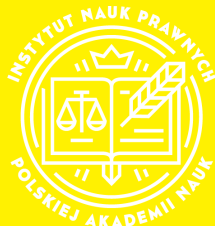


INSTYTUT NAUK PRAWNYCH
POLSKA AKADEMIA NAUK



STUDIA PRAWNICZE

PÓŁROCZNIK

ISSN 0039-3312

eISSN 2719-4302

2 (224)
2021

W numerze:

- Udzielanie zamówień publicznych w ramach grupy kapitałowej a cena rynkowa w reżimie cen transferowych
- A Realistic View of Mediation in Penal Matters – the Reasons for the Failure and Remedial Measures
- Dyferencjacja źródeł powszechnie obowiązującego prawa pracy stosowanego do pracowników sądów i prokuratury zatrudnionych na podstawie umowy o pracę
- Automatyzacja decyzji w prawie – pola i granice stosowania
- To be born amid war conflict: The right to a legal identity in Ukraine
- Ocenianie i usprawnianie procedur prawnych – Apel o wartości procesowe

Wydawnictwo INP PAN
Warszawa 2022

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH
POLSKA AKADEMIA NAUK



STUDIA PRAWNICZE

PÓŁROCZNIK

ISSN 0039-3312

eISSN 2719-4302

2 (224)
2021

Wydawnictwo INP PAN
Warszawa 2022



KOLEGIUM REDAKCYJNE:

redaktor naczelny – **dr hab. Monika Szwarz, prof. INP PAN** (Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska)
z-ca redaktora naczelnego – **dr hab. Monika Domańska, prof. INP PAN** (Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska)
sekretarz redakcji – **Joanna Florecka** (Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska)
redaktor statystyczna – **dr Justyna Włodarczyk-Madejska** (Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska)

KOMITET REDAKCYJNY:

Władysław Czaplinski (Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska), **Jean-Philippe Derosier** (University of Lille, Francja), **Marc Engelhart** (Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law, Freiburg, Niemcy),
Beryl ter Haar (Leiden University, Holandia), **Bettina Heiderhoff** (University of Münster, Niemcy),
Andre Janssen (Radboud University Nijmegen, Holandia), **Daniele Negri** (University of Ferrara, Włochy),
Celina Nowak (Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska), **Angelika Nußberger** (University of Köln, Niemcy),
Paweł Podrecki (Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska), **Maciej Szpunar** (Uniwersytet Śląski, Polska),
Andreas Thier (University of Zurich, Szwajcaria), **Luc Wintgens** (Catholic University of Leuven, Belgia),
Ariane Vidal-Naquet (Aix-Marseille University, Francja)

„Studia Prawnicze” ukazują się nieprzerwanie **od 1963 r.**

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że dążąc do upowszechniania za granicą artykułów ukazujących się w „Studiach Prawniczych”, zamieszcza angielskie streszczenia artykułów w Central European Journal of Social and Humanities (CEJSH) oraz artykuły wraz z zestawem metadanych w bazie Central and Eastern European Online Library (CEEOL).

Pełne wersje artykułów, publikowanych w modelu Open Access, są dostępne na platformie czasopisma, w repozytorium e-Biblioteka Prawnicza a także w bazie **ICI World of Journals** (wskaźnik **ICV 89, 88** za 2020 r.), w Bibliotece Nauki i bazie oraz Ebsco – Legal Source. Wg. GoogleScholar Index Hirscha dla czasopisma „Studia Prawnicze” wynosi 3.

Zgodnie z komunikatem Ministra Edukacji i Nauki z dnia 1 grudnia 2021 r. w sprawie wykazu czasopism naukowych i recenzowanych materiałów z konferencji międzynarodowych autorzy artykułów publikowanych w „Studiach Prawniczych” otrzymują 20 pkt.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.

Redakcja i korekta: Wydawnictwo INP PAN

Skład: Grzegorz Gromulski

Proofreading: Rob Brooks

Adres Redakcji:

Instytut Nauk Prawnych PAN
ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa
tel. 22 826 52 31 w. 181
fax 22 826 78 53
e-mail: studiaprawnicze@inp.pan.pl

Druk na zlecenie INP PAN: Sowa Sp. z o.o.

nakład 100 egz.



SPIS TREŚCI

OD REDAKCJI	5
-------------------	---

UCHWAŁA NR 03/2021 KOMITETU NAUK PRAWNYCH POLSKIEJ AKADEMII NAUK Z DNIA 22 WRZEŚNIA 2021 R.	7
---	---

ARTYKUŁY

Marcin Czerwiński

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska

UDZIELANIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W RAMACH GRUPY KAPITAŁOWEJ A CENA RYNKOWA W REŻIMIE CEN TRANSFEROWYCH	13
---	----

Olga Sitarz

Uniwersytet Śląski w Katowicach, Polska

Dominika Bek

Uniwersytet Śląski w Katowicach, Polska

A REALISTIC VIEW OF MEDIATION IN PENAL MATTERS – THE REASONS FOR THE FAILURE AND REMEDIAL MEASURES	57
--	----

Tomasz Józef Olejek

Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, Polska

DYFERENCJACJA ŹRÓDEŁ POWSZECHNIE OBOWIĄZUJĄCEGO PRAWA PRACY STOSOWANEGO DO PRACOWNIKÓW SĄDÓW I PROKURATURY ZATRUDNIONYCH NA PODSTAWIE UMOWY O PRACĘ	99
--	----

Edyta Chmura-Szczecińska

Uniwersytet Wrocławski, Polska

AUTOMATYZACJA DECYZJI W PRAWIE – POLA I GRANICE STOSOWANIA	135
---	-----

Iryna Izarova

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine

Oksana Uhrynovska

TO BE BORN AMID WAR CONFLICT:

THE RIGHT TO A LEGAL IDENTITY IN UKRAINE161

PRZEKŁADY

Robert S. Summers[†]

Tł. Piotr Pszczółkowski

Uniwersytet Warszawski, Polska

OCENIANIE I USPRAWNIANIE PROCEDUR PRAWNYCH –

APEL O WARTOŚCI PROCESOWE183

WYKAZ RECENZENTÓW W 2021 R.....251

Numer drugi „Studiów Prawniczych” za rok 2021 przygotowywałyśmy w innej rzeczywistości międzynarodowej, politycznej, społecznej i prawnej niż ta, z którą mierzymy się w dniu publikacji tego numeru. Rzeczywistość ta bowiem zmieniła się dramatycznie 24 lutego 2022 r., w dniu zbrojnego ataku Federacji Rosyjskiej na Ukrainę. Wobec skutków działań FR trudno nie stawiać pytań o to, czy prawo jeszcze ma sens oraz czy badania nad tym prawem w ogóle są potrzebne. Wierzymy jednak nadal, że prawo (godne tego miana) pozwala rozwiązywać konflikty siłą argumentów (i w ramach uzgodnionych procedur) – zamiast argumentami siły.

Oddajemy zatem do Państwa rąk kolejny numer „Studiów Prawniczych”, w którym znalazły się artykuły dotyczące zarówno prawa publicznego (M. Czerwiński, O. Sitarz i D. Bek, E. Chmura-Szczecińska), jak i prawa prywatnego (T. Olejek).

Państwa uwadze polecamy ponadto, opracowanie prezentujące ukraińskie regulacje prawne mające gwarantować prawo do tożsamości prawnej w czasie toczącej się wojny w Ukrainie (I. Izarova, O. Uhrynowska) oraz tłumaczenie tekstu R.S. Summersa (tłum. P. Pszczółkowski) dotyczące jakości procedur prawnych.

Dziękujemy Recenzentkom i Recenzentom za ich wkład w przygotowanie kolejnego numeru czasopisma.

Monika Szwarc, Monika Domańska

Issue 2/2021 of „Studia Prawnicze” was prepared in different international, political, social and legal reality than the one we face at the date of its publication. This reality changed on the 24th of February, the first day of the Russian Federation’s military attack on Ukraine. Facing the consequences of this attack, it is impossible not to question whether the “law is over” and ask if research on law has become pointless. We strongly believe that the law (which is still worthy of its name) enables resolution of conflicts with the force of arguments (and via agreed procedures) instead of through arguments of force.

