnej legislacji.

ska stron w postępowaniu oraz argumentację przedstawioną przez TK. Moja uwaga zostanie przy tym ograniczona jedynie do art. 4 ust. 1a PrAdw, chociaż zakres zaskarżonych przepisów, a w konsekwencji rozpoznawanej sprawy, był znacznie szerszy¹³⁸.

Z wnioskiem o zbadanie sprawy wystąpiła do TK Naczelna Rada Adwokacka. Pod adresem art. 4 ust. 1a PrAdw sformułowano zarzut, iż przyznanie prawa świadczenia pomocy prawnej osobom spoza korporacji adwokackiej oznacza pozbawienie samorządu możliwości sprawowania nad nimi pieczy wynikającej z art. 17 ust. 1 Konstytucji RP. Ponadto wskazano, że ustawodawca nie wprowadził żadnego systemu weryfikacji, czy dana osoba faktycznie wykształcenie prawnicze posiada. Nie wprowadzono też sankcji za świadczenie pomocy prawnej bez spełnienia tego wymogu¹³⁹. Wnioskodawca podniósł także, że ustawodawca dopuścił do świadczenia pomocy prawnej osoby, co do których nie można prawnie egzekwować niezależności, zachowania tajemnicy zawodowej czy też przestrzegania jakiegokolwiek kodeksu etyki. Zarzucono wreszcie, że przepis jest nieprecyzyjny i niejasny, co przesądza o naruszeniu standardów poprawnej legislacji¹⁴⁰.

Wobec podniesionych zarzutów stanowisko zajął Prokurator Generalny. W jego opinii zarzut naruszenia standardów poprawnej legislacji nie został dostatecznie uzasadniony. Wskazał on ponadto, że należy mieć na względzie wyrażoną w art. 20 Konstytucji wolność gospodarczą oraz odzwierciedlające ją postanowienia SdG, które zakazują uzależniania możliwości podjęcia działalności gospodarczej od spełnienia warunków nieprzewidzianych przepisami prawa.

Zarzut naruszenia standardów poprawnej legislacji zakwestionował także, występujący w imieniu Sejmu RP, Marszałek Sejmu. Podniósł on ponadto, że odnoszenie art. 4 ust. 1a PrAdw do art. 17 ust. 1 Konstytucji jest chybione, ponieważ osoby świadczące pomoc prawną nie wykonują zawodu zaufania publicznego i nie należą do korporacji prawniczych. Wprowadzenie tego unormowania było konieczne ze względu na fakt, że na rynku funkcjonowały już podmioty wykonujące tego typu działalność, a prawo nie wskazy-

¹³⁸ Obejmował także m.in. problem egzaminów na aplikacje adwokackie, egzaminów adwokackich oraz zasad „przechodzenia” pomiędzy korporacjami prawniczymi.

¹³⁹ W tym przypadku podzielić należy ten pogląd, przepisy SdG o ewidencji przedsiębiorców rzeczywiście takich możliwości nie dają.

¹⁴⁰ Podobne zarzuty pod adresem art. 4 ust. 1a PrAdw podnoszono też w piśmiennictwie, np. A. Zwara, *O projektowanej zmianie przepisu art. 4 Prawa o adwokaturze*, „Palestra” 2005, nr 5–6, s. 108 i n. i tenże, *Uwagi do nowelizacji ustawy Prawo o adwokaturze*, Warszawa 2006, s. 24–31.

wało jednoznacznie jakiego rodzaju czynności, spośród wielu składających się na pomoc prawną, są zastrzeżone dla adwokata.

Trybunał Konstytucyjny rozpoczął od podkreślenia, że podtrzymuje swoje dotychczasowe orzecznictwo dotyczące wykonywania zawodów prawniczych. W szczególności wskazać tu należy na tezę, że „Konstytucja nie gwarantuje ani nie wyznacza granic działania adwokatom, pozostawiając te kwestie odpowiednim ustawom”¹⁴¹, oraz iż „uprawnione byłoby stwierdzenie, że podjęcie czynności zawodowej polegającej na świadczeniu pomocy prawnej odnieść się może do działania innej kategorii podmiotów (niż adwokacji i radcy prawni – przyp. M.S.)”¹⁴². Trybunał przypomniał też wcześniejsze stwierdzenie, że piecza samorządów zaufania publicznego sprawowana być winna w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony¹⁴³.

