

**Teza: doręczenie zawiadomienia o pierwszej rozprawie głównej**

**Stosownie do brzmienia art. 132 § 4 k.p.k. przepisu art. 132 § 2 k.p.k. nie stosuje się do doręczenia obwinionemu zawiadomienia m.in. o pierwszym terminie rozprawy głównej, co oznacza konieczność doręczenia bezpośredniego a nie pośredniego.**

Sygn. akt: WO 4/17

## ORZECZENIE

z dnia 31 marca 2017 r.

**Wyższy Sąd Dyscyplinarny Krajowej Izby Radców Prawnych w Warszawie w składzie:**

**Przewodniczący:** SWSD Andrzej Hryniewicki

**Sędziowie:** SWSD Anna Maria Kozłowska - sprawozdawca

SWSD Stanisław Marcin Chmielewski

**Protokolant:** Kamila Kamińska

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscyplinarnego radcy prawnego Mariusza Łątkowskiego po

rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2017 r. sprawy radcy prawnego M. L.

obwinionego o czyn z art. 64 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982r. o radcach prawnych (tekst jednolity Dz. U. 2016r. poz. 233 z późn. zm.) w związku z art. 29 ust.3 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego (w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015r.)

z powodu odwołania Obwinionego radcy prawnego M. L. od Orzeczenia Okręgowego Sądu Dyscyplinarnego Okręgowej Izby Radców Prawnych w Poznaniu z dnia 20 września 2016r. w sprawie o sygn. akt OSD - 20/16

**orzeka:**

1.

orzeczenie Okręgowego Sądu Dyscyplinarnego Okręgowej Izby Radców Prawnych w Poznaniu z dnia 20 września 2016r. sygn. akt OSD- 20/16 na podstawie art. 437 § 2 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 2 k.p.k. i w zw. z i art. 74<sup>1</sup> ustawy z dnia 6 lipca 1982r. o radcach prawnych ( tekst jednolity Dz. U. 2016r. poz.233 z późn. zm.) uchyla w całości i sprawę przekazuje do ponownego rozpoznania Okręgowemu Sądowi Dyscyplinarnemu Okręgowej Izby Radców Prawnych w Poznaniu;

2.

rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego przed Wyższym Sądem Dyscyplinarnym w kwocie 1.500,00 zł (słownie złotych: tysiąc i pięćset) pozostawia do rozstrzygnięcia Okręgowemu Sądowi Dyscyplinarnemu Okręgowej Izby Radców Prawnych w Poznaniu.

## Uzasadnienie

W dniu 9 października 2015r. wpłynęła do Okręgowej Izby Radców Prawnych w Poznaniu zwanej dalej „OIRP” skarga z dnia 7 października 2015r. firmy (...) sp. z o.o. w S. w sprawie zawiadomienia o podejrzeniu naruszenia przez radcę prawnego M. L. komplementariusza Kancelarii (...) sp. k. z siedzibą w G. przepisu art. 36 ust. 3 kodeksu etyki zawodu radcy prawnego i wszczęcie postępowania dyscyplinarnego.

Skarżący wskazał, że ię.oę.20i2r. została zawarta pomiędzy Kancelarią reprezentowaną przez radcę prawnego M. L. z Gminą T. umowa zlecenia świadczenia usług prawniczych w zakresie czynności i postępowań dotyczących rozliczeń VAT, w której ustalono wynagrodzenie za sukces.

W dniu 26 lutego 2016r. Zastępca Rzecznika Dyscyplinarnego OIRP w Poznaniu zwany dalej Rzecznikiem Dyscyplinarnym wydał postanowienie o wszczęciu dochodzenia o przewinienie dyscyplinarne określone w art. 64 ust.1 ustawy z 6 lipca 1982r. o radcach prawnych ( tekst jednolity Dz. U. 2015r. poz. 507 z późn. zm.) w związku z art. 6 ust.1 i z art. 29 ust.3 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego

( w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015r. ).

Następnie Rzecznik Dyscyplinarny w dniu 18 lipca 2016r. skierował do Okręgowego Sądu Dyscyplinarnego OIRP w Poznaniu - zwanego dalej „OSD” wniosek o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego przeciwko radcy prawnemu M. L. o to że:

W dniu 19 września 2012r. zawarł z Miastem i Gminą T. umowę zlecenia na świadczenie usług prawniczych w zakresie czynności i postępowań dotyczących rozliczeń przez Miasto i Gminę T. podatku od towarów i usług ( VAT ), w której jego wynagrodzenie zostało ustalone jako wynagrodzenie za sukces w wysokości procentowej od kwoty uzyskanej przez Miasto i Gminę T. tytułem zwrotu nadwyżki podatku VAT ( to jest nadwyżki naliczonego podatku VAT nad należnym) lub od kwoty naliczonego podatku VAT zaliczonego przez Miasto i Gminę T. na poczet zapłaty podatku należnego i w wyniku realizacji umowy, która została rozwiązana z dniem 31 grudnia 2015r uzyskał łączne wynagrodzenie netto 660 210,07 zł,

to jest popełnienia przewinienia dyscyplinarnego określonego w art. 64 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982r. o radcach prawnych ( tekst jednolity Dz. U. 2016r. poz. 233 z późn. zm.) w związku z art. 29 ust.3 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego( w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015r. )

Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 20 września 2016r. Okręgowy Sąd Dyscyplinarny przy Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Poznaniu orzeczeniem z dnia w 20 września 2016r w sprawie sygn. akt OSD-20/16 uznał obwinionego M.

L. winnym zarzucanego mu czynu i na podstawie art.65 ust.1 pkt 1 oraz art.70<sup>6</sup> ustawy z dnia 6 lipca 1982r. o radcach prawnych ( tekst jednolity Dz. U. 2016r. poz.233 z późn. zm.) wymierzył karę dyscyplinarną upomnienia oraz obciążył obwinionego M. L. na rzecz Okręgowej Izby Radców Prawnych w Poznaniu kosztami postępowania w kwocie 2.800zł

W uzasadnieniu w/w orzeczenia OSD ustalił następujące fakty:

W dniu 19.09.2012r. została zawarta pomiędzy Miastem i Gminą T., a Kancelarią (...) sp. k. z siedzibą w G. reprezentowaną przez radcę prawnego M. L. umowa zlecenia. Przedmiotem tej umowy było świadczenia usług prawniczych w zakresie czynności i postępowań dotyczących rozliczeń przez Miasto i Gminę T. podatku od towarów i usług (...) i obejmowała ona zastępstwo w zakresie postępowań przed organami administracji skarbowej i ewentualnymi postępowaniami sądowoadministracyjnymi wraz z niezbędnym doradztwem prawnym dotyczącym zastępstwa w tych postępowaniach. Powyższa umowa została zawarta z wolnej ręki zgodnie z art. 5 ust.1b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych na okres 4 lat. Umowa została rozwiązana za porozumieniem stron z inicjatywy Miasta i Gminy T. z dniem 31 grudnia 2015r.

Zgodnie z umową z 19.09.2012r. Zamawiający Miasto i Gminę T. zobowiązało się do wypłaty Zleceniobiorcy wynagrodzenia za sukces w wysokości 15% kwoty oszczędności Miasta i Gminy T. w zakresie rozliczeń podatku VAT powiększone o obowiązujący podatek VAT. Za oszczędności w zakresie rozliczeń podatku VAT strony umowy przyjęły zwrot nadwyżki podatku VAT na rzecz zleceniodawcy lub zaliczenie podatku naliczonego na poczet zapłaty podatku należnego.

W § 4 przedmiotowej umowy z dnia 19.09.2012r. Wykonawca umowy oświadczył, że nie będzie pobierał odrębnego wynagrodzenia za wykonanie prac objętych fazą analityczną, a czynności tej fazy wykonania umowy będą rozliczane w ramach wynagrodzenia należnego Wykonawcy za czynności podjęte przez niego w ramach fazy wdrożeniowej. W § 5 umowy wskazano, że Wykonawca otrzymywać będzie wynagrodzenie prowizyjne za sukces, którego podstawą będą oszczędności Zamawiającego w zakresie rozliczenia podatku VAT.

Obwiniony radca prawny nie przyznał się do popełnienia zarzucanych mu czynów. Wyjaśnił, że decyzję o powierzeniu udzielenia zamówienia podjął Burmistrz Miasta i Gminy T. zapraszając obwinionego do zawarcia umowy w trybie zamówienia publicznego z wolnej ręki. Warunki tego zamówienia narzucone zostały przez Zamawiającego ( obwiniony nie miał możliwości ich samodzielnego kształtowania) i były jednakowe dla wszystkich wykonawców odpowiadających na zapytanie ofertowe, a zatem uszczerbku dla interesu prawnego i faktycznego nie poniósł żaden inny potencjalny

wykonawca.

Od w/w orzeczenia OSD odwołanie wniósł obwiniony M. L.

Obwiniony zaskarżył orzeczenie w całości zarzucając mu:

- naruszenie prawa materialnego, tj.

1) naruszenie art. 70 ust.1 ustawy z dnia 6 lipca 1982r.o radcach prawnych ( t.j. Dz.U. 2016r. poz. 233) - poprzez przyjęcie, iż nie doszło do przedawnienia odpowiedzialności za czyn, określony we wniosku o ukaranie,

2) art.36 ust.3 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego ( w brzmieniu obowiązującym od 1 lipca 2015r.) z zw. z art. 4 par 1 kodeksu karnego oraz art. 74<sup>1</sup> pkt 2 ustawy o radcach prawnych poprzez przyjęcie, iż dopuścił się czynu stanowiącego naruszenie etyki zawodowej

3) art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych ( t.j. Dz. U. 2016r., poz.1870) w zw. z art. 30 ust.1 oraz 32 Prawa zamówień publicznych- poprzez przyjęcie, że poddanie się przez wykonawcę spółkę prawniczą procedurze udzielenia zamówienia publicznego skutkować może odpowiedzialnością dyscyplinarną radcy prawnego wykonującego w jej imieniu to zamówienie publiczne

- naruszenie przepisów postępowania tj.

1) art. 74<sup>1</sup> pkt 2 ustawy o radcach prawnych w zw. z art. 6 oraz 374 par. 1 kodeksu postępowania karnego, poprzez rozpoznanie wniosku o ukaranie oraz wydanie orzeczenie z pominięciem jego udziału jako obwinionego.

Obwiniony wniósł o:

1.

Uchylenie zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienie go od zarzucanego czynu

2.

Uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy OSD do ponownego rozpoznania.

Ponadto obwiniony wniósł o uzupełnienie postępowania dowodowego poprzez przeprowadzenie dowodu z zeznań Świadka K. B. Gminy T. oraz przeprowadzenie dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania.

Wyższy Sąd Dyscyplinarny zważył co następuje.

Odwołanie obwinionego zasługuje na uwzględnienie.

Obwiniony w uzasadnieniu odwołania wskazał, na brak skutecznego doręczenia mu osobiście zawiadomienia o terminie rozprawy przed OSD w dniu 20 września 2016r. Obwiniony wskazał, że każdorazowo odbierał korespondencję i stawiał się na wezwania w toczącym się postępowaniu, a w przypadku gdy nie mógł się stawić usprawiedliwiał swoją nieobecność. Obwiniony podniósł, że zawiadomienie o terminie rozprawy przed OSD w dniu 20 września 2016r. odebrała inna osoba, powyższe narusza jego prawo do obrony.

Kodeks Postępowania Karnego stanowi w art. 132

„ § 1. Pismo doręcza się adresatowi osobiście.

§ 2. W razie chwilowej nieobecności adresata w jego mieszkaniu pismo doręcza się dorosłemu domownikowi. W razie nieobecności domownika pismo doręcza się administracji domu, dozorczy domu lub sołtysowi, jeżeli podejmą się oddać pismo adresatowi. Przepis art. 133 § 2 stosuje się odpowiednio.

§ 3. Pismo może być także doręczone za pośrednictwem telefaksu lub poczty elektronicznej. W takim wypadku dowodem doręczenia jest potwierdzenie transmisji danych.

*§ 4. Przepisów § 2 i 3 oraz art. 133 § 3 nie stosuje się do doręczenia oskarżonemu zawiadomienia o pierwszym terminie rozprawy głównej, terminie posiedzenia, o którym mowa w art. 341 § 1, art. 343 § 5, art. 343a i art. 420 § 1, oraz doręczenia wyroku, o którym mowa w art. 500 § 1.”*

Na podstawie akt sprawy nie ma wątpliwości, że zawiadomienie o wyżej wskazanym terminie rozprawy tj. 20 września 2016r. zostało doręczone na adres zamieszkania wskazany przez obwinionego, lecz nie osobiście obwinionemu, a do rąk dorosłego domownika K. M. (k- 99), a więc w trybie przewidzianym w art. 132 § 2 k.p.k. Obwiniony nie odebrał zawiadomienia osobiście. Należy także zauważyć, że obwiniony w protokole przesłuchania obwinionego w sprawie sygn. akt RD17/2016/2 z dnia 17 maja 2016r. wskazał zarówno adres zamieszkania, jak i adres do korespondencji - Kancelarię Radcy Prawnego w G. przy ul. (...). Zawiadomienie o terminie pierwszej rozprawy głównej mogło ponadto być wysłane obwinionemu pocztą elektroniczną lub telefaksem, adres poczty elektronicznej znajduje się w aktach sprawy. Zawiadomienie do obwinionego o terminie rozprawy głównej nie zostało jednak wysłane na adres Kancelarii, ani pocztą elektroniczną czy telefaksem.

Rację miał obwiniony podnosząc, że nie został prawidłowo zawiadomiony o terminie pierwszej rozprawy wyznaczonej na dzień 20 września 2016 r., na której zresztą przeprowadzono całość postępowania dowodowego.

Stosownie do brzmienia art. 132 § 4 k.p.k. przepisu art. 132 § 2 k.p.k. nie stosuje się do doręczenia obwinionemu zawiadomienia m.in. o pierwszym terminie rozprawy głównej.

Wyższy Sąd Dyscyplinarny w wyniku stwierdzenia już tylko zasadności podniesionego w środku odwoławczym zarzutu obrazu art. 374 § 1 i art. 6 k.p.k. oraz wskazania przez obwinionego w uzasadnieniu odwołania na brak osobistego zawiadomienia o terminie rozprawy głównej, stwierdził konieczność uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania, gdyż powyżej wskazane uchybienia w toku procedowania przez sąd pierwszy instancji rodzą konieczność przeprowadzenia na nowo przewodu sądowego w całości, dla zapewnienia oskarżonemu realizacji jego praw.

Prowadzenie rozprawy w dniu 20 września 2016 r. pod nieobecność M. L., który nie został prawidłowo zawiadomiony o jej terminie, stanowiło uchybienie prawa procesowego i skutkowało naruszeniem prawa obwinionego do obrony, gdyż obwiniony nie miał możliwości uczestniczenia w rozprawie, składania wyjaśnień, udziału w czynnościach procesowych, składania wniosków i oświadczeń, wypowiedzenia się w głosach końcowych stron, czyli korzystania ze swoich uprawnień procesowych, co niewątpliwie mogło mieć wpływ na realizację prawa do obrony w procesie i treść zapadłego rozstrzygnięcia. OSD nieprawidłowo zatem uznał, że obwiniony został prawidłowo wezwany na termin rozprawy, a w konsekwencji rozprawa w tym dniu nie mogła się toczyć i nie mogło zostać na niej wydane orzeczenie.

Przeprowadzone wyżej rozważania upoważniają do wniosku, że zaskarżone orzeczenie zapadło z obrazą przepisów prawa procesowego, o takiej randze i znaczeniu, że mogła ona mieć istotne znaczenie dla treści orzeczenia, a w takim przypadku zgodnie z art. 438 pkt.2 k.p.k. orzeczenie ulega uchyleniu.

Jak wynika z art. 437§1 k.p.k. Sąd orzeka o utrzymaniu w mocy, zmianie lub uchyleniu zaskarżonego orzeczenia w całości lub w części. Zgodnie z aktualnie obowiązującym art. 437§2 k.p.k. uchylenie orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania może nastąpić wyłącznie w wypadkach wskazanych w art. 439§1, art. 454 k.p.k. lub jeżeli jest konieczne przeprowadzenie na nowo przewodu w całości. Konieczność przeprowadzenia na nowo przewodu sądowego nie musi wynikać tylko z niezbadania przez Sąd sprawy co do jej istoty i tym samym wymogu powtórzenia postępowania dowodowego, może również powstać na skutek naruszenia przez ten Sąd przepisów procesowych. W niniejszej sprawie, OSD naruszył przepisy prawa procesowego uniemożliwiając obwinionemu podjęcie obrony. Wskazane uchybienie ma postać na tyle istotnego, że nie jest możliwe jego konwalidowanie przed Wyższym Sądem Dyscyplinarny.

OSD rozpoznając ponownie sprawę rozstrzygnie o winie obwinionego, a w razie jej przypisania orzekając o karze uwzględni wszystkie ustawowe jej dyrektywy mając też w polu widzenia aspekty wskazane w odwołaniu obwinionego, będące uzasadnieniem pozostałych zarzutów odwoławczych, do których Wyższy Sąd Dyscyplinarny na obecnym etapie postępowania, przy uwzględnieniu regulacji art. 436 k.p.k., nie ma potrzeby się odnosić.

Dlatego też zaskarżone orzeczenie na mocy art. 437 § 2 zdanie drugie k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 2 k.p.k. i w zw. z i art. 74<sup>1</sup> ustawy z dnia 6 lipca 1982r. o radcach prawnych ( tekst jednolity Dz. U. 2016r. poz.233 z późn. zm.) należało uchylić i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania Okręgowemu Sądowi Dyscyplinarnemu Okręgowej Izby Radców Prawnych w Poznaniu.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego na podstawie art. 70<sup>6</sup> ust.2 zdanie drugie ustawy z dnia 6 lipca 1982r. o radcach prawnych ( tekst jednolity Dz. U. 2016r. poz.233 z późn. zm.) w kwocie 1.500,00 zł Wyższy Sąd Dyscyplinarny pozostawia do rozstrzygnięcia Okręgowemu Sądowi Dyscyplinarnemu Okręgowej Izby Radców Prawnych w Poznaniu.