With this faith in mind, we present the latest issue of „Studia Prawnicze”, with articles concerning both public law (M. Czerwiński, O. Sitarz and D. Bek E. Chmura-Szczecińska) and private law (T. Olejek). We are also publishing a text from our colleagues from Ukraine on the right to a legal identity during war conflict in Ukraine (I. Izarova, O. Uhrynowska) and a translation of the article of R. S. Summers (trans. P. Pszczółkowski) on the improvement of legal processes.

The Editorial Board would like to thank the Reviewers for their contribution.

Monika Szwarc, Monika Domańska

UCHWAŁA NR 03/2021¹

KOMITETU NAUK PRAWNYCH POLSKIEJ AKADEMII NAUK z dnia 22 września 2021 r.

W związku z ogłoszeniem przez Ministra Edukacji i Nauki naboru wniosków od redakcji czasopism naukowych w celu opracowania nowego wykazu czasopism naukowych, Komitet Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk przypomina o konieczności przestrzegania obowiązujących w tej kwestii procedur uregulowanych w rozporządzeniu Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 7 listopada 2018 r. w sprawie sporządzania wykazów wydawnictw monografii naukowych oraz czasopism naukowych i recenzowanych materiałów z konferencji międzynarodowych (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 349). Naruszenia prawa w procesie opracowywania omawianego wykazu będą miały negatywny wpływ na jakość i wiarygodność procesu ewaluacji jednostek naukowych, który został zaplanowany na 2022 r., i mogą stanowić podstawę sądowego kwestionowania decyzji, które zapadną w wyniku tego procesu.

W kontekście zapowiadanego wykazu Komitet Nauk Prawnych PAN zwraca uwagę na trudności w tworzeniu wykazu prawniczych czasopism naukowych i to nie tylko polskich, ale również zagranicznych. Bazy *Web of Science* oraz *Scopus* mają tak znikomą zawartość polskich i europejskich czasopism z zakresu nauk prawnych, że nie powinny być wyłączną i samodzielną podstawą utworzenia rzetelnego rankingu tych czasopism. Jednocześnie Komitet Nauk Prawnych PAN stanowczo podkreśla, że najbardziej rzetelnym, miarodajnym i bezstronnym kryterium przy tworzeniu rankingu czasopism naukowych jest stosunek publikowanych artykułów do liczby ich cytowań. Dlatego Komitet rekomenduje, by w odniesieniu do czasopism prawniczych pomocniczo stosować dane o cytowaniach dostępne w innych źródłach, w tym – w bazie *Google Scholar*.

¹ Niniejsza Uchwała została przyjęta na podstawie § 3 ust. 1 oraz ust. 6 w związku z § 9 ust. 4 Regulaminu Komitetu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, stanowiącego załącznik do Uchwały nr 3/2020 Komitetu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk z dnia 18 czerwca 2020 r. w sprawie regulaminu Komitetu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk.

Komitet Nauk Prawnych PAN postuluje, by w wykazie przygotowywanym przez Ministra Edukacji i Nauki czasopisma o niższym ilorazie cytowań i opublikowanych artykułów nie otrzymywały więcej punktów niż czasopisma o wyższym ilorazie. W załączeniu do niniejszej uchwały znajduje się przykładowa lista kilkudziesięciu polskich czasopism prawniczych wraz z danymi o liczbie opublikowanych w nich artykułów oraz liczbie cytowań.

Załącznik.

Wskaźniki cytowań wybranych polskich czasopism prawniczych na podstawie bazy *Google Scholar*. Liczby artykułów odnoszą się do lat 2010-2019, a liczby cytowań zostały uzyskane w dniach 16-20 lutego 2021 r. za pomocą programu „*Publish or Perish*” przy użyciu funkcji wyszukiwania w zasobach *Google Scholar*. W ostatniej kolumnie zamieszczono punktację danego czasopisma ustaloną w wykazie Ministra Edukacji i Nauki załączonym do komunikatów z 9 i 18 lutego 2021 r. Opracowanie: dr hab. Grzegorz Wierczyński, prof. Uniwersytetu Gdańskiego, przewodniczący Zespołu do spraw Punktacji Czasopism KNP PAN.

Tytuł czasopisma	Artykuły	Cytaty	Cytaty/ Artykuły	Punktacja
Problemy Ekorozwoju	316	2765	8,75	40
Studia Socjologiczne	481	2700	5,61	70
Ekonomia i prawo	354	778	2,20	40
Samorząd Terytorialny	1072	2300	2,15	20
Polish Yearbook of International Law	149	281	1,89	40
Studia Iuridica Agraria	183	340	1,86	-
Archiwum Kryminologii	144	250	1,74	40
Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny	857	1468	1,71	40
Wiadomości ubezpieczeniowe	384	617	1,61	70

Transformacje Prawa Prywatnego	184	289	1,57	40
Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii	391	578	1,48	20
Studia Iuridica Lublinensia	628	888	1,41	70
Finanse Komunalne	874	1191	1,36	20
Studia wyborcze	151	205	1,36	20
Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych	314	419	1,33	-
Comparative Law Review	110	146	1,33	40
Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu	158	200	1,27	20
Studia z Prawa Wyznaniowego	241	269	1,12	70
Państwo i Prawo	1818	2006	1,10	70
Przegląd Prawa Handlowego	972	1059	1,09	20
Prokuratura i prawo	1296	1409	1,09	
Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej	210	224	1,07	40
Kwartalnik Prawa Prywatnego	291	291	1	70
Przegląd Sejmowy	1101	1039	0,94	100
Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego Europejskiego i Porównawczego	123	116	0,94	20
Prawo Asekuracyjne	403	371	0,92	20
Acta Universitatis Lodzensis Folia Iuridica	196	165	0,84	20

Studia Oecumenica	198	164	0,82	70
Zeszyty Prawnicze	536	437	0,82	40
Praca i Zabezpieczenie Społeczne	1290	1047	0,81	70
Przegląd Prawa Konstytucyjnego	1003	801	0,80	100
Monitor Prawa Pracy	570	450	0,79	20
Studia Prawnicze	198	153	0,77	-
Forum Prawnicze	549	405	0,74	40
Santander Art and Culture Law Review	233	169	0,73	40
Przegląd Konstytucyjny	98	67	0,68	70
Studia Iuridica Toruniensia	292	193	0,66	40
Gdańskie Studia Prawnicze	836	545	0,65	40
Krytyka prawa	315	204	0,65	40
Financial law review	79	51	0,65	40
Przegląd Prawa i Administracji	651	417	0,64	40
Kościół i Prawo	239	150	0,63	70
Prawo kanoniczne	446	277	0,62	40
Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem	264	163	0,62	70
Studia Prawa Prywatnego	126	77	0,61	20
Ius Novum	510	296	0,58	20
Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa	379	218	0,58	40
Prawo w działaniu	249	137	0,55	40

Roczniki Nauk Prawnych	451	248	0,55	70
Roczniki Humanistyczne	859	471	0,55	100
Przegląd Prawa Publicznego	1130	615	0,54	20
Europejski Przegląd Sądowy	1219	651	0,53	20
Przegląd Prawa Rolnego	407	208	0,51	20
Przegląd Legislacyjny	265	133	0,50	40
Czasopismo Prawno-Historyczne	681	341	0,50	40
Przegląd Prawa Wyznaniowego	234	105	0,45	70
Zeszyty Prawnicze BAS	801	354	0,44	40
Przegląd Sądowy	1122	494	0,44	70
Zeszyty Naukowe UJ. Prace z Prawa Własności Intelektualnej	281	122	0,43	40
Studia Iuridica	502	214	0,43	100
Rejent	948	371	0,39	-
Monitor Prawniczy	1953	742	0,38	20
Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego	1330	466	0,35	20
TEKA Komisji Prawniczej	236	82	0,35	100
Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej	322	105	0,33	40
Acta Iuris Stetinensis	303	98	0,32	20
Palestra	2240	711	0,32	20
Białostockie Studia Prawnicze	512	162	0,32	100

Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego Seria Prawnicza	283	88	0,31	40
Polski Proces Cywilny	404	111	0,28	40
Rocznik Polsko-Niemiecki	151	40	0,27	40
Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego	140	37	0,26	40
Przegląd Podatkowy	2047	533	0,26	20
Glosa	580	136	0,23	20
Prawo i Więź	189	40	0,21	40
Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego	650	135	0,21	70
ADR. Arbitraż i Mediacja	367	69	0,19	20
Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis	192	29	0,15	20
Studia Prawnicze KUL	540	81	0,15	70
Monitor Podatkowy	1587	190	0,12	20
Review of European and Comparative Law	163	19	0,12	70
Biuletyn Stowarzyszenia Absolwentów i Przyjaciół Wydziału Prawa Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego	172	19	0,11	70
Nieruchomości@	21	2	0,10	70
Orzecznictwo Sądów Polskich	1266	115	0,09	40
Iustitia	501	12	0,02	20
Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego	183	3	0,02	40