Przechodząc do problemu niekonstytucyjności art. 4 ust. 1a PrAdw, Trybunał podniósł w pierwszej kolejności, że niezrozumiałe jest umiejscowienie tego przepisu. Znalazł się pośród postanowień dotyczących adwokatury, a normuje przecież sytuację podmiotów nie będących adwokatami, stąd jego usytuowanie jest nieadekwatne. Co ważniejsze, daje on możliwość świadczenia pomocy prawnej przez nie-adwokatów poprzez przyrównanie zakresu ich działalności do zakresu działalności adwokata, opisanego w art. 4 ust. 1 PrAdw. Rodzi to błędne wrażenie potencjalnych adresatów świadczonej pomocy prawnej (klientów prawnika), iż korzystają one z pomocy osoby prowadzącej działalność tego samego rodzaju, co adwokat. Tymczasem, ich działalność w żadnym przypadku nie jest wykonywaniem zawodu zaufania publicznego, bo ten status może nadać wyraźnie jedynie ustawa (ze wszelkimi tego konsekwencjami dla klienta, w tym możliwością egzekwowania przestrzegania tajemnicy zawodowej czy kodeksu etyki zawodowej). Ponadto, powstaje istotny problem rozgraniczenia zakresu działalności, która może być wykonywana w ramach świadczenia pomocy prawnej oraz w ramach zawodu adwokata. Rozwiązanie ustawowe wskazuje na daleko idące ujednoczenie, co stawia pod znakiem zapytania wyodrębnianie zawodów adwokata i radcy prawnego jako zawodów zaufania publicznego. Te same kategorie czynności zawodowych zostają bowiem poddane reżimowi zawodu zaufania publicznego wobec jednych podmiotów, wobec innych zaś jedynym obostrzeniem jest wymóg posiadania wyższego wykształcenia prawniczego. Trybunał wskazał, że określona w art. 4 ust. 1a PrAdw działalność byłaby przejawem „zwykłej” działalności

¹⁴¹ Orzeczenie K 30/01 (OTK ZU nr 3/A/2002, poz. 32).

¹⁴² Orzeczenie SK 22/02 (OTK ZU nr 9/A/2003, poz. 97).

¹⁴³ Orzeczenie P 21/02 (OTK ZU nr 2/A/2004, poz. 9).

gospodarczej, a stąd w całości podlegać powinna rygorom Sdg, a nie PrAdw, której przepisów w tym przypadku z zasady się nie stosuje. Stąd przepis ten nie odpowiada wymogom dostatecznej określoności prawa i poprawnej legislacji. Z przedstawionych względów, Trybunał Konstytucyjny stwierdził niezgodność art. 4 ust. 1a PrAdw z art. 2 Konstytucji RP.

Należy zauważyć, że Trybunał nie dopatrył się niezgodności art. 4 ust. 1a PrAdw z art. 17 ust. 1 Konstytucji. W orzeczeniu podkreślono, że art. 17 ust. 1 Konstytucji RP dotyczy jedynie wykonywania zawodu zaufania publicznego, a świadczenie pomocy prawnej na podstawie omawianego przepisu PrAdw tej cechy nie posiada. Ustawodawca nie zdecydował się bowiem na utworzenie odrębnego samorządu zawodowego i wykreowanie nowego zawodu zaufania publicznego. Nie można więc podnosić zarzutu, jakoby nieobjęcie podmiotów działających na podstawie art. 4 ust. 1a PrAdw pieczą samorządu adwokackiego było niezgodne z Konstytucją. Piecza jakiegokolwiek samorządu zawodowego, ze względu na swą naturę i zasięg podmiotowy, nie może wykraczać poza wykonywanie danego zawodu (w tym przypadku zawodu adwokata). Już w orzeczeniu SK 22/02 Trybunał zauważył, że czym innym jest wykonywanie zawodu adwokata, a czym innym wykonywanie czynności zawodowej prawnika. Dopiero łączne spełnienie kryterium podmiotowego (posługiwanie się tytułem zawodowym) oraz funkcjonalnego (wykonywanie czynności z zakresu świadczenia pomocy prawnej) daje podstawę do określenia danej działalności jako wykonywanie zawodu adwokata. Skoro osoby korzystające z art. 4 ust. 1a PrAdw nie wykonują zawodu adwokata, to poddanie ich działalności pieczy Krajowej Rady Adwokackiej byłoby bezzasadne.

Powyższe rozważania nie dają odpowiedzi na pytanie postawione na wstępie, tzn. czy możliwe będzie od 1 stycznia 2007 r. świadczenie pomocy prawnej przez osoby nie będące adwokatami. Analiza orzeczenia, wbrew oczywistym nadziejom NRA, wskazuje, że Trybunał taką możliwość, przynajmniej potencjalnie, dopuszcza. Wyraźnie stwierdzono, że art. 4 ust. 1a PrAdw nie może być uznany za niekonstytucyjny „z tego tylko powodu, że stwarza możliwość świadczenia pomocy prawnej przez osoby niewykonyjące zawodu zaufania publicznego i nienależące do samorządu zawodowego”. W ocenie Trybunału „w ramach obowiązujących unormowań konstytucyjnych mieści się możliwość świadczenia pomocy prawnej w zakresie ściśle sprecyzowanym i niewymagającym szczególnych kwalifikacji od osób nienależących do prawniczych zawodów zaufania publicznego”. Trybunał „podziela przekonanie, że otwarcie zawodów prawniczych i zwiększenie dostępności (finansowej i terytorialnej) usług prawniczych, jest pożądaną”. Ponadto mówi, że „nie należy

