

Teza: postępowanie dyscyplinarne po cofnięciu skargi

Postępowanie dyscyplinarne jest postępowaniem publicznoprawnym i może, a wręcz powinno toczyć się nawet po cofnięciu skargi, która na gruncie tego postępowania jest traktowana jako zawiadomienie o możliwości popełnienia przewinienia dyscyplinarnego.

Sygn. akt: WO 5/17

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. W. (1)

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. 28 ust.5 i 11 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego przyjętego uchwałą nr 5/2007 VIII Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z dnia 10 listopada 2007r. w sprawie uchwalenia Kodeksu Etyki Radcy prawnego stanowiącego załącznik do uchwały nr 8/VIII/2010 Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 28 grudnia 2010r. w sprawie ogłoszenia tekstu jednolitego Kodeksu Etyki Radców Prawnych

z powodu odwołania obwinionego radcy prawnego M. W. (1) od orzeczenia Okręgowego Sądu Dyscyplinarnego Okręgowej Izby Radców Prawnych w Poznaniu z dnia 16 listopada 2016r. w sprawie o sygn. akt OSD - 26/16

orzeka:

1.

utrzymuje w mocy Orzeczenie Okręgowego Sądu Dyscyplinarnego Okręgowej Izby Radców Prawnych w Poznaniu z dnia 16 listopada 2016r. w sprawie o sygn. akt OSD - 26/16;

2.

zasądza od obwinionego M. W. (1) koszty postępowania odwoławczego przed Wyższym Sądem Dyscyplinarnym w zryczałtowanej kwocie 2.800 zł. (słownie złotych: dwa tysiące i osiemset) płatne na rzecz Krajowej Izby Radców Prawnych.

UZASADNIENIE

Okręgowy Sąd Dyscyplinarny Okręgowej Izby Radców Prawnych w Poznaniu (zwany również dalej OSD) Orzeczeniem z dnia 16 listopada 2016r. sygn. akt OSD - 26/16 uznał obwinionego radcę prawnego M. W. (1) za winnego naruszenia 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. 28 ust.5 i 11 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego przyjętego uchwałą nr 5/2007 VIII Krajowego Zjazdu Radców prawnych z dnia 10 listopada 2007r. w sprawie uchwalenia Kodeksu Etyki Radcy prawnego (stanowiącego

załącznik do uchwały nr 8/VIII/2010 Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 28 grudnia 2010r. w sprawie ogłoszenia tekstu jednolitego Kodeksu Etyki Radców Prawnych) tj. w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015r., które to polegało na tym, że wykonując zawód radcy prawnego w okresie od grudnia 2011 roku do co najmniej 31 października 2014 roku, działając czynem ciągłym, pomimo podjęcia się prowadzenia spraw o zapłatę wynikających z faktur VAT nr (...) z dnia 1 grudnia 2011r. i nr (...) z dnia 31 sierpnia 2011r. nienależycie informował swojego klienta P. S. prowadzącego działalność pod nazwą Firma Budowlana Usługi - Handel (...) o przebiegu sprawy, nie podejmował czynności w sprawie, wprowadzał klienta w błąd celowo udzielając informacji nieodzwierciedlających rzeczowego stanu sprawy oraz przedłużał postępowanie, co naraziło klienta na poniesienie szkody polegającej na niemożności windykacji należności wynikających z w/w faktur VAT, a nadto nie zwrócił dokumentów powierzonych mu w celu prowadzenia spraw.

Okręgowy Sąd Dyscyplinarny wymierzył obwinionemu za przewinienie dyscyplinarne karę nagany oraz obciążył obwinionego kosztami postępowania w kwocie 3.000,00zł (trzy tysiące złotych).

Postępowanie, które doprowadziło do ukarania obwinionego wszczął Zastępca Rzecznika Dyscyplinarnego OIRP w Poznaniu wobec obwinionego M. W. (1) na skutek skargi z dnia 31.10.2014r . wniesionej do Okręgowej Izby Radców Prawnych w Poznaniu przez pokrzywdzonego P. S. .

