

Teza: k.p.k.- odpowiednie stosowanie

Postępowanie dyscyplinarne w ramach samorządu radców prawnych wykazuje szereg odrębności w stosunku do regul postępowania karnego, którego przepisy stosuje się w nim jedynie w zakresie nieuregulowanym oraz jedynie odpowiednio. Sąd Najwyższy wielokrotnie wypowiadał się na temat gwarancji procesowych obwinionych, wskazując, że jako profesjonaliści znają oni prawo i wobec tego ochrona proceduralna ich uprawnień musi to uwzględniać tak, by nie dochodziło do instrumentalnego wykorzystywania chroniących je instytucji (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2012 r. o sygn. SDI 33/11, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2011 r. o sygn. SDI 24/11).

Sygn. akt WO-85/15

ORZECZENIE

z dnia 17 lutego 2016 roku

Wyższy Sąd Dyscyplinarny Krajowej Izby Radców Prawnych w

Warszawie w składzie następującym:

Przewodniczący: SWSD Krzysztof Górecki /sprawozdawca/

Sędziowie: SWSD Jacek Klimowicz

SWSD Mariusz Łątkowski

Protokolant: Kamila Kamińska

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscyplinarnego Michała Jasiaka po

rozpoznaniu w dniu 17 lutego 2016 r. na rozprawie sprawy radcy prawnego T. K.

obwinionego o czyn z art. 64 ust.1 pkt 2 ustawy o radcach prawnych w związku z art. 6 ust.2 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego

z powodu odwołania obwinionego od orzeczenia Okręgowego Sądu Dyscyplinarnego Okręgowej Izby Radców Prawnych w Opolu z dnia 9 czerwca 2015 r., sygn. akt D.4/K/15

orzeka:

1.

zmienia orzeczenie Okręgowego Sądu Dyscyplinarnego Okręgowej Izby Radców Prawnych w Opolu z dnia 9 czerwca 2015 r., sygn. akt D. 4/K/15 w pkt 2 i w miejsce kary zawieszenia prawa do wykonywania zawodu na czas jednego roku orzeka karę pieniężną w wysokości 18.000 (słownie: osiemnaście tysięcy) zł,

1.

w pozostałym zakresie utrzymuje w mocy orzeczenie,

2.

zasądza od obwinionego koszty postępowania odwoławczego w kwocie 1.000 (słownie: jeden tysiąc) zł na rzecz Krajowej

Uzasadnienie

W dniu 17 września 2013 r. do Okręgowej Izby Radców Prawnych w Opolu wpłynęła skarga złożona przez M. B. (1) na nieetyczne zachowanie radcy prawnego T. K., który udzielał skarżącej pomocy prawnej w sprawach o rozwód oraz o alimenty.

W skardze wskazano, że w związku z prowadzonymi czynnościami strony kontaktowały się osobiście oraz telefonicznie. T. K. udostępnił skarżącej nr (...) a ona wskazała swój numer (...). Skarżąca podała, że nie utrzymywała z radcą prawnym bliższych kontaktów osobistych. M. B. (1) stwierdziła, że w dniu 7 sierpnia 2014 r. poinformowała SMS-em T. K. o wizycie kuratora sądowego oraz zapytała o termin rozprawy rozwodowej. O godz. 20.03 odebrała z telefonu T. K. wiadomość o treści: „pani M. a interesuje Panią seks?” W odpowiedzi skarżąca wysłała odpowiedź: „nie”. Natomiast o godz. 23.59 otrzymała z tego telefonu kolejny SMS o treści: „chciałbym wylizać pani cipkę”. Następnego dnia z telefonu radcy prawnego T. K. próbowano się z nią skontaktować, jednak nie odebrała tych połączeń.

Skarżąca wskazała, iż po tym zajściu czuła się urażona, upodlona i rozbita. Podała też, że była w trakcie trudnego rozwodu z mężem, u którego stwierdzono schizofrenię paranoidalną. Zachowanie radcy prawnego pogłębiło jej zły stan emocjonalny, co spowodowało skorzystanie z pomocy psychologa i prawnika. W związku z opisanymi zdarzeniami skarżąca wypowiedziała pełnomocnictwo radcy prawnemu T. K..

W odpowiedzi na skargę radca prawny T. K. nie przyznał się do popełnienia zarzucanych czynów i oświadczył, iż reprezentował M. B. (1) jako pełnomocnik w sposób należyty, dodatkowo traktując klientkę w sposób uprzywilejowany pod względem finansowym. Wskazał także, iż wiadomości tekstowe w dniu 7 sierpnia 2014 r. zostały wysłane z jego telefonu, jednak nie on był ich autorem. Wyjaśnił,

iż w tym dniu był na spotkaniu towarzyskim, w trakcie którego dwu lub trzykrotnie używał telefonu innym osobom. W godzinach wieczornych telefon zgubił, zostawiając go w lokalu i odzyskał go dopiero po kilku dniach, tj. w dniu 13 sierpnia 2014 r., kiedy to oddała mu go jego partnerka M. N.. Stwierdził również, że ktoś mu zrobił „dowcip”, a M. N., która odzyskała ten telefon, po odczytaniu historii SMS-ów próbowała następnego dnia skontaktować się z M. B. (1), aby wyjaśnić sytuację. Na etapie dochodzenia radca prawny T. K. wskazał jako autora wiadomości tekstowych swojego kolegę S. A..