bagatelizować poszukiwania miejsc pracy dla rosnącej liczby absolwentów wyższych studiów prawniczych w sytuacji, gdy nie znajdują oni zatrudnienia w reglamentowanych zawodach prawniczych". Jednocześnie jednak podkreśla, że „pozostawienie świadczenia pomocy prawnej bez wymogu uprzedniego przygotowania zawodowego (po ukończeniu studiów prawniczych) oraz bez wyspecjalizowanej kontroli zawodowej może prowadzić do niepożądanych skutków społecznych". Trybunał oczekuje więc, że ustawodawca zagwarantuje właściwy standard świadczenia pomocy prawnej oraz odpowiedzialności za świadczenie nienależyte. Winien tego dokonać, zdaniem TK, w odrębnej ustawie, w której wyraźnie określi zakres tej działalności, precyzyjnie oddzieli ją od pomocy świadczonej przez adwokatów, radców prawnych i notariuszy, wskaże sposób rozpoczęcia i zakończenia tego typu działalności, zdefiniuje jej formy organizacyjne, ureguluje kwestie nadzoru zawodowego i sposób egzekwowania odpowiedzialności za świadczone usługi, z kwestią majątkowego ubezpieczenia odpowiedzialności zawodowej włącznie. Obowiązujące przepisy Sdg są w tej mierze, zdaniem Trybunału, zbyt ogólne¹⁴⁴. Nowa ustawa miałaby w konsekwencji stać się wobec Sdg *lex specialis*.

Stanowisko Trybunału nie rozwiewa jednak wszystkich niejasności. Bez wątpienia Trybunał hipotetycznie dopuszcza świadczenie pomocy prawnej przez osoby spoza kręgu adwokatów (bądź radców prawnych), jeśli przyjęta zostanie odpowiednia ustawa, która wskazane wyżej kwestie odpowiednio precyzyjnie ureguluje. Powstaje jednak problem co do sytuacji po wydaniu orzeczenia K 6/06 i uchyleniu art. 4 ust. 1a PrAdw z dniem 31.12.2006 r., a przed uchwaleniem stosownej ustawy, o której mowa powyżej. Czy uchylenie przepisu art. 4 ust. 1a PrAdw oznaczać będzie niemożność takiej działalności (a w konsekwencji wyłączność adwokatów i radców prawnych w zakresie świadczenia pomocy prawnej)¹⁴⁵? Z tez postawionych przez TK w orzeczeniu

¹⁴⁴ Stanowisko to podtrzymał Prezes Trybunału Konstytucyjnego prof. Marek Safjan na konferencji prasowej dnia 24.4.2006 r. – treść wypowiedzi patrz: „Radca Prawny” 2006, nr 3, s. 11–13.

¹⁴⁵ W literaturze pogląd o wyłączności adwokatów i radców prawnych głosi Z. Klatka, *Wykonywanie zawodu radcy prawnego i adwokata*, Warszawa 2004, s. 9–11 oraz tenże, *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 72; niejasność ta jest tym istotniejsza, że podczas rozprawy przed Trybunałem Konstytucyjnym w sprawie K 6/06 przedstawiciel wnioskodawcy (NRA) na pytanie sędziego M. Grzybowskiemu o potencjalne skutki uznania art. 4 ust. 1a PrAdw za niekonstytucyjny dla działalności osób świadczących usługi prawnicze stwierdził, że konsekwencją tą byłoby uznanie działalności tego rodzaju za nielegalną, co wobec osób już wpisanych do ewidencji działalności gospodarczej musiałoby skutkować ich wykreśleniem z ewidencji; patrz: *Przebieg rozprawy przed Trybunałem Konstytucyjnym w dniu 19 kwietnia 2006 r. z wniosku Naczelnej Rady Adwokackiej*, „Palestra” 2006, nr 5–6, s. 75–76.

K 6/06 wynika wniosek, że wobec uchylecia art. 4 ust. 1a PrAdw, jedynymi przepisami regulującymi możliwość wykonywania tego typu działalności będzie Sdg (która to właśnie pozostaje *lex generalis* wobec owej nieuchwalonej jeszcze *lex specialis*). Trybunał stwierdził wyraźnie, że „świadczenie pomocy prawnej przez osoby wskazane w art. 4 ust. 1a PrAdw stanowi z istoty swej formę korzystania ze swobody działalności gospodarczej”. Spostrzeżenie to należy uznać za zupełnie słuszne, kieruje ono bowiem uwagę na konstytucyjne gwarantowaną wolność działalności gospodarczej. Trybunał jednak nie podejmuje tego wątku w sposób zadowalająco szeroki, w szczególności nie odnosi wyraźnie art. 4 ust. 1a PrAdw do art. 20 i art. 22 Konstytucji RP¹⁴⁶. Dopuszczenie nie-adwokatów i nie-radców prawnych do świadczenia pomocy prawnej TK postrzega bowiem w omawianym orzeczeniu głównie w perspektywie konfliktu pomiędzy potrzebą zapewnienia wysokiego standardu świadczonej pomocy prawnej oraz nadzoru samorządowego z jednej strony, a ochroną interesu grup społecznych, których nie stać na wysoko specjalistyczną pomoc prawników korporacyjnych, z drugiej. W tak zakreślonym obszarze oceny nie ma miejsca na rozstrzygnięcie sprawy w kontekście wolności gospodarczej podmiotów świadczących pomoc prawną. Jest to jednocześnie argument dla tych którzy twierdzą, że wolność gospodarcza w Konstytucji RP z 1997 r. nie jest wyrażona w sposób dostatecznie doniosły¹⁴⁷.

