

Andrzej Michałowski, Andrzej Zwara

Co adwokaci czynić powinni?

Palestra 50/5-6(569-570), 121-125

2005

Artykuł został 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.

Reasumując należy stwierdzić, że czynności adwokatów polegające na świadczeniu pomocy prawnej z urzędu były pod rządem ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług w okresie od 1 maja 2004 r. do 31 maja 2005 r. wyłączone od opodatkowania na podstawie przepisu art. 15 ust. 3 pkt 3 ustawy o VAT. Wyłączenie to dotyczyło czynności, za które wynagrodzenie wypłacał Skarb Państwa, natomiast nie dotyczyło wynagrodzeń zasądzonych od przeciwnika procesowego, który przegrał sprawę i przez niego pokrytych. W takim bowiem przypadku nie zachodziła, będąca warunkiem zwolnienia, odpowiedzialność sądu (Skarbu Państwa) za zapłatę tego wynagrodzenia adwokatowi¹⁷.

Natomiast od dnia 1 czerwca 2005 r. – wobec zmiany treści przepisu art. 15 ust. 3 pkt 3 ustawy o VAT dokonanej nowelą z 21 kwietnia 2005 r. – czynności adwokatów polegające na świadczeniu pomocy prawnej z urzędu podlegają opodatkowaniu podatkiem VAT.

Mariusz Bogusz

¹⁷ Wynagrodzenie za czynności adwokata z urzędu przyznane przez sąd i pokrywane przez Skarb Państwa w trybie § 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 1348 ze zm.), tj. po wykazaniu bezskuteczności egzekucji prowadzonej wobec przeciwnika procesowego, który przegrał sprawę cywilną i od którego koszty te zostały pierwotnie zasądzone, było natomiast objęte zwolnieniem od podatku VAT (ponieważ odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia ponosił w tym przypadku Skarb Państwa).

Co adwokaci czynić powinni?

Ciekawe czasy zmuszają do zastanowienia. Starożytni myśliciele formułowali tę myśl między innymi w pytaniu: Co Grecy czynić powinni? Adwokatura przeżywa czas, w ocenie jednych dramatyczny, w oczach innych tylko ciekawy. Co zatem adwokaci czynić powinni?

Obowiązująca obecnie ustawa – Prawo o adwokaturze z 1982 r. była uchwalana w odmiennych od dzisiejszych warunkach ustrojowych i politycznych. Dlatego też nie może ona w pełni odpowiadać standardom demokratycznego państwa prawnego w ujęciu Konstytucji z 1997 r. i zobowiązań wynikających z członkostwa w Unii Europejskiej. Słabość tę wykazał m.in. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 lutego 2004 r., uznający za niezgodne z Konstytucją niektóre wyrażone w ustawie normy dotyczące konkursu na aplikację adwokacką. Rozwiązania zawarte w ustawie z 1982 r. stanowiły w ówczesnych warunkach ustrojowych istotną gwarancję zachowania charakteru zawodu adwokata jako wolnego zawodu i niezależności politycznej adwokatury. Paradoksalnie, w warunkach demokracji, te same rozwiązania mogą stać w sprzeczności z zasadami demokratycznego

państwa prawnego, w szczególności zasadami wolności wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy. Powstaje więc pilna potrzeba uchwalenia nowej ustawy o adwokaturze; wypracowania takiej regulacji prawnej, która stworzy adwokatom właściwe miejsce w nowej rzeczywistości. Ta nowa ustawa powinna znów, tak jak uczyniła to na początku lat osiemdziesiątych ustawa poprzednia, wytyczyć drogi rozwoju adwokatury na najbliższe kilkadziesiąt lat. Przekonanie ustawodawcy do podjęcia prac nad takim całościowym projektem staje się więc obecnie najważniejszym zadaniem samorządu adwokackiego, tym bardziej że wobec działalności samorządu narasta zarówno ta uzasadniona, jak i niesłuszna, sztucznie inspirowana krytyka. Jeśli samorząd adwokacki nie proponuje skutecznego sposobu działania w tej priorytetowej sprawie, przeznaczoną mu przestrzeń w debacie publicznej wokół nowych założeń prawa o adwokaturze wypełnią inne głosy, niekierujące się troską o przyszłość wymiaru sprawiedliwości i zawodu adwokackiego.

Toczy się publiczna dyskusja o dostępie do zawodów prawniczych. W tej dyskusji pojawiają się propozycje rewolucyjnych zmian w zakresie naboru na aplikację adwokacką i jej kształtu, w tym radykalnego ograniczenia zakresu szkolenia przygotowującego do wykonywania zawodu, a także postulaty wprowadzenia egzaminu państwowego. Dlatego też, wykonując powierzone mu w art. 17 Konstytucji zadanie sprawowania pieczy nad wykonywaniem zawodu adwokata jako zawodu zaufania publicznego w celu ochrony interesu publicznego, samorząd adwokacki winien w tej publicznej debacie formułować założenia nowych zasad dostępu do zawodu obejmujących:

- określenie obiektywnych, jednoznacznych, czytelnych, niebudzących wątpliwości zasad dostępu do zawodu adwokackiego, dokonane w akcie prawnym rangi ustawowej, umożliwiające przeprowadzanie na drodze sądowej kontroli zachowania tych reguł w każdym indywidualnym przypadku;
- wykorzystanie jako formy egzaminu zapewniającej równy poziom zadań i ich oceny formuły testu, którego treść opracowana zostanie centralnie i który przeprowadzany będzie jednocześnie na terenie całego kraju;
- stworzenie nowoczesnego modelu aplikacji opartej na zasadzie patronatu, obejmującej jednak wymagane szkolenie teoretyczne i praktyczne w pełnym programie merytorycznym;
- zapewnienie dostępu do aplikacji dla zdolnej młodzieży prawniczej, niezależnie od sytuacji majątkowej kandydata, czego warunkiem jest zachowanie jak najniższych kosztów naboru i szkolenia.

Samorząd zawodowy jest jedyną strukturą zdolną zapewnić minimalne koszty takiego postępowania rekrutacyjnego i szkolenia, przy zachowaniu odpowiedniego poziomu merytorycznego. Nie należy ulegać pokusie przyjmowania, iż egzamin o charakterze państwowym zapewni, że procedura naboru na aplikację wolna będzie od nieprawidłowości (wszystkim znane jest natężenie przypadków korupcji przy egzaminach na prawo jazdy czy też przypadki przecieków zadań i tematów maturalnych).

Absolutnej rzetelności procedur egzaminacyjnych nie są w stanie zapewnić także wyższe uczelnie (przykładem może być sprawa przyjęć na studia prawnicze na niektórych uniwersytetach). Gwarancją rzetelności procedur rekrutacyjnych nie są prowadzące je struktury państwowe czy publiczne, ale jasne, czytelne kryteria przyjęcia i prawidłowo, jednoznacznie sformułowane zadania egzaminacyjne. Należy też podkreślić, że propozycje zmiany podmiotu prowadzącego aplikację w oderwaniu od ustalenia czytelnych zasad finansowania tych zmian rodzą obawę nieuzasadnionego przerzucenia kosztów kształcenia zawodowego na kandydatów do zawodu adwokackiego; rodzą obawę o faktyczne zamknięcie dostępu do zawodu dla osób mniej zamożnych. Dlatego właśnie ciężar debaty o formule naboru na aplikację adwokacką powinien przesunąć się z dyskusji o strukturze, która prowadzić ma egzaminy, na dyskusję o sformułowaniu powszechnie akceptowanych i łatwych do zweryfikowania kryteriów naboru.

Należy przecież pamiętać, że swobodny dostęp do zawodu zaufania publicznego, jakim jest zawód adwokata, nie oznacza zwolnienia osób podejmujących wykonywanie takiego zawodu od konieczności wypełnienia stawianych jego przedstawicielom wymagań co do poziomu kwalifikacji zawodowych oraz rękojmi należytego wypełniania zadań. Istnienie takich wymagań oznacza konieczność sprawowania przez samorząd zawodowy kontroli ich wypełniania przez kandydatów do zawodu oraz osoby zawód ten wykonujące. Dlatego też rekrutacja na aplikację adwokacką musi być procedurą weryfikującą te kwalifikacje kandydata, a swobodny dostęp do zawodu rozumieć należy jako obiektywne ujęcie wymagań stawianych kandydatom do zawodu.

Ewentualne odebranie samorządowi adwokackiemu uprawnień w zakresie naboru na aplikację nie będzie oznaczało jednak końca roli adwokatury ani kresu jej samorządności. Samorząd adwokacki ma inne ważniejsze przecież zadania do wykonania w interesie publicznym i swoich członków. Tych zadań jest wiele, a możliwości struktury opartej na społecznej aktywności są ograniczone. Samorząd mógłby się wówczas skoncentrować na nadzorze nad wykonywaniem zawodu i organizowaniem przestrzeni dla jego wykonywania.

W obecnej kadencji władz adwokatury potrzebne są przede wszystkim działania pozytywne. Potrzebujemy działań, a nie ograniczania się do krytycznych wystąpień, za którymi nie pojawiają się konkretne kroki. W ramach NRA zainicjowaliśmy więc między innymi prace nad zmianami zasad dopuszczalnej informacji o świadczonej pomocy prawnej oraz zmianami zasad wykonywania zawodu. Zaproponowaliśmy nowy sposób podejścia do problemów legislacyjnych, które nękają adwokaturę – zamiast jak dotychczas budzić się poniewczasie, uznaliśmy za konieczne stworzenie w ramach Ośrodka Badawczego Adwokatury ośrodka opiniującego projekty aktów prawnych, przygotowującego merytoryczne rozstrzygnięcia organów adwokatury oraz przygotowującego skargi konstytucyjne w sprawach, których nie udało się adwokaturze obronić w Sejmie. Takie działania już trwają i – miejmy nadzieję – okażą się przydatne. Przykładem takiego sposobu myślenia może być także problem obciążenia podatkiem VAT wynagrodzeń za sprawy z urzędu. Ad-

wokatura broniła i broni swoich racji. Niemniej nie można pozostawać obojętnym na kategorię stanowisko Ministra Finansów i Ministra Sprawiedliwości. Dlatego też, na wypadek gdyby jednak stanowisko adwokatury nie zostało ostatecznie uwzględnione, uznaliśmy za pożądane uzgodnienie z administracją skarbową i sądowną sposobu postępowania, który stanowiłby techniczne wsparcie dla adwokatów. Tak zresztą wyobrażamy sobie pomocniczą rolę samorządu zawodowego – nie jako władczego organu interpretującego prawo (do czego zresztą NRA nie ma uprawnień) ale jako organu wspomagającego codzienną pracę adwokatów.

Współczesna rola samorządu adwokackiego, sposób wykonywania powierzonej mu ochrony interesu publicznego w sprawach związanych z wykonywaniem zawodu adwokata oraz organizacja zawodu są zresztą najważniejszymi zadaniami przed którymi stoimy. Sposób wykonywania zawodu bardzo się różnicował. Adwokaci pracują w małych, średnich i dużych kancelariach, zajmując się wyspecjalizowanymi zagadnieniami, ale także ogólną praktyką. Ramy ustrojowe adwokatury winny być tak skonstruowane, aby nie stanowiły przeszkody dla rozwoju wszystkich form i zakresów wykonywania zawodu. Regulacje prawne winny być jak najbardziej liberalne. Jednak wszyscy adwokaci, niezależnie od formy swej pracy, winni podlegać wspólnym podstawowym zasadom wykonywania zawodu, służącym zachowaniu tego co najcenniejsze w tradycji zawodowej polskiej adwokatury – roli strażnika praw i wolności obywatelskich oraz wyraziciela stanowiska prawników jako specjalistów w sprawach związanych z jakością tworzenia i stosowania prawa.

W tym zakresie samorząd adwokacki winien skupić się na takich podstawowych zadaniach, jak:

- wzmocnienie publicznej roli adwokatury – w tym zakresie należy powrócić do najlepszych wzorów z lat osiemdziesiątych, kiedy to adwokatura odważnie broniła praw i wolności obywatelskich, zdobywając ogromny autorytet – dziś w okresie chaosu legislacyjnego, który osiąga rozmiar zagrażający podstawowej dla demokratycznego państwa prawnej zasadzie jawności prawa, zadaniem adwokatury staje się troska o jakość stanowionego w Polsce prawa i zachowanie zasad dobrej legislacji, co było także jednym z podstawowych zadań realizowanych przez adwokatów w II Rzeczypospolitej;
- bezwzględna kontrola przestrzegania zasad wykonywania zawodu – transparentne i sprawne sądownictwo dyscyplinarne;
- doskonalenie zawodowe;
- ochrona interesów oraz reprezentacja adwokatury na zewnątrz, przede wszystkim wobec władzy publicznej.

Dziś próbuje się sprowadzić adwokata do roli zwykłego usługodawcy. Jednak tradycja polskiej adwokatury, zwłaszcza ta wywodząca się z lat osiemdziesiątych, jest inna. Do tej tradycji i etosu trzeba nawiązywać projektując nową ustawę. W sprawach szczegółowych mieliśmy okazję wypowiadać się już wcześniej, przygotowując projekt nowej ustawy dla Naczelnej Rady Adwokackiej oraz w innych wypowiedziach publicznych. Uznajemy jednak, że najwyższy już czas na nakreślenie,

narzucenie sobie, i zaprezentowanie publicznie zadań o charakterze programowym dotyczących nie tylko kwestii wywołanych dyskusjami o dostępie do zawodów prawniczych, lecz przede wszystkim dotyczących roli adwokatury w rodzącej się właśnie, choć nie bez oporów, dyskusji i wątpliwości, wizji systemu prawnego, politycznego i społecznego coraz częściej definiowanego jako IV Rzeczypospolita. Temu miałyby służyć nowa ustawa o adwokaturze. Nowa ustawa w nowym parlamencie i w nowej rzeczywistości.

Andrzej Michałowski, Andrzej Zwara

PRAWO KARNE

O prawie oskarżonego do milczenia słów kilka

Funkcje i cele procesu karnego nie zawsze formułowane były w sposób, który w pełni szanowałby dobra osobiste, godność, nietykalność człowieka – w sposób, który nawiązywałby do nowożytnego procesu karnego.

I tak, przykładowo, proces inkwizycyjny charakteryzował się m.in. tym, że jedynym jego podmiotem był sędzia, który łączył w swojej osobie trzy funkcje: oskarżyciela, sędziego i obrońcy. Oskarżony był tylko przedmiotem ówczesnego procesu¹. Instrumentalne traktowanie oskarżonego czyniło z niego jedynie źródło dowodowe.

We współczesnym procesie karnym funkcje procesowe zostały rozdzielone między różne podmioty. Strony procesowe zostały w sposób wyraźny wyodrębnione, a ich prawa i obowiązki jasno sprecyzowane. Oskarżony² jest pełnoprawną stroną procesową. Nie ulega wątpliwości, że jest to też postać, wokół której koncentruje się całe postępowanie karne. Dlatego też niezwykle istotne wydaje się przyznanie mu przez ustawodawcę szeregu praw oraz gwarancji procesowych, w tym umożliwienie mu wypowiedzenia się w kwestii przedmiotu procesu. Zgodnie z treścią art. 175 § 1 k.p.k.: „Oskarżony ma prawo składać wyjaśnienia; może jednak bez podania powodów odmówić odpowiedzi na poszczególne pytania lub odmówić składania wyjaśnień. O prawie tym należy go pouczyć”. Prawo do odmowy odpowiedzi na poszczególne pytania lub odmowy składania wyjaśnień określane jest w doktrynie jako prawo do milczenia oskarżonego.

¹ Na temat historii procesu karnego z uwzględnieniem gwarancji procesowych oskarżonego, patrz szerzej w monografii P. Kruszyńskiego, *Zasada domniemania niewinności w polskim procesie karnym*, Warszawa 1983, s. 49–59 i 74–77 i podana tam literatura.

² Zgodnie z art. 71 § 3 k.p.k. posługując się pojęciem „oskarżony”, mam na myśli również „podejrzanego”.