Dr Marcin Czerwiński*
Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska
ORCID: 0000-0001-9778-7433
mczerwinski@kpmg.pl

Udzielanie zamówień publicznych w ramach grupy kapitałowej a cena rynkowa w reżimie cen transferowych

Conclusion of a public contracts within a capital group and the arm's length price under the transfer pricing regime

Abstract

The conclusion of a public contract within a capital group is related to the verification of compliance of the price established in the procedure with the arm's length principle resulting from transfer pricing regulations. As of January 1, 2019, references to the Public Procurement Law were introduced to the Corporate Income Tax Act and Personal Income Tax Act, allowing for the application of preferences in the preparation of transfer pricing documentation by certain entities operating in capital groups operating within the public procurement market. The study analyzes the importance of establishing market prices for the application of specific institutions of public procurement law. Situations in which it is possible to award public contracts within capital groups have also been identified, taking into account public procurement law regulations relating to capital groups, the status of procuring entities and economic operators, in-house procurement and conflict of interest. The effects of the subsequent change in the relationship between the procuring entity and the economic

* Menedżer w dziale podatkowym w poznańskim biurze KPMG. Jest autorem publikacji naukowych i prasowych z zakresu prawa podatkowego, cywilnego i zamówień publicznych.

operator have also been determined. These findings have been compared with the subjective and objective scope of the arm's length principle resulting from transfer pricing regulations. The correctness and purposefulness of the exemptions from the documentation obligation concerning the participants of the public procurement market have also been verified and correction of the transfer pricing regulations has been proposed.

Keywords: public procurement, capital group, in-house procurement, arm's length principle, transfer pricing, TP documentation, related entities

Abstrakt

Udzielenie zamówienia publicznego w ramach grupy kapitałowej wiąże się z problematyką weryfikacji rynkowości ustalonej w postępowaniu ceny w świetle regulacji z zakresu cen transferowych. Z dniem 1 stycznia 2019 r. do ustaw o podatkach dochodowych wprowadzono odesłania do Prawa zamówień publicznych, pozwalające na zastosowanie preferencji przy sporządzaniu dokumentacji cen transferowych przez niektóre podmioty działające w grupach kapitałowych funkcjonujących na rynku zamówień publicznych. W artykule przeanalizowano znaczenie badania rynkowości cen dla stosowania określonych instytucji prawa zamówień publicznych. Zidentyfikowano również sytuacje, w których możliwe jest udzielanie zamówień publicznych w ramach grup kapitałowych przy uwzględnieniu regulacji prawa zamówień publicznych dotyczących grup kapitałowych, statusu zamawiających i wykonawców, zamówień *in-house* i konfliktu interesów. Określono również skutki następczej zmiany w zakresie powiązań między zamawiającym a wykonawcą. Ustalenia te zestawiono z zakresem podmiotowym i przedmiotowym zasady ceny rynkowej wynikającej z regulacji cen transferowych. Zweryfikowano także prawidłowość i celowość wyłączeń obowiązku dokumentacyjnego u uczestników rynku zamówień publicznych i zaproponowano korektę przepisów.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, grupa kapitałowa, zamówienia *in-house*, zasada ceny rynkowej, ceny transferowe, dokumentacja cen transferowych, podmioty powiązane

1. Wprowadzenie

Zasadą w zamówieniach publicznych jest swoboda ustalania cen przez przedsiębiorców, także tych działających w grupach kapitałowych. Celem różnicowania wysokości wynagrodzeń jest zasadniczo prowadzenie konkurencji cenowej w ramach postępowań w sprawie zamówienia publicznego. Wyjątkowo, w celu zapewnienia rzetelności realizacji zamówienia oraz ochrony uczciwej konkurencji, swoboda ta doznaje ograniczeń. Problematyka ceny rynkowej w zamówieniach publicznych, funkcjonująca na styku nauk ekonomicznych oraz nauk prawnych, w tym prawa zamówień publicznych, prawa konkurencji i regulacji cen transferowych, nie była dotąd przedmiotem większego zainteresowania przedstawicieli tych nauk. W dodatku wątpliwości co do dopuszczalności udzielania zamówień w ramach grup kapitałowych były dotychczas sygnalizowane jedynie na tle przepisów i praktyki orzeczniczej dotyczących zamówień wewnętrznych (*in-house*). Impulsem do podjęcia rozważań przedstawionych w niniejszym artykule było wprowadzenie z dniem 1 stycznia 2019 r. w przepisach o podatkach dochodowych odesłań do Prawa zamówień publicznych, pozwalających na zastosowanie preferencji przy sporządzaniu dokumentacji cen transferowych przez niektóre podmioty działające w grupach kapitałowych funkcjonujących na rynku zamówień publicznych. Regulacje cen transferowych okazują się nieskoordynowane z systemem zamówień publicznych.

Niniejszemu opracowaniu przyświecają trzy cele. Pierwszym jest weryfikacja, czy badanie rynkowości cen ma znaczenie przy stosowaniu określonych instytucji prawa zamówień publicznych. Drugi cel to identyfikacja sytuacji, w których możliwe jest udzielanie zamówień publicznych w ramach grup kapitałowych przy uwzględnieniu regulacji prawa zamówień publicznych dotyczących grup kapitałowych, statusu zamawiających i wykonawców, zamówień *in-house* i konfliktu interesów, a także określenie skutków następnej zmiany w zakresie powiązań między zamawiającym a wykonawcą. Trzecim celem jest określenie zakresu podmiotowego i przedmiotowego zasady ceny rynkowej wynikającej z regulacji cen transferowych na rynku zamówień publicznych i weryfikacja prawidłowości i celowości wyłączeń obowiązku dokumentacyjnego u uczestników rynku zamówień publicznych.

2. Cena rynkowa jako przedmiot zainteresowania prawa zamówień publicznych

2.1. Regulacje w prawie zamówień publicznych

Pojęcie ceny rynkowej w ustawie z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych¹ pojawia się jedynie w trzech przepisach. Po pierwsze, stosownie do art. 214 ust. 1 pkt 10 p.z.p., zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie na dostawę jest dokonywane na rynku towarowym, na którym regulowana i nadzorowana wielostronna struktura handlowa w sposób naturalny gwarantuje ceny rynkowe. Prawodawca zakłada więc, że mechanizmy działania giełdy (standaryzacja, dostęp do informacji, monitorowanie i masowość) zapewniają dokonywanie zakupów po cenach rynkowych nie mniej skutecznie niż przepisy prawa zamówień publicznych.

Po drugie, wedle art. 388 pkt 2 lit. a p.z.p. zamówienie sektorowe może zostać udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w związku z trwającymi przez bardzo krótki okres szczególnie korzystnymi okolicznościami możliwe jest udzielenie zamówienia po cenie znacząco niższej od cen rynkowych. Wydaje się, że cena rynkowa w tym przepisie jest rozumiana bardziej „intuicyjnie” i stwierdzenie atrakcyjności ceny zwykle nie będzie wymagać przeprowadzania dodatkowych badań².

Po trzecie, wedle jednej z przesłanek wystąpienia tzw. rażąco niskiej ceny, w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień dotyczących ceny wskazanej w ofercie (art. 224 ust. 2 pkt 2 p.z.p.). Oferta z rażąco niską ceną lub kosztem podlega odrzuceniu (art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p.). Celem przepisu jest przeciwdziałanie cenom dumpingowym, nierealistycznym w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, będących wynikiem świadomego działania (w tym zмовы cenowej) albo nierzetelności kalkulacji. Prowadzić one mogą do obniżenia jakości, opóźnień, rozwiązania

¹ Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, t.j. Dz.U. 2021, poz. 1129 ze zm.