Należy mieć na uwadze, że ustrój gospodarczy RP – społeczna gospodarka rynkowa, oparty jest, między innymi, na wolności gospodarczej¹⁴⁸, której zasadniczym elementem jest prawo podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej. Zgodnie z regulacją art. 22 Konstytucji wolność ta, a więc i wynikające z niej prawo podjęcia działalności gospodarczej, może być ograniczona jedynie w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Konstytucja nadaje zatem wolności gospodarczej postać wolności prawnie chronionej¹⁴⁹. Z przyjętej w Konstytucji konstrukcji wolnościowej wynika, że każdy ma prawo do podjęcia działalności gospodarczej na mocy samej Konstytucji, bez konieczności potwierdzania tego prawa szczególnym przepisem

¹⁴⁶ Szerzej na ten temat wypowiediano się natomiast podczas rozprawy przed Trybunałem; patrz: *Przebieg rozprawy...*, s. 68–76, 95–106.

¹⁴⁷ Takie stanowisko reprezentuje E. Kosiński, *Wolność gospodarcza i konkurencja jako elementy ustroju gospodarczego państwa*, „Radca Prawny” 2005, nr 5, s. 14 i 18–19; idem, *Aspekt prawny wolności gospodarczej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003, nr 4, s. 35.

¹⁴⁸ Art. 20 Konstytucji RP.

¹⁴⁹ Wolność ta ma charakter dwustronny (indyferentny); J. Ciapała, *Konstytucyjna zasada wolności działalności gospodarczej*, *Preis* 2001, nr 4, s. 17; o teoretycznej konstrukcji wolności dwustronnej patrz S. Wronkowska, *Analiza pojęcia prawa podmiotowego*, Poznań 1973, s. 32–33.

ustawy¹⁵⁰. W literaturze sformułowano nawet tezę, że przez wolność tę rozumieć należy „domniemanie swobody podejmowania i prowadzenia działalności przez podmioty gospodarcze, o ile (i dopóki) co innego nie wynika z przepisów ustawy”¹⁵¹. W konsekwencji, samo uchylenie przepisu wyrażającego prawo podjęcia działalności gospodarczej określonego rodzaju nie może być automatycznie interpretowane jako odebranie jednostkom tego prawa. Ustrojodawca mówi bowiem wyraźnie, że ograniczenie musi nastąpić w drodze ustawy (przesłanka formalna). Chodzi więc o pozytywne (i wyraźne) stwierdzenie ustawodawcy, że określonego rodzaju działalność gospodarcza nie może być wykonywana w sposób wolny¹⁵². Ograniczenie to musi być ponadto uzasadnione ważnym interesem publicznym (przesłanka materialna). Roli ustawodawcy w ograniczeniu wolności gospodarczej nie może natomiast przejąć sam Trybunał Konstytucyjny, bo nie jest do tego uprawniony. Analizowany przepis art. 4 ust. 1a PrAdw pełni w świetle powyższych uwag dwie funkcje. W pierwszym rzędzie potwierdza on, objęte wolnością gospodarczą, podmiotowe prawo do świadczenia pomocy prawnej w ramach wykonywania działalności gospodarczej. Z drugiej strony, uzależnia on możliwość wykonywania tego rodzaju działalności gospodarczej od posiadania wyższego wykształcenia prawniczego, przez co jawi się jako ustawowe ograniczenie wolności gospodarczej uzasadnione interesem publicznym, o którym to ograniczeniu mowa w art. 22 Konstytucji RP. W konsekwencji, uchylenie przez TK przepisu art. 4 ust. 1a

¹⁵⁰ W literaturze zauważa się, że wolność gospodarcza jest człowiekowi przynależna od urodzenia, stanowi jego prawo naturalne, a w konsekwencji rolą prawa pozytywnego jest jej uznanie (a nie nadanie, ustanowienie, gdyż, w przeciwieństwie do uprawnień i obowiązków, wolność nie wynika z prawa w znaczeniu przedmiotowym) oraz ustanowienie jej prawnych gwarancji, a także jej prawnych granic; C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza w prawie polskim*, Warszawa 1995, s. 19–22; E. Kosiński, *Aspekt prawny...*, s. 14; B. Banaszak, *Ogólne wiadomości o prawach człowieka*, [w:] B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 17 i n.; A. Walaszek-Pyziół, *Swoboda działalności gospodarczej*, Kraków 1994, s. 8–13; o tym, że z konstrukcji wolnościowej wynika zasada *quod lex non prohibet licitum est* – W. Kubala, *Wolność gospodarcza i jej ograniczenia*, „Przeгляд Sądowy” 2001, nr 7–8, s. 4.