Okręgowy Sąd Dyscyplinarny OIRP w Poznaniu ustalił, że:

Raca prawny M. W. (1) jest wieloletnim znajomym braci P. i M. S. oraz ich ojca R.. P., M. i R. S. prowadzą działalność gospodarczą w branży budowlanej prowadząc hurtownię materiałów budowlanych. Przez 10 lat obwiniony prowadził sprawy zlecane mu przez właścicieli hurtowni, wykonując obsługę prawną w razie potrzeby. Strony nie były związane stałą umową. Strony zakończyły współpracę w październiku 2014r. Ostatnimi sprawami prowadzonymi przez obwinionego były dwie sprawy gospodarcze oraz sprawa wypadku jakiego uległ M. S. w Austrii. M. W. (1) otrzymał od R. S. kwotę 4.000 zł na poczet prowadzonych spraw, które potraktował jako wynagrodzenie za prowadzenie w/w spraw.

W końcu roku 2011r. obwiniony otrzymał od P. S. (...) Firma Budowlana Usługi - Handel, prowadzenie sprawy o zapłatę 2 faktur VAT nr (...) z dnia 1 grudnia 2011r. na kwotę 568,26 zł i nr (...) z dnia 31 sierpnia 2011r. na łączną kwotę 6.714,67 zł za sprzedany materiał budowlany wystawione na rzecz tego samego klienta. P. S. udzielił M. W. (1) pełnomocnictwa.

W sprawach obsługi prawnej, również w sprawie o zapłatę w/w faktur ustalenia z obwinionym prowadził brat pokrzywdzonego M. S..

Zleceniodawcy zależało na szybkim przeprowadzeniu postępowania, gdyż P. i M. S. obawiali się, że mający nastąpić wyjazd za granicę dłużnika uniemożliwi wyegzekwowanie należności. Zlecenie nie zostało zrealizowane.

M. S. kilkakrotnie kontaktował się z obwinionym prosząc o podanie informacji o postępowaniu o zapłatę w/ w faktur. M. W. (1) początkowo informował go, że sprawa trafiła do niewłaściwego sądu, lecz mimo prośb nie podawał sygnatury akt. Ponieważ monity wobec obwinionego nie przyniosły rezultatu M. S. chciał przekazać sprawę innemu prawnikowi. Obwiniony przyznał, że nie wniósł sprawy do Sądu i poprosił o umożliwienie mu dokończenie powierzonej sprawy. Wobec powyższego pełnomocnictwo nie zostało cofnięte. Stanowisko obwinionego wynikało w skutek pisma skierowanego do niego na jego adres zamieszkania przez M. S., w którym prosił o zwrot zaliczki i domagał się informacji o sprawie. Rozmowa w sprawie dokończenia przez obwinionego miała miejsce w 2013r. Po tej rozmowie M. S. bezskutecznie usiłował skontaktować się z obwinionym. W dniu 6 listopada 2014r. do Okręgowej Izby Radców Prawnych w Poznaniu wpłynęła skarga od pokrzywdzonego P. S. z dnia 31.10.2014r. Od tej daty między stronami ustały wszelkie kontakty.

Od w/w orzeczenia OSD odwołanie wniósł obwiniony.

Obwiniony zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił: 1.

naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów poprzez uznanie, że otrzymał dokumenty i nie zostały one zwrócone, jak również wprowadził w błąd klienta, 2.

nieprzeprowadzenie postępowania dowodowego w celu ustalenia wszelkich okoliczności sprawy. Obwiniony wniósł o:

1.

Uchylenie zaskarżonego orzeczenia OSD z 16 listopada 2016r. i umorzenie postępowania dyscyplinarnego wobec obwinionego,

ewentualnie

2.

Uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy OSD do ponownego rozpoznania i przeprowadzenie właściwego postępowania dowodowego w tym o przesłuchanie P. S. jako pokrzywdzonego.