² Wyrok KIO z 13 stycznia 2012 r., KIO 23/12, LEX 1124901.

umowy a nawet do działań korupcyjnych³. Dumping rozumiany jako sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców jest także czynem nieuczciwej konkurencji (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁴), sankcjonowanym odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Rażąco niską cenę postrzega się zwykle jako cenę powodującą stratę transakcyjną, a także jako nieekwiwalentną, nieuczciwą, bez uzasadnionego związku z ekonomiczną wartością świadczenia, poniżej kosztów zmiennych (kosztów zużytych materiałów, robocizny itp.)⁵. Cena rażąco niska (dumpingowa) może występować równolegle lub nawet wynikać z subsydiowania skróśnego⁶ lub nierynkowych, zaniżonych cen stosowanych między podmiotami powiązanymi, np. między producentem i dystrybutorem należącymi do tej samej grupy kapitałowej⁷.

Co oczywiste, wskazane przepisy nie obejmują swoim zakresem sprzedaży powyżej ceny rynkowej. Nie odsyłają również bezpośrednio do ceny rynkowej, choć niektóre przypadki ustalenia cen poniżej ceny rynkowej będą nimi objęte⁸. W ramach badania rażąco niskiej ceny, proponowana przez wykonawcę cena jest obowiązkowo porównywana z szacunkową wartością zamówienia

³ A. Szymańska, *Wyjaśnianie oferty z rażąco niską ceną*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 1, s. 120-121; M. Królikowska-Olczak, A. Górczyńska, *Szkodliwość dumpingu w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 2, s. 5-6; M. Winiarz, *Granice uznaniowości zamawiającego w zakresie określenia ceny jako rażąco niskiej*, „Finanse Komunalne” 2016, nr 7-8, s. 100; M. Moras, *Problem rażąco niskiej ceny w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 1, s. 76, 78-81. Ta ostatnia autorka zwraca uwagę na problem subiektywnej wyceny własnej pracy, zwłaszcza „młodych” podmiotów w sektorze budowlanym.

⁴ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1913 ze zm.

⁵ M. Moras, *Problem...*, s. 76; M. Winiarz, *Granice...*, s. 96-97, 100.

⁶ Subsydiowanie skróśne to pokrywanie kosztów danego kontraktu z innej działalności wykonawcy. Zob. O. Filipowski, *Ceny drapieżne w unijnym prawie konkurencji i regulacji sektorowej*, [w:] H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński (red.), *Europeizacja Publicznego Prawa Gospodarczego*, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 91; B. Ziółkowski, *Rażąco niska cena jednostkowa a rażąco niska cena całej oferty – subsydiowanie skróśne*, „Zamawiający. Zamówienia Publiczne w Praktyce” 2019, nr 42, s. 34-36.

⁷ Takie praktyki w relacjach transgranicznych mogą skutkować erozją bazy podatkowej i przenoszeniem zysków i są zwalczane przez przepisy podatkowe, w tym regulacje z zakresu cen transferowych. Zob. A. Wieśniak-Wiśniewska, M. Czerwiński, *Świat podatków po projekcie BEPS i jego wpływ na polskich podatników*, „Przegląd Podatkowy” 2016, nr 6, s. 22.

⁸ M. Królikowska-Olczak, A. Górczyńska, *Szkodliwość...*, s. 9-10. Ceny drapieżne są też przedmiotem zainteresowania publicznego prawa ochrony konkurencji (art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. Dz.U. 2021,

oraz z innymi złożonymi ofertami, choć powinna też zostać zbadana w świetle cen rynkowych, skoro ustawodawca nakazuje uwzględnić ich istotne zmiany. Nie można zresztą wykluczyć, że cena o wartości 0 lub cena ujemna okaże się rentowna (wiarygodna)⁹. Odnotowania wymaga, że w jednym z postępowań przed KIO, dotyczącym zarzutu rażąco niskiej ceny, powołano pomocnicze argumenty dotyczące naruszenia reżimu cen transferowych i bazujące na zaoferowaniu przez współwykonawców powiązanych ceny innej niż cena podmiotów niezależnych. Nie zostały one jednak skomentowane przez Izbę¹⁰.

W zamówieniach publicznych problematyka określania ceny rynkowej ma jednak znaczenie szersze niż wynikałoby to wprost z powyższych regulacji. Przykładowo, ceny rynkowe należałoby uwzględnić przy ustalaniu szacunkowej wartości zamówienia (art. 28–36 p.z.p.)¹¹. W zasadzie wartość ta powinna być jak najbardziej zbliżona do ceny rynkowej w najszerszym przewidywanym zakresie zamówienia. W praktyce wartość ta bywa często ustalana na podstawie cen ofertowych ze zbliżonych wcześniejszych zamówień. Bywa ona kalkulowana zarówno na poziomie wyższym niż ceny rynkowe¹², jak i niższym¹³. Ceny rynkowe materiałów lub świadczeń stanowiących komponenty ceny zamówienia należy też w zasadzie wziąć pod uwagę w razie konieczności urealniania wysokości wynagrodzenia na podstawie stosownej klauzuli waloryzacyjnej (art. 439 p.z.p.). Pojęcie ceny rynkowej nie zostało jednak zdefiniowane w ustawie. Nie odnosił się do metodyki wyznaczania ceny rynkowej również Prezes Urzędu Zamówień Publicznych¹⁴. W doktry-

poz. 275 ze zm.) oraz regulacji sektorowej. Zob. szerzej O. Filipowski, *Ceny...*, s. 89-105; M. Moras, *Problem...*, s. 76-80; M. Winiarz, *Granice...*, s. 99, 103.

⁹ J. Kola, *Odpłatność zamówienia publicznego i badanie rażąco niskiej ceny w kontekście paradoksu kota Schrödingera – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 10.09.2020 r., C-367/19, Tax-Fin-Lex d.o.o. przeciwko Ministrstvo za notranje zadeve*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 7, s. 60.

¹⁰ Wyrok KIO z 1.03.2010 r., KIO/UZP 1922/09, LEX 604159.

¹¹ Jednakże nie należy wartości zamówienia utożsamiać z kwotą na sfinansowanie zamówienia udostępnianej przed otwarciem ofert. Tak UZP: *Relacja wartości szacunkowej zamówienia do kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia*, „Informator Urzędu Zamówień Publicznych” 2019, nr 2, s. 20-21, https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0013/41512/INFORMATOR-nr-2_2019.pdf [dostęp: 13.12.2021]; M. Winiarz, *Granice...*, s. 102.

¹² Tak M. Moras, *Problem...*, s. 82-83, 91, która zwraca uwagę zwłaszcza na przeszacowania cen robót budowlanych.

¹³ Zaniżanie szacunkowej wartości zamówienia może wynikać z wcześniejszego zaniżenia cen ofertowych przez wykonawców chcących otrzymać zamówienie.

¹⁴ Por. *Rażąco niska cena*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/razaco-niska-cena> [dostęp: 13.12.2021].

nie zwrócono uwagi na zbyt duży subiektywizm i nieprzewidywalność przy określaniu minimalnych kosztów wykonania zamówienia zarówno po stronie zamawiających, jak i Krajowej Izby Odwoławczej oraz postulowano wprowadzenie obowiązku branżowych analiz ekonomicznych przy weryfikacji rażąco niskiej ceny¹⁵. Nie jest chociażby bez znaczenia, czy dla określenia ceny rynkowej zamawiający lub wykonawcy opierają się na cenach katalogowych czy transakcyjnych.

2.2. Możliwość zastosowania metodyki ustalania cen rynkowych z innych gałęzi prawa

Należy postawić pytanie o możliwość zastosowania w zamówieniach publicznych definicji lub metodyki wyznaczania ceny rynkowej z innych gałęzi prawa. W ustawie z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości¹⁶ występuje zbliżone pojęcie do ceny rynkowej, mianowicie „wartość godziwa”. Za wartość godziwą przyjmuje się kwotę, za jaką dany składnik aktywów mógłby zostać wymieniony, a zobowiązanie uregulowane na warunkach transakcji rynkowej, pomiędzy zainteresowanymi i dobrze poinformowanymi, niepowiązanymi ze sobą stronami (art. 28 ust. 6 zd. 1 u.r.). Cenę rynkową ustawa o rachunkowości definiuje, odnosząc ją do aktywów i zobowiązań finansowych jako zgłoszoną na rynku bieżącą ofertę kupna lub sprzedaży (art. 28 ust. 6 zd. 2 i 3 u.r.).