W dniu 3 lutego 2015 r. Rzecznik Dyscyplinary OIRP w Opolu wniósł do Okręgowego Sądu Dyscyplinarnego OIRP w Opolu o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego przeciwko radcy prawnemu T. K., któremu w związku ze skargą złożoną przez M. B. (1) zarzucił naruszenie art. 64 ust. 1 pkt 2 ustawy o radcach prawnych w zw. z art. 6 ust 2 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego.

Okręgowy Sąd Dyscyplinary OIRP w Opolu w sprawie D.4/K/15 wydał w dniu 9 czerwca 2015 r. orzeczenie, w którym uznał radcę prawnego Tomasza Koniecznego za winnego zarzucanego mu czynu i wymierzył mu za to karę zawieszenia prawa do wykonywania zawodu radcy prawnego na czas 1 roku oraz dodatkowo zakaz wykonywania patronatu na czas 5 lat. Jednocześnie obwinionego obciążono kosztami postępowania dyscyplinarnego w kwocie 79,10 zł.

OSD uznał, że potwierdziły się zarzuty zawarte w skardze. Sąd ustalił, iż korespondencja SMS-owa w dniu 7 sierpnia 2014 r. obejmowała także inne wiadomości. Między innymi, po wysłaniu odpowiedzi, że nie jest zainteresowana seksem, pokrzywdzona otrzymała wiadomość: „ok. Szkoda. Pozdrawiam i dobrej nocy w to upiornie gorący dzień. Szkoda. Do zobaczenia.”

W toku postępowania przed Sądem dyscyplinarnym I instancji obwiniony podtrzymał swoje wyjaśnienia, a po odczytaniu zeznań świadków złożonych przed Rzecznikiem Dyscyplinarnym zrezygnował z ich przesłuchania przed Sądem i zadawania pytań.

W ocenie OSD, pomimo iż obwiniony nie przyznał się do popełnienia zarzucanego czynu, to jednak z zebranego materiału dowodowego bezspornie wynikało, iż czyn ten popełnił. Przebieg zdarzeń, w szczególności treść SMS-owej korespondencji i jej następstwo czasowe wskazywały na sprawstwo T. K.. Wyjaśnieniom obwinionego, że to nie on był autorem przesyłanych wiadomości tekstowych, przeczyła, zdaniem Sądu, treść korespondencji, gdyż tuż przed pierwszym

nagannym SMS-em, zawierającym pytanie o seks, pomiędzy stronami trwała wymiana innych wiadomości dotyczących spraw zawodowych,
a początek tej wiadomości nawiązywał do poprzedniej, co wskazywało na ich logiczne i czasowe powiązanie.

Sąd nie dał wiary, że sporne wiadomości wysłał kolega obwinionego - S. A.. Zeznania złożone przez tego świadka były sprzeczne z wyjaśnieniami obwinionego, gdyż świadek przyznał się do napisania tylko jednego SMS-a ok. godz. 22.00 i twierdził, iż pożyczył wtedy telefon od T. K., a następnie go oddał. Wskazał także, że byli wówczas w lokalu na spotkaniu towarzyskim i po wysłaniu tej wiadomości do wyjścia z lokalu upłynęło nie więcej niż godzina czasu. Obwiniony natomiast twierdził, iż pożyczał telefon, ale potem go zgubił i telefon został odniesiony jego partnerce M. N. na drugi dzień rano przez jego kolegę. Tymczasem, świadek

M. N. zeznała, że to ona odebrała telefon

i portfel T. K. z lokalu. Przy czym z uwagi na fakt, że w telefonie odczytała wiadomość do M. B. (1) z godz. 23.59, to musiało to być już późno w nocy. Zeznania świadka M. N. co do okoliczności zdarzenia nie zawierały, zdaniem Sądu, istotnych informacji, gdyż nie mogła ona wiedzieć co działo się wcześniej i kto rzeczywiście był autorem tych wiadomości. Podobnie świadek W. K. nie uczestniczył w tych zdarzeniach, poświadczył jedynie, że syn mieszkał z M.

N. , czasami nocował u rodziców i prawdopodobnie z powodu tych SMS-ów rozstał się ze swoją partnerką.

Sąd dyscyplinarny I instancji uznał, że w świetle logiki i zasad doświadczenia życiowego, autorem tych wiadomości był obwiniony, zaś jego wyjaśnienia i zeznania świadka S. A. stanowią realizację linii obrony przyjętej przez obwinionego.

W ocenie Sądu, działania obwinionego w sposób rażąco uchybiły godności zawodu, gdyż podważyły zaufanie jego klientki do niego jako przedstawiciela korporacji radców prawnych. OSD podkreślił, że Kodeks Etyki Radcy Prawnego wynika z ogólnych norm moralnych, zaś obowiązkiem radcy prawnego jest przestrzeganie powszechnie akceptowanych reguł jakimi są m.in. szacunek dla człowieka i jego godności. Obwiniony wykorzystał oficjalne relacje zawodowe do nawiązania w ordynarny sposób intymnego kontaktu, nie bacząc na sytuację życiową i emocjonalną pokrzywdzonej. Sąd podkreślił też, iż po pierwszej próbie i uzyskaniu zdecydowanej odpowiedzi odmownej obwiniony złożył kolejną niewybredną propozycję, co w ocenie Sadu, nosiło znamiona molestowania seksualnego. Uzasadniając rodzaj i wymiar kary OSD wskazał, że jest ona adekwatna do rodzaju przewinienia, stopnia zawinienia i odniesie skutek prewencyjny.