W uzasadnieniu odwołania obwiniony wskazał również na naruszenie art. 70 ustawy z dnia 6 lipca 1982r. o radcach prawnych (t. j. Dz.U. 2016r. poz. 233 z późn. zm.) - poprzez przyjęcie, iż nie doszło do przedawnienia przewinienia dyscyplinarnego, bowiem czas pomiędzy udzieleniem pełnomocnictwa w dniu 23.01.2012r. a złożeniem wniosku o ukaranie przez Rzecznika Dyscyplinarnego w dniu 19 września 2016r. powoduje konieczność zastosowania w/w przepisu.

Obwiniony w uzasadnieniu podniósł, że w sprawie nie zachodzą okoliczności przemawiające za uznaniem jego winy wobec tego, że pokrzywdzony złożył pismo o cofnięciu skargi i umorzeniu postępowania co nie zostało dostrzeżone przez Sąd I Instancji.

Obwiniony nie określił granic zaskarżenia.

Zgodnie z art. 447 k.pk.

„Art. 447. § 1. Apelację co do winy uważa się za zwróconą przeciwko całości wyroku.

§ 2. Apelację co do kary uważa się za zwróconą przeciwko całości rozstrzygnięcia o karze i środkach karnych.

§ 3. Apelację co do środka karnego, środka kompensacyjnego albo przepadku uważa się za zwróconą odpowiednio przeciwko całości rozstrzygnięcia o środkach karnych albo o środkach kompensacyjnych albo o przepadku.”

Komentarz do art. 447 k.p.k. Tomasza Henryka Grzegorzcyka stanowi „W przypadku zaskarżania na korzyść oskarżonego judykatura tradycyjnie mniej rygorystycznie traktuje kwestię wyraźnego wskazania zakresu zaskarżenia, tym bardziej że nawet przy środku na niekorzyść oskarżonego możliwe jest orzekanie na jego korzyść. Można się zatem zgodzić z twierdzeniem, że gdy oskarżony "nie precyzuje bliżej zarzutów, lecz jedynie twierdzi, że zapadły w jego sprawie wyrok jest dla niego krzywdzący", to środek ten należy uznać za zwrócony przeciwko całości rozstrzygnięcia o winie i karze (zob. wyrok SN z dnia 27 października 1987 r., WR 442/87, OSNKW 1988, nr 5-6, poz. 41), czy też, że "w wypadkach przestępstw przeciwko mieniu (...) kwestionowanie (...) oskarżonego ustaleń co do wartości mienia jest zwrócone przeciwko winie" (postanowienie SN z dnia 13 września 1985 r., I KR 116/85, OSNKW 1986, nr 3-4, poz. 27).”

Wyższy Sąd Dyscyplinarny zważył co następuje.

Mając na uwadze powyższe przepisy oraz podniesienie przez Obwinionego w uzasadnieniu odwołania, że w sprawie nie zachodzą okoliczności przemawiające za uznaniem jego winy wobec tego, że pokrzywdzony złożył pismo o cofnięciu skargi i umorzeniu postępowania co nie zostało dostrzeżone przez Sąd I Instancji, Wyższy Sąd Dyscyplinarny przyjął, że odwołanie obwinionego zostało wniesione w całości do zaskarżonego orzeczenia.

Ustalenia faktyczne dokonane przez Okręgowy Sąd Dyscyplinarny przy OIRP w Poznaniu nie budzą wątpliwości.

Wyższy Sąd Dyscyplinarny uznaje ustalenia OSD za prawidłowe i przyjmuje je za własne. Stwierdzić trzeba, że ustalenia te są wynikiem prawidłowej oceny dowodów, zgodnej z wymogami art. 7 k.p.k. i nie doszło do jego naruszenia. OSD OIRP w Poznaniu nie brakło doświadczenia życiowego przy ocenie zaistniałych zdarzeń.

Fakt naruszenia przez obwinionego dyspozycji w art. 28 ust.5 i 11 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego przyjętego uchwałą nr 5/2007 VIII Krajowego Zjazdu Radców prawnych z dnia 10 listopada 2007r. w sprawie uchwalenia Kodeksu Etyki Radcy prawnego (stanowiącego załącznik do uchwały nr 8/VIII/2010 Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 28 grudnia 2010r. w sprawie ogłoszenia tekstu jednolitego Kodeksu Etyki Radców Prawnych) nie budzi żadnych wątpliwości.

Obwiniony kwestionuje, że OSD naruszył zasadę swobodnej oceny dowodów poprzez uznanie, że obwiniony otrzymał dokumenty i nie zostały one zwrócone oraz, że wprowadził klienta w błąd.

Podniesienie w odwołaniu zarzutu naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów może być zasadne jedynie wtedy, gdy obwiniony wykaze, że OSD, dokonując oceny dowodów, naruszył określone reguły prawidłowego rozumowania lub wskazania wiedzy z określonej dziedziny albo wskazania płynące z doświadczenia życiowego dla określonych sytuacji i przez to nietrafnie nie dał wiary lub niesłusznie dał wiarę określonemu dowodowi bądź że nie oparł się w tej ocenie na całokształcie materiału dowodowego, a więc całkowicie pominął ocenę niektórych dowodów i nie uwzględnił ich w swoim rozumowaniu, co mogłoby doprowadzić do innych ocen.

Wyższy Sąd Dyscyplinarny analizując sprawę nie stwierdził wystąpienia w/w przesłanek. Okręgowy Sąd Dyscyplinarny prawidłowo ocenił zebrany w sprawie materia dowodowy i słusznie wskazał, że istotne okoliczności w sprawie zostały ustalone na podstawie zarówno zeznań świadka jak i wyjaśnień obwinionego, które są ze sobą zgodne. OSD dał wiarę w/w dowodom.

M. W. w swoich wyjaśnieniach w postępowaniu wyjaśniającym (k. 38-40) przyznał, że był C., gdzie pokrzywdzony P. S. prowadzi działalność gospodarczą i tam widział oryginały faktur, z których zrobił kopie i poświadczył je za zgodność z oryginałem. Obwiniony w wyjaśnieniach wskazał również, że ponieważ „nie posiadał oryginałów dokumentów to nie miał co zwracać”. Powyższe wyjaśnienia obwinionego jednoznacznie wskazują, że otrzymał dokumenty w postaci faktur i nie zwrócił ich klientowi. Słusznie OSD w Poznaniu przyjął, że wątpliwe wydaje się stwierdzenie , że nie dysponował dokumentami, a jedynie kopiami, zresztą nawet jeżeli były to kserokopie, czy jak też twierdzi obwiniony w odwołaniu wysłane drogą mailową to nic nie stało na przeszkodzie aby je zwrócić zleceniodawcy. Z doświadczenia życiowego wynika, że jeżeli klient powierza prowadzenie sprawy profesjonalnemu pełnomocnikowi, ten musi oprzeć się czy to na dokumentach lub innych dowodach. W niniejszej sprawie podstawą prowadzenia sprawy o zapłatę niewątpliwie były dokumenty w postaci nieopłaconych faktur.

Należy zauważyć, że obwiniony sam w swoim odwołaniu (k.- 93) wskazuje, „ ...że pomimo udzielenia mi pełnomocnictwa przez P. S. w sprawie przeciwko M. W. (2), oraz 2 faktur, nigdy nie byłem w posiadaniu innych dokumentów należących do p. P. S..” Faktury, które otrzymał obwiniony od P. S. są właśnie dokumentami i do otrzymania ich obwiniony się przyznaje.

Z zebranego w sprawie materiału dowodowego jednoznacznie wynika, że obwiniony wprowadzał w błąd klienta. Wynika to z zeznań świadka M. S. (k. 17-19), skargi poszkodowanego (k. 1 -3) oraz z wyjaśnień M. W.. Obwiniony nie złożył sprawy w Sądzie, co sam przyznał w swoich wyjaśnieniach, a klienta informował, że to zrobił i postępowanie jest w toku. Obwiniony, jak już udało się z nim skontaktować przez pokrzywdzonego, informował pokrzywdzonego, że sprawa trafiła do niewłaściwego Sądu, korespondencja z Sądu trafiła pod niewłaściwy adres dlatego jest nie załatwiona. Trudno więc na podstawie wskazanych dowodów uznać, że obwiniony nie wprowadzał klienta w błąd o stanie powierzonej mu sprawy. Pokrzywdzonemu zależało na szybkim wniesieniu sprawy do sądu bowiem zachodziła obawa, że dłużnik Marek Wróbel zamierza wyjechać za granicę i egzekucja należności będzie nieskuteczna. Zarzut obwinionego, że nie wniósł sprawy do sądu bowiem dłużnika W. nie było już kraju od początku 2012r. jest nieskuteczny. Rolą obwinionego jako radcy prawnego było złożenie pozwu w sądzie zgodnie ze zleceniem klienta i prowadzenie tej sprawy. Gdyby nawet prowadzenie sprawy było nie zasadne obwiniony powinien o tym poinformować P. S..

Nie zasługuje na uznanie również zarzut postawiony w odwołaniu o nieprzeprowadzeniu postępowania dowodowego w celu ustalenia wszelkich okoliczności sprawy.

OSD w Poznaniu przeprowadził postępowanie dowodowe. W dniu 16 listopada 2016r. rozpoznał sprawę na rozprawie, na którą obwiniony nie stawiał się, chociaż był prawidłowo zawiadomiony o jej terminie i nie usprawiedliwił swojej nieobecności; nie wniósł również odpowiedzi na wniosek o ukaranie ani nie wniósł wniosków dowodowych. Na rozprawę nie stawiał się również pokrzywdzony prawidłowo zawiadomiony o terminie rozprawy.

Zgodnie art. 68³ ust. 2 ustawy o radcach prawnych

„2. Niestawiennictwo obwinionego lub jego obrońcy na rozprawę, posiedzenie lub na wezwanie rzecznika dyscyplinarnego nie wstrzymuje rozpoznania sprawy lub przeprowadzenia czynności, chyba że należycie usprawiedliwią oni swoją nieobecność, jednocześnie wnosząc o odroczenie lub przerwaniu rozprawy lub posiedzenia lub o nieprzeprowadzanie czynności przed rzecznikiem, albo sąd dyscyplinarny lub rzecznik dyscyplinarny z ważnych przyczyn uzna ich obecność za konieczną.”

Mając na uwadze treść w/w przepisu ustawy o radcach prawnych OSD zasadnie rozpoznał sprawę na rozprawie w dniu 16 listopada 2016r. Z uwagi na nieobecność obwinionego i pokrzywdzonego prawidłowo zawiadomionych o terminie rozprawy, OSD w swoim Postanowieniu na podstawie art. 394 § 2 k.p.k. w zw. z art. 392 § 1 k.p.k., które na mocy art. 74¹ pkt 1 ustawy o radcach prawnych odpowiednio stosuje się w postępowaniu dyscyplinarnym, ujawnił bez odczytywania wyjaśnienia obwinionego złożone w postępowaniu wyjaśniającym (k.38 - 40), ujawnił bez odczytywania zeznania świadka M. S. złożone w postępowaniu wyjaśniającym (k.17- 19) oraz ujawnił bez odczytywania dokumenty na kartach 1-3, 9.

Postępowanie dowodowe zostało więc przeprowadzone.

W uzasadnieniu odwołania obwiniony zarzucił także naruszenie art. 70 ustawy z dnia 6 lipca 1982r.o radcach prawnych (t. j. Dz.U. 2016r. poz. 233 z późn. zm.) - poprzez przyjęcie, iż nie doszło do przedawnienia przewinienia dyscyplinarnego, bowiem czas pomiędzy udzieleniem pełnomocnictwa w dniu 23.01.2012r. a złożeniem wniosku o ukaranie przez Rzecznika Dyscyplinarnego w dniu 19 września 2016r. powoduje konieczność zastosowania w/w przepisu.

OSD w Poznaniu zasadnie przyjął, że działanie obwinionego polegające na tym, że w okresie od grudnia 2011 roku do co najmniej 31 października 2014 roku, pomimo podjęcia się prowadzenia spraw o zapłatę wynikających z faktur VAT nr (...) z dnia 1 grudnia 2011r. i nr (...) z dnia 31 sierpnia 2011r. nienależycie informował swojego klienta P. S. o przebiegu sprawy nie podejmował czynności w sprawie, wprowadzał w błąd klienta udzielając informacji nieodzwierciedlających rzeczowego stanu sprawy oraz przedłużał postępowanie, było działaniem w ramach czynu ciągłego.

M. W. (1) przyjął zlecenie prowadzenia spraw o zapłatę wynikających z faktur VAT nr (...) z dnia 1 grudnia 2011r. i nr (...) z dnia 31 sierpnia 2011r. w grudniu 2011r., a współpraca między stronami definitywnie ustała po wniesieniu przez P. S. skargi do Okręgowej Izby Radców Prawnych w Poznaniu z dnia 31 października 2014r. Do 31 października 2014r. obwiniony nie wniósł sprawy do sądu, nie podał P. S. sygnatury akt sprawy, nie informował pokrzywdzonego rzetelnie o stanie sprawy.

Ostatnim dniem zachowania obwinionego w ramach zachowań wchodzących w skład czynu ciągłego był dzień 31 października 2014r. kiedy to definitywnie ustała współpraca między stronami.

Zarzuty skierowane wobec obwinionego stanowią więc czyn ciągły w rozumieniu art. 12 k.k.

Utrwalone Orzecznictwo Sądu Najwyższego do art.12 k.k., który na mocy art. 74¹ pkt 2 ustawy o radcach prawnych odpowiednio stosuje się w postępowaniu dyscyplinarnym wskazuje, że przedawnienie należy liczyć od ostatniego zachowania wchodzącego w skład czynu ciągłego „... traktowany, jako jedno przestępstwo czyn ciągły (art. 12 k.k.), charakteryzuje się wielością zachowań i ze swej istoty jest rozciągnięty w czasie. Właśnie dlatego, wobec potrzeby uściślającego określenia czasu popełnienia takiego przestępstwa - co ma znaczenie z punktu widzenia wielu konsekwencji prawnych, między innymi liczenia upływu okresu przedawnienia - należy uznać za czas popełnienia przestępstwa ciągłego ostatni moment działania (lub zaniechania) sprawcy, a więc ujmując rzecz w najprostszy sposób - czas ostatniego ze składających się na to przestępstwo zachowań (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 2002 r., II KKN 387/01, Lex Nr 52943, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2011 r., III KK 89/11, OSNKW 2012, z. 2, poz. 12 i przytoczone tam inne judykaty)...” oraz Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2015r, III KK/o 300/15, Lex Nr 193848 , postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 maja 2015r. IIKK 131/15 Lex nr 1786792.

W sprawie nie było więc podstaw do uznania, że nastąpiło przedawnienie przewinienia dyscyplinarnego skoro okresem zakończenia czynu był dzień 31 października 2014r. kiedy strony definitywnie zakończyły współpracę; jest to rozpoczęcie biegu przedawnienia.

Należy również zauważyć, że bieg przedawnienia przerywa wszczęcie dochodzenia przez Rzecznika Dyscyplinarnego, a nie złożony przez niego wniosek o ukaranie jak wskazuje obwiniony. Zastępca Rzecznika Dyscyplinarnego OIRP w Poznaniu wszczął dochodzenie Postanowieniem z dnia 5 marca 2015r.

Potwierdza to Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 lipca 2016r. sygn. akt SDI 58/15 LEX nr 2107107

„Termin przedawnienia, określony w art. 70 ustawy z 1982 r. o radcach prawnych zostaje przerwany nie w momencie złożenia wniosku o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego, ale z momentem podjęcia przez rzecznika dyscyplinarnego decyzji o wszczęciu dochodzenia.”

Obwiniony w uzasadnieniu podniósł, że w sprawie nie zachodzą okoliczności przemawiające za uznaniem jego winy wobec tego, że pokrzywdzony złożył pismo o cofnięciu skargi i umorzeniu postępowania co nie zostało dostrzeżone przez Sąd I Instancji.