Ze względu na wyłączenie reżimu zamówień publicznych do udziałów i akcji¹⁷ czy do nieruchomości (art. 11 ust. 1 pkt 6 p.z.p.), sięganie do regulacji tych zagadnień ma na celu jedynie nakreślenie przykładowych rozwiązań w zakresie posługiwania się pojęciami zbliżonymi do ceny rynkowej. W prawie spółek ustawodawca, nawiązując do siatki pojęciowej prawa bilansowego, posługuje się najczęściej pojęciem wartości (ceny) godziwej. Pojęciem ceny rynkowej i zwykłego wynagrodzenia przyjętego w obrocie posłużono się zaś odpowiednio w art. 418¹ § 7 i art. 355 § 3 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych¹⁸. Natomiast wedle art. 134 ust. 2 ustawy z dnia

¹⁵ G. Mazurek, *Analiza ekonomiczna a rażąco niska cena*, „Monitor Zamówień Publicznych” 2020, nr 5-6, 9-11. Por. jednak M. Moras, *Problem...*, s. 79, 90, która opowiada się przeciwko sztywnym współczynnikom arytmetycznym. Zob. też M. Winiarz, *Granice...*, s. 100.

¹⁶ Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 217.

¹⁷ *Nabywanie udziałów i akcji w spółkach kapitałowych*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/nabywanie-udzialow-i-akcji-w-spolkach-kapitalowych> [dostęp: 13.12.2021].

¹⁸ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1526 ze zm.

21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami¹⁹, przy określaniu wartości rynkowej nieruchomości uwzględnia się w szczególności jej rodzaj, położenie, sposób użytkowania, przeznaczenie, stan nieruchomości oraz aktualnie kształtujące się ceny w obrocie nieruchomościami.

Szczególnie istotne znaczenie ma wartość (cena) rynkowa w ustawodawstwie podatkowym, i to także poza ścisłym reżimem cen transferowych. Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych²⁰ i ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych²¹, wartość (rynkową) otrzymanych rzeczy lub praw, w tym otrzymanych nieodpłatnie (z art. 12 ust. 5 u.p.d.o.p., art. 11 ust. 2 u.p.d.o.f.) świadczeń w naturze, w tym nieodpłatnych świadczeń (art. 12 ust. 6 u.p.d.o.p., art. 11 ust. 2a u.p.d.o.f.) oraz sprzedawanych rzeczy i praw majątkowych lub świadczonych usług (art. 14 ust. 2 u.p.d.o.p., art. 19 ust. 3 u.p.d.o.f.), określa się na podstawie cen rynkowych stosowanych w obrocie rzeczami, prawami, usługami lub przy udostępnianiu rzeczy lub praw tego samego rodzaju i gatunku, z uwzględnieniem w szczególności ich stanu i stopnia zużycia oraz czasu i miejsca ich uzyskania, zbycia albo świadczenia. Na potrzeby niektórych instytucji podatkowych wartość rynkową składnika majątku określa się z zastosowaniem metodyki cen transferowych²². Wedle definicji zamieszczonej w art. 2 pkt 27b ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług²³, przez wartość rynkową rozumie się całkowitą kwotę, jaką, w celu uzyskania w danym momencie danych towarów lub usług, nabywca lub usługobiorca na takim samym etapie sprzedaży jak ten, na którym dokonywana jest dostawa towarów lub świadczenie usług, musiałby, w warunkach uczciwej konkurencji, zapłacić niezależnemu dostawcy lub usługodawcy na terytorium kraju. W przypadku, gdy nie można ustalić porównywalnej dostawy towarów lub świadczenia usług, przez wartość rynkową rozumie się, w odniesieniu do towarów, kwotę nie mniejszą niż cena nabycia towarów lub towarów podobnych, a w przypadku braku ceny nabycia, koszt wytworzenia, określone w momencie dostawy, natomiast w odniesieniu do usług – kwotę nie mniejszą niż całko-

¹⁹ Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1990 ze zm.

²⁰ Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1406 ze zm.

²¹ Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych, t.j. Dz.U. 2021, poz. 1128 ze zm.

²² Art. 12 ust. 6b, art. 14 ust. 7, art. 24f ust. 7 pkt 2 u.p.d.o.p., art. 11 ust. 2c, art. 19 ust. 5, art. 30da ust. 8 pkt 2 u.p.d.o.f.

²³ Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, t.j. Dz.U. 2021, poz. 685 ze zm.

wity koszt poniesiony przez podatnika na wykonanie tych usług. Stosownie do art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych²⁴ wartość rynkową przedmiotu czynności cywilnoprawnych określa się na podstawie przeciętnych cen stosowanych w obrocie rzeczami tego samego rodzaju i gatunku, z uwzględnieniem ich miejsca położenia, stanu i stopnia zużycia, oraz w obrocie prawami majątkowymi tego samego rodzaju, z dnia dokonania tej czynności, bez odliczania długów i ciężarów.

2.3. Wstępne wnioski dotyczące metodyki ustalania ceny rynkowej

Różne postrzeganie „ceny rynkowej” lub „wartości rynkowej” w prawie zamówień publicznych, bilansowym, cywilnym i podatkowym jest przykładem braku jednolitości (konsekwencji terminologicznej). Należy zauważyć, że można w zasadzie wyróżnić dwie techniki określania ceny (wartości) rynkowej. Pierwsza polega na odwołaniu się do porównywalnych transakcji między niepowiązаныmi (niezależnymi) podmiotami. Występuje ona m.in. w definicji „wartości godziwej”, reżimie cen transferowych oraz na gruncie podatku od towarów i usług. Druga nie wymaga, aby porównywalne transakcje na rynku były realizowane między podmiotami niepowiązаныmi (niezależnymi). Przykładem jest bilansowa cena rynkowa aktywów i zobowiązań finansowych, wartość rynkowa nieruchomości, wartość rynkowa świadczeń w podatkach dochodowych poza reżimem cen transferowych czy podatku od czynności cywilnoprawnych.

W prawie zamówień publicznych wprowadzono mechanizmy, które pośrednio zapobiegają zawieraniu umów z zastosowaniem „cen nierynkowych”. W szczególności zamawiający w ramach badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny ma obowiązek żądania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących ceny wskazanej w ofercie, a następnie zobowiązany jest ofertę z rażąco niską ceną odrzucić. W razie bierności zamawiającego, konieczność wystąpienia ze stosownym żądaniem i przeprowadzenia badania może zostać mu zasugerowana w sposób niewiążący przez pozostałych wykonawców, zwłaszcza przez wykonawcę, którego oferta została oceniona jako druga. W ostateczności wykonawcy mogą wymusić na zamawiającym weryfikację ceny konkurenta, korzystając ze środków ochrony prawnej, w pierwszej kolejności z odwołania do KIO. Mimo konieczności określenia ceny rynkowej przy stosowaniu niektórych instytucji, nie znalazły się w przepisach prawa zamówień publicznych wskazówki co do metodyki jej wyznaczania. Jednocześnie ustawodawca dość

²⁴ Ustawa z dnia 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych, t.j. Dz.U. 2020, poz. 815 ze zm.

swobodnie i w zasadzie niekonsekwentnie operuje w tych regulacjach pojęciem ceny rynkowej. Wydaje się, że w praktyce przydatne może być odwoływanie się w zamówieniach publicznych zwłaszcza do ceny godziwej w rozumieniu przepisów bilansowych, choć weryfikacja najbardziej odpowiedniej metodyki musi być dokonywana *a casu ad casum*. Zbyt daleko idąca byłaby, moim zdaniem, teza, że umowy zawarte w reżimie zamówień publicznych, także w trybach najbardziej konkurencyjnych, automatycznie mają przymiot umów zawartych na warunkach rynkowych.

3. Udzielanie zamówień publicznych w ramach grup kapitałowych

3.1. Grupa kapitałowa w systemie zamówień publicznych

O ile w reżimie cen transferowych ustawodawca posługuje się pojęciami „grupy podmiotów powiązanych” lub „podmiotów powiązanych” jako synonimami, w systemie zamówień publicznych pojawiają się nie w pełni synonimiczne pojęcia „grupy kapitałowej” oraz „podmiotu powiązanego”, służące zresztą innym celom.