Orzeczenia Okręgowego Sądu Dyscyplinarnego OIRP w Opolu zaskarżył w całości obwiniony, zarzucając:

1. błędy w ustaleniach faktycznych, polegające na niesłusznym przyjęciu, iż autorem wiadomości tekstowych, odebranych w telefonie M. B. (1), był obwiniony, podczas, gdy żaden z dowodów zebranych w postępowaniu dyscyplinarnym tego nie dowodził, a przyjęcie to ma charakter spekulacji i „podzielenia” argumentów Rzecznika Dyscyplinarnego, co świadczyło o niesamodzielności i braku ocen własnych Sądu oraz stało w sprzeczności z treścią zeznań S. A., przyznającego się do autorstwa drugiej wiadomości tekstowej, skierowanej omyłkowo do M. B. (1), której nazwisko znajdowało się w telefonie obwinionego wśród ostatnich wiadomości tekstowych, co ułatwiało pomyłkę;

2. rażąco obrazę art. 6 ust. 1 i 2 Konwencji z dnia 4 listopada 1950 r. o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, art. 42 Konstytucji RP, art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k., art. 4,5,6,7 i 8 § 1 k.p.k. poprzez naruszenie standardów prawidłowego i rzetelnego postępowania, zasady obiektywizmu, zasady domniemania niewinności, zasady in dubio pro reo, zasady bezstronności oraz zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu;

3. rażąco obrazę art. 41 § 1 k.p.k. w zw. z art. 42 § 1 k.p.k., art. 47 § 1 k.p.k. poprzez brak wyłączenia w sprawie Rzecznika Dyscyplinarnego, co powinno nastąpić na jego wniosek lub z urzędu wobec uzasadnionych wątpliwości do jego bezstronności w sprawie, o czym OSD wiedział a na to dozwalał;

4. rażąco obrazę art. 182 § 1 k.p.k. i art. 185 k.p.k. w zw. z art. 191 § 2 k.p.k. poprzez brak należytego pouczenia i ustalenia przez Rzecznika Dyscyplinarnego, iż M. N. jako osoba najbliższa miała prawo do odmowy składania zeznań w sprawie, zaś nakazano jej składać zeznania, w tym oświadczenia wykraczające poza okoliczności objęte wnioskiem o ukaranie i naruszające prywatność tej osoby i obwinionego. Nadto, poprzez tendencyjne sporządzenie protokołu zeznań tego świadka, co najmniej dwukrotnie zmienianego,

w sposób odbiegający od zeznań M. N. i z pominięciem treści na korzyść obwinionego;

5. rażąco obrazę art. 391 § 1 k.p.k. powodującą naruszenie zasady bezpośredniości i prawa obwinionego do obrony poprzez bezpodstawne odstępianie przez OSD od przesłuchania M. B. (1) na rozprawie, pomimo jej obecności i odczytanie jej zeznań z dochodzenia, co uniemożliwiło zadawanie pytań oraz poprzez odczytanie zeznań S. A. i M. N., pomimo braku podstaw do takiej czynności;

6. rażąco obrazę art. 65 ust. 1 pkt 3 ustawy o radcach prawnych poprzez zastosowanie przez Sąd kary nieadekwatnej do czynu, stanowiącej najsurowszą karę dyscyplinarną w stosunku do osoby niepozabawionej prawa do wykonywania zawodu radcy prawnego, pomimo braku bezpośredniego związku czynu z wykonywaniem zawodu i jego istotą oraz pomimo braku karalności dyscyplinarnej obwinionego do tej pory;

7. obrazę art. 424 § 1 pkt 1 oraz § 2 k.p.k. poprzez niedostateczne wyjaśnienie, czy OSD uznał wiarygodność zeznań S. A. i wyjaśnień obwinionego, a także poprzez brak przytoczenia okoliczności, które Sąd miał na względzie przy wymiarze kary. Jednozdanowe stwierdzenie o „rodzaju przewinienia, stopniu zawinienia” i skutku „prewencyjnym”, nie było zadowalające, skoro orzeczenie ma represyjnie ingerować w wolność wykonywania zawodu.

Obwiniony wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z:

- odpisu zestawienia usług z dnia 16 sierpnia 2013 r. na okoliczność, iż wiadomości tekstowe nie wpłynęły w żaden sposób na stosunki obwinionego z M. N. wbrew twierdzeniom W. K., a wspólne pożycie z tą osobą - którego owocem jest małoletnia M. K. - trwa od czerwca 2011 r. do dzisiaj a nadto na okoliczność twierdzeń obwinionego odnośnie urlopu, w czasie objętym wnioskiem o ukaranie i wyjazdu do Z., kiedy to M. N. oddała obwinionemu telefon;

- odpisu protokołu z sesji Rady Gminy w W. z dnia 25 listopada 2011 r. w zakresie jego treści na stronie 13 na okoliczność gwałtownych reakcji M. B. (1), braku umiejętności wysłuchiwanie, wyjaśniania i zrozumienia drugiej osoby;

