

Lublin, dnia 4 kwietnia 2024 r.

Dr Michał Skwarzyński¹

Opinia prawna w zakresie naruszenia praw człowieka
ks. Michała Olszewskiego

Prezentowana opinia, powstała na kanwie złamania podstawowych praw człowieka ks. Michała Olszewskiego w związku z tokiem postępowania przygotowawczego w tzw. sprawie Archipelagu Wolności i dotacji otrzymanych na jego powstanie przez Fundację Profeto.

Opinia bazuje nie na aktach sprawy, a na stanie prawnym jaki został wykreowany w tej sprawie przez Prokuratora Generalnego i Prokuraturę Krajową. Opinia nie zawiera i nie ujawnia, żadnych elementów nieznanymi publicznie, pokazuje skalę i sposób naruszenia praw człowieka ks. Michała Olszewskiego.

Naruszenia są tak poważne, że nie mamy do czynienia z podejrzanym, bowiem wadliwie powołano autorkę wszelkich postanowień w tej sprawie. Wszyscy obecni prokuratorzy Zespołu Śledczego nr 2 podlegają oczywistemu wręcz wyłączeniu w tej sprawie, zaś Michałowi Olszewskiemu odmówiono fundamentalnego prawa do obrony z powodów politycznych i wyznaniowych, jak dostępu do obrońcy czy akt aresztowych.

Prezentowana analiza zawiera następujące części:

Wnioski

- I) Skutki podstawienia P.O. Prokuratora Krajowego Jacka Bilewicza, dla późniejszego zarządzania tzw. nieaktami w Prokuraturze Krajowej;**
- II) Legalizacja „politycznej vendetty” na Zbigniewie Ziobro a obowiązki wyłączenia się prokuratora ze sprawy;**
- III) Prawo człowieka do obrony przez obrońcę w czasie zatrzymania i pierwszych wyjaśnień przed organami ścigania;**
- IV) Prawo dostępu do akt sprawy i widzenia z klientem jako fundament obrony przed niesłusznym tymczasowym aresztowaniem;**

Wnioski:

- I) W sprawie braku prawidłowo umocowanego prokuratora, bowiem niezależnie od poglądu czy Prokuratorem Krajowym jest Dariusz Barski², czy też był P.O. Prokuratora**

¹ Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, Wydział Prawa Prawa Kanonicznego i Administracji, Katedra Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego. Adwokat, Izba Adwokacka w Lublinie, www.adw.org.pl. ORCID 0000-0002-4357-8035. Tekst zostanie opublikowany, jako artykuł naukowy, po wskazanych przez redakcję czasopisma poprawkach.

² Zdaniem autora, jest on prokuratorem krajowym, a opinie prawne stanowią wyłącznie siłową i życzeniową wykładnię prawa. Przepis z przepisów wprowadzających, może i powinien mieć charakter tymczasowy, ale z woli ustawy nie ma takiego charakteru, a przepisy rozporządzenia o poprawnym tworzeniu aktów normatywnych nie mogą i nie uchylają przepisu ustawy. W tej sprawie jednak analiza jest zbędna, bowiem Pani Marzena Kowalska została powołana do Prokuratury Krajowej przez Jacka Bilewicza, rozważania te miałyby sens, w przypadku powołania przez Dariusza Korneluka, który jest wybrany na miejsce obsadzone, z ewidentnym obejściem art. 14 § 1 upr.

Krajowego Jacek Bilewicz, to wszelkie czynności podjęte przez Prokuratora Jacka Bilewicza nie wywołują żadnych skutków prawnych, **także powołanie do Prokuratury Krajowej Marzeny Kowalskiej wydające postanowienie w tej sprawie**, ponieważ:

a) jeśli Prokuratorem Krajowym jest Dariusz Barski, to nie złożył on wniosku o powołanie Marzeny Kowalskiej co jest wbrew *verba legis* ustawy o prokuraturze art. 74 § 1 upr³ i 76 upr w zw. z art. 14 § 1 upr, w zw. z 47 § 1-4 wpr.upr⁴;

b) **zakładając, że Dariusz Barski nigdy nie był Prokuratorem Krajowym**, bowiem art. 47 § 1-4 wpr.upr miał charakter czasowy, a na takim stanowisku stoi Prokurator Generalny i zapewne oskarżyciel w tej sprawie to:

- **wszelkie czynności prokuratora w stanie spoczynku a takim jest D. Barski, są dokonane wadliwie** – nie ma normy na sanację takiej sytuacji, równie dobrze ja mógłbym podpisać jakikolwiek dokument, jako Prokurator Krajowy, miałby taką samą moc, czyli żadną;

- **Prokurator w stanie spoczynku Dariusz Barski nie mógł złożyć wniosku o powołanie do prokuratury krajowej prokuratora Jacka Bilewicza**, a to on to zrobił, co łamie art. 76 § 1 upr, a sytuacja ta jest „gorsza” niż w sprawach sporu o *neoKRS*, bo powołanie przez Prokuratora Generalnego **nie jest prerogatywą konstytucyjną**, jak powołanie Sędziego przez Prezydenta, więc udział organu wadliwego, prokuratora w stanie spoczynku niweczy ten wybór, wniosek Dariusza Barskiego stanowi tzw. nieakt;

- Prokurator innej prokuratury niż krajowa, nie może zostać Prokuratorem Krajowym czy P.O. Prokuratora Krajowego, a taki status miał Jacek Bilewicz;

- **Jacek Bilewicz nie mógł zatem brać udziału w powołaniu do Prokuratury Krajowej Marzeny Kowalskiej, jaka wydała w tej sprawie postanowienie, nie był bowiem nigdy Prokuratorem Prokuratury Krajowej**, wniosek Jacka Bilewicza stanowi tzw. nieakt;

- **Marzena Kowalska zatem nie była i nie jest uprawniona do wydawania postanowień w tej sprawie, bo nie jest skutecznie powołana do Prokuratury Krajowej, a postępowanie prowadzi ta prokuratura, a jednocześnie nie jest już prokuratorem prokuratury okręgowej, zatem nie przedstawiono w sprawie zarzutów – jest to tzw. nieakt, postanowienia o zatrzymaniu osoby, zatrzymaniu rzeczy, przeszukaniu stanowią także tzw. nieakty, w sprawie brak jest także skutecznego wniosku o areszt, to także tzw. nieakt;**

Działanie takie rażąco narusza w zw. z art. 45 § 1 kpk w zw. z art. 5 ust. 1 i 2 EKPCz, art. 6 ust. 1, ust. 3 lit.a-c EKPCz, w zw. z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, w zw. z art. 45 ust. 1 i 2 Konstytucji RP, w zw. z art. 41 ust. 3 Konstytucji RP, w zw. z art. 74 § 1 upr i 76 upr, w zw. z art. 14 § 1 upr, w zw. z 47 § 1-4 wpr.upr.

II) Prawo karne zabrania sądenia czy oskarżania przez osoby zaangażowane w jakiś spór o charakterze politycznym czy personalnym, a taki charakter ma „polityczna vendetta” na Zbigniewie Ziobrze. **Wszyscy obecni prokuratorzy Zespołu Śledczego nr 2 podlegają oczywistemu wręcz wyłączeniu w tej sprawie**. Stosowny wniosek został złożony, ale konstrukcja prawa do rzetelnego procesu karnego w fazie postępowania przygotowawczego i jego położenie w Konstytucji i aktach prawa międzynarodowego pozwalają na uznanie, że wszelkie ich czynności są „skażone” brakiem bezstronności. Wskazuje na to choćby już sama sygnatura sprawy jej numer wskazujący, że jest to najważniejsza i najpilniejsza sprawa karna

³ Ustawa o prokuraturze.

⁴ Ustawa z dnia 28 stycznia 2016 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo o prokuraturze Dz.U. z 2016 r., poz. 178.

w kraju, po zmianie władzy.

Badanie ewentualnych nieprawidłowości powinno być zlecone rzeczywiście niezależnym prokuratorom, a nie prokuratorom jakich zdegradował Zbigniew Ziobro, jako poprzedni Minister Sprawiedliwości / Prokurator Generalny lub były to osoby mające z nim konflikt na tle służbowym, bo osoby takie w oczywisty sposób nie korzystają z domniemania bezstronności, niezależności i nie gwarantują rzetelnego procesu. Tymczasem wydaje się, że było to kryterium wyboru do Zespołu Śledczego, o czym informowały szeroko media. **Nie stanowiło żadnego problemu wskazanie jako prokuratorów do Zespołu Śledczego nr 2, takich, którzy nie są obciążeni to oczywiście znaną sytuacją (fakt notoryjny).**

Nie istnieje żaden problem, aby prokuratorzy Zespołu Śledczego nr 2 nie byli w konflikcie na tle awansowym i personalnym z osobą u jakiej dokonują przeszukań a jednocześnie „zapominają” do niej zadzwonić. Prokuratorzy, którzy nie mają powodów do konfliktu zasadniczo nie popełniają tak rażących uchybień.

Ponadto tzw. przecieki do prasy z akt (których nie widzieli obrońcy) mogą wskazywać, na zaangażowanie polityczno – publicystyczne dysponenta tych akt, co nie może mieć miejsca w państwie prawa.

Nie istnieje żaden problem, aby stworzyć zespół złożony z takich Prokuratorów wobec, których nie da się nawet formułować takich przypuszczeń.

Działanie takie stanowi rażące naruszenie art. 41 i 47 kpk, w zw. w zw. z art. 5 ust. 1 i 2 EKPCz, art. 6 ust. 1, ust. 3 lit.a-c EKPCz, w zw. z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, w zw. z art. 45 ust. 1 i 2 Konstytucji RP, w zw. z art. 2 Konstytucji RP.

III) Istnieje potwierdzone orzecznictwem ETPCz i TK prawo człowieka do obrony przez obrońcę w czasie zatrzymania i pierwszych wyjaśnień przed organami ścigania, a tu mimo wiedzy o obrońcy nie powiadomiono go o czynnościach.

Działanie takie stanowi rażące naruszenie art. 5 ust. 1 i 2 EKPCz, art. 6 ust. 1, ust. 3 lit.a-c EKPCz, w zw. z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, w zw. z art. 45 ust. 1 i 2 Konstytucji RP w zw. z art. 41 ust. 3 Konstytucji RP, w zw. z art. 227 kpk w zw. z art. 219 § 1 i 2 kpk w zw. art. 220 § 1,2,3 kpk 180 § 3 kpk w zw. z art. 217 § 1,2 i 5 kpk w zw. z art. 225 § 1 kpk w zw. z art. 236a kpk, w zw. z art. 224 § 2 kpk.