Pojęcie „grupy kapitałowej” w prawie zamówień publicznych pojawia się obecnie wprost w dwóch artykułach służących przeciwdziałaniu naruszaniu zasady konkurencyjności²⁵. Ustawodawca odsyła w nich do definicji grupy kapitałowej, zamieszczonej w art. 4 pkt 14 u.o.k.i.k., wedle której są nią wszyscy przedsiębiorcy, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Kontrola w dużym uproszczeniu wiąże się zaś z posiadaniem większości głosów w organach innego przedsiębiorcy (art. 4 pkt 4 u.o.k.i.k.). Pierwsza regulacja zamówieniowa dotyczy przygotowania postępowania. Zgodnie z nią, jeśli podmiot należący z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na

²⁵ Por. rozważania na tle poprzedniej ustawy: L. Kot, A. Stokłosa, *Pojęcie grupy kapitałowej w świetle ustawy - Prawo zamówień publicznych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2015, nr 7, s. 16-22.

złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji (art. 85 ust. 1 p.z.p.). Jeżeli doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego podmiotu, wykonawcę wyklucza się z postępowania, chyba że zakłócenie może być wyeliminowane w inny sposób (art. 108 ust. 1 pkt 6 p.z.p.).

Druga regulacja dotyczy przesłanki wykluczenia z postępowania ze względu na zмовę przetargową. Mianowicie, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności, jeżeli należą oni do tej samej grupy kapitałowej i złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, chyba że wykonawcy wykażą, że przygotowali oferty lub wnioski niezależnie od siebie (art. 108 ust. 1 pkt 5 p.z.p.). Zamawiający żąda w tym zakresie oświadczenia wykonawcy²⁶.

Należy zauważyć, że zgodnie z interpretacją UOKiK Skarb Państwa nie jest w świetle ustawy o ochronie konkurencji traktowany jako przedsiębiorca, nie tworzy więc wraz ze spółkami należącymi do niego grupy kapitałowej²⁷. W innych wyjaśnieniach rozwinęto tę myśl, dodając, że przedsiębiorcy, których właścicielem jest Skarb Państwa, mogą natomiast tworzyć własne grupy kapitałowe, a także że „struktury” z udziałem jednostek samorządu terytorialnego nie są grupami kapitałowymi w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji²⁸.

Natomiast pojęciem „podmiotu powiązanego z zamawiającym” posłużył się ustawodawca w art. 366 ust. 1 pkt 2 p.z.p. na określenie podmiotu pozostającego z nim w jednej z relacji określonych w art. 365 ust. 1–3 p.z.p. Nie odwołano się w tym przepisie do „kontroli” w rozumieniu art. 4 pkt 4 u.o.k.i.k., ale do prawa bilansowego (objęcie tym samym rocznym skonsolidowanym sprawozdaniem finansowym) lub określono możliwe relacje z zamawiającym w sposób autonomiczny (np. posiadanie ponad połowy udziałów albo akcji). Regulacja ta służy wyłączeniu stosowania trybów zamówień publicznych

²⁶ § 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, Dz.U. 2020, poz. 2415.

²⁷ *Zamiar koncentracji dokonywanej z udziałem spółek Skarbu Państwa*, https://www.uokik.gov.pl/interpretacja_przepisow.php [dostęp: 13.12.2021].

²⁸ Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK, Warszawa 2015, s. 11, <http://uokik.gov.pl/download.php?id=1269> [dostęp: 13.12.2021].

w razie zamówień sektorowych udzielanych podmiotowi, którego podstawowa działalność obejmuje realizację usług, dostaw lub robót budowlanych na rzecz grupy.

3.2. Zamawiający i wykonawcy w zamówieniach publicznych

Na potrzeby rozważań o transakcjach w ramach grupy kapitałowej między zamawiającym a wykonawcą jako podmiotami powiązanymi (transakcjach kontrolowanych) należy zasygnalizować dwie wstępne kwestie dotyczące statusu zamawiających.

Po pierwsze, w prawie zamówień publicznych podmiotowość prawna zamawiających funkcjonujących na podstawie prawa publicznego (jednostki sektora finansów publicznych) pozbawionych zdolności cywilnoprawnej wciąż budzi wątpliwości. Zamawiającym jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, obowiązana na podstawie ustawy do jej stosowania (art. 7 pkt 31 p.z.p.). Jednakże w katalogu zamawiających znajdują się np. organy władzy publicznej, jednostki budżetowe, samorządowe zakłady budżetowe itd. (art. 4 pkt 1 p.z.p. art. 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych²⁹). W dodatku udzielić zamówienia może wyodrębniona jednostka organizacyjna zamawiającego (art. 33 ust. 2 p.z.p.). Natomiast cywilnoprawną podmiotowość ma Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego („jednostka macierzysta”), a nie ich jednostki organizacyjne, tj. *stationes fisci* lub *stationes communis*. Wedle pierwszego stanowiska, stroną umowy o zamówienie publiczne jest wówczas Skarb Państwa albo właściwa jednostka samorządu terytorialnego³⁰. Drugie stanowisko głosi, że stronami umowy mogą być również posiadające samodzielność finansową jednostki organizacyjne bez względu na brak podmiotowości cywilnoprawnej³¹. W jednej z uchwał KIO uznano, że Skarb

²⁹ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 869 ze zm.

³⁰ R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne w zarysie*, UZP, Warszawa 2018, s. 18; B. Gnela, *O potrzebie prawidłowego określania zamawiającego w ustawie Prawo zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4, s. 15-25; B. Pawlak, *Podmiotowość prawna zamawiających w prawie zamówień publicznych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 4, s. 32-36; tak też chyba M. Szydło, *Udzielanie zamówień publicznych przez instytucje zamawiające na rzecz jednostek zależnych w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, „Finanse Komunalne” 2006, nr 5, s. 40.

³¹ J. Niczyporuk, *Podmiot zamawiający w samorządzie terytorialnym*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2017, nr 3, s. 59-63; P. Szustakiewicz, *Zasady prawa zamówień publicznych*, Publicus, Warszawa 2007, s. 90; G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych*.

Państwa nie jest zamawiającym, ale zamawiającym są jego *stationes fisci*, tj. organy administracji (np. konkretny minister)³². Przyjęcie któregoś z tych zapatrywań ma na gruncie zamówień publicznych istotne znaczenie dla tzw. zamówień *in-house*. Przykładowo, problematyczne jest, czy sumować przychód z zadań powierzonych podmiotowi przez różne jednostki organizacyjne Skarbu Państwa celem weryfikacji przekroczenia progu 90% działalności na rzecz zamawiającego sprawującego kontrolę nad podmiotem (np. art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b p.z.p.). Natomiast w reżimie cen transferowych spór ten dodatkowo komplikuje identyfikację podmiotów powiązanych ze względu na autonomię przepisów podatkowych względem konstrukcji prawa zamówień publicznych.

Po drugie, zamawiającymi mogą być osoby prawne, w tym spółki prawa handlowego o bardzo różnym statusie: podmiotów prawa publicznego, zamawiających sektorowych, zamawiających subsydiowanych. Mogą oni udzielać zamówienia samodzielnie lub w grupie. Wydaje się, że właśnie w tego rodzaju konfiguracjach, tj. bez wyłącznego udziału jednostek sektora finansów publicznych jako zamawiających, mogą pojawić się transakcje kontrolowane w rozumieniu regulacji o cenach transferowych.

Podmiotami prawa publicznego są osoby prawne utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli jednostki sektora finansów publicznych pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot finansują je w ponad 50%, posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego (art. 4 pkt 3 p.z.p.). Dla takiej kwalifikacji kluczowe jest ustalenie celu, w jakim podmiot został utworzony³³. Podmiotami prawa publicznego będą chociażby kapitałowe spółki komunalne, wykonujące zadania z zakresu np. gospodarki nieruchomościami, wodociągów i zaopatrzenia w wodę, utrzymania czystości i porządku, utylizacji odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elek-

Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 40–43; *Samodzielność finansowa wyodrębnionych jednostek organizacyjnych zamawiającego* – art. 32 ust. 5 ustawy Pzp, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/samodzielosc-finansowa-wyodrebnionych-jednostek-organizacyjnych-zamawiajacego-art.-32-ust.-5-ustawy-pzp> [dostęp: 13.12.2021].

³² Uchwała KIO z 21 sierpnia 2017 r., KIO/KU 45/17, LEX 2414923.

