

POSTANOWIENIE

Dnia 13 grudnia 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Kazimierz Klugiewicz (przewodniczący)

SSN Zbigniew Puskarski (sprawozdawca)

SSN Jan Bogdan Rychlicki

Protokolant Anna Kuras

przy udziale Zastępcy Rzecznika Dyscyplinarnego Adwokatury adw. Grzegorza Fertaka,

w sprawie **adwokata M.D.**,

ukaranego za przewinienie dyscyplinarne określone w § 9 ust. 2 lit. a Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu w zw. z art. 80 ustawy Prawo o adwokaturze, po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 6 grudnia 2017 r.

kasacji wniesionej przez obrońcę obwinionego

od orzeczenia Wyższego Sądu Dyscyplinarnego Adwokatury z dnia 20 maja 2017 r.,

utrzymującego w mocy orzeczenie Sądu Dyscyplinarnego [...] Izby Adwokackiej w [...] z dnia 7 czerwca 2016 r.,

1. oddala kasację jako oczywiście bezzasadną;

2. kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego, w tym wydatkami w kwocie 20 (dwadzieścia) złotych, obciąża adw. M.D..

UZASADNIENIE

Adwokat M.D. został obwiniony o to, że:

1. od dnia 12 kwietnia 2011 r. do grudnia 2014 r. w spółce prawa cypryjskiego – M. Group Ltd. z siedzibą w L. podjął się pełnienia funkcji członka zarządu;

2. od dnia 10 czerwca 2010 r. do grudnia 2014 r. w spółce prawa cypryjskiego – A. Holdings Ltd. z siedzibą w L. podjął się pełnienia funkcji członka zarządu,

to jest o czyn z § 9 ust. 2 pkt b Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu w zw. z art. 80 ustawy - Prawo o adwokaturze.

Sąd Dyscyplinarny [...] Izby Adwokackiej w [...] po ponownym rozpoznaniu sprawy orzeczeniem z dnia 7 czerwca 2016 r., uznał adwokata M.D. za winnego tego, że w okresie od dnia 12 kwietnia 2011 r. do grudnia 2014 r. pełnił funkcję członka zarządu w M. Group Ltd. z siedzibą w L. oraz w okresie od dnia 10 czerwca 2010 r. do grudnia 2014 r. pełnił funkcję członka zarządu w A.Holdings Ltd. z siedzibą w L., to jest czynu z § 9 ust. 2 lit. a Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu w zw. z art. 80 ustawy - Prawo o adwokaturze i na podstawie art. 81 ust. 1 pkt 2 tej ustawy wymierzył obwinionemu karę nagany. Nadto obciążył obwinionego kosztami postępowania w kwocie 2000 zł.

Odwołanie od tego orzeczenia, zaskarżając je w całości, wniósł obrońca obwinionego adwokata. Zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 6 k.p.k. w zw. z art. 95n ustawy - Prawo o adwokaturze poprzez uniemożliwienie wzięcia przez obwinionego osobistego udziału w rozprawie mimo tego, że jest to podstawowe, gwarancyjne uprawnienie każdej osoby ponoszącej odpowiedzialność represyjną,

2. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 5 k.k. polegające na jego błędnym niezastosowaniu, podczas gdy znajduje on zastosowanie w sposób odpowiedni bezpośrednio, co wynika bezpośrednio z art. 95n ustawy - Prawo o adwokaturze,

3. naruszenie prawa materialnego, tj. § 9 ust 2 lit. a Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu w zw. z art. 80 ustawy - Prawo o adwokaturze poprzez jego błędną wykładnię i uznanie, że sprawowanie funkcji członka zarządu we własnej spółce nie podlegającej prawu polskiemu i poza granicami Polski mieści się w zakresie normowania tego przepisu, podczas gdy zgodnie z jego dyspozycją nie dochodzi do naruszenia tak wskazanego przepisu, jak i w ogólności

zasad etyki adwokackiej, w szczególności poprzez naruszenie zasady niezależności działań adwokata,

4. naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 442 § 3 k.p.k. w zw. z art. 95n ustawy - Prawo o adwokaturze, poprzez niezastosowanie się przez Sąd Dyscyplinarny w [...] do wiążących orzeczeń Wyższego Sądu Dyscyplinarnego Adwokatury.