IV) Istnieje potwierdzone orzecznictwem ETPCz i TK prawo człowieka do realnej obrony przez obrońcę, poprzez umożliwienia widzenia z klientem oraz od efektywnego zapoznania się z aktami aresztowymi, co nie zostało zapewnione w sprawie żadnemu z obrońców.

Działanie takie stanowi rażące naruszenie art. 156 § 1 i 2 oraz 5a kpk, w zw. z art. 249a § 1 kpk, w zw. z art. 6 ust. 1 EKPCz w zw. z art. 6 ust. 3 lit. b,c i d EKPCz w zw. z art. 13 EKPCz w zw. z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP w zw. z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP.

I) Skutki podstawienia P.O. Prokuratora Krajowego Jacka Bilewicza, dla późniejszego zarządzania tzw. nieaktami w Prokuraturze Krajowej;

Specjalistę z praw człowieka, prawa konstytucyjnego z przeraża wręcz pomysł dotyczący prokuratora D. Barskiego. Nie można twierdzić, że prokurator w stanie spoczynku wydawał legalne decyzje nominacyjne, delegacyjne, procesowe itd. To *podstawienie* nie ma

wyłącznie charakteru zamiennego i retorycznego, jest to *podstawienie* podobne do błędu w szachach skutkującego oddaniem figury. Ten ruch w istocie „wybija zęby” prokuraturze i czyni ją bezradną.

Analizując po kolei, sprawa powołania D. Barskiego i J. Bilewicza dotyka tak naprawdę **tego samego zagadnienia co spór o neoKRS**. Istnieje jednak istotna różnica. W sprawie sędziego istnieje prerogatywa prezydencka i wadliwa KRS nie niweczy skuteczności powołania sędziowskiego. Inaczej jest z wadliwym udziałem prokuratora w stanie spoczynku w nominacji prokuratorskiej. Tu norma konstytucyjna nie chroni takiego powołania. Tym samym skażenie procesu nominacyjnego przez prokuratora w stanie spoczynku⁵ niweczy takie powołanie. Przecież cała argumentacja dot. neoKRS ma pełne zastosowanie w tej sprawie. Albo stosujemy te same zasady cały czas, albo nie.

Retorycznym jest pytanie, co się stanie, jak kiedyś TK, ETPCz, TSUE, KPC stwierdzi, w oparciu o case neoKRS, że tu doszło do podobnej sytuacji. Czy ktoś ma świadomość o skali wznowień i wzruszeń postępowań? Przecież beneficjentem tego zamieszania będą grupy przestępcze i mafie, zwłaszcza vatowskie.

Teraz zatrzymanie tej sytuacji uratuje system prawny w przyszłości.

Dalej zdaniem autora w uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego sygn. akt I KZP 2/22 z dnia 2 czerwca 2022 r. dochodzi do błędnej interpretacji roli KRS przez SN, jak i błędnej interpretacji wyroku ETPCz (Wielka Izba) z dnia 1 grudnia 2020 r. – Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii (wniosek nr 26374/18) w pkt. I i II testu trójstopniowego.

Jest tak dlatego, że wady składu KRS nie wpływają w sposób dostatecznie poważny na **powołanie sędziego, a tylko te dotyczące powołania mają znaczenie w teście**. Braki KRS są oderwane od powołania, bo SN dostrzega słusznie, że to niekontrolowana prerogatywa Prezydenta RP. Sędziego powołuje Prezydent RP, to wad powołania nie było. Tutaj „prerogatywa” Prokuratora Generalnego nie jest w stanie sanować tej wadliwości organu pośredniego związanego z rolą P.O. Prokuratora Krajowego. Nie ma normy, która to sanuje.

Nie jest przy tym tak, że wady KRS są bez znaczenia. Prawidłowo ukształtowany KRS i prawidłowe zbadanie daje bowiem sędziemu ocenionemu przez organ domniemanie istnienia wszelkich atrybutów sędziowskich, brak zbadania powoduje, że łatwiej kwestionować poszczególne aspekty, ale nie dotyczy to statusu sędziego (sygnał taki – o takim kierunku skutków można odnaleźć na s. 28 Uchwały). Fakt błędnego obsadzenia KRS

⁵ Tym bardziej bez wniosku Dariusza Barskiego, jeśli przyjąć, że on jest prokuratorem krajowym.

powoduje, że brak jest swoistego domniemania, że sędzia w każdym przypadku jest bezstronny. Wadliwość KRS powoduje, że brak jest tego swoistego domniemania i konkretnych okolicznościach danej sprawy łatwiej jest wykazywać ewentualne wątpliwości co do bezstronności. Nie istnieją one „abstrakcyjnie” i „uniwersalnie” wobec danego sędziego, a konkretnie w związku z brakiem prawidłowego składu osobowego KRS. Problem zatem powstaje w zakresie bezstronności a nie nominacji sędziowskiej, bo ją „ratuje” prerogatywa prezydencka. **Tutaj brak jest jakiegokolwiek normy, która stan spoczynku D. Barskiego sanuje. Jego wszelkie czynności są nieważne – są nieaktami lub** lub „quasi-nieaktami idąc nurtem argumentacji obecnego orzecznictwa SN. **W zakresie powołania J. Bilewicza także. Skoro tak, to również nieaktem jest powołanie Marzeny Kowalskiej i jej nieakty – postanowienia w tej sprawie.**

Słusznie Trybunał w Strasbourgu zwrócił uwagę, że przy ocenie, czy procedura jako całość była rzetelna⁶, a jak za taką uznać, gdy „nieaktem” lub „quasi-nieaktem” obchodzi się art. 14 upr i procedurę odwołania prokuratora Barskiego, albo uznaje się, że nie był on prokuratorem krajowym, ale podejmował ważne czynności prokuratora krajowego. Mamy zatem do czynienia z poważną wątpliwością, czy nie jest to tak zwany „nieakt”. Obrońca skarżącego wie, że „*tzw. nieakt, czyli czynność prawna nieistniejąca. Nieakt nie wiąże bowiem ani organów, ani strony, stąd dla uchylecia się przed jego skutkami nie zachodzi konieczność stwierdzenia jego wadliwości. Sytuacja taka może powstać w dwóch przypadkach: gdy wydano decyzję w nieistniejącym postępowaniu lub gdy w prawie istniejącym postępowaniu wydano nieistniejącą decyzję. Pierwszy przypadek zachodzi, gdy brak jest zdolności do prowadzenia postępowania przez podmiot, który je podjął lub prowadzi, albo jest legitymowany podmiot, ale nie istnieje strona. Drugi przypadek zachodzi, gdy decyzja nie ma prawnych cech o charakterze zewnętrznym lub nie została doręczona stronie*”⁷. Dalej „wydanie w istniejącym postępowaniu nieistniejącej decyzji dotyczyć może m.in. kształtu zewnętrznego rozstrzygnięcia. Przyjmuje się zatem, że mamy do czynienia z nieaktem, gdy w rozstrzygnięciu brak jest takich podstawowych elementów, jak: oznaczenie organu administracji publicznej wydającego akt, wskazanie adresata aktu, rozstrzygnięcie o istocie sprawy oraz podpis osoby reprezentującej organ administracji”⁸. Powstaje problem,

⁶ M. A. Nowicki, *Komentarz do art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, [w:] *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2017, System Informacji Prawnej LEX, oraz zwłaszcza orzecznictwo powołane w przyp. 1609.

⁷ Wyrok NSA z 16.07.2008 r., I OSK 1128/07, LEX nr 483187, por. B. Adamiak, *Wadliwość decyzji administracyjnej*, AUWr. Nr 955 *Prawo CLVI Wrocław 1986*, s. 45-50; teźże, *Zagadnienie decyzji nie istniejących w postępowaniu administracyjnym*, AUWr. Nr 1022, *Prawo CLXVIII, Wrocław 1990*, s. 9-13.

⁸ M. Jaśkowska, *4. Nieakt a nieważność* [w:] *Postępowanie administracyjne - ogólne i egzekucyjne*, red. M. B. Wilbrandt-Gotowicz, Warszawa 2023, *4. Nieakt a nieważność* oraz wyrok NSA w Warszawie z 20.07.1981 r., SA 1163/81 „*Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych*” 1982/9–10, poz. 169, z aprobującą glosą

czy nieaktem jest wydanie decyzji z celowym pominięciem jej właściwej podstawy w prawie materialnym. Działanie siłowe Organów jakie widać w tej sprawie i niezależnie od przyjęcia, czy D. Barski, był czy nie Prokuratorem Krajowym, to albo nie mógł on powołać J. Bilewicza do Prokuratury Krajowej – nieakt, bo był w stanie spoczynku, albo nie on wnioskował o powołanie M. Kowalskiej do Prokuratury Krajowej. Zastosowanie konstrukcji nieaktu ma oparcie w stałej linii orzeczniczej SN, gdzie: „*przyjmuje się zasadę uwzględniania przez sądy powszechne skutków prawnych orzeczeń organów administracyjnych. Zasada ta doznaje ograniczenia jedynie w myśl koncepcji tzw. bezwzględnej nieważności decyzji administracyjnej, która nie ma normatywnego umocowania, ale znajduje oparcie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, wyrażającym od kilkudziesięciu lat niezmienny pogląd, że **decyzja administracyjna nie może wywoływać skutków prawnych, pomimo jej formalnego nieuchylenia, jeśli jest dotknięta wadami, godzących w jej istotę jako aktu administracyjnego.** Do takich wad zalicza się brak organu powołanego do orzekania w określonej materii oraz niezastosowanie jakiegokolwiek procedury lub oczywiste naruszenie zasad postępowania administracyjnego (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 31 maja 1946 r., C.III. 217/46, OSN 1947, nr 1, poz. 25, z dnia 15 października 1951 r., C. 653/51, OSN 1952, nr 3, poz. 75, z dnia 29 czerwca 1957 r., 2 CR 499/57, OSN 1959, nr 3, poz. 88, z dnia 27 sierpnia 1959 r., 1 CR 1051/58, "Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 1960, nr 2, s. 58, z dnia 4 listopada 1959 r., 2 CR 669/59, OSPiKA 1962, nr 4, poz. 106, uchwały z dnia 21 listopada 1980 r., III CZP 43/80, OSNCP 1981, nr 8, poz. 142, z dnia 21 września 1984 r., III CZP 53/84, OSNCP 1985, nr 5-6, poz. 65, z dnia 27 listopada 1984 r., III CZP 70/84, OSNCP 1985, nr 8, poz. 108 oraz postanowienie z dnia 9 listopada 1994 r., III CRN 36/94, OSNCP 1995, nr 3, poz. 54 i wyrok z dnia 7 kwietnia 1999 r., I CKN 1079/97, OSNC 1999, nr 11, poz. 189).*