³³ *Podmioty prawa publicznego w świetle prawa UE*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/podmioty-prawa-publicznego-w-swietle-prawa-ue> [dostęp: 13.12.2021].

tryczną i ciepłą oraz gaz, telekomunikacji, lokalnego transportu zbiorowego czy ochrony zdrowia³⁴. Mogą nimi być również spółki o statusie państwowych osób prawnych w rozumieniu art. 3 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym³⁵, a więc spółki, której akcjonariuszami są wyłącznie Skarb Państwa (tj. jednoosobowe spółki Skarbu Państwa) lub inne państwowe osoby prawne³⁶ oraz spółki z większościovym udziałem Skarbu Państwa, pod warunkiem, że prowadzą one działalność nienastawioną na zysk celem zaspokajania potrzeb ogólnych.

Zamawiającym sektorowym jest zaś określony podmiot udzielający zamówienia, jeśli służy ono wykonywaniu jednego z rodzajów działalności sektorowej w zakresie gospodarki wodnej, energii elektrycznej, gazu i energii cieplnej, usług transportowych, portów, przystani i portów lotniczych, usług pocztowych i wydobywania paliw określonej w art. 5 ust. 4 p.z.p. (kryterium przedmiotowe) oraz jednocześnie, zgodnie z kryterium podmiotowym, jest on zamawiającym publicznym (w szczególności jednostką sektora finansów publicznych lub tzw. podmiotem prawa publicznego) lub podmiotem, na który zamawiający publiczni, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają dominujący wpływ, w szczególności posiadają ponad połowę udziałów (akcji), posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów (akcji) lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego. Nawet w razie niespełnienia kryterium podmiotowego, zamawiającym sektorowym jest podmiot „niepubliczny”, wykonujący wskazaną działalność na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych. Takie podmioty mają uprzywilejowaną, niekiedy nawet monopolistyczną pozycję na rynku w zakresie świadczeń publicznych. Konieczność stworzenia infrastruktury technicznej pozwalającej na dostarczanie usług oznacza wysokie koszty wejścia na rynek, koszty stałe związane z utrzymaniem infrastruktury oraz wysoki poziom kosztów utopionych w razie wycofania z rynku i odprzedaży infrastruktury³⁷ (np. operatorzy systemów przesyłowych i dystrybucyjnych³⁸). Nie są natomiast zamawiającymi

³⁴ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2019, s. 37; H. Wolska, *Realizacja zadań publicznych przez spółkę komunalną w systemie zamówień publicznych*, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 84-88.

³⁵ Ustawa z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym, t.j. Dz.U. 2020, poz. 735 ze zm.

³⁶ Szerzej R. Adamus, *Spółka z udziałem państwowym a przepisy o zarządzaniu mieniem państwowym*, „Monitor Prawniczy” 2017, nr 8, s. 411-412.

³⁷ O. Filipowski, *Ceny...*, s. 90; H. Wolska, *Realizacja...*, s. 88-91.

³⁸ Nie ma tego statusu podmiot dominujący względem operatora systemu dystrybucyjnego. Szerzej M. Gnela, F. Grzegorzczak, *Zamówienia sektorowe w działalności*

sektorowymi koncesjonariusze, z którymi zawarto umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi w trybie ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi³⁹. Od dnia 14 grudnia 2016 r. przy wyborze podwykonawcy koncesjonariusze nie muszą już stosować postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

Wyodrębnia się również zamawiających subsydiowanych, którymi są zamawiający inni niż zamawiający publiczni lub zamawiający sektorowi, gdy ponad 50% wartości udzielanego przez ten podmiot zamówienia na roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, szkół wyższych lub wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi jest finansowane ze środków publicznych lub zamawiających publicznych (art. 6 p.z.p.). Takie podmioty uzyskują status zamawiającego okazjonalnie, np. wskutek otrzymania dotacji celowej czy współfinansowania projektu ze środków UE. Regulacja ta w zasadzie odnosi się do podmiotów prywatnych niezwiązanych kapitałowo czy organizacyjnie z jednostkami sektora finansów publicznych. Nie jest jednak wykluczone uzyskanie takiego statusu przez podmiot powiązany z taką jednostką, np. spółkę komunalną⁴⁰.

Kilku zamawiających, także o niejednorodnym statusie, może nadto wspólnie przeprowadzić i udzielić zamówienia publicznego (art. 38 ust. 1 p.z.p.)⁴¹. W takiej sytuacji, przykładowo, w zawartej umowie w sprawie zamówienia publicznego po stronie nabywcy mogłyby wystąpić dwie spółki komunalne czy spółka komunalna wraz z gminą⁴².

Problematyka statusu wykonawców budzi mniejsze wątpliwości. Podmiot uzyskujący przymiot wykonawcy w zasadzie powinien posiadać podmiotowość prawną na gruncie prawa cywilnego (art. 7 pkt 31 p.z.p.), co wyklucza z grona wykonawców m.in. *stationes fisci* czy *stationes communis* (np. jednostkę budżec-

operatorów systemów dystrybucyjnych (OSD) na tle problematyki funkcjonowania grup kapitałowych, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4, s. 26-32.

³⁹ Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, t.j. Dz.U. 2021, poz. 541 ze zm.

⁴⁰ H. Wolska, *Realizacja...*, s. 91-93. Musiałaby być to spółka niebędąca podmiotem prawa publicznego, a więc działająca w celach czysto komercyjnych.

⁴¹ Taką współpracę po stronie zamawiających można by w niektórych przypadkach określać terminem „konsorcjum”. Por. K. Muchowska-Zwara, *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 26; M. Czerwiński, *Grupa wykonawców w prawie zamówień publicznych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 250-251.

⁴² H. Wolska, *Realizacja...*, s. 96-97.

tową⁴³. Wykonawcą może być nie tylko podmiot w pełni „prywatny”, ale m.in. uczelnia wyższa, spółka z udziałem Skarbu Państwa lub spółka komunalna⁴⁴. Również po stronie wykonawców może wystąpić grupa podmiotów w formie konsorcjum albo spółki cywilnej (art. 58 ust. 1 p.z.p.)⁴⁵.

3.3. Zamówienia *in-house*

Instytucja zamówień *in-house* oznacza świadczenie dostaw, usług i robót budowlanych przez podmioty wewnętrzne, nad którymi instytucje zamawiające mają pełną kontrolę⁴⁶. Ukształtowana początkowo przez Trybunał Sprawiedliwości UE⁴⁷, następnie skodyfikowana w dyrektywie 2014/24/UE⁴⁸, została wprowadzona z dniem 28 lipca 2016 r.⁴⁹ do ustawy z dnia 29 stycznia

⁴³ Wyrok KIO z 15 maja 2009 r., KIO/UZP 567/09, LEX nr 499644. Tak też H. Wolska, *Realizacja...*, s. 107-108. Odmienne J. Lic, *Spółka cywilna. Problematyka podmiotowości prawnej*, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 747. Pojawiło się też zapatrywanie, że wykonawcą może być także podmiot publiczny mający podmiotowość prawną jedynie na gruncie prawa administracyjnego. Tak J. Niczyporuk [w:] J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, UZP, Warszawa 2013, s. 98.

⁴⁴ Z wyjątkiem spółki zawiązywanej przez strony w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym ze względu na jej celowy charakter. Zob. H. Wolska, *Realizacja...*, s. 107, 148-149.

⁴⁵ Szerzej M. Czerwiński, *Grupa...*, s. 256-266; M. Czerwiński, *Umowa regulująca współpracę wykonawców w nowym prawie zamówień publicznych*, [w:] M. Dumkiewicz, J. Szczotka, K. Kopaczynska-Pieczniak (red.), *Sto lat polskiego prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Kidybie*, t. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 1210-1211.

⁴⁶ Szerzej A. Trojanowska, *Instytucja zamówień typu in-house – proces jej kształtowania oraz wybrane zagadnienia wynikające z orzecznictwa krajowego*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2017, nr 2, s. 77-78; H. Wolska, *Realizacja...*, s. 112-113.

⁴⁷ Wyrok TSUE z 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98, *Teckal Srl przeciwko Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, ECLI:EU:C:1999:562; wyrok TSUE z 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03, *Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH przeciwko Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, ECLI:EU:C:2005:5; obszernie omawia bogate orzecznictwo unijne A. Trojanowska, *Instytucja...*, s. 78-86 oraz M. Szydło, *Udzielanie...*, s. 41-56; zob. też T. Wołowicz, *Dopuszczalność powierzenia in house wykonania usług publicznych komunalnej spółce prawa handlowego z pominięciem przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2013, nr 5, s. 91-92; W. Hartung, *Zamówienia publiczne a „podmiot wewnętrzny”*, „Samorząd Terytorialny” 2008, nr 5, s. 45-51; H. Wolska, *Realizacja...*, s. 113-115.