- odpisu pełnomocnictwa Burmistrza N. z dnia 5 stycznia 2015 r. na rzecz radcy prawnego M. B. (2), który będąc Rzecznikiem Dyscyplinarnym w tej sprawie był i jest jednocześnie pełnomocnikiem Gminy N., przy czym spraw, w której występuje Gmina N. jako strona przeciwna jest obecnie w kancelarii obwinionego co najmniej kilka. W dniu złożenia wniosku o ukaranie, tj. 3 lutego 2015 r. radca ten wiedział o tym, iż obwiniony jest pełnomocnikiem strony przeciwnej;

- zestawienia z wyszukiwarki Google z treścią szukanej frazy „(...)” z wulgarnym wpisem, na okoliczność wykazania łatwości, z jaką w obecnie można kreować treści znajdujące się pod jakim bądź nazwiskiem;

- pisma skierowanego do Sądu Rejonowego w K. z dnia 13 maja 2011 r., na okoliczność sposobu postępowania przez obwinionego, gdy dochodzi do sytuacji, które mogą wywoływać choćby tylko podejrzenie konfliktu interesu bądź emocjonalnego zaangażowania w sprawę.

Obwiniony wniósł o zmianę w całości zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienie. Zdaniem obwinionego, postępowanie przed Sądem dyscyplinarnym I instancji było pokazowe, zaś Sąd pozostawał pod przemożnym wpływem Rzecznika Dyscyplinarnego. Sąd podzielał jego stanowisko do tego stopnia, iż nie dokonał nawet własnych ustaleń i ocen.

Nadto przez około 10 minut przed rozprawą w dniu 9 kwietnia 2015 r., a więc przed rozpoczęciem przewodu sądowego, Rzecznik przebywał na sali, w bezpośrednim obcowaniu z członkami sądu

dyscyplinarnego podczas, gdy obwiniony i pokrzywdzona oczekiwali przed salą.

Obwiniony wskazał, że bezstronności OSD w tej sprawie zaprzeczało także zachowanie się sędziów, w tym ich wypowiedzi, gesty, mimika odzwierciedlająca dezaprobatę, co świadczyło o ukształtowaniu poglądów przed rozpoznaniem sprawy.

Postępowanie przed OSD w Opolu sprowadziło się do tego, iż odczytano w całości protokoły zeznań świadków. Nie przesłuchano nawet M. B. (1), uniemożliwiono obwinionemu zadawanie jej pytań i skutecznie zniechęcono do składania innych wniosków dowodowych. Następnie, pomimo zasygnalizowania poważnych wątpliwości co do bezstronności Rzecznika Dyscyplinarnego, Sąd nie próbował ich wyjaśnić, bagatelizując je.

W ocenie obwinionego, niedopuszczalne było występowanie przez Rzecznika z wnioskiem o ukaranie, w wypadku, gdy miał on interes w wyniku postępowania, którym było orzeczenie kary eliminującej obwinionego z czynnej reprezentacji osób fizycznych przed sądami powszechnymi. Rzecznik Dyscyplinarny OIRP w Opolu - radca prawny M. B. (2) jest pełnomocnikiem Gminy N. a także spółki gminnej - (...) sp. z o.o. po stronie przeciwnej w procesach, które toczą się z udziałem obwinionego jako pełnomocnika. Dotyczy to sprawy z udziałem Gminy N. przed Sądem Rejonowym w K. (...) i (...) a przed Sądem Okręgowym w (...) - (...). Sprawa pracownicza przeciwko (...) sp. z o.o. w N. przed Sądem Rejonowym w O. ma oznaczenie (...).

Zdaniem obwinionego, doszło też do naruszenie trybu i warunków przesłuchania świadka M. N., określonych w art. 171 k.p.k.. Podczas przesłuchanie wypytywano świadka o kulisy życia prywatnego, nie związane ze sprawą, protokół zawierał treści, których nie podawała M. N. a duża część zeznań nie została odnotowana. Świadka przesłuchano pomimo braku obowiązku składania zeznań (art. 182 § 1 k.p.k.) i w warunkach niedozwolonego przymusu (art. 171 § 5 pkt 1 k.p.k.). Rzecznik nakazał M. N. zeznawać, pomimo istnienia bliskiego stosunku osobisty do obwinionego, który wynika m.in. z faktu posiadania wspólnego dziecka oraz z pozostawania z obwinionym w faktycznym pożyciu. Tym samym uniemożliwiono świadkowi skorzystanie z uprawnień do odmowy składania zeznań bądź ze zwolnienia od ich składania, z których bezwzględnie chciała skorzystać.

Obwiniony wskazał także, iż dowodem na to, że Rzecznikiem Dyscyplinarnym rządziły jego prywatne poglądy i opinie na kwestie obyczajowe, objętą wnioskiem o ukaranie, jest użycie we wniosku o ukaranie nieadekwatnych wyrażań, że zarzucany czyn jest „niegodny człowieka”, które obwiniony uznał za zniewagę. Stwarzało to, zdaniem obwinionego, uzasadnioną podstawę do powątpiewania w bezstronność organów postępowania. Bezpodstawne odczytywanie przez Sąd dyscyplinarny I instancji protokołów zeznań świadków naruszyło prawo obwinionego do obrony. Przejawem naruszenia zasady bezpośredniości było nieprzesłuchanie na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2015 r. M. B. (1), która była obecna na sali. Obwiniony podał, że zaprzecza tendencyjnemu stwierdzeniu Sądu, iż jego ubolewanie co do zajścia zdarzenia nie było szczere,

a poruszenie kwestii zachowań pokrzywdzonej i treść pisma z dnia 1 października 2013 r. „umniejszały wydzźwięk i obraźliwy charakter sms-ów”. Radca prawny T. K. wskazał, że u podstaw skargi na niego leżał aspekt materialny a reakcja pokrzywdzonej na opisane w skardze zdarzenie była przesadna, tym bardziej, że wiadomość tekstowa nie była skierowana do niej. Ponadto pokrzywdzona odmawiała jakiegokolwiek wyjaśnienia sprawy, ponieważ nie odbierała nawet telefonów.

Obwiniony podkreślił, że taki incydent nigdy nie powinien mieć miejsca i jest w stanie ponieść odpowiedzialność za lekkomyślność związaną ze swobodnym udostępnianiem swojego telefonu. Oświadczył także, że pokrzywdzona nie jest dla niego osobą atrakcyjną pod jakimkolwiek względem, ani fizycznym ani psychicznym i nie jest możliwe, by mógł wobec takiej osoby kierować wiadomości tego rodzaju, mając atrakcyjną partnerkę i dziesiątki numerów telefonów do atrakcyjnych kobiet oraz innego rodzaju znajomości.

Jako przykład standardu swojego zachowania obwiniony wskazał wypowiedzenie pełnomocnictwa M. N. (wówczas jeszcze M.,) w sytuacji, gdy jej zachowanie świadczyło o emocjonalnym i uczuciowym zaangażowaniu w kontaktach z jego osobą. Obwiniony stwierdził też, iż nie jest w stanie odpowiadać za specyficznie wyrażane emocje i fantazje S. A.. W odwołaniu wskazano także, że sam tekst wiadomości, jakkolwiek, bezwzględnie nie przystaje do relacji zawodowej, nie jest ani obraźliwy, ani ordynarny, jak stwierdził OSD, tym bardziej jeśli skierowany jest do osoby, która toleruje lub wręcz oczekuje takiej treści. Twierdzenia sądu dyscyplinarnego, iż było to molestowanie seksualne jest nieporozumieniem i odosobnionym poglądem prawnym. Takie twierdzenie świadczyło, w ocenie obwinionego, o brak wiedzy, gdyż w tym wypadku nie doszło nawet do wybryku z art. 142 k.w. a co dopiero przestępstwa. Obwiniony zakwestionował też istnienie sprzeczności pomiędzy zeznaniami S. A. i jego wyjaśnieniami. Zaprzeczył również, że istnieje związek dwóch SMS-ów wieczornych z wiadomościami poprzednimi tj. popołudniowymi oraz pomiędzy tymi dwiema wiadomościami. Obwiniony zwrócił także uwagę, iż OSD nie uzasadnił zastosowania rodzaju kary.

Motywy orzeczenia tak dolegliwej kary powinno być przedstawione szczególnie wnikliwie. Kara zawieszenia prawa do wykonywania zawodu, winna być orzekana po wcześniejszym zastosowaniu łagodniejszych środków dyscyplinarnych i przy szczególnie ciężkich czynach np. przestępstwach skarbowych. Obwiniony nie był zaś dotąd karany dyscyplinarnie.

Wyższy Sąd Dyscyplinarny Krajowej Izby Radców Prawnych w Warszawie ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie nie jest zasadne w części odnoszącej się do winy, natomiast jest częściowo zasadne w zakresie orzeczonej kary.

OSD ustalił właściwy stan faktyczny sprawy i zastosował jego odpowiednią interpretację z punktu widzenia zasad etyki radcy prawnego. Podniesiona w odwołaniu obraza przepisów postępowania dyscyplinarnego albo nie miała miejsca albo nie wywarła wpływu na treść rozstrzygnięcia, z wyjątkiem orzeczonej kary.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutów procesowych.

Twierdzenie obwinionego o rażącej obrazie przepisów art. 41 § 1 k.p.k. w zw. z art. 42 § 1 k.p.k. i art. 47 § 1 k.p.k. poprzez brak wyłączenia w sprawie Zastępcy Rzecznika Dyscyplinarnego radcy prawnego M. B. (2) na jego wniosek lub z urzędu, wobec znanych OSD uzasadnionych wątpliwości do jego bezstronności w sprawie, jest bezpodstawne. W trybie art. 41 i 42 w zw. z art. 47 k.p.k. wyłączenie rzecznika dyscyplinarnego następuje w przypadku, gdy istnieje okoliczność tego rodzaju, że mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do jego bezstronności w danej sprawie. Wyłączenia dokonuje się na żądanie rzecznika, z urzędu albo na wniosek strony. Z akt dochodzenia i postępowania przed Sądem I instancji wynika, że obwiniony nie złożył wniosku o wyłączenie Zastępcy Rzecznika Dyscyplinarnego OIRP w Opolu z udziału w sprawie na żadnym z tych etapów postępowania dyscyplinarnego. Nie wynika z nich także, by obwiniony podnosił przed wniesieniem odwołania okoliczności wskazujące na konflikt interesów. Na rozprawie przed OSD w dniu 9 czerwca 2015 r. obwiniony stwierdził jedynie, że nie miał wcześniej czasu na złożenie wniosku o wyłączenie.