W niektórych orzeczeniach przyczynę bezwzględnej nieważności decyzji administracyjnej Sąd Najwyższy określił jako brak jakiegokolwiek podstawy prawnej (orzeczenie z dnia 30 stycznia 1948 r., C .III. 1680/47, "Przegląd Notarialny" 1948, nr 9-10, s. 313, wyroki z dnia 7 marca 1964 r., III CR 560/61, OSN wyd. Prokuratury Generalnej 1964, nr 8, poz. 60 i z dnia 12 marca 2004 r., II CK 47/03, "Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 2005, nr 5, s. 35). (...) Treść uzasadnień tych orzeczeń nie pozostawia wątpliwości, że określeniem "brak jakiegokolwiek podstawy prawnej" Sąd Najwyższy posłużył się, gdy nie było powołanego organu lub decyzję wydano z pominięciem wszelkich zasad proceduralnych albo gdy nie było materialnoprawnego uregulowania przedmiotu, co do

J. Borkowskiego.

którego organ administracyjny orzekł w decyzji. Jednoznaczne odróżnianie braku podstawy prawnej skutkującej uznaniem, że decyzja administracyjna nie może być traktowana jako wywołująca skutki prawne, od braku podstawy prawnej wyczerpującej zarzut merytorycznej bezpodstawności decyzji, ale wywołującej skutki prawne, wynika z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2005 r., IV CK 12/05(niepubl.)⁹. Tutaj mamy przedmiot materialnoprawny który wykluczał wydanie decyzji tej treści – art. 14 upr (D. Barski jest prokuratorem Krajowym) lub art. 47 wpr.upr w zw. z art. 74 ust. 1 i 76 upr (D. Barski nigdy nie wrócił ze stanu spoczynku i nie powołano ważnie J. Bilewicza, więc on nie powołał ważnie M. Kowalskiej). **Niestety skutek działań Prokuratora Generalnego konieczne jest zbadanie, czy mamy do czynienia z nieaktem powołania M. Kowalskiej czy nie. Doktrynie nie śniło się, aby było to konieczne w przypadku powołań prokuratorów.**

Słusznie zauważono w literaturze, iż „*W orzecznictwie sądów administracyjnych przyjmuje się, że o akcie nieistniejącym nie może być mowy, mimo że: nastąpiło prawidłowe załatwienie sprawy aktem, który nie jest wymagany przez prawo; brak jest oznaczenia daty decyzji; naruszono procedurę powołania na piastuna organu wydającego decyzję; doszło do ogłoszenia decyzji ustnej przez osobę inną niż wydająca decyzję i dokonująca adnotacji; rozstrzygnięcie doręczono podmiotowi niebędącemu stroną lub niemającemu osobowości prawnej; zamiast oryginału doręczono odpis decyzji; rozstrzygnięcie oparto na przepisach wewnętrznych; zamieszczono na decyzji adnotację „kopia” ; akt nie został podpisany przez wszystkich członków organu kolegiального; rozstrzygnięcie organu zostało podpisane przez osobę nieuprawnioną; decyzję podpisano bez podania imienia, nazwiska i stanowiska służbowego, z którego wynikałoby upoważnienie do jej wydania; niewłaściwie lub niewyczerpująco określono adresata decyzji lub nie zamieszczono pieczętki oznaczającej organ. Wady te skądinąd mogą stanowić podstawę stwierdzenia nieważności decyzji. Wszelako, ostateczna decyzja administracyjna, nawet gdy jest dotknięta oczywistymi wadami uzasadniającymi jej nieważność, nie jest aktem pozornym, lecz aktem istniejącym i funkcjonującym w obrocie prawnym. Korzysta ona z domniemania prawidłowości i ma moc obowiązującą dopóty, dopóki nie zostanie usunięta z obrotu prawnego*”¹⁰. Jako przykładu nie podano zaś celowego przemilczenia niewygodnego przepisu prawa materialnego i zastosowanie w jego miejsce innego przepisu prawa materialnego. **Zasadnie wskazuje się w oparciu o orzecznictwo SN¹¹, że „sąd w postępowaniu cywilnym jest obowiązany uwzględniać stan prawny wynikający z osnowy ostatecznej decyzji administracyjnej, chyba że**

⁹ Uchwała SN(7) z 9.10.2007 r., III CZP 46/07, OSNC 2008, nr 3, poz. 30.

¹⁰ S. Gajewski, A. Jakubowski, *Nieakt w prawie administracyjnym*, ZNSA 2013, nr 6, s. 73-88, pkt. 4.

¹¹ Uchwała SN z 9 października 2007 r., III CZP 46/2007, LexisNexis nr 1610308, OSNC 2008, nr 3, poz. 30 i cytowane tam orzecznictwo.

decyzja została wydana: przez organ oczywiście niewłaściwy, **bez jakiegokolwiek podstawy w obowiązującym prawie materialnym lub z oczywistym naruszeniem reguł postępowania administracyjnego**¹². Wówczas, zdaniem SN, sąd nie jest związany decyzją administracyjną, ponieważ jest ona bezwzględnie nieważna (nieistniejąca prawnie) i - pomimo jej formalnego nieuchylenia - nie wywołuje skutków prawnych¹³. Zasadna jest teza, że obserwuje się w orzecznictwie SN odejście od pozanormatywnej doktryny bezwzględnej nieważności decyzji - jako kontrowersyjnej - na rzecz koncepcji konwencjonalnie rozumianego aktu nieistniejącego, SN dostrzega bowiem, że brak jest w k.p.a. przesłanek różnicujących stopień nieważności. Krytykę tę odniesiono również do posługiwania się pojęciem oczywistego naruszenia prawa administracyjnego¹⁴. Podobny pogląd wyraża A. Sadza w: *Wady istotne i ich znaczenie dla zakresu związania decyzją* [w:] *Wpływ decyzji Urzędu Patentowego Rzeczypospolitej Polskiej na postępowanie cywilne w sprawach z zakresu prawa własności przemysłowej*, Warszawa 2021. Poglądy te nie są w pełni kompatybilne z tą sprawą, ale wyjątkowość regulacji ustawy i bezprawność działania Ministra/Prokuratora Generalnego wskazują, że koncepcja bezwzględnej nieważności może mieć tu nadal zastosowanie.

Standard badania braku skuteczności powołania wynika z orzecznictwa trybunałów europejskich w sprawach tzw. neoKRS, jak i SN w Uchwale połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r. sygn. akt BSA I-4110-1/20. Do uchwały SN było 6 zdań odrębnych wskazujących zasadniczo, że status sędziego jest nienaruszalny. Z tymi poglądami tych zdań należy się zgodzić, a najbardziej trafne jest zdanie odrębne sędziego W. Kozielowicza¹⁵. Sprawę dodatkowo skomplikował Wyrok TK z dnia 20 kwietnia 2020 r., w sprawie sygn. akt U 2/20, który stwierdził, że Uchwała połączonych Izb SN: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 23 stycznia 2020 r., sygn. akt BSA I-4110-1/20, jest niezgodna z: art. 179, art. 144 ust. 3 pkt 17, art. 183 ust. 1, art. 45 ust. 1, art. 8 ust. 1, art. 7 i art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej; art. 2 i art. 4 ust. 3 TUE; art. 6 ust. 1 EKPCz. Budzi wątpliwości, czy TK mógł orzec w przedmiocie Uchwały SN, bowiem TK w Polsce bada akty normatywne. TK uznał, że Uchwała ma charakter normotwórczy. Polski TK w Postanowieniu z dnia 15 czerwca 2021 r., w sprawie sygn. akt P 7/20 określił także jako nieistniejący wyrok

¹² S. Gajewski, A. Jakubowski, *Nieakt w prawie administracyjnym*, ZNSA 2013, nr 6, s. 73-88, pkt. 5 oraz K. Weitz, w: J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2009, s. 94.

¹³ Wyrok SN z 7 lipca 2005 r., IV CK 12/2005.

¹⁴ S. Gajewski, A. Jakubowski, *Nieakt w prawie administracyjnym*, ZNSA 2013, nr 6, s. 73-88, pkt. 5.

¹⁵ Szerzej zob. Zdanie odrębne W. Kozielowicza do Uchwały połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r. sygn. akt BSA I-4110-1/20.

ETPCz z dnia 7 maja 2021 r. w sprawie Xero Flor p. Polsce¹⁶, jako non existens – zob. pkt 2.2. i następne.

W odpowiedzi SN wydał Postanowienie w składzie 3 osobowym z dnia 16 września 2021 r. w sprawie sygn. akt I KZ 29/21 stwierdzające, że z uwagi na udział w procesie powoływania w Polsce sędziów takiego organu, jakim jest Krajowa Rada Sądownictwa w składzie ukształtowanym nowelą z 2017 r.¹⁷ osoba powołana na urząd sędziego, orzekając w określonej sprawie, nie stanowi niezależnego i bezstronnego sądu ustanowionego ustawą w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPCz oraz, że Wyrok TK w sprawie sygn. akt P 7/20 z dnia 15 lipca 2021 r.¹⁸ jest dotknięty taką samą wadą, jak Wyrok TK w sprawie sygn. akt U 2/20, a zatem już chociażby z tego powodu nie wywołuje skutku z art. 190 ust. 1 Konstytucji RP. Dopiero uchwała 7 sędziów powołana wyżej zaczyna porządkować tę sytuację. Mnogość judykatów pozwala jednak na wnioski, co do skutków wadliwej procedury nominacyjnej.