⁴⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r., s. 65, ze sprost. i zm.

⁴⁹ Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2016, poz. 1020.

2004 r. – Prawo zamówień publicznych⁵⁰ z nieco surowszymi wymogami niż w prawie unijnym. Obecnie zamówienia *in-house* regulowane są przez art. 214 ust. 1 pkt 11-13 p.z.p. w ramach reżimu zamówień z wolnej ręki. Zamówienie *in-house* wertykalne może w tym trybie zostać udzielone przez zamawiającego publicznego (także w zakresie, w jakim wykonuje jeden z rodzajów działalności sektorowej) osobie prawnej (a więc już nie np. spółce osobowej), gdy zamawiający sprawuje nad nią bezpośrednio lub pośrednio kontrolę analogiczną jak nad własnymi jednostkami, ponad 90% jej działalności dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego (bezpośrednio lub pośrednio) i nie ma w niej bezpośredniego udziału kapitału prywatnego (art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p.). Taki wykonawca jest jedynie formalnie odrębny od zamawiającego, podczas gdy zakres realnego oddziaływania na niego przez zamawiającego jest bardzo szeroki.

Przesłanka kontroli będzie zwykle spełniona w razie posiadania przez zamawiającego 100% udziałów w kapitale zakładowym spółki. Konieczne jest jednak zbadanie całokształtu relacji, w tym ograniczeń ustawowych lub umownych w wykonywaniu kontroli. Podobny charakter mają zamówienia *in-house* „wspólne”, w których kontrola nad wykonawcą sprawowana jest wspólnie przez co najmniej dwóch zamawiających (art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p.). Obok zamówień *in-house* wertykalnych i wspólnych możliwe są zamówienia *in-house* „odwrócone” i „siostrzane”, polegające odpowiednio na udzieleniu zamówienia innemu zamawiającemu publicznemu sprawującemu kontrolę nad udzielającym albo innej osobie prawnej kontrolowanej przez tego samego zamawiającego (art. 214 ust. 1 pkt 12 p.z.p.). Ustawodawca wprowadził nadto zakaz powierzenia wykonania części zamówienia *in-house* podwykonawcy (art. 214 ust. 9 p.z.p.)⁵¹.

Jednocześnie w orzecznictwie⁵² przyjęto, że powierzenie przez jednostkę samorządu terytorialnego zadań własnych komunalnej spółce prawa handlowego, powołanej na podstawie art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r.

⁵⁰ Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, t.j. Dz.U. 2019, poz. 1843 ze zm.

⁵¹ Udzielanie zamówień w trybie zamówienia z wolnej ręki w ramach instytucji tzw. *in-house* w ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.), s. 4-12, https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0025/46645/Udzielanie-zamowien-w-trybie-zamowienia-z-wolnej-reki-w-ramach-in-house.pdf [dostęp: 13.12.2021].

⁵² Wyrok NSA z 11 sierpnia 2005 r., II GSK 105/05, ONSAiWSA 2006, nr 2, poz. 62, wyrok WSA w Warszawie z 10 listopada 2005 r., III SA/Wa 2445/05, LEX 191962.

o gospodarce komunalnej⁵³, w celu wykonywania tych zadań – co znajduje odzwierciedlenie w uchwale organu samorządu terytorialnego, określającej zadania spółki oraz w umowie spółki – nie stanowi zamówienia publicznego i nie wymaga w ogóle zawarcia umowy. Nie jest jednak wykluczone zawarcie umowy wykonawczej z takim „podmiotem wewnętrznym”, choć bez stosowania żadnego trybu udzielania zamówień publicznych. Reżim zamówień publicznych obejmie jedynie zadania inne niż te, dla których gmina powołała jednostkę⁵⁴.

Ustawodawca w ślad za regulacjami unijnymi wprowadził również wyłączenia stosowania trybów zamówień publicznych w razie zamówień sektorowych udzielanych pomiędzy podmiotami powiązanymi. Może to dotyczyć np. usług księgowych, rekrutacji, zarządczych czy usług specjalistycznych⁵⁵, a także dostaw i robót budowlanych. Mianowicie, jak już wcześniej sygnalizowano, reżimu zamówień publicznych nie stosuje się do zamówień sektorowych udzielanych podmiotom, których dane, wraz z danymi zamawiającego, objęte są rocznym skonsolidowanym sprawozdaniem finansowym, świadczącym o przynależności do tej samej grupy kapitałowej. Wyłączenie dotyczy też podmiotów nieobjętych konsolidacją, w których zamawiający posiadają ponad połowę udziałów (akcji), głosów wynikających z udziałów (akcji), sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego, a także w analogicznej sytuacji odwróconej (kontrola podmiotu nad zamawiającym) oraz podmiotom, które wspólnie z zamawiającym podlegają analogicznemu wpływowi innego przedsiębiorcy.

W zależności od przedmiotu zamówienia (dostawy, usługi czy roboty budowlane), wymaga się nadto, aby w okresie poprzednich 3 lat co najmniej 80% przeciętnych przychodów tych podmiotów osiągniętych ze świadczenia dostaw, usług lub robót budowlanych pochodziło ze świadczenia odpowiednio dostaw, usług lub robót budowlanych na rzecz zamawiającego lub podmiotów powiązanych z zamawiającym w sposób określony powyżej (art. 365 ust. 1-3 p.z.p.). Powyższe podmioty nie stosują również reżimu koncesji na roboty budowlane

⁵³ Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, t.j. Dz.U. 2019, poz. 712 ze zm.

⁵⁴ Szerzej T. Wołowicz, *Dopuszczalność...*, s. 89-90, 95-98; W. Hartung, *Zamówienia...*, s. 42-45. Pojęcie spółki komunalnej odnosi do spółek z udziałem jednostek samorządu terytorialnego i spółek powiązanych ze spółkami komunalnymi przez stosunek dominacji albo zależności. Tak H. Wolska, *Realizacja...*, s. 67, 113.

⁵⁵ P. Trepte, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą sektorową*, UZP, Warszawa-Katowice 2006, s. 51-52.

lub usługi do zawierania umów koncesji (art. 5 ust. 1 pkt 11 u.k.r.b.u.). Jak wyjaśnił UZP w jednej z opinii⁵⁶, realizacja zamówień przez spółkę zależną niebędącą zamawiającym publicznym lub sektorowym na rzecz posiadającej status zamawiającego sektorowego spółki „matki” nie powoduje, że spółka zależna samodzielnie prowadzi działalność sektorową. Nie musi więc sama stosować procedur zamówień publicznych pod warunkiem, że nie zmierza to do obejścia przepisów ustawy (art. 58 ust. 1 k.c.), tj. gdy w całości lub w znacznej części zadania powierzone są podzlecane podmiotom niepowiązanym.

Powyższe oznacza, że większość umów zawieranych między zamawiającymi a ich podmiotami powiązanymi, które potencjalnie mogłyby być objęte reżimem cen transferowych, może być zawarta w trybie z wolnej ręki w ramach zamówień *in-house* albo w ogóle może być wyłączona z reżimu zamówień publicznych. Wyłączenie może zaś wynikać wprost z przepisów, jak w przypadku zamówień sektorowych udzielanych pomiędzy podmiotami powiązanymi albo też z systemowej wykładni przepisów zamówieniowych na tle publicznego prawa gospodarczego i prawa administracyjnego, jak w przypadku umowy wykonawczej z własną spółką komunalną.

3.4. Konflikt interesów w zamówieniach publicznych

W odniesieniu do udzielania zamówień publicznych w ramach grupy kapitałowej trzeba mieć dodatkowo na uwadze regulacje dotyczące konfliktu interesów i wyłączenia osób z postępowania (art. 56 ust. 1 p.z.p.). Czynności w postępowaniu podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu, co do zasady, powinny zostać powtórzone (art. 56 ust. 7 p.z.p.). W przeciwnym razie może zachodzić konieczność unieważnienia postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy (art. 255 pkt 6 p.z.p.). Konflikt interesów jest też fakultatywną przesłanką wykluczenia wykonawcy (art. 109 ust. 1 p.z.p.).

Wedle art. 56 ust. 2 pkt 4 p.z.p., konflikt interesów występuