

PROBLEMY PRAWA **KARNEGO**

NUMER 2 / TOM 7 / 2023



UNIWERSYTET ŚLĄSKI
WYDAWNICTWO

Problemy Prawa Karnego

NUMER 2 / TOM 7 / 2023

Redaktorzy naczelni

Jarosław Zagrodnik (Uniwersytet Śląski w Katowicach)

Kazimierz Zgryzek (Uniwersytet Śląski w Katowicach)

Komitet redakcyjny

Cynthia Alkon (Texas A&M University, USA), Matjaž Ambrož (University of Ljubljana, Słowenia), Michael Bohlander (Durham University, Wielka Brytania), Amalia Calderón Lozano (Colegio de Abogados de Sevilla, Hiszpania), Clifford S. Fishman (The Catholic University of America w Waszyngtonie, USA), Justyna Karaźniewicz (Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy, Polska), Monika Klejnowska (Uniwersytet Rzeszowski, Polska), Violetta Konarska-Wrzosek (Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Polska), Damjan Korošec (University of Ljubljana, Słowenia), Ewa Kruk (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej, Polska), Henryk Malevski (Uniwersytet Mikołaja Römera, Wilno), Jamil Mujuzi (University of the Western Cape, Republika Południowej Afryki), Jerzy Skorupka (Uniwersytet Wrocławski, Polska), Sławomir Steinborn (Uniwersytet Gdański, Polska), Dariusz Świecki (Uniwersytet Łódzki, Polska), David Weisburd (Hebrew University, Izrael), Irene Wieczorek (Durham University, Wielka Brytania), Paweł Wiliński (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska)

Sekretarz redakcji

Ewelina Bachera

Adres e-mail redakcji:

problemypk@us.edu.pl

Strona internetowa czasopisma:

www.problemypk.us.edu.pl

Czasopismo jest indeksowane w bazach:

Central and Eastern European Online Library

www.ceeol.com

Directory of Open Access Journals

<https://doaj.org/>

European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences – ERIH PLUS

<https://kanalregister.hkdir.no/publiseringskanaler/erihplus/>

Problemy Prawa Karnego

NUMER 2 / TOM 7 / 2023

Spis treści

STUDIA

JAMIL DDAMULIRA MUJUZI – The accused’s right to be tried by a competent, independent and impartial tribunal: The drafting history of Article 14(1) of the International Covenant on Civil and Political Rights and how it has been implemented in practice [Prawo oskarżonego do bycia sądzonym przez właściwy, niezależny i bezstronny sąd. Historia redakcji art. 14 ust. 1 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych oraz sposób jego wdrażania]

ARTYKUŁY PROBLEMOWE

RADOSŁAW JAROCKI – Zawieszenie postępowania przygotowawczego a czynności dowodowe – postulaty *de lege ferenda*

KORNELIUSZ ŁUKASIK – Prawo do sądu właściwego na gruncie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej a właściwość rzeczowa sądu rejonowego w Kodeksie postępowania karnego

MICHAŁ NAJMAN – Optymalny poziom przestępczości w świetle celów polityki kryminalnej

EWA ALEKSANDRA PŁOCHA – Narzędzia oceny ryzyka powrotu do przestępstwa oparte na sztucznej inteligencji: uwagi na przykładzie aplikacji COMPAS

SPRAWOZDANIA

PATRYCJA BRÓŻEK – Sprawozdanie z Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej „Farmaceutyki – sport – przestępstwo” (13–14 kwietnia 2023 r.)

Table of contents

STUDIES

JAMIL DDAMULIRA MUJUZI – The accused’s right to be tried by a competent, independent and impartial tribunal: The drafting history of Article 14(1) of the International Covenant on Civil and Political Rights and how it has been implemented in practice

ARTICLES

RADOSŁAW JAROCKI – Suspension of pre-trial proceedings vs evidentiary activities – postulates *de lege ferenda*

KORNELIUSZ ŁUKASIK – The right to a competent court according to the Constitution of the Republic of Poland and the substantive jurisdiction of the district court in the Code of Criminal Procedure

MICHAŁ NAJMAN – The optimal level of crime in accordance with the aims of criminal policy

EWA ALEKSANDRA PŁOCHA – The artificial intelligence-based recidivism risk assessment instruments: Remarks on the example of the COMPAS application

REPORTS

PATRYCJA BRÓŻEK – A report from the course of the National Scientific Conference “Pharmaceuticals – sports – crime” (13th–14th of April 2023)

STUDIA



JAMIL DDAMULIRA MUJUZI
Faculty of Law, University of the Western Cape,
South Africa

 <https://orcid.org/0000-0003-1370-6718>

The accused's right to be tried by a competent, independent and impartial tribunal: The drafting history of Article 14(1) of the International Covenant on Civil and Political Rights and how it has been implemented in practice

Abstract: The right to a fair trial is made-up of many (sub) rights and one of these is the right to be tried by a competent, independent and impartial tribunal. According to the Human Rights Committee, this is an absolute right. This right is protected in international and regional human rights instruments. It is also provided for in the constitutions and/or pieces of legislation of most countries whether or not they have ratified, acceded to or signed the International Covenant on Civil and Political Rights (the ICCPR). In this paper, the author illustrates the drafting history of Article 14(1) of the ICCPR and how it has been interpreted by the Human Rights Committee. He also illustrates how this right has been protected in other international and regional human rights treaties. The author also studied the constitutions of over 190 countries to demonstrate how they have implemented Article 14(1) of the ICCPR (for those that have ratified or signed the ICCPR). The study shows that in countries which have ratified/acceded to the ICCPR, six different approaches have been taken to give effect to this right. These approaches range from countries where the constitutions provide for this right in full (mentioning the three elements) to those where this right is not mentioned at all. It is argued that irrespective of which of the six approaches is followed, states which have ratified the ICCPR have an obligation to give effect to this right in full. Based on the criteria set by the International Law Commission, the author argues that the right to be tried by a competent, independent and impartial tribunal/court has attained the status of *jus cogens* (peremptory norm) in international law. The author also briefly illustrates how the issues of judicial independence and recusal are dealt with in the constitutions of different countries.

Keywords: fair trial; Article 14 of ICCPR; impartial court or tribunal; independent court or tribunal; competent court or tribunal; recusal

1. Introduction

The right to a fair trial is made-up of many rights and one of these is the right to be tried by a competent, independent and impartial tribunal.¹ This is an absolute right.² This right is protected in international and regional human rights instruments and in the constitutions of different countries. At the international level, Article 10 of the Universal Declaration of Human Rights (1948) provides that “[e]veryone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him.” Likewise, Article 14(1) of the International Covenant on Civil and Political Rights (1966) provides, *inter alia*, that “[a]ll persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law.” The right to a fair hearing by a competent, independent and impartial tribunal is also provided for in other international human rights instruments such as the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (1990)³ and the Convention on the Rights of the Child (1989).⁴ It is also provided for in regional human rights instruments such as under Article 8 of the American Convention on Human Rights (1969) and Article 13(1) of the Arab Charter on Human Rights (2004). Both the European Convention on Human Rights (Article 6(1)) and the African Charter of Human Rights (Articles 7(1)(d) and 26) provide for the right to be tried by an independent and impartial court. They are silent on the issue of the competency of the court. However, as will be discussed below, their jurisprudence provides that for the right to a fair trial to be guaranteed, the courts must be competent, independent, and impartial. This right is also provided for in the constitutions of many countries but in different forms. There are many publications on the right to be tried by a competent, independent and impartial tribunal. However, none of them discusses this right in detail at international, regional and

¹ In *Justice Thomas S. Masuku v. The Kingdom of Swaziland* (Communication 444 of 2013) [2021] ACHPR 518 (19 July 2021) para 147, the African Commission on Human and Peoples’ Rights held that “the right to a fair hearing applies equally to administrative, civil, criminal or military cases.” It is beyond the scope of this article to discuss the right to a fair hearing in civil matters in detail. However, some of the principles discussed here are applicable to both civil and criminal matters.

² *Kodjo v Republic of Togo* (ECW/CCJ/APP/ 25 of 2020) [2022] ECOWASCJ 8 (24 March 2022) para 123 (referring to the practice of the Human Rights Committee).

³ Article 18(1).

⁴ Article 40(2)(b)(iii).

domestic levels.⁵ In this paper, the author relies on the constitutions of over 190 countries and on international and regional human rights instruments and jurisprudence to argue, inter alia, that the right to be tried by a competent, independent and impartial tribunal/court has attained the status of *jus cogens* (peremptory norm) in international law. The author concludes the paper by illustrating the circumstances in which a judicial officer is required to recuse himself/herself if there is evidence to show that the accused's right to be tried by an independent and impartial tribunal is likely to be violated.

2. The drafting history of Article 14(1) of the ICCPR

Unlike the relevant provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights, International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (1990) and the Convention on the Rights of the Child, Article 10 of the UDHR does not require the tribunal to be “competent.” All it requires is that the tribunal should be independent and impartial. In other words, it does not include the word “competent.” During the drafting of the ICCPR, Clause 14(1) of the draft ICCPR which was submitted by the Commission on Human Rights provided, in part, that:

“All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law.”⁶

The Rapporteur did not suggest changes to that part of clause 14(1) of the draft Covenant.⁷ The United Kingdom (UK) had suggested that the first part of Clause 14(1) (with deals with equality) was redundant and should be deleted because the draft Convention included detailed provisions which dealt with the right to equality before the law and freedom

⁵ See for example, A. Clooney and P. Webb. *The Right to a Fair Trial in International Law*. Oxford University Press. (2021) p. 66–135; L. Doswald-Beck. *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*. Oxford University Press. (2011) p. 318–345; R. Pati. *Due Process and International Terrorism: An International Legal Analysis*. Brill. Nijhoff (2009) p. 269; J. Genser. *The UN Working Group on Arbitrary Detention Commentary and Guide to Practice*. Cambridge University Press. Cambridge. (2019) p. 283–297.

⁶ Official Records of the General Assembly (14th Session: 15 September to 13th December 1959) p. 298.

⁷ *Ibidem*, p. 294.

from discrimination.⁸ This view was supported by Argentina⁹ and Ceylon (Sri Lank).¹⁰ The Indian delegate argued that he could only support the UK proposal if the UK came up with more convincing reasons.¹¹ The Sri Lankan delegate argued that he would have supported the retention of the first part of the provision if its intention was to draw “a distinction between tribunals and courts.”¹² The Italian delegate argued that he opposed the UK proposal to delete part one of clause 14(1) because, inter alia,

“The Commission on Human Rights had had, however, other reasons for including that important statement of principle. It was not enough to recognize that all persons had equal rights. That equality had to be made a reality, and the same conditions had to obtain in practice for all persons at the different stages of proceedings. That fundamental principle was laid down in the first sentence and was developed in the rest of the provision, especially in the sub-paragraphs of paragraph 2. Thus, to make article 14 fully comprehensible, it was essential to retain the first sentence.”¹³

The United Arab Republic’s delegate also asked the United Kingdom to clarify why it wanted such an important safeguard to be deleted from the draft Convention.¹⁴ The Ukrainian delegate also opposed the United Kingdom amendment on the ground that deleting those words would make the whole of Article 14 “meaningless.”¹⁵ Likewise, the Philippine,¹⁶ Yugoslav,¹⁷ Ghanaian,¹⁸ Afghan,¹⁹ Saudi Arabian²⁰ and Polish²¹ delegates also opposed the United Kingdom’s proposal. In the light of many objections, the United Kingdom withdrew its amendment.²² Argentina,

⁸ United Nations General Assembly, 14th Session, Third Committee, 961st Meeting (19 November 1959) (A/C-3/SR/961) para 1.

⁹ *Ibidem*, para 4.

¹⁰ United Nations General Assembly, 14th Session, Third Committee, 962nd Meeting (19 November 1959) (A/C-3/SR/962) para 2.

¹¹ *Ibidem*, para 9.

¹² *Ibidem*, para 2.

¹³ *Ibidem*, para 7.

¹⁴ *Ibidem*, para 12.

¹⁵ *Ibidem*, para 17.

¹⁶ *Ibidem*, para 18.

¹⁷ *Ibidem*, para 25.

¹⁸ *Ibidem*, para 26.

¹⁹ *Ibidem*, para 29.

²⁰ *Ibidem*, para 35.

²¹ United Nations General Assembly, 14th Session, Third Committee, 963rd Meeting (20 November 1959) (A/C.3/SR/963) para 25.

²² United Nations General Assembly, 14th Session, Third Committee, 963rd Meeting (20 November 1959) (A/C.3/SR/963) para 27. See also Official Records of the General Assembly (14th Session: 15 September to 13th December 1959) p. 299.

Israel and Italy suggested changes to the above draft part of Article 14(1). The Argentina delegate suggested that clause 14(1) should be replaced by the following:

“Everyone shall be entitled to a fair hearing by a competent, independent and impartial tribunal, in the determination of any charge or accusation made against him, or of his rights and obligations in a suit at law. Every judgement shall be given due publicity except where the interest of juveniles otherwise requires or the proceedings concern matrimonial disputes.”²³

He argued that the above amendment was necessary because, *inter alia*, “the word ‘criminal’ before the word ‘charge’ in the second sentence was redundant as all charges were criminal charges”.²⁴ The Argentine amendment also omitted the words “public hearing.” This is because it was common practice in most Latin American countries for trials to be conducted on the basis of “written dispositions.”²⁵ However, what is evident is that the Argentina proposal also retained the words “competent, independent and impartial tribunal.” Israel suggested that the clause beginning with the words “by a competent, independent and impartial” should be replaced “by an independent and impartial tribunal of competent jurisdiction established by law”.²⁶ In support of that proposal, the Israel delegate argued that:

“[T]he text as drafted by the Commission was obviously based on article 10 of the Universal Declaration of Human Rights in which, however, the word “competent” did not appear. As used in paragraph 1, it was probably intended to mean “a tribunal of competent jurisdiction”, but it might easily be construed as meaning that the tribunal should possess the necessary knowledge or integrity. He could not agree with that interpretation. A judge might be incompetent according to those criteria but, provided he was lawfully qualified and appointed, the trial in question could not be deemed to constitute a violation of human rights. He felt that the wording which he proposed clarified the text.”²⁷

²³ Official Records of the General Assembly (14th Session: 15 September to 13th December 1959) p. 291.

²⁴ United Nations General Assembly, 14th Session, Third Committee, 961st Meeting..., para. 5.

²⁵ *Ibidem*, paras 6 and 19.

²⁶ Official Records of the General Assembly (14th Session: 15 September to 13th December 1959) p. 290.

²⁷ United Nations General Assembly, 14th Session, Third Committee, 961st Meeting..., para. 10.

The Chilean delegate supported the Israel amendment above because “the wording was excellent.”²⁸ The Sri Lankan delegate also supported the Israel amendment because the amendment “brought out the intention of the Commission on Human Rights much better than did the Commission’s own draft.”²⁹ The Venezuelan delegate also supported the Israel amendment because it “was more precise than the Commission’s text. It expressed clearly the idea that everyone was entitled to be tried by a court competent to deal with the case.”³⁰ The Iranian delegate also supported the Israel amendment.³¹ The United Kingdom delegate argued that the Israel amendment “was unexceptionable and he had no objection to it.”³²

In other words, the Israel delegate was of the view that a “competent tribunal” should be interpreted to mean “a tribunal of competent jurisdiction.” This means that the tribunal had the jurisdiction over the offence and the person. It should not be interpreted to mean that the “tribunal should possess the necessary knowledge and integrity.” According to him, as long as a person met the minimum requirements for appointment to the tribunal/court and he/she was legally appointed, his/her incompetence does not render the trial unfair. The Bulgarian delegate wanted to know “whether the words ‘established by law’, in the text proposed in the amendment to the second sentence of paragraph 1 referred to the word ‘tribunal’ or to the word ‘jurisdiction’.”³³ In response, the Israel delegate argued that the amendment referred to “the tribunal that was established by law.”³⁴ The Sri Lankan delegate:

“[S]aw no need to specify that tribunals should be competent, independent and impartial, since in many countries there was no other possibility, and the mere statement of that principle would not suffice to change the state of affairs in countries where it was not yet recognized and applied. In that connexion it should be remembered that the independence of the judiciary from the executive had not been established by a provision of law but was the fruit of a long historical development.”³⁵

²⁸ United Nations General Assembly, 14th Session, Third Committee, 962nd Meeting... ,para. 20.

²⁹ United Nations General Assembly, 14th Session, Third Committee, 963rd Meeting..., para. 8.

³⁰ *Ibidem*, para 13.

³¹ *Ibidem*, para 21.

³² *Ibidem*, para 32.

³³ United Nations General Assembly, 14th Session, Third Committee, 961st Meeting... ,para. 23.

³⁴ *Ibidem*, para 24.

³⁵ United Nations General Assembly, 14th Session, Third Committee, 962nd Meeting..., para 3.

The Indian delegate argued, *inter alia*, that “it was a mistake to use the word ‘fair’ in the second sentence of paragraph 1, for it was impossible to determine whether a tribunal had been fair until it had heard and judged a case.”³⁶ He argued further that “[t]here was likewise no need of the word ‘competent’, since a tribunal established by law was quite clearly competent.”³⁷ The Italian delegate argued that Clause 14(1) should be amended to read as follows:

“All persons shall have equal rights and possibilities before the courts and tribunals. Therefore, everyone shall be entitled to a fair hearing by a competent, independent and impartial court or tribunal in the determination of any charge or accusation made against him, or of his rights and obligations in a suit at law.”³⁸

This proposed amendment was opposed by the United Kingdom delegate on the ground that it was vague on the issue of rights and responsibilities.³⁹ The Peruvian delegate suggested that the words “courts and tribunals” should have been replaced by the words “judges and tribunals” because in the Peruvian system there was “hardly any difference between a tribunal and a court.”⁴⁰ The delegates from Burma,⁴¹ Iraq,⁴² Poland,⁴³ and Pakistan,⁴⁴ argued that Article 14(1) as suggested by the Commission was satisfactory and there was no need to amend it. The Romanian delegate argued that he supported Article 14(1) as suggested by the Commission because, *inter alia*, the principle of “juridical independence” was contained in the Romanian constitution and that Romanian law “gave even wider and more numerous safeguards of impartiality.”⁴⁵ He added that he supported the retention of Clause 14(1) because:

“The key paragraph of the article was paragraph 1, and the first sentence of that paragraph was of capital importance. It reminded every judge that the law was impartial and that he, too, should be impartial in

³⁶ *Ibidem*, para 7.

³⁷ *Ibidem*, para 7.

³⁸ *Ibidem*, para 10.

³⁹ *Ibidem*, para. 15.

⁴⁰ *Ibidem*, para. 21.

⁴¹ United Nations General Assembly, 14th Session, Third Committee, 963rd Meeting..., para. 1.

⁴² *Ibidem*, para. 4.

⁴³ *Ibidem*, para. 23.

⁴⁴ United Nations General Assembly, 14th Session, Third Committee, 966th Meeting (24 November 1959) (A/C.3/SR/966) para. 20.

⁴⁵ United Nations General Assembly, 14th Session, Third Committee, 964th Meeting (23 November 1959) (A/C.3/SR/964) para. 4.

administering the law. Administering the law was not a purely automatic operation. A judge sometimes had to interpret legislative provisions. Moreover, the law itself often gave him a certain power of discretion when, for example, he had to decide on a penalty, within specified limits, to fix damages, to weigh the value of statements by witnesses or of circumstantial evidence, or to decide on the amount of surety for bail. It was not enough, therefore, to proclaim the principle of equality before the law in article 24. It was also necessary to see that the law was administered impartially. For that reason, he would vote against the first Argentine amendment...With regard to the first Israel amendment to paragraph 1..., he thought it would be preferable to retain the recognized expression “tribunal competent” in the French text.”⁴⁶

The French delegate argued that he supported the retention of Article 14(1) as drafted by the Commission because it balanced the interests of different legal systems and it was “complete and perfectly balanced.”⁴⁷ He added that:

“Some delegations had maintained that the word “independent” was redundant. But the separation of powers ensured the independence of the judiciary only vis-a-vis the political power; protection against the influence of pressure groups was still needed. The word “independent” was therefore essential to article 14.”⁴⁸

He added that:

“The adjective “competent” obviously did not have the same meaning in all languages-which explained why various representatives had criticized its use. The wording proposed in the Israel amendment ...was preferable, in that respect, to the original text, but it still failed to satisfy all members of the Committee. The word “competent” might perhaps prove generally acceptable if it was preceded by the word “legally” which would require the deletion of the words ‘established by law’.”⁴⁹

He added that he agreed with the United Kingdom’s argument that “paragraph 2, unlike...paragraph 1, applied exclusively to criminal proceedings.”⁵⁰ The Israel delegate noted that “the Committee had correctly interpreted the Israel delegation’s amendment to the second sentence in paragraph 1. What was important was not that each of the judges indi-

⁴⁶ Ibidem, para. 6.

⁴⁷ Ibidem, para. 15.

⁴⁸ Ibidem, para. 17.

⁴⁹ Ibidem, para 18.

⁵⁰ Ibidem, para 22.

vidually should have the necessary competence, but that the court should be legally competent to try the case.”⁵¹ The Soviet delegate argued that:

“It was incorrect to state that equality before the law was the same as equality before the courts. Equality before the courts could exist only if that principle was laid down in a law and if there was a single system of courts for everyone. If, on the contrary, the law provided for different courts for different races, for instance, there could be no equality before the courts.”⁵²

He also supported the formulation of Article 14(1) as proposed by the Commission because it was “in harmony” with USSR law.⁵³ The Jordanian delegate argued that “words ‘established by law’ in the second sentence of paragraph 1 appeared to be superfluous, since it was obvious that the competent tribunal must have been established by law and have thus been authorized to deal with certain matters.”⁵⁴ However, he endorsed Article 14 as drafted by the Commission.⁵⁵ The United Kingdom delegate:

“Stressed the fact that the second sentence of [Article 14] paragraph 1 drafted by the Commission on Human Rights on Human Rights contained two different ideas, one expressed by the words “established by law” and the other by the words “competent, independent and impartial”. In the text proposed by the Israel delegation...for that sentence, the first of those ideas had disappeared, or at least it was expressed much less clearly than in the text of the Commission on Human Rights or in the previous amendment by Israel.”⁵⁶

The Indian delegate argued that “[t]he drafting of paragraph 1 of article 14 was not sufficiently precise. Fairness and impartiality were ideas hard to pin down, and nobody knew who would be responsible in practice for applying them.”⁵⁷ He added that his delegation was prepared to support the draft proposed by the Commission.⁵⁸ The Indonesian and Yugoslav delegates also supported the draft proposed by the Commission.⁵⁹ Israel’s

⁵¹ *Ibidem*, para 27.

⁵² United Nations General Assembly, 14th Session, Third Committee, 965th Meeting (23 November 1959) (A/C.3/SR/965) para 15.

⁵³ *Ibidem*, para 17.

⁵⁴ United Nations General Assembly, 14th Session, Third Committee, 966th Meeting... ,para. 5.

⁵⁵ *Ibidem*, para 8.

⁵⁶ *Ibidem*, para 9.

⁵⁷ *Ibidem*, para 30.

⁵⁸ *Ibidem*, para 35.

⁵⁹ *Ibidem*, para 36 and 42.

amendment to the second part of Article 14(1) was rejected at the vote.⁶⁰ Since most of the delegates supported the draft provision as proposed by the Commission, it was adopted and would later become Article 14(1) of the ICCPR.⁶¹ In a summary of the drafting history of Article 14(1), the report of the UN Secretary General states that:

“Some representatives considered that the terms “independent” and “impartial” as applied to tribunals were without precise legal meaning. Nevertheless, most of the Committee considered it necessary to retain those terms, which were generally used in constitutions and domestic laws. It was pointed out that the term “competent” could refer to the professional qualifications of judges, whereas the authors had in mind the legal notions of competence *ratione materiae*, *ratione personae*, and *ratione loci*.”⁶²

The following observations should be made about the drafting history of Article 14(1) and particularly the first two sentences. First, the delegates understood a “competent” tribunal or court under Article 14(1) to mean a court with jurisdiction over the offence and the person. This means that a tribunal/court which does not have jurisdiction to try the offence is incompetent within the meaning of Article 14(1). In other words, the proceedings are invalid. There was no objection to the Israeli delegate’s argument that competence of a court does not mean “that the tribunal should possess the necessary knowledge or integrity.” However, Principle 6 of the UN’s Bangalore Principles of Judicial Conduct interprets competence to include the competency of the judicial officer to execute his/her duties effectively. In General Comment No. 32 on Article 14 (the Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial),⁶³ the Human Rights Committee does not define or describe a competent court. However, courts in different countries and some regional human rights bodies have held that a “competent court” means a court with competent jurisdiction over the person and the subject matter (for example, the offence).⁶⁴ Second, although the word “independent” was not defined,

⁶⁰ United Nations General Assembly, 14th Session, Third Committee, 967th Meeting (25 November 1959) (A/C.3/SR/967) para 23.

⁶¹ Official Records of the General Assembly (14th Session: 15 September to 13th December 1959) p. 303.

⁶² *Ibidem*, p. 300.

⁶³ Human Rights Committee, General Comment No. 32, Article 14: Right to Equality Before Courts and Tribunals and To A Fair Trial, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007).

⁶⁴ *Social Justice Coalition and Others v Minister of Police and Others* [2022] ZACC 27 (19 July 2022) para 139 (South Africa); *Le Forum Pour Le Renforcement De La Societe Civile and Others v Attorney General of the Republic of Burundi and Another* (Appeal 2

the debates show that some delegates were of the view that a court has to be independent not only from “political power” (executive and the judiciary) but also from “pressure groups.” This is also how independence is interpreted under Principle 1 of the Bangalore Principles of Judicial Conduct and in the Human Rights Committee’s General Comment No. 32 on Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial.⁶⁵ Third, one of the delegates understood impartiality to mean that a judicial officer should apply the law to the parties equally. However, this “understanding” was neither endorsed nor objected to by any of the delegates. As the Israel delegate explained, the words “independent and impartial tribunal or court” were copied from Article 10 of the Universal Declaration of Human Rights. This means that the drafting history of the UDHR could be relied on to establish how the drafters understood those concepts. However, the drafting history of Article 10 of the UDHR is silent on what the delegates meant by these words. In fact, the delegates did not discuss the meaning of those two concepts at all.⁶⁶ This could be explained by the fact that those concepts were already known in the laws of the countries that participated in the drafting of the UDHR.

of 2020) [2021] EACJ 35 (19 November 2021) para 87 (East African Court of Justice); *Ajavon v Benin* (Application No. 013/2017) [2019] AfCHPR 12 (29 March 2019) para 140–141 (African Court of Human and Peoples’ Rights); *Dankwa and Another Vrs AngloGold Ashanti Ltd* (J4 22 of 2018) [2019] GHASC 11 (14 February 2019) p. 5 (Ghana); *Bofihla Makhalane v Letseng Diamond (Pty) Ltd and Others* (CIV/APN 159 of 2012) [2013] LSHC 42 (30 May 2013) (Lesotho); *Chirambo v Manica Malawi* [2018] MWHC 917 (17 August 2018)(Malawi); *S v Nghixulifwa* [2018] NAHCMD 326 (17 October 2018) (Namibia); *Verlaque v Seychelles International Mercantile Banking Corporation (nouvo-banq)* (211 of 2003) [2009] SCSC 9 (20 January 2009) (Seychelles); *Sunshine Furniture Co. Ltd vs Maersk China Shipping Co. Ltd & Another* (Civil Appeal 98 of 2016) [2020] TZCA 1934 (23 January 2020) (Tanzania); *Foundation for Human Rights Initiative v Attorney General* (Constitutional Petition No. 53 of 2011) [2020] UGCC 7 (3 July 2020) (Uganda); *People v Lungu and Ors* (3 of 2022) [2022] ZMHC 15 (31 October 2022) (Zambia); *S v Kandawasvika & Anor* (HH 148 of 2004) [2004] ZWHHC 148 (15 August 2004) (Zimbabwe); *Family Bank Limited v Shemsa Nassoro Hamdu* [2021] eKLR (Kenya); *State (NCT of Delhi) v. Brijesh Singh alias Arun Kumar and Anorther* [2017] INSC 845 (9 October 2017) (India).

⁶⁵ General Comment No. 32 on Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, (CCPR/C/GC/32) (23 August 2007) paras 19 and 20.

⁶⁶ Commission on Human Rights, Second Session, Working Group on the Declaration on Human Rights, Summary Record of the Fourth Meeting Held at the Palais des Nations, Geneva, on Monday, 8 December 1947 (E/CN.4/AC.2/SR/4) (8 December 1947) p. 6–7 (morning session); Commission on Human Rights, Second Session, Working Group on the Declaration on Human Rights, Summary Record of the Fourth Meeting Held at the Palais des Nations, Geneva, on Monday, 8 December 1947 (E/CN.4/AC.2/SR/5) (8 December 1947) 4–7 (afternoon session).

The lack of a definition of these concepts means that they could have different meanings in different countries. This was evident during the drafting of Article 14 of the ICCPR. Since the drafting history of both the UDHR and ICCPR is silent on the meaning of these concepts, the Human Rights Committee,⁶⁷ the UN's Social and Economic Council (the Bangalore Principles of Judicial Conduct) (2002),⁶⁸ the African Commission on Human and Peoples,⁶⁹ the European Court of Human Rights⁷⁰ the Inter-American Commission on Human Rights⁷¹ and the Inter-American Court of Human Rights⁷² have explained what they mean. It is beyond the scope of this article to discuss how all these bodies have explained these concepts. International law requires states to perform their treaty obligations in good faith.⁷³ One of the ways in which states comply with their human rights treaty obligations is to ensure that the rights in those treaties are enforceable in their domestic courts. Thus, states have adopted two broad approaches: in some of them, ratified treaties are part of domestic law (monist approach) whereas in others legislation is enacted to incorporate the treaties or some of their provisions in domestic law (dualist approach).⁷⁴ The author illustrates how this right is protected in the constitutions of countries from different parts of the world. This will show the extent to which these countries have incorporated Article 14(1) of the ICCPR into their constitutions. Incorporating this right into the constitutions is the first step towards its enforceability at the domestic law.

⁶⁷ General Comment no. 32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial, CCPR/C/GC/32 (23 August 2007) paras. 17–24.

⁶⁸ Principles 1 and 2.

⁶⁹ See Principles 4 and 5 of the Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa (DOC/OS(XXX)247) (adopted at the 11th Ordinary Session in March 1992).

⁷⁰ Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a fair trial (criminal limb) (Updated on 31 August 2022) p. 20–32. Available at https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_art_6_criminal_eng (accessed 09 January 2024).

⁷¹ Inter-American Commission on Human Rights, Corruption and Human Rights, Resolution 1/18 (Approved in the city of Bogota, Colombia, during its 167 Period of Sessions, on the second day of March of 2018) para 1. Available at <https://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/resolution-1-18-en.pdf> (accessed 07 January 2024).

⁷² In *Apitz Barbera et al. ("First Court of Administrative Disputes") v. Venezuela* (Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs) (Judgment of 5 August 2008, Series Case No. 182), para 52–57 the Inter-American Court of Human Rights explains the concepts of a competent, independent and impartial court or tribunal.

⁷³ Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) provides that “[e]very treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.”

⁷⁴ J Dugard. *International Law: A South African Perspective*. Juta. Cape Town. (2005) p. 47–48.

3. The right to be tried by a competent, independent and impartial tribunal/court in the constitutions of different countries

As at the time of writing, the ICCPR had been signed⁷⁵ or ratified by all UN member states except a few.⁷⁶ Of all the states that had ratified or acceded to the ICCPR, none had made a reservation or declarative interpretation on the accused's right to be tried by a competent, independent and impartial tribunal. This implies that all state parties agree that they have to give effect to this right in their domestic law. The drafting history of Article 14(1) of the ICCPR, as illustrated above, shows that the right to be tried by a competent, independent and impartial tribunal/court is a single right. It means that for a trial to be fair, the tribunal/court must possess all the three elements: competence, independence and impartiality. If one or more of these elements are missing, the right to a fair trial is violated. However, a survey of the constitutions of 193 countries shows that countries have adopted six different approaches to protect the accused's right to be tried by a competent, independent and impartial tribunal.⁷⁷ The first approach, which fully complies with Article 14(1) of the ICCPR, is found in countries where the constitutions provide for the accused's right to be tried by a competent, independent and impartial tribunal/court⁷⁸ or judge⁷⁹ or 'tribunals and judges'.⁸⁰ In Fiji, the judiciary is supposed to be

⁷⁵ Countries which had signed but not yet ratified the ICCPR were: Saint Lucia, Palua, Nauru, Cuba, China, and Comoros.

⁷⁶ The countries which had neither ratified nor signed this treaty were: United Arab Emirates, Tuvalu, Tonga, South Sudan, Solomon Islands, Singapore, Saudi Arabia, Saint Kitts and Nevis, Oman, Niue, Myanmar, Micronesia (Federated States of), Malaysia, Kiribati, Holy See, Cook Islands, Brunei Darussalam and Bhutan.

⁷⁷ Copies of the constitutions were obtained from: https://constituteproject.org/constitutions?lang=en&status=in_force (last accessed 09 January 2024).

⁷⁸ Article 120(I) of the Constitution of Bolivia (2009); Article 30(2) of the Constitution of Cyprus (1960); Article 69(2) of the Constitution of Dominican Republic (2015); Article 1(1) of the Constitution of Fiji (2013)(in this case the right is implied); Article 12(1) (a) of the Constitution of Namibia (1990); Article 20(9) of the Constitution of Nepal (2015); Article 45(1) of the Constitution of Poland (1997); Article 19 of the Constitution of Tajikistan (1994) (this provision also adds that such courts must be established by law); Article 49(3) of the Constitution of Venezuela (1999). Some of the countries which have signed but not yet acceded to the ICCPR have also followed this approach. See for example, Article 94(d) of the Constitution of Cuba (2019); Article 8(1) of the Constitution of Saint Lucia (1978) (instead of the word competent court, this constitution provides for a court 'established by law'). Although South Sudan has neither signed nor ratified the ICCPR, its Constitution (2013) provides for the right to be tried by a competent court and also for the independence and impartiality of the judiciary under Article 122.

⁷⁹ Article 76(7)(k) of the Constitution of Ecuador (2008).

⁸⁰ Article 16 of the Constitution of Paraguay (1992).

independent, impartial, competent and accessible.⁸¹ The second approach is found in countries where the constitutions provide for the accused's right to be tried by an independent and impartial tribunal/court/judge. However, they are silent on the issue of competency of courts.⁸² Many of these constitutions also provide that the independent and impartial court shall be 'established by law.'⁸³ This implies that the law in question

⁸¹ Article 1(c) of the Constitution of Fiji (2013).

⁸² Article 42(2) of the Constitution of Albania (2016); Article 15(1) of the Constitution of Antigua and Barbuda (1981); Article 63(1) of the Constitution of Armenia (1995); Article 20(1) of the Constitution of Bahamas (1973); Article 35(3) of the Constitution of Bangladesh (1972); Article 18(1) of the Constitution of Barbados (1966); Article 6(2) of the Constitution of Belize (1981); Article 10(1) of the Constitution of Botswana (1966); Article 4 of the Constitution of Burkina Faso (1991); Article 11(d) of the Constitution of Canada (1867); Article 36(1) of the Constitution of Czech Republic (1993); Article 81 of the Constitution of Dominica (1978); Article 21 of the Constitution of Eswatini (2005); Article 24(1) of the Constitution of the Gambia (1996); Article 8(1) of the Constitution of Grenada (1973); Article 144 of the Constitution of Guyana (1980); Article XXVIII(1) of the Constitution of Hungary (2011); Article 70 of the Constitution of Iceland (1944); Article 16(1) of the Constitution of Jamaica (1962); Article 50(1) of the Constitution of Kenya (2010); Article 31(2) of the Constitution of Kosovo (2008); Article 12(1) of the Constitution of Lesotho (1993); Article 42(2)(f) of the Constitution of Malawi (1994); Article 39 of the Constitution of Malta (1964); Article 10(1) of the Constitution of Mauritius (1968); Article 32 of the Constitution of Montenegro (2007); Article 25(a) of the Constitution of New Zealand (1852); Article 36(1) of the Constitution of Nigeria (1999); Article 95 of the Constitution of Norway (1814); Article 37(3) of the Constitution of Papua New Guinea (1975); Article 8(1) of the Constitution of Saint Vincent and the Grenadines (1979); Article 9(1) of the Constitution of Samoa (1962); Constitution of Senegal (2001)(proclaim); Article 32 of the Constitution of Serbia (2006); Article 19(1) of the Constitution of Seychelles (1993); Article 23(1) of the Constitution of Sierra Leone (1991); Article 46(1) of the Constitution of Slovakia (1992); Article 23 of the Constitution of Slovenia (1991); Article 34(2) of the Constitution of Somalia (2012); section 34 of the Constitution of South Africa (1996); Article 10 of the Constitution of Suriname (1987) (the word 'judge' is used); Article 19 of the Constitution of Togo (1992); Article 5(2)(f) (ii) of the Constitution of Trinidad and Tobago (1976); Article 28(1) of the Constitution of Uganda (1995); Article 6 of the Constitution of the United Kingdom (1215); Article 5(2)(a) of the Constitution of Tuvalu (1980); Article 18(1) of the Constitution of Zambia (1991); section 69(1) of the Constitution of Zimbabwe (2013). Some of the countries which have signed but not yet acceded to the ICCPR have also followed this approach. See for example, Article 10(2) of the Constitution of Nauru (1968). Some of the countries which have neither signed nor acceded to the ICCPR have also followed this approach. See for example, Article 65(1)(e) of the Constitution of Cook Islands (1965); Article 10(1) and (8) of the Constitution of Kiribati (1979); Article 10(1) and (8) of the Constitution of St Kitts and Nevis (1983); Article 10(1) and (8) of the Constitution of Solomon Islands (2014); Article 22(2) of the Constitution of Tuvalu (2010).

⁸³ See for example Article 8(1) of the Constitution of Saint Vincent and the Grenadines (1979); Article 9(1) of the Constitution of Samoa (1962); Article 32 of the Constitution of Serbia (2006); Article 19(1) of the Constitution of Seychelles (1993);

provides for the jurisdiction of the courts hence its competence.⁸⁴ Even in countries where the constitutions do not expressly state that courts have to be established by law,⁸⁵ the constitutions provide for the jurisdiction of different courts. This implies that such courts are established by law. The third approach is found in countries where the constitutions provide that an accused has a right to a fair trial which includes the right to be tried by an impartial court. They are silent on the right to be tried by an independent court. However, the constitutions of most of these countries provide that the courts shall be independent.⁸⁶ This means that such courts are competent, impartial and independent. The fourth approach is found in countries where the constitutions provide that an accused has a right to a fair trial which includes the right to be tried by an independent court. However, they are silent on the issues of impartiality and competence.⁸⁷

The fifth approach is found in countries where the constitutions do not provide for the accused's right to be tried by a competent, independent and impartial tribunal/court. However, they provide that the judiciary shall be independent and that judicial officers shall perform their duties with impartiality⁸⁸ or that the judiciary shall be independent

Article 23(1) of the Constitution of Sierra Leone (1991); Article 23 of the Constitution of Slovenia (1991).