¹⁵¹ S. Biernat, *Podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej – wolność gospodarcza de lege lata i de lege ferenda*, PPH 1994, nr 9, s. 10; pogląd ten podziela C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza...*, s. 30 i n. oraz E. Kosiński, *Aspekt prawny...*, s. 15 i 25; o pojmowaniu gwarancji wolności gospodarczej jako domniemania na jej rzecz także S. Biernat, A. Wasilewski, *Wolność gospodarcza w Europie*, Zakamycze 2000, s. 179; za istnieniem domniemania na rzecz wolności gospodarczej opowiedział się także Sąd Najwyższy w uchwale z 10.1.1990 r., III CZP 97/89, OSN 1990, z. 6, poz. 74.

¹⁵² Zgodnie z maksymą *in dubio pro libertate*, ograniczeń wolności się nie domniemywa – S. Biernat, *Podejmowanie...*, s. 10.

PrAdw nie oznacza automatycznie, że świadczenie pomocy prawnej przez osoby spoza korporacji prawniczych stało się od 1.1.2007 r. niedopuszczalne. Brak bowiem ustawowej regulacji wyraźnie to stwierdzającej¹⁵³. Trybunał Konstytucyjny nie jest ustawodawcą, a tylko ustawodawca może wolność działalności gospodarczej ograniczyć. Okazuje się więc, iż stwierdzenie niezgodności art. 4 ust. 1a PrAdw z Konstytucją RP wywoła skutek odwrotny od pożądanego (jak się wydaje) przez TK, mianowicie doprowadzi do deregulacji podejmowania i wykonywania tego rodzaju działalności. Przepis art. 4 ust. 1a PrAdw wymaga bowiem dla jej wykonywania ukończenia wyższych studiów prawniczych. Jako ustawowe ograniczenie wolności działalności gospodarczej, przestał on obowiązywać z dniem 1.1.2007 r. wskutek orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego. Wskutek tego orzeczenia nie pozbawiono jednakże obywateli możliwości wykonywania tej działalności, bo możliwość tę zapewnia im konstytucyjnie gwarantowana wolność działalności gospodarczej. Z tej perspektywy, proponowane przez Trybunał kompleksowe uregulowanie zasad świadczenia pomocy prawnej przez nie-adwokatów jawi się jako ustawowe ograniczenie wolności podejmowania działalności gospodarczej określonego rodzaju, które dopóki nie zostanie ustawowo wprowadzone, nie obowiązuje.

Podobny, do opisanego wyżej, mechanizm obserwowaliśmy w przeszłości na przykładzie uchylecia art. 24 ustawy o działalności gospodarczej. Przepis ten uprawniał podmioty inne niż adwokaci i radcowie prawni do wykonywania działalności gospodarczej polegającej na świadczeniu pomocy prawnej. Jego uchYLECIE z dniem 15.9.1997 r. interpretowano w doktrynie i orzecznictwie jako wprowadzenie wyłączności świadczenia obsługi prawnej przez adwokatów i radców prawnych¹⁵⁴. Ze stanowiskiem tym polemizował Trybunał w orzeczeniu SK 22/02, w którym podniósł, że „dla określenia wyłączności świadczenia pomocy prawnej (przez adwokatów i radców prawnych – przyp. M.S.) [...] nie można poprzestać na przyjęciu argumentacji *a contrario*, wynikającej z uchylecia art. 24 u.d.g., lecz leży sięgnąć do innych aktów prawnych”. Należy mieć oczywiście na uwadze, że w tym przypadku uchYLECIE przepisu wyrażającego uprawnienie nastąpiło na drodze ustawowej, a nie wskutek stwierdzenia jego niezgodności z Konstytucją. Nie zmienia to jednak faktu, że mechanizm był podobny. Z samego faktu uchylecia przepisu przyznającego uprawnienie nie można automatycznie *a contrario* przyjmować, że wprowadzono odpowiedni zakaz – należy jeszcze odwołać się do innych aktów prawnych. W interesującym nas przypadku art. 4 ust. 1a PrAdw, aktami tymi są: Sdg oraz art. 20 i 22 Konstytucji RP.

¹⁵³ Brak więc spełnienia przesłanki formalnej z art. 22 Konstytucji.

¹⁵⁴ Np. Z. Klatka, *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, s. 79.

Zastrzeżenie świadczenia pomocy prawnej dla adwokatów i radców prawnych, jako konsekwencja orzeczenia K 6/06, stanowiłoby niedopuszczalne ograniczenie wolności gospodarczej z innej jeszcze przyczyny. Każde ograniczenie wolności gwarantowanej konstytucyjnie powinno być możliwie najbardziej precyzyjne, a ze względu na to, że stanowi wyjątek od reguły, winno być ponadto wąsko interpretowane. W przedmiotowej sprawie o precyzji nie może być mowy, bo nieprecyzyjne jest samo pojęcie świadczenia pomocy prawnej. Przepis art. 4 ust. 1 PrAdw opisuje ją szeroko stanowiąc, że uznać za pomoc prawną należy w szczególności udzielenie porad prawnych, sporządzanie opinii prawnych, opracowywanie projektów aktów prawnych oraz występowanie przed sądami i urzędami, a art. 7 RadU za pomoc prawną każe rozumieć w szczególności udzielanie porad i konsultacji prawnych, opinii prawnych oraz zastępstwo prawne i procesowe. Katalogi te nie są ani precyzyjne, ani nie mają charakteru zamkniętego, a tych cech należałoby wymagać od przepisów kształtujących wyjątki od konstytucyjnie gwarantowanej wolności. Nie mogą więc być one w żadnej mierze podstawą ograniczania wolności działalności gospodarczej. Warto zauważyć, że do podobnego wniosku doszedł Trybunał w orzeczeniu SK 22/02.