W zasadniczej części chodzi o wyrok TSUE z dnia 6 października 2021 r. w sprawie sygn. akt. C-487/19, w Wyroku tym TSUE stwierdził, że mimo wad KRS Sędzia Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych jest Sędzią Sądu Najwyższego¹⁹, **ale dlatego, że objęte jest to prerogatywą prezydenta. Nominacja Prokuratora Generalnego nie ma takiego charakteru.**

Dalej stanowisko zajął ETPCz w Wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. w sprawie Dolińska-Ficek i Ozimek, p. Polsce, skargi nr 49868/19 i 57511/19, gdzie można wyczytać sugestie, gdzie w istocie leży problem. Orzeczenie to jest w dużej mierze powtórzeniem Wyroku z dnia 22 lipca 2021 r. w sprawie Reczkowicz p. Polsce skarga nr 43447/19.

W sprawie przed ETPCz Dolińska-Ficek i Ozimek – skarżący zarzucili, że Sędziowie Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych SN, zostali wybrani w trybie z udziałem nowej KRS, **która nie dawała żadnych gwarancji niezawisłości i bezstronności**, co wynika z faktu, że: **doszło do bezprawnego skrócenia kadencji członków poprzedniej KRS; wybór większości KRS przez władze polityczne**; istnienie ewentualnych nieprawidłowości w procedurze wyboru członków KRS; sposób wykonywania przez KRS swoich konstytucyjnych zadań; oraz brak skutecznego środka odwoławczego od uchwał KRS. Przecież tu doszło do tego samego. Zmieniono obchodząc art. 14 upr Prokuratora Krajowego. Jest to działanie polityczne. **Ocena takiej zmiany powinna przebiegać w takim samym trybie intelektualnym i logicznym, jak zmiany w składzie KRS, w czasie kadencji.**

¹⁶ Wyrok ETPCz z dnia 7 maja 2021 r. w sprawie Xero Flor p. Polsce skarga nr 4907/18.

¹⁷ Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2018 r. poz. 3 z późn. zm., dalej jako ustawa z 2017 r.; ustawa o zmianie KRS.

¹⁸ Choć w istocie SN kwestionuje Postanowienie TK z dnia 15 czerwca 2021 r. w tej sprawie.

¹⁹ Wyrok TSUE z dnia 6 października 2021 r. w sprawie sygn. akt. C-487/19, pkt. 134, 138-152.

Ważna jest przy tym kwestia standardu wyznaczonego sprawą Guðmundur Andri Ástráðsson v. Islandii, skarga nr 26374/18 i Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z dnia 1 grudnia 2020 r. ETPCz wskazał, że zgodnie z Wyrokiem Wielkiej Izby ETPCz z dnia 1 grudnia 2020 r. w sprawie Guðmundur Andri Ástráðsson v. Islandii, skarga nr 26374/18 sąd ustanowiony ustawą w rozumieniu art. 6 ust. 1 ETPCz, to sąd ustanowiony wolą parlamentu²⁰, dotyczy osób o odpowiednich kompetencjach merytorycznych i moralnych²¹; pojęcie „ustanowienia” ma gwarantować brak wpływu zwłaszcza władzy wykonawczej²²; a ustanowienie „ustawą/mocą prawa” ma gwarantować zachowanie procedury powołania sędziego²³. W tej sprawie Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii ETPCz stwierdził ponadto, że prawo krajowe dotyczące powoływania sędziów powinno być sformułowane w sposób jednoznaczny, **aby nie dopuścić arbitralnej ingerencji w proces powoływania²⁴ oraz że istnieje związek między sądem ustanowionym ustawą, a bezstronnością i niezawisłością sądu²⁵. Oczywiście prokurator to nie sędzia, ale jeśli złamano standard i arbitralnie ingerowano w proces powołania, więc i odwołania to wpływa to tak samo na brak bezstronności i niezależność prokuratora.**

Wyrok Kövesi v. Rumunia z dnia 5 maja 2020 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 3594/19, w pkt. 208 jest bezwzględny i określa, że **kluczowym elementem zachowania niezależności wymiaru sprawiedliwości jest potrzeba zagwarantowania niezależności również prokuratorom.**

W Wyroku Wielkiej Izby ETPCz z dnia 1 grudnia 2020 r. w sprawie Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii, skarga nr 26374/18 ustanowiono test trójstopniowy weryfikacji, czy sąd spełnia wymogi art. 6 ust. 1 EKPCz. Są to: I) oczywiste naruszenie prawa krajowego²⁶; II) wady powołania sądu ustawą, nie mogą mieć charakteru czysto technicznego, a muszą naruszać fundamentalne zasady powołania²⁷; III) ocena sądów krajowych co do zachowania procedury krajowej, jest częścią testu na gruncie EKPCz²⁸. Proszę ten standard

²⁰ Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z dnia 1 grudnia 2020 r. w sprawie Guðmundur Andri Ástráðsson v. Islandii, skarga nr 26374/18, pkt. 214.

²¹ Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z dnia 1 grudnia 2020 r. w sprawie Guðmundur Andri Ástráðsson v. Islandii, skarga nr 26374/18, pkt. 220-222.

²² Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z dnia 1 grudnia 2020 r. w sprawie Guðmundur Andri Ástráðsson v. Islandii, skarga nr 26374/18, pkt. 226 i 227.

²³ Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z dnia 1 grudnia 2020 r. w sprawie Guðmundur Andri Ástráðsson v. Islandii, skarga nr 26374/18, pkt. 229 i 230.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z dnia 1 grudnia 2020 r. w sprawie Guðmundur Andri Ástráðsson v. Islandii, skarga nr 26374/18, pkt. 231-234.

²⁶ Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z dnia 1 grudnia 2020 r. w sprawie Guðmundur Andri Ástráðsson v. Islandii, skarga nr 26374/18, pkt. 244 i 245.

²⁷ Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z dnia 1 grudnia 2020 r. w sprawie Guðmundur Andri Ástráðsson v. Islandii, skarga nr 26374/18, pkt. 246.

²⁸ Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z dnia 1 grudnia 2020 r. w sprawie Guðmundur Andri Ástráðsson v. Islandii,

odnieć do statusu Prokuratora Krajowego i prokuratorów tej prokuratury. Czy z uwzględnieniem oczywistych różnic w powołaniu sędziów i prokuratorów, ich statusu i roli, czy ten standard jest zachowany czy nie? Odpowiedź jest niestety oczywista.

II) Legalizacja „politycznej vendetty” na Zbigniewie Ziobro a obowiązki wyłączenia się prokuratora ze sprawy;

Dla tej kwestii wyłączenia prokuratorów oprócz dokonanej wyżej analizy, konieczne jest przeanalizowanie Uzasadnienia Uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego sygn. akt I KZP 2/22 z dnia 2 czerwca 2022 r., a następnie Wyroku SN sygn. akt III KK 404/21 z dnia 26 lipca 2022 r. oraz sprawy przed SN sygn. akt III KK 193/20. Niniejsze zagadnienie wymaga odniesienia się do dwóch aktualnych judykatów SN tj. Uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego sygn. akt I KZP 2/22 z dnia 2 czerwca 2022 r., a następnie Wyroku SN sygn. akt III KK 404/21 z dnia 26 lipca 2022 r. oraz sprawy przed SN sygn. akt III KK 193/20, gdzie orzekał sędzia J. Daniluk (była to sprawa wyroku, nie postanowienia o odszkodowaniu za niesłuszne tymczasowe aresztowanie). Trzeba zauważyć, że w/w Uchwała normalizuje sytuację prawną po uchwale 3 połączonych Izb SN. Nie można zgodzić się, ze wszystkimi punktami uchwały (pkt. 1 jest błędny, bowiem KRS jest organem konstytucyjnym, choć nieprawidłowo obsadzonym²⁹, pkt. 5 i 6 jest za daleko idący, a pkt. 7 przyjmując to co jest w pkt. 2,3,4 i 8 Uchwały oznacza, że wszak SN w tej Uchwale, nie podważa statusu sędziego po nowelizacji KRS (poza Sędziami SN³⁰), więc w przedmiocie problemowego źródła Uchwały (chodzi o tego samego Sędziego Sądu Apelacyjnego), nie ma powodu odwoływania do prawa UE, bowiem nie kwestionuje się statusu sędziego, a bada bezstronność (choćby instytucjonalną). Dla niniejszej sprawy ma znaczenie pkt. 2 Uchwały 7 sędziów określający, że można uznać wszystkich prokuratorów Zespołu II a priori za **pozbawionych bezstronności. Chodzi o ich spór z Ministrem Zbigniewem Ziobro, co jest faktem notoryjnym. Trzeba zatem przeprowadzić badanie bezstronności prokuratorów w tej sprawie, na wzór bezstronności instytucjonalnej z uchwały 7 sędziów.** Jeśli zgodzić się z twierdzeniem uchwały: *Sam zatem charakter rozpoznawanej sprawy, co do zasady, nie*

skarga nr 26374/18, pkt. 248 i 250.

²⁹ Przyjmując prawidłowość Uchwały, to członkowie określani w art. 187 ust. 1 pkt 1 i 3 Konstytucji RP, byli by powołani do organu nieistniejącego, a z ich perspektywy nominacja jest prawidłowa (w części następuje z mocy Konstytucji RP). Ustawodawca miał prawo zmienić zasady wyboru 15 członków KRS na bardziej demokratyczne, a wybrany model, mimo zamierzeń osłabił mandat demokratyczny. KRS nie jest przy tym organem sądowym, bo są w nim osoby z czystej nominacji politycznej, więc władzy ustawodawczej i wykonawczej, a zatem nie czysto sędziowskiej, choć przedstawicielei tej władzy jest najwięcej.

³⁰ Dochodzi tu do swoistego sprzężenia zwrotnego, bowiem w Uchwale 3 Izb stwierdza się oczywisty konstytucyjny równy status wszystkich sędziów w Polsce (dlatego w Uchwale 3 Izb podważono status wszystkich sędziów po nowym KRS), a na potrzeby tej Uchwały bez dostatecznego uzasadnienia próbuje się ten status zmieniać dla Sędziów SN, co nie ma żadnej podstawy konstytucyjnej.

ma tu pierwszorzędne znaczenia, bo nie chodzi tu o stronniczość wynikającą z okoliczności tejże konkretnej sprawy, choć niewątpliwie owe okoliczności w pewnych „wrażliwych” sytuacjach mogą uwypuklić problem bezstronności, zwłaszcza w sprawach postrzeganych jako mające podłoże „polityczne”, a więc przede wszystkim wiążących się problematyką respektowania przez Państwo swobód i wolności obywatelskich (s. 17 w/w Uchwały 7 sędziów), to przecież ta sprawa jest właśnie taką wrażliwą.

W tej mierze nawet odbiór w oczach opinii publicznej może mieć pewne znaczenie (por. wyroki ETPCz: z 10.10.2000 r., 42095/98, Daktaras v. Litwa, LEX nr 76722, oraz z 10.04.2003 r., 39731/98, Sigurdsson v. Islandia, LEX nr 78238).

Sam fakt udziału organu wadliwie obsadzonego w procesie nominacji jest wystarczające do stwierdzenia braku skutecznego powołania, ale jest także elementem koniecznym dla zbadania bezstronności.

Jasne jest przy tym, że bezstronność można złamać bez złożonego wniosku. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2011 r. w sprawie sygn. akt SNO 27/11 **śluszenie wskazuje, że** *„gdy konsekwencją zaistnienia określonych zachowań jest niepowstrzymanie się przez sędziego od merytorycznego rozpoznania danej sprawy, pomimo możliwości uświadamiania sobie sytuacji stworzenia uzasadnionych wątpliwości co do bezstronności, to istotą przewinienia sędziego jest już niezłożenie wniosku o wyłączenie go od rozpoznania sprawy a w konsekwencji wzięcie udziału w rozpoznaniu sprawy; taki sędzia tylko poprzez złożenie wniosku w trybie art. 42 § 1 k.p.k. w zw. z art. 41 § 1 k.p.k. może w procesie karnym dochować nakazowi przewidzianemu w § 10 Zbioru Etyki”.* Ma to przełożenie na Prokuratorów w tej sprawie. Doskonale oni wiedzą, że są w konflikcie i niechęci do Zbigniewa Ziobro. Wszyscy to wiedzą. Ponadto w razie tej niechęci i konfliktu obowiązek wyłączenia dotyczy wszystkich Prokuratorów Zespołu nawzajem, ale także ich przełożonych, którzy o niechęci czy konflikcie wiedzą. Wynika to z Wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 2015 r. w sprawie sygn. akt SDI 16/15, który taką odpowiedzialność nałożył na pozostałych sędziów w składzie wieloosobowym.

Dalej w kwestii wyłączenia prokuratora, to standard bezstronności prokuratora jest zbliżony do standardu biegłego czy sądu. W tej sprawie go zabrakło. Dokonując analizy zasadności powołania Eksperta zasadny jest pogląd judykatury wyrażony na gruncie art. 41 § 1 kpk, że okoliczność dotycząca braku bezstronności musi być realna. Trafne jest twierdzenie, że *„Oznacza to, iż dana okoliczność istnieć musi realnie, a nie tylko w subiektywnym odczuciu strony. Jeżeli podnoszona przyczyna należy do kategorii tych, które są uwarunkowane okolicznościami lub zaszłościami sprawy, nie należącymi do sfery osobistych*

(bezpośrednich lub pośrednich) relacji między sędzią a stroną, to konieczne jest również wykazanie związku tej przyczyny ze sprawą, w której obiektywizm sędziego jest rozważany i na który - wobec tego - okoliczność ta może mieć wpływ. Co do zasady, za podstawę wyłączenia sędziego na wniosek strony albo żądanie sędziego przyjmuje się: 1) stosunek osobisty między sędzią a jedną ze stron, mogący wywołać uzasadnioną wątpliwość, co do jego bezstronności (znajomość, przyjaźń, wrogość itp.), 2) związku albo zależności ekonomiczne z jedną ze stron, chociażby pośrednie, np. przez małżonka sędziego, 3) ujawnienie przez sędziego swojego poglądu na sprawę (...)”(Postanowienie SA w Szczecinie z 6.11.2019 r., II AKa 188/19). Podobnie w przypadku prokuratora określił SN w Postanowieniu SN z 11.01.2012 r., sygn. akt III KK 214/11, że „wątpliwość co do bezstronności prokuratora musi istnieć obiektywnie i poddawać się zewnętrznej weryfikacji oraz ocenie, a nie być tylko subiektywnym przekonaniem określonej osoby”.

Judykatura i orzecznictwo analizują kwestię wyrażenia poglądu na sprawę zasadniczo przez sędziego, np. w innej powiązanej sprawie gdzie oskarżony poddał się karze.

Komentarz do art. 41 kpk, pkt. 13, Lex pod red. SSN D. Świeckiego podaje natomiast taki przykład: „*W trybie konsensualnym określonym w art. 335 § 1 może powstać kwestia wyłączenia sędziego, który nie uwzględnił wniosku o skazanie bez rozprawy i zwrócił sprawę prokuratorowi (art. 343 § 7 zdanie pierwsze), a po wniesieniu aktu oskarżenia, sprawa ponownie została przydzielona temu samemu sędziemu. W orzecznictwie wyrażono pogląd, że sam fakt, iż sędzia referent podczas posiedzenia w przedmiocie rozpoznania wniosku prokuratora w trybie art. 335 § 1 k.p.k. odniósł się w sposób merytoryczny do przedmiotu postępowania, dając wyraz swojemu pogładowi w sprawie w uzasadnieniu postanowienia stwierdzającego brak podstaw do skazania bez przeprowadzenia rozprawy, jakkolwiek w opisanym wyżej stanie rzeczy rodzi wątpliwości co do bezstronności sędziego przy orzekaniu w tej samej sprawie w wyniku wniesienia przez prokuratora aktu oskarżenia, to nie stanowi podstaw do wyłączenia sędziego od rozpoznania sprawy w trybie art. 40 § 1 k.p.k. (iudex inhabilis), a tym samym nie stanowi obrazy przepisów prawa, rodzącej skutki bezwzględnej przyczyny odwoławczej. Możliwość natomiast orzekania sędziego referenta w postępowaniu po wniesieniu aktu oskarżenia, w sytuacji gdy uprzednio wyraził merytoryczny pogląd co do sprawy rozpoznając wniosek prokuratora złożony w trybie art. 335 § 1 k.p.k. powinna podlegać ocenie przez pryzmat przepisu art. 41 § 1 k.p.k., stosownie do treści którego sędzia ulega wyłączeniu, jeżeli istnieje okoliczność tego rodzaju, że mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość, co do jego bezstronności w danej sprawie (iudex suspectus). Wątpliwość co do bezstronności sędziego musi być przy tym poważna i istniejąca obiektywnie, a nie tylko*

stanowić subiektywne przeświadczenie. Ma ona zastosowanie wtedy, gdy brak jest możliwości obiektywnego przekonania przeciętnie rozsądnej osoby, że okoliczności te nie będą rzutowały na bezstronne osądzenie sprawy. W postępowaniu prowadzonym w trybie art. 335 § 1 k.p.k. sędzia referent w sposób zdecydowany wyraził swój pogląd w zakresie znamion przestępstwa, stwierdzając, że istnienie tychże budzi istotne wątpliwości, dokonując szerszej w tym zakresie analizy przepisu art. 271 § 3 k.k. i odnosząc się przy tym do części materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie. W związku z powyższym, sprawa oskarżonego, po jej wpływie do Sądu Okręgowego w Katowicach już z aktem oskarżenia nie powinna być rozpoznawana przez tego samego sędziego referenta. W sytuacji natomiast przydzielenia sprawy do referatu tego samego orzecznika, powinien on złożyć wniosek o wyłączenie od jej rozpoznania, na podstawie art. 41 § 1 k.p.k. (postanowienie SA w Katowicach z 9.12.2019 r., II AKz 1090/19, LEX nr 3066122)”.

Za szczególnie istotny w tej sprawie należy uznać pogląd, że **Komentowany przepis dotyczy wyłączenia sędziego w sprawie. Pojęcie sprawy odnosi się do postępowania zmierzającego do rozstrzygnięcia danej kwestii zarówno o charakterze zasadniczym (główny przedmiot procesu), jak i o charakterze incydentalnym (uboczny przedmiot procesu) – por. postanowienie SN z 21.06.2012 r., III KO 34/12, OSNKW 2012/11, poz. 116.** - Komentarz do art. 41 kpk, pkt. 16, Lex pod red. SSN D. Świeckiego.

Dalej zasadny jest pogląd, że: „Za kolejną z takich okoliczności uznaje się uzewnętrznienie przez sędziego swojego poglądu na sprawę przed wydaniem orzeczenia, i to zarówno w wypowiedzi na sali sądowej, jak i poza salą (postanowienie SN z 24.09.2008 r., III KK 73/08, LEX nr 465883; wyrok SN z 8.02.2011 r., V KK 227/10, OSNKW 2011/4, poz. 35). Przykład takiego zachowania może stanowić użycie przez sędziego na rozprawie form ironicznych czy polemicznych, świadczących o zajęciu przez tego sędziego zdecydowanego stanowiska co do kwestii faktycznych (E. Skrętowicz, *Iudex...*, s. 53–54)” (M. Rogacka-Rzewnicka [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, red. D. Szumiło-Kulczycka, LEX/el. 2022, art. 41, pkt. 2).

Dalej słuszne jest zapatrywanie, że: „Nie można w związku z tym uznać sądu za bezstronny, gdy zachowania sędziów (**wypowiedzi czy inne przejawy ich stosunku do sprawy lub stron postępowania**), poprzedzające wyrokowanie, świadczą o ukształtowaniu sobie poglądów przed rozpoznaniem sprawy. W takiej sytuacji uczestnicy postępowania mogą zasadnie obawiać się bezcelowości swoich starań o przekonanie sędziów, zatem nie mogą obdarzać sędziów zaufaniem niezbędnym dla rzetelnego przebiegu procesu (wyrok SA w Krakowie z 12.11.1998 r., 199/98, KZS 1998/12, poz. 34) Reasumując, uzasadniona

wątpliwość co do bezstronności sędziego zachodzi jedynie wówczas, gdy sędzia swój pogląd ujawnia przed rozpoznaniem sprawy lub w trakcie jej rozpoznawania, wyraźnie zmierzając w kierunku potwierdzenia swojej pierwotnej oceny sprawy, lub artykułuje swój stosunek do strony (zob. wyrok SN z 31.05.1985 r., V KRN 333/85, OSNPG 1985/10, poz. 129; wyrok SN z 27.01.1971 r., III KR 213/70, LEX nr 479162; M. Jankowski, *Instytucja wyłączenia sędziego w polskim procesie karnym*, NP 1986/9, s. 68–70; por. postanowienie SA w Krakowie z 13.11.1997 r., II Aka 210/97, KZS 1997/11–12, poz. 55; postanowienie SA w Krakowie z 12.11.1998 r., II AKa 199/98, KZS 1998/12, poz. 34, LEX nr 35284; postanowienie SA w Krakowie z 2.09.1998 r., II AKo 75/98, KZS 1998/9, poz. 16; postanowienie SN z 24.09.2008 r., III KK 73/08, KZS 2009/3, poz. 19; wyrok SN z 8.02.2011 r., V KK 227/10, OSNKW 2011/4, poz. 35; postanowienie SN z 24.09.2008 r., III KK 73/08, LEX nr 465883; wyrok SN z 14.10.1960 r., II K 250/60, OSNPG 1961/1, poz. 9; wyrok SN z 19.07.1960 r., I K 101/60, OSPiKA 1962/2, poz. 51; J. Kosonoga, *Iudex suspectus...*, s. 446 i n.). Chodzi o sytuacje, gdy sędzia w sposób poważny ujawni swe zdecydowanie osobiste i emocjonalne nastawienie do pewnej kategorii osób lub faktów (R. Łyczywek, *Zarzut iudicis suspecti...*, s. 1399).” (J. Kosonoga [w:] *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz do art. 1-166*, red. R. A. Stefański, S. Zabłocki, Warszawa 2017, art. 41, pkt. 18 i 19).

Rozpocząć należy od tego, że zasadny jest pogląd, że istnieje silny funkcjonalny związek między interesem publicznym i interesem strony, ponieważ społeczna kontrola postępowania, nawet gdy jest ona czasem teoretyczna lub tylko potencjalna, gwarantuje stronom sporu, że zostaną podjęte poważne i rzeczywiste działania celem ustalenia rzeczywistego stanu sprawy **przez sędziego, prokuratora czy biegłego, którego niezależność i bezstronność będzie mogła być zweryfikowana ze względu na sposób, w jaki prowadzi postępowanie**, powołuje świadków i biegłych oraz ocenia ich zeznania i opinie, ocenia znaczenie zgłaszanych dowodów i przestrzega prawa do wysłuchania (*right to be heard* – zob. wyr. ETPCz w sprawie *Axen*, par. 76). Skoro standard strasburski ma zastosowanie do Komisji Śledczej - Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 18 lutego 2016 r., skarga nr 6091/06, Rywin p. Polsce stwierdzał, że do postępowania i wniosków Komisji Śledczej ma zastosowanie art. 6 EKPCz, to ma zastosowanie także do prokuratora.

W jaki sposób ocenić fakt, że w sprawie przeszukania u Zbigniewa Ziobro nie wykonano do niego telefonu. W jaki sposób ocenić fakt, że oskarżyciele wiedzieli o obrońcy ks. Michała Olszewskiego i także nie powiadomili go o zatrzymaniu klienta. Czy to nie jest sposób prowadzenia postępowania jaki wyklucza obiektywność i bezstronność?

Rzetelny proces jest wtedy rzetelny, gdy nie tylko sąd jest rzetelny i bezstronny, ale także prokurator. Dalej zasadny jest pogląd, że: „w świetle orzecznictwa strasburskiego należy uznać, że **wymóg sprawiedliwości przez ETPC jest oceniany jedynie w ujęciu proceduralnym**, zasadniczej ocenie nie podlega bowiem właściwa aplikacja przez sądy krajowe prawa materialnego. W systemie EKPC na sprawiedliwe rozpoznanie i rozstrzygnięcie składa się wiele dyrektyw i uprawnień szczegółowych, z których na plan pierwszy wysuwa się zasada równości broni. Oznacza ona, że każda strona procesu musi mieć taką samą możliwość prezentowania swojej racji w warunkach niestawiających jej w gorszej sytuacji niż oponenta (wyr. ETPC z 27.10.1993 r. w sprawie *Dombo Beheer B.V. przeciwko Niderlandom*, skarga Nr 14448/88, HUDOC). Proces zostanie uznany za sprawiedliwy, jeśli w toku postępowania zostanie zachowana równowaga między uprawnieniami i obowiązkami stron” (R. Tabaszewski, *Prawo do jawnego, publicznego rozpoznania sprawy przez bezstronny i niezależny sąd* [w:] *Prawo Międzynarodowe Praw Człowieka*, K. Orzeszyna, M. Skwarzyński, R. Tabaszewski, C.H. Beck 2022, s. 378 i n. pkt. 1178).

Wskazać należy, że **bezstronność czyli brak uprzedzenia bądź stronniczości**, jest w tej sprawie dość łatwo wykrywalny (wyrok ETPCz z dnia 9 stycznia 2013 r. w sprawie *Volkov p. Ukrainie*, skarga Nr 21722/11). Pojęcie bezstronności należy rozumieć jako obiektywną bezstronność sędziego, prokuratora, biegłego czy eksperta, w tym zarówno subiektywne poczucie sędziego co do własnej bezstronności, jak i jego bezstronność w odbiorze zewnętrznym opartą na zobiektywizowanych przesłankach i analizowaną przez odwołanie się do oceny sytuacji **dokonanej przez przeciętnego, rozsądnie rozumującego obserwatora procesu** (por. wyroki TK: z 27.01.1999 r., K 1/98, OTK-A 1999/1, poz. 3, oraz z 20.07.2004 r., SK 19/02, OTK-A 2004/7, poz. 67; uchwała SN z 26.04.2007 r., I KZP 9/07, OSNKW 2007/5, poz. 39; wyroki SN: z 8.01.2009 r., III KK 257/08, LEX nr 532400, oraz z 18.03.2009 r., IV KK 380/08, LEX nr 491543). **Rozsądny obserwator wie jaki pogląd mają oskarżyciele w sprawie, co jest motywowane sporem ze Zbigniewem Ziobro³¹, nie mają**

³¹ Wskazać jeszcze trzeba na trafne passusy z innego komentarza autorstwa również Sędziego (SSA) W komentarzu do art. 41 kpk pod red. sędziego J. Skorupka (Beck, 2021) prawidłowo przedstawił on standard strasburski. W pkt. 7 komentarza do art. 41 kpk wskazano: ***Standardy strasburskie. Standardem europejskim jest założenie, że łączenie funkcji ścigania i orzekania w sprawie jest nie do pogodzenia z wymogiem bezstronności sądu***(por. m.in. wyr. ETPC z 25.7.2000 r., *Tierce i in. przeciwko San Marino*, skargi Nr 24954/94, 24971/94 i 24972/94, HUDOC, pkt 78–83, oraz z 26.2.1993 r., *Padovani przeciwko Włochom*, skarga Nr 13396/87, HUDOC, pkt 22).

Z powyższego założenia nie wynika jednak, że jakkolwiek kontakt sędziego z daną sprawą przed rozpoczęciem postępowania sądowego musi skutkować automatycznym i zasadnym zarzutem o stronniczość. Ocenie podlega więc **charakter podejmowanych wcześniej czynności, ich liczba oraz znaczenie dla toczącego się postępowania**.

Nie może rodzić wątpliwości odnośnie do bezstronności sądu fakt znajomości przez sędziego akt sprawy przed jej rozpoczęciem (por. wyr. ETPC z 9.11.2006 r., *Sacilor-Lormines przeciwko Francji*, skarga

oni waloru bezstronności, a wymaga tego i kpk i ustawa o prokuraturze.

Zasadny jest pogląd, że „Za stosunek osobisty mogący wywołać takie wątpliwości w danej sprawie należy uznać taki, który – oparty na wzajemnym uczuciu przyjaźni, **niechęci** lub łączności czy rozbieżności interesów – stwarza **uzasadnioną podstawę powątpiewania w bezstronność sędziego lub prokuratora**. Powodem wyłączenia prokuratora na podstawie art. 41 § 1 mogą być więc nadal sytuacje wskazujące na trwałe powiązania personalne między nim a stroną lub jej przedstawicielem, typu: przyjaźń, **niechęć**, **wrogość**, zbieżność lub

Nr 65411/01, HUDOC, pkt 61).

Relatywnie najwięcej kontrowersji budzi **orzekanie przez sędziego w kwestii tymczasowego aresztowania w toku postępowania przygotowawczego**. Europejski Trybunał Praw Człowieka uznaje generalnie, że orzekania w przedmiocie tymczasowego aresztowania nie można utożsamiać z dokonaniem przysądu w kwestii ostatecznego rozstrzygnięcia co do sprawstwa i winy oskarżonego (por. m.in. wyr. ETPC z 24.8.1993 r., *Nortier przeciwko Holandii*, skarga Nr 13924/88, HUDOC, pkt 30–38). Jedyne wyjątkowo ocena sędziego zawarta w postanowieniu o zastosowaniu tymczasowego aresztowania może uzasadniać jego wyłączenie od późniejszego rozpoznawania sprawy. Dzieje tak w sytuacji, gdy zawiera ona kwalifikowane stwierdzenia na temat sprawstwa oskarżonego, np. „szczególnie potwierdzone podejrzenie” (por. powołany powyżej wyr. ETPC), lub też wprost przysądza o jego winie (por. wyr. ETPC z 27.2.2007 r., *Nešták przeciwko Słowacji*, skarga Nr 65559/01, HUDOC, pkt 97–101).

O konieczności wyłączenia sędziego stosującego tymczasowe aresztowanie w postępowaniu przygotowawczym nie decyduje **liczba wydanych przez niego w tej materii rozstrzygnięć** (por. wyr. ETPC z 20.12.2005 r., *Jasiński przeciwko Polsce*, skarga Nr 30865/96, HUDOC, pkt 54–58, w którym chodziło o sześciokrotne orzekanie w przedmiocie tymczasowego aresztowania). Analiza tego orzecznictwa prowadzi do wniosku, że chodzi o nie potencjalną i hipotetyczną sytuację, ale o realne wątpliwości co do bezstronności w sprawie. **W w/w komentarzu pod red. J. Skorupki w pkt. 15 wskazano:**

„**Orzekanie w odrębnych sprawach w oparciu o ten sam materiał dowodowy**. W orzecznictwie na gruncie wszystkich kodyfikacji karnoprocesowych brak jest jednolitości w kwestii dopuszczalności **orzeczenia przez tego samego sędziego w sprawach, w których opiera się on na tym samym materiale dowodowym**. Z jednej strony SN uznawał, że nie uzasadnia to wyłączenia sędziego (por. m.in. post. SN z 13.7.2005 r., II KK 388/04, OSNwSK 2005, Nr 1, poz. 1349; por. też uchw. SN(7) z 30.4.1969 r., VI KZP 54/68, OSNKW 1969, Nr 7–8, poz. 78). Z drugiej zaś strony przyjmował, że okoliczność powyższa powinna skutkować wyłączeniem sędziego na podstawie art. 41 KPK (por. m.in. wyr. SN z 8.1.2009 r., III KK 257/08, KZS 2009, Nr 5, poz. 19; wyr. SN z 16.1.2008 r., IV KK 392/07, OSNwSK 2008, Nr 1, poz. 117; uchw. SN z 26.4.2007 r., I KZP 9/07, OSNKW 2007, Nr 5, poz. 39). Kwestia ta budzi także wątpliwości w doktrynie. Część autorów opowiada się za zasadnością wyłączenia w omawianej sytuacji (J. Bratoszewski, w: R.A. Stefański, S. Zabłocki, KPK. Komentarz, t. 1, 2003, s. 398; T. Grzegorzczak, KPK. Komentarz, 2008, s. 184; M. Jankowski, Instytucja wyłączenia sędziego, s. 65; E. Skrętowicz, *Iudex inhabilis*, s. 123). Inni oponują przeciwko takiej konieczności (M. Siwek, *Glosa do wyr. SN z 29.8.2006 r., V KK 107/05*, s. 163–169; tenże, *Wyłączenie sędziego*, s. 59–60).