OSD w Poznaniu zasadnie podniósł, że nie jest związany złożeniem przez pokrzywdzonego P. S. oświadczenia o cofnięciu swojej skargi wobec obwinionego z dnia 16.11.2016r. i umorzenie postępowania. Po wniesieniu skargi przez pokrzywdzonego i uznaniu przez rzecznika dyscyplinarnego jej zasadności sprawa prowadzona jest z urzędu. W tym miejscu należy przytoczyć uzasadnienie orzeczenia Wyższego Sądu Dyscyplinarnego KIRP z 15 września 2015r. WO-188/2014 „ (...) postępowanie dyscyplinarne jest postępowaniem publicznoprawnym i może , a wręcz powinno toczyć się nawet po cofnięciu skargi, która na gruncie tego postępowania jest traktowana jako zawiadomienie o możliwości popełnienia przewinienia dyscyplinarnego. (...).”

Wyższy Sąd Dyscyplinarny w tym składzie podziela w całej rozciągłości powyższe stanowisko. Cofnięcie skargi przez pokrzywdzonego nie jest równoznaczne z brakiem winy obwinionego i nie skutkuje umorzeniem postępowania.

Mając powyższe na uwadze, niezasadny jest zarzut obwinionego, że cofnięcie skargi nie jest okolicznością świadczącą o niewinności obwinionego.

Obwiniony wniósł o chylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy OSD do ponownego rozpoznania i przeprowadzenie właściwego postępowania dowodowego w tym o przesłuchanie P. S. jako pokrzywdzonego.

Należy zauważyć w aktualnym stanie prawnym przepis art. 437 § 2 drugie k.p.k. zdanie drugie wskazuje, że uchylenie

orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania może nastąpić wyłącznie w wypadkach wskazanych w art. 439 § 1, art. 454 lub jeżeli jest konieczne przeprowadzenie na nowo przewodu w całości.

W niniejszej sprawie nie zachodzi żadna z przesłanek określonych w/w przepisie, nie było więc podstaw do uchylenia zaskarżonego orzeczenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania przez OSD.

Zgodnie z art. 452 § 2 k.p.k. Sąd odwoławczy oddala wniosek dowodowy, jeżeli przeprowadzenie dowodu przez ten sąd byłoby niecelowe z przyczyn określonych w art. 437 § 2 zdanie drugie k.p.k. A contrario z art. 452 § 2 k.p.k. wynika, że gdy nie ma podstaw z art. 437 § 2 zdanie drugie k.p.k., sąd odwoławczy nie może uchylić wyroku sądu pierwszej instancji i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania w celu przeprowadzenia dowodu. W konsekwencji, gdy nie zachodzą ogólne przesłanki oddalenia wniosku dowodowego wymienione w art. 170 § 1 k.p.k., sąd odwoławczy powinien przeprowadzić dowód w instancji odwoławczej.

Mając powyższe na uwadze Wyższy Sąd Dyscyplinarny przyjął, do rozpoznania wniosek dowodowy obwinionego o dopuszczenie dowodu z przesłuchania P. S..

W myśl art. 427 § 3 k.p.k. „odwołujący się może również wskazać nowe fakty lub dowody, jeżeli nie mógł powołać ich w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji.”

W niniejszej sprawie nie było żadnych powodów, aby uznać, iż obwiniony nie mógł złożyć tożsamego wniosku dowodowego w postępowaniu pierwszo instancyjnym przed Okręgowym Sądem Dyscyplinarnym OIRP w Poznaniu. Taka inicjatywa dowodowa pojawiła się dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Traktując wniosek obwinionego o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie do ponownego rozpoznania jako wniosek dowodowy należało stwierdzić prekluzję dowodową z art. 427 § 3 k.p.k., gdyż obwiniony nie zgłaszał wniosku o dowód z przesłuchania P. S. do chwili wyrokowania przez OSD jako Sąd I Instancji, choć nic nie stało temu na przeszkodzie. Zawnioskowany dowód był znany obwinionemu przed wydaniem orzeczenia w I Instancji. Obwiniony w wezwaniu na rozprawę przed OSD został skutecznie pouczony o możliwości wniesienia odpowiedzi na wniosek o ukaranie i złożenia wniosków dowodowych.