Wskazać należy ponadto, że wykonywanie czynności tak szeroko rozumianej pomocy prawnej ustawowo przypisano także notariuszom oraz doradcom podatkowym¹⁵⁵. Stwierdzenie to dodatkowo podważa tezę, że świadczenie pomocy prawnej ustawodawca zastrzegł dla przedstawicieli adwokatury oraz radców prawnych. Co więcej, zarówno czynności notarialne, jak i czynności doradztwa podatkowego zostały przez ustawodawcę zdefiniowane w sposób wyczerpujący (katalogi zamknięte)¹⁵⁶. Gdyby więc intencją ustawodawcy było wprowadzenie wyłączności adwokatów i radców prawnych na świadczenie pomocy prawnej, zdefiniowałby pomoc prawną w sposób wyczerpujący i jednoznaczny. Koronnego argumentu dostarcza art. 2 ust. 3 DorPodU, który wyraźnie zastrzega wykonywanie czynności doradztwa podatkowego dla podmiotów uprawnionych, tj. doradców podatkowych. Analogicznej regulacji wobec zawodów adwokata i radcy prawnego nie odnajdziemy. Oznacza to, właśnie *a contrario*¹⁵⁷, niemożność przypisania ustawodawcy in-

¹⁵⁵ Warunki i zasady wykonywania doradztwa podatkowego w Polsce określa ustawa z 5.7.1995 r. o doradztwie podatkowym, tj.: Dz. U. z 2002 r., Nr 9, poz. 86 z późn. zm., dalej DorPodU.

¹⁵⁶ Odpowiednio art. 79 NotU oraz art. 2 DorPodU.

¹⁵⁷ Jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny, *argumentum a contrario* (dowód z przeciwieństwa) używany jest w ramach wykładni prawa dla umocnienia rezultatów wykładni literalnej,

tencji zastrzeżenia świadczenia pomocy prawnej dla adwokatów i radców prawnych.

Rozważając możliwości wykonywania w Polsce działalności przez adwokatów z innych państw Unii wykazałem, że w przypadku dwóch form tej działalności (świadczenie usług transgranicznych oraz stała praktyka), ustawodawca nie wymaga od nich znajomości prawa polskiego, nawet gdy pomoc prawna właśnie polskiego porządku prawnego przedmiotowo dotyczy. Ustawodawca nie przewidział też możliwości wyegzekwowania tej znajomości przez sądy, organy administracji ani organy samorządów zawodowych adwokatów ani radców prawnych. Skorzystanie przez klienta z takiej pomocy z pewnością niesie zagrożenie dla jego interesu (ze względu na trudną do zagwarantowania merytoryczną jej jakość). Ustawodawca jednak sytuację tę dopuszcza, wymagając jedynie, by prawnik zagraniczny posługiwał się własnym tytułem zawodowym, a nie polskim tytułem adwokata czy radcy prawnego. Chodzi więc o to, by potencjalny klient wiedział, z czyjej pomocy korzysta i nie był w tej mierze wprowadzany w błąd. Jednakże to klient ma prawo dokonania wyboru, czy skorzysta z usługi adwokata polskiego, czy np. z usługi niemieckiego Rechtsanwalt. Wybierając to drugie rozwiązanie musi się liczyć z ryzykiem ograniczonej znajomości polskiego prawa przez prawnika i wynikającymi stąd potencjalnie negatywnymi konsekwencjami. W mojej ocenie zasadne jest pytanie, czy tego rozumowania, akceptowanego jak się wydaje przez ustawodawcę¹⁵⁸, nie można przenieść na grunt świadczenia pomocy prawnej przez osoby spoza kręgu adwokatów i radców prawnych. Czy dla ochrony interesu klientów wystarczające nie byłoby pozostawienie im możliwości świadomego wyboru pomiędzy pomocą świadczoną przez licencjonowanego prawnika (adwokata albo radcę prawnego) a prawnika nie zrzeszonego w korporacji, ze wszelkimi wszakże konsekwencjami tego wyboru (np. w zakresie przestrzegania zasad etyki, zachowania tajemnicy zawodowej czy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, ale zapewne także jeśli chodzi o cenę świadczonej usługi)?

Zastrzeżenie świadczenia pomocy prawnej dla adwokatów i radców prawnych prowadziłyby do pojawienia się szeregu praktycznych wątpliwości. Czy odtąd urzędnicy rozmaitych urzędów państwowych przestałyby udzielać obywatelom informacji w zakresie np. sposobu wypełniania druków urzędo-

zwłaszcza przeciwko wykładni rozszerzającej w odniesieniu do przepisów wyjątkowych lub ograniczających wolności i prawa", SK 22/02.

¹⁵⁸ Choć jednocześnie koniecznego ze względu na obowiązek implementacji stosownych dyrektyw.

wych, składania podań, wymaganych załączników itp.? Czy nielegalna byłaby działalność przedsiębiorców oferujących klientom pomoc w pozyskiwaniu funduszy unijnych? Czy rzeczywiście adwokaci lepiej wypełnią wnioski o dofinansowanie inwestycji niż osoby od lat specjalizujące się w tej szczególnie skomplikowanej, dynamicznie zmieniającej się materii? Czy prawna eliminacja z rynku tych drugich jest tym, co przysłuży się dobru klientów, o które troszczy się nie tylko Trybunał, ale także korporacje zawodowe. Czy niezgodna z prawem byłaby działalność pośredników finansowych, wskazujących klientom nie tylko najkorzystniejszą ofertę kredytową, ale także objaśniających im tajniki umów kredytowych? Czy prasa codzienna, wskazująca czytelnikom np. sposób sporządzenia wniosku o stwierdzenie nabycia spadku lub załączająca na płytach CD wzory umów oraz pism procesowych świadczyłaby niedozwoloną pomoc prawną?¹⁵⁹ Pytania tego rodzaju można by mnożyć, a wszystkie nawiązują do jednej zasadniczej kwestii – zakresu pojęcia pomocy prawnej zarezerwowanej dla członków korporacji prawniczych. Jednocześnie pytania te pokazują, że zarezerwowanie tak szeroko rozumianej pomocy prawnej dla wąskiego kręgu osób nie może przynieść pożądaných rezultatów. Spostrzeżenie to stanowi ważny argument przemawiający za koniecznością kompleksowej ustawowej regulacji świadczenia pomocy prawnej w Polsce przez osoby spoza kręgu adwokatów i radców prawnych.

Trudno byłoby ponadto ograniczenie takie uzasadnić interesem innym niż interes samych prawniczych korporacji zawodowych. Wydaje się bowiem, że w interesie publicznym leży wzrost konkurencyjności na rynku usług prawniczych, i że to on jest najlepszym sposobem na zapewnienie faktycznego wzrostu poziomu obsługi klientów. Wzrost konkurencyjności osiągnąć można poprzez otwarcie zawodów adwokata i radcy prawnego, ale także poprzez dopuszczanie do świadczenia pomocy prawnej innych podmiotów. Myślę tu w szczególności o podmiotach specjalizujących się w obsłudze prawnej określonego rodzaju i w określonych sprawach. Wszechwiedzący adwokat, specjalista w prawie rodzinnym, handlowym, pozyskiwaniu funduszy unijnych oraz zamówieniach publicznych jednocześnie, jest przecież legendą. Przesądził o tym sam ustawodawca (wspierany w tym dziele przez prawodawcę wspólnotowego), zasypując prawników dziesiątkami tysięcy stron aktów prawnych. W interesie publicznym leży, by na rynku oferowane były usługi wysokiej

¹⁵⁹ Problemy te nie są tylko hipotetyczne, dostrzega je także Trybunał Konstytucyjny stwierdzając w orzeczeniu SK 22/02 „Tego rodzaju rozumowanie mogłoby w konsekwencji prowadzić m.in. do wniosku, iż wyłącznie radcy prawni mogą prowadzić działalność polegającą na informacji o prawie, a nawet gromadzeniu i odpłatnym udostępnianiu literatury prawniczej”.

jakości, co w tym przypadku nie może być osiągnięte bez specjalizacji oraz wzrostu liczby konkurentów na szybko rosnącym i zdywersyfikowanym rynku. Dobrze, że potrzebę otwarcia zawodów prawniczych i rozszerzenia dostępności obsługi prawnej dostrzega także Trybunał Konstytucyjny.

Biorąc powyższe pod uwagę, możliwość świadczenia przez prawników niemieckich pomocy prawnej w Polsce poza zawodami adwokata i radcy prawnego istnieje w takim zakresie, w jakim istnieje ona w stosunku do polskich obywateli. Wniosek taki wypływa z istoty traktowania narodowego, przyznanego Traktatem oraz Sdg. Wobec niejednoznacznego rozstrzygnięcia tej kwestii na gruncie prawa polskiego, istnieje pewne ryzyko, że działalność prawnika niemieckiego uznana zostanie za nielegalną. Przedstawiona argumentacja wskazuje jednak, że świadczenie pomocy prawnej przez osoby spoza prawniczych korporacji, stanowiące przejaw korzystania ze swobody działalności gospodarczej, jest w Polsce dopuszczalne. Jeśli tak, to prawnik niemiecki, chcący taką działalność gospodarczą w Polsce wykonywać, objęty jest wyrażoną w art. 43 TWE oraz art. 13 ust. 1 Sdg klauzulą traktowania narodowego. Zanim podejmie działalność, winien spełnić wymogi przewidziane przez polskie prawo dla własnych obywateli, w szczególności uzyskać wpis w ewidencji działalności gospodarczej albo w rejestrze przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym¹⁶⁰. Dopóki obowiązuje przepis art. 4 ust. 1a PrAdw, wymagający dla świadczenia pomocy prawnej posiadania wyższego wykształcenia prawniczego, prawnik niemiecki również musi legitymować się stosownym dyplomem. Rodzi się pytanie, czy musi uzyskać jego uznanie w Polsce? W przypadku odpowiedzi pozytywnej w grę wchodzi zastosowanie rozwiązań dyrektywy 89/48 oraz implementującej ją ustawy z dnia 26.4.2001 r. o zasadach uznawania nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej kwalifikacji do wykonywania zawodów regulowanych¹⁶¹. Uzyskanie nostryfikacji byłoby najwłaściwszym tokiem postępowania przez podjęciem działalności¹⁶². Wydaje się jednak, że nie jest to konieczne. Należy mieć na wzglę-

¹⁶⁰ Ewidencja działalności gospodarczej prowadzona jest przez gminy dla przedsiębiorców będących osobami fizycznymi (w tym wspólników spółek cywilnych), rejestr przedsiębiorców w KRS prowadzą sądy rejonowe dla innych kategorii przedsiębiorców, w szczególności spółek prawa handlowego: jawnych, partnerskich, komandytowych, komandytowo-akcyjnych, z ograniczoną odpowiedzialnością i akcyjnych.

¹⁶¹ Dz.U. 2001, Nr 87, poz. 954 z późn. zm., dalej KwalU.

¹⁶² Powstaje jednak wątpliwość co do możliwości uznania takiej działalności za regulowaną działalność zawodową w rozumieniu art. 1 dyrektywy 89/48 oraz art. 1 ust. 2 KwalU; nawet w przypadku odpowiedzi pozytywnej (która wszakże nie jest oczywista) kolejną trudnością jest sposób uznania dyplomu – ponieważ działalność ta jest związana ze stosowaniem prawa krajo-

dzie, że ustawowy wymóg ukończenia studiów prawniczych jest w praktyce trudny do zweryfikowania. Z pewnością nie może go weryfikować organ gminy prowadzący ewidencję działalności gospodarczej ani sąd rejestrowy w postępowaniu o wpis przedsiębiorcy w KRS. Tego typu wymogi wykonywania działalności gospodarczej formułowane są zazwyczaj w ustawodawstwie jako warunki niezbędne dla uzyskania koncesji albo zezwolenia, ewentualnie jako warunki wykonywania tzw. działalności regulowanej. Wówczas niespełnienie takiego warunku może skutkować odmową udzielenia albo cofnięciem koncesji albo zezwolenia, ewentualnie wydaniem decyzji o zakazie wykonywania działalności regulowanej i wykreśleniem z rejestru tej działalności. Organem weryfikującym jest wtedy odpowiednio organ koncesyjny, udzielający zezwolenia albo prowadzący stosowny rejestr działalności regulowanej. Skoro jednak świadczenie pomocy prawnej nie wymaga uzyskania ani koncesji, ani zezwolenia, jak i nie jest działalnością regulowaną w rozumieniu art. 5 pkt. 5 SdG, wskazane sposoby weryfikacji jego spełnienia nie wchodzą w rachubę. Wydaje się więc, że prawnik niemiecki nie musi starać się o formalne uznanie posiadanego dyplomu, jeśli nie ma sposobu późniejszego jego wyegzekwowania.

Z całą pewnością potrzeba nostryfikacji niemieckiego dyplomu ukończenia studiów prawniczych wygaśnie po 31.12.2006 r., wraz z utratą mocy obowiązującej przez art. 4 ust. 1a PrAdw. Jak wskazano, orzeczenie TK doprowadzi do deregulacji tego typu działalności w Polsce poprzez zniesienie wymogu posiadania wyższego wykształcenia prawniczego. Skoro ustawodawca nie będzie wymagał legitymowania się dyplomem ukończenia studiów prawniczych od obywateli polskich, nie będzie też można wymagać tego od obywateli innych państw Unii. Odmienne stanowisko oznaczałoby dyskryminację ze względu na przynależność państwową, zabronioną na mocy art. 43 oraz art. 12 TWE.

wego, właściwą formą uznania dyplomu jest staż adaptacyjny albo test umiejętności, przy czym wybór należy do państwa członkowskiego; Polska wybrała dotąd wymóg testu umiejętności (poza zawodami adwokata i radcy prawnego) jedynie wobec doradców podatkowych (patrz rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej i Sportu z 21.4.2004 r. w sprawie zawodu regulowanego, w przypadku którego wyłączone jest uprawnienie do wyboru stażu adaptacyjnego albo testu umiejętności, Dz.U. Nr 87, poz. 820); co do świadczenia pomocy prawnej wyboru nie dokonano, co może oznaczać, że pozostawiono go zainteresowanemu; bardziej prawdopodobna jednak wydaje się interpretacja, że wprowadzając wymóg posiadania wyższego wykształcenia prawniczego w art. 4 ust. 1a PrAdw dla świadczenia pomocy prawnej przez nie-adwokatów nie zastanawiano się w ogóle nad sytuacją obywateli innych państw UE i nie brano pod uwagę problemu uznania ich kwalifikacji zawodowych; z tych względów możliwość przeprowadzenia postępowania o uznanie kwalifikacji zawodowych w tej sprawie wydaje się wątpliwa.