⁸⁴ Some constitutions do not provide that the courts shall be established by law. See for example, the Constitution of New Zealand (1852).

⁸⁵ Such as Somalia.

⁸⁶ This is the case, for example, under Articles 10 and 85 the Constitutions of Andorra (1993); Articles 111 and 104 of the Constitution of Italy (1947); Articles 37 and 76 of the Constitution of Japan (1946); Article 21 (h) of the Constitution of Liberia (1986) (the constitution of Liberia does not provide for judicial independence expressly); Articles 42(b) and 142 of the Constitution of Maldives (2008); Articles 17 and 100 of the Constitution of Mexico (1917); section 14 and 3 of the Constitution of the Philippines (1987); Article 124 of the Constitution of Romania (1991); Amendment XI of the Constitution of the United States of America (1789) (it uses the word "jury"). Some of the countries which have signed but not yet acceded to the ICCPR have also followed this approach. For example, Article X of the Constitution of Palau (1981) provides for judicial independence and Article IV(7) provides for the right to an "impartial trial."

⁸⁷ Article 103 of the Constitution of Viet Nam (1992).

⁸⁸ Articles 116 and 119 of the Constitution of Afghanistan (2004); Article 175 of the Constitution of Angola (2010); Article 127 of the Constitution of Azerbaijan (1995); Article 214 of the Constitution of Burundi (2018); Article 128 of the Constitution of Cambodia (1993); Article 94 of the Constitution of Egypt (2014); Article 110 of the Constitution of Morocco (2011); Article 217 of the Constitution of Mozambique (2004); Article 121 and 132(5) of the Constitution of Sao Tome and Principe (1975); Article 134 of the Constitution of Syria (2012); Article 80 of the Constitution of Taiwan (1947); Article 188 of the Constitution of Thailand (2017); Articles 102–104 of the Constitution of Tunisia (2014).

(without mentioning impartiality).⁸⁹ However, since the independence of the judiciary is guaranteed, this right can be inferred. Some of these

⁸⁹ Article 114(6) of the Constitution of Argentina (1853); Article 87 of the Constitution of Austria (1920); Article 104 of the Constitution of Bahrain (2002); Article 151 (1) of the Constitution of Belgium (1831); Article 2 of the Constitution of Brazil (1988); Article 117 of the Constitution of Bulgaria (1991); Article 37 of the Constitution of Cameroon (1972); Article 221(3) of the Constitution of Cape Verde (1980); Article 146 of the Constitution of Chad (2018); Article 76 of the Constitution of Chile (1980); Article 228 of the Constitution of Colombia (1991); Article 149 of the Constitution of the Democratic Republic of Congo (2011); Article 168 of the Constitution of Congo (2015); Article 9 of the Constitution of Costa Rica (1949); Article 115 of the Constitution of Croatia (1991); Article 62 of the Constitution of Denmark (1953); Article 71 of the Constitution of Djibouti (1992); Article 172 of the Constitution of El Salvador (1983); Article 89 of the Constitution of Equatorial Guinea (1991); Article 10 of the Constitution of Eritrea (1997); Articles 146 and 147 of the Constitution of Estonia (1992); Article 78 of the Constitution of Ethiopia (1994); section 3 of the Constitution of Finland (1999); Article 64 of the Constitution of France (1958); Article 68 of the Constitution of Gabon (1991); Article 59 of the Constitution of Georgia (1995); Article 97 of the Constitution of Germany (1949); Article 125 of the Constitution of Ghana (1992); Article 87 of the Constitution of Greece (1975); Article 203 of the Constitution of Guatemala (1985); Article 120(4) of the Constitution of Guinea-Bissau (1984); Article 303 of the Constitution of Honduras (1982); Article 70 of the Constitution of India (1949); Article 24(1) of the Constitution of Indonesia (1945); Article 156 of the Constitution of Iran (1979); Articles 19, 87 and 88 of the Constitution of Iraq (2005); Article 35 of the Constitution of Ireland (1937); Article 2 of the Constitution of Israel (1958) (basic law on the judiciary); Article 27 and 97 of the Constitution of Jordan (1952); Articles 77 and 79 of the Constitution of Kazakhstan (1995); Article 166 of the Constitution of the Democratic Republic of Korea (1972); Article 103 of the Constitution of Republic of Korea (1948); Article 163 of the Constitution of Kuwait (1962); Article 98 of the Constitution of Kyrgyzstan (2010); Article 94 of the Constitution of Lao Peoples' Democratic Republic (1991); Article 83 of the Constitution of Latvia (1922); Article 20 of the Constitution of Lebanon (1926); Article 32 of the Constitution of Libya (2011); Article 95 of the Constitution of Liechtenstein (1921); Article 107 of the Constitution of Madagascar (2010); Article VI(1)(1) of the Constitution of Marshall Islands (1979); Article 89 of the Constitution of Mauritania (1991); Article 116 of the Constitution of Moldova (1994); Article 88 of the Constitution of Monaco (1962); Article 49 and 64 of the Constitution of Mongolia (1992); Article 166 of the Constitution of Nicaragua (1987); Articles 116 and 118 of the Constitution of Niger (2010); Article 98 of the Constitution of North Macedonia (1991); Preamble to the Constitution of Pakistan (1973); Articles 97 and 98 of the Constitution of Palestine (2003); Article 210 and 211 of the Constitution of Panama (1972); Article 139 of the Constitution of Peru (1993); Article 203 of the Constitution of Portugal (1976); Articles 130 and 131 of the Constitution of Qatar (2003); Article 120 of the Constitution of Russia (1993); Article 150 of the Constitution of Rwanda (2003); section 117 of the Constitution of Spain (1978); Article 107 of the Constitution of Sri Lanka (1978); Article 30 of the Constitution of Sudan (2019); Article 3 (Chapter 11, Part 2) of the Constitution of Sweden (1974); Article 191c of the Constitution of Switzerland (1999); Article 107B of the Constitution of Tanzania (1977); Article 119 of the Constitution of Timor-Leste (2002); Article 138 of the Constitution of Turkey (1982); Article 98 of the Constitution

countries have also ratified regional human rights instruments which guarantee the accused's right to be tried by a competent, independent and impartial tribunals. These include the European Convention on Human Rights. In some of these treaties, the ICCPR, by virtue of ratification, is part of domestic law.⁹⁰

The sixth approach is found in countries where the constitutions are not only silent on the accused's right to be tried by a competent, independent and impartial tribunal, but also silent on the issue of judicial independence.⁹¹ This is the case although some of these constitutions were adopted or amended after the respective countries had ratified/acceded to the ICCPR.⁹² However, judicial independence is guaranteed in other pieces of legislation⁹³ or by treaties ratified by these countries which are expressly made part of domestic law⁹⁴ and/or courts are required to refer to it when dealing with human rights issues.⁹⁵ A closer examination of all the six approaches above shows that irrespective of which approach has been adopted, state parties to the ICCPR have provided for the right to be tried by an a competent, independent and impartial

of Turkmenistan (2008); Article 126 of the Constitution of Ukraine (1996); Article 149 of the Constitution of Yemen (1991). A similar approach is also followed in some of the countries that have neither signed nor acceded to the ICCPR. For example, Articles 21(1) and (15) of the Constitution of Bhutan (2008); Article 19(a) of the Constitution of Myanmar (2008); article 60 of the Constitution of Oman (1996); Article 83A of the Constitution of Tonga (2016); Article 46 of the Constitution of Saudi Arabia (1992); Article 94 of the Constitution of the United Arab Emirates (1971).

⁹⁰ For example, Article 11(2) of the Constitution of Cape Verde (1980); Article 215 of the Constitution of the Democratic Republic of Congo (2011); Article 223 of the Constitution of Congo (2015); Article 115 of the Constitution of Croatia (1991); Article 93 of the Constitution of Egypt (2014).

⁹¹ See for example, the Constitution of Australia (1901); the Constitution of Bosnia and Herzegovina (1995); the Constitution of Haiti (1987); Constitution of Luxemburg (1868); Constitution of the Netherlands (1814); Constitution of Uruguay (1966). A similar approach is also followed in some of the countries that have neither signed nor acceded to the ICCPR. For example, Constitution of Brunei (2006); Constitution of Malaysia (1957); Constitution of Micronesia (1990); and Constitution of Singapore (2016).

⁹² For example, Bosnia and Herzegovina acceded to the ICCPR in August 1993 and its constitution was adopted in 1995; Haiti acceded to the ICCPR in February 1991 and its Constitution (1987) was last amended in 2012.

⁹³ See for example, J Wiwinius. *Independence of the Luxembourg Judiciary Through a Council for the Judiciary – A Never-Ending Story*. In: *The Art of Judicial Reasoning: Festschrift in Honour of Carl Baudenbacher*. Eds. Gunnar Selvik et al. Springer. Berlin 2019. p. 211–220.

⁹⁴ Annex 1 of the Constitution of Bosnia and Herzegovina (1995) provides that several international treaties, including the ICCPR, are applied in that country

⁹⁵ Article 98 of the Constitution of North Macedonia (1991)

tribunal/court in their constitutions exclusively or in their constitutions read in tandem with their international treaty obligations and/or domestic legislation.

Although, as discussed above, the drafting history of Article 14(1) of the ICCPR shows that a competent court means one with jurisdiction, the constitutions of some countries require judicial officers to be competent. For example, Article 141 of the Constitution of Côte d'Ivoire (2016) provides that '[t]he magistrate must be competent. He must demonstrate impartiality, neutrality and honesty in the exercise of his official duties. Any breach of these official duties constitutes professional misconduct.' Likewise, Article 103 of the Constitution of Tunisia (2014) provides that 'judges must be competent, and should be characterised by neutrality and integrity. They shall be held accountable for any shortcomings in their performance.' In Eritrea, the judiciary is not only required to be independent but also competent.⁹⁶ This implies that competence is understood to mean that the judicial officers should have the necessary qualifications to execute their duties.

The fact that this right has been recognised by an overwhelming number of countries in different forms means that it has acquired the status of *jus cogens*. Put differently, the right to be tried by a competent, independent and impartial tribunal/court is now a peremptory norm under international law.⁹⁷ The International Law Commission defines *just cogens* as follows:

“A peremptory norm of general international law (*jus cogens*) is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.”⁹⁸

⁹⁶ Article 10(1) of the Constitution of Eritrea (1997)

⁹⁷ It has been argued that since the right to a fair trial is recognised in international and regional human rights, it has attained the status of *jus cogens* but with permissible exceptions. See P. Robinson, “*The Right to a Fair Trial in International Law, with Specific Reference to the Work of the ICTY.*” “Berkeley Journal of International Law Publicist” 2009, 3 pp. 1–11. For a discussion of the concept of *jus cogens* in detail, see for example, H. Charlesworth and C Chinkin: *The Gender of Jus Cogens.* “Human Rights Quarterly” 1993, 15(1), pp. 63–76 U. Linderfalk. *Understanding Jus Cogens in International Law and International Legal Discourse.* Edward Elgar Publishing. Cheltenham Glos. (2020).

⁹⁸ Conclusion 3[2] of the International Law Commission, Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (*jus cogens*), A/CN.4/L.967 (11 May 2022). See also Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969).

The International Law Commission stated further that:

- “1. Customary international law is the most common basis for peremptory norms of general international law (*jus cogens*).
2. Treaty provisions and general principles of law may also serve as bases for peremptory norms of general international law (*jus cogens*).”⁹⁹

The International Law Commission added that:

- “1. Evidence of acceptance and recognition that a norm of general international law is a peremptory norm (*jus cogens*) may take a wide range of forms.
2. Forms of evidence include, but are not limited to: public statements made on behalf of States; official publications; government legal opinions; diplomatic correspondence; constitutional provisions; legislative and administrative acts; decisions of national courts; treaty provisions; resolutions adopted by an international organization or at an intergovernmental conference; and other conduct of States.”¹⁰⁰

Relying on the above criteria, it is argued that the following factors support the view that the right to be tried by a competent, impartial and independent tribunal has attained the status of *jus cogens*. First, the majority of UN member states have not only ratified the ICCPR, most importantly, none of them has made a reservation or declarative interpretation on the second sentence of Article 14(1) (which deals with the right to be tried by a competent, independent and impartial court).¹⁰¹

⁹⁹ Conclusion 5 of the International Law Commission, Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (*jus cogens*), A/CN.4/L.967 (11 May 2022).

¹⁰⁰ Ibidem, Conclusion 8.

¹⁰¹ Six countries made reservations on the right to a public hearing under Article 14(1). In its reservations on Article 14(1), Australia stated that “Article 14 of the Covenant will be applied provided that the principles governing the publicity of trials as set forth in article 90 of the Federal Constitutional Law as amended in 1929 are in no way prejudiced...” In its reservation, Belgium stated that “With respect to article 14, the Belgian Government considers that the last part of paragraph 1 of the article appears to give States the option of providing or not providing for certain derogations from the principle that judgements shall be made public. Accordingly, the Belgian constitutional principle that there shall be no exceptions to the public pronouncements of judgements is in conformity with that provision...” In its reservation, the Government of Liechtenstein stated that “The Principality of Liechtenstein reserves the right to apply the provisions of article 14, paragraph 1 of the Covenant, concerning the principle that hearings must be held and judgements pronounced in public, only within the limits deriving from the principles at present embodied in the Liechtenstein legislation on legal proceedings.” Denmark submitted a revised reservation which provides, inter alia, that “Article 14, paragraph 1, shall not be

Second, this right is protected in other international and regional human rights treaties. Third, the right is protected in the constitutions of the overwhelming majority of countries. Even in the constitutions in which it is not expressly protected, it can be inferred from other legal sources. It should be mentioned that although the prohibition against torture is *jus cogens*, there are over 30 countries whose constitutions do not expressly prohibit torture.¹⁰² This means that the right to be tried by a competent, independent and impartial tribunal is guaranteed in more constitutions than the right to freedom from torture. Fourth, the decisions of many national and regional courts (as demonstrated below when dealing with the issue of recusal) emphasise the importance of this right. Finally, there are resolutions and/or general comments by human rights bodies at the UN level (the Human Rights Committee's General Comment No. 32 and the Bangalore Principles) and at the regional level (African and European level) which protect this right. In *Goiburú et al. v. Paraguay*,¹⁰³ the Inter-American Court of Human Rights held that access to justice is *jus cogens*. However, in *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*,¹⁰⁴

binding on Denmark in respect of public hearings. In Danish law, the right to exclude the press and the public from trials may go beyond what is permissible under this Covenant, and the Government of Denmark finds that this right should not be restricted.” Other countries which made reservations on Article 14(1) (the right to a public hearing) included: Switzerland and Finland. However, Australia, Finland and Switzerland withdrew their reservation Article 14(1) of the ICCPR. This means that only three countries (Belgium, Denmark and Liechtenstein) retain their reservations on Article 14(1). See https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?chapter=4&clang=_en&mtdsg_no=iv-4&src=ind (accessed 15 September 2023).

¹⁰² See for example, the constitutions of Australia 1901 (rev. 1985); Austria 1920 (reinst. 1945, rev. 2013); Belgium 1831 (rev. 2014); Brunei Darussalam 1959 (rev. 2006); Cambodia 1993 (rev. 2008); Canada 1867 (rev. 2011); Chile 1980 (rev. 2021); China (People's Republic of) 1982 (rev. 2018); Costa Rica 1949 (rev. 2020); Equatorial Guinea 1991 (rev. 2012); France 1958 (rev. 2008); Germany 1949 (rev. 2014); Haiti 1987 (rev. 2012); India 1949 (rev. 2016); Ireland 1937 (rev. 2019); Israel 1958 (rev. 2013); Italy 1947 (rev. 2020); Korea (Democratic People's Republic of) 1972 (rev. 2016); Lao People's Democratic Republic 1991 (rev. 2015); Lebanon 1926 (rev. 2004); Libya 2011 (rev. 2012); Luxembourg 1868 (rev. 2009); Malaysia 1957 (rev. 2007); Malta 1964 (rev. 2016); Micronesia (Federated States of) 1978 (rev. 1990); Monaco 1962 (rev. 2002); Myanmar 2008 (rev. 2015); Netherlands 1814 (rev. 2008); Panama 1972 (rev. 2004); Saudi Arabia 1992 (rev. 2013); Senegal 2001 (rev. 2016); Singapore 1963 (rev. 2016); Taiwan (Republic of China) 1947 (rev. 2005); Tonga 1875 (rev. 2013); Trinidad and Tobago 1976 (rev. 2007); United States of America 1789 (rev. 1992); Uruguay 1966 (reinst. 1985, rev. 2004); and Uzbekistan 1992 (rev. 2011); and Vanuatu 1980 (rev. 2013). However, torture is prohibited in some of the treaties ratified by these countries.

¹⁰³ *Goiburú et al. v. Paraguay* (Judgment of 22 September 2006).

¹⁰⁴ *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* (Application no. 5809/08) (21 June 2016).

the Grand Chamber of the European Court of Human Rights held that it 'does not consider these guarantees [under Articles 14 and 6 of the ICCPR and the European Convention of Human Rights] to be among the norms of *jus cogens* in the current state of international law.'¹⁰⁵ In my view, all the (sub) rights under Article 14 which make-up the right to a fair trial may not have attained the status of *jus cogens*. However, as demonstrated above, the right to be tried by a competent, independent and impartial tribunal/court has attained the status of *jus cogens*. As discussed above, the constitutions of most countries provide that courts/tribunals or judges are supposed to be independent. This raises the question of the measures these countries have taken in their constitutions to guarantee judicial independence.

4. Modes of guaranteeing independence of the judiciary

Countries have adopted different approaches to deal with the issue of judicial independence. The first approach is found in countries where the independence and impartiality of the judiciary is guaranteed in general terms.¹⁰⁶ In other words, the constitutions state that the judiciary shall be independent. They do not explain what that independence entails. The second approach is found in countries where the constitutions impose a duty on some people to guarantee the independence of the judiciary. For example, in some countries, apart from providing for an independent judiciary, the constitutions impose a duty on the president(s) to guarantee that judicial independence.¹⁰⁷ Some of these constitutions provide that in guaranteeing judicial independence, the president(s) shall be assisted by some constitutional bodies.¹⁰⁸ In Norway, the constitution imposes the duty of protecting judicial independence on all state agencies. Thus,

¹⁰⁵ Ibidem, para. 136.

¹⁰⁶ Article 164 of the Constitution of Armenia (1995); Article 116A of the Constitution of Bangladesh (1972); Article 129 of the Constitution of Burkina Faso (1991); Articles 81 and 82 of the Constitution of Czech Republic (1993); Article 62 of the Constitution of Eswatini (2005); Article 4(5) of the Constitution of Kosovo (2008); Article 31 of the Constitution of Lithuania (1992); Article 10(8) of the Constitution of Mauritius (1968)

¹⁰⁷ Article 169 of the Constitution of Algeria (2020); Article 8(IV) of the Constitution of Azerbaijan (1995); Article 214 of the Constitution of Burundi (2018); Article 37(3) of the Constitution of Cameroon (1972); Article 68 of the Constitution of Gabon (1991).

¹⁰⁸ See for example, Article 139 of the Constitution of Côte d'Ivoire (2016); Article 73 of the Constitution of Djibouti (1992); Article 64 of the Constitution of France (1958); Article 107 of the Constitution of Madagascar (2010); Article 89 of the Constitution of Mauritania (1991); Article 132 of the Constitution of Syria (2012); Article 115 of the Constitution of Togo (1992).

Article 95 provides that '[t]he authorities of the State shall secure the independence and impartiality of the courts and the judges.' The Constitution of Algeria imposes this duty on the judges themselves when it provides that '[j]udges shall guard against any infringement of their independence and impartiality.'¹⁰⁹ This implies that the duty is imposed on the judges to ensure that they are independent and impartial. In some countries the constitutions require the government and all its agencies and departments to accord assistance to the courts which they require to protect their independence.¹¹⁰

The third approach is found in countries where the constitutions specify the relationship between the judiciary and other arms of government. Countries following this category have followed two methods. The first method is to describe this relationship briefly. For example, the Constitution of Brazil provides that the judiciary, legislature and executive are 'independent and harmonious with each other.'¹¹¹ The Constitution of Rwanda provides that the judiciary and the other two branches of the government are 'independent from each other but are all complementary.'¹¹² The second method is to specify that the judiciary is independent either from the executive or both the executive and the legislature. For example, in some countries, the constitutions provide that the judiciary is independent from the executive.¹¹³ They are silent on the relationship between the judiciary and the legislature. In others, the constitutions provide that the judiciary is independent from the executive and the legislature without outlining the acts which the executive and the legislature are prohibited from doing to undermine the independence of the judiciary.¹¹⁴ However,

¹⁰⁹ Article 179 of the Constitution of Algeria (2020).

¹¹⁰ Article 120(4) of the Constitution of the Gambia (1996); Article 127(2) of the Constitution of Ghana (1992)

¹¹¹ Article 2 of the Constitution of Brazil (1988).

¹¹² Article 61.

¹¹³ Article 62 of the Constitution of Denmark (1953); Article 50 of the Constitution of India (1949)

¹¹⁴ Article 214 of the Constitution of Burundi (2018); Article 37(2) of the Constitution of Cameroon (1972); Article 146 of the Constitution of Chad (2018); Article 149 of the Constitution of the Democratic Republic of Congo (2011); Article 168 of the Constitution of Congo (2015); Article 71 of the Constitution of Djibouti (1992); Article 89 of the Constitution of Equatorial Guinea (1991); Article VI(1)(1) of the Constitution of Marshall Islands (1979); Article 89 of the Constitution of Mauritania (1991); Article 129 of the Constitution of Nicaragua (1987); Article 116 of the Constitution of Niger (2010); Article 88 of the Constitution of Senegal (2001); Article 106 of the Constitution of Uzbekistan (2011) (it also provides that the judiciary is independent from political parties and other public associations). Some of the countries which have signed but not yet acceded to the ICCPR have also followed this approach. See for example, Article 94 of the Constitution of Comoros.

in a few countries, the constitutions prohibit the executive and legislature from performing specific acts aimed at undermining the independence of the judiciary. For example, 76 of the Constitution of Chile (1980) provides that:

“The power to hear civil and criminal cases, to resolve them and to enforce judgments, is vested exclusively to the courts established by law. Neither the President of the Republic nor the Congress may, in any case, exercise judicial functions, take over pending cases, review the grounds or contents of their decisions or revive closed cases.”

Article 138 of the Constitution of Turkey also prohibits the legislature and the executive from carrying out specific acts aimed at compromising the independence of the judiciary.¹¹⁵ Article 168 of the Constitution of Ecuador provides for different ways in which judicial independence should be guaranteed. It is to the effect that:

- (1) The bodies of the Judicial Branch shall benefit from both internal and external independence. Any breach of this principle shall entail administrative, civil, and criminal liability, in accordance with the law.
- (2) The Judicial Branch shall benefit from administrative, economic and financial autonomy.
- (3) By virtue of the jurisdictional unity, no authorities of the other branches of government shall be able to perform duties for the ordinary administration of justice, without detriment to the jurisdictional powers recognized by the Constitution.”

The constitutions of some other countries also include detailed provisions on judicial independence.¹¹⁶ In some countries, the judiciary is not only independent from the executive and the legislature but also from other state organs. For example, Article 64(2) of the Constitution of Mongolia (1992) provides that the judiciary is ‘independent of any organisations, officials or from other persons.’ These ‘other persons’ include

¹¹⁵ It states that “[1] Judges shall be independent in the discharge of their duties; they shall give judgment in accordance with the Constitution, laws, and their personal conviction conforming with the law. [2] No organ, authority, office or individual may give orders or instructions to courts or judges relating to the exercise of judicial power, send them circulars, or make recommendations or suggestions. [3] No questions shall be asked, debates held, or statements made in the Legislative Assembly relating to the exercise of judicial power concerning a case under trial. [4] Legislative and executive organs and the administration shall comply with court decisions; these organs and the administration shall neither alter them in any respect, nor delay their execution.”

¹¹⁶ Article 186 of the Constitution of Egypt (2014).

‘non-officials.’ In some countries, the constitutions do not have express provisions on the independence of the judiciary. However, this independence could be inferred from other provisions. For example, where it is stipulated that the accused has a right to a fair trial before an independent and impartial court.¹¹⁷ The constitution of Greece (1975) provides that judges ‘shall enjoy functional and personal independence.’¹¹⁸

As mentioned above, the drafting history of Article 14(1) shows that delegates did not oppose France’s argument that the judiciary should be independent ‘vis-a-vis the political power’ but also ‘against the influence of pressure groups.’ Therefore, even in countries where the constitutions mention that the judiciary is independent from the executive or from the executive and the legislature or where judicial independence is not mentioned at all, judicial independence, as contemplated in the drafting history of the Article 14 and as expounded on further by the international and regional human rights bodies, should be upheld in legislation and in practice. Therefore, whichever approach is followed, the bottom line is that judicial independence, as contemplated in the drafting history of Article 14(1) and in the jurisprudence and practice of the international and regional human rights bodies, should be guaranteed in practice. It is one thing for the constitution to provide for judicial independence and quite another for such independence to be guaranteed in practice. It has been illustrated above that impartiality of the judicial officer is essential for one to get a fair trial. This raises the issue of the steps that a litigant has to take when he/she has reasons to believe that the judicial officer is biased against him/her. It is to this issue that we turn.

5. Recusal

An important question that arises when dealing with the right to a fair trial relates to the remedy a litigant has if he/she has a reason or reasons to believe that a judicial officer or one of the judicial officers presiding over his/her case lacks the necessary impartiality. Case law from international human rights bodies, regional human rights bodies and national courts is to the effect that if there is evidence to cast doubt on the judicial officer’s impartiality, he or she must recuse himself/herself from the case. None of the constitutions of the 193 countries referred to in this article deals with the issue of recusal of judicial officers.¹¹⁹ Human

¹¹⁷ Article 70 of the Constitution of Iceland (1944).

¹¹⁸ Article 87(1).

¹¹⁹ Article 233 of the Constitution of Honduras (1982) mentions, in passing, that the General Prosecutor may recuse himself.

rights bodies such as the European Court of Human Rights,¹²⁰ the African Commission on Human and Peoples' Rights,¹²¹ the East African Court of Justice¹²² and the Inter-American Commission on Human Rights¹²³ have explained the circumstances in which a judicial officer should recuse himself/herself when an allegation of bias is made against him/her or the conditions which have to be met to prove bias on the part of a judicial officer. Likewise, national/domestic courts in countries in Africa,¹²⁴

¹²⁰ See for example, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a fair trial* (criminal limb)...., p. 26–30.

¹²¹ See, for example, *Isaak v Republic of Eritrea* (Communication 428 of 2012) [2018] ACHPR 135 (27 April 2018) para 32.

¹²² In *A.G. of Kenya v Nyong'o and Others*. (Application 5 of 2007) [2007] EACJ 1 (6 February 2007) para 32, the East African Court of Justice held that: "There are two modes in which the courts guard and enforce impartiality. First, a judge, either on his own motion or on application by a party, will recuse himself from hearing a cause before him, if there are circumstances that are likely to undermine, or that appear to be likely to undermine his impartiality in determining the cause. Secondly, through appellate or review jurisdiction, a court will nullify a judicial decision if it is established that the decision was arrived at without strict adherence to the established principles that ensure judicial impartiality. The first is that 'a man ought not to be a judge in his own cause'. The second, which additionally is intended to preserve public confidence in the judicial process, is that 'justice must not only be done but must be seen to be done'."

¹²³ *Gustavo Gómez López v Venezuela* (Report No. 82/981, Case 11.703)(28 September 1998) para 22, the Inter-American Commission on Human Rights referred to the case law of the European Court of Human Rights and held that "the decisive point is not the subjective fear of the interested party regarding the impartiality of the court that is to hear the case, but rather whether the circumstances indicate that his fears can be objectively justified."

¹²⁴ Lesotho: *R v Mokhantso & Others* (CRI/T 95 of 2) [2002] LSCA 142 (23 September 2002); *R v Manyeli* (C of A (CRI) 14 of 2007) [2008] LSCA 29 (17 October 2008). Malawi: *Kumwembe & Anor. v R*[Kasambala v R (6 of 2017; Criminal Appeal 5 of 2017) [2017] MWSC 4 (12 August 2017). Namibia: *S v SSH* (29 of 2016) [2017] NASC 28 (19 July 2017). Seychelles: *Michel & Others v Dhanjee & Ors* [recusal] (SCA 5 of 2012) [2012] SCCA 23 (31 August 2012). Sierra Leone: *Kadie Kallon (nee Davies) v Josephine H.M Jackson* (EP CIV APP 59 of 2019) [2020] SLCA 3 (15 April 2020). South Africa: *President of the Republic of South Africa and Others v South African Rugby Football Union and Others* (Judgment on recusal application) 1999 (4) SA 147. Tanzania: *Hobokela Fred Mwangota & Another vs Augustino Mwangota* (Misc. Civil Cause 271 of 2021) [2022] TZHC 13818 (13 October 2022). Uganda: *In Re application for Recusal of Owiny - Dollo CJ* (Civil Miscellaneous Application No. 3 of 2021) [2021] UGSC 7 (17 March 2021); *Shell (U) Ltd & 9 Ors v Muwema & Mugerwa Advocates & Solicitors & Anor* (Civil Appeal No. 2 of 2013) [2014] UGSC 9 (3 July 2014). Zambia: *Champo v People* (CAZ Appeal 40 of 2016) [2017] ZMSC 9 (28 July 2017). Zimbabwe: *Mupungu v Minister of Justice, Legal and Parliamentary Affairs And 6 Others* (7 of 2021) [2021] ZWCC 7 (22 September 2021); *Mawere and 5 Others v Mupasiri and 2 Others* (2 of 2022) [2022] ZWCC 2 (9 March 2022). Liberia: *Yancy et al v RL* [1978] LRSC 3; 26 LLR 374 (1978); *Vargas v Reeves et al* [1999] LRSC 6; 39 LLR 368 (1999) (21 January 1999).

Asia,¹²⁵ Europe,¹²⁶ Australasia¹²⁷ and North America¹²⁸ have also explained the circumstances in which a judicial officer should recuse himself/herself when an allegation of bias is made against him/her or the conditions which have to be met to prove bias on the part of a judicial officer. In some of these cases, courts have relied on the Bangalore Principles of Judicial Conduct (2002),¹²⁹ which, according to the Supreme Court of India, ‘are accepted world-wide both in civil law and common law countries.’¹³⁰ A combined reading of this case law shows that there are generally three situations in which judicial officers recuse themselves: (a) recusal *mero motu* (without an application from one of the parties or both parties);¹³¹

¹²⁵ See for example, Menteri Hal Ehwal Dalam Negeri v Raja Petra Bin Raja Kamarudin [2009] MYFC 23 (Malaysia); Heng Aik Swan v Wee Poh Thuan Arthur – [2012] SGDC 496 (21 December 2012) (Singapore). Article 32 of the Code of Civil Procedure of Taiwan provided for the circumstances in which a judge should recuse himself *mero motu* and also for circumstances in which an application for recusal may be made. For the interpretation of Article 32, see J.Y. Interpretation NO-256 [1990] TWCC 7 (4 April 1990).

¹²⁶ See for example, Tracey v The Minister for Justice and Equality and Law Reform & Ors (Approved) [2019] IEHC 950 (25 October 2019)(High Court of Ireland).

¹²⁷ See for example, Capilano Honey Ltd v Dowling [2018] NSWSC 876 (4 April 2018) (Supreme Court of New South Wales).

¹²⁸ See for example, Minister of Budget Management v Belize Food and Transportation Ltd [2003] BZCA 4 (17 October 2003) (Belize); United States v Lauersen [2003] USCA2 451; 348 F.3d 329 (United States); Frederick Hawkesworth et al v The Superintendent of Prisons et al [2013] BBHC 73 (Barbados); Fatahi-Ghandehari v. Wilson, 2019 ONSC 3584 (CanLII) (Canada); R. v. Sway, 2021 ONSC 7349 (CanLII) (Canada).

¹²⁹ See for example, O’Driscoll -v- Hurley and Health Service Executive [2016] IESC 32 (14 June 2016) (Supreme Court of Ireland); In re Dolin [2021] PWSC 40 (30 December 2021)(Supreme Court of Palau); Minister of Justice v Kim [2021] NZSC 57; [2021] 1 NZLR 338 (4 June 2021)(Supreme Court of New Zealand); Independent State of Papua New Guinea v Transferees [2015] PGSC 45; SC1451 (5 August 2015)(Supreme Court of Papua New Guinea); Supreme Court Advocates-on-Record Association and Another. v. Union of India [2015] INSC 776 (16 October 2015); ZN v. Secretary for Justice and Others [2015] HKCFI 2078; [2016] 1 HKLRD 174; HCAL 15/2015 (13 November 2015) (Hong Kong); Kumar v State [2022] FJCA 83; AAU83.2019 (14 July 2022) (Court of Appeal of Fiji); Al Jedda v Secretary of State for Defence [2010] EWCA Civ 758 (08 July 2010) (England and Wales Court of Appeal).

¹³⁰ Supreme Court Advocates-on-Record Association and Another. v. Union of India [2015] INSC 776 (16 October 2015) para 350.

¹³¹ Fako v Director of Public Prosecutions (C of A (CRI) 3 of 20) [2020] LSCA 49 (30 October 2020) para 21 (Court of Appeal Lesotho) (the judge ‘recused himself from an appeal against a rape conviction, because he had presided in the application for bail pending the outcome of the appeal. The main reason for dismissing the bail application was that the appeal had no prospects of success on the merits.’). See also the following Supreme of Court Ghana decisions: Republic v High Court (land Division) Accra and Others (J5 62 of 2020) [2020] GHASC 55 (14 October 2020) p.30 (Supreme Court of Ghana) (recusal *mero motu*); Republic v High Court Ex Parte: Opuni (20 of 2021) [2021] GHASC 95 (26 October 2021) para 88 (Supreme Court of Ghana)(recusal *mero motu*).

(b) recusal on the basis of an application by one of the parties;¹³² and (c) a judge recusing himself/herself through the nullification of his/her decision on appeal or review on the ground that he/she lacked the necessary impartiality to preside over the matter. In other words, he/she is compelled to recuse himself/herself pursuant to the order of an appellate court.¹³³ This raises the fundamental question of the conditions that an applicant for the judge's recusal has to meet to prove bias on the part of the judge. In the first and third scenarios above, bias is presumed to exist. In the first scenario, the judge himself/herself is of the view that he/she lacks the necessary impartiality to preside over the case. In the second scenario, the review or appellant court concludes that the judge lacks necessary impartiality. This happens, for example, in cases of retrial after a conviction has been set aside. The second ground is the most contentious one: how does one prove bias on the part of a judge? In *Isaak v Republic of Eritrea*,¹³⁴ the African Commission on Human and Peoples' Rights held that:

In *S v Stewe* (SA 2 of 2018) [2019] NASC 3 (15 March 2019), the Supreme Court of Namibia set aside the magistrates' decision to recuse themselves on the basis that they had been side-lined for promotion. The court held that this had nothing to do with the impartiality of the court and their four not a valid ground for refusal. In *Vidyadhar G. Chavda v Pravinchandra G. Chavda* (Civil Revision 7 of 2016) [2017] TZCA 197 (9 February 2017) (Tanzania), the judge recused himself before he had dealt with the same case as a practicing lawyer before his appointment to the bench. In *Acting Director of Public Prosecutions v Manda* (S.C.Z. Judgment 39 of 1974) [1974] ZMSC 22 (22 October 1974) (Zambia) the judge recused himself because the accused was his relative. *Manana And Others v Acting President, Industrial Court And Others* (56 of 2013) [2013] SZSC 48 (30 October 2013) (Swaziland) para 23 (if there is a family relationship between the judge and the deponent of the affidavit of one of the parties to the proceedings); *Valabhji & Anor v Republic & Anor* (CM 28 of 2023) [2023] SCSC 396 (1 June 2023) (Seychelles) para 18 (if there is a social relationship between the judge and the accused). See also *The Seychelles Human Rights Commission and Others v The Speaker of the National Assembly of Seychelles and Others* [2024] SCCA 14 (3 May 2024) (Seychelles Court of Appeal).

¹³² Cases in which judges have recused themselves on this ground include: *KPMG/ Harley & Morris Joint Venture N.O. Liquidators of Lesotho Bank (in Liquidation) v Mopeli* (CIV/APN 183 of 2) [2002] LSCA 73 (20 June 2002) (Lesotho)(the adverse remarks they made against one of the parties before the commencement of the hearing of the case);

¹³³ *Commander Lesotho Defence Force and Others v Lt. Maluke (C of A (CIV) 30 of 2014)* [2014] LSCA 42 (24 October 2014) (where the Lesotho Court of Appeal held that members of court martial who had presided over the appellant's trial were biased and should have recused themselves). In *S v Munuma and Others (3)* (SA 10 of 2010) [2013] NASC 10 (15 July 2013) the Supreme Court of Namibia held that since the judge had made adverse findings against the accused when dismissing the plea of jurisdiction which insinuated that the appellants had committed the offences, he should not have presided over their trial.

¹³⁴ *Isaak v Republic of Eritrea* (Communication 428 of 2012) [2018] ACHPR 135 (27 April 2018).

“The existence or non-existence of bias can be tested in a number of ways. The Commission will adopt the approach taken by the European Court of Human Rights (the European Court) which identifies two distinctive ways of testing impartiality; the subjective approach and the objective approach. Whereas the subjective approach seeks to ascertain the actual existence of bias by assessing the personal conviction of a given judge in a given case, the objective approach asks whether the same judge offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt of impartiality.”¹³⁵

A large body of case law has been developed on the second of the three situations above: recusal on the basis of an application by one of the parties. Case law from domestic courts in different parts of the world on this issue shows, *inter alia*, that in an application for recusal, the applicant must prove actual or apprehended (objective) bias on the part of the judicial officer (using the reasonable man standard).¹³⁶ In other words, ‘[e]vidence in support of a recusal application must of necessity be of high probative quality and sufficiently cogent if it to be relied upon.’¹³⁷ This evidence could be oral or documentary.¹³⁸ A judge should only recuse himself/herself based on the facts as they exist and not as they are reported or surmised in newspapers.¹³⁹ The application must be made before the judge in question has finalised the case.¹⁴⁰ The standard of proof is one of balance of probabilities.¹⁴¹ A judge’s refusal to recuse himself/herself when the evidence shows that he/she should have recused himself/herself nullifies

¹³⁵ *Isaak v Republic of Eritrea* (Communication 428 of 2012) [2018] ACHPR 135 (27 April 2018) para 32.