Rozstrzygając powyższy spór, należy uznać, że **sędzia orzekający w sprawie danego oskarżonego nie powinien następnie orzekać odnośnie do innych oskarżonych, jeżeli miałby się opierać na tym samym materiale dowodowym**. Przy ocenie zaistnienia uzasadnionych wątpliwości co do bezstronności sądu znaczenie ma nie tylko ocena bezstronności w jej subiektywnym aspekcie, ale także ocena standardu bezstronności obiektywnej. I to właśnie z tej perspektywy wątpliwości odnośnie do bezstronności są w pełni uzasadnione. Orzeczenie o winie osób współdziałających w popełnieniu przestępstwa prowadzić bowiem może do wytworzenia przeświadczenia, choćby niesłusznego, że sprawa jest dla oskarżonego przegrana już w momencie jej rozpoczęcia. Sędzia bowiem będzie postrzegany jako osoba, która ma wyrobiony pogląd w danej sprawie. Ponadto można argumentować, że fakt wcześniejszego zbadania sprawy przez sędziego może sprzyjać obserwowanej przez psychologów tendencji do zachowania poglądów wyrażonych w poprzednim rozstrzygnięciu. Zauważyć należy również, że odbiór społeczny bezstronności sądu jest istotną wartością budującą zaufanie do władzy sądowniczej. Z tej perspektywy lepiej więc sędziego wyłączyć niż narażać jego rozstrzygnięcia na, choćby niesłuszne, zdyskredytowanie w oczach stron procesu i opinii społecznej (szerzej por. W. Jasiński, *Bezstronność sądu*, s. 340–344).

Powyższe wnioski potwierdza uchw. SN z 26.4.2007 r. (I KZP 9/07, OSNKW 2007, Nr 5, poz. 39), w której przyjęto że „w wypadku gdy materiał dowodowy, na podstawie którego orzeczono w przedmiocie odpowiedzialności karnej jednego ze sprawców czynu, miałby stanowić podstawę dowodową orzeczenia w przedmiocie odpowiedzialności karnej także i innego współsprawcy (podżegacza lub pomocnika) tego samego

rozbieżność interesów. Do zastosowania art. 41 § 1 **nie jest konieczne udowodnienie**, że prokurator jest stronnicy. Nie jest również niezbędne udowodnienie okoliczności, która mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności prokuratora. Okoliczność mająca uzasadnić wyłączenie **prokuratora powinna być uprawdopodobniona**. Chodzi o wskazanie określonej okoliczności, która w swojej istocie ma charakter zagrażający bezstronności prokuratora”³².

W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka także wskazuje się na aspekt subiektywnej i obiektywnej bezstronności sędziego, prokuratora, biegłego, eksperta. Kryterium subiektywne opiera się na ocenie osobistego przekonania osoby w danej sprawie, przy czym osobista bezstronność członka składu sędziowskiego jest dorozumiana, chyba że pojawią się dowody przeciwne. Natomiast kryterium obiektywne nakazuje ustalić, czy sędzia, biegły ekspert daje wystarczające gwarancje, **by wykluczyć jakąkolwiek uprawnioną wątpliwość**, co do jego bezstronności na podstawie jego zachowania, **a nawet pewnych pozorów**. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wskazuje się, że negatywne wypowiedzi sędziego w prasie w trakcie trwania procesu podważają bezstronność sądu (por. wyrok ETPC z 5.02.2009 r., 22330/05, Olujić v. Chorwacja, LEX nr 479533).

Podobnie w orzecznictwie Sądu Najwyższego zwraca się uwagę, że jedną z okoliczności stanowiących uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności i powodujących konieczność wyłączenia jest uzewnętrznienie poglądu na sprawę przed wydaniem orzeczenia w sposób świadczący **o realnym niebezpieczeństwie jego stronnictwa, np. w wypowiedzi dla prasy**, np. gdy sędzia biorący udział w rozpoznaniu sprawy wypowiadał się o niej wyłącznie jako rzecznik prasowy sądu (por. wyrok SN z 8.02.2011 r., V KK 227/10, OSNKW

czynu, sędzia, który dokonał oceny dowodów w odniesieniu do jednej z tych osób, powinien być wyłączony od udziału w sprawie dotyczącej pozostałych, z uwagi na istnienie okoliczności, która "mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do jego bezstronności" w rozumieniu art. 41 § 1 KPK”.

Oczywiście analiza ta dotyczy współsprawy, ale przecież chodzi w jasny sposób o ocenę dowodów. Taka konfiguracja występuje najczęściej przy współsprawstwie, ale często też występuje w sprawach innego rodzaju tak jak w tej. Orzecznictwa tego nie można zamknąć wyłącznie do współsprawstwa. Chodzi o jego cel, jakim jest uniknięcie konieczności oceny dowodów dwa razy i ich przydatności w kolejnym postępowaniu.

Wskazać należy, że w swoim Komentarzu do art. 41 kpk. (Beck, 2017, Legalis) R Stefański wskazał, na możliwość celowościowego ujęcia tych kwestii. Wskazuje on, że „nie jest jednak wykluczone, że sędzia orzekający w przedmiocie tymczasowego aresztowania uzewnętrzn swój stosunek co do kwestii przyszłej odpowiedzialności karnej oskarżonego, co może oznaczać, że zajął on już określone stanowisko w tej sprawie, choć nie zakończyło się jeszcze postępowanie dowodowe (np. kategorię wypowiedział się co do winy podejrzanego – zob. R.A. Stefański, Wylączenie sędziego..., s. 114). Chodzi o dokonanie takiej oceny dowodów, która przekracza ten poziom, jaki jest jeszcze usprawiedliwiony przepisami art. 249 § 1; orzekanie w przedmiocie tymczasowego aresztowania nie może więc polegać na swoistym przedsądzie i stwierdzeniu, że oskarżony dopuścił się przestępstwa (wyrok SA w Lublinie z 11.09.2003 r., II AKa 140/03, Prz. Orz. PA w Lublinie 2003/24, poz. 26). Takie zachowanie się dowodzi, że sędzia antycypował już kwestię prawnokarnej oceny zarzucanego oskarżonemu czynu, a prowadzenie przez niego postępowania rozpoznawczego jest w związku z tym niezasadne. Zachodzi bowiem wątpliwość co do jego bezstronności w danej sprawie”.

³² Wyrok SN z 17.10.2013 r., IV KK 182/13, Prok. i Pr.-wkł. 2014/1, poz. 14 oraz K. Eichstaedt [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I. Art. 1–424, wyd. VII, red. D. Świecki, Warszawa 2024, art. 47.*

2011/4, poz. 35; postanowienia SN: z 8.11.2001 r., IV KKN 169/97, LEX nr 51606, oraz z 24.09.2008 r., III KK 73/08, LEX nr 465883). Dalej zasadny jest pogląd, że: „w świetle orzecznictwa strasburskiego należy uznać, że **wymóg sprawiedliwości przez ETPC jest oceniany jedynie w ujęciu proceduralnym**, zasadniczej ocenie nie podlega bowiem właściwa aplikacja przez sądy krajowe prawa materialnego. W systemie EKPC na sprawiedliwe rozpoznanie i rozstrzygnięcie składa się wiele dyrektyw i uprawnień szczegółowych, z których na plan pierwszy wysuwa się zasada równości broni. Oznacza ona, że każda strona procesu musi mieć taką samą możliwość prezentowania swojej racji w warunkach niestawiających jej w gorszej sytuacji niż oponenta (wyr. ETPC z 27.10.1993 r. w sprawie *Dombo Beheer B.V. przeciwko Niderlandom*, skarga Nr 14448/88, HUDOC). Proces zostanie uznany za sprawiedliwy, jeśli w toku postępowania zostanie zachowana równowaga między uprawnieniami i obowiązkami stron” (R. Tabaszewski, op. cit., s. 378 i n. pkt. 1178).

Zasadny jest pogląd, że „sąd powinien z rezerwą podchodzić do zeznań lub wyjaśnień, które zostały złożone przez osobę uprzedzoną do oskarżonego, czy wręcz przekonaną o jego winie. Na przykład w wyroku ETPCz w sprawie *Bernard*, par. 37 i nast. zakwestionowano wartość dowodu z opinii biegłego, który przystąpił do sporządzenia opinii przyjmując założenie wyjściowe, że oskarżony popełnił zarzucany mu czyn”³³. Trybunał celowo nie mówi wyłącznie o świadku, ale dotyczy to właśnie każdego uczestnika postępowania. Strona rzetelnego procesu ma prawo do neutralnego biegłego eksperta wyznaczonego przez sąd (zob. wyrok ETPCz w sprawie *Sara Lind Eggertsdottir*, pkt. 47; wyrok ETPCz w sprawie *Bönisch*, pkt. 30–35; wyrok ETPCz w sprawie *Brandstetter*, pkt. 33). Tak samo musi być z oskarżycielem.

Przecież wartościując standard bezstronności, najwyższy standard musi mieć sędzia następnie prokurator, a następnie biegły.

III) Prawo człowieka do obrony przez obrońcę w czasie zatrzymania i pierwszych wyjaśnień przed organami ścigania.