Obwiniony ponadto nie wykazał, że nowego faktu lub dowodu nie mógł powołać przed Okręgowym Sądem Dyscyplinarnym w Poznaniu. Konsekwencją niewykazania okoliczności, o której mowa w art. 427 § 3 k.p.k. jest niedopuszczalność przeprowadzenia dowodu.

Ponadto WSD uznał, iż wniosek dowodowy nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego wszelkie okoliczności zostały wyjaśnione. Zeznania świadka oraz wyjaśnienia obwinionego są ze sobą zgodne.

Wobec powyższego wniosek dowodowy podlegał oddaleniu w trybie art. 170 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 427 § 3 k.p.k.

Mając powyższe na uwadze Wyższy Sąd Dyscyplinarny utrzymał w mocy orzeczenie OSD w Poznaniu uznając, że obwiniony popełnił zarzucane mu przewinienie dyscyplinarne i, że orzeczenie wobec obwinionego kary nagany jest uzasadnione.

Kara musi być współmierna do popełnionego przewinienia - tak wynika z dyrektywy wynikającej z art. 62³ ustawy o radcach prawnych. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że aby kara spełniała wymóg współmierności do czynu, za jaki jest nakładana, powinna być stosowana do rodzaju naruszonego obowiązku i stopnia jego naruszenia, rodzaju i stopnia winy, rodzaju i rozmiaru ujemnych następstw popełnienia przewinienia, a także powinna uwzględniać zachowanie się sprawcy przewinienia dyscyplinarnego po jego popełnieniu, w szczególności starania o usunięcie ujemnych następstw popełnienia przewinienia i okazaną skruchę.

Rażąca niewspółmierność kary, zachodzić może tylko wówczas, gdy na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny mieć zasadniczy wpływ na wymiar kary, można było przyjąć, że zachodziłaby wyraźna różnica pomiędzy karą wymierzoną przez sąd pierwszej instancji a karą, jaką należałoby wymierzyć w instancji odwoławczej w następstwie prawidłowego zastosowania w sprawie dyrektyw wymiaru kary przewidzianych.

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy podkreślić przede wszystkim należy, iż lektura uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia jednoznacznie wskazuje, iż Okręgowy Sąd Dyscyplinarny w prawidłowy sposób ustalił katalog okoliczności mających wpływ na wymierzoną karę i nadał im właściwe znaczenie.

OSD wymierzając obwinionemu karę wziął pod uwagę zachowanie się obwinionego wobec pokrzywdzonego i w postępowaniu dyscyplinarnym.

Obwiniony nie przeprosił pokrzywdzonego, nie wyraził skruchy. Obwiniony nie złożył pozwu, oraz nie informowanie klienta o sprawie, co uniemożliwiło pokrzywdzonemu egzekucję należności.

OSD zasadnie uznał, że okoliczności popełnienia czynu są wysoce naganne zważywszy na uporczywe i długotrwałe uchylanie się jako pełnomocnika od kontaktów z klientem, przekazywanie nieprawdziwych informacji i udzielanie odpowiedzi na pytania dopiero w toku postępowania dyscyplinarnego. OSD wziął również pod uwagę, że obwiniony wielokrotnie nie stawiał się na wezwania w postępowaniu prowadzonym przez Zastępcę Rzecznika. Nadmienić należy, że obwiniony był wcześniej karany w postępowaniu dyscyplinarnym.

Zasadnie również OSD uznał, że złożenie przez pokrzywdzonego oświadczenia o cofnięciu skargi nie jest okolicznością łagodzącą.

O kosztach postępowania odwoławczego Wyższy Sąd Dyscyplinarny orzekł w oparciu o art. 70⁶ ust.2 ustawy z dnia 6 lipca 1982r. o radcach prawnych (tekst jednolity Dz. U. 2016r. poz.233 z późn. zm.) obciążając obwinionego kwotą zryczałtowanych kosztów postępowania dyscyplinarnego przed Wyższym Sądem Dyscyplinarnym Krajowej Izby Radców Prawnych w Warszawie.