¹³⁶ *Mandie v Memart Nominees Pty Ltd (No 3)* [2016] VSC 267 (23 May 2016) (Supreme Court of Victoria); *Director of Public Prosecutions v S.W.* [2022] IECA 310 (08 December 2022) para 29.

¹³⁷ *African Echo [pty] Ltd and Others v Simelane* (48 of 2013) [2013] SZSC 71 (29 November 2013) para 61.

¹³⁸ *Aupindi v Shilemba and Others* (7 of 2016) [2017] NASC 24 (14 July 2017) para 34 (Supreme Court of Namibia). See also *Champo v People* (CAZ Appeal 40 of 2016) [2017] ZMSC 9 (28 July 2017) p. 10 (Zambia Supreme Court).

¹³⁹ *Cheney v US Dist Ct* [2004] USSC 193; 541 U.S. 913 (18 March 2004) para 1. See also *Inhle Transport (Pty) Ltd v Dorbyl Vehicle Trading & Finance Company (Pty) Ltd* (Civil Appeal 15 of 2000) [2000] SZSC 2 (1 January 2000) (Eswatini – formally Swaziland).

¹⁴⁰ *Mamba and Others v Madlenya Irrigation Scheme* (37 of 2014) [2015] SZSC 222 (9 December 2015) para 23. See also *Director of Public Prosecutions v S.W.* [2022] IECA 310 (08 December 2022) para 29 (where the judge had dismissed two preliminary objections by the applicant before he applied for the judge’s recusal).

¹⁴¹ *Vehicle Tech Ltd v Commissioner of an Garda Siochana & Others* [2020] IECA 314 (18 November 2020) (Irish Court of Appeal).

the proceedings.¹⁴² For a judge's decision to recuse himself/herself to be valid, it has to be based on solid grounds. Otherwise it will be set aside on appeal¹⁴³ in countries where the judge's refusal to recuse himself/herself is appealable.¹⁴⁴ In some countries, if a judge refuses to recuse himself/herself, the applicant can appeal against his/her decision.¹⁴⁵ Principle 2.5 of the Bangalore Principles provides that:

“A judge shall disqualify himself or herself from participating in any proceedings in which the judge is unable to decide the matter impartially or in which it may appear to a reasonable observer that the judge is unable to decide the matter impartially.”

This implies that it is the judge whose impartiality is questioned that has the discretion decide whether or not to disqualify himself/herself. In many countries, this is the practice. However, there are also instances in which a judge who is a member of the panel recuses himself/herself from hearing the recusal application against him/her. In that case, the application is heard by the remaining members of the panel and they decide whether or not their colleague should recuse himself/herself.¹⁴⁶

¹⁴² Minister of Finance and Another v Hollard Insurance Company of Namibia Limited and Others (3) (8 of 2018) [2019] NASC 13 (28 May 2019) para 95 (Supreme Court of Namibia).

¹⁴³ S v SSH (29 of 2016) [2017] NASC 28 (19 July 2017) (Namibia Supreme Court). The High Court judge had recused himself from the case because he was aware of the accused's previous conviction. On appeal by the prosecution against the recusal, the Supreme Court held that this was not a valid reason for recusal. In Issack Mwamasika & Others vs CRDB Bank Limited (Civil Revision 6 of 2016) [2016] TZCA 546 (19 September 2016) (Tanzania), the judge, while in the process of writing the judgement, received a threatening message on his phone relating to the case. He recused himself and Court of Appeal set aside the recusal. See also Juan Carlos Tafur Rivera v Peru (Report No. 83/19, Petition 403-08)(OEA/Ser.L/V/II.Doc. 92, 31 May 2019) (Inter-American Commission on Human Rights) para 5 where it is reported that 'on August 1, 2006, the plaintiff requested the recusal of the trial judge, who on August 17, 2006 was recused from the case. The journalist appealed this decision. According to the petitioner, with the replacement of the judge on September 5, 2006, the recusal was set aside.' See also Rogelio Miguel Ortiz Romero V Ecuador (Report No. 7/18, Petition 310-08)(OEA/Ser.L/V/II.167, Doc. 11 24 February 2018) (Inter-American Commission on Human Rights) para 3

¹⁴⁴ In some countries such a decision is not appealable. See for example, Stone v Moore [2015] SASC 46 (24 March 2015)(Supreme Court of South Australia).

¹⁴⁵ Bofihla Makhalane v Let'seng Diamonds (Pty) Ltd and Others (C of A (CIV) 10 of 2012) [2013] LSCA 18 (18 October 2013) para 16 (Lesotho Court of Appeal)

¹⁴⁶ See for example, Menteri Hal Ehwal Dalam Negeri v Raja Petra Bin Raja Kamarudin [2009] MYFC 23 (Malaysia); Tikoniyaroi v State [2011] FJCA 47 (Fiji); Button v. Jones, 2003 CanLII 16098 (ON SC) (Canada) 24–26. See also Miguel Ángel Aguirre Magaña v El Salvador (Report No. 24/21)(Case 13.047)(OEA/Ser.L/V/II.179 Doc.27, March 23,

6. Conclusion

In this article, the author has demonstrated the drafting history of Article 14(1) of the ICCPR particularly on the rights of equality before courts and the right to be tried by a competent, independent and impartial tribunal established by law. The author has also demonstrated how the right to be tried by a competent, independent and impartial tribunal is protected in the constitutions of over 190 countries. The study has shown that an overwhelming number of countries provide for this right in their respective constitutions albeit in different forms. Against that background and relying on the criteria set by the International Law Commission, the author has argued that the right to be tried by a competent, independent and impartial tribunal has attained the status *jus cogens*. The author has also indicated how the independence of the judiciary is generally provided for in different countries. The article concludes by discussing the circumstances in which a judicial officer is required to recuse himself/herself from a case.

Bibliography

- A.G. of Kenya v Nyong'o and Others. (Application 5 of 2007) [2007] EACJ 1 (6 February 2007).
- Acting Director of Public Prosecutions v Manda (S.C.Z. Judgment 39 of 1974) [1974] ZMSC 22 (22 October 1974) (Zambia).
- African Echo [pty] Ltd and Others v Simelane (48 of 2013) [2013] SZSC 71 (29 November 2013)(Eswatini).
- Ajavon v Benin (Application No. 013/2017) [2019] AfCHPR 12 (29 March 2019) (African Court of Human and Peoples' Rights).
- Al Jedda v Secretary of State for Defence [2010] EWCA Civ 758 (08 July 2010) (England and Wales Court of Appeal).
- Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland (Application no. 5809/08) (21 June 2016).
- Apitz Barbera et al. ("First Court of Administrative Disputes") v. Venezuela (Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs) (Judgment of 5 August 2008, Series Case No. 182) (Inter-American Court of Human Rights).
- Aupindi v Shilemba and Others (7 of 2016) [2017] NASC 24 (14 July 2017) (Namibia).

2011) (Inter-American Commission on Human Rights) para 47; José Alfredo Velásquez Ríos v Peru (Report No. 88/19, Petition 582-08)(OEA/Ser.L/V/II. Doc. 97 6 June 2019) (Inter-American Commission on Human Rights) para 9.

- Bofihla Makhalane v Letseng Diamond (Pty) Ltd and Others (CIV/APN 159 of 2012) [2013] LSHC 42 (30 May 2013) (Lesotho).
- Bofihla Makhalane v Let'seng Diamonds (Pty) Ltd and Others (C of A (CIV) 10 of 2012) [2013] LSCA 18 (18 October 2013) (Lesotho).
- Button v. Jones, 2003 CanLII 16098 (ON SC) (Canada).
- Capilano Honey Ltd v Dowling [2018] NSWSC 876 (4 April 2018)(Supreme Court of New South Wales).
- Champo v People (CAZ Appeal 40 of 2016) [2017] ZMSC 9 (28 July 2017) (Zambia).
- Charlesworth H and Chinkin C: The Gender of Jus Cogens. "Human Rights Quarterly" 1993, 15(1), pp. 63–76.
- Cheney v US Dist Ct [2004] USSC 193; 541 U.S. 913 (18 March 2004) (United States).
- Chirambo v Manica Malawi [2018] MWHC 917 (17 August 2018)(Malawi).
- Clooney A and Webb P. The Right to a Fair Trial in International Law. Oxford University Press. (2021) p. 66–135.
- Commander Lesotho Defence Force and Others v Lt. Maluke (C of A (CIV) 30 of 2014) [2014] LSCA 42 (24 October 2014) (Lesotho).
- Commission on Human Rights, Second Session, Working Group on the Declaration on Human Rights, Summary Record of the Fourth Meeting Held at the Palais des Nations, Geneva, on Monday, 8 December 1947 (E/CN.4/AC.2/SR/4) (8 December 1947) p. 6–7 (morning session).
- Commission on Human Rights, Second Session, Working Group on the Declaration on Human Rights, Summary Record of the Fourth Meeting Held at the Palais des Nations, Geneva, on Monday, 8 December 1947 (E/CN.4/AC.2/SR/5) (8 December 1947) 4–7 (afternoon session).
- Constitution of Afghanistan (2004).
- Constitution of Albania (2016).
- Constitution of Algeria (2020).
- Constitution of Andorra (1993).
- Constitution of Angola (2010).
- Constitution of Antigua and Barbuda (1981).
- Constitution of Argentina (1853).
- Constitution of Armenia (1995).
- Constitution of Armenia (1995).
- Constitution of Australia (1901).
- Constitution of Austria (1920).
- Constitution of Azerbaijan (1995).
- Constitution of Bahamas (1973).
- Constitution of Bahrain (2002).
- Constitution of Bangladesh (1972).
- Constitution of Barbados (1966).
- Constitution of Belgium (1831).
- Constitution of Belize (1981).
- Constitution of Bhutan (2008).

Constitution of Bolivia (2009).
Constitution of Bosnia and Herzegovina (1995).
Constitution of Botswana (1966).
Constitution of Brazil (1988).
Constitution of Brunei (2006).
Constitution of Brunei Darussalam (1959).
Constitution of Bulgaria (1991).
Constitution of Burkina Faso (1991).
Constitution of Burundi (2018).
Constitution of Cambodia (1993).
Constitution of Cameroon (1972).
Constitution of Canada (1867).
Constitution of Cape Verde (1980).
Constitution of Chad (2018).
Constitution of Chile (1980).
Constitution of China (People's Republic of) (1982).
Constitution of Colombia (1991).
Constitution of Congo (2015).
Constitution of Cook Islands (1965).
Constitution of Costa Rica (1949).
Constitution of Côte d'Ivoire (2016).
Constitution of Croatia (1991).
Constitution of Cuba (2019).
Constitution of Cyprus (1960).
Constitution of Czech Republic (1993).
Constitution of Denmark (1953).
Constitution of Djibouti (1992).
Constitution of Dominica (1978).
Constitution of Dominican Republic (2015).
Constitution of Ecuador (2008).
Constitution of Egypt (2014).
Constitution of El Salvador (1983).
Constitution of Equatorial Guinea (1991).
Constitution of Eritrea (1997).
Constitution of Estonia (1992).
Constitution of Eswatini (2005).
Constitution of Ethiopia (1994).
Constitution of Fiji (2013).
Constitution of Finland (1999).
Constitution of France (1958).
Constitution of Gabon (1991).
Constitution of Georgia (1995).
Constitution of Germany (1949).
Constitution of Ghana (1992).
Constitution of Greece (1975).

Constitution of Grenada (1973).
Constitution of Guatemala (1985).
Constitution of Guinea-Bissau (1984).
Constitution of Guyana (1980).
Constitution of Haiti (1987).
Constitution of Honduras (1982).
Constitution of Hungary (2011).
Constitution of Iceland (1944).
Constitution of India (1949).
Constitution of Indonesia (1945).
Constitution of Iran (1979).
Constitution of Iraq (2005).
Constitution of Ireland (1937).
Constitution of Israel (1958).
Constitution of Italy (1947).
Constitution of Jamaica (1962).
Constitution of Japan (1946).
Constitution of Jordan (1952).
Constitution of Kazakhstan (1995).
Constitution of Kenya (2010).
Constitution of Kiribati (1979).
Constitution of Korea (Democratic People's Republic of) (1972).
Constitution of Kosovo (2008).
Constitution of Kuwait (1962).
Constitution of Kyrgyzstan (2010).
Constitution of Lao Peoples' Democratic Republic (1991).
Constitution of Latvia (1922).
Constitution of Lebanon (1926).
Constitution of Lesotho (1993).
Constitution of Liberia (1986).
Constitution of Libya (2011).
Constitution of Liechtenstein (1921).
Constitution of Lithuania (1992).
Constitution of Luxemburg (1868).
Constitution of Madagascar (2010).
Constitution of Malawi (1994).
Constitution of Malaysia (1957).
Constitution of Maldives (2008).
Constitution of Malta (1964).
Constitution of Marshall Islands (1979).
Constitution of Mauritania (1991).
Constitution of Mauritius (1968).
Constitution of Mexico (1917).
Constitution of Micronesia (1990).
Constitution of Moldova (1994).

Constitution of Monaco (1962).
Constitution of Mongolia (1992).
Constitution of Montenegro (2007).
Constitution of Morocco (2011).
Constitution of Mozambique (2004).
Constitution of Myanmar (2008).
Constitution of Namibia (1990).
Constitution of Nauru (1968).
Constitution of Nepal (2015).
Constitution of Netherlands (1814).
Constitution of New Zealand (1852).
Constitution of Nicaragua (1987).
Constitution of Niger (2010).
Constitution of Nigeria (1999).
Constitution of North Macedonia (1991).
Constitution of Norway (1814).
Constitution of Oman (1996).
Constitution of Pakistan (1973).
Constitution of Palau (1981).
Constitution of Palestine (2003).
Constitution of Panama (1972).
Constitution of Papua New Guinea (1975).
Constitution of Paraguay (1992).
Constitution of Peru (1993).
Constitution of Poland (1997).
Constitution of Portugal (1976).
Constitution of Qatar (2003).
Constitution of Republic of Korea (1948).
Constitution of Romania (1991).
Constitution of Russia (1993).
Constitution of Rwanda (2003).
Constitution of Saint Lucia (1978).
Constitution of Saint Vincent and the Grenadines (1979).
Constitution of Samoa (1962).
Constitution of Sao Tome and Principe (1975).
Constitution of Saudi Arabia (1992).
Constitution of Senegal (2001).
Constitution of Serbia (2006).
Constitution of Seychelles (1993).
Constitution of Sierra Leone (1991).
Constitution of Singapore (2016).
Constitution of Slovakia (1992).
Constitution of Slovenia (1991).
Constitution of Solomon Islands (2014).
Constitution of Somalia (2012).

Constitution of South Africa (1996).
Constitution of South Sudan (2013).
Constitution of Spain (1978).
Constitution of Sri Lanka (1978).
Constitution of St Kitts and Nevis (1983).
Constitution of Sudan (2019).
Constitution of Suriname (1987).
Constitution of Sweden (1974).
Constitution of Switzerland (1999).
Constitution of Syria (2012).
Constitution of Taiwan (1947).
Constitution of Tajikistan (1994).
Constitution of Tanzania (1977).
Constitution of Thailand (2017).
Constitution of the Democratic Republic of Congo (2011).
Constitution of the Democratic Republic of Korea (1972).
Constitution of the Gambia (1996).
Constitution of the Netherlands (1814).
Constitution of the Philippines (1987).
Constitution of the United Arab Emirates (1971).
Constitution of the United Kingdom (1215).
Constitution of the United States of America (1789).
Constitution of Timor-Leste (2002).
Constitution of Togo (1992).
Constitution of Tonga (2016).
Constitution of Trinidad and Tobago (1976).
Constitution of Tunisia (2014).
Constitution of Turkey (1982).
Constitution of Turkmenistan (2008).
Constitution of Tuvalu (2010).
Constitution of Uganda (1995).
Constitution of Ukraine (1996).
Constitution of United States of America (1789).
Constitution of Uruguay (1966).
Constitution of Uzbekistan (2011).
Constitution of Vanuatu (1980).
Constitution of Venezuela (1999).
Constitution of Viet Nam (1992).
Constitution of Yemen (1991).
Constitution of Zambia (1991).
Constitution of Zimbabwe (2013).
Dankwa and Another Vrs Anglogold Ashanti Ltd (J4 22 of 2018) [2019]
GHASC 11 (14 February 2019) (Ghana).
Director of Public Prosecutions v S.W. [2022] IECA 310 (08 December 2022).

- Doswald-Beck. L. *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*. Oxford University Press. (2011) p. 318–345.
- Dugard. J. *International Law: A South African Perspective*. Juta. Cape Town. (2005) p. 47–48.
- Fako V Director of Public Prosecutions (C of A (CRI) 3 of 20) [2020] LSCA 49 (30 October 2020) (Court of Appeal Lesotho).
- Family Bank Limited v Shemsa Nassoro Hamdu [2021] eKLR (Kenya).
- Fatahi-Ghandehari v. Wilson, 2019 ONSC 3584 (CanLII) (Canada).
- Foundation for Human Rights Initiative v Attorney General (Constitutional Petition No. 53 of 2011) [2020] UGCC 7 (3 July 2020) (Uganda).
- Frederick Hawkesworth et al v The Superintendent of Prisons et al [2013] BBHC 73 (Barbados).
- General Comment No. 32 on Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, (CCPR/C/GC/32) (23 August 2007).
- Genser. J. *The UN Working Group on Arbitrary Detention Commentary and Guide to Practice*. Cambridge University Press. Cambridge. (2019) p. 283–297.
- Goiburú et al. v Paraguay (Judgment of 22 September 2006).
- Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a fair trial (criminal limb) (Updated on 31 August 2022) p. 20 - 32. Available at https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_art_6_criminal_eng (accessed 09 January 2024).
- Gustavo Gómez López v Venezuela (Report No. 82/981, Case 11.703) (28 September 1998) (Inter-American Commission on Human Rights).
- Heng Aik Swan v Wee Poh Thuan Arthur – [2012] SGDC 496 (21 December 2012) (Singapore).
- Hobokela Fred Mwangota & Another v Augustino Mwangota (Misc. Civil Cause 271 of 2021) [2022] TZHC 13818 (13 October 2022) (Tanzania).
- In Re application for Recusal of Owiny - Dollo CJ (Civil Miscellaneous Application No. 3 of 2021) [2021] UGSC 7 (17 March 2021) (Uganda).
- In re Dolin [2021] PWSC 40 (30 December 2021)(Supreme Court of Palau).
- Independent State of Papua New Guinea v Transferees [2015] PGSC 45; SC1451 (5 August 2015)(Supreme Court of Papua New Guinea).
- Inhle Transport (Pty) Ltd v Dorbyl Vehicle Trading & Finance Company (Pty) Ltd (Civil Appeal 15 of 2000) [2000] SZSC 2 (1 January 2000) (Eswatini).
- Inter-American Commission on Human Rights, Corruption and Human Rights, Resolution 1/18 (Approved in the city of Bogota, Colombia, during its 167 Period of Sessions, on the second day of March of 2018) para 1. Available at <https://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/resolution-1-18-en.pdf> (accessed 07 January 2024).
- International Law Commission, Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens), A/CN.4/L.967 (11 May 2022).
- Isaak v Republic of Eritrea (Communication 428 of 2012) [2018] ACHPR 135 (27 April 2018).

- Isaak v Republic of Eritrea (Communication 428 of 2012) [2018] ACHPR 135 (27 April 2018).
- Issack Mwamasika & Others vs CRDB Bank Limited (Civil Revision 6 of 2016) [2016] TZCA 546 (19 September 2016) (Tanzania).
- J.Y. Interpretation NO-256 [1990] TWCC 7 (4 April 1990) (Taiwan)
- José Alfredo Velásquez Ríos v Peru (Report No. 88/19, Petition 582-08) (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 97 6 June 2019)(Inter-American Commission on Human Rights).
- Juan Carlos Tafur Rivera v Peru (Report No. 83/19, Petition 403-08)(OEA/Ser.L/V/II.Doc. 92, 31 May 2019) (Inter-American Commission on Human Rights).
- Justice Thomas S. Masuku v. The Kingdom of Swaziland (Communication 444 of 2013) [2021] ACHPR 518 (19 July 2021).
- Kadie Kallon (nee Davies) v Josephine H.M Jackson (EP CIV APP 59 of 2019) [2020] SLCA 3 (15 April 2020) (Sierra Leone).
- Kodjo v Republic of Togo (ECW/CCJ/APP/ 25 of 2020) [2022] ECOWASCJ 8 (24 March 2022).
- KPMG/Harley & Morris Joint Venture N.O. Liquidators of Lesotho Bank (in Liquidation) v Mopeli (CIV/APN 183 of 2) [2002] LSCA 73 (20 June 2002) (Lesotho).
- Kumar v State [2022] FJCA 83; AAU83.2019 (14 July 2022) (Court of Appeal of Fiji).
- Kumwembe & Anor. v R|Kasambala v R (6 of 2017; Criminal Appeal 5 of 2017) [2017] MWSC 4 (12 August 2017) (Malawi).
- Le Forum Pour Le Renforcement De La Societe Civile and Others v Attorney General of the Republic of Burundi and Another (Appeal 2 of 2020) [2021] EACJ 35 (19 November 2021) para 87 (East African Court of Justice).
- Lesotho: R v Mokhantso & Others (CRI/T 95 of 2) [2002] LSCA 142 (23 September 2002).
- Linderfalk.U Understanding Jus Cogens in International Law and International Legal Discourse. Edward Elgar Publishing, Cheltenham Glos. (2020).
- Mamba and Others v Madlenya Irrigation Scheme (37 of 2014) [2015] SZSC 222 (9 December 2015).
- Manana And Others v Acting President, Industrial Court And Others (56 of 2013) [2013] SZSC 48 (30 October 2013)(Swaziland).
- Mandie v Memart Nominees Pty Ltd (No 3) [2016] VSC 267 (23 May 2016) (Supreme Court of Victoria).
- Mawere and 5 Others v Mupasiri and 2 Others (2 of 2022) [2022] ZWCC 2 (9 March 2022) (Zimbabwe).
- Menteri Hal Ehwal Dalam Negeri v Raja Petra Bin Raja Kamarudin [2009] MYFC 23 (Malaysia).
- Menteri Hal Ehwal Dalam Negeri v Raja Petra Bin Raja Kamarudin [2009] MYFC 23 (Malaysia).
- Michel & Others v Dhanjee & Ors [recusal] (SCA 5 of 2012) [2012] SCCA 23 (31 August 2012)(Seychelles).

- Miguel Ángel Aguirre Magaña v El Salvador (Report No. 24/21)(Case 13.047) (OEA/Ser.L/V/II.179 Doc.27, March 23, 2011)(Inter-American Commission on Human Rights).
- Minister of Budget Management v Belize Food and Transportation Ltd [2003] BZCA 4 (17 October 2003) (Belize).
- Minister of Finance and Another v Hollard Insurance Company of Namibia Limited and Others (3) (8 of 2018) [2019] NASC 13 (28 May 2019) (Namibia).
- Minister of Justice v Kim [2021] NZSC 57; [2021] 1 NZLR 338 (4 June 2021) (Supreme Court of New Zealand).
- Mupungu v Minister of Justice, Legal and Parliamentary Affairs And 6 Others (7 of 2021) [2021] ZWCC 7 (22 September 2021) (Zimbabwe).
- O'Driscoll -v- Hurley and Health Service Executive [2016] IESC 32 (14 June 2016) (Supreme Court of Ireland).
- Official Records of the General Assembly (14th Session: 15 September to 13th December 1959).
- Pati. R. Due Process and International Terrorism: An International Legal Analysis. Brill. Nijhoff (2009) p. 269.
- People v Lungu and Ors (3 of 2022) [2022] ZMHC 15 (31 October 2022) (Zambia).
- President of the Republic of South Africa and Others v South African Rugby Football Union and Others (Judgment on recusal application) 1999 (4) SA 147 (South Africa).
- Principles 4 and 5 of the Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa (DOC/OS(XXX)247) (adopted at the 11th Ordinary Session in March 1992).
- R v Manyeli (C of A (CRI) 14 of 2007) [2008] LSCA 29 (17 October 2008) (Lesotho)
- R. v. Sway, 2021 ONSC 7349 (CanLII) (Canada).
- Republic v High Court (land Division) Accra and Others (J5 62 of 2020) [2020] GHASC 55 (14 October 2020) p.30 (Supreme Court of Ghana).
- Republic v High Court Ex Parte: Opuni (20 of 2021) [2021] GHASC 95 (26 October 2021) para 88 (Supreme Court of Ghana).
- Robinson, P. "The Right to a Fair Trial in International Law, with Specific Reference to the Work of the ICTY." "Berkeley Journal of International Law Publicist" 2009, 3 pp. 1–11.
- Rogelio Miguel Ortiz Romero V Ecuador (Report No. 7/18, Petition 310-08) (OEA/Ser.L/V/II.167, Doc. 11 24 February 2018) (Inter-American Commission on Human Rights).
- S v Kandawasvika & Anor (HH 148 of 2004) [2004] ZWHHC 148 (15 August 2004) (Zimbabwe).
- S v Munuma and Others (3) (SA 10 of 2010) [2013] NASC 10 (15 July 2013) (Namibia).
- S v Nghixulifwa [2018] NAHCMD 326 (17 October 2018) (Namibia).
- S v SSH (29 of 2016) [2017] NASC 28 (19 July 2017) (Namibia).

- S v Stewe (SA 2 of 2018) [2019] NASC 3 (15 March 2019) (Supreme Court of Namibia).
- Shell (U) Ltd & 9 Ors v Muwema & Mugerwa Advocates & Solicitors & Anor (Civil Appeal No. 2 of 2013) [2014] UGSC 9 (3 July 2014) (Uganda).
- Social Justice Coalition and Others v Minister of Police and Others [2022] ZACC 27 (19 July 2022) (South Africa).
- State (NCT of Delhi) v. Brijesh Singh alias Arun Kumar and Anorther [2017] INSC 845 (9 October 2017) (India).
- Stone v Moore [2015] SASC 46 (24 March 2015)(South Australia).
- Sunshine Furniture Co. Ltd vs Maersk China Shipping Co. Ltd & Another (Civil Appeal 98 of 2016) [2020] TZCA 1934 (23 January 2020) (Tanzania).
- Supreme Court Advocates-on-Record Association and Another. v Union of India [2015] INSC 776 (16 October 2015) (India).
- The Seychelles Human Rights Commission and Others v The Speaker of the National Assembly of Seychelles and Others [2024] SCCA 14 (3 May 2024) (Seychelles).
- Tikoniyaroi v State [2011] FJCA 47 (Fiji).
- Tracey v The Minister for Justice and Equality and Law Reform & Ors (Approved) [2019] IEHC 950 (25 October 2019)(Ireland).
- United Nations General Assembly, 14th Session, Third Committee, 961st Meeting (19 November 1959) (A/C-3/SR/961)
- United Nations General Assembly, 14th Session, Third Committee, 962nd Meeting (19 November 1959) (A/C-3/SR/962).
- United Nations General Assembly, 14th Session, Third Committee, 963rd Meeting (20 November 1959) (A/C.3/SR/963)
- United Nations General Assembly, 14th Session, Third Committee, 966th Meeting (24 November 1959) (A/C.3/SR/966)
- United Nations General Assembly, 14th Session, Third Committee, 964th Meeting (23 November 1959) (A/C.3/SR/964).
- United Nations General Assembly, 14th Session, Third Committee, 965th Meeting (23 November 1959) (A/C.3/SR/965).
- United Nations General Assembly, 14th Session, Third Committee, 967th Meeting (25 November 1959) (A/C.3/SR/967).
- United States v Lauersen [2003] USCA2 451; 348 F.3d 329 (United States).
- Valabhji & Anor v Republic & Anor (CM 28 of 2023) [2023] SCSC 396 (1 June 2023) (Seychelles).
- Vargas v Reeves et al [1999] LRSC 6; 39 LLR 368 (1999) (21 January 1999) (Liberia).
- Vehicle Tech Ltd v Commissioner of an Garda Siochana & Others [2020] IECA 314 (18 November 2020) (Irish Court of Appeal).
- Verlaque v Seychelles International Mercantile Banking Corporation (nouvo-banq) (211 of 2003) [2009] SCSC 9 (20 January 2009) (Seychelles).
- Vidyadhar G. Chavda v Pravinchandra G. Chavda (Civil Revision 7 of 2016) [2017] TZCA 197 (9 February 2017) (Tanzania).
- Vienna Convention on the Law of Treaties (1969).

Wiwinius. J. Independence of the Luxembourg Judiciary Through a Council for the Judiciary – A Never-Ending Story. In: *The Art of Judicial Reasoning: Festschrift in Honour of Carl Baudenbacher*. Eds. Gunnar Selvik et al. Springer. Berlin 2019. p. 211–220.


Yancy et al v RL [1978] LRSC 3; 26 LLR 374 (1978) (Liberia).

ZN v. Secretary for Justice and Others [2015] HKCFI 2078; [2016] 1 HKLRD 174; HCAL 15/2015 (13 November 2015) (Hong Kong).

ARTYKUŁY PROBLEMOWE



RADOSŁAW JAROCKI
student prawa
Uniwersytet Warszawski

 <https://orcid.org/0009-0008-8327-0095>

Zawieszenie postępowania przygotowawczego a czynności dowodowe – postulaty *de lege ferenda*

Suspension of pre-trial proceedings vs evidentiary activities – postulates *de lege ferenda*

Abstract: In recent years, there has been a noticeable abuse by prosecution bodies of the institution of suspension of proceedings during the pre-trial proceedings. While it is possible on the basis of article 22 of the Code of Criminal Procedure, the prerequisites indicated in this provision are not enumerated and the catalog of prerequisites is open. It can lead to opportunism going too far as a basis for suspension of the proceedings due to the lack of statutory limits within which proceedings can be suspended. At the same time, it is considered that article 22 of the Code of Criminal Procedure applies not only to court proceeding already pending, but also to pre-trial proceedings. As a result, law prosecution bodies are even entitled to arbitrarily using the institution of suspension of proceedings, thereby leading not only to the possibility of losing evidence or distorting it, but also causing a restriction of the victims' right to justice. The aim of the presented article is to show that the current form of the institution of suspension does not fully realize the requirements in accordance with the principles of criminal procedure, so the *de lege ferenda* postulate is a more detailed regulation of the issues relating to the actions that can be taken by law prosecution bodies, as well as those relating to securing of evidence.

Keywords: evidentiary activities, pre-trial proceedings, search, questioning, suspension of pre-trial proceedings

1. Wprowadzenie

Procedura karna w dziale I Kodeksu postępowania karnego¹ szczegółowo określa podział obowiązków organów procesowych, a także cele i zasady postępowania karnego, którego początkową fazą jest postępowanie przygotowawcze, prowadzone w postaci dochodzenia albo śledztwa przez organy do tego uprawnione. Trzeba tu zaznaczyć, że jeden z nadrzędnych celów postępowania karnego, ujętych w art. 2 k.p.k., stanowi nakaz uwzględniania prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego². Obejmują one przede wszystkim otrzymanie zadośćuczynienia za swoją krzywdę oraz realizację funkcji sprawiedliwościowej prawa karnego poprzez należyte i proporcjonalne ukaranie winnego. Co istotne, trosce o owe interesy musi towarzyszyć poszanowanie godności i praw podejrzanego, w zgodzie z zasadą *in dubio pro reo*. Niemniej odpowiednia ochrona interesów pokrzywdzonego nie zostaje zapewniona, gdy nadużywa się instytucji zawieszenia postępowania, głównie na etapie śledczym lub dochodzeniowym.

W toku postępowania przygotowawczego mogą wystąpić niespodziewane komplikacje wynikające ze stanu faktycznego, a w konsekwencji organ prowadzący to postępowanie zmuszony jest do przerwania jego biegu i do jego zawieszenia. W orzecznictwie oraz w doktrynie wskazuje się jednoznacznie, że katalog z art. 22 k.p.k. nie tworzy zestawienia zamkniętego i nie reguluje w pełni powodów, dla których można wydać postanowienie o zawieszeniu postępowania³. Zauważa się ponadto, że może ono nastąpić z przyczyn nie tylko faktycznych (typu niemożność ujęcia lub długotrwała choroba oskarżonego), lecz także prawnych. W praktyce nierzadko ma się do czynienia ze skomplikowanym stanem faktycznym, w tym również ze względu na dziedzinę, w której do jego prawidłowej oceny wymagana jest wiedza specjalistyczna (np. na temat własności przemysłowej w metalurgii). Wówczas organy procesowe decydują się zastosować instytucję zawieszenia postępowania, co stanowi swoiste nadużycie. Uzasadniane bywa to koniecznością zapoznania się z opinią biegłego, której czas sporządzenia często trudno oszacować. Nie dostrzega się jednak, że art. 22 k.p.k. w § 3 nakłada – choć zbyt lakonicznie – pewne obowiązki na organy prowadzące postępowanie.

Należy podkreślić, że zawieszenie postępowania nie powinno być traktowane czysto pragmatycznie ani nie może być przejawem oportunistycznym.

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego. T.j. Dz.U. 2024, poz. 37 ze zm. [dalej: k.p.k.].

² M. Kurowski: *Art. 2. W: Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. T. 1: Art. 1–424. Red. D. Świecki. Wyd. 7. Warszawa 2024, s. 31–32.

³ Idem: *Art. 22. W: Kodeks postępowania karnego...*, s. 149.

Jak wskazują B. Janusz-Pohl i P. Mazur, ważne jest w tej sytuacji zabezpieczenie interesu pokrzywdzonego⁴. Zawieszenie postępowania można rozpatrywać nie tylko z punktu widzenia owego interesu, lecz także z perspektywy dobra wymiaru sprawiedliwości. Ustawodawca powinien uwzględnić psychologiczny aspekt analizowanej tu instytucji i przewidzieć skutki braku związania podmiotów uprawnionych do prowadzenia śledztwa lub dochodzenia nakazem dokonywania czynności procesowych, takich jak przesłuchanie świadków, uzyskanie opinii biegłego czy przeszukanie. Równocześnie trzeba mieć na uwadze, że przerwanie postępowania nie zatrzymuje biegu przedawnienia karalności, co następuje jedynie w wyjątkowych przypadkach⁵. Kodeks postępowania karnego odnosi się wyłącznie do dowodów mogących ulec zniszczeniu bądź zniekształceniu, lecz jest to bezsprzecznie zbyt ogólne sformułowanie – nie wywiera dostatecznej presji na organy procesowe, by podejmowały odpowiednie czynności, i może być zbyt wąsko interpretowane. W konsekwencji pojawia się zbędna zwłoka, która jedynie narusza prawo strony do efektywnego rozstrzygnięcia jej sprawy, stanowiące zasadę postępowania karnego.

Niniejszy artykuł prezentuje problematykę instytucji zawieszenia postępowania karnego – przede wszystkim rozważana jest jej zasadność w postępowaniu przygotowawczym w takiej formie, jaka została uregulowana w obecnie obowiązującej ustawie. Dodatkowo autor przedstawia propozycje *de lege ferenda* dotyczące, po pierwsze, większego zobowiązania organów, które prowadzą postępowanie przygotowawcze, do podejmowania czynności procesowych, po drugie, podania przez ustawodawcę wytycznych i wskazania konkretnych działań na czas zawieszenia postępowania.

2. Zawieszenie postępowania przygotowawczego

Obecnie w wielu krajach europejskich, takich jak Francja, Hiszpania czy Niemcy, postępowanie przygotowawcze wyodrębnia się jako wstępne stadium procedury karnej. Jego celem jest najpierw ustalenie, czy czyn zabroniony został popełniony i czy stanowi przestępstwo (faza *in rem*), w dalszej kolejności ma miejsce ujawnienie, zebranie i zabezpieczenie dowodów. Ostatecznie *in casu* wystąpienia uzasadnionego podejrzenia, że

⁴ B. Janusz-Pohl, P. Mazur: *Zawieszenie postępowania przygotowawczego a prawnie chroniony interes pokrzywdzonego w polskim procesie karnym*. „Ius Novum” 2009, nr 3, s. 67–79.

⁵ J. Czabański, M. Warchoł: *Przerwa i zawieszenie biegu przedawnienia – uwagi de lege ferenda*. „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 10, s. 33–53.

popołniono czyn zabroniony będący przestępstwem, oraz *in casu* istnienia podejrzenia co do osoby, która się tego dopuściła, osobie tej zostają przedstawione zarzuty⁶ (faza *in personam*). Poszczególne etapy postępowania przygotowawczego powinny realizować dobrze przemyślaną taktykę procesową organów prowadzących i nadzorujących śledztwo albo dochodzenie, dobraną do konkretnej sprawy. Wyróżnia się w tym zakresie przede wszystkim przesłuchania świadków, przesłuchania podejrzanego oraz zebranie materiału dowodowego w postaci dowodów rzeczowych, takich jak nagrania, dokumenty czy przedmioty mogące stanowić narzędzie przestępstwa. Wymienione czynności są wymagane zależnie od indywidualnego charakteru sprawy i służą wszechstronnemu wyjaśnieniu jej okoliczności⁷. Niemniej w trakcie toczącego się postępowania przygotowawczego może dojść do sytuacji, w której zaistnieją trudności w prowadzeniu śledztwa. Uwzględniając taką ewentualność, ustawodawca w art. 22 k.p.k. przewidział instytucję zawieszenia postępowania. Często bywa ona jednak nadużywana przez organy prowadzące postępowanie przygotowawcze. W dodatku *de lege lata* art. 22 § 3 k.p.k. zawiera tylko wymóg, by dokonano odpowiednich czynności wobec dowodów, które mogą ulec zniszczeniu lub zniekształceniu. Jest to nadmierne uogólnienie i może być zbyt wąsko interpretowane.

Postępowanie przygotowawcze ma na celu zebranie materiału dowodowego oraz ustalenie okoliczności sprawy⁸. Po wykonaniu tych czynności organ powinien móc podjąć decyzję albo o wydaniu postanowienia o przedstawieniu zarzutów, sporządzeniu aktu oskarżenia, a następnie przejściu do fazy jurysdykcyjnej, albo – jeśli brak jakichkolwiek podejrzeń – o wydaniu postanowienia o umorzeniu postępowania. Na etapie postępowania przygotowawczego są więc przeprowadzane różnego rodzaju czynności dowodowe o relewantnym wpływie na dalszy przebieg postępowania karnego. Przede wszystkim podejmuje się czynności służące wykryciu sprawcy i użytych przez niego narzędzi oraz określeniu sposobu dokonania czynu zabronionego (*modus operandi*), a także ocenie i analizie zebranych dowodów w celu udowodnienia hipotez postawionych w trakcie postępowania.

Jak zostało wspomniane, podstawą do zawieszenia postępowania jest art. 22 k.p.k., wprost przewidujący taką możliwość. Jednakże – na co zwraca-

⁶ A. Sakowicz: *Art. 22. W: Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Red. A. Sakowicz. Wyd. 10. Warszawa 2023, s. 145.

⁷ J. Skorupka: *Art. 22. W: Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Red. J. Skorupka. Wyd. 5. Warszawa 2021, s. 92–94.

⁸ Idem: *Funkcje postępowania przygotowawczego*. „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2010, t. 82, s. 195–202.

cają uwagę przedstawiciele doktryny⁹ – istnieją również inne, szczególne regulacje, które na to pozwalają. Wskazać trzeba chociażby art. 105 ust. 3 Konstytucji RP¹⁰, stanowiący, że do czasu wygaśnięcia mandatu zawiesza się postępowanie karne wszczęte przed dniem wyboru osoby na posła lub senatora. Kolejnym przykładem jest art. 7 ustawy o świadku koronnym¹¹, który przewiduje zawieszenie postępowania wobec świadka koronnego do czasu zakończenia postępowania przeciwko pozostałym sprawcom.

Co ważne, uznanie samego art. 22 § 1 k.p.k. za podstawę do zawieszenia postępowania może stanowić przejaw zbyt daleko idącego oportunistycznego, gdyż przepis ten zawiera niezamknięty katalog przesłanek. Do tych wymienionych przez ustawodawcę należą niemożność ujęcia sprawy oraz niemożność brania udziału w postępowaniu przez oskarżonego bądź podejrzanego z powodu choroby psychicznej lub innej ciężkiej choroby. Dodatkowo wyróżnia się inne przyczyny zawieszenia postępowania, do których można zaliczyć zwrócenie się do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniem prawnym czy też zaistnienie stanów nadzwyczajnych wymienionych w rozdziale XI Konstytucji RP, takich jak stan wojenny, stan wyjątkowy lub stan klęski żywiołowej. Z kolei nie powinno stanowić omawianej podstawy długotrwałe oczekiwanie na sporządzenie opinii przez biegłego¹² ani oczekiwanie na rozstrzygnięcie w sprawie cywilnej¹³. W praktyce jednak organy prowadzące postępowanie przygotowawcze w większości rozpatrywanych spraw wydają postanowienie o jego zawieszeniu, gdy powołuje się biegłego, a czas, w jakim sporządzi on opinię, trudno oszacować.

W ocenie autora art. 22 k.p.k. w obecnym brzmieniu powinien mieć zastosowanie jedynie do postępowań sądowych, a nie przygotowawczych. W szczególności wykładnia owego przepisu przez prokuraturę w nieracjonalny sposób, w tym będąca zbyt szeroką interpretacją, powoduje arbitralne korzystanie z instytucji zawieszenia postępowania. Należy podkreślić, że dochodzi do sytuacji, w których w czasie zawieszenia postępowania przygotowawczego nie przeprowadza się jakichkolwiek czynności, aby zabezpieczyć dowody przed utratą lub zniekształceniem, co jest bezpośrednio sprzeczne z art. 22 § 3 k.p.k. Stosowanie art. 22 k.p.k.

⁹ B. Kurzępa: *Zawieszenie postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*. „Consilium Iuridicum” 2022, t. 1, nr 3/4, s. 214–215. <https://doi.org/10.52097/ci.5669>.

¹⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze sprost. i zm. [dalej: Konstytucja RP].

¹¹ Ustawa z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym. T.j. Dz.U. 2016, poz. 1197 ze zm.

¹² Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 1 lipca 1993 r. II AKr 107/93. KZS 1993, nr 6–7, poz. 60.

¹³ Postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 20 marca 2004 r. II AKz 27/04. OSA 2004, nr 6, poz. 38.

wyłącznie w postępowaniach sądowych pozwalałoby ochraniać interesy zarówno pokrzywdzonego, jak i podejrzanego. Trzeba jednak zauważyć, że analizowana instytucja w ramach postępowania przedsądowego nie musi zostać wyeliminowana – *de lege ferenda* autor postuluje dodanie nowego przepisu do Kodeksu postępowania karnego. Regulacja ta obejmowałaby jak najdokładniejsze wskazanie przesłanek w formie katalogu zamkniętego, poza który prokurator nie będzie mógł wyjść przy wydawaniu takiego postanowienia. Jednocześnie w ustawie nowelizującej winno się w sposób ścisły uregulować czynności, które należy podejmować w celu zabezpieczenia materiału dowodowego.

Jak wynika z praktyki, w czasie zawieszenia postępowania przygotowawczego nie zabezpiecza się wszelkich dowodów, które mogłyby stanowić przesłankę obciążającą lub uniewinniającą podejrzanego. Obecne brzmienie art. 22 § 3 k.p.k. pozwala prokuratorom arbitralnie decydować o odpowiednich czynnościach niezbędnych do ich zabezpieczenia. *De lege ferenda* prawidłowym krokiem ustawodawczym byłoby skonkretyzowanie wszelkich czynności, które mimo zawieszenia postępowania powinny zostać podjęte przez organy ścigania. Za powyższymi propozycjami zmian prawnych przemawiają też dodatkowe argumenty. Po pierwsze, ze względu na ekonomikę procesową oraz dobro postępowania wskazane jest jego dalsze prowadzenie w celu wykrycia i utrwalenia kolejnych dowodów. Czynności zmierzające do tego mają miejsce najczęściej w fazie przedsądowej, w związku z czym nieprzerywanie śledztwa albo dochodzenia służyłoby sprawniejszemu przejściu do fazy sądowej. Po drugie, niemożność ujęcia podejrzanego lub jego długotrwała choroba nie powinny stanowić przesłanki do zawieszenia postępowania, zwłaszcza gdy można przeprowadzić pozostałe czynności dowodowe.

Alternatywą dla takiego rozwiązania byłoby (*de lege ferenda*) zmodyfikowanie przepisu art. 22 k.p.k., tak by przewidywał zawieszenie postępowania przygotowawczego w zakresie, w jakim konkretna przesłanka uniemożliwia dalsze procedowanie. Wykładnia językowa art. 22 § 3 k.p.k. (*de lege lata*) wskazuje bowiem wprost, że zawieszenie postępowania nie powinno wstrzymywać go w całości, a organy powinny dalej wykonywać swoje zadania. Niestety, bardzo lakoniczne sformułowanie: „W czasie zawieszenia postępowania należy jednak dokonać odpowiednich czynności w celu zabezpieczenia dowodów przed ich utratą lub zniekształceniem” często skutkuje nieaktywnością organów w tej dziedzinie z uwagi na możliwość subiektywnej interpretacji przytoczonego przepisu. Również dlatego niezbędna wydaje się nowelizacja rozwiewająca wszelkie wątpliwości interpretacyjne. Rozwiązaniem byłoby skatalogowanie przez ustawodawcę czynności dowodowych, których powinny się podjąć organy prowadzące postępowanie; niewiele wszak jest środków czy źró-

deł dowodowych, które nie mogą ulec zniszczeniu lub zniekształceniu (o czym więcej w kolejnej części artykułu).

W doktrynie można znaleźć wypowiedzi odnoszące się do art. 22 § 3 k.p.k. jako gwarancji dokonywania określonych czynności mających zabezpieczyć dowody w czasie zawieszenia postępowania¹⁴. Wskazuje się, że nawet ciężka choroba i nieobecność podejrzanego nie stanowią przeszkody np. w przeszukaniu pomieszczeń. Taki pogląd, oczywiście, zasługiwałby na poparcie, gdyby nie zupełnie odmienna praktyka. W przepisie jest mowa tylko o dowodach mogących ulec zniszczeniu, ustawodawca nie doprecyzował jednak w żaden sposób, które z nich mogą ulec degradacji lub unicestwieniu. Brak jasnego wymogu dokonywania czynności obraz brak ich szerszego opisanie w art. 22 § 3 k.p.k. implikują nadmierne oportunistyczne – uprawnienie do zaniechania określonych czynności. Przedstawione propozycje zmian uwzględniają gwarancje procesowe wymiaru sprawiedliwości, prawnie chroniony interes pokrzywdzonego oraz pełną realizację funkcji sprawiedliwościowej prawa karnego. Ponadto instytucję zawieszenia postępowania należy traktować jako jeden z elementów postępowania, które ostatecznie ma się zakończyć konkretnymi wnioskami i decyzjami organów procesowych. Żąda się od nich przeprowadzenia procesu rzetelnego, zmierzającego do uzyskania rozstrzygnięcia sprawnie i w rozsądnym terminie¹⁵. Tymczasem *de lege lata* instytucja omawiana w niniejszym artykule poniekąd stoi w sprzeczności ze sprawnością działania organów procesowych, a także z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, który stanowi o prawie do rzetelnego procesu.

3. Przesłuchanie podejrzanego

Pierwszą z pięciu kanonicznych czynności dowodowych w postępowaniu karnym jest przesłuchanie podejrzanego, traktowane jako jedna z najważniejszych czynności rozpoczynających fazę *in personam* postępowania przygotowawczego, gdy zostały zabezpieczone dowody i istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia czynu zabronionego stanowiącego przestępstwo¹⁶. Wlicza się w to również istnienie uzasadnionego przekonania, komu można przypisać winę za dany czyn zabroniony. Najważniejszym elementem owej fazy jest osiągnięcie przyznania się podejrzanego do za-

¹⁴ R. Kmieciak: *O lukach prawnych w systemie karnoprosesowych gwarancji wymiaru sprawiedliwości*. „Prokuratura i Prawo” 2021, nr 4, s. 7–9.

¹⁵ K. Witkowska: *Zawieszenie postępowania karnego a rozstrzygnięcie sprawy w rozsądnym terminie*. „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 11, s. 45.

¹⁶ O. Mazur: *Przesłuchanie podejrzanego w opinii prokuratorów i policjantów*. „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 2, s. 121–144.

rzucanego mu czynu, co powinno być rezultatem odpowiednio dobranej taktyki procesowej. Jak jednak zauważa T. Hanausek, „[u]parte, zazwyczaj bezmyślne dążenie do uzyskania za wszelką cenę przyznania się podejrzanego do zarzucanego mu czynu jest niedopuszczalne nie tylko w aspektach etycznych i prawnych, ale także taktycznych”¹⁷. Podejrzanego wszak przesłuchuje się jako świadka¹⁸. Poza głównym celem przesłuchania, czyli uzyskaniem przyznania się do popełnienia danego czynu¹⁹, ważna jest także możliwość skonfrontowania zebranego materiału dowodowego o wartości obciążającej podejrzanego (w szczególności zeznań świadków) z materiałem dowodowym korzystnym dla niego, pomagająca zweryfikować wiarygodność jego wyjaśnień.

W myśl art. 171 k.p.k. przesłuchanie podejrzanego powinno się odbywać w obecności obrońcy, który ma prawo do zadawania pytań i wnioskowania o dokonywanie określonych czynności procesowych. Przesłuchanie następuje w sposób uporządkowany²⁰, zgodnie z procedurami, co pozwala osiągnąć jak największą skuteczność w uzyskiwaniu informacji. W czasie przesłuchania podejrzanego organ prowadzący postępowanie może zadawać pytania dotyczące zdarzenia, które jest jego przedmiotem, oraz innych kwestii, które mają wpływ na przebieg sprawy. Podejrzanemu przysługuje prawo do odmowy składania wyjaśnień (art. 175 § 1 k.p.k.), a skorzystania z niego nie należy traktować jako dowodu winy. Dobrze zaplanowana taktyka procesowa i poszczególne etapy postępowania przygotowawczego powinny umożliwić przesłuchanie podejrzanego przed ewentualnym zawieszeniem postępowania. Niemniej gdy podejrzanemu zostaną zagwarantowane odpowiednie prawa i weźmie się pod uwagę, że jest on przesłuchiwany w charakterze świadka, analizowana tu czynność powinna być możliwa również w przypadku zawieszenia postępowania.

Przesłuchanie podejrzanego odbywa się zgodnie z zasadą prawdy materialnej (obiektywnej), wyrażoną w art. 2 § 2 k.p.k., która obowiązuje także organ prowadzący dochodzenie albo śledztwo (co bardzo często bywa bagatelizowane). Oznacza to, że organ ma obowiązek dążyć do uzyskania pełnej prawdy o zdarzeniu, a nie tylko do zebrania dowodów przeciwko podejrzanemu. Dlatego ważne, aby ten ostatni był przesłuchiwany w sposób rzetelny i bezstronny, z zachowaniem szacunku dla jego praw. W związku z tym konieczność przesłuchania podejrzanym lub niektórych

¹⁷ T. Hanausek: *Kryminalistyka. Zarys wykładu*. Wyd. 4. Kraków 2004, s. 238.

¹⁸ M. Kurowski: *Art. 171. W: Kodeks postępowania karnego...*, s. 664.

¹⁹ M. Bożek, P. Piątek: *Przegląd współczesnych sposobów przesłuchania podejrzanego*. „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2021, t. 43, z. 3, s. 56. <https://doi.org/10.53024/3.3.43.2021>.

²⁰ R.A. Stefański: *Art. 171. W: Kodeks postępowania karnego. T. 2: Komentarz do art. 167–296*. Red. R.A. Stefański, S. Zabłocki. Warszawa 2019, s. 118–122.

z nich (gdy choćby jeden się ukrywa), jeśli postępowanie zostanie zawieszono, powinna wprost wypływać z treści przepisu. Służyłoby to zapewnieniu realizacji zasady prawdy materialnej oraz jakości wyjaśnień złożonych przez podejrzanego, mimo że może on odstąpić od ich składania.

4. Przesłuchanie świadków

Następną kluczową czynnością postępowania przygotowawczego w sprawach karnych, którą trzeba tu przeanalizować, jest przesłuchanie świadków²¹. Istotność tej czynności procesowej wynika stąd, że znakomita większość spraw opiera się głównie na osobowych źródłach dowodowych w postaci świadków lub biegłych. Świadczenie często są ważnym źródłem informacji na temat zdarzenia, które stanowi przedmiot postępowania, i ich zeznania mogą pomóc w ustaleniu prawdy.

W związku z powyższym należy zadbać, aby przesłuchanie świadka odbyło się w taki sposób, że wiarygodność jego zeznań nie będzie wzbudzała podejrzeń. W przeciwnym razie powinny one zostać uznane przez sąd, na podstawie swobodnej oceny, za dowód niewiarygodny i niewystarczający, a gdyby były jedynym dowodem, sąd powinien zamknąć rozprawę i orzec o niewinności. Zeznania składane przez świadka mają na celu uzyskanie pełnej i rzetelnej informacji na temat zdarzenia będącego przedmiotem postępowania. W praktyce stan faktyczny może się okazać na tyle zawiły, że w postępowaniu przygotowawczym konieczne jest przesłuchanie dużej liczby świadków, a dodatkowo odwołanie się do wiedzy specjalistycznej biegłego. Ta ostatnia sytuacja również stanowi przesłankę do zawieszenia postępowania przygotowawczego, gdyby na opinię trzeba było oczekiwać dłużej, niż wynosi wskazywany przez ustawę czas prowadzenia śledztwa albo dochodzenia. Aby jednak uniknąć przewlekłości postępowania, organy powinny w dalszym ciągu dokonywać niezbędnych czynności zmierzających do utrwalenia i zabezpieczenia dowodów.

Podkreślenia wymagają tu dwa fakty, które nie wynikają wprost z ustawy. Po pierwsze, czytając formułę „dowód mogący ulec zniszczeniu albo zniekształceniu”, najczęściej ma się na myśli dowód rzeczowy w postaci próbki krwi, śladu traseologicznego etc. Nie bierze się pod uwagę, że wspomnienia (pamięć ludzka) też mogą ulec zniekształceniu, a tym bardziej – zatraceniu. Mimo wydania postanowienia o zawieszeniu postępowania organ prowadzący śledztwo lub dochodzenie powinien więc nadal dążyć do zabezpieczenia dowodu w formie protokołu z przesłuchania świadka.

²¹ M. Kuźmiński: *Taktyka i metody przesłuchania świadka w postępowaniu przygotowawczym*. „Resocjalizacja Polska” 2014, nr 8, s. 119–121.

Po drugie, przesłuchanie świadka może ujawnić informacje o miejscu, które należałoby przeszukać albo zabezpieczyć, a także o istnieniu i położeniu innego dowodu, np. narzędzia, za pomocą którego dokonano przestępstwa, lub śladu mogącego stanowić szczególną poszlakę. Tego rodzaju dowody lub ślady również mogą ulec zniszczeniu lub zniekształceniu, gdy zawiesi się postępowanie ze względów oportunistycznych.

W kontekście powyższego dyspozycja wynikająca z przepisu art. 22 § 3 k.p.k. opiera się jedynie na interpretacji oraz zależy od właściwego przygotowania organów i ich umiejętności przewidywania. Stworzenie odpowiedniej normy, precyzyjnej i szerzej opisującej czynności, które mają zostać podjęte, pozwoliłoby szybciej i efektywniej poprowadzić postępowanie karne. Zarówno podczas toczącego się, jak i podczas zawieszono postępowania organ powinien się wykazać profesjonalizmem i wrażliwością, dzięki czemu przesłuchanie może być skuteczne i rzetelne. Ważne jest zadawanie precyzyjnych i jasnych pytań, tak by świadek mógł odpowiedzieć na nie dokładnie i zrozumiale, lecz nie wolno sugerować mu odpowiedzi.

Przesłuchanie świadka, podobnie jak przesłuchanie podejrzanego, odbywa się zgodnie z zasadą prawdy materialnej, co oznacza, że organ prowadzący postępowanie powinien dążyć do uzyskania pełnej prawdy o zdarzeniu, a nie tylko zbierać dowody w sprawie lub przeciwko podejrzanemu. Dlatego istotne jest, aby przesłuchanie świadka przebiegało w sposób rzetelny i bezstronny, z zachowaniem szacunku dla praw oskarżonego. Czas, jaki minie na skutek zawieszenia postępowania, również może wpłynąć na jakość zeznań, a w konsekwencji – na uzyskany obraz zdarzenia.

5. Czynność przeszukania

Przeszukanie to jedna z metod zbierania i zabezpieczania dowodów rzeczowych lub czynność zmierzająca do wykrycia i zatrzymania osoby podejrzanego w postępowaniu przygotowawczym, wyrażona w art. 219 k.p.k.²² W trakcie niej organ prowadzący postępowanie poszukuje przedmiotów i dokumentów, które mogą mieć znaczenie dla postępowania. Jest ona dokonywana w celu ich zabezpieczenia również wówczas, gdy istnieje uzasadnione przypuszczenie, że osoba podejrzana się ukrywa²³. Przeszukanie musi być oparte na uzasadnionym przypuszczeniu, że w da-

²² C. Kulesza: *Art. 219. W: Kodeks postępowania karnego. Komentarz.* Red. K. Dudka. Wyd. 2. Warszawa 2020, s. 459–460.

²³ J. Mierzińska-Lorencka: *Art. 219. W: Eadem: Kodeks postępowania karnego. Komentarz do nowelizacji 2019.* Warszawa 2020, s. 100–101.

nym miejscu znajdują się rzeczy stanowiące przedmiot przestępstwa lub jego narzędzie bądź przebywa osoba podejrzana²⁴.

Opisywana czynność może zostać przeprowadzona w miejscu zamieszkania oskarżonego, w miejscu, gdzie popełniono przestępstwo, lub w innym miejscu, w którym mogą się znajdować przedmioty bądź osoby związane z postępowaniem²⁵. Przeszukać można również osobę, wobec której zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ukrywa przedmiot stanowiący dowód w sprawie. Tego typu czynności są objęte rygiorem w postaci określonego czasu oraz elementarnych zasad, takich jak godność osobista i prywatność czy dokonanie przeszukania osobistego przez osobę tej samej płci. Przeszukanie powinno się odbyć zgodnie z przepisami i z zachowaniem szacunku dla praw oskarżonego. Organ prowadzący postępowanie powinien uzyskać uprawnienie do przeszukania w sposób legalny, np. na podstawie postanowienia sądowego lub prokuratora, jednak w przypadku niecierpiącym zwłoki czynność ta może zostać zatwierdzona *ex post*.

Podczas przeszukania można zabezpieczyć różnego rodzaju przedmioty: dokumenty, elektroniczne nośniki danych²⁶, rzeczy materialne, środki transportu itp.; wszystkie trzeba opisać w protokole przeszukania. Może ono zostać przeprowadzone również wobec osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa, co oznacza przeszukanie ubrań i innych przedmiotów, które się przy niej znajdują. Przed przeszukaniem każdego znanego lub możliwego do ustalenia miejsca pobytu oskarżonego organ prowadzący postępowanie winien poinformować go o swoim zamiarze, a także o jego prawach, takich jak prawo do obecności podczas przeszukania oraz prawo do składania wyjaśnień i zapoznania się z protokołem. Warto powtórzyć, że przeszukanie należy przeprowadzić w sposób rzetelny i zgodny z przepisami, z poszanowaniem praw oskarżonego.

Stan zawieszenia postępowania, który uniemożliwia jego prowadzenie albo nie zmusza organu do dokonywania wszelkich niezbędnych czynności, w tym podjęcia przeszukania, jest sprzeczny z zasadą prawdy materialnej. Organ nie dąży wówczas do wykrycia ani sprawcy przestępstwa, ani dowodów lub śladów mogących na dalszym etapie ujawnić dowody.

²⁴ Zob. art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5, 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2. Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284 ze zm. Zob. też wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 28 lipca 2009 r. w sprawie Rachwalski i Ferenc przeciw Polsce. Skarga nr 47709/99.

²⁵ S. Steinborn: *Art. 219. W: Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*. Red. J. Grajewski, P. Rogoziński, S. Steinborn. Warszawa 2016. [LEX/el.].

²⁶ K. Eichstaedt: *Art. 219. W: Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. T. 1: *Art. 1–424*. Red. D. Świecki. Wyd. 7. Warszawa 2024, s. 784–785.

Z kolei zwłoka w przeszukaniu może spowodować utratę dowodów²⁷. Natomiast przeprowadzanie go w zgodzie z prawami przysługującymi osobom, u których się odbywa, a także z zachowaniem zasady proporcjonalności, koresponduje z sugerowanymi zmianami w treści art. 22 § 3 k.p.k. Ostatecznie takich czynności organy mogą dokonać nawet pod nieobecność podejrzanego²⁸. Materiały, które mogłyby zostać odkryte podczas przeszukania, w krótkim czasie bardzo łatwo ulegają zniszczeniu lub zniekształceniu. Jeśli w miejscu zdarzenia lub przebywania osoby podejrzanego znajdują się ślady traseologiczne, daktyloskopijne bądź mechanoskopijne (w przypadku przestępstwa z użyciem broni palnej), to są narażone na całkowite zniszczenie, uniemożliwiające ich odtworzenie czy fragmentaryczne pobranie i zbadanie. Ewentualne plamy potencjalnie będące śladami krwi również mogą zostać starannie usunięte, co w najlepszym razie po częściowym ich zbadaniu mogłoby stanowić obciążającą poszlakę. W związku z tym ustawodawca powinien rozważyć wprowadzenie nakazu przeszukania lub wyodrębnienie go w art. 22 k.p.k. jako czynności, którą organ musi podjąć podczas zawieszono postępowania, jeżeli ma ono przebiegać z poszanowaniem zasad procedury karnej.

6. Postulaty *de lege ferenda*

Omówione dotąd przykłady najważniejszych czynności dokonywanych przez organy w trakcie postępowania przygotowawczego mają kluczowe znaczenie dla prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy. Bez należyte przeprowadzonych czynności dowodowych trudno mówić o rzetelnie poprowadzonym śledztwie i ostatecznym rozstrzygnięciu. Przepis art. 22 k.p.k., jak zostało wskazane, nie jest wyłączną podstawą do zawieszenia postępowania – podstawy takie można znaleźć również w ustawach szczególnych²⁹. Zawieszenie postępowania przygotowawczego stanowi bowiem jedną z możliwych czynności procesowych w postępowaniu karnym, uzasadnioną wystąpieniem przeszkody natury faktycznej lub prawnej³⁰.

Jak już nadmieniono, zdarzają się różne sytuacje, w wyniku których organ prowadzący postępowanie jest zobowiązany bądź uprawniony do zastosowania analizowanej tu instytucji. Należą do nich niemożliwość

²⁷ A. Kamińska-Nawrot: *Przeszukanie – środek przymusu procesowego ograniczający konstytucyjnie chronione prawa*. „Studia nad Bezpieczeństwem” 2016, nr 1, s. 136.

²⁸ R. Kmieciak: *O lukach prawnych...*, s. 11–12.

²⁹ J. Kosonoga: *Art. 22. W: Kodeks postępowania karnego. T. 1: Komentarz do art. 1–166*. Red. R.A. Stefański, S. Zabłocki. Warszawa 2017, s. 369.

³⁰ M. Kurowski: *Art. 22. W: Kodeks postępowania karnego...*, s. 150.

zebrania wystarczającego materiału dowodowego lub wątpliwości co do tego, czy podejrzany będzie mógł wziąć udział w toczącym się postępowaniu. Inną przyczynę stanowi konieczność uzyskania dodatkowych ekspertyz lub opinii biegłych, jeśli moment otrzymania takich opinii trudno oszacować, lecz przewiduje się, że przekroczy ustawowy czas trwania postępowania przygotowawczego, który wynosi trzy miesiące dla śledztwa i dwa miesiące w przypadku dochodzenia³¹. Wspominając o przykładach pozakodeksowych, możemy wyróżnić zawieszenie postępowania w sprawie nieletniego, gdy ten się ukrywa lub gdy ujęcie go jest niemożliwe, oraz w stosunku do świadka koronnego do chwili zakończenia postępowania przeciwko pozostałym sprawcom przestępstwa.

W obecnym kształcie omawiana instytucja stanowi niebezpieczne narzędzie, którym mogą się posługiwać organy procesowe, a także swoistą lukę, którą *de facto* łatwo wykorzystać na rzecz sprawcy przestępstwa. Zawieszenie postępowania przygotowawczego bez jednoczesnego wymogu stawianego organom ścigania potencjalnie wpływa znacząco na przebieg śledztwa i jakość dowodów, co w konsekwencji może spowodować, że sprawca uniknie poniesienia odpowiedzialności. Istotą postępowania przygotowawczego jest zasada prawdy materialnej. Pożądane byłoby takie poprowadzenie śledztwa lub dochodzenia, aby dowody w nim ujawnione dawały pełny obraz popełnionego przestępstwa oraz jednoznacznie wskazywały na winę albo niewinność. W obecnym kształcie przepis art. 22 k.p.k. nie pozwala na taką pewność i wszystko ostatecznie zależy od podmiotu prowadzącego postępowanie. Dlatego zamiast opierać się na subiektywnej ocenie organu, czy istnieją materiały dowodowe, które trzeba zabezpieczyć podczas zawieszonoego postępowania, ustawodawca powinien wskazać wprost, do czego organ jest zobowiązany, co również zwiększyłoby pewność i przejrzystość postępowania przygotowawczego i umożliwiło podjęcie decyzji dotyczącej prawa do obrony.

Jeśli chodzi o kolejną lukę prawną, ustawodawca nie wymienił dowodów, które mogą ulec zatarciu. Zawieszenie postępowania dlatego, że podejrzany nie został wykryty bądź zatrzymany, nie pozbawia przecież tej osoby potencjalnego wpływu na wynik postępowania ani na dowody, które mogą okazać się kluczowe w sprawie. Obecna regulacja wspomina tylko o ich zniszczeniu lub zniekształceniu, co jest rozumiane jako degradacja materiału dowodowego w sposób naturalny, natomiast w przepisie nie ma mowy o ich umyślnym lub nieumyślnym zacieraniu. W świetle wykładni językowej organy prowadzące postępowanie przygotowawcze nie są w ogóle zobowiązane do dokonywania czynności wobec dowodów,

³¹ K. Kmąk: *Tymczasowe aresztowanie a przedłużenie terminu postępowania przygotowawczego*. „Przegląd Sądowy” 2021, nr 4, s. 61–63.

które ktoś bezpośrednio lub pośrednio zaangażowany w sprawę może celowo zatrzeć. Owa luka stwarza poważne niebezpieczeństwo dla wyniku postępowania, a także dla realizacji interesu pokrzywdzonego, który w przedstawionej sytuacji nie jest w stanie uzyskać zadośćuczynienia za swoją krzywdę ze względu na źle uregulowaną procedurę dokonywania czynności przez organy prowadzące postępowanie.

7. Podsumowanie

Analizując instytucję zawieszenia postępowania przygotowawczego oraz obowiązki nałożone przez ustawodawcę na podmioty je prowadzące, trudno nie odnieść wrażenia, że wytyczne nie realizują w pełni wymogów zgodnych z zasadami procedury karnej. Konieczne wydaje się bardziej szczegółowe uregulowanie kwestii dotyczących czynności, jakie (najczęściej) policja lub prokuratura powinny podejmować, oraz dodanie nakazu zabezpieczenia dowodów, które mogą ulec zatarciu.

Pozwoliłoby to również przeciwdziałać oportunistycznemu podejściu organów prowadzących postępowanie przygotowawcze do omawianej tu instytucji, a jednocześnie przeciwdziałać jej negatywnym skutkom w postaci nie tylko zniszczenia czy zniekształcenia dowodów, lecz także prób ich zatarcia. Dodatkowo uwzględnienie szerokiego zakresu materiałów dowodowych, które mogą podlegać takim procesom, poprawiłoby skuteczność ich wykrywania oraz ich jakość, co w konsekwencji przyczyniłoby się do pewności prowadzonego postępowania.

Bibliografia

Literatura

- Bożek M., Piątek P.: *Przegląd współczesnych sposobów przesłuchania podejrzanego*. „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2021, t. 43, z. 3. <https://doi.org/10.53024/3.3.43.2021>.
- Czabański J., Warchoł M.: *Przerwa i zawieszenie biegu przedawnienia – uwagi de lege ferenda*. „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 10.
- Eichstaedt K.: *Art. 219. W: Kodeks postępowania karnego. Komentarz. T. 1: Art. 1–424*. Red. D. Świecki. Wyd. 7. Warszawa 2024.
- Hanausek T.: *Kryminalistyka. Zarys wykładu*. Wyd. 4. Kraków 2004.
- Janusz-Pohl B., Mazur P.: *Zawieszenie postępowania przygotowawczego a prawnie chroniony interes pokrzywdzonego w polskim procesie karnym*. „Ius Novum” 2009, nr 3.
- Kamińska-Nawrot A.: *Przeszukanie – środek przymusu procesowego ograniczający konstytucyjnie chronione prawa*. „Studia nad Bezpieczeństwem” 2016, nr 1.

- Kmąk K.: *Tymczasowe aresztowanie a przedłużenie terminu postępowania przygotowawczego*. „Przeгляд Sądowy” 2021, nr 4.
- Kmieciak R.: *O lukach prawnych w systemie karnoprocesowych gwarancji wymiaru sprawiedliwości*. „Prokuratura i Prawo” 2021, nr 4.
- Kosonoga J.: *Art. 22. W: Kodeks postępowania karnego. T. 1: Komentarz do art. 1–166*. Red. R.A. Stefański, S. Zabłocki. Warszawa 2017.
- Kulesza C.: *Art. 219. W: Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Red. K. Dudka. Wyd. 2. Warszawa 2020.
- Kurowski M.: *Art. 2. W: Kodeks postępowania karnego. Komentarz. T. 1: Art. 1–424*. Red. D. Świecki. Wyd. 7. Warszawa 2024.
- Kurowski M.: *Art. 22. W: Kodeks postępowania karnego. Komentarz. T. 1: Art. 1–424*. Red. D. Świecki. Wyd. 7. Warszawa 2024.
- Kurowski M.: *Art. 171. W: Kodeks postępowania karnego. Komentarz. T. 1: Art. 1–424*. Red. D. Świecki. Wyd. 7. Warszawa 2024.
- Kurzepa B.: *Zawieszenie postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*. „Consilium Iuridicum” 2022, t. 1, nr 3/4. <https://doi.org/10.52097/ci.5669>.
- Kuźmiński M.: *Taktyka i metody przesłuchania świadka w postępowaniu przygotowawczym*. „Resocjalizacja Polska” 2014, nr 8.
- Mazur O.: *Przesłuchanie podejrzanego w opinii prokuratorów i policjantów*. „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 2.
- Mierzwińska-Lorencka J.: *Art. 219. W: Eadem: Kodeks postępowania karnego. Komentarz do nowelizacji 2019*. Warszawa 2020.
- Sakowicz A.: *Art. 22. W: Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Red. A. Sakowicz. Wyd. 10. Warszawa 2023.
- Skorupka J.: *Art. 22. W: Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Red. J. Skorupka. Wyd. 5. Warszawa 2021.
- Skorupka J.: *Funkcje postępowania przygotowawczego*. „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przeгляд Prawa i Administracji” 2010, t. 82.
- Stefański R.A.: *Art. 171. W: Kodeks postępowania karnego. T. 2: Komentarz do art. 167–296*. Red. R.A. Stefański, S. Zabłocki. Warszawa 2019.
- Steinborn S.: *Art. 219. W: Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*. Red. J. Grajewski, P. Rogoziński, S. Steinborn. Warszawa 2016. [LEX/el.].
- Witkowska K.: *Zawieszenie postępowania karnego a rozstrzygnięcie sprawy w rozsądnym terminie*. „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 11.

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze sprost. i zm.
- Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5, 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2. Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284 ze zm.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego. T.j. Dz.U. 2024, poz. 37 ze zm.

Ustawa z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym. T.j. Dz.U. 2016, poz. 1197 ze zm.

Orzecznictwo

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 28 lipca 2009 r. w sprawie Rachwalski i Ferenc przeciw Polsce. Skarga nr 47709/99.

Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 1 lipca 1993 r. II AKr 107/93. KZS 1993, nr 6–7, poz. 60.

Postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 20 marca 2004 r. II AKz 27/04. OSA 2004, nr 6, poz. 38.



KORNELIUSZ ŁUKASIK
Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach

 <https://orcid.org/0000-0003-4722-2850>

Prawo do sądu właściwego na gruncie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej a właściwość rzeczowa sądu rejonowego w Kodeksie postępowania karnego

The right to a competent court according to the Constitution of the Republic of Poland and the substantive jurisdiction of the district court in the Code of Criminal Procedure

Abstract: In the paper, the author focuses on discussing the issue of the right to a competent court within the meaning of the article 45 of the Constitution of the Republic of Poland, as well as the substantive jurisdiction of the district court in the Code of Criminal Procedure. The author brings closer to the concept of the right to a fair trial on the basis of the Constitution of the Republic of Poland (article 45) according to which „Everyone shall have the right to a fair and public hearing of his case, without undue delay, before a competent, impartial and independent court”. The author also refers to the jurisprudence of the Constitutional Tribunal.

Keywords: the Constitution of the Republic of Poland, the Code of Criminal Procedure, right to a fair trial, district court

1. Wstęp

Prawo do sądu jest jednym z fundamentalnych praw konstytucyjnych o charakterze osobistym¹. Obecnie obowiązująca ustawa zasadnicza² wyraża je *explicite* w art. 45 ust. 1, zgodnie z którym „[k]ażdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”. Ustrojodawca nie tylko wskazuje sąd jako jedyny organ zobowiązany do rozpatrzenia sprawy, lecz także określa jego przymioty. Każdy sąd zatem musi kumulatywnie odznaczać się czterema konstytucyjnie ustanowionymi cechami: właściwością, niezależnością, bezstronnością i niezawisłością³.

Właściwość danego rodzaju sądu w ramach struktury sądownictwa powszechnego wynika przede wszystkim z przepisów Kodeksu postępowania karnego⁴, a także z ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych⁵. Jak stanowi art. 24 § 1 k.p.k., „[s]ąd rejonowy orzeka w pierwszej instancji we wszystkich sprawach, z wyjątkiem spraw przekazanych ustawą do właściwości innego sądu” (to tzw. właściwość rzeczowa sądu rejonowego). Przytoczony artykuł statuuje zasadę, zgodnie z którą sąd rejonowy jest sądem podstawowym w zakresie orzekania w pierwszej instancji w strukturze sądów powszechnych. Oznacza to, że uprawnienie do rozpoznawania spraw w pierwszej instancji przez inny sąd musi wynikać wprost z ustawy. Gdy natomiast ustawa milczy w kwestii właściwości sądu, wówczas stosuje się zasadę wynikającą ze wskazanego przepisu⁶.

Opracowanie ma na celu analizę zagadnienia prawa do sądu właściwego w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, jak również analizę treści art. 24 § 1 k.p.k., statuującego właściwość rzeczową sądu rejonowego, w kontekście realizacji owego prawa. Najpierw zostanie omówiona konstytucyjna konstrukcja prawa do sądu z uwzględnieniem jego zakresu podmiotowego i przedmiotowego. Następnie przeanalizowane zostanie zagadnienie prawa do sądu właściwego. Dalsza część artykułu będzie

¹ A. Kubiak: *Konstytucyjna zasada prawa do sądu w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*. Wyd. 2. Łódź 2006, s. 7.

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze sprost. i zm. [dalej: Konstytucja RP].

³ K. Łukasik: *Prawo do sądu w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*. Toruń 2021, s. 113.

⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego. T.j. Dz.U. 2022, poz. 1375 [dalej: k.p.k.].

⁵ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych. T.j. Dz.U. 2023, poz. 217.

⁶ D. Świecki: *Art. 24. W: Kodeks postępowania karnego. Komentarz aktualizowany*. T. 1. Red. D. Świecki. LEX/el. 2023.

poświęcona właściwości rzeczowej sądu rejonowego na gruncie Kodeksu postępowania karnego oraz skutkom prawnym jej naruszenia.

2. Prawo do sądu w Konstytucji RP

Ustawa zasadnicza oprócz obszernego katalogu praw i wolności jednostki wskazuje także środki służące ich ochronie. Prawo do sądu zostało sformułowane przez ustrojodawcę w dwóch aspektach – pozytywnym oraz negatywnym⁷. W aspekcie pozytywnym (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP) jest ono indywidualnym prawem podmiotowym, z kolei w aspekcie negatywnym (art. 77 ust. 2) zostało przewidziane jako środek ochrony praw i wolności, nie tylko tych mających rangę konstytucyjną⁸.

Prawo do sądu wyraża podmiotową koncepcję udziału jednostki w postępowaniu przed organami władzy sądowniczej. Bez wątplenia zajmuje centralne miejsce wśród wszystkich konstytucyjnych gwarancji procesowych, a równocześnie pełni funkcję służebną z uwagi na to, że konieczność jego zapewnienia pojawia się w momencie, gdy korzystanie z innych praw i wolności ograniczają przeszkody. Szczególna rola art. 45 ust. 1 Konstytucji RP wynika co najmniej z trzech przyczyn. Po pierwsze, z treści tego przepisu, który zawiera szereg bezpośrednich gwarancji procesowych; po drugie, z braku precyzyjniejszych norm w tym zakresie, czyli przepisów bliżej określających konstytucyjne reguły procesowe; po trzecie, ze ścisłego związku z pozostałymi, stosunkowo nielicznymi konstytucyjnymi prawami procesowymi. Są to gwarancje, które ustrojodawca, ustawodawca, a także doktryna prawa karnego procesowego i prawa konstytucyjnego tradycyjnie łączą z postępowaniem sądowym, np. kontradyktoryjność postępowania, równość stron (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP), konieczność zapewnienia prawa do obrony przed zarzutami (art. 42 ust. 2 Konstytucji RP i art. 6 k.p.k.), domniemanie niewinności oskarżonego (art. 42 ust. 3 Konstytucji RP i art. 5 § 1 k.p.k.) czy prawo do kontroli zapadłego rozstrzygnięcia (art. 78 i art. 176 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 425 § 1, art. 444 i art. 459 k.p.k.). Z prawem do sądu związane

⁷ W wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 maja 2000 r. (K 21/99. OTK 2000, nr 4, poz. 109) organ ten wskazał, że „[r]óżne usytuowanie art. 45 ust. 1 oraz art. 77 ust. 2 w systematyce konstytucyjnej sztucznie rozdziela więź tych postanowień. Środkiem ochrony wolności i praw nie jest bowiem zakaz zamykania drogi sądowej, lecz prawo do sądu. O ile art. 45 ust. 1 pozytywnie formułuje prawo do sądu, o tyle art. 77 ust. 2 zawiera zakaz zamykania drogi sądowej dla dochodzenia naruszonych wolności i praw, stanowi zatem dopełnienie [...] prawa do sądu. Prawo każdego do sądu oznacza, że nikomu nie można zamykać drogi sądowej w zakresie wyznaczonym w art. 77 ust. 2 Konstytucji”.

⁸ K. Łukasik: *Prawo do sądu...*, s. 12.

są również gwarancje dla pozbawionego wolności (np. art. 41 Konstytucji RP) oraz wymóg sądowego orzeczenia przypadku rzeczy⁹.

Treść art. 45 ust. 1 Konstytucji RP spełnia zatem w istocie dwie funkcje. Po pierwsze, określa podstawowe gwarancje konstytucyjnego prawa do sądu. Po drugie zaś, wymusza dalsze konsekwencje sądowego rozstrzygnięcia sprawy, czyli pośrednio prowadzi do powstania na poziomie konstytucyjnym systemu gwarancji procesowych, których jądrem pozostaje analizowane tu prawo. System ten stanowi odzwierciedlenie konstytucyjnego standardu rzetelnego postępowania sądowego, zwłaszcza karnego¹⁰. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zwraca się uwagę, że prawo do sądu należy do podstawowych praw jednostki oraz do fundamentalnych gwarancji praworządności¹¹.

Na konstytucyjne prawo do sądu składają się w szczególności prawo dostępu do sądu (tj. prawo do uruchomienia procedury przed sądem – organem o określonej charakterystyce: niezależnym, bezstronnym i niezawisłym), prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej (zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności) oraz prawo do wyroku sądowego (tj. prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia danej sprawy przez sąd)¹².

Podmiotem konstytucyjnego prawa do sądu, wyrażonego w art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 ustawy zasadniczej, jest „każdy”, tzn. każda jednostka, a także osoby prawne prawa prywatnego. Z brzmienia wymienionych przepisów wynika, że omawiane prawo odnosi się do „spraw”, które dotyczą jednostki i innych podmiotów tego prawa¹³. Zakres konstytucyjnego terminu „sprawa” obejmuje dwa odrębne obszary: wszelkiego rodzaju spory prawne z udziałem podmiotów prywatnych oraz rozstrzygnięcie o zasadności zarzutów karnych. Jak podkreślił Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 25 września 2012 r., dopiero zakończenie postępowania przygotowawczego i wniesienie aktu oskarżenia konstytuują sprawę w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP¹⁴. W świetle tego przepisu tylko wtedy, gdy istnieją podstawy do wszczęcia postępowania jurysdykcyjnego, pokrzywdzony będzie mógł realizować przysługujące mu prawo do sądu w procesie karnym. Trybunał Konstytucyjny rozwinął i uzupełnił swoje

⁹ P. Wiliński: *Proces karny w świetle Konstytucji*. Warszawa 2011, s. 109–110.

¹⁰ Ibidem, s. 110.

¹¹ Zob. np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 lipca 2019 r. SK 14/18. OTK-A 2019, poz. 35.

¹² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 czerwca 1998 r. K 28/97. OTK 1998, nr 4, poz. 50.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 września 2012 r. SK 28/10. OTK-A 2012, nr 8, poz. 96.

dotychczasowe orzecznictwo, stanął bowiem na stanowisku, że sprawa karna jest sprawą oskarżonego, jednak postępowanie sądowe toczone się w takiej sprawie może dotyczyć różnego rodzaju interesów pokrzywdzonego, zatem z chwilą wniesienia aktu oskarżenia przez uprawnionego oskarżyciela staje się ona również w pewnym sensie sprawą pokrzywdzonego. Dlatego też można go uznać za szczególnego rodzaju podmiot objęty odpowiednimi gwarancjami, które wynikają z konstytucyjnego prawa do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd.

W treści art. 45 ust. 1 Konstytucji RP ustrojodawca zawarł trzy podstawowe uprawnienia pokrzywdzonego. Po pierwsze, przysługuje mu uprawnienie do tego, aby postępowanie karne zostało ukształtowane zgodnie z zasadami sprawiedliwości, a więc z uwzględnieniem jego słuszych interesów i prawa do wysłuchania. Sprawiedliwa procedura karna powinna zapewnić sprawiedliwe osądzenie osoby oskarżonej o popełnienie przestępstwa oraz prawidłowe zastosowanie norm prawa karnego materialnego. Musi gwarantować zarówno prawo oskarżonego do obrony, domniemanie niewinności, jak i prawa pokrzywdzonego, z zachowaniem odpowiedniej równowagi między uprawnieniami procesowymi przeciwstawnych stron postępowania. Po drugie – co podkreślił Trybunał Konstytucyjny – pokrzywdzony jest uprawniony do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia sądowego sprawy karnej bez nieuzasadnionej zwłoki, jeśli ową sprawę prawidłowo wniósł do sądu uprawniony oskarżyciel. Po trzecie, pokrzywdzony ma uprawnienie do tego, aby sąd rozpoznający sprawę spełniał konstytucyjne wymogi właściwości, niezależności, bezstronności i niezawisłości¹⁵.

3. Prawo do sądu właściwego (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP)

Sądy mają do odegrania szczególną rolę w zapewnieniu realizacji podmiotowych praw jednostek. Stanowią ogniwo gwarancyjne, które zabezpiecza obywateli przed naruszeniami ich praw i wolności, a także przed nakładaniem na nich niewspółmiernych obowiązków. Zakres uprawnień sądów oraz konstytucyjnych wymagań, jakie muszą spełniać ich rozstrzygnięcia, jest limitowany charakterem decyzji, do których są powołane w danej sprawie¹⁶.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ P. Wiliński: *Rzetelny proces karny w świetle Konstytucji i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*. W: *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*. Red. P. Wiliński. Warszawa 2009, s. 312.

Sąd wyznaczony do udzielania ochrony prawnej przewidzianej w art. 45 ust. 1 ustawy zasadniczej musi odpowiadać konkretnym wymaganiom. Dostęp do sądu zakłada możliwość uruchomienia postępowania przed organem o określonej charakterystyce, tj. niezależnym, bezstronnym i niezawisłym¹⁷. Do tych cech, które są najczęściej wymieniane w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, należy dodać – wyszczególnioną w przywołanym przepisie na pierwszym miejscu – właściwość¹⁸.

Wymaganie, aby sąd był właściwy, nie ma bezpośrednich analogii w polskiej tradycji konstytucyjnej. Spośród prawnomiędzynarodowych źródeł prawa do sądu wspomina o nim jedynie art. 14 ust. 1 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych¹⁹, a Europejska konwencja praw człowieka²⁰ w art. 6 ust. 1 poprzestaje na wymaganiu rozpatrzenia sprawy przez sąd ustanowiony ustawą²¹. Omawiana cecha nie pojawiała się również w rozważaniach doktryny, które poprzedziły konstytucjonalizację prawa do sądu, ani w projektach Konstytucji RP, z kolei po wejściu w życie obecnie obowiązującej ustawy zasadniczej orzecznictwo konstytucyjne i literatura przedmiotu poświęcały tej kwestii stosunkowo niewiele uwagi w zestawieniu z pozostałymi koniecznymi atrybutami sądu. W konsekwencji, chociaż „właściwość” wymieniono na pierwszym miejscu wśród cech, których zapewnienie decyduje o należytej realizacji prawa

¹⁷ Na temat elementów prawa do sądu – zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 września 2014 r. SK 22/13. OTK-A 2014, nr 8, poz. 96. W wyroku tym podkreślono, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Trybunału prawo do sądu w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP obejmuje prawo dostępu do sądu (tj. prawo do uruchomienia procedury przed sądem – organem o określonej charakterystyce: właściwym, niezależnym, bezstronnym i niezawisłym), prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej (zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności), prawo do wyroku sądowego (tj. prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia danej sprawy przez sąd), wreszcie – prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawy. Pierwsze trzy elementy zostały wyróżnione w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 czerwca 1998 r. K 28/97. OTK 1998, nr 4, poz. 50, ostatni zaś dodano w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 2007 r. SK 7/06. OTK-A 2007, nr 9, poz. 108.

¹⁸ P. Grzegorzcyk, K. Weitz: *Objaśnienie do art. 45. W: Konstytucja RP. T. 1: Komentarz do art. 1–86*. Red. M. Safjan, L. Bosek. Warszawa 2016, s. 1119.

¹⁹ Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych, otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. Dz.U. 1977, nr 38, poz. 167.

²⁰ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2. Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284.

²¹ Zgodnie z art. 6 ust. 1 konwencji „[k]ażdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzyganiu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej”.

do sądu, treść owej gwarancji nie została dotychczas wyjaśniona w sposób wyczerpujący²².

Prawo do sądu właściwego jest podstawowym składnikiem gwarancji wynikającej z art. 45 ust. 1 ustawy zasadniczej. Odwołanie do właściwości sądu znajduje się także w art. 176 ust. 2 Konstytucji RP, zgodnie z którym „[u]strój i właściwość sądów oraz postępowanie przed sądami określają ustawy”, co wprowadza konieczność zawarcia w ustawach reguł ustalania właściwości sądów w aspekcie rzeczowym, funkcjonalnym i miejscowym. Realizacja prawa do sądu właściwego leży również w interesie ogólnym, stanowi ono bowiem jeden z elementów wartości zwanej dobrem wymiaru sprawiedliwości²³.

Według Trybunału Konstytucyjnego prawo do rozpoznania sprawy przed sądem właściwym oznacza, że kompetencje sądów powinny być tak ukształtowane, by zawsze jakiś sąd był właściwy do rozpoznania sprawy dotyczącej wolności i praw jednostki²⁴. Takie sformułowanie zapewnia dostęp do sądu, lecz nie może zostać uznane za wystarczające z punktu widzenia prawa do sądu właściwego, o którym mowa w art. 45 ust. 1 ustawy zasadniczej. Niezbędne staje się zatem wskazanie w obowiązujących przepisach, który sąd jest właściwy do rozpoznania sprawy. W związku z powyższym przepisy, które określają właściwość sądu, mają charakter nie tyle porządkowy, ile gwarancyjny, co wynika z konstytucyjnego prawa do bycia sądzonym przez sąd właściwy. Prawo to winno stanowić gwarancję prawidłowego rozpoznania sprawy oraz sprawiedliwego rozstrzygnięcia, dlatego sądową kontrolę danej kategorii spraw należy powierzyć organowi wymiaru sprawiedliwości, który jest najlepiej przygotowany do jej rozpoznania, czy to ze względu na swoją specjalizację, czy też ze względu na miejsce w strukturze sądownictwa. Innymi słowy: sama ustawa zasadnicza w dużej mierze wyznacza zakres przedmiotowy prawa do sądu właściwego, nakazuje bowiem tak ukształtować właściwość poszczególnych organów, by rodzaj rozpatrywanych przez nie spraw był adekwatny do stosowanej procedury. Z kolei zarzut naruszenia prawa do rozpoznania sprawy przez sąd właściwy powinien się opierać na wykazaniu, że sprawę rozpoznał sąd, którego zasady i tryb postępowania są nieadekwatne do charakteru stosunku prawnego stanowiącego przedmiot sprawy, o której mowa w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP²⁵.

Właściwość sądu jako cecha ustrojowa wymiaru sprawiedliwości ma fundamentalne znaczenie dla urzeczywistnienia prawa do rzetelnego

²² P. Grzegorzczyk, K. Weitz: *Objaśnienie do art. 45...*, s. 1120.

²³ P. Wiliński: *Proces karny...*, s. 122–123.

²⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 czerwca 2008 r. SK 17/07. OTK-A 2008, nr 5, poz. 78.

²⁵ *Ibidem*.

postępowania, w związku z czym naruszenie przepisów o właściwości godzi w istotę owego prawa. Jak zauważa L. Garlicki, w konsekwencji „zyskują [...] [one – K.Ł.] rolę kluczową i choćby z tego względu muszą być podporządkowane ogólnym gwarancjom konstytucyjnym, wykluczającym możliwość manewrowania tymi przepisami przez ustawodawcę zwykłego”²⁶. Dostępność sądu dla jednostki w dużej mierze zależy od przepisów dotyczących właściwości. Doniosłość tej gwarancji sprawiła, że prawu do sądu właściwego nadano rangę konstytucyjną. Trzeba wskazać, że art. 45 ust. 1 Konstytucji RP gwarantuje każdemu prawo do rozpoznania jego sprawy przed sądem właściwym. Zastrzeżenie, że sądem rozpoznającym sprawę ma być sąd właściwy, ściśle łączy się z przestrzeganiem ustawowo ustalonej kompetencji, co jest warunkiem należytego wypełniania swoich funkcji przez organy wymiaru sprawiedliwości²⁷.

Rozgraniczenie właściwości sądów stanowi jedno z zagadnień procesowych związanych z ustrojem i organizacją sądownictwa. Z kolei kwestia tego, który sąd będzie rozpatrywał sprawę, okazuje się nader istotna dla stron i uczestników postępowania, gdyż dotyczy ich najważniejszych praw procesowych. Wyznaczenie składu sądu, przestrzeganie przyznanej mu kompetencji miejscowej, rzeczowej i funkcjonalnej oraz system przydziału spraw nie mają tylko wymiaru formalnego, lecz oddziałują wprost na realizację prawa do rzetelnego procesu. Prawo do sądu staje się iluzoryczne, jeżeli dostęp do organów, które gwarantują ochronę prawną, jest utrudniony, a określenie ich właściwości – arbitralne²⁸.

4. Właściwość rzeczowa sądu rejonowego na gruncie Kodeksu postępowania karnego

Zgodnie z treścią art. 175 ust. 1 Konstytucji RP „[w]ymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej sprawują Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe”. Ponadto art. 177 stanowi, że sądy powszechne sprawują wymiar sprawiedliwości we wszystkich sprawach z wyjątkiem spraw, które ustawowo zastrzeżono dla właściwości innych sądów. W myśl art. 1 § 1 ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych sądami powszechnymi są sądy rejonowe, sądy okręgowe, a także sądy apelacyjne. Ustawa ta jest podstawowym aktem prawnym, który szczegółowo wyznacza zasady i granice funkcjonowania sądownictwa powszechnego, z kolei Kodeks postępowania karnego

²⁶ L. Garlicki: *Prawo do sądu (rozważania de lege fundamentale ferenda)*. „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G” 1990, t. 37, z. 5, s. 60–61.

²⁷ A. Łazarska: *Rzetelny proces cywilny*. Warszawa 2012, s. 187.

²⁸ Ibidem.

określa właściwość sądów karnych powszechnych i wojskowych oraz tryb postępowania przed nimi²⁹.

Struktura sądów powszechnych w sprawach karnych jest powiązana z właściwością poszczególnych rodzajów sądów³⁰. W doktrynie definiuje się właściwość sądu³¹ jako jego upoważnienie, a zarazem obowiązek, by dokonywać określonych czynności procesowych³². Właściwość danego rodzaju sądu w ramach struktury sądownictwa powszechnego wynika przede wszystkim z przepisów Kodeksu postępowania karnego, a także z ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych. Wyróżnia się trzy główne rodzaje właściwości sądu: właściwość rzeczową, która odnosi się do uprawnienia konkretnego sądu do orzekania w sprawach o określone czyny zabronione; właściwość funkcjonalną, rozumianą jako uprawnienie sądu do dokonywania określonych czynności w postępowaniu karnym; właściwość miejscową, która wskazuje sąd właściwy do rozpoznania sprawy z uwagi na miejsce zdarzenia (np. popełnienia przestępstwa), będące podstawą do podejmowania danych czynności³³.

Przechodząc do omówienia zagadnienia właściwości rzeczowej, należy podkreślić, że decyduje o niej sam czyn przestępny, tak jak przedstawia się w świetle okoliczności sprawy, nie zaś jego błędna kwalifikacja prawna przyjęta przez oskarżyciela w akcie oskarżenia³⁴. O właściwości konkretnego sądu do rozpoznania sprawy rozstrzyga odpowiedni przepis Kodeksu postępowania karnego, a nie wola osób, które prowadzą postępowanie. To sąd, zobowiązany do sprawdzenia swojej właściwości w trybie art. 35 § 1 k.p.k.³⁵, jest także zobowiązany do subsumpcji opisu czynu w akcie

²⁹ P. Czarnecki, A. Ważny: *Objaśnienie do art. 24. W: Kodeks postępowania karnego. Komentarz.* Red. A. Sakowicz. Wyd. 10. Warszawa 2023, s. 149.

³⁰ D. Świecki: *Komentarz do art. 24. W: Kodeks postępowania karnego. Komentarz.* T. 1. Red. D. Świecki. Wyd. 3. Warszawa 2017, s. 175.

³¹ Szerzej na temat pojęcia właściwości sądu – zob. Z. Kwiatkowski: *Właściwość sądów powszechnych w sprawach karnych.* W: *System prawa karnego procesowego.* T. 5: *Sądy i inne organy postępowania karnego.* Red. Z. Kwiatkowski. Warszawa 2015, s. 293–296.

³² S. Wałtoś: *Proces karny. Zarys systemu.* Wyd. 10. Warszawa 2009, s. 159.

³³ D. Świecki: *Komentarz do art. 24...*, s. 175–176.

³⁴ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 października 1991 r. I KZP 24/91. OSNKW 1992, nr 1–2, poz. 9.

³⁵ Zgodnie z art. 35 § 1 k.p.k. „[s]ąd bada z urzędu swą właściwość, a w razie stwierdzenia swej niewłaściwości przekazuje sprawę właściwemu sądowi lub innemu organowi”. Owo badanie następuje nie tylko po wpłynięciu sprawy do sądu, lecz także w toku dalszego procesu. „Jeżeli sąd na rozprawie głównej stwierdza, że nie jest właściwy miejscowo lub że właściwy jest sąd niższego rzędu, może przekazać sprawę innemu sądowi jedynie wtedy, gdy powstaje konieczność odroczenia rozprawy” (art. 35 § 2 k.p.k.). Ustawodawca przewidział dwa mechanizmy wszczęcia kontroli dotyczącej prawidłowości decyzji sądu o przekazaniu sprawy. Po pierwsze, postanowienie takie może zostać zaskarżone zażaleniem na podstawie art. 35 § 3 k.p.k. Po drugie, istnieje możliwość wszczęcia

oskarżenia, tj. do jego odpowiedniej kwalifikacji prawnej na podstawie materiałów sprawy. Przepisy Kodeksu postępowania karnego w sposób ścisły oraz pozbawiony elementów uznaniowych kształtują reguły rządzące zarówno właściwością miejscową, jak i właściwością rzeczową sądu – nakazują rozpoznawanie sprawy przez sąd właściwy, nieustalony dowolnie przez organy procesowe ani strony³⁶. O właściwości rzeczowej decydują więc opis czynu i jego znamiona, a nie prawidłowa czy też błędna kwalifikacja prawna czynu, którą przyjęto w akcie oskarżenia bądź w wyroku. Każdorazowo oświadczenie postulujące stron, aby ewentualnie zmienić właściwość sądu, powinno stanowić impuls do zbadania tej kwestii z urzędu. Należy tu także wskazać, że z perspektywy ustalania właściwości sądu nie ma znaczenia, czy zarzucany sprawcy czyn został popełniony w formie dokonania, czy w innej formie stadialnej (przygotowania, usiłowania), ani jaka była jego forma zjawiskowa (sprawstwo, współsprawstwo, pomocnictwo, podżeganie). We wszystkich wymienionych przypadkach o właściwości sądu decyduje kwalifikacja prawna czynu – niezależnie od jego formy stadialnej bądź zjawiskowej³⁷.

Zasadą, która wynika z właściwości rzeczowej, jest uprawnienie sądu rejonowego do orzekania jako sądu pierwszej instancji we wszystkich sprawach. Można więc skonstatować, że art. 24 k.p.k. statuuje domniemanie właściwości rzeczowej sądu rejonowego. Spod jego kognicji

sporu o właściwość. Niezbędne do wszczęcia sporu kompetencyjnego jest uprawomocnienie się postanowienia o przekazaniu sprawy innemu sądowi zgodnie z właściwością. Dopiero w takim momencie sprawa zostaje przekazana do kolejnego sądu i będzie mógł on wszcząć spór kompetencyjny albo – jeżeli ustawa wyłącza możliwość takiego sporu – będzie związany owym postanowieniem. Najczęściej do sporu dochodzi, gdy żaden z sądów, do których trafiła sprawa, nie uważa się za właściwy do jej rozpoznania (spór negatywny). Może także wystąpić sytuacja, w której więcej niż jeden sąd uważa się za właściwy do rozpoznania sprawy (spór pozytywny). Spór o właściwość jest możliwy jedynie pomiędzy sądami równorzędnymi, czyli może dotyczyć właściwości miejscowej. „Spór o właściwość między sądami rozstrzyga ostatecznie sąd wyższego rzędu właściwy ze względu na siedzibę sądu, który pierwszy wszczął spór. Spór o właściwość między sądem rejonowym a sądem okręgowym rozstrzyga sąd apelacyjny, a spór o właściwość między sądem apelacyjnym a innym sądem powszechnym – Sąd Najwyższy” (art. 38 § 1 k.p.k.). „W czasie trwania sporu każdy z tych sądów przedsięwziętych czynności niecierpiące zwłoki” (art. 38 § 2 k.p.k.). Sądem wszczynającym spór w sytuacji sporu pozytywnego jest ten, który później uznał swoją właściwość, natomiast przy sporze negatywnym – ten, który odmówił przyjęcia przekazanej sprawy. Orzeczenie sądu wyższego rzędu rozstrzygające spór jest wiążące dla sądów w nim uczestniczących: sprawa podlega rozpoznaniu przez sąd, któremu sąd wyższego rzędu ją przekazał. Szerzej na temat sporu o właściwość – zob. K. Nowicki: *Organy postępowania karnego*. W: *Proces karny*. Red. J. Skorupka. Wyd. 4. Warszawa 2022, s. 282–284.

³⁶ Zob. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 października 2003 r. II AKz 916/03. KZS 2004, nr 2, poz. 49.

³⁷ P. Czarnecki, A. Ważny: *Objaśnienie do art. 24...*, s. 150.

wyłączone są sprawy, które zostały przekazane innym sądom na mocy przepisów szczególnych³⁸. Sąd rejonowy orzeka zatem w sprawach o występki, z zastrzeżeniem wynikającym z treści art. 25 § 1 pkt 2 i 3 k.p.k., w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe, zgodnie z art. 115 § 1 i 2 Kodeksu karnego skarbowego³⁹, a także w sprawach o wykroczenia, zgodnie z art. 9 § 1 Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia⁴⁰.

W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2007 r. podkreślono natomiast, że art. 25 § 1 pkt 1 k.p.k., ustanawiający właściwość sądu okręgowego w sprawach o zbrodnie, obejmuje zakresem tej właściwości sprawy o czyny zabronione, które należą do kategorii zbrodni w czasie ich popełnienia. Oznacza to, że jeżeli czyn zabroniony miał wtedy status występkę, a po wniesieniu aktu oskarżenia do sądu rejonowego, jako sądu rzeczowo właściwego, w rezultacie zmiany zagrożenia ustawowego został włączony do kategorii zbrodni, to taka zmiana, jako niekorzystna dla oskarżonego, nie może odnosić się do czynu objętego oskarżeniem (art. 4 § 1 Kodeksu karnego)⁴¹. Zachowuje on zatem nadal status występkę, a sądem właściwym do rozpoznania sprawy pozostaje sąd rejonowy⁴².

Konstrukcja przepisów, które regulują właściwość rzeczową sądu, jak również przewidziane skutki jej naruszenia są gwarancją prawa do sądu właściwego. Wymaga podkreślenia, że w przyjętych rozwiązaniach występuje czynnik prakseologicznej logiki. Uznawszy za naruszenie prawa zarówno sytuację, kiedy dochodzi do rozpoznania przez sąd rejonowy sprawy, która należy do właściwości sądu okręgowego, jak i przypadek przeciwny, ustawodawca niejednakowo zdefiniował skutki naruszeń w obu kierunkach. Zgodnie z art. 439 § 1 pkt 4 k.p.k. wydanie orzeczenia przez sąd niższego rzędu w sprawie, która należy do właściwości sądu wyższego rzędu, jest kwalifikowane jako naruszenie prawa stanowiące bezwzględną przyczynę odwoławczą. Z kolei rozpoznanie sprawy przez sąd okręgowy z naruszeniem przepisów dotyczących właściwości rzeczowej stanowi tzw. względną przyczynę odwoławczą w postaci obrazy przepisów postępowania, jeżeli mogła ona mieć wpływ na treść orzeczenia (art. 438 pkt 2 k.p.k.). Zróżnicowanie konsekwencji prawnych wskazanych naruszeń ma źródło w apriorycznym uznaniu, że poważniejsze skutki wywołuje brak

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy. T.j. Dz.U. 2023, poz. 654.

⁴⁰ Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. T.j. Dz.U. 2022, poz. 1124.

⁴¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny. T.j. Dz.U. 2022, poz. 1138.

⁴² Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2007 r. I KZP 34/06. OSNKW 2007, nr 2, poz. 10.

kompetencji sądu niższego rzędu, oraz równoczesnym uznaniu niższej rangi naruszenia właściwości rzeczowej w kierunku przeciwnym.

Dodatkowo na tę ocenę rzutuje regulacja wynikająca z art. 35 § 2 k.p.k., w myśl którego, „[j]eżeli sąd na rozprawie głównej stwierdza, że [...] właściwy jest sąd niższego rzędu, może przekazać sprawę innemu sądowi jedynie wtedy, gdy powstaje konieczność odroczenia rozprawy”. Ponieważ przewidziane tu przekazanie ma charakter fakultatywny, należy stwierdzić, że do naruszenia, o którym mowa w art. 438 pkt 2 k.p.k., może dojść tylko wówczas, gdy fakt niewłaściwości rzeczowej był znany sądowi okręgowemu przed rozprawą, a pomimo to nie nastąpiło wówczas przekazanie sprawy zgodnie z właściwością, stosownie do treści art. 35 § 1 *in fine* k.p.k. W związku z fakultatywną formułą użytą w przytoczonym przepisie problematyczne byłoby jednak wykazanie przez stronę, że doszło do naruszenia prawa spowodowanego nieprzekazaniem sprawy przez sąd okręgowy, a także wykazanie wpływu owej sytuacji na treść orzeczenia. Zasadniczo w takim przypadku trzeba wykluczyć możliwość skutecznego sformułowania zarzutu odwoławczego. Już sama okoliczność orzekania przez sąd wyższego rzędu z naruszeniem właściwości rzeczowej nie ułatwia dowodzenia hipotetycznego wpływu tego uchybienia na treść wydanego orzeczenia, niezależnie od ograniczonej podstawy argumentacyjnej, którą dysponuje dana strona. Argumentem jest wszakże ekonomia procesowa, choć motywacja odwołująca się do stopnia zaawansowania sprawy oraz sprawności postępowania ukazuje pewien deficyt regulacyjny, jeśli chodzi o zabezpieczenie zasady prawa do sądu właściwego. Z drugiej strony pomimo istnienia owej wątpliwości trudno odmówić racjonalności przyjętemu różnicowaniu skutków naruszenia właściwości rzeczowej⁴³.

5. Podsumowanie

Konstytucja RP statuuje prawo do sądu w art. 45 ust. 1, zgodnie z którym „[k]ażdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”. Jedynym organem powołanym na mocy przytoczonego przepisu ustawy zasadniczej do rozpatrzenia sprawy jest sąd, który musi kumulatywnie odznaczać się czterema konstytucyjnie ustanowionymi cechami: właściwością, niezależnością, bezstronnością oraz niezawisłością⁴⁴.

Właściwość sądu, jako cecha ustrojowa wymiaru sprawiedliwości, ma fundamentalne znaczenie dla urzeczywistnienia prawa do sądu,

⁴³ M. Rogacka-Rzewnicka: *Art. 24. W: Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*. Red. D. Szumiło-Kulczycka. LEX/el. 2022.

⁴⁴ K. Łukasik: *Prawo do sądu...*, s. 113.

gdyż dostępność sądu dla jednostki zależy w głównej mierze od przepisów, które określają jego właściwość. Kodeks postępowania karnego, tak jak inne ustawy procesowe, realizuje postanowienia konstytucyjne i zawiera unormowania odnoszące się do właściwości oraz składu sądu (art. 24–39 k.p.k.). W myśl art. 24 § 1 k.p.k. „[s]ąd rejonowy orzeka w pierwszej instancji we wszystkich sprawach, z wyjątkiem spraw przekazanych ustawą do właściwości innego sądu”, w związku z czym przepis ten statuuje domniemanie właściwości rzeczowej sądu rejonowego⁴⁵. Spod jego kognicji wyłączone są sprawy, które zostały przekazane innemu sądowi na podstawie przepisów szczególnych.

O randze konstytucyjnego prawa do sądu właściwego stanowi fakt, iż ustawodawca zwykły nie poprzestał na uregulowaniu odpowiednich przepisów dotyczących właściwości rzeczowej sądu, lecz także przewidział prawne skutki jej naruszenia.

Bibliografia

Literatura

- Czarnecki P., Ważny A.: *Objaśnienie do art. 24. W: Kodeks postępowania karnego. Komentarz.* Red. A. Sakowicz. Wyd. 10. Warszawa 2023.
- Garlicki L.: *Prawo do sądu (rozważania de lege fundamentale ferenda).* „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G” 1990, t. 37, z. 5.
- Grzegorzczak P., Weitz K.: *Objaśnienie do art. 45. W: Konstytucja RP. T. 1: Komentarz do art. 1–86.* Red. M. Safjan, L. Bosek. Warszawa 2016.
- Kubiak A.: *Konstytucyjna zasada prawa do sądu w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego.* Wyd. 2. Łódź 2006.
- Kwiatkowski Z.: *Właściwość sądów powszechnych w sprawach karnych.* W: *System prawa karnego procesowego. T. 5: Sądy i inne organy postępowania karnego.* Red. Z. Kwiatkowski. Warszawa 2015.
- Łazarska A.: *Rzetelny proces cywilny.* Warszawa 2012.
- Łukasik K.: *Prawo do sądu w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku.* Toruń 2021.
- Nowicki K.: *Organy postępowania karnego.* W: *Proces karny.* Red. J. Skorupka. Wyd. 4. Warszawa 2022.
- Rogacka-Rzewnicka M.: *Art. 24. W: Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów.* Red. D. Szumiło-Kulczycka. LEX/el. 2022.
- Świecki D.: *Art. 24. W: Kodeks postępowania karnego. Komentarz aktualizowany.* T. 1. Red. D. Świecki. LEX/el. 2023.
- Świecki D.: *Komentarz do art. 24. W: Kodeks postępowania karnego. Komentarz.* T. 1. Red. D. Świecki. Wyd. 3. Warszawa 2017.

⁴⁵ Szerzej na temat właściwości rzeczowej sądu rejonowego – zob. P. Czarnecki, A. Ważny: *Objaśnienie do art. 24...*, s. 150.

- Waltoś S.: *Proces karny. Zarys systemu*. Wyd. 10. Warszawa 2009.
- Wiliński P.: *Proces karny w świetle Konstytucji*. Warszawa 2011.
- Wiliński P.: *Rzetelny proces karny w świetle Konstytucji i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*. W: *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*. Red. P. Wiliński. Warszawa 2009.

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze sprost. i zm.
- Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2. Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284.
- Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych, otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. Dz.U. 1977, nr 38, poz. 167.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny. T.j. Dz.U. 2022, poz. 1138.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego. T.j. Dz.U. 2022, poz. 1375.
- Ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy. T.j. Dz.U. 2023, poz. 654.
- Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych. T.j. Dz.U. 2023, poz. 217.
- Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. T.j. Dz.U. 2022, poz. 1124.

Orzecznictwo

- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 czerwca 1998 r. K 28/97. OTK 1998, nr 4, poz. 50.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 maja 2000 r. K 21/99. OTK 2000, nr 4, poz. 109.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 2007 r. SK 7/06. OTK-A 2007, nr 9, poz. 108.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 czerwca 2008 r. SK 17/07. OTK-A 2008, nr 5, poz. 78.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 września 2012 r. SK 28/10. OTK-A 2012, nr 8, poz. 96.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 września 2014 r. SK 22/13. OTK-A 2014, nr 8, poz. 96.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 lipca 2019 r. SK 14/18. OTK-A 2019, poz. 35.
- Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2007 r. I KZP 34/06. OSNKW 2007, nr 2, poz. 10.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 października 1991 r. I KZP 24/91. OSNKW 1992, nr 1–2, poz. 9.
- Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 października 2003 r. II AKz 916/03. KZS 2004, nr 2, poz. 49.



MICHAŁ NAJMAN
Uniwersytet Łódzki

 <https://orcid.org/0000-0001-8207-8458>

Optymalny poziom przestępczości w świetle celów polityki kryminalnej

The optimal level of crime in accordance with the aims of criminal policy

Abstract: Many research are devoted to the goals of punishment's issue. Some authors are in favor for the aggravation of a penalty, while others are in favor for the penalties of a more lenient type that are aimed at rehabilitating the offender and enabling him to return to society. Still, the superiority of punitive or liberal criminal policies has not been scientifically proven. In economic analysis of law the concept of the optimal level of crime becomes more popular nowadays. This concept depreciates the perception of the objectives of criminal law, which are combating and preventing crime. The aim of the article is to demonstrate that a given concept is based on the incoherent assumptions vitiating aims of criminal law and policy, thus cannot be implemented.

Keywords: crime, criminal policy, criminal law

1. Wstęp

Polityka kryminalna jest zagadnieniem coraz częściej występującym w dyskursie społecznym. Już w latach 80. T. Kaczmarek wskazywał, że upatrywanie w prawie karnym efektywnego środka, który eliminuje zachowania przestępne, prowadzi do sytuacji odwrotnych – gdy prawo to odnosi skutek przeciwny do zamierzonego¹. Wszechobecność populizmu penalnego w debacie publicznej nie sprzyja racjonalnemu rozważeniu konieczności penalizacji pewnych zachowań czy też surowości

¹ T. Kaczmarek: *Patologia społeczna a polityka kryminalna*. „Palestra” 1987, t. 31, nr 6, s. 35.

sankcji². Dyskusję dodatkowo komplikuje spór w doktrynie co do tego, którą funkcję (cel) kary ustawodawca traktuje priorytetowo. Cele te są zorientowane zarówno na dobra jednostkowe, jak i na dobra ogólne (powszechne)³. Ponadto mogą się koncentrować na przeszłości, tj. na analizie przyczyn przestępstw, bądź na przyszłości, czyli na zapobieganiu ich popełnianiu⁴. Działania podejmowane przez prawodawcę finalnie zmierzają do wywołania rezultatu w postaci zmniejszenia liczby popełnianych przestępstw.

W doktrynie powiązanie zjawisk prawnych z ich ekstensją w świecie rzeczywistym coraz częściej próbuje się wyjaśnić za pomocą metod z innych gałęzi nauki, m.in. metodologii nauk ekonomicznych. Zwolennicy tzw. ekonomicznej analizy prawa⁵ przyjmują założenia klasycznej teorii ekonomii⁶ i odchodzą od tradycyjnego podziału celów polityki kryminalnej⁷, a jako jej funkcję wskazują utrzymanie przestępczości na poziomie optymalnym⁸. W niniejszym artykule dokonano przeglądu literatury polsko- i anglojęzycznej poświęconej polityce kryminalnej, jej celom oraz modelom, a także piśmiennictwa odnoszącego się do problematyki stosowania narzędzi ekonometrycznych w owej polityce. Wnioski z analizy tekstów pokazują, że choć w naukach ekonomicznych podważono zasadność założeń klasycznych teorii, w literaturze prawniczej wciąż postuluje się wykorzystywanie w badaniach nad prawem modeli opartych przede

² P. Chlebowicz: *Przejawy populizmu penalnego w polskiej polityce kryminalnej*. „Studia Prawnoustrojowe” 2009, nr 9, s. 504.

³ S. Tarapata: *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*. Warszawa 2016, s. 100–116.

⁴ B. Stańdo-Kawecka: *Polityka karna i penitencjarna między punitywizmem i menedżeryzmem*. Warszawa 2020, s. 13.

⁵ Szerzej – zob. M. Szczepaniec: *Teoria ekonomiczna w prawie karnym*. Warszawa 2012, s. 306–309.

⁶ Szerzej – zob. A. Jabłońska: *Rynek, podaż, popyt*; eadem: *Podstawy teorii wyboru konsumenta*; A. Krajewska: *Równowaga przedsiębiorstwa*. W: *Podstawy ekonomii*. Red. R. Milewski, E. Kwiatkowski. Wyd. 3 zm. Warszawa 2013, s. 53–89, 82–94, 143–152. Założenia te są oparte m.in. na modelu teorii wyboru (konsumenta), zgodnie z którym podmiot pragnie maksymalizować użyteczność wykorzystywanych dóbr poprzez wybór konsumpcji ich kombinacji – w przypadku polityki kryminalnej są to koszty/korzyści z przestępczości oraz jej poziom (liczba przestępstw). Przyjmuje się, że istnieje nieskończona liczba potencjalnych kombinacji, które zapewniają taką samą użyteczność całkowitą (*ceteris paribus*). Oznacza to, że społeczeństwo (państwo) może decydować o poziomie przestępczości, ingerując w koszty przestępczości (m.in. koszty utrzymania organów ścigania, koszty sądownictwa penitencjarnego, koszty społeczne powstałe na skutek przestępstwa). Wzrost kosztów obniża poziom przestępczości, a ich spadek powoduje jej zwiększenie. Szerzej – zob. G.S. Becker: *Crime and punishment: An economic approach*. „Journal of Political Economy” 1968, vol. 76, no. 2, s. 169–217.

⁷ Szerzej – zob. B. Stańdo-Kawecka: *Polityka karna i penitencjarna...*, s. 11–45.

⁸ M. Szczepaniec: *Teoria ekonomiczna...*, s. 306–309.

wszystkim na koncepcji człowieka racjonalnego oraz próby oddziaływania na prawodawcę w kwestii polityki kryminalnej na podstawie badań bazujących na takich przesłankach. Warto zatem podać w wątpliwość tezę, że utrzymanie przestępczości na poziomie optymalnym w sensie Pareto⁹ znajduje uzasadnienie w świetle celów polityki kryminalnej.

2. Pojęcie polityki kryminalnej

Politykę kryminalną definiuje się w doktrynie jako zespół działań państwa ukierunkowanych na zwalczanie przestępczości oraz innych ujemnych zjawisk społecznych za pomocą środków prawnych, a także inicjowanie różnych działań o charakterze ekonomicznym, pedagogicznym i socjologicznym, aby stworzyć w państwie sytuację, w której występowanie zjawisk społecznych sprzyjających powstawaniu przestępczości byłoby znacznie utrudnione i ograniczone¹⁰. Część autorów rozumie politykę prawa karnego jako politykę zapobiegania przestępczości i jej zwalczania, obejmującą politykę legislacyjną prawa karnego, politykę ścigania przestępstw i sądowego wymiaru kary oraz politykę wykonywania kar¹¹. Jej zakres obejmuje również czynności organów państwa zorientowane na przeciwdziałanie, ograniczanie i zwalczanie przestępczości przez tworzenie lub stosowanie przepisów prawa karnego¹². Z powyższego wynika, że ze względu na podmiot, który podejmuje działania mające zapobiegać przestępczości i ją zwalczać, politykę kryminalną można podzielić na politykę kryminalną organów stanowiących prawo (politykę tworzenia prawa karnego) oraz politykę kryminalną organów stosujących prawo (politykę ścigania, politykę wymiaru i wykonywania kar, politykę prewencyjną). Podkreślenia wymaga, że wskazane działania są jednokierunkowe, tj. zmierzają do obniżenia poziomu przestępczości.

Jest to kluczowe z uwagi na teorię optymalnego poziomu przestępczości, w której politykę kryminalną definiuje się jako działania nastawione

⁹ A. Krajewska: *Niedoskonałość rynku i rola państwa w gospodarce*. W: *Podstawy ekonomii...*, s. 208. Chodzi o stan, w którym nie można poprawić sytuacji jednostki bez pogorszenia sytuacji innej jednostki. Innymi słowy: w koncepcji optymalnego poziomu przestępczości optimum w sensie Pareto występuje wtedy, gdy zarówno społeczeństwo, jak i przestępcy osiągają największe możliwe zyski z przestępczości.

¹⁰ G. Pieszko: *Penalny populizm a polityka kryminalna*. W: *Przyszłość polskiego prawa karnego. Alternatywne reakcje na przestępstwo*. Red. S. Pikulski, W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka. Olsztyn 2015, s. 474–476.

¹¹ S. Lelental: *Wykład prawa karnego wykonawczego z elementami polityki kryminalnej*. Łódź 1996, s. 41–43.

¹² W. Świda: *Wiadomości wstępne*. W: *Kryminologia*. Red. W. Świda. Warszawa 1977, s. 21.

na utrzymanie przestępczości na poziomie optymalnym, tzn. najbardziej uzasadnionym ekonomicznie (generującym jak najmniejsze koszty lub jak największe zyski)¹³. Nasuwa się pytanie, czy w teorii tej również postuluje się jednokierunkowe działanie organów stanowiących i stosujących prawo. Za odpowiedzią negatywną przemawia m.in. używanie w niej pojęcia „tolerowany poziom przestępczości”¹⁴, odnoszącego się do wskaźnika przestępczości, który byłby akceptowany zarówno przez ustawodawcę, jak i co do zasady przez społeczeństwo¹⁵. Wynika to z założeń modelu, zgodnie z którym nie sposób całkowicie wyeliminować przestępczości, a między wydatkami na jej zwalczanie a liczbą przestępstw istnieje zależność tego rodzaju, że wzrost ponoszonych kosztów prowadzi do spadku liczby przestępstw – i na odwrót¹⁶. Co więcej, „optymalny poziom przestępczości” w ekonomii klasycznej jest wartością stałą (ewentualnie mieszczącą się w przedziale wartości skrajnych)¹⁷. Ustalenie celu polityki prawa karnego w teorii optymalnego poziomu przestępczości zostaje przeniesione z analizy zjawiska przestępczości na jego skutki społeczne w wymiarze ekonomicznym.

3. Modele polityki kryminalnej

Realizacja zadań polityki prawa karnego może być ukierunkowana na analizę przyczyn występowania przestępczości albo jej skutków. Pierwsza sytuacja ma miejsce wtedy, gdy działania skupiają się na ustaleniu, dlaczego popełniono przestępstwo, oraz na podjęciu odpowiednich środków, aby nie powtórzyło się to w przyszłości. Jest to model tzw. liberalnej (menadżerskiej) polityki kryminalnej, której cel polega na identyfikacji źródła przestępstw i próbie jego wyeliminowania. Natomiast punitywne polityka kryminalna koncentruje się na ustaleniu skutków czynów zabronionych oraz ich likwidowaniu. W odróżnieniu od modelu menadżerskiego nie zajmuje się przyczynami przestępstw, lecz orientuje się na łagodzenie ich następstw.

W zależności od przyjętego modelu w odmienny sposób realizowana jest prewencja. Polityka liberalna zmierza bowiem do zapobiegania

¹³ M. Szczepanec: *Teoria ekonomiczna...*, s. 307.

¹⁴ M.A. Cohen: *Ekonomiczne podejście do przestępczości i wymiaru sprawiedliwości*. Tłum. J. Czabański. Warszawa 2007, s. 10.

¹⁵ M. Maraszek: *Model przestępcy racjonalnego i efektywna polityka karna – okiem praktyka*. „Prokurator” 2011, nr 3, s. 9.

¹⁶ G.S. Becker: *Crime and punishment...*, s. 16.

¹⁷ Y.-K. Ng: *Welfare economics: Towards a more complete analysis*. New York 2004, s. 26–46.

przestępstwom na poziomie jednostkowym, jest ukierunkowana na resocjalizację sprawców i zapewnienie im powrotu do społeczeństwa¹⁸. Z kolei polityka punitywna orientuje się na zagwarantowanie w większym stopniu prewencji ogólnej¹⁹, czyli w szerszym zakresie realizuje cel sprawiedliwościowy, w węższym – cel wychowawczy. Różnica między oboma podejściami wynika z założeń epistemologicznych odnoszących się do natury człowieka i społeczeństwa, które opierają się na modelach wykorzystywanych w naukach socjologicznych: konsensualnym i konfliktowym²⁰.

4. Cele polityki kryminalnej

Jako cele polityki kryminalnej wskazuje się ochronę społecznie pożądaną wartości, zapobieganie popełnianiu przestępstw, zarówno przez tego samego sprawcę, jak i przez potencjalnych innych sprawców (prewencja indywidualna i ogólna)²¹, realizację zasady sprawiedliwości społecznej oraz zapewnienie sprawcy powrotu do społeczeństwa²². Łatwo zauważyć, że cele te są tożsame z celami prawa karnego²³.

Polityka kryminalna przede wszystkim zmierza do zagwarantowania jak najszerzej ochrony dóbr (wartości) istotnych ze względu na prawidłowe funkcjonowanie społeczeństwa²⁴. Reakcja prawna jest przejawem wzmożonej prewencji naruszenia dóbr, które ustawodawca uznaje za szczególnie ważne społecznie. Prewencyjna rola polityki kryminalnej opiera się na założeniu, że szeroko rozumiane prawo karne może wpływać na motywację jednostki. Niemniej, co wymaga podkreślenia, prawo

¹⁸ W. Jaroch: *Polityka karna – strategia punitywna czy liberalna*. „Studia Prawnoustrojowe” 2012, nr 15, s. 49–51.

¹⁹ M. Melezini: *Punitywność wymiaru sprawiedliwości karnej w Polsce w XX wieku*. Białystok 2003, s. 14–15.

²⁰ Zob. D. Szabo: *Kryminologia i polityka kryminalna*. Tłum. K. Piasecki. Warszawa 1987, s. 28–33.

²¹ W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne. Część ogólna*. Wyd. 3. Kraków 2014, s. 41–42.

²² M. Chmieliński: *Cele kary kryminalnej i czynniki ograniczające wymiar kary w oświeceniowych koncepcjach penologicznych*. „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2013, t. 89, s. 33–35; S. Pikulski: *Polityka karna w Polsce z perspektywy międzynarodowej*. „Białostockie Studia Prawnicze” 2009, z. 6, s. 14–15; P. Wiktorska: *Polityka kryminalna i polityka karna we współczesnej polskiej rzeczywistości*. „Archiwum Kryminologii” 2012, t. 34, s. 402. <https://doi.org/10.7420/AK2012J>.

²³ Zob. M. Mozgawa: *Nauka o karze i innych środkach reakcji na przestępstwo*. W: *Prawo karne materialne. Część ogólna*. Red. M. Mozgawa. Wyd. 4. Warszawa 2016, s. 421–428.

²⁴ A. Krukowski: *Problemy zapobiegania przestępczości*. Warszawa 1982, s. 42.

(w ujęciu pozytywistycznym) nie zawsze taki cel osiąga²⁵. Abstrahując wszakże od wątpliwości w tym zakresie, w doktrynie wskazuje się, że prewencja indywidualna skupia się na osobie sprawcy, jego motywacji oraz przyczynach dopuszczenia się czynu zabronionego²⁶, a także wywieraniu na niego wpływu, aby nie popełnił przestępstwa w przyszłości. Z kolei prewencja ogólna obejmuje różne działania nakierowane na zniechęcenie potencjalnych sprawców do popełniania przestępstw. Mowa tu zarówno o polityce wymiaru kary wobec sprawcy, co ma odstraszać innych przed podobnymi czynami, jak i o uświadamianiu społeczeństwu szkodliwości zachowań przestępczych.

Najpierwotniejszym podłożem aksjologicznym prawa karnego i polityki kryminalnej jest zagwarantowanie poczucia sprawiedliwości ofiarom przestępstwa bądź osobom im najbliższym oraz ogółowi społeczeństwa, tj. moralnego wynagrodzenia krzywdy, której doznała ofiara (prawo odwetu)²⁷. Cel ten realizowany bywa w aspekcie zarówno jednostkowym, jak i społecznym (ogólnym); nawet sama możliwość wymierzenia kary przez uprawnione organy spełnia taką funkcję. Chociaż już od XVIII w. próbuje się negować odwetowy charakter prawa karnego²⁸, to mimo wzrostu świadomości społecznej na temat resocjalizacji sprawcy nie sposób uznać, że wymierzenie mu kary nie jest właśnie odwetem poszkodowanego, wykonywanym przez właściwy organ.

5. Cele polityki kryminalnej w teorii optymalnego poziomu przestępczości

Mając na uwadze przedstawione cele polityki kryminalnej w ujęciu klasycznym, należy poddać pod rozważenie, czy w przypadku teorii optymalnego poziomu przestępczości pozostają one tożsame. Jak sama nazwa wskazuje, teoria optymalnego poziomu przestępczości koncentruje się na ustaleniu owego poziomu²⁹. Proces ten przebiega na podstawie analizy

²⁵ M.T. Najman: *Criminal law response to shamanism: Is combating immaterial culture a means to civilisation progress on the example of penal code regulations of the Central African Republic and the Democratic Republic of Congo?*. „Religions” 2023, vol. 14, no. 1. <https://doi.org/10.3390/rel14010023>.

²⁶ Szerzej – zob. A. Lach: *Prewencja indywidualna w procesie karnym*. Warszawa 2020, s. 250–251.

²⁷ M. Cieślak: *O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary*. „Nowe Prawo” 1969, nr 1, s. 209.

²⁸ M. Chmieliński: *Cele kary kryminalnej...*, s. 36.

²⁹ W ekonomicznej analizie prawa pomija się kwestię przestępstw nieumyślnych, gdyż nie można ich objaśniać w kategoriach zachowań podejmowanych w warunkach racjonalnego wyboru. Popełniając czyn w sposób nieświadomy, sprawca bowiem nie dokonuje

kosztów i korzyści związanych z istnieniem przestępczości, w ujęciu zarówno jednostkowym, jak i społecznym³⁰.

Po określeniu punktu optimum celem polityki kryminalnej staje się jego utrzymanie (ewentualnie osiągnięcie), co rodzi wiele wątpliwości nie tylko natury moralnej, etycznej i prawnej, ale przede wszystkim – ekonomicznej. Po pierwsze, nie jest do końca jasne, czy wystąpienie niższego poziomu przestępczości winno zmuszać odpowiednie organy do podjęcia czynności służących powrotowi do punktu optimum, jak ma to miejsce na gruncie teorii ekonomicznych. Po drugie, podobny problem pojawia się w sytuacji, gdy przesunięciu ulegnie poziom użyteczności (krzywa obojętności)³¹ przestępczości. Po trzecie wreszcie, powstaje pytanie, czy możliwe jest społeczne zjawisko „tolerowanego poziomu przestępczości”, gdyż zwrot ten stoi w sprzeczności z zasadą racjonalności (*homo oeconomicus*) przyjmowaną w ekonomicznej analizie prawa³². Racjonalność w omawianym modelu opiera się na założeniu, że im mniejsze koszty przestępczości, tym większy jej poziom³³. Każdy członek społeczeństwa zaakceptuje pewien jej poziom, o ile sam nie będzie ofiarą³⁴. Nie sposób bowiem potraktować jako możliwych altruizmu i zgody na występowanie w roli ofiary przez wzgląd na ekonomiczną zasadność istnienia przestępczości. Sformułowane tu uwagi pozwalają już na wstępie stwierdzić, że teoria optymalnego poziomu przestępczości wypacza cele nie tylko polityki kryminalnej, lecz także całego prawa karnego i z tego powodu nie zasługuje ani na uznanie, ani tym bardziej na implementację w polityce kryminalnej.

Ochrona dóbr (wartości) według teorii optymalnego poziomu przestępczości skupia się na interesie ekonomicznym podmiotu zbiorowego (społeczeństwa, państwa). Pomija się wszakże kwestię, że podmiot zbiorowy jest złożony z jednostek i to ich dobra po zagregowaniu podlegają

żadnego wyboru ani nie uzmysławia sobie, że zachowuje się nieracjonalnie. Zob. M. Szczepaniec: *Teoria ekonomiczna...*, s. 55.

³⁰ M. Grudecki: *Kilka słów o racjonalnym przestępcy w świetle wybranych nowelizacji Kodeksu karnego z lat 2015–2017*. „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2018, nr 42, s. 202–204.

³¹ Szerzej – zob. A. Jabłońska: *Rynek, podaż, popyt*. W: *Podstawy ekonomii...*, s. 52–54.

³² M. Blaug: *Metodologia ekonomii*. Tłum. B. Czarny. Warszawa 1995, s. 127. Współcześnie koncepcja człowieka racjonalnego ustępuje koncepcji człowieka emocjonalnego, powstałej na gruncie teorii kognitywnych. Zob. K. Wach: *Od człowieka racjonalnego do emocjonalnego. Zmiana paradygmatu nauk ekonomicznych*. „Horyzonty Wychowania” 2010, t. 9, nr 17, s. 95–105. Przyjęte założenie co do decyzyjności człowieka nie wpływa jednak na to, że teoria optymalnego poziomu przestępczości jest bezzasadna.

³³ G.S. Becker: *Crime and punishment...*, s. 21.

³⁴ M. Adamus: *Ekonomia altruizmu – o racjonalności zachowań prospołecznych*. „Diametros” 2018, nr 57, s. 19. <https://doi.org/10.13153/diam.1233>.

ochronie. Trudno nie wspomnieć tu o rozbieżności natury moralnej i etycznej przy porównywaniu wartości niematerialnych z materialnymi, szczególnie że w ujęciu jednostkowym naruszenie np. integralności fizycznej nie znajdzie racjonalnego przeliczenia i żaden zdroworozsądkowo postępujący człowiek nie zgodziłby się na jej naruszenie z uwagi na ekonomiczne uzasadnienie tego czynu z perspektywy społeczeństwa³⁵. Budowa modelu ekonomicznego (ekonometrycznego) pozwalającego określić koszty naruszenia dóbr niematerialnych (np. życia, zdrowia, wolności) wymaga przyjęcia jednolitego systemu ustalania ich wartości majątkowej i wyrażenia jej w kategoriach ekonomicznych³⁶. Kiedy staje się ona podstawą hierarchii dóbr, dochodzi do uprzedmiotowienia człowieka, gdyż wartości z nim związane, takie jak życie czy zdrowie, mogą być w takiej sytuacji mniej warte od rzeczy.

Kolejną kwestię stanowi założenie, że rachunek zysków i strat nie uwzględnia interesów jednostkowych, a tylko interes zbiorowy (społeczny). Uwidacznia to problem, jakim jest brak zagwarantowania redystrybucji zysku, ponieważ jednostka ponosząca największe koszty nie otrzyma największego zysku, lecz zostanie on rozdzielony stosownie do potrzeb społecznych. Budzi to poważną wątpliwość, czy można w ogóle mówić o oparciu tak projektowanego modelu na racjonalności człowieka, jak również o „tolerowaniu” danego poziomu przestępczości, oba założenia bowiem wzajemnie się wykluczają. Osoba postępująca racjonalnie jest ukierunkowana na osiągnięcie zysku własnego, a nie grupy. Nawet gdy jednostka uzna dobro grupy za nadrzędne, i tak wynikać to będzie z pobudek ekonomicznych, tj. dążenia do osiągnięcia zysku stosownego do poniesionego kosztu³⁷. Żadna racjonalnie gospodarująca jednostka nie będzie skłonna do ponoszenia kosztów, jeśli nie istnieją dla niej perspektywy potencjalnych korzyści. Widać tu zatem niejednolitość kategorii w rachunkach zysków i kosztów: te ostatnie są ponoszone przez poszczególne osoby, natomiast zyski dzieli się już na poziomie grupy. Cel w postaci ochrony wartości pożądaných społecznie zostaje więc w teorii optymalnego poziomu przestępczości całkowicie wypaczony i nie jest realizowany w aspekcie jednostkowym.

Nie może również ująć uwadze, że w analizowanym modelu nie w pełni zapobiega się przestępczości. Zgodnie z jego założeniem państwo ma dążyć do eliminacji zachowań przestępnych jedynie do pewnego poziomu, a poniżej niego – już nie, gdyż wiązałoby się to z naruszeniem

³⁵ Ibidem, s. 15.

³⁶ A. Schubert: *What is the optimal level of crime?*. „Forensic Research & Criminology International Journal” 2020, vol. 8, issue 4, s. 157. <https://doi.org/10.15406/frcij.2020.08.00321>.

³⁷ Zob. M. Adamus: *Ekonomia altruizmu...*, s. 10.

optimum. Rola państwa zostaje w tym zakresie rażąco zdegenerowana, oparta (podobnie jak kwestia zysków) na przesłankach niespójnych logicznie z ekonomicznego punktu widzenia. Cel prewencyjny polityki kryminalnej w omawianej teorii odnosi się do optymalnego poziomu przestępczości, ustalonego na początku kreowania kolejnych etapów realizacji owej polityki. Określenie tego poziomu i jego utrzymanie oznacza koszty. W sytuacji jednak gdy zostaje on przekroczony, tzn. podjęte działania okazują się skuteczniejsze, niż planowano, następuje stan, który wymaga dalszych czynności, generujących dodatkowe koszty. Trzeba bowiem ustalić, czy skoro naruszono optimum ekonomiczne, należy podjąć działania przeciwne, aby do niego powrócić, czy też ustalić nowe optimum. Jeżeli polityka kryminalna ma zmierzać do utrzymania pewnego poziomu przestępczości, to prewencja musi być ograniczona ze względów ekonomicznych. Nieracjonalne jest wszak dążenie do osiągnięcia takiego poziomu świadomości społecznej, w którym popełnianie przestępstw się nie opłaca: wówczas mógłby się ustalić poziom przestępczości inny niż optymalny. Przedstawione wnioskowanie jednoznacznie potwierdza, że analizowany model w mniejszym stopniu służy realizowaniu prewencji ogólnej i indywidualnej.

W teorii optymalnego poziomu przestępczości wypaczony zostaje również – związany z celem prewencyjnym – cel wychowawczy polityki kryminalnej. Reakcja prawnokarna ma być uzasadniona ekonomicznie, inne czynniki nie są istotne w badanej koncepcji. Dochodzi tu do konfliktu w kwestii ustalenia kosztów i zysków, w szczególności, czy mają one mieć charakter krótkookresowy, czy długookresowy. Od wyboru metody kalkulacji zależeć bowiem będzie, co jest korzystniejsze: jedynie ukaranie sprawcy (koszt krótkookresowy) czy też jego resocjalizacja i powrót do funkcjonowania w społeczeństwie (koszty długookresowe). Powyższe nie tylko wynika z przyjętego modelu polityki kryminalnej, lecz przede wszystkim wpływa na realizację jej celu sprawiedliwościowego.

Całkowitemu zwyrodnieniu w teorii optymalnego poziomu przestępczości ulega jednak zwłaszcza sprawiedliwościowa (odwetowa) funkcja polityki kryminalnej, ponieważ wymiar kary, a tym samym zapewnienie poszkodowanemu poczucia sprawiedliwości, zależy tu od kalkulacji ekonomicznej. Przelicza się zatem, czy bardziej opłacalne jest zagwarantowanie jednostce zadośćuczynienia psychicznego za doznane uciążliwości ze strony sprawcy, czy też utrzymanie przestępczości na optymalnym poziomie. Pierwsze pozostaje w sprzeczności z drugim, gdyż rekompensata moralna, którą uzyska ofiara, stanowi potencjalny koszt przestępstwa, jej wysokość nie może więc nadmiernie ingerować w motywację potencjalnych sprawców. Zgodnie z teorią optymalnego poziomu przestępczości polityka kryminalna uwzględni dobrostan poszczególnych osób tylko

w takim stopniu, w jakim przyczynia się to do osiągnięcia jej głównego celu. Innymi słowy: interes jednostek zostaje podporządkowany interesowi zbiorowemu, podobnie jak ma to miejsce w autorytarnych i totalitarnych systemach rządów³⁸.

6. Wątpliwe korzyści z istnienia przestępczości

Zwolennicy teorii optymalnego poziomu przestępczości jako jej uzasadnienie wskazują korzyści społeczne wynikające z istnienia tego zjawiska. Jedną z nich jest działanie infrastruktury administracyjnej związanej z zapobieganiem, wykrywaniem i zwalczaniem przestępczości³⁹, czyli m.in. sądów, policji i innych organów ścigania, prokuratury, ośrodków resocjalizacyjnych czy ośrodków pomocy ofiarom przestępstw. Ich funkcjonowanie stwarza korzyść społeczną w postaci określonej liczby miejsc pracy⁴⁰; ponadto w wymienionych organach trzeba zatrudniać osoby odpowiednio przygotowane, co z kolei przyczynia się do rozwoju innych instytucji, np. w szkolnictwie. W części zawodów jest wymagany specjalistyczny sprzęt, co również wpływa dodatnio na gospodarkę, gdyż sprzyja powstawaniu fabryk lub wytwórni, które nie tylko zapewniają miejsca pracy, lecz także generują wzrost gospodarczy⁴¹.

Jako kolejną korzyść gospodarczą z istnienia przestępczości wskazuje się rozwój niektórych gałęzi gospodarki, takich jak sektor ubezpieczeń i firm ochroniarskich⁴². Jeszcze inny profit stanowi rozwój nauk kryminalnych⁴³. Część autorów podkreśla pozytywny wpływ istnienia przestępczości na rozwój ostrożności i uważności oraz wiedzy w społeczeństwie⁴⁴. Przestępczość pozwala bowiem wykształcić u ludzi postawę dbałości o swój dorobek materialny, uważność, gdy chodzi o własne i cudze bez-

³⁸ S. Van de Walle: *Trust in the justice system: A comparative view across Europe*. „Prison Service Journal” 2009, vol. 183, s. 26.

³⁹ M.A. Cohen: *Ekonomiczne podejście do przestępczości: równoważenie kosztów i korzyści*. Tłum. P. Jakubowski. „Ius et Lex” 2007, nr 1, s. 119.

⁴⁰ I. Ehrlich: *Crime, punishment, and the market for offenses*. „Journal of Economic Perspectives” 1996, vol. 10, no. 1, s. 52–55.

⁴¹ E.D. Gould, B.A. Weinberg, D.B. Mustard: *Poziom przestępczości a szanse na lokalnym rynku pracy w Stanach Zjednoczonych: 1979–1997*. Tłum. J. Czabański. „Ius et Lex” 2007, nr 1, s. 260.

⁴² J.L. Lewin, W.N. Trumbull: *The social value of crime?*. „International Review of Law and Economics” 1990, vol. 10, issue 3, s. 275.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ M.A. Cohen: *Ekonomiczne podejście do przestępczości: równoważenie kosztów i korzyści...*, s. 122.

pieczeństwo, i świadomość ewentualnych zagrożeń wynikających z następstw działania drugiego człowieka.

Należy nadmienić, że owe korzyści są jednocześnie kosztem związanym z tworzeniem miejsc pracy oraz wykorzystaniem zasobów naturalnych, ludzkich i finansowych. Koncepcja optymalnego poziomu przestępczości zdaje się ignorować możliwość ich efektywniejszego spożytkowania (tzw. koszt utraconych korzyści/możliwości)⁴⁵. Zasoby zużywane na powstanie i utrzymanie wspomnianych instytucji mogłyby bowiem zostać przeznaczone na rozwój innych, bardziej przyczyniających się do wzrostu gospodarczego. Nie mogą ująć uwadze także korzyści jednostkowe z popełnienia przestępstwa, tj. potencjalne zyski, jakie osiągnie sprawca na skutek czynu zabronionego, gdy nie zostanie wykryty⁴⁶. Niemniej trzeba pamiętać, że zyski te stanowią równocześnie koszt dla społeczeństwa.

7. Podsumowanie

Jak przedstawiono wcześniej, cele polityki kryminalnej według koncepcji optymalnego poziomu przestępczości znacznie się różnią od tych w klasycznych teoriach. Mając na względzie dotychczasowe rozważania, należy uznać, że w przypadku tej pierwszej prowadzą one do utrzymania istniejącej struktury instytucjonalnej i ustalonego w niej poziomu zatrudnienia. Podstawowe cele polityki kryminalnej, m.in. sprawiedliwościowy (odwetowy), prewencyjny (w tym wychowawczy) i ochronny, zostają odsunięte na dalszy plan. W omawianym modelu owa polityka zmierzać ma do generowania jak największych korzyści albo jak najniższych kosztów, czemu podporządkowane są jej inne (poboczne) cele. Z powyższego wynika również niedopuszczalność zmiany struktury i sposobu funkcjonowania społeczeństwa – wysiłki skupia się tu na zachowaniu *status quo*. Tymczasem powinno się przesunąć akcent na tworzenie nowego społeczeństwa, w którym polityka kryminalna dąży nie tyle do kultywowania etatyzmu w organach ścigania, sądownictwie, prokuraturze oraz zapewnienia działania niektórych gałęzi gospodarki, ile do minimalizacji kosztów, aby zaoszczędzone środki przeznaczyć na rozwój innych sektorów gospodarki i innych dziedzin nauki.

Utrzymywanie optymalnego poziomu przestępczości jest przedsięwzięciem irracjonalnym, nakierowanym na zachowanie miejsc pracy

⁴⁵ S. Krajewski, R. Milewski: *Podstawowe pojęcia i przedmiot ekonomii*. W: *Podstawy ekonomii...*, s. 38–40.

⁴⁶ Y. Liu, R.H. Bee: *Modeling criminal activity in an area in economic decline: Local economic conditions are a major factor in local property crimes*. „The American Journal of Economics and Sociology” 1983, vol. 42, no. 4, s. 385–386.

w sektorach publicznych i prywatnych, a uzasadnianym korzyścią ekonomiczną dla społeczeństwa, z pominięciem wartości jednostkowych, takich jak wolność, zdrowie, własność. Analizowana koncepcja opiera się na błędnych i sprzecznych wewnętrznie tezach o „tolerowanym” poziomie przestępczości i korzyściach z jej istnienia, całkowicie natomiast ignoruje założenia racjonalności (*homo oeconomicus*) oraz możliwość relokacji kosztów, by osiągać korzyści co najmniej zbliżone do osiąganych przy „optymalnym” poziomie przestępczości. Rekapitulując, trzeba uznać, że teoria ta nie nadaje się do implementacji z uwagi na swoje niespójne i wadliwe przesłanki. Podkreślenia wymaga jednak, że jej bezzasadność nie wpływa na możliwość wykorzystania metod stosowanych w naukach ekonomicznych do analizy zjawisk prawnych.

Istota polityki kryminalnej opiera się na założeniu, że za pomocą środków prawnych można wpływać na decyzje jednostek, czyli że na skutek wprowadzonych regulacji człowiek skłonny jest do podjęcia decyzji innej niż ta, którą podjąłby, gdyby danej regulacji nie było. Wiąże się to ze zwiększeniem kosztów lub zmniejszeniem zysku z pierwotnej decyzji w następstwie wprowadzonej regulacji prawnej. Pamiętać jednak należy, że powyższe rozumowanie nie za każdym razem znajdzie zastosowanie w rzeczywistości. Prawo nie zawsze jest skorelowane z występowaniem różnych zjawisk społecznych i nie zawsze ma możliwość ich zmiany, niezależnie od rodzaju sankcji⁴⁷. To, że uznaje ono pewne zachowania za przestępstwa, nie oznacza jeszcze, że społeczeństwo również tak je postrzega⁴⁸. Nie sposób zatem ustalić poziomu przestępczości optymalnego w sensie ekonomicznym. Analizowana koncepcja jest nieimplementowalna i nie powinna być wykorzystywana w badaniach ani nad prawem jako takim, ani nad polityką prawa karnego. Jej wadliwość ujawnia się bowiem już na pierwszym etapie, tj. w jej założeniach – twierdzeniach upraszczających rzeczywistość, niespójnych logicznie i nieodróżniających interesów zbiorowych od indywidualnych.

Bibliografia

Literatura

Adamus M.: *Ekonomia altruizmu – o racjonalności zachowań prospołecznych*. „Diametros” 2018, nr 57. <https://doi.org/10.13153/diam.1233>.

⁴⁷ Szerzej – zob. M.E. Stefaniuk: *Skuteczność prawa i jej granice*. „Studia Iuridica Lublinensia” 2011, t. 16, s. 55–72; J. Kunysz: *Skuteczność prawa (zagadnienia wybrane)*. „Administracja. Teoria, dydaktyka, praktyka” 2014, nr 2, s. 67–93.


⁴⁸ E. Ehrlich: *Żywe prawo ludów Bukowiny*. „Prawnik” 1912, nr 5, s. 157–158.

- Becker G.S.: *Crime and punishment: An economic approach*. „Journal of Political Economy” 1968, vol. 76, no. 2.
- Blaug M.: *Metodologia ekonomii*. Tłum. B. Czarny. Warszawa 1995.
- Chlebowicz P.: *Przejawy populizmu penalnego w polskiej polityce kryminalnej*. „Studia Prawnoustrojowe” 2009, nr 9.
- Chmieliński M.: *Cele kary kryminalnej i czynniki ograniczające wymiar kary w oświeceniowych koncepcjach penologicznych*. „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2013, t. 89.
- Cieślak M.: *O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary*. „Nowe Prawo” 1969, nr 1.
- Cohen M.A.: *Ekonomiczne podejście do przestępczości i wymiaru sprawiedliwości*. Tłum. J. Czabański. Warszawa 2007.
- Cohen M.A.: *Ekonomiczne podejście do przestępczości: równoważenie kosztów i korzyści*. Tłum. P. Jakubowski. „Ius et Lex” 2007, nr 1.
- Ehrlich E.: *Żywe prawo ludów Bukowiny*. „Prawnik” 1912, nr 5.
- Ehrlich I.: *Crime, punishment, and the market for offenses*. „Journal of Economic Perspectives” 1996, vol. 10, no. 1.
- Gould E.D., Weinberg B.A., Mustard D.B.: *Poziom przestępczości a szanse na lokalnym rynku pracy w Stanach Zjednoczonych: 1979–1997*. Tłum. J. Czabański. „Ius et Lex” 2007, nr 1.
- Grudecki M.: *Kilka słów o racjonalnym przestępcy w świetle wybranych nowelizacji Kodeksu karnego z lat 2015–2017*. „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2018, nr 42.
- Jabłońska A.: *Podstawy teorii wyboru konsumenta*. W: *Podstawy ekonomii*. Red. R. Milewski, E. Kwiatkowski. Wyd. 3 zm. Warszawa 2013.
- Jabłońska A.: *Rynek, podaż, popyt*. W: *Podstawy ekonomii*. Red. R. Milewski, E. Kwiatkowski. Wyd. 3 zm. Warszawa 2013.
- Jaroch W.: *Polityka karna – strategia punitywne czy liberalna*. „Studia Prawnoustrojowe” 2012, nr 15.
- Kaczmarek T.: *Patologia społeczna a polityka kryminalna*. „Palestra” 1987, t. 31, nr 6.
- Krajewska A.: *Niedoskonałość rynku i rola państwa w gospodarce*. W: *Podstawy ekonomii*. Red. R. Milewski, E. Kwiatkowski. Wyd. 3 zm. Warszawa 2013.
- Krajewska A.: *Równowaga przedsiębiorstwa*. W: *Podstawy ekonomii*. Red. R. Milewski, E. Kwiatkowski. Wyd. 3 zm. Warszawa 2013.
- Krajewski S., Milewski R.: *Podstawowe pojęcia i przedmiot ekonomii*. W: *Podstawy ekonomii*. Red. R. Milewski, E. Kwiatkowski. Wyd. 3 zm. Warszawa 2013.
- Krukowski A.: *Problemy zapobiegania przestępczości*. Warszawa 1982.
- Kunysz J.: *Skuteczność prawa (zagadnienia wybrane)*. „Administracja. Teoria, dydaktyka, praktyka” 2014, nr 2.
- Lach A.: *Prewencja indywidualna w procesie karnym*. Warszawa 2020.
- Lelental S.: *Wykład prawa karnego wykonawczego z elementami polityki kryminalnej*. Łódź 1996.
- Lewin J.L., Trumbull W.N.: *The social value of crime?*. „International Review of Law and Economics” 1990, vol. 10, issue 3.

- Liu Y., Bee R.H.: *Modeling criminal activity in an area in economic decline: Local economic conditions are a major factor in local property crimes*. „The American Journal of Economics and Sociology” 1983, vol. 42, no. 4.
- Maraszek M.: *Model przestępcy racjonalnego i efektywna polityka karna*. „Prokurator” 2011, nr 3.
- Melezini M.: *Punitive wymiaru sprawiedliwości karnej w Polsce w XX wieku*. Białystok 2003.
- Mozgawa M.: *Nauka o karze i innych środkach reakcji na przestępstwo*. W: *Prawo karne materialne. Część ogólna*. Red. M. Mozgawa. Wyd. 4. Warszawa 2016.
- Najman M.T.: *Criminal law response to shamanism: Is combating immaterial culture a means to civilisation progress on the example of penal code regulations of the Central African Republic and the Democratic Republic of Congo?*. „Religions” 2023, vol. 14, no. 1. <https://doi.org/10.3390/rel14010023>.
- Ng Y.-K.: *Welfare economics: Towards a more complete analysis*. New York 2004.
- Pieszko G.: *Penalny populizm a polityka kryminalna*. W: *Przyszłość polskiego prawa karnego. Alternatywne reakcje na przestępstwo*. Red. S. Pikulski, W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka. Olsztyn 2015.
- Pikulski S.: *Polityka karna w Polsce z perspektywy międzynarodowej*. „Białostockie Studia Prawnicze” 2009, z. 6.
- Schubert A.: *What is the optimal level of crime?*. „Forensic Research & Criminology International Journal” 2020, vol. 8, issue 4. <https://doi.org/10.15406/frcij.2020.08.00321>.
- Stańdo-Kawecka B.: *Polityka karna i penitencjarna między punitywizmem i menedżeryzmem*. Warszawa 2020.
- Stefaniuk M.E.: *Skuteczność prawa i jej granice*. „Studia Iuridica Lublinensia” 2011, t. 16.
- Szabo D.: *Kryminologia i polityka kryminalna*. Tłum. K. Piasecki. Warszawa 1987.
- Szczepaniec M.: *Teoria ekonomiczna w prawie karnym*. Warszawa 2012.
- Świda W.: *Wiadomości wstępne*. W: *Kryminologia*. Red. W. Świda. Warszawa 1977.
- Tarapata S.: *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*. Warszawa 2016.
- Van de Walle S.: *Trust in the justice system: A comparative view across Europe*. „Prison Service Journal” 2009, vol. 183.
- Wach K.: *Od człowieka racjonalnego do emocjonalnego. Zmiana paradygmatu nauk ekonomicznych*. „Horyzonty Wychowania” 2010, t. 9, nr 17.
- Wiktorska P.: *Polityka kryminalna i polityka karna we współczesnej polskiej rzeczywistości*. „Archiwum Kryminologii” 2012, t. 34. <https://doi.org/10.7420/AK2012J>.
- Wróbel W., Zoll A.: *Polskie prawo karne. Część ogólna*. Wyd. 3. Kraków 2014.



EWA ALEKSANDRA PŁOCHA
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
w Warszawie

 <https://orcid.org/0000-0002-2245-4295>

Narzędzia oceny ryzyka powrotu do przestępstwa oparte na sztucznej inteligencji: uwagi na przykładzie aplikacji COMPAS

The artificial intelligence-based recidivism risk assessment instruments: Remarks on the example of the COMPAS application

Abstract: Over recent years, recidivism risk assessment tools have evolved and have been modified by using artificial intelligence technologies. With the aim of speeding up proceedings and introducing neutral mechanisms to guarantee equal treatment, these instruments are increasingly being implemented in criminal justice systems. They have a large number of both supporters and opponents. One of the best-known tools of this kind is COMPAS, which is used extensively in the United States of America for more than two decades. During this time, many scientific studies have been produced on it, but also a number of judgements have been issued that allow a reliable and objective assessment of the usefulness of algorithms of this kind and the identification of problems that may arise from their applying.

Keywords: artificial intelligence, risk assessment instruments, recidivism, criminological prognosis, COMPAS

1. Wprowadzenie

W ostatnich latach technologie sztucznej inteligencji (ang. *artificial intelligence*, AI) są coraz częściej wdrażane w systemach wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych na całym świecie. Wśród nich na znaczeniu zyskują algorytmy wspomagające podejmowanie decyzji przez człowieka, oparte na modelach predykcyjnych, które mogą być wykorzystywane

m.in. do przewidywania zachowań (w tym przestępstw i innych niepożądanych incydentów, takich jak samookaleczanie się skazanych, zaśląbnięcia, próby samobójcze, ucieczki czy bójki w zakładach karnych) lub profilowania potencjalnych pokrzywdzonych i sprawców.

Wymaga tu odnotowania, że algorytmy AI ze względu na swoją funkcję predykcyjną znalazły szerokie zastosowanie w narzędziach oceny ryzyka powrotu do przestępstwa (ang. *risk assessment tools*, RAT; *risk assessment instruments*, RAI), za pomocą których sporządza się m.in. prognozy kryminologiczne w odniesieniu zarówno do środków karnych, jak i do środków zabezpieczających. Związane jest to ze wzrostem znaczenia polityki kryminalnej opartej na dowodach naukowych (ang. *evidence-based crime policy*)¹ oraz propagującej stosowanie wystandaryzowanych narzędzi szacowania ryzyka recydywy² i potrzeb kryminogennych sprawcy w celu uzyskania dokładnych informacji wymaganych w przypadku wyrokowania, wykonania kary pozbawienia wolności czy „zwolnienia” z niej.

Wprawdzie obecnie narzędzia tego rodzaju zostały już implementowane w wielu państwach (m.in. program OASys w Estonii³ i w Wielkiej Brytanii, Sexual Violence Risk-20 i Risk for Sexual Violence Protocol w Australii), lecz na szczególną uwagę zasługuje aplikacja COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), wykorzystywana na dużą skalę w Stanach Zjednoczonych Ameryki, która należy nie tylko do najbardziej znanych, lecz także do najdłużej użytkowanych algorytmów predykcyjnych służących do oceny ryzyka recydywy. Pomimo że omawianą aplikację wdrożono w systemie *common law*, rekomendowane rozwiązania, ale też opinie, zastrzeżenia czy wątpliwości zgłaszane przez badaczy z zakresu różnych dziedzin nauki oraz praktyków pozostają uniwersalne i powinny być brane pod rozwagę zarówno przez państwa, które zamierzają implementować tego typu narzędzia, jak i przez państwa już stosujące podobne instrumenty, niezależnie od specyfiki danego porządku prawnego.

Trzeba nadmienić, że również w Polsce rozważane są możliwości wdrożenia narzędzi oceny ryzyka opartych na AI w wymiarze sprawied-

¹ Zakłada ona odstępianie od empirycznej prognozy indywidualnej (prognozy klinicznej) na rzecz zobiektywizowanej uzewnętrznionej oceny na podstawie danych statystycznych – zamiast wielu zob. K. Mamak: *Prognoza kryminologiczna*. W: Idem: *Rewolucja cyfrowa a prawo karne*. Kraków 2019, s. 101 i nn.

² Wprawdzie w poszczególnych systemach prawnych pojęcie recydywy jest definiowane w różnicowany sposób, lecz na potrzeby niniejszego opracowania przyjęto jego ogólne, uproszczone rozumienie jako „ponowienie jakiegokolwiek przestępstwa”.

³ Szerzej na ten temat – zob. K. Burdziak, E. Rützel: *Prognoza kryminologiczna. Porównanie rozwiązań estońskich i polskich*. Lublin 2022, s. 49–66.

liwości w sprawach karnych⁴. W naszym porządku prawnym szacowanie prawdopodobieństwa następuje w przypadkach wskazanych w ustawie na każdym etapie procesu karnego (w postępowaniu przygotowawczym, jurysdykcyjnym, w tym podczas wyrokowania, oraz wykonawczym)⁵.

⁴ Zob. m.in. D. Wójcik: *Stosowanie w postępowaniu karnym narzędzi diagnostyczno-prognostycznych służących oszacowaniu ryzyka powrotności do przestępstwa*. „Prawo w Działaniu. Sprawy karne” 2013, nr 16, s. 59–102; M. Kowalewska-Lukuć, K. Burdziak: *The use of AI in formulating a criminological prognosis of an offender*. „Technium Social Sciences Journal” 2021, vol. 25, s. 115–125; K. Burdziak, E. Rüütel: *Prognoza kryminologiczna...*, s. 67–88.

⁵ Elementy prognostyczne dotyczą w szczególności: stosowania środków zapobiegawczych (np. art. 249 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego. T.j. Dz.U. 2022, poz. 1375 ze zm. [dalej: k.p.k.]; art. 250 § 2a k.p.k.; art. 258 § 1 i 3 k.p.k.; art. 259 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k.; art. 275a § 1 k.p.k.; art. 277 § 1 k.p.k.); wyrokowania w przedmiocie środków związanych z poddaniem sprawcy próbie (warunkowe umorzenie postępowania: art. 66 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny. T.j. Dz.U. 2022, poz. 1138 ze zm. [dalej: k.k.]; warunkowe zawieszenie wykonania kary: art. 69 § 1 k.k.; warunkowe przedterminowe zwolnienie: art. 77 § 1 k.k.) i środków zabezpieczających (art. 93b § 1 k.k.; art. 93b § 3 k.k.; art. 93c pkt 4 k.k., art. 93g k.k.), a także wskazania typu zakładu karnego (art. 88a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy. T.j. Dz.U. 2023, poz. 127 ze zm. [dalej: k.k.w.]); objęcia skazanego szczególną ochroną (art. 88d § 1 k.k.w.); kwalifikowania skazanych (sprawców) pozostających pod dozorem do grup ryzyka powrotu do przestępstwa (art. 169b k.k.w.); skierowania do zakładu psychiatrycznego o odpowiednich warunkach zabezpieczenia (art. 200a i art. 200b k.k.w.); zezwolenia na czasowy pobyt poza zakładem psychiatrycznym (art. 204d § 1 k.k.w.) czy wreszcie orzekania w przedmiocie uchylenia lub zmiany środka zabezpieczającego w postępowaniu karnym wykonawczym. W tym miejscu należy wyjaśnić, że w Polsce wymóg szacowania ryzyka powrotu do przestępstwa przez sprawcę oddanego pod dozór kuratora sądowego został wprowadzony na mocy przepisów § 9 ust. 3 pkt 3 i ust. 4, § 10 ust. 1 pkt 3 i ust. 2, § 11–14 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 26 lutego 2013 r. w sprawie sposobu wykonywania obowiązków i uprawnień przez kuratorów sądowych w sprawach karnych wykonawczych (Dz.U. 2013, poz. 335), które weszło w życie 26 marca 2013 r. Szerzej – zob. B. Stańdo-Kawecka: *Wybrane problemy profesjonalizacji organów probacyjnych i klasyfikacji sprawców oddanych pod dozór do grup ryzyka*. „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2014, t. 33, s. 11–39. Jednakże wyrokiem z dnia 16 grudnia 2014 r. (U 2/14. OTK-A 2014, nr 11, poz. 119) Trybunał Konstytucyjny uznał § 11–14 tegoż rozporządzenia za niezgodne z art. 92 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Wyjaśnił bowiem, że „niedopuszczalne jest zarówno wprowadzenie w przepisach rangi podstawowej zasad klasyfikacji skazanych oddanych pod dozór, jak i określenie obowiązków kuratora wynikających z przydzielenia skazanych do określonej grupy. Podział skazanych na określone grupy ryzyka powrotu do przestępstwa i określenie obowiązków kuratorów sądowych w zależności od przynależności skazanego do grupy stanowi jednocześnie określenie praw i obowiązków skazanych – obowiązków tym dolegliwszych, im surowsza kwalifikacja” (ibidem, teza 5.5). Konsekwencją tego orzeczenia było przeniesienie wymienionych zagadnień do Kodeksu karnego wykonawczego poprzez dodanie art. 169b (obowiązującego od 1 lipca 2015 r.) ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2015, poz. 396). Natomiast pozostałe kwestie reguluje obecnie rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 czerwca 2016 r.

Stosownie do kompetencji przewidzianych w ustawie decyzje procesowe podejmują odpowiednio m.in. prokurator bądź sąd, kierując się zasadą swobodnej oceny dowodów (art. 7 k.p.k.) – także jeśli chodzi o analizę prognostyczną. Organy postępowania karnego zatem kształtują swe przekonanie w tym obszarze na podstawie wszystkich przeprowadzonych dowodów (zwłaszcza opinii biegłych, o ile zostały zlecone – metoda kliniczna), ocenianych swobodnie z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego (tzw. metoda quasi-kliniczna)⁶. Procedura ta wywołuje jednak uwagi krytyczne – podkreśla się m.in. brak szczegółowego uzasadnienia decyzji procesowych, zależność od nastawienia sędziego, niemożliwość weryfikacji sposobu oceny ani określenia ważności każdego z kryteriów, a także ustalenia, czy zbadano wszystkie czynniki wymienione przez ustawodawcę. Podnoszą się głosy, że należy wprowadzić bardziej obiektywne, ustandaryzowane mierniki, rzeczywiście realizujące zasadę prawa do sądu w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁷. Dlatego w przypadku zjawiska powrotności do przestępstwa konieczne jest przeanalizowanie, jakie problemy prawne mogą wyniknąć ze stosowania narzędzi oceny ryzyka recydywy opartych na AI.

Aby udzielić odpowiedzi na powyższe pytanie, w opracowaniu pokrótce przedstawiono historię narzędzi oceny ryzyka recydywy, ogólnie scharakteryzowano oprogramowanie COMPAS, a następnie zaprezentowano wybrane orzeczenia sądów amerykańskich dotyczące korzystania z tej aplikacji w sprawach karnych. Ponadto dokonano przeglądu zgłaszanych uwag krytycznych i zastrzeżeń oraz odniesiono się do nich.

2. Geneza narzędzi oceny ryzyka recydywy

Początki przewidywania ryzyka kryminogennego w sądownictwie karnym sięgają pierwszej połowy XX w. Wprawdzie nie istniały wtedy jeszcze narzędzia diagnostyczne, lecz prognozy kryminologiczne dotyczące warunkowego zwolnienia z kary pozbawienia wolności były sporządzane przez kuratorów, funkcjonariuszy Służby Więziennej, psychologów, psychiatrów, pracowników społecznych czy sędziów za pomocą metody klinicznej, która polegała na profesjonalnym osądzie (ang. *professional*

w sprawie sposobu i trybu wykonywania czynności przez kuratorów sądowych w sprawach karnych wykonawczych (Dz.U. 2016, poz. 969 ze zm.).

⁶ Szerzej na temat wskazanych metod prognozowania – zob. K. Mamak: *Prognoza kryminologiczna...*, s. 101 i nn.

⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze sprst. i zm.

judgment) opartym na własnym doświadczeniu, intuicji i wyszkoleniu zawodowym⁸ (tzw. pierwsza generacja oceny ryzyka – ang. *first generation risk assessment*).

Z uwagi na naturalne błędy ludzkie i poznawcze poszukiwano bardziej miarodajnych i obiektywnych rozwiązań⁹. Próby opracowania narzędzi prognostycznych na potrzeby oceny ryzyka powrotu do przestępstwa podjęto najwcześniej w Stanach Zjednoczonych Ameryki¹⁰. Druga generacja szacowania ryzyka (ang. *second generation risk assessment*) miała swoje początki w latach 20. XX w. – w 1928 r. E.W. Burgess stworzył narzędzie prognostyczne, opierając się na metodzie aktuarialnej (statystycznej)¹¹, która polega na numerycznej predykcji dokonanej na podstawie analizy statycznych czynników ryzyka (ang. *static risk factors*). Pierwsze narzędzie aktuarialne powstało na potrzeby systemu zwolnień warunkowych w Illinois, a metoda aktuarialna do dzisiaj jest uznawana za najbardziej miarodajną i z tego względu nadal stosowana m.in. w amerykańskim wymiarze sprawiedliwości¹². Pomimo że omawiane instrumenty opracowano tam tak wcześnie, stały się one powszechne w organach wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych dopiero w latach 70. i 80.

Trzecia generacja narzędzi oceny ryzyka także opiera się na metodzie aktuarialnej, lecz analizie są poddawane zarówno statyczne, jak i dynamiczne czynniki ryzyka, które odgrywają istotną rolę szczególnie w przypadku przestępstw z użyciem przemocy i na tle seksualnym. Instrumenty te służą m.in. do mierzenia efektywności resocjalizacji¹³, a do owej grupy należą np. Assessment, Case Management and Evaluation System (ACE) czy Level of Service Inventory – Revised (LSI-R)¹⁴.

W ostatnich latach wykształciła się czwarta generacja narzędzi oceny ryzyka, łączących „systematyczną interwencję i monitorowanie z oceną szerszego zakresu czynników ryzyka, które wcześniej nie były mierzone, oraz innych czynników osobistych ważnych dla leczenia”¹⁵. Mają one

⁸ B. Stańdo-Kawecka: *Ruch „What Works” i „technologie szacowania ryzyka”*. W: Eadem: *Polityka karna i penitencjarna między punitywizmem i menedżeryzmem*. Warszawa 2020, s. 227–235.

⁹ *Public Safety Risk Assessment Clearinghouse: History of risk assessment*. Źródło: strona WWW Bureau of Justice Assistance, U.S. Department of Justice: <https://bj.a.ojp.gov/program/psrac/basics/history-risk-assessment#gcov4e> [dostęp: 25.08.2023].

¹⁰ D. Wójcik: *Stosowanie w postępowaniu karnym narzędzi diagnostyczno-prognostycznych...*, s. 59.

¹¹ J. Rivees, cyt. za: K. Burdziak, E. Rüütel: *Prognoza kryminologiczna...*, s. 50.

¹² *Public Safety Risk Assessment Clearinghouse...*

¹³ Szerzej na ten temat – zob. D. Wójcik: *Stosowanie w postępowaniu karnym narzędzi diagnostyczno-prognostycznych...*, s. 64–68.

¹⁴ *Ibidem*, s. 70.

¹⁵ K. Burdziak, E. Rüütel: *Prognoza kryminologiczna...*, s. 51.

maksymalizować korzyści z terapii i nadzoru poprzez m.in. tworzenie planów wykonywania szeroko rozumianych sankcji karnych (zarządzanie sprawą – ang. *case management*), dostosowanych do indywidualnego profilu ryzyka i potrzeb skazanego (ang. *risk and needs profile*). Jednym z takich instrumentów jest COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions).

3. Charakterystyka aplikacji COMPAS

Oprogramowanie COMPAS wyprodukowano i wprowadzono na rynek w 1998 r.¹⁶ i od tamtej pory ciągle się je udoskonala (koryguje oraz optymalizuje), aby m.in. zapewnić większą przejrzystość, obiektywność i dokładność przewidywań. Okresowe aktualizacje służą wdrożeniu dobrych praktyk, dostosowaniu tego narzędzia do rozwoju nauki (zwłaszcza osiągnięć kryminologii i statystyki) i do nowych technologii (np. sztucznej inteligencji). Omawiana aplikacja jest jednym z algorytmów predykcyjnych najczęściej wykorzystywanych przez organy systemu wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych w USA (m.in. w stanach Nowy Jork, Wisconsin, Kalifornia i Floryda)¹⁷. Za pomocą programu COMPAS opracowuje się oceny ryzyka recydywy i potrzeb, które należą do czynników branych pod uwagę przy podejmowaniu decyzji procesowych w postępowaniu przygotowawczym (odnośnie do stosowania środków zapobiegawczych izolacyjnych i nieizolacyjnych), jurysdykcyjnym (szczególnie w fazie wyrokowania – wybór pomiędzy sankcjami o charakterze wolnościowym a karą pozbawienia wolności, orzekanie co do środków związanych z poddaniem sprawcy próbie i środków zabezpieczających) i wykonawczym (np. rozstrzygnięcie w przedmiocie warunkowego przedterminowego zwolnienia). Pozwala on na efektywne zarządzanie sprawą i stworzenie indywidualnego profilu ryzyka i potrzeb danej osoby. Wygenerowana w ten sposób ocena jest przydatna do ustalenia, czy przestępca może być bezpiecznie i skutecznie nadzorowany w społeczeństwie, a także do określenia warunków probacji, nadzoru i reakcji na

¹⁶ Informacja na oficjalnej stronie producenta: <https://www.equivalent.com/faq/> [dostęp: 31.08.2023]. Zostało wyprodukowane przez spółkę Northpoint Inc. (obecnie funkcjonującą pod nazwą Equivalent i stanowiącą własność Constellation Software Inc.), którą założyli w 1989 r. Tim Brennan, profesor statystyki na Uniwersytecie Kolorado, i Dave Wells, prowadzący program korekcyjny w Traverse City w stanie Michigan.

¹⁷ A. „Mac” Taylor: *AI prediction tools claim to alleviate an overcrowded American justice system... but should they be used?*. „Stanford Politics” [online], 13.09.2020. <https://stanfordpolitics.org/2020/09/13/ai-prediction-tools-claim-to-alleviate-an-overcrowded-american-justice-system-but-should-they-be-used/> [dostęp: 25.08.2023].

naruszenia (np. ustalenia częstotliwości składania raportów, badania na obecność środków odurzających, opracowania strategii leczenia, zastosowania monitoringu elektronicznego czy zezwolenia na prace społeczne)¹⁸. Oprócz tego aplikacja może być używana do „poprawy oceny, ważenia i stosowania przez sędziego innych dowodów skazujących w formułowaniu zindywidualizowanego programu karnego odpowiedniego dla każdego oskarżonego”¹⁹.

Producent opisuje oprogramowanie COMPAS jako zestaw dostępnych przez Internet narzędzi oceny ryzyka i potrzeb (pod nazwą Northpointe Suite), zaprojektowanych do wspierania organów systemu wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych w podejmowaniu decyzji w przedmiocie umieszczenia przestępców w zakładach karnych, nadzoru nad nimi i zarządzania ich sprawami²⁰. COMPAS składa się z modułu podstawowego, zwanego COMPAS Core, a także modułów dodatkowych przeznaczonych do postępowania przygotowawczego, sądowego i wykonawczego (np. Recidivism Risk Screen, Pretrial Release Risk Scale II)²¹, które są wdrażane na zlecenie zamawiającego. Działanie aplikacji opiera się na wyodrębnionych skalach ryzyka i skalach potrzeb. Pierwsze koncentrują się przede wszystkim na czynnikach związanych z recydywą (ryzyko recydywy ogólnej – ang. *general recidivism risk*; ryzyko recydywy z użyciem przemocy – ang. *violent recidivism risk*), drugie zaś – na zakresie i rodzajach interwencji terapeutycznych, które byłyby najkorzystniejsze dla konkretnego przestępcy.

Dane na temat sprawcy są uzyskiwane z akt sprawy karnej oraz w toku ustrukturyzowanego wywiadu przeprowadzanego z nim za pomocą kwestionariusza (COMPAS Core) złożonego ze 137 pytań²², które dotyczą zarówno faktów, jak i ocen. Na podstawie tych informacji generowany jest raport²³ składający się z dwóch części:

¹⁸ B. Stańdo-Kawecka: *Korzystanie z informacji o wynikach szacowania ryzyka i potrzeb przez sąd wyrokujący*. W: Eadem: *Polityka karna i penitencjarna...*, s. 244–245; *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), § 88–91.

¹⁹ *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), § 92 [tłum. własne].

²⁰ Zob. Equivant: *What is COMPAS?*. <https://www.equivalent.com/faq/> [dostęp: 25.08.2023].

²¹ Equivant: *Practitioner’s guide to COMPAS Core*. 4.04.2019, s. 12. <https://www.equivalent.com/wp-content/uploads/Practitioners-Guide-to-COMPAS-Core-040419.pdf> [dostęp: 2.09.2023].

²² Ze wzorem kwestionariusza stosowanym w stanie Nowy Jork można się zapoznać w dokumencie *New York State COMPAS – probation risk and need assessment study* na stronie WWW Division of Criminal Justice Services: https://www.criminaljustice.ny.gov/crimnet/ojsa/opca/compas_probation_report_2012.pdf [dostęp: 2.09.2023].

²³ Przykładowy raport jest dostępny na stronie WWW <https://assets.documentcloud.org/documents/2839240/Sample-Risk-Assessment-COMPAS-Results.pdf> [dostęp: 1.09.2023].

1. Ogólny potencjał ryzyka (ang. *overall risk potential*) – zawiera prognozę m.in. co do użycia przemocy, ponowienia przestępstwa, niestawienia. Wyniki z tej części mają charakter predykcyjny. Jak wskazują twórcy aplikacji, celem owej skali jest odróżnienie osób, które ponowią przestępstwo, od tych, które tego nie uczynią.
2. Profil kryminogeny i potrzeb (ang. *criminogenic and needs profile*) – obejmuje czynniki związane z historią kryminalną (ang. *criminal history factors*); ocenę potrzeb (ang. *needs assessment*): nadużywanie środków odurzających, problemy finansowe / ubóstwo, problemy zawodowe i edukacyjne; stosunek do przestępstwa (ang. *criminal attitude*); otoczenie społeczne (ang. *social environment*): przestępczość w rodzinie, otoczenie społeczne, czas wolny od pracy i wypoczynek, niestabilność mieszkaniowa, problemy z przystosowaniem społecznym; czynniki wyższego rzędu (ang. *higher order factors*): niepowodzenie w zakresie socjalizacji, okazja do popełnienia przestępstwa, osobowość przestępcza, izolacja społeczna. Wprawdzie ustalenia zawarte w tej części nie mają charakteru predykcyjnego, lecz przyczyniają się do określenia całkowitego ryzyka recydywy, gdyż pozwalają szczegółowo opisać sprawcę²⁴.

Wyniki obu części raportu mają postać wykresów słupkowych, a każdy słupek wskazuje poziom ryzyka w skali od 1 do 10 (od 1 do 4 – niskie, powyżej 4 do 7 – średnie, powyżej 7 do 10 – wysokie).

Trzeba dodać, że raport COMPAS zawiera prognozę wygenerowaną dzięki porównaniu uzyskanych informacji o sprawcy ze zbliżoną grupą danych, zatem algorytm nie przewiduje zindywidualizowanego, konkretnego prawdopodobieństwa ponowienia przestępstwa, a jedynie dokonuje ogólnej predykcji. W uproszczeniu można to przedstawić w ten sposób, że po wprowadzeniu informacji o przestępcy do aplikacji wyszukuje ona wszystkie osoby z takim samym zestawem cech jak u niego i przypisuje go do jednej z ośmiu kategorii sprawców (w klasyfikacji dla kobiet lub dla mężczyzn)²⁵, a następnie na podstawie posiadanych statystyk na temat osób „podobnych” (np. ile z nich zostało aresztowanych w okresie warunkowego zawieszenia wykonania kary, a ile nie) szacuje ryzyko ponowienia przestępstwa²⁶.

²⁴ K. Schwerzmann: *Abolish! Against the use of risk assessment algorithms at sentencing in the US criminal justice system*. „Philosophy & Technology” 2021, no. 34, s. 1890. <https://doi.org/10.1007/s13347-021-00491-2>.

²⁵ Szczegółowe opisy dotyczące poszczególnych kategorii przestępców płci męskiej i żeńskiej – zob. Equivalent: *Practitioner’s guide...*, s. 54–61.

²⁶ Obszerne wyjaśnienia w tym zakresie zawiera np. L. Eckhouse et al.: *Layers of bias: A unified approach for understanding problems with risk assessment*. „Criminal Justice and Behavior” 2019, vol. 46, issue 2, s. 185–209. <https://doi.org/10.1177/0093854818811379>.

4. Wybrane orzeczenia sądów amerykańskich dotyczące aplikacji COMPAS

W Stanach Zjednoczonych Ameryki dopuszczalność użycia narzędzi oceny ryzyka powrotu do przestępstwa przez organy systemu wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych została uregulowana przede wszystkim w przepisach prawa poszczególnych stanów: w niektórych stanach korzystanie z takich narzędzi w określonych przypadkach jest obligatoryjne, a w innych – fakultatywne²⁷. Początkowo instytucje państwowe były nastawione sceptycznie do tych instrumentów i zdarzało się, że ich nie stosowały. Przykładowo w stanie Nowy Jork obowiązek brania pod uwagę wyników resocjalizacji i oceniania ryzyka za pomocą narzędzia COMPAS przez stanową komisję ds. zwolnień warunkowych wprowadzono na mocy przepisów ustawy o budżecie wykonawczym na lata 2011–2012²⁸, lecz wymagał on potwierdzenia w orzecznictwie sądowym. W sprawie *Diaz vs. New York State Board of Parole* wyjaśniono bowiem, że wspomniana komisja nadal musi przeprowadzać rzeczywistą, pogłębianą ocenę każdego wnioskodawcy, ale teraz ocena ta ma obejmować instrument, który mierzy resocjalizację i prawdopodobieństwo powodzenia zwolnienia warunkowego²⁹. Z kolei w sprawie *Morris vs. New York State Department of Corrections and Community Supervision et al.* za naruszenie prawa uznano brak rozważenia wewnętrznej oceny ryzyka (korzystnej dla osadzonego), mimo że została ona sporządzona i załączona do akt sprawy³⁰.

Należy nadmienić, że COMPAS – podobnie jak inne narzędzia tego rodzaju – ma jedynie charakter pomocniczy, a wygenerowana dzięki

²⁷ Przykładowo kilka stanów (Kentucky, Ohio, Pensylwania, Oklahoma) uchwaliło przepisy, które nakładają na właściwe organy obowiązek przekazania sędziom ocen ryzyka i danych w zakresie ponowienia przestępstwa na potrzeby wyrokowania, inne stany zaś zezwoliły na to, ale tego nie nakazały (np. Idaho, niektóre sądy w Luizjanie) – zob. *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), § 42. Na mocy First Step Act (FSA), uchwalonej w 2018 r., w federalnych zakładach karnych korzysta się z aplikacji PATTERN (ang. Prisoner Assessment Tool Targeting Estimated Risk and Needs) – zob. U.S. Department of Justice. Office of the Attorney General: *The First Step Act of 2018: Risk and needs assessment system*. <https://www.ojp.gov/First-Step-Act-of-2018-Risk-and-Needs-Assessment-System> [dostęp: 2.09.2023].

²⁸ Szerzej na ten temat – zob. J. Caher: *Effect of risk assessment rule on parole decisions is unclear*. Źródło: <https://www.cherylkatesesq.com/news/2018/9/6/effect-of-risk-assessment-rule-on-parole-decisions-is-unclear-april-30-2012-by-john-caher> [dostęp: 30.08.2023].

²⁹ *Diaz v. New York State Board of Parole*. Źródło: <https://law.justia.com/cases/new-york/other-courts/2013/2013-ny-slip-op-23422.html> [dostęp: 2.09.2023].

³⁰ *Morris v. New York State Department of Corrections and Community Supervision et al.* Źródło: <https://law.justia.com/cases/new-york/other-courts/2013/2013-ny-slip-op-50604-u.html> [dostęp: 2.09.2023].

niemu ocena ryzyka ponowienia przestępstwa nie jest wiążąca dla organów podejmujących decyzje procesowe: zawiera tylko wskazówki, które organ procesowy może uwzględnić (w całości lub w części) albo nie. Przykładowo w sprawie *Partee vs. Evans* stwierdzono, że choć sprawca uzyskał niski wynik według aplikacji COMPAS, dopuszczalne jest przypisanie większego znaczenia historii przemocy (a także wcześniejszemu uwięzieniu i niedawnemu naruszeniu poziomu III) oraz wydanie na tej podstawie decyzji odmownej, ponieważ w obowiązujących przepisach nie ma obowiązku omawiania każdego rozważanego czynnika i nadania każdemu równej wagi³¹. Zbliżone orzeczenie wydano w sprawie *Williams vs. New York*³². Otóż uznano, że można położyć większy nacisk na powagę przestępstwa i odmówić zwolnienia warunkowego pomimo niskiego stopnia prawdopodobieństwa w raporcie COMPAS, pod warunkiem iż wynik ten został wzięty pod uwagę.

Na temat dopuszczalności powołania się na ocenę ryzyka wygenerowaną za pomocą aplikacji COMPAS przy wydawaniu wyroku wypowiedziano się zdawkowo w sprawie *State vs. Samsa*. Wprawdzie kwestia ta nie była analizowana przez pryzmat ewentualnego naruszenia prawa do sądu, lecz stwierdzono, że „COMPAS jest tylko jednym z narzędzi dostępnych dla sądu w czasie orzekania”³³. Uszczegółowienie tego zagadnienia zawarto w orzeczeniu dotyczącym aplikacji LSI-R w sprawie *Malenchik vs. State*, w którym wyjaśniono, że oceny ryzyka recydywy generowane przez oprogramowanie tego rodzaju: 1) nie mogą stanowić okoliczności obciążającej ani łagodzącej, 2) nie mogą służyć do wyznaczenia całkowitego okresu trwania kary, ale mogą być używane do ustalenia sposobu jej odbycia³⁴. Zastrzeżenia te mają charakter fundamentalny i zostały potwierdzone w kolejnych orzeczeniach sądowych.

W odniesieniu do aplikacji COMPAS najczęściej przywołuje się orzeczenie wydane w sprawie *State vs. Loomis*³⁵, w którym stwierdzono – najogólniej rzecz ujmując – że korzystanie z tego rodzaju narzędzia przy wydawaniu wyroków, z zastrzeżeniem pewnych ograniczeń, nie narusza prawa oskarżonego do rzetelnego procesu sądowego, chociaż metodologia zastosowana do sporządzenia oceny nie została ujawniona ani sądowi, ani oskarżonemu. Trzeba wyjaśnić, że skarżący podniósł zarzut naruszenia

³¹ *Partee v. Evans*, 40 Misc.3d 896.

³² *Williams v. New York*, 49 Misc.3d 732.

³³ *State v. Samsa*, 2015 WI App 6, 359 Wis.2d580, 859 N.W.2d149, § 13 [tłum. własne].

³⁴ *Malenchik v. State*, 928 N.E.2d 564, 574 (Ind. 2010).

³⁵ *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016). Zob. *Criminal law – Sentencing guidelines – Wisconsin Supreme Court requires warning before use of algorithmic risk assessments in sentencing – State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016). „Harvard Law Review” 2017, vol. 130, issue 5, s. 1530–1537.

jego prawa do rzetelnego procesu sądowego poprzez samo posłużenie się podczas wyrokowania w jego sprawie oceną ryzyka wygenerowaną przez COMPAS. Wskazał trzy okoliczności. Po pierwsze, ponieważ w aplikacji zastosowano metodologię, która jest objęta tajemnicą handlową i nie została ujawniona w toku postępowania, nie można było zweryfikować naukowej ważności oceny ryzyka (nie wiadomo, jak są ważone czynniki, przypisywane punkty i określone wyniki), a tym samym – dokładności raportu, wskutek czego naruszono prawo skarżącego do bycia skazanym na podstawie dokładnych informacji; po drugie, naruszono jego prawo do zindywidualizowanego wyroku (przez odniesienie się do danych grupowych); po trzecie, zaskarżone orzeczenie naruszyło prawo oskarżonego do niebycia skazanym na podstawie płci, gdyż ocena ryzyka recydywy jest generowana z uwzględnieniem tej cechy.

Kluczową okolicznością, która zadecydowała o oddaleniu wymienionych zarzutów, było stwierdzenie sądu okręgowego, że tożsamy wyrok zapadłby nawet bez oceny ryzyka z aplikacji COMPAS. Niezależnie od tego samo podniesienie zarzutu naruszenia prawa do rzetelnego procesu sądowego dało Sądowi Najwyższemu Wisconsin możliwość pogłębionej analizy owego zagadnienia. Jednakże argumentacja przedstawiona w uzasadnieniu orzeczenia spotkała się z poważną krytyką. Za nieprzekonujące uznano bowiem twierdzenie sądu, że choć skarżący nie mógł przeanalizować, jak algorytm oblicza ryzyko, to do naruszenia jego praw nie doszło, ponieważ udostępniono mu treść raportu i mógł zakwestionować wyniki oceny zaprezentowane w postaci słupków. Trzeba zaznaczyć, że oprócz wykresu słupkowego raport COMPAS nie zawiera uzasadnienia ani wytłumaczenia, w jaki sposób oszacowano wartość poszczególnych wskaźników i dlaczego. W odniesieniu do tych kwestii Sąd Najwyższy Wisconsin odesłał skarżącego do *Przewodnika dla praktyków po aplikacji COMPAS*, w którym wbrew pozorom znajdują się tylko powierzchowne informacje. Dodatkowo organ nadmienił, że niektóre stany korzystające z tego algorytmu przeprowadziły jego badania walidacyjne i nie wykazały one nieprawidłowości. Jednakże należy wyjaśnić, iż każdy ze stanów dysponuje odrębnymi zestawami danych do „trenowania” algorytmu, uwzględniającymi specyfikę miejscowych populacji i subpopulacji. Ponadto Sąd Najwyższy Wisconsin zakwestionował badania naukowe, na które powołał się skarżący.

Co istotne, w omawianym orzeczeniu wskazano, że raport PSI (ang. *pre-sentence investigation*) z oceną ryzyka wygenerowaną przez COMPAS musi zawierać ostrzeżenie dla sądów dotyczące jej dokładności i obejmujące m.in. następujące informacje:

1. Szczegóły na temat działania aplikacji są objęte tajemnicą handlową, w tym co do sposobu ważenia czynników lub określania punktacji ryzyka.

2. Ocena ryzyka porównuje oskarżonych z próbą krajową, ale nie zakończono jeszcze badania walidacji krzyżowej dla populacji Wisconsin.
3. Niektóre badania wyników oceny ryzyka COMPAS wzbudziły wątpliwości co do tego, czy nie klasyfikują nieproporcjonalnie przestępców z grup mniejszościowych jako bardziej narażonych na recydywę.
4. Narzędzia oceny ryzyka muszą być stale monitorowane i ponownie normalizowane pod względem dokładności, gdyż populacje i subpopulacje się zmieniają³⁶.

Zastrzeżenia te powinno się regularnie aktualizować.

Co więcej, w analizowanym orzeczeniu – w kontekście zarzutu naruszenia prawa do zindywidualizowanego wyroku – stwierdzono, że gdyby ocena ryzyka COMPAS stanowiła decydujący czynnik brany pod uwagę podczas wyrokowania, to zarzut skarżącego mógłby być zasadny, ponieważ ów algorytm został zaprojektowany do ewaluacji danych grupowych (poniekąd przypomina aktuarialną ocenę ryzyka ubezpieczeniowego). Innymi słowy: ocena ryzyka COMPAS polega na przewidywaniu zachowań grupowych, a nie indywidualnych.

Ponadto według Sądu Najwyższego Wisconsin „uwzględnienie oceny ryzyka COMPAS wraz z innymi czynnikami pomocniczymi przy wydawaniu wyroku jest przydatne w dostarczeniu sądowi skazującemu jak największej ilości informacji, aby móc ustalić zindywidualizowany wyrok”³⁷, pozwala bowiem na ocenę wszystkich czynników, które zgodnie z ustawą należy brać pod uwagę. Wreszcie Sąd Najwyższy Wisconsin uznał, że wbrew zarzutom skarżącego płęć nie jest wykorzystywana jako czynnik kryminogeny, lecz służy wyłącznie do normowania statystycznego, i powołał się tu na wyniki badań naukowych. Jego zdaniem skarżący nie przedstawił wystarczających dowodów na to, że sąd skazujący faktycznie wziął pod uwagę płęć i doszło w tym zakresie do dyskryminacji.

O ile początkowo organy wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych niechętnie stosowały aplikację COMPAS, o tyle wraz z upływem czasu tendencja ta uległa odwróceniu, chociaż zastrzeżenia i wątpliwości dotyczące korzystania z oprogramowania pozostały. Trzeba zaznaczyć, że na podstawie przepisów karnoprosesowych wielokrotnie występowano do sądu o zobowiązanie producenta, aby przedłożył do akt jego szczegółową dokumentację techniczną. Jednakże w przeważającej mierze wnioski tego rodzaju nie były uwzględniane, w związku z czym próbowano uzyskać dokumentację techniczną narzędzia COMPAS w ramach dostępu do informacji publicznej. Przykładowo w sprawie *Rayner vs. State* zainicjowano postępowanie m.in. na mocy przepisów ustawy o wolności

³⁶ Ibidem, § 66.

³⁷ Ibidem, § 72 [tłum. własne].

informacji (ang. Freedom of Information Law, FOIL). Martha Rayner, profesor prawa z Fordham Law School³⁸, zwróciła się do Departamentu Więziennictwa i Nadzoru Społecznego Stanu Nowy Jork (ang. New York State Department of Corrections and Community Supervision, DOCCS) o udostępnienie wszelkiej dokumentacji na temat działania i solidności modułu COMPAS Re-entry, który jest obligatoryjnie stosowany przez Komisję ds. Zwolnień Warunkowych Stanu Nowy Jork w każdym postępowaniu o udzielenie zwolnienia warunkowego. DOCCS odrzucił jednak wnioski Rayner „w celu ochrony praw autorskich i interesów biznesowych prywatnej, nastawionej na zysk korporacji, która opracowała narzędzie COMPAS – Northpointe Inc.”³⁹. Skarżąca podniosła również, że Komisja ds. Zwolnień Warunkowych niemal zawsze przychyliła się do przewidywań COMPAS Re-entry dotyczących wysokiego ryzyka. W uzasadnieniu skargi wskazano, że opinia publiczna nie wie:

- 1) w jaki sposób algorytm ocenia i łączy odpowiedzi na pytania z kwestionariusza w celu wygenerowania oceny ryzyka i potrzeb;
- 2) jaki wynik jest wymagany, by przypisano go do danego stopnia w skali od 1 do 10;
- 3) w jaki sposób i dlaczego przyjęto przedziały dla poziomów ryzyka (niskie, średnie i wysokie);
- 4) jaka jest grupa danych podstawowych tworzących normę stosowaną do generowania wyników związanych z każdym decylem.

Skarżąca zawnioskowała m.in. o zobowiązanie Departamentu Więziennictwa i Nadzoru Społecznego Stanu Nowy Jork do przedstawienia żądanej dokumentacji w terminie 10 dni roboczych.

Po przesłuchaniu przedstawiciela zespołu badawczego producenta oprogramowania Sąd Najwyższy Hrabstwa Albany (ang. Albany County Supreme Court) uznał, że żądana dokumentacja techniczna zawiera informacje stanowiące tajemnicę handlową (ang. *trade secret*)⁴⁰. Według sądu opracowanie formuł, algorytmów, skal ryzyka i potrzeb oraz danych normalizacyjnych, na których opiera się narzędzie COMPAS, a także sposobu, w jaki wyniki są skorelowane z danymi z kwestionariusza Komisji

³⁸ Skarżąca współkieruje studencką poradnią prawną Criminal Defense Clinic, która głównie reprezentuje oskarżonych i skazanych w sprawach karnych.