Oceniając ten zarzut obwinionego należy zwrócić uwagę, iż procedurę wyłączenia rzecznika dyscyplinarnego reguluje, stosowany odpowiednio, przepis art. 48 k.p.k., zaś na etapie postępowania przed sądem - art. 41 § 2 i art. 42 k.p.k. O wyłączeniu rzecznika na etapie dochodzenia rozstrzyga bezpośrednio przełożony. Natomiast przed OSD ten sąd, z zastrzeżeniem, że wniosek w przedmiocie wyłączenia może być co do zasady zgłoszony przed rozpoczęciem przewodu sądowego a później, jeżeli przyczyna wyłączenia powstała lub stała się stronie wiadoma dopiero po rozpoczęciu przewodu.

Jak wynika z postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2012 r. - (...), skoro art. 41 § 2 k.p.k. uniemożliwia merytoryczne rozpoznanie wniosku spóźnionego, a w konsekwencji zamyka wnioskodawcy możliwość podniesienia zarzutu obrazy art. 41 § 1 k.p.k. w apelacji, to taki sam skutek procesowy - przy wykorzystaniu wnioskowania a minore ad maius - związany jest z nie złożeniem takiego wniosku, gdy strona świadoma jest istnienia podstawy do jego złożenia. Natomiast w uchwale Sądu Najwyższego SNO 50/11 z dnia 22 lutego 2012 r. stwierdzono, iż za nieskuteczny musi być uznany podniesiony w środku odwoławczym zarzut naruszenia art. 41 § 1 k.p.k. zarówno w razie spóźnionego zgłoszenia wniosku o wyłączenie sędziego przez stronę znającą przyczynę wyłączenia (art. 41 § 2 k.p.k.), jak i - tym bardziej - w sytuacji, gdy wniosek taki w ogóle nie został sformułowany. W wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2015 r. - SNO 6/15 wskazano zaś, że oczywiście chybione są zarzuty naruszenia art. 47 § 1 k.p.k. w zw. z art. 41 § 1 k.p.k. w zw. z art. 42 § 1 k.p.k., gdyż sąd I instancji nie miał obowiązku podejmować z urzędu "czynności wyłączenia z udziału w sprawie Zastępcy Rzecznika Dyscyplinarnego". Jeżeli zdaniem obwinionego zachodziły przesłanki do wyłączenia Zastępcy Rzecznika Dyscyplinarnego, określone w art. 41 § 1 k.p.k., to powinien był przed rozpoczęciem przewodu sądowego złożyć stosowny wniosek. Skoro tego nie uczynił i nie wskazał, aby zachodziła sytuacja określona w art. 41 § 2 in fine k.p.k., stawianie takiego zarzutu w środku odwoławczym jest nieporozumieniem.

Także chybiony jest zarzut rażącej obrazy art. 182 § 1 k.p.k. i art. 185 k.p.k. w zw. z art. 191 § 2 k.p.k. poprzez brak należytego pouczenia i ustalenia, iż M. N. jako osoba najbliższa miała prawo do odmowy składania zeznań w sprawie przez Rzecznika Dyscyplinarnego, który nakazał jej składać zeznania, w tym oświadczenia wykraczające poza okoliczności objęte wnioskiem o ukaranie i naruszające prywatność tej osoby i obwinionego oraz poprzez tendencyjne sporządzenie protokołu zeznań tego świadka w sposób odbiegający od zeznań M. N. i z pominięciem treści na korzyść obwinionego. Po pierwsze - wniosek o przesłuchanie tego świadka złożył sam obwiniony w piśmie z dnia 22 lutego 2014 r. Po drugie - z protokołu przesłuchania w trakcie dochodzenia świadka M. N. w dniu 10 lipca 2014 r. wynika, że została ona pouczona o uprawnieniach wynikających z art. 182, 183 i 191 § 3 k.p.k. Nie została zaś pouczona o treści art. 185 k.p.k. Przepis art. 191 § 2 k.p.k. stanowi, że świadka należy uprzedzić o treści art. 185 k.p.k., jeżeli ujawni się okoliczność pozostawiania z obwinionym w szczególnie bliskim

stosunku osobistym. W ocenie Wyższego Sądu Dyscyplinarnego, ujawnienie tej okoliczności nie miało miejsca. Szczególnie bliski stosunek osobisty nie wynikał ani z pisma zgłaszającego wniosek o przesłuchanie tego świadka, ani z zeznań wcześniej przesłuchanego świadka W. K. - ojca obwinionego, który wskazał, że świadek jest byłą partnerką syna, ani też z zeznań samej M. N., która również opisując zdarzenie związane z wysyłaniem SMS-ów stwierdziła, że w tamtym czasie byli z obwinionym parą i mieszkali razem, co jednoznacznie wskazywało, że nie było już tak w dniu składania przez nią zeznań. Świadek nie wspomniała natomiast, że jest matką dziecka obwinionego. Obwiniony oświadczył o tym na rozprawie przed Sądem w dniu 9 czerwca 2015 r. i załączył odpis skrócony aktu urodzenia córki. Z protokołu przesłuchania M. N. przed Zastępcą Rzecznika Dyscyplinarnego wynika też, że świadek zeznawała wyłącznie na okoliczności mające związek ze spornym zdarzeniem z dnia 7 sierpnia 2013 r.

Kolejny zarzut obwinionego - rażącej obrazy art. 391 § 1 k.p.k., prowadzącej do naruszenia zasady bezpośredniości i prawa do obrony poprzez odstąpienie przez OSD od przesłuchania M. B. (1) na rozprawie, pomimo jej obecności i odczytanie jej zeznań z dochodzenia, co uniemożliwiło zadawanie pytań oraz poprzez odczytanie zeznań S. A. i M. N., także nie zasługuje na uwzględnienie. Pokrzywdzona była obecna na rozprawach przed Sądem dyscyplinarnym I instancji w dniach 9 kwietnia i 9 czerwca 2015 r. Składała przed Sądem dodatkowe wyjaśnienia oraz przedłożyła do akt dowody z dokumentów. Na rozprawach tych był obecny także obwiniony. Z protokołów tych rozpraw nie wynika, by nastąpiło ograniczenie prawa obwinionego do obrony poprzez odmowę dopuszczenia do zadawania pytań pokrzywdzonej. Świadek S. A. nie stawiał się na rozprawę w dniu 9 czerwca 2015 r. z uwagi na chorobę swojego ojca, zaś świadek M. N. ze względu na stan zdrowia. Obwiniony cofnął w tym dniu swoje wcześniejsze wnioski o przesłuchanie tych świadków. Na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2015 r. nastąpiło odczytanie zeznań obojga świadków.

Zdaniem Wyższego Sądu Dyscyplinarnego, OSD był do tego uprawniony z uwagi na treść przepisu art. 392 § 1 k.p.k., zaś późniejsza rezygnacja obwinionego z osobistego wysłuchania świadków na rozprawie i zadawania im pytań, czyni bezzasadnym obecne twierdzenia obwinionego o naruszeniu jego gwarancji procesowych.

Należy podkreślić, że postępowanie dyscyplinarne w ramach samorządu radców prawnych wykazuje szereg odrębności w stosunku do reguł postępowania karnego, którego przepisy stosuje się w nim jedynie w zakresie nieuregulowanym oraz jedynie odpowiednio. Wynika to między innymi z faktu, że przedmiotem tego postępowania jest popełnienie deliktów dyscyplinarnych przez zawodowych prawników. Stąd wielokrotnie Sąd Najwyższy wypowiadał się na temat gwarancji procesowych obwinionych, wskazując, że jako profesjonalisci znają oni prawo i wobec tego ochrona proceduralna ich uprawnień musi to uwzględniać tak, by nie dochodziło do instrumentalnego wykorzystywania chroniących je instytucji (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2012 r. o sygn. SDI 33/11, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2011 r. o sygn. SDI 24/11).

Sąd dyscyplinarny II instancji nie dopatrywał się także, by w postępowaniu przed OSD doszło do naruszenia standardów prawidłowego i rzetelnego postępowania, zasad obiektywizmu, domniemania niewinności, in dubio pro reo, bezstronności oraz zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu. Szczególnie, mocno akcentowana w odwołaniu, twierdzenia o rzekomej niesamodzielności Sądu i uzależnieniu od stanowiska prezentowanego przez Rzecznika Dyscyplinarnego są gołosłowne. Z uzasadnienia orzeczenia wynika, że Sąd I instancji dokonał samodzielnych ustaleń faktycznych, wyprowadzając z nich własne wnioski na potrzeby niniejszej sprawy. Nie zmienia tego w żadnej mierze fakt podzielenia zarzutów obwinienia i uznania obwinionego za sprawcę zarzucanych czynów.

Wyższy Sąd Dyscyplinarny na rozprawie odwoławczej dopuścił dowody z dokumentów załączonych przez obwinionego do odwołania. W ocenie Sądu II instancji dowody te w żaden sposób nie wpływają na ustalenia faktyczne sprawy dokonane przez Okręgowy Sąd Dyscyplinarny, które Sąd odwoławczy w całości przyjmuje za własne. Zdaniem Sądu II instancji przedstawione dokumenty nie miały związku z istotą sprawy i treścią przedstawionych zarzutów.

W ocenie WSD podstawowe ustalenie faktyczne, iż autorem wiadomości tekstowych, odebranych w telefonie M. B. (1), był obwiniony, jest uzasadnione i zgodne z treścią materiału dowodowego sprawy a także zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Nie powtarzając ustaleń Sądu I instancji, które sąd odwoławczy w pełni akceptuje, należy podnieść dodatkowo, że o związku pomiędzy dwiema zarzucanymi wiadomościami a SMS-ami wcześniejszymi, których autorstwa obwiniony nie kwestionuje, świadczy wiadomość wysłana z telefonu obwinionego w dniu 31 lipca 2013 r., będąca odpowiedzią na pytanie

pokrzywdzonej o sprawę przed komornikiem. Obwiniony napisał: " Jutro z rana tam zadzwonię, ale trzeba wziąć zaświadczenie i będzie Pani dostawała z Gminy, tak lepiej żałuję, że Pani dzisiaj nie widziałem." Przeczy to tezie obwinionego

o wyłącznie formalnym i zawodowym stosunku obwinionego do pokrzywdzonej oraz o tym, że w żaden sposób nie jawiła się ona obwinionemu jako osoba atrakcyjna. Zdaniem WSD, zeznania S. A., wieloletniego kolegi obwinionego, przyznającego się do autorstwa wiadomości tekstowej z godz. 25.59 w dniu 7 sierpnia 2013 r. do pokrzywdzonej a także wyjaśnienia obwinionego są niewiarygodne i podyktowane wyłącznie przyjętą przez obwinionego linią obrony.

Na koniec należy odnieść się do podniesionego zarzutu rażącej niewspółmierności kary zawieszenia prawa wykonywania zawodu oraz niesłusznie zastosowanego środka, w postaci zakazu sprawowania patronatu przez okres 5 lat. Należy uznać te zarzuty jako zasadne. Rozstrzygając zarzut niewspółmierności orzeczonej kary, należy mieć na uwadze to aby orzeczona kara nie była rażąca. Oznacza to, że rażącą niewspółmierność kary należy wiązać ze skalą, a zwłaszcza z natężeniem tej niewspółmierności. Obwiniony stawiając ten zarzut powinien wykazać, że kara była nie tylko nieadekwatne do ustalonych okoliczności, ale również i to, że skala tej niewspółmierności jest rażąca. Innymi słowy wymierzoną karę można uznać za rażąco niewspółmierną w stopniu nie dającym się zaakceptować i będącą zatem, również w odczuciu społecznym „karą niesprawiedliwą”. W trakcie rozprawy odwoławczej obwiniony podkreślając ten zarzut wyjaśnił, że jego zdaniem kara zawieszenia prawa do wykonywania zawodu na czas jednego roku powinna być stosowana wobec przewinień o większym ciężarze gatunkowym i o charakterze kryminalnym. Jego zadaniem, taka kara w praktyce eliminuje go z zawodu, a w chwili obecnej prowadzi około 60 spraw i nie wyobraża sobie jak miałyby to wyglądać w przypadku utrzymania tej kary w mocy. Jego zdaniem jest to zbyt wysoka kara za taki wybryk czy taką nieostrożność.

Analizując zatem rodzaj orzeczonej kary, Wyższy Sąd Dyscyplinarny uznał zarzut rażącej niesprawiedliwości orzeczonej kary i tym samym błędnego jej zastosowania w odniesieniu do popełnionych czynów oraz przepisów prawa materialnego stanowiących podstawę zarzutów dyscyplinarnych. W tym zakresie Wyższy Sąd Dyscyplinarny uznał podniesiony zarzut i zmienił karę zawieszenia prawa wykonywania zawodu na karę pieniężną w wysokości 18 000,00 zł. Ustalając jej wysokość Sąd odwoławczy miał na uwadze okoliczności popełnienia przewinienia oraz ciężar gatunkowy popełnionych czynów oraz dyrektywę płynącą z treści art. 2 ustawy o radcach prawnych. Kara ta, aczkolwiek surowa, związana jest z tym, iż oprócz pokrzywdzenia klientki, przewinienie obwinionego godzi także w wizerunek i godność zawodu radcy prawnego. Przy czym składanie tak niedwuznacznych propozycji, szczególnie zaś zawartej w SMS-ie wysłanym tuż przed północą, mimo zdecydowanej przeczącej reakcji na zapytanie o zainteresowanie złożoną propozycją erotyczną, narusza elementarne zasady kontaktu radcy prawnego z klientem, do których należą zaufanie, szacunek oraz nienarzucanie się w jakikolwiek sposób i oględność zachowań ze strony radcy prawnego. Świadczy też o braku poszanowania dla intymności drugiej osoby i egoistycznym realizowaniu swoich zachcianek bez względu na okoliczności. Jako czynniki wpływające na niekorzyść obwinionego należy uznać wiedzę obwinionego

o osobistych sprawach pokrzywdzonej, związaną z charakterem spraw prowadzonych przez obwinionego w jej imieniu, nadużycie zaufania klientki, która udostępniła swój numer telefonu do kontaktów służbowych, brak jakiegokolwiek zachęty a wręcz jednoznaczną odmowę nawiązania z obwinionym relacji intymnych oraz dosadność i jednoznaczność propozycji. Jeżeli zaś nawet przyjąć - jak chce obwiniony - że nie była to propozycja tylko uzewnętrznienie fantazji erotycznych, to dzielenie się nimi z osobą z którą kontakty mają charakter wyłącznie zawodowy i która wprost oświadcza, że nie jest seksem zainteresowana, jest wyjątkowo naganna.

Natomiast, w kontekście dokonanej przez Sąd I instancji oceny czynów obwinionego, nie sposób podważyć orzeczonego dodatkowo środka w postaci zakazu sprawowania patronatu. W tym zakresie Wyższy Sąd Dyscyplinarny podzieliła decyzję podjętą przez Sąd I instancji. Niewątpliwie podstawą szkolenia aplikanta radcowskiego jest gwarancja odpowiedniej wiedzy, rzetelności oraz postawy etycznej. Mając na uwadze ocenę czynów popełnionych przez obwinionego Wyższy Sąd Dyscyplinarny nie znalazł podstaw do zmiany orzeczenia Okręgowego Sądu Dyscyplinarnego, że w przypadku obwinionego zaprzestanie przez niego sprawowania patronatu przez okres pięciu lat jest decyzją uzasadnioną, a na pewno nie jest środkiem zastosowanym niesłusznie.

O kosztach postępowania dyscyplinarnego Wyższy Sąd Dyscyplinarny orzekł po myśli art. 70⁶ ust. 2 ustawy o radcach prawnych oraz przepisów uchwały nr 86/IX/2015 KRRP z dnia 20 marca 2015 r. w sprawie określenia wysokości

zryczałowanych kosztów postępowania dyscyplinarnego.