W konkluzji obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Wyższy Sąd Dyscyplinarny Adwokatury orzeczeniem z dnia 20 maja 2017 r., utrzymał w mocy zaskarżone orzeczenie.

Kasację od prawomocnego orzeczenia Sądu odwoławczego, zaskarżając je w całości, złożył obrońca obwinionego. Zarzucił:

„1. rażące naruszenie przepisów postępowania mające bezpośredni wpływ na treść orzeczenia w szczególności art. 433 § 2 k.p.k. oraz art. 457 § 3 k.p.k., art. 438 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 437 § 1 i 2 k.p.k.; art. 435, 439 i 455 k.p.k.; art. 440 k.p.k.; art. 458 w zw. z art. 424 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. w zw. z art. 95n UPOA:

polegające na niedokonaniu zmiany orzeczenia Sądu Dyscyplinarnego pierwszej instancji, wadliwym zastosowaniu prawa materialnego i niesłusznym nieuwzględnieniu uchybień dotyczących orzeczenie Sądu Dyscyplinarnego pierwszej instancji, które winny być przedmiotem rozpoznania niezależnie od zarzutów odwołania tj. z urzędu, dotyczących wadliwego zastosowania prawa materialnego i finalne oraz rażące naruszenie prawa materialnego, a mianowicie:

1. Art. 80 ustawy PoA w zw. z art. § 9 ust. 2 lit. a) ZZEiGZ polegające na ich bezpodstawnym zastosowaniu i przyjęciu, że wskazany przepis ustawy, jako norma blankietowa odsyłająca do naruszenia prawa, pozwala na ustanawianie odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokata za czyny mieszczące się w granicach wolności i praw konstytucyjnych oraz wywodzonych z umów międzynarodowych mimo tego, że żaden przepis prawa nie przyznaje w formie ustawowej organom Adwokatury regulującym znamiona przewinień dyscyplinarnych uprawnień do ograniczania tych wolności i praw, co ostatecznie czyni regulację zawartą w § 9 ust. 2 lit. a) ZZEiGZ o treści ustalonej i skonkretyzowanej przez Sądy Dyscyplinarne obu instancji obojętną i niemogącą stanowić podstawy dla

odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokata jako opisującą zachowanie, które nie jest uznawane za sprzeczne z prawem w rozumieniu przepisów ustawy.

2. Art. 17 ust. 1 i 2 Konstytucji, art. 20 w zw. z art. 22 Konstytucji, art. 31 ust. 1, 2 i 3 Konstytucji, art. 65 ust. 1, art. 64 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 5 i art. 8 ust. 2 Konstytucji w zw. z art. 1 ust. 1 UPoA polegające na ich niezastosowaniu mimo tego, że przepisy te winny być stosowane bezpośrednio, z urzędu i na każdym etapie postępowania, a ich prawidłowe zastosowanie uniemożliwia przypisanie obwinionemu odpowiedzialności dyscyplinarnej jako formy odpowiedzialności represyjnej za przewinienia zarzucone w niniejszym postępowaniu wobec konieczności respektowania wolności i praw ustanowionych przez wskazane przepisy, które nie zostały ograniczone w sposobie i formie przewidzianej przez prawo.

3. Art. 15, 16 i 17 karty praw podstawowych Unii Europejskiej w zw. z art. 1 ust. 1 UPoA polegające na ich niezastosowaniu mimo tego, że przepisy te winny być stosowane bezpośrednio, z urzędu i na każdym etapie postępowania, a ich prawidłowe zastosowanie uniemożliwia przypisanie obwinionemu odpowiedzialności dyscyplinarnej jako formy odpowiedzialności represyjnej za przewinienia zarzucone w niniejszym postępowaniu wobec konieczności respektowania wolności i praw ustanowionych przez wskazane przepisy, które nie zostały ograniczone w sposobie i formie przewidzianej przez prawo”.