³⁹ Treść złożonej skargi: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/mfia_rayner_nys.pdf [dostęp: 2.09.2023]. Zob. też M. Rayner: *Commentary: This algorithm is used to deny inmates parole. We're not allowed to know anything about it.* „Times Union” [online], 5.05.2023. <https://www.timesunion.com/opinion/article/commentary-proprietary-algorithm-deny-inmate-18001304.php> [dostęp: 2.09.2023].

⁴⁰ Rayner v. New York State Department of Corrections and Community Supervision. Źródło: <https://law.justia.com/cases/new-york/other-courts/2023/2023-ny-slip-op-23293.html> [dostęp: 23.01.2024].

ds. Zwolnień Warunkowych Stanu Nowy Jork, zidentyfikowanie wartości granicznych decyli i określenie metody przypisywania decyli do kategorii jakościowych wymagało poczynienia dużych inwestycji (czasu, środków pieniężnych, wysiłku) przez firmę Equivant – podmiot prywatny nastawiony na zysk. Zważywszy, że ujawnienie tej technologii bezsprzecznie ułatwiłoby potencjalnym konkurentom dostarczenie podobnego oprogramowania po znacznie niższych kosztach, należało stwierdzić, iż utrzymywanie jej w tajemnicy ma rzeczywistą wartość dla Equivantu i daje mu wyraźną przewagę nad konkurencją w stanie Nowy Jork (i być może w innych stanach). W rezultacie sąd uznał, że przedmiotowa technologia stanowi tajemnicę handlową w dobrej wierze (ang. *bona fide trade secret*), a dokumentacji technicznej, która ją opisuje i która została przekazana Departamentowi Więziennictwa i Nadzoru Społecznego Stanu Nowy Jork, nie obejmuje obowiązek udostępnienia (ujawnienia). Co więcej, sąd wyjaśnił, że aby skutecznie powoływać się na „wyjątkowo ważny interes publiczny” w postaci zapewnienia nadzoru nad zwolnieniem warunkowym jako na przesłankę uzyskania dostępu do informacji publicznej, wymagana jest zmiana prawa przez ustawodawcę stanowego⁴¹.

5. Uwagi krytyczne dotyczące aplikacji COMPAS

Pierwsze uwagi krytyczne, zastrzeżenia czy wątpliwości dotyczące oprogramowania COMPAS były zgłaszane niedługo po wdrożeniu go do amerykańskiego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych. Pozwoliło to na wprowadzenie poprawek, aktualizację i rozwój aplikacji. Dodatkowo przyjęto model współdziałania oparty na partnerstwie publiczno-prywatnym, który umożliwia bieżące monitorowanie funkcjonowania tego narzędzia, przedstawianie uwag przez jego użytkowników, praktyków i badaczy, a także korygowanie i optymalizację oprogramowania w sposób ciągły⁴². Pomimo że wyniki badań i ewaluacji są udostępniane w postaci publikacji pokonferencyjnych, raportów technicznych, recenzowanych artykułów i rozdziałów w monografiach naukowych, zastosowanie aplikacji COMPAS w wymiarze sprawiedliwości w sprawach karnych nadal budzi szereg wątpliwości.

W 2016 r. organizacja pozarządowa ProPublica zaprezentowała raport, w którym stwierdzono, że COMPAS dyskryminuje osoby czarnoskóre: były one narażone na zawyżenie poziomu ryzyka recydywy

⁴¹ Ibidem.

⁴² Equivant: *Practitioner's guide...*, s. 12.

znacznie bardziej niż biali oskarżeni, tym drugim zaś program częściej go zaniżał⁴³. Autorzy zweryfikowali wszystkie oceny ryzyka ponowienia przestępstwa i potrzeb wygenerowane przez COMPAS w latach 2013 i 2014 w hrabstwie Broward na Florydzie (sporządzone łącznie dla 18 610 osób) oraz szczegółowo wytłumaczyli, w jaki sposób badali to narzędzie i jak doszli do niniejszych wniosków⁴⁴. Twórcy aplikacji COMPAS gruntownie przeanalizowali raport organizacji ProPublica i wykryli w nim błędy statystyczne i techniczne, które kolejno wyjaśnili, a następnie na tej podstawie zaprzeczyli twierdzeniom o dyskryminującym charakterze aplikacji w odniesieniu do osób czarnoskórych⁴⁵. Do podobnych wniosków doszli też inni badacze⁴⁶. W literaturze przedmiotu wskazuje się jednak, że w badaniach posłużono się różnymi metodologiami – stąd poczyniono odmienne ustalenia⁴⁷. Niemniej kwestia, czy dochodzi do dyskryminacji rasowej, nadal nie została definitywnie rozstrzygnięta.

W 2018 r. opublikowano wyniki kolejnego badania, którego uczestnicy (400 ochotników) niebędący ekspertami przewidywali ryzyko recydywy na podstawie informacji obejmujących zaledwie 7 danych o przestępcy i uzyskali wskaźnik dokładności (63%, po połączeniu odpowiedzi – 67%) zbliżony do poziomu osiągniętego przez aplikację COMPAS (65%), analizującą aż 137 cech/odpowiedzi sprawcy⁴⁸. Autorzy badania stworzyli nawet prosty algorytm, który działał równie dobrze jak COMPAS. Stoją oni na stanowisku, że amerykański wymiar sprawiedliwości gromadzi zbyt wiele informacji o sprawcach przestępstw. Ponadto zasygnalizowali wątpliwości, czy przewidywania algorytmów są faktycznie lepsze od ludzkich. Analogiczne konkluzje zostały sformułowane przez inne zespoły uczonych, jednak producenci oprogramowania COMPAS uznali, że opinie badaczy nie stanowią krytyki tego narzędzia, a w rzeczywistości potwier-

⁴³ J. Angwin et al.: *Machine bias. There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*. ProPublica, 23.05.2016. <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> [dostęp: 2.09.2023].

⁴⁴ J. Larson et al.: *How we analyzed the COMPAS recidivism algorithm*. ProPublica, 23.05.2016. <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm> [dostęp: 2.09.2023].

⁴⁵ Zob. T. Brennan, W. Dieterich, Ch. Mendoza: *COMPAS risk scales: Demonstrating accuracy equity and predictive parity*. Performance of the COMPAS risk scales in Broward County, 8.07.2016. Źródło: https://go.volarisgroup.com/rs/430-MBX-989/images/ProPublica_Commentary_Final_070616.pdf [dostęp: 25.08.2023].

⁴⁶ A.W. Flores, K. Bechtel, C. Lowenkamp: *False positives, false negatives, and false analyses: A rejoinder to „Machine bias: There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks”*. „Federal Probation” 2016, vol. 80, no. 2, s. 38–46.

⁴⁷ L. Eckhouse et al.: *Layers of bias: A unified approach...*, s. 185–209.

⁴⁸ Zob. J. Dressel, H. Farid: *The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism*, „Science Advances” 2018, vol. 4, issue 1, s. 1–5. <https://doi.org/10.1126/sciadv.aao5580>.

dzają, że osiąga ono dobrą przewidywalność i pasuje do coraz bardziej akceptowanego standardu AUC (0,70)⁴⁹.

W literaturze przedmiotu cały czas trwa dyskusja dotycząca stosowania aplikacji COMPAS i innych tego typu algorytmów predykcyjnych w wymiarze sprawiedliwości w sprawach karnych. Toczy się ona na wielu płaszczyznach i z udziałem przedstawicieli różnych dziedzin nauki. Złożoność materii wynika bowiem nie tylko ze specyfiki narzędzi szacowania ryzyka recydywy i użycia w nich technologii AI – wpływ na nią mają także obszar, w którym są wdrażane, i skutki, jakie niosą za sobą dla jednostek.

Należy wyjaśnić, że aby można było zapewnić poszanowanie konstytucyjnego standardu ochrony praw i wolności, narzędzia oceny ryzyka recydywy muszą być – podobnie jak sama AI – wiarygodne, czyli zgodne z prawem, etyczne i solidne (w ujęciu technicznym i społecznym)⁵⁰. Kwestia ta okazuje się jednak znacznie bardziej złożona. O ile bowiem metodę aktuarialną powszechnie uznaje się w środowisku naukowym za miarodajną, o tyle dobór danych, które podlegają analizie za jej pomocą w celu szacowania ryzyka ponowienia przestępstwa i potrzeb sprawy, budzi spory między kryminologami. Narzędzia drugiej generacji badały wyłącznie czynniki statyczne, na podstawie których opracowywano prognozę kryminologiczną. Kolejne generacje analizują również czynniki dynamiczne, co jest kwestionowane w literaturze przedmiotu. Podnosi się, że np. informacje te wykraczają poza zakres ustawowy określony w prawie karnym materialnym oraz prowadzą pośrednio do dyskryminacji ze względu na płeć, rasę, przynależność do mniejszości etnicznej czy klasy społecznej (informacje o miejscu zamieszkania, wysokości zarobków, wykształceniu itp.)⁵¹. Trzeba zaznaczyć, iż nie ma tutaj zgodności pomiędzy samymi uczonymi, co już wystarcza, aby podważyć wiarygodność narzędzi szacowania ryzyka recydywy. Oprócz tego zastrzeżenia budzi ich dokładność. Wymagane jest ich ciągłe monitorowanie i uaktualnianie danych, zwłaszcza o zmieniających się populacjach i subpopulacjach.

Jednocześnie należy mieć na uwadze, że oparcie omawianych narzędzi na technologii sztucznej inteligencji skutkuje koniecznością spełnienia wymogów jej stawianych, czyli zapewnienia przewodniej i nadzorczej roli

⁴⁹ AUC – pole pod krzywą (ang. *area under curve*). E. Yong: *A popular algorithm is no better at predicting crimes than random people*. „The Atlantic” [online], 17.01.2018. <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2018/01/equivant-compas-algorithm/550646/> [dostęp: 2.09.2023].

⁵⁰ E.A. Płocha: *O pojęciu sztucznej inteligencji i możliwościach jej zastosowania w postępowaniu cywilnym*. „Prawo w Działaniu” 2020, nr 44, s. 280–284.

⁵¹ Zamiast wielu zob. L. Eckhouse et al.: *Layers of bias: A unified approach...*, s. 185–209.

człowieka, technicznej solidności i bezpieczeństwa, ochrony prywatności zarządzania danymi, przejrzystości (transparentności), różnorodności, niedyskryminacji i sprawiedliwości oraz odpowiedzialności⁵². W tym zakresie podnosi się – co zresztą ujawniają przywołane raporty z 2016 i 2018 r. – że w zasadzie nie wiadomo, jak działają aplikacja COMPAS i podobne do niej narzędzia. Brak jest informacji o tym, w jaki sposób:

- 1) algorytm porównuje dane sprawcy z określoną populacją,
- 2) przygotowywane są dane treningowe (problem tzw. uprzedzeń w danych),
- 3) tworzy się grupy,
- 4) przypisuje się wagi poszczególnym cechom (kryteriom).

Dostęp do informacji na ten temat dotychczas był niemożliwy z uwagi na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa⁵³, sądy zaś uznawały, że materiały edukacyjne udostępniane przez producenta zawierają wystarczające wyjaśnienia. Obliczenia są jednak nieprzejrzyste, a ani sprawca i jego obrońca, ani sąd nie mogą się z nimi zapoznać. Z tego względu wręcz zarzuca się władzom, że doszło do „prywatyzacji wyrokowania”⁵⁴.

6. Podsumowanie

Narzędzia oceny ryzyka powrotu do przestępstwa wykorzystujące sztuczną inteligencję przedstawiane są przede wszystkim jako obiektywne i neutralny mechanizm sprawiedliwego traktowania. Mają bowiem przyspieszyć rozpoznanie spraw i zastąpić sędziów w procesie podejmowania (uznaniowych) decyzji dzięki temu, że dostarczą na potrzeby postępowania karnego analizę uporządkowanych danych, które opierają się na szablonach podejmowania decyzji, strukturach ilościowych i metodologii nauk społecznych.

Nie ulega zatem wątpliwości, że instrumenty takie powinny spełniać wymogi charakterystyczne dla godnej zaufania sztucznej inteligencji, a także odpowiadać konstytucyjnym standardom dotyczącym prawa do sądu oraz przepisom prawa karnego materialnego. Analiza orzecznictwa sądów amerykańskich i przegląd uwag krytycznych zgłaszanych

⁵² E.A. Płocha: *O pojęciu sztucznej inteligencji...*, s. 281–283.

⁵³ W tym zakresie należałoby ustalić, czy ujawnienie tych informacji nie pozwoli na manipulowanie wynikami oceny ryzyka. Kwestionariusz zawiera bowiem także pytania dotyczące ocen.

⁵⁴ Zob. A. Nishi: *Privatizing sentencing: A delegation framework for recidivism risk assessment*. „Columbia Law Review” 2019, vol. 119, no. 6. <https://columbialawreview.org/content/privatizing-sentencing-a-delegation-framework-for-recidivism-risk-assessment/> [dostęp: 2.09.2023].

wobec aplikacji COMPAS ujawniają, że wskazane warunki nie zostały dotąd spełnione. Mimo to trzeba pamiętać, że narzędzia oceny ryzyka recydywy są nadal udoskonalane i może w przyszłości staną się godne zaufania, tj. zgodne z prawem, etyczne i solidne. Stąd też należy się zastanowić nad ich umiejscowieniem w szeroko rozumianym procesie karnym. Dotychczasowe doświadczenia organów amerykańskiego systemu wymiaru sprawiedliwości pozwalają wyodrębnić zagadnienia, które powinny zostać zweryfikowane i rozstrzygnięte przed wdrożeniem takich rozwiązań technicznych.

Po pierwsze, trzeba by ustalić, jak wyniki analizy predykcyjnej oddziałują na podejmowanie decyzji procesowych w zależności od przypisania omawianym instrumentom określonego miejsca w prawie dowodowym. Chodzi o wskazanie, czy algorytmy te mają funkcjonować jako narzędzia badawcze stosowane przez biegłych sądowych (przy opracowaniu opinii bądź ekspertyz) lub kuratorów sądowych (na potrzeby sporządzenia wywiadu środowiskowego), mogące wpływać pośrednio na rozstrzygnięcie sprawy. A może powinny stanowić odrębny (samodzielny) rodzaj dowodu, mogący bezpośrednio wpływać na wynik sprawy? Dowód taki przygotowywaliby specjalista lub biegły, którzy obsługiwaliby program i udzielali dodatkowych wyjaśnień, lub też sam organ procesowy generowałby raporty i załączał do akt sprawy. Po drugie, należałoby rozważyć, jaką pozycję przyznać ocenom ryzyka recydywy dokonywanym przez sztuczną inteligencję i w jaki sposób można je kwestionować. Uzasadnione obawy budzi bowiem przeprowadzanie przeciwdowodów, co unaoczniał m.in. przebieg postępowania w sprawie *State vs. Loomis*, w którym dopuszczono dowód z opinii biegłego podważającego możliwość posłużenia się aplikacją COMPAS, a jednocześnie, mimo podniesionych istotnych wątpliwości, odmówiono przesłuchania przedstawicieli producenta oprogramowania. Po trzecie, niezbędne byłyby zmiana przepisów prawa w zakresie obowiązkowych pouczeń i sposobu formułowania uzasadnień orzeczeń oraz edukacja uczestników postępowania karnego.

Niezależnie od zaprezentowanych tu rozważań należy wreszcie zasygnalizować, że wprowadzenie omawianych rozwiązań technicznych ma służyć eliminacji lub przynajmniej ograniczeniu błędów ludzkich. Tymczasem podstawą algorytmicznej oceny ryzyka recydywy są dane, które gromadzą ludzie w aktach spraw karnych, a raport generowany przez sztuczną inteligencję podlega swobodnej ocenie dowodów i nie wiąże organu procesowego. Stąd trudno jest uznać, że narzędzia te mogą zrealizować stawiany przed nimi cel, nawet jeżeli w literaturze przedmiotu postuluje się system mieszany. Uzasadnione obiekcje wzbudzają też wydatki na ich wdrożenie, utrzymanie, ciągłe monitorowanie i aktu-

alizowanie, które wydają się niewspółmierne do korzyści wynikających ze stosowania takich programów. Co istotne, nasuwa się obawa, że ich używanie może stworzyć barierę utrudniającą prowadzenie obrony, gdy zajdzie potrzeba zakwestionowania szacowań algorytmu – wystąpi opór przed dopuszczeniem przeciwdowodu związany m.in. z koniecznością pozyskania biegłego, czasochłonnością i kosztochłonnością tej czynności procesowej.

Bibliografia

Literatura

- Burdziak K., Rüütel E.: *Prognoza kryminologiczna. Porównanie rozwiązań estońskich i polskich*. Lublin 2022.
- Criminal law – Sentencing guidelines – Wisconsin Supreme Court requires warning before use of algorithmic risk assessments in sentencing – State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016). „Harvard Law Review” 2017, vol. 130, issue 5, s. 1530–1537.
- Dressel J., Farid H.: *The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism*, „Science Advances” 2018, vol. 4, issue 1, s. 1–5. <https://doi.org/10.1126/sciadv.aao5580>.
- Eckhouse L. et al.: *Layers of bias: A unified approach for understanding problems with risk assessment*. „Criminal Justice and Behavior” 2019, vol. 46, issue 2, s. 185–209. <https://doi.org/10.1177/0093854818811379>.
- Flores A.W., Bechtel K., Lowenkamp C.: *False positives, false negatives, and false analyses: A rejoinder to „Machine bias: There’s software used across the country to predict future criminals. And it’s biased against blacks”*. „Federal Probation” 2016, vol. 80, no. 2, s. 38–46.
- Kowalewska-Łukuć M., Burdziak K.: *The use of AI in formulating a criminological prognosis of an offender*. „Technium Social Sciences Journal” 2021, vol. 25, s. 115–125.
- Mamak K.: *Prognoza kryminologiczna*. W: Idem: *Rewolucja cyfrowa a prawo karne*. Kraków 2019.
- Nishi A.: *Privatizing sentencing: A delegation framework for recidivism risk assessment*. „Columbia Law Review” 2019, vol. 119, no. 6. <https://columbialawreview.org/content/privatizing-sentencing-a-delegation-framework-for-recidivism-risk-assessment/> [dostęp: 2.09.2023].
- Płocha E.A.: *O pojęciu sztucznej inteligencji i możliwościach jej zastosowania w postępowaniu cywilnym*, „Prawo w Działaniu” 2020, nr 44, s. 273–291.
- Schwerzmann K.: *Abolish! Against the use of risk assessment algorithms at sentencing in the US criminal justice system*. „Philosophy & Technology” 2021, no. 34. <https://doi.org/10.1007/s13347-021-00491-2>.
- Stańdo-Kawecka B.: *Korzystanie z informacji o wynikach szacowania ryzyka i potrzeb przez sąd wyrokujący*. W: Eadem: *Polityka karna i penitencjarna między punitywizmem i menedżeryzmem*. Warszawa 2020, s. 244–245.

- Stańdo-Kawecka B.: *Ruch „What Works” i „technologie szacowania ryzyka”*. W: Eadem: *Polityka karna i penitencjarna między punitywizmem i menedżeryzmem*. Warszawa 2020, s. 227–235.
- Stańdo-Kawecka B.: *Wybrane problemy profesjonalizacji organów probacyjnych i klasyfikacji sprawców oddanych pod dozór do grup ryzyka*. „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2014, t. 33.
- Wójcik D.: *Stosowanie w postępowaniu karnym narzędzi diagnostyczno-prognostycznych służących oszacowaniu ryzyka powrotności do przestępstwa*. „Prawo w Działaniu. Sprawy karne” 2013, nr 16, s. 59–102.

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze sprost. i zm.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny. T.j. Dz.U. 2022, poz. 1138 ze zm.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy. T.j. Dz.U. 2023, poz. 127 ze zm.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego. T.j. Dz.U. 2022, poz. 1375 ze zm.
- Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2015, poz. 396.
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 26 lutego 2013 r. w sprawie sposobu wykonywania obowiązków i uprawnień przez kuratorów sądowych w sprawach karnych wykonawczych. Dz.U. 2013, poz. 335.
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 czerwca 2016 r. w sprawie sposobu i trybu wykonywania czynności przez kuratorów sądowych w sprawach karnych wykonawczych. Dz.U. 2016, poz. 969 ze zm.

Orzecznictwo

- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 grudnia 2014 r. U 2/14. OTK-A 2014, nr 11, poz. 119.
- Diaz v. New York State Board of Parole. Źródło: <https://law.justia.com/cases/new-york/other-courts/2013/2013-ny-slip-op-23422.html> [dostęp: 2.09.2023].
- Malenich v. State, 928 N.E.2d 564, 574 (Ind. 2010).
- Morris v. New York State Department of Corrections and Community Supervision et al. Źródło: <https://law.justia.com/cases/new-york/other-courts/2013/2013-ny-slip-op-50604-u.html> [dostęp: 2.09.2023].
- Partee v. Evans, 40 Misc.3d 896.
- Rayner v. New York State Department of Corrections and Community Supervision. Źródło: <https://law.justia.com/cases/new-york/other-courts/2023/2023-ny-slip-op-23293.html> [dostęp: 23.01.2024].
- State v. Loomis, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016).
- State v. Samsa, 2015 WI App 6, 359 Wis.2d580, 859 N.W.2d149.
- Williams v. New York, 49 Misc.3d 732.

Źródła internetowe

- Angwin J. et al.: *Machine bias. There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*. ProPublica, 23.05.2016. <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> [dostęp: 2.09.2023].
- Brennan T., Dieterich W., Mendoza Ch.: *COMPAS risk scales: Demonstrating accuracy equity and predictive parity*. Performance of the COMPAS risk scales in Broward County, 8.07.2016. Źródło: https://go.volarisgroup.com/rs/430-MBX-989/images/ProPublica_Commentary_Final_070616.pdf [dostęp: 25.08.2023].
- Caher J.: *Effect of risk assessment rule on parole decisions is unclear*. 30.04.2012. Źródło: <https://www.cherylkatesesq.com/news/2018/9/6/effect-of-risk-assessment-rule-on-parole-decisions-is-unclear-april-30-2012-by-john-caher> [dostęp: 30.08.2023].
- Equivalent: *Practitioner's guide to COMPAS Core*. 4.04.2019. <https://www.equivalent.com/wp-content/uploads/Practitioners-Guide-to-COMPAS-Core-040419.pdf> [dostęp: 2.09.2023].
- Equivalent: *What is COMPAS?*. <https://www.equivalent.com/faq/> [dostęp: 25.08.2023].
- Lansing S.: *New York State COMPAS – probation risk and need assessment study: Examining the recidivism scale's effectiveness and predictive accuracy*. Division of Criminal Justice Services, 2012. https://www.criminaljustice.ny.gov/crimnet/ojsa/opca/compas_probation_report_2012.pdf [dostęp: 2.09.2023].
- Larson J. et al.: *How we analyzed the COMPAS recidivism algorithm*. ProPublica, 23.05.2016. <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm> [dostęp: 2.09.2023].
- Northpointe COMPAS risk assessment. <https://assets.documentcloud.org/documents/2839240/Sample-Risk-Assessment-COMPAS-Results.pdf> [dostęp: 1.09.2023].
- Petition to the Supreme Court of the State of New York. https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/mfia_rayner_nys.pdf [dostęp: 2.09.2023].
- Public Safety Risk Assessment Clearinghouse: History of risk assessment*. Źródło: strona WWW Bureau of Justice Assistance, U.S. Department of Justice: <https://bja.ojp.gov/program/psrac/basics/history-risk-assessment#gov4e> [dostęp: 25.08.2023].
- Rayner M.: *Commentary: This algorithm is used to deny inmates parole. We're not allowed to know anything about it*. „Times Union” [online], 5.05.2023. <https://www.timesunion.com/opinion/article/commentary-proprietary-algorithm-deny-inmate-18001304.php> [dostęp: 2.09.2023].
- Taylor A. „Mac”: *AI prediction tools claim to alleviate an overcrowded American justice system... but should they be used?*. „Stanford Politics” [online], 13.09.2020. <https://stanfordpolitics.org/2020/09/13/ai-prediction-tools-claim-to-alleviate-an-overcrowded-american-justice-system-but-should-they-be-used/> [dostęp: 25.08.2023].

- U.S. Department of Justice. Office of the Attorney General: *The First Step Act of 2018: Risk and needs assessment system*. <https://www.ojp.gov/First-Step-Act-of-2018-Risk-and-Needs-Assessment-System> [dostęp: 2.09.2023].
- Yong E.: *A popular algorithm is no better at predicting crimes than random people*. „The Atlantic” [online], 17.01.2018. <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2018/01/equivant-compas-algorithm/550646/> [dostęp: 2.09.2023].

SPRAWOZDANIA



PATRYCJA BRÓZEK
badaczka niezależna

 <https://orcid.org/0000-0002-3968-6594>

Sprawozdanie z Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej „Farmaceutyki – sport – przestępstwo” (13–14 kwietnia 2023 r.)

A report from the course of the National Scientific Conference “Pharmaceuticals – sports – crime” (13th–14th of April 2023)

Abstract: The article is a report from the course of the National Scientific Conference “Pharmaceuticals – sports – crime” that took place at the Faculty of Law and Administration in Toruń on the 13th–14th of April 2023. The subject of the meeting was the issue of the broadly understood pharmaceutical crime and the abuse of substances that are not allowed in contemporary sports. The report characterizes the proceedings of the conference, including the presentations of speakers on the various aspects of it, such as: “Pharmaceuticals and sport – the voice of practitioners”, “Pharmaceuticals and sport – the problems of criminal law and criminology”, “Pharmaceuticals and sport – foreign experience”, “Doping in sport and standards of its combating”, “Doping in sport – practical aspects”.

Keywords: doping, sport, pharmaceutical crime, controlled substances, pharmaceuticals, conference

1. Wprowadzenie

W dniach 13–14 kwietnia 2023 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu odbyła się Ogólnopolska Konferencja Naukowa „Farmaceutyki – sport – przestępstwo”, zorganizowana przez Katedrę Prawa Karnego WPiA UMK, Koło Naukowe Prawa Sportowego „Lex Sportiva” oraz Polską Agencję Antydopingową (POLADA). Przedmiotem namysłu uczestników była problematyka szeroko rozumianej przestępczości farmaceutycznej i nadużywania substancji

niedozwolonych we współczesnym sporcie. Mieli oni zatem na względzie nie tylko czyny pozostające na przedpolu aktywności sportowej, związane np. z produkcją substancji zabronionych w sporcie, lecz także zachowania, które mogą bezpośrednio wpływać na uczciwość współzawodnictwa, tj. podawanie lub używanie takich substancji. Trzeba podkreślić, że podobnie jak w przypadku przestępczości narkotykowej Polska jest obszernym rynkiem produkcji i dystrybucji substancji zabronionych w sporcie, a dodatkowo – ważnym punktem tranzytowym. Już chociażby z tego powodu należało w trakcie obrad poświęcić owemu zjawisku o wiele więcej uwagi niż dotąd. W ostatnich latach obserwuje się intensywny rozwój nauki prawa sportowego oraz zwiększenie jej znaczenia w praktyce stosowania prawa. Podczas konferencji „Farmaceutyki – sport – przestępstwo” można było wysłuchać ciekawych wystąpień zarówno teoretyków zajmujących się tą tematyką (pracowników naukowych, doktorantów i studentów z różnych ośrodków akademickich), jak i przedstawicieli dziedziny praktyki.

Konferencja miała formę hybrydową – część uczestników spotkała się w Sali Posiedzeń WPiA UMK w Toruniu, natomiast pozostali dołączyli za pomocą platformy do prowadzenia spotkań online. Obrady podzielono na panel ekspercki (13 kwietnia) i panel studencko-doktorancki (14 kwietnia); oba obejmowały po trzy sesje, w trakcie których prelegenci wygłosili ponad 25 referatów. W części eksperckiej scharakteryzowano kwestię „farmaceutyki a sport” z perspektywy praktyki, z perspektywy prawa karnego i kryminologii oraz z perspektywy doświadczeń zagranicznych. W części studencko-doktoranckiej w poszczególnych sesjach omawiano zagadnienia wprowadzające do analizowanej problematyki, doping w sporcie i standardy jego zwalczania, a także aspekty praktyczne dopingu w sporcie.

2. Część pierwsza – ekspercka (13 kwietnia 2023 r.)

„Farmaceutyki a sport – głos praktyki”

Sesję, która otworzyła część ekspercką, moderował dr hab. Michał Leciak. Złożyły się na nią cztery wystąpienia. Pierwsze z nich, dr. Michała Rynkowskiego (dyrektora Polskiej Agencji Antydopingowej), koncentrowało się wokół zagadnień związanych z systemem walki z dopingiem w sporcie. Referat prof. dr. hab. Zbigniewa Fijałka (prezesa Stowarzyszenia „Stop Nielegalnym Farmaceutynom” w Warszawie, Warszawski Uniwersytet Medyczny) zatytułowany był *Przestępczość farmaceutyczna w Polsce i na świecie a rynek pacjenta/konsumenta*. Z kolei dr Andrzej Pokrywka (konsultant naukowy POLADA, WUM) poruszył problem relacji między

przestępczością farmaceutyczną a dopingiem w sporcie. Sesję zamknęło wystąpienie Agnieszki Ostrowskiej (kierownika Zespołu Analityczno-Śledczego POLADA), która przybliżyła kwestię przestępczości farmaceutycznej na podstawie śledztw prowadzonych przez Polską Agencję Antydopingową.

„Farmaceutyki a sport – problemy prawa karnego i kryminologii”

Drugą sesję moderował dr hab. Janusz Bojarski. Obejmowała ona cztery referaty. Rozpoczęła prof. dr hab. Ewa Guzik-Makaruk (Uniwersytet w Białymstoku), która omówiła (online) wybrane aspekty przestępczości farmaceutycznej. Następnie dr hab. Katarzyna Banasik, prof. KAAFM (Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego) przedstawiła temat udaremniania lub utrudniania inspekcji albo kontroli farmaceutycznej w świetle prawa karnego. Prelegentka dr Natalia Daško (Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu) zreferowała zagadnienie tendencji do niesłusznych skazań z art. 12 Prawa farmaceutycznego oraz inne problemy w sprawach, których dotyczyły przeprowadzone przez nią badania aktowe. Sesję zamknęło wystąpienie dr. hab. Michała Leciaka (UMK) poświęcone spójności reakcji karnej w odniesieniu do przestępczości farmaceutycznej i dopingiu w sporcie.

„Farmaceutyki a sport – doświadczenia zagraniczne”

Trzecią sesję w części eksperckiej moderowała dr Natalia Daško. Można tu było usłyszeć czterech panelistów. Najpierw referat *Varieties of sports corruption: Doping, match-fixing and sports betting* zaprezentował prof. Michael Levi, PhD, DSc (Econ) (FaCSS, FLSW, Cardiff University). Następnie głos zabrał dr hab. Janusz Bojarski (UMK), który podjął temat *The crime of counterfeiting of medical products: Comparative legal aspects*. Po nim Rafał Piechota (Director of the Office of the President of the World Anti-Doping Agency – WADA) przedstawił wystąpienie *WADA’s intelligence and investigations activities in the context of illegal production, trafficking and administration of pharmaceutical products*. Sesję zakończyła prof. dr Edita Gruodytė (Vytautas Magnus University) referatem *Criminal liability for manipulations in sport: The case of Lithuania* (online).

3. Część druga – studencko-doktorancka (14 kwietnia 2023 r.)

„Wprowadzenie do problematyki”

Pierwszą sesję w części studencko-doktoranckiej moderował dr hab. Michał Leciak. Składała się ona z pięciu referatów. Otworzyło ją wystąpienie dr Katarzyny Siemion (Uniwersytet w Białymstoku) dotyczące wy-

branych aspektów prawnych związanych z reklamami farmaceutyków. Kolejną prelegentką była Małgorzata Michalska (UMK), która wygłosiła referat *Legalny doping – czy to możliwe?*. Następnie Joanna Jasińska (UMK) omówiła kwestię zakazanej reklamy produktu leczniczego w polskim porządku prawnym. Przedmiotem wystąpienia Jakuba Klugiewicza (UMK) było przestępstwo fałszowania produktów leczniczych w Polsce ze szczególnym uwzględnieniem postulatów *de lege ferenda*. Sesję zakończyli Maciej Michalski, dr Szymon Plewa i dr hab. Jan Matysiak (Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu), którzy zaprezentowali problematykę zastosowania matryc stanowiących alternatywę dla krwi i moczu w analizie ksenobiotyków.

„Doping w sporcie i standardy jego zwalczania”

Drugą sesję w części studencko-doktoranckiej moderowali dr hab. Michał Leciak i Anna Rojek, a obejmowała ona cztery wystąpienia. Przemysław Alkowski (Uniwersytet w Białymstoku) omówił etiologię zjawiska dopingu w sporcie. Następnie Sara Cienguszewska i Zofia Gala (UMK) scharakteryzowały aspekty prawne i etyczne dopingu w Polsce oraz na świecie. Referat dr. Bartosza Nieściora (UKSW w Warszawie) poświęcony był głównym założeniom międzynarodowych standardów prawnych WADA. Na koniec zagadnienie *Walka z dopingiem na podstawie współpracy UFC i USADA* przedstawił Maciej Szumowski (Uniwersytet Warszawski).

„Doping w sporcie – aspekty praktyczne”

Ostatnią sesję w drugim dniu konferencji moderowała Anna Rojek; także tu można było wysłuchać czterech referatów. Katarzyna Dąbrowska i Oliwia Jankowiak (UMK) poruszyły problematykę prawną dopingu w sporcie zawodowym na przykładzie mundialu. Z kolei Mateusz Stramski (Uniwersytet Gdański) zaprezentował temat *Zawiadomienie właściwych organów o stosowaniu przez sportowców substancji zabronionych a reakcja społeczna – dylematy etyczno-prawne*. Następnie prelegentki Kinga Jankowska i Aleksandra Kościelak (UMK) omówiły kwestię dopingu farmakologicznego w e-sporcie. Sesję zakończyli Aleksander Wiaderek i Julia Antosiewicz (Universitet i Bergen / Uniwersytet Warszawski) referatem zatytułowanym *Klasyfikacja substancji czynnych w produktach leczniczych w krajach Europejskiego Obszaru Gospodarczego na przykładzie Polski i Norwegii*.

4. Podsumowanie

Nie ulega wątpliwości, że niezbędna była konferencja skupiona na obszarze badań nad potrzebą i zakresem zaangażowania instrumentów prawa karnego do walki z dopingiem w sporcie, gromadząca przedstawicieli świata nauki i praktyków. Analiza karnoprawna zjawiska dopingiu wymagała poświęcenia rozważań nie tylko zachowaniom, które w sposób jednoznaczny uznano za przestępstwa na gruncie przepisów ustawy z dnia 21 kwietnia 2017 r. o zwalczaniu dopingiu w sporcie¹, lecz także tym, których kwalifikacja prawna opiera się dodatkowo na wybranych regulacjach Kodeksu karnego² oraz przepisach karnych ustaw szczególnych. W polskim porządku prawnym za moment przełomowy w walce z dopingiem można przyjąć uchwalenie wspomnianej wyżej ustawy, ponieważ stworzyła ona fundamenty kompleksowego systemu reakcji na ten proceder. Unormowano wówczas m.in. organizację i zasady prowadzenia postępowań dyscyplinarnych w sprawach związanych z dopingiem, jak również założono Polską Agencję Antydopingową (POLADA). W ostatnich latach możemy zaobserwować duże przeobrażenia w zakresie szeroko rozumianej przestępczości farmaceutycznej, w tym nasilenie pewnych zjawisk i zmiany *modus operandi* sprawców, wynikające z konieczności dostosowywania się do bieżących potrzeb rynku. Tego typu przestępczość obejmuje wiele czynów zabronionych, które stanowią poważne zagrożenie dla życia i zdrowia człowieka, a jednocześnie dla zdrowia publicznego. Należy mieć tutaj na względzie wytwarzanie sfałszowanych produktów leczniczych lub substancji czynnych oraz wprowadzanie do obrotu produktów leczniczych bez wymaganego zezwolenia.

Dzięki konferencji „Farmaceutyki – sport – przestępstwo” uporządkowano liczne sporne kwestie dotyczące ważnych aspektów prawa sportowego w naszym kraju. Wywołała ona interesującą dyskusję naukową i żywą wymianę poglądów w świetle tez sformułowanych przez prelegentów, dzięki czemu stanowiła wartościowy wkład w rozwój doktryny prawa karnego i sportowego. Trzeba przy tym zaakcentować i docenić aktualność oraz teoretyczną i praktyczną wagę problemów poruszonych w czasie dyskusji, a uprzednio w referatach panelistów. Można zatem jednoznacznie stwierdzić, że konferencja „Farmaceutyki – sport – przestępstwo” była istotną płaszczyzną wymiany poglądów badaczy prawa sportowego i karnego.

¹ T.j. Dz.U. 2022, poz. 1258.

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny. T.j. Dz.U. 2022, poz. 1138.

Organizatorzy konferencji: Katedra Prawa Karnego WPiA UMK, Koło Naukowe Prawa Sportowego „Lex Sportiva”, Polska Agencja Antydopingowa (POLADA).

Patroni honorowi: JM Rektor Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu prof. dr hab. Andrzej Sokala, Prezydent Miasta Torunia Michał Zaleski, Marszałek Województwa Kujawsko-Pomorskiego Piotr Całbecki, Dziekan Wydziału Prawa i Administracji UMK prof. dr hab. Zbigniew Witkowski, Okręgowa Izba Radców Prawnych w Toruniu, Polska Agencja Antydopingowa (POLADA), Stowarzyszenie Wspierania Ochrony Zdrowia i Praworządności „Stop Nielegalnym Farmaceutynom” w Warszawie, Samorząd Studencki WPiA UMK.

Sponsorzy: kancelaria radców prawnych „Gorczyca & Klempert”, OIRP w Toruniu.

Redakcja i korekta
KATARZYNA SZKARADNIK (teksty polskie)
MARZENA WYSOCKA-NAREWSKA (tekst angielski)

Przygotowanie okładki do druku
MAGDALENA PACHE

Skład i łamanie
MAREK ZAGNIŃSKI

ISSN 2353-9712

Uznanie Autorstwa-Na tych samych warunkach 4.0
Międzynarodowe (CC BY-SA.4.0)



Czasopismo elektroniczne, dystrybuowane bezpłatnie
Czasopismo wcześniej ukazywało się w formie drukowanej,
z identyfikatorem ISSN 0208-5577

Wydawca
Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego
ul. Bankowa 12B, 40-007 Katowice
<https://wydawnictwo.us.edu.pl>
e-mail: wydawnictwo@us.edu.pl

Ark. druk. 8,0. Ark. wyd. 8,5.

Egzemplarz bezpłatny

ISSN 2353-9712



Więcej o książce