Dalej w sprawie, mimo wiedzy o obrońcy - adwokacie w sprawie, zabrakło jego udziału w czynnościach obrońcy. Wskazać należy, że Sąd Najwyższy akceptuje standard praw człowieka zatrzymanego. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2013 r., sygn. akt III KK 327/12 odwołuje się wprost do tego standardu: „*Wypada tu wspomnieć wyroki w sprawach Salduz p. Turcji z dnia 27 listopada 2008 r. (nr 36391/02), Panovits p. Cypru z dnia 11 grudnia 2008 r. (nr 4268/04) oraz Płonka p. Polsce z dnia 31 marca 2009*

³³ L. Garlicki, Komentarz do EKPCz, tom I, art. 6 pkt. 281.

r. (nr 20310/02). We wskazanych judykatach stwierdzono m.in., że gwarancje rzetelnego procedowania, o których mowa w art. 6 EKPC, mają także odpowiednie zastosowanie do postępowania przygotowawczego. Oznacza to, że prawo podejrzanego do posiadania obrońcy podczas pierwszego przesłuchania w postępowaniu przygotowawczym winno być regułą, o ile wyjaśnienia złożone przez niego na tym etapie postępowania są następnie wykorzystane jako dowód w sprawie. Trybunał podkreślał, że organy krajowe powinny podjąć aktywne działania w celu uświadomienia podejrzanemu, iż ma prawo do posiadania obrońcy, także ustanowionego z urzędu, oraz że skuteczność zrzeczenia się tego prawa zależy od tego, czy nastąpiło ono w wyraźny, nieodwołalny sposób i czy towarzyszyło mu zapewnienie minimalnych gwarancji odpowiednich do wagi zrzeczenia się. Z treści orzeczeń zapadłych przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka nie da się wyprowadzić wniosku, że w zamyśle tego organu było wprowadzenie generalnego wymogu zapewnienia obecności obrońcy podczas pierwszego przesłuchania każdego podejrzanego pod rygorem niedopuszczalności wykorzystania na rozprawie złożonych przez niego wyjaśnień”. Standard strasburski wprost określa, że nie jest realizacją jakichkolwiek praw procesowych w tym prawa do obrony działanie wymuszane bez obrońcy.

W komentarzu pod. Red. L. Garlickiego i P. Hofmańskiego do art. 6 ust. 3 EKPCz (wyd. Beck, System informacji prawnej Legalis) wskazano, że: „Jest oczywiste, że w sytuacji, gdy oskarżony pozbawiony jest wolności w toku postępowania, prawo do obrony poprzez korzystanie z usług adwokata może być realizowane efektywnie tylko wówczas, gdy **organy procesowe nie ograniczają w jakikolwiek sposób kontaktu oskarżonego z jego obrońcą**(w tej kwestii zob. powyżej Nb 344 i nast.).

Prawo do korzystania z pomocy obrońcy niewiele byłoby warte, gdyby obrońca nie miał rzeczywistych możliwości udziału w czynnościach procesowych. **Chodzi zatem nie tylko o to, aby oskarżony po prostu miał obrońcę, ale także o to, aby ten obrońca mógł efektywnie spełniać swoją rolę.** Dlatego z naruszeniem art. 6 ust. 3 lit. c możemy mieć do czynienia nie tylko wtedy, gdy oskarżonemu nie umożliwiono wyznaczenia obrońcy, ale także wtedy, gdy nie umożliwiono obrońcy udziału w czynnościach postępowania, zarówno na etapie postępowania sądowego, jak i przygotowawczego. W szczególności konieczne jest zapewnienie udziału obrońcy w rozprawie przed sądem pierwszej instancji.

Do naruszenia Konwencji dochodzi zatem zarówno wówczas, gdy ustawa procesowa pozwala na prowadzenie rozprawy, pomimo że nie umożliwiono w niej udziału obrońcy, jak i wówczas, gdy w konkretnej sprawie nie doręczono obrońcy zawiadomienia o terminie rozprawy, bądź doręczono je nieskutecznie (por. wyr. ETPCz w sprawie Poitrimol, par. 35 i z

22.9.1994 r. w dwóch sprawach p. Niderlandom: w sprawie Lala, par. 33 i w sprawie Pelladoah, par. 40). (pkt. 381, 382). Wskazany standard międzynarodowy jest bezwzględny, bowiem „w orzecznictwie Trybunału panuje przekonanie, że uprawnienie to powinno być zagwarantowane od samego początku postępowania” (ibidem. Pkt. 384).

Przy ocenie postanowienia konieczne jest uwzględnienie standardu czasu do obrony - art. 6 ust. 3 lit. b i c EKPCz i możliwości przygotowania do niej 6 ust. 3 lit. a. Zgodnie z Komentarzem L. Garlickiego „Czym innym jest bowiem przygotowywanie obrony, czym innym zaś jej realizacja w toku postępowania. Gwarancja wynikająca z art. 6 ust. 3 lit. b pozostaje w ścisłym związku także z prawem do informacji zagwarantowanym w art. 6 ust. 3 lit. a. Jeśli bowiem obrona nie dysponuje informacjami na temat podstaw i istoty oskarżenia skierowanego przeciwko oskarżonemu, nie może efektywnie przygotować obrony”³⁴. Beneficjentem tej gwarancji jest także sam oskarżony³⁵.

IV) Prawo dostępu do akt sprawy i widzenia z klientem jako fundament obrony przed niesłusznym tymczasowym aresztowaniem;

W wielu sprawach ETPCz rozważał, czy dostęp do akt jest koniecznym warunkiem właściwego przygotowania obrony - art. 6 ust. 3 EKPCz. **Prawo dostępu do akt, chociaż nie jest wyraźnie zagwarantowane w Konwencji, wynika zasadniczo z jej art. 6 ust. 3 lit. b.** (vide: Komentarz do art. 6 EKPCz M. Nowicki, LEX). W raporcie Jespers przeciwko Belgii Komisja wyraziła pogląd, że należy zapewnić możliwość zapoznania się z wynikami śledztwa. Oskarżony ma prawo dostępu do wszystkich istotnych dokumentów i informacji, które władze zebrały lub powinny były zebrać, pozwalających na uwolnienie się od zarzutów lub doprowadzenie do złagodzenia kary (Raport z dnia 14 grudnia 1981 r., skarga nr 8403/78, DR 27, s. 61, 72.). Nie oznacza to jednak, że oskarżony i jego obrońca mają niezależne od siebie prawo wglądu do akt. W wyroku Kamasiński przeciwko Austrii Trybunał uznał za wystarczającą możliwość zaznajomienia się z aktami przez samego tylko obrońcę, a następnie przedyskutowanie materiału dowodowego z oskarżonym (Wyrok z dnia 19 grudnia 1989 r., pkt. 88), ale obrońcy dostępu do akt nie można odmówić.

Dostęp do akt to oczywisty fundament. Art. 156 kpk został ukształtowany w obecnej formie przez prawa człowieka i 2 orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego tj. Wyrok z dnia 20 maja 2014 r. sygn. akt **SK 13/13** zakazującego wprost arbitralności w dostępie do akt, podobnie jak i **Wyrok** Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 czerwca 2008 r. sygn. akt **K 42/07**.

³⁴ L. Garlicki, Komentarz do EKPCz, tom I, art. 6 pkt. 324 i 325.

³⁵ Tamże, pkt. 329.

Trybunał w tym ostatnim Wyroku stwierdził, że „W związku z powyższym, Trybunał Konstytucyjny uznaje, że co do zasady słusznie postępowanie przygotowawcze - odmiennie niż postępowanie sądowe - nie jest oparte na zasadzie pełnej jawności akt sprawy (por. art. 156 § 1 k.p.k. "Stronom (...), obrońcom, pełnomocnikom i przedstawicielom ustawowym udostępnia się akta sprawy sądowej i daje możliwość sporządzenia z nich odpisów"). Jak stwierdził TK w postanowieniu z 27 stycznia 2004 r., sygn. SK 50/03, OTK ZU nr 1/A/2004, poz. 6 "możliwość osiągnięcia celów postępowania przygotowawczego warunkowana jest, między innymi, zachowaniem w tajemnicy pewnych informacji, dowodów, itd. Stąd zasada udostępniania akt w postępowaniu sądowym ustępuje fakultatywności w postępowaniu przygotowawczym. Sytuacja prawna, ale przede wszystkim okoliczności faktyczne występujące w danym momencie stanowią każdorazowo o tym, czy podejrzany (jego obrońca) mogą zapoznać się z aktami". Także w doktrynie podkreśla się, że postępowanie przygotowawcze, w którego toku następuje zbieranie i przygotowywanie dowodów dla oceny sądu, powinno przebiegać w warunkach umożliwiających efektywne działanie organowi prowadzącemu postępowanie (por. P. Wiliński, *Odmowa dostępu do akt sprawy w postępowaniu przygotowawczym*, "Prokuratura i Prawo" 2006, nr 11, s. 79)".

Dalej ważne jest, aby pamiętać, że naruszeniem art. 6 EKPCz, jest „*zamach na domniemanie niewinności może być dokonany nie tylko przez sędziego lub sąd, ale również przez inne władze publiczne, np. głowę państwa, przewodniczącego parlamentu, premiera, prokuratora, ministra spraw wewnętrznych, ministra sprawiedliwości, funkcjonariuszy policji, ale także media*”³⁶.

ADWOKAT
dr Michał Skwarzyński

³⁶ M. A. Nowicki [w:] *Komentarz do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności [w:] Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, wyd. VIII, Warszawa 2021, art. 6 i cytowane tam orzecznictwo, Wyrok *Allet de Ribemont v. Francja* z dnia 10 lutego 1995 r., A. 308, § 35–36; *Daktaras v. Litwa* z dnia 10 października 2000 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 42095/98, § 41–42; *Y.B. i inni v. Turcja* z dnia 28 października 2004 r., Izba (Sekcja III), skargi nr 48173/99 i 48319/99, § 43–44; *Abdulkerim Arslan v. Turcja* z dnia 20 września 2007 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 67136/01, § 20; *Kouzmin v. Rosja* z dnia 18 marca 2010 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 58939/00; *Fatullayev v. Azerbejdżan*, § 159–162; *Gutsanovi v. Bułgaria* z dnia 15 października 2013 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 34529/10, § 194–196; *Rywin v. Polska* z dnia 18 lutego 2016 r., Izba (Sekcja I), skargi nr 6091/06, 4047/07 i 4070/07, § 206.