Podnosząc te zarzuty, obrońca wniósł o uchylenie w całości zaskarżonego orzeczenia Wyższego Sądu Dyscyplinarnego Adwokatury oraz poprzedzającego go orzeczenia Sądu Dyscyplinarnego [...] Izby Adwokackiej i uniewinnienie adw. M.D. od zarzuconych mu przewinień dyscyplinarnych, a nadto o obciążenie kosztami postępowania w zakresie dochodzenia i postępowania pierwszoinstancyjnego oraz odwoławczego – Izbę Adwokacką w [...], a w zakresie postępowania kasacyjnego – Skarb Państwa.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

1. Kasacja została oddalona na rozprawie jako oczywiście bezzasadna, co zgodnie z art. 535 § 3 k.p.k. pozwala odstąpić od sporządzenia pisemnego uzasadnienia postanowienia, jednak waga podniesionych przez skarżącego kwestii przemawia za tym, by nie poprzestać na ustnych motywach wydanego orzeczenia.

W takim wypadku pisemne uzasadnienie można ograniczyć do zwięzłego odniesienia się do kluczowych zagadnień przedstawionych przez obrońcę, przedtem jednak celowe będzie odnotowanie, że kasacja została sporządzona w sposób mało staranny, na co wskazuje zwłaszcza po części wręcz niezrozumiały katalog przepisów mających być, zdaniem skarżącego, naruszonych przez Sąd odwoławczy. Jeżeli autor kasacji twierdzi, że uchybieniem tego Sądu było niedokonanie zmiany orzeczenia Sądu I instancji wobec pominięcia dotyczących to orzeczenie uchybień w zakresie stosowania prawa materialnego, które winny być przedmiotem rozpoznania niezależnie od zarzutów odwołania, to jako jedyny racjonalny jawi się zarzut kasacji rażącej obrazy art. 440 k.p.k. Trudno natomiast pojąć, dlaczego stawiając ten zarzut, obrońca wskazuje też na naruszenie art. 433 § 2 oraz art. 457 § 3 k.p.k., chociaż nie twierdzi, że Sąd *ad quem* nie rozważył któregoś z zarzutów podniesionych w odwołaniu, art. 455 k.p.k., czy zupełnie niemogącego mieć zastosowanie w sprawie art. 435 k.p.k. Podobnie nie wchodzi w grę, w przypadku utrzymania w mocy orzeczenia Sądu I instancji, naruszenie przez Sąd odwoławczy instancji art. 424 § 1 pkt 2 k.p.k., a wobec niestwierdzenia przez ten Sąd naruszenia prawa materialnego (wbrew pogładowi skarżącego nie stosował on tego prawa), obraza art. 438 pkt 1 k.p.k. Zupełnie nie wiadomo, co skarżący miał na myśli, zarzucając obrazę ogólnikowo wskazanego przepisu art. 439 k.p.k., który wszak zawiera szczegółowe regulacje określające bezwzględne przyczyny uchylenia wyroku.

W tym stanie rzeczy rozpoznanie kasacji skupiło się na zbadaniu, czy Wyższy Sąd Dyscyplinarny Adwokatury nie naruszył art. 440 k.p.k. w zw. z art. 95n pkt 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2368 ze zm.) przez niedostrzeżenie, że niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów zaskarżone orzeczenie Sądu I instancji podlegało zmianie na korzyść obwinionego adwokata, względnie uchyleniu, bowiem jego utrzymanie w mocy byłoby rażąco niesprawiedliwe. Kontrola kasacyjna nie potwierdziła jednak naruszenia, zwłaszcza rażącego, tego przepisu, bowiem argumenty przedstawione w tym zakresie przez skarżącego uznano za nietrafne.

2. Adwokat M.D. został skazany za czyn zakwalifikowany z § 9 ust. 2 lit. a Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu w zw. z art. 80 ustawy - Prawo

o adwokaturze (dalej także: Pr. adw.). Dopiero w uzasadnieniu kasacji, jej autor jednak podniósł, że wspomniany Zbiór Zasad (dalej w tekście również tak określany) został uchwalony przez Naczelną Radę Adwokacką uchwałą z dnia 10 października 1998 r. oraz zmieniany uchwałami NRA z dnia 19 listopada 2005 r. oraz z dnia 19 listopada 2011 r., chociaż „treść tych uchwał nie powołuje się nawet na kompetencje nadane konkretnemu organowi Naczelnej Rady Adwokackiej do stanowienia wskazanego aktu prawnego”. Wskazał też skarżący, że „w treści art. 58 i 60 UpoA brak w ogóle kompetencji dla organu samorządu adwokackiego w postaci Naczelnej Rady Adwokackiej do uchwalania aktów prawa w postaci Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej. W szczególności przepisy te nie zawierają upoważnienia do stanowienia norm skutkujących odpowiedzialnością dyscyplinarną stanowiącej formę odpowiedzialności represyjnej”.

Odnosząc się do tych twierdzeń należy uznać, że podanie przez skarżącego w wątpliwość uprawnienia Naczelnej Rady Adwokackiej do uchwalania przepisów konkretyzujących zasady etyki adwokackiej nie jest pozbawione racji. Art. 3 ust. 1 ustawy - Prawo o adwokaturze, który określa zadania samorządu zawodowego adwokatury, w pkt 5 jako jedno z tych zadań wymienia „ustalenie i krzewienie zasad etyki zawodowej oraz dbałość o ich przestrzeganie”. Z kolei art. 9 ust. 1 stanowi, że organami adwokatury są: Krajowy Zjazd Adwokatury, Naczelna Rada Adwokacka, Wyższy Sąd Dyscyplinarny, Rzecznik Dyscyplinarny Adwokatury oraz Wyższa Komisja Rewizyjna. Jest oczywiste, że spośród wymienionych uprawnienie do ustalania zasad etyki zawodowej może przysługiwać Krajowemu Zjazdowi Adwokatury, względnie Naczelnej Radzie Adwokackiej; poprzez działalność orzeczniczą kształtują je również sądy dyscyplinarne, zwłaszcza Wyższy Sąd Dyscyplinarny. Praktyka pokazuje, że adwokatura Naczelnej Radzie Adwokackiej powierzyła ustalanie zasad etyki zawodowej – w tym zakresie, w jakim przybierają one skodyfikowaną postać Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu. Nasuwa to jednak wątpliwość z tego względu, że art. 58 Pr. adw. w sposób kompletny określający w 18 punktach zakres działania (kompetencje) Naczelnej Rady Adwokackiej, nie przewiduje, by organ ten był właściwy do ustalania zasad etyki zawodowej. Nie przewidywał tego również w czasie, gdy Zbiór Zasad był uchwalany. Zapewne dlatego wspomniana uchwała NRA z dnia 10 października

1998 r. (nr 2/XVIII/98) w żadnym miejscu nie wskazuje na podstawę ustawową działania Rady w tym zakresie. W sposób wyraźny ustawa – Prawo o adwokaturze nie określa, że uchwalanie zasad etyki adwokackiej należy do kompetencji Krajowego Zjazdu Adwokatury, wszakże są powody by uznać, że właśnie ten organ jest w tym zakresie właściwy. Inaczej niż mający charakter katalogu zamkniętego art. 58, określający kompetencje Naczelnej Rady Adwokackiej, art. 56 Pr. adw. stanowi bowiem, że „do zakresu działania Krajowego Zjazdu Adwokatury należy w szczególności”, co jasno wskazuje, iż ujęte w 8 punktach tego artykułu kompetencje Zjazdu nie są traktowane jako wyczerpująco określone. W uzupełnieniu tych spostrzeżeń celowe będzie wskazać, że regulacja dotycząca pokrewnego zawodu radcy prawnego – ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1870 ze zm.) – jednoznacznie wskazuje organ właściwy do uchwalania norm etyki zawodowej, w art. 57 pkt 7 stanowiąc, że uchwalanie zasad etyki radców prawnych należy do Krajowego Zjazdu Radców Prawnych.

Powyższa okoliczność nie może jednak prowadzić do uznania skazania za bezpodstawne; nie jest bowiem tak, jak utrzymuje skarżący, że to przepis Zbioru Zasad skutkował odpowiedzialność dyscyplinarną obwinionego adwokata. Sąd Najwyższy niejednokrotnie wskazywał, że taka odpowiedzialność może bazować wyłącznie na przepisach rangi ustawowej (zob. wyrok z dnia 15 lipca 2010 r., SDI 12/10, OSNKW 2011, z. 3, poz. 25 i powołane w jego uzasadnieniu orzeczenia) i respektował to Sąd Dyscyplinarny, skoro skazał adw. M. D. i wymierzył mu karę powołując odpowiednie przepisy ustawy – Prawo o adwokaturze. Zbiór Zasad jedynie konkretyzuje i to w sposób niewyczerpujący, w jakich wypadkach postępowanie adwokata (aplikanta adwokackiego) powinno być traktowane jako sprzeczne z „zasadami etyki lub godnością zawodu” (art. 80 Pr. adw.). Wobec niemożności ujęcia wszystkich możliwych wypadków takiego postępowania (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 lutego 2001 r., K 22/00, OTK 2001/3/48) oraz potrzeby uniknięcia nadmiernej kazuistyki przy konstruowaniu wspomnianego aktu, jest możliwe przypisanie adwokatowi deliktu dyscyplinarnego nawet, gdy dane zachowanie nie zostało ściśle ujęte w Zbiorze Zasad. Trzeba przy tym pamiętać, że odpowiedzialność dyscyplinarną, m.in. za postępowanie niezgodne z zasadami etyki oraz godnością zawodu adwokaci ponosili również wtedy, gdy wspomniane

uregulowanie, uchwalone po raz pierwszy w 1961 r., nie istniało. Jeżeli zatem zachowanie adwokata uznano za rodzące odpowiedzialność również na gruncie art. 80 Pr. adw., to nie ma powodu by uznać, że wątpliwości co do możliwości uchwalenia Zbioru Zasad przez Naczelną Radę Adwokacką miałyby prowadzić do uniewinnienia adwokata (zob. tożsame w tym względzie stanowisko Sądu Najwyższego przedstawione w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 czerwca 2015 r., SDI 14/15, OSND 2015, poz. 86).

3. Odwołując się do przepisów Konstytucji RP, w tym jej art. 17, skarżący wywodził również, że adw. M. D. skazano w istocie za podjęcie działalności gospodarczej, a więc za zachowanie, które mieści się w granicach wolności i praw konstytucyjnych, zatem niemogące być ograniczane aktami niższego rzędu, w tym uchwalanymi przez organy adwokatury. Autor kasacji przekonywał przy tym, powołując się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001 r., I CKN 1217/98 (OSNC 2000, z. 1, poz. 13), że samorząd adwokacki nie jest samorządem reprezentującym osoby wykonujące zawód zaufania publicznego w rozumieniu art. 17 ust. 1 Konstytucji, wobec czego ma do niego zastosowanie ust. 2 tego artykułu, w świetle którego samorządy reprezentujące osoby niewykonujące zawodu zaufania publicznego nie mogą naruszać wolności wykonywania zawodu ani ograniczać wolności podejmowania działalności gospodarczej.

Odnosząc się do tego stanowiska, orzekający w niniejszej sprawie Sąd Najwyższy wyraża zdziwienie, że autor kasacji, wszak adwokat, przekonuje, bezkrytycznie wspierając się wspomnianym (odosobnionym) orzeczeniem, iż obwiniony nie wykonuje zawodu zaufania publicznego. Zarazem Sąd Najwyższy nie podziela wyrażonego w tym orzeczeniu poglądu, bazującego na tezie, że dany zawód jest zawodem zaufania publicznego jedynie w wypadku, gdy tak określi go ustawa. Jest to zbyt formalne podejście do zagadnienia, nieuwzględniające konieczności szerszej analizy cech danego zawodu, której wyniki mogą stanowczo przemawiać za uznaniem zawodu za zawód zaufania publicznego nawet, gdy ustawa wprost o tym nie stanowi. Wystarczy w tym miejscu wskazać na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 marca 2015 r., K 19/14, OTK-A 2015/3/32, w uzasadnieniu którego (pkt III. 3.4) wymieniono cechy zawodu zaufania publicznego. Stwierdzono, że należą do nich:

a) konieczność zapewnienia prawidłowego i zgodnego z interesem publicznym wykonywania zawodu, ze względu na znaczenie, jakie dana dziedzina aktywności zawodowej ma w społeczeństwie,

b) udzielanie świadczeń i wchodzenie przez przedstawicieli omawianych zawodów w kontakty z osobami fizycznymi w razie wystąpienia potencjalnego lub realnego zagrożenia dóbr o szczególnym charakterze (np. życia, zdrowia, wolności, godności, dobrego imienia),

c) staranność i dbałość przedstawicieli omawianych zawodów o interesy osób korzystających z ich usług, troska o ich osobiste potrzeby, a także zapewnienie ochrony gwarantowanych przez Konstytucję praw podmiotowych jednostek,

d) wymaganie szczególnych kwalifikacji do wykonywania omawianych zawodów, obejmujących nie tylko odpowiednie, formalne wykształcenie, ale także nabyte doświadczenie oraz dawanie rękojmi należytego i zgodnego z interesem publicznym wykonywania zawodu, z uwzględnieniem szczególnych norm deontologii zawodowej,

e) pozyskiwanie informacji osobistych i dotyczących życia prywatnego osób korzystających z usług przedstawicieli zawodu zaufania publicznego; informacje te stanowią tajemnicę zawodową, a zwolnienie z niej może nastąpić na zasadach określonych w przepisach ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego,

f) względna samodzielność wykonywania zawodu.

Jest oczywiste, że wszystkimi powyższymi cechami odznacza się zawód adwokata, który za zawód zaufania publicznego był uznany przez Trybunał Konstytucyjny m.in. w wyrokach: z dnia 19 października 1999 r., SK 4/99, OTK 1999/6/119; z dnia 26 listopada 2003 r., SK 22/02, OTK-A 2003/9/97; z dnia 2 lipca 2007 r., K 41/05, OTK-A 2007/7/72 [zob. także: P. Sarnecki, Pojęcie zawodu zaufania publicznego (art. 17 ust. 1 Konstytucji) na przykładzie adwokatury (w:) Konstytucja - Wybory - Parlament. Studia ofiarowane Zdzisławowi Jaroszowi, red. L. Garlicki, Warszawa 2000, s. 155; P. Kuczma, Adwokat jako zawód zaufania publicznego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, Palestra 2012, nr 3-4, s. 146 i n.]. Podobnie w orzecznictwie sądów administracyjnych zawód adwokata

uznaje się za zawód zaufania publicznego (zob. np. wyrok NSA z dnia 29 sierpnia 2017 r., II GSK 3308/15, LEX nr 2381092). W konsekwencji samorząd zawodowy adwokatów musi być postrzegany przez pryzmat nie ust. 2, ale ust. 1 art. 17 Konstytucji, wypada zatem uznać, że samorząd ten może ograniczyć wolność podejmowania działalności gospodarczej przez jego członków. Wskazał na to Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 18 lutego 2004 r., P 21/02, OTK-A 2004/2/9, stwierdzając, że samorządy zawodowe reprezentujące osoby wykonujące zawody zaufania publicznego „mogą, a niekiedy nawet powinny, ograniczać w pewnym zakresie wolność wykonywania zawodu lub działalności gospodarczej ze względu na cele, dla realizacji których zostały powołane (...)”. Zarazem w tymże wyroku Trybunał zaznaczył, że „zawsze jednak ograniczenia wolności wykonywania zawodu (jak i, ewentualnie, innych konstytucyjnych wolności jednostek) winny być określone w drodze ustawy”. Chociaż skarżący nie odwołał się wprost do tego wyroku Trybunału Konstytucyjnego, to gdyby uznać, że organ adwokatury godził w prawo wykonywania przez obwinionego adwokata działalności gospodarczej, mógł on dawać oparcie do twierdzenia o bezpodstawności skazania obwinionego, a to z tego względu, że § 9 ust. 2 lit. a Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu, zakazujący adwokatowi m.in. sprawowania funkcji członka zarządu w spółce prawa handlowego, nie ma umocowania w przepisie ustawy, a w każdym razie ograniczenie to nie nastąpiło „w drodze ustawy” (art. 22 Konstytucji). Istotnie, trudno doszukać się przepisu rangi ustawy, czy też wydanego na podstawie ustawowego upoważnienia, który wyraźnie zakazuje, czy choćby tylko ogranicza adwokatowi wykonywanie działalności gospodarczej, jeśli za jeden z przejawów takiej działalności uznać by (o czym później) sprawowanie funkcji członka zarządu w spółce prawa handlowego. Dostrzegając odmiennność innych zawodów prawniczych, w tym powiązanie niektórych z nich ze strukturami państwa, można zauważyć, że ograniczenia na polu aktywności gospodarczej osób wykonujących te zawody są określane nie w uchwalanych przez właściwe organy kodeksach etyki, ale w ustawach [zob. art. 19 § 2 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 2291), art. 86 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (t.j. Dz. U. z 2016, poz. 2062), art. 103 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.

1767); w dwóch ostatnich ustawach zamieszczono adresowany do sędziów i prokuratorów jednoznaczny zakaz bycia m.in. członkiem zarządu, rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej spółki prawa handlowego]. Analogicznie należy przyjąć, że zakaz określonej aktywności adwokata, w tym prowadzenia działalności gospodarczej, którego naruszenie skutkowałoby odpowiedzialnością dyscyplinarną i sankcjami, łącznie z wydaleniem z adwokatury, powinien być zamieszczony w ustawie, ewentualnie zostać wprowadzony w drodze ustawy. Tymczasem art. 4b ust. 1 Pr. adw., określający przeszkody do wykonywania zawodu adwokata, nie wymienia wśród nich prowadzenia działalności gospodarczej; podobnie art. 72 ust. 1 tej ustawy nie nakazuje skreślenia adwokata z listy w wypadku podjęcia takiej działalności. Tak więc, chociaż nie bez racji Wyższy Sąd Dyscyplinarny zauważył, że „zgodnie z całokształtem unormowania § 9 ZZEaIGZ adwokat powinien dokonać wyboru: czy wykonuje zawód czy też prowadzi działalność gospodarczą”, to wypada uznać, że obowiązek takiego wyboru powinien zostać wprowadzony w drodze ustawy. Na marginesie można wspomnieć, że problem ustawowego kształtowania zakazu prowadzenia określonej działalności zarobkowej przez adwokata był dostrzegany w orzecznictwie dyscyplinarnym. Wyższy Sąd Dyscyplinarny Adwokatury w orzeczeniu z dnia 23 maja 2009 r., sygn. akt WSD 40/09 stwierdził, że § 9 Zbioru Zasad w swej treści jest podobny do przepisów ustawy o notariacie i ustawy o ustroju sądów powszechnych w zakresie ograniczeń w wykonywaniu czynności zarobkowych. Zarazem odnotował, że „różnica polega na tym, że zakaz został sformułowany jedynie w uchwale samorządu adwokackiego, a nie w przepisie ustawowym”. Wątpliwy jest jednak wynikający z tej różnicy wniosek wymienionego Sądu, iż „w tej sytuacji jedynie odmienny przepis ustawy lub wyrok Trybunału Konstytucyjnego mogłyby zwolnić adwokatów od stosowania ograniczeń przewidzianych w § 9 Zbioru Zasad”. Jak wcześniej zaznaczono, Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 18 lutego 2004 r., P 21/02, wskazał na konieczność ustawowego, a więc nie jedynie w drodze uchwały organu samorządu zawodowego ograniczeń w zakresie wykonywania zawodu, co odnosi się również do podejmowania przez adwokata działalności gospodarczej.

4. Przy braku takiego uregulowania w ustawie – Prawo o adwokaturze, szczególnie istotne dla oceny zasadności kasacji jest rozumienie pojęcia

„prowadzenie działalności gospodarczej”. Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2017 r., poz. 2168 ze zm.) w art. 2 definiuje tę działalność jako zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły. Zapewne w którymś z tych segmentów rynku działały spółki, o których mowa w zarzucie postawionym adw. M. D. Niesłuszne jednak wydaje się utożsamianie przez skarżącego prowadzenia działalności gospodarczej ze sprawowaniem funkcji członka zarządu spółki prawa handlowego. Wypada również zauważyć, że chociaż Wyższy Sąd Dyscyplinarny stwierdził, że „adw. M.D. prowadził działalność biznesową, której nie powinien łączyć z wykonywaniem zawodu adwokata” oraz że „skoro obwiniony zdecydował się na prowadzenie spółki prawa handlowego, powinien jednocześnie zawiesić wykonywanie zawodu adwokata”, to wymieniony adwokat w istocie nie został skazany za to, że założył na Cyprze spółki prawa handlowego i kontrolując je (w jednej posiadał 100%, w drugiej 50% udziałów) prowadził określoną działalność biznesową, ale jedynie za sprawowanie funkcji członka ich zarządu. Gdyby jednak nawet uznać, że sprawowanie tej funkcji jest przejawem prowadzenia działalności gospodarczej, to w tym kontekście ważne jest wskazanie Trybunału Konstytucyjnego w wyroku z dnia 19 stycznia 2010 r., SK 35/08, OTK-A 2010/1/2, że wolność prowadzenia działalności gospodarczej nie sprowadza się do wolności osobistego jej wykonywania. Z art. 20 i art. 22 Konstytucji nie wynika bowiem prawo do osobistego wykonywania działalności gospodarczej, lecz jedynie prawo do jej swobodnego podjęcia i prowadzenia, po spełnieniu określonych prawem wymogów formalnych. Zatem jeśli adw. M. D. podjął działalność gospodarczą w ramach wspomnianych spółek prawa handlowego, to kontrolując je, pełnienie funkcji członka zarządu powinien powierzyć innej osobie. Należy dostrzec, że w świetle uregulowań § 9 Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu samorząd adwokacki dlatego wprowadził zakaz sprawowania przez członka korporacji m.in. funkcji członka zarządu spółki prawa handlowego (choć nie członka rady nadzorczej), że uznał, iż pełnienie tej funkcji koliduje z wykonywaniem zawodu adwokata. Polemizuje z tym skarżący, wywodząc, że „nie sposób znaleźć uzasadnienia dla prawnego ograniczania przez organy

samorządu wobec adwokata możliwości pełnienia funkcji członka zarządu w podmiocie gospodarczym i wywodzenie z tego faktu odpowiedzialności dyscyplinarnej, stanowiącej przecież rodzaj odpowiedzialności represyjnej”. Wypada w takim razie zauważyć, że wspomniane uzasadnienie można znaleźć w piśmiennictwie prawniczym, i to takim, które autorowi kasacji powinno być znane. Obszernie przedstawia je zwłaszcza J. Naumann, szczególny nacisk kładąc na wieloaspektową zależność członka zarządu spółki prawa handlowego od innych podmiotów, która nie jest do pogodzenia z konieczną niezawisłością i niezależnością adwokata (zob. tego autora Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu. Komentarz, Warszawa 2015, s. 131 i in.).

Mając na uwadze powyższe względy, Sąd Najwyższy orzekł jak w postanowieniu, co skutkowało obciążeniem obwinionego adwokata kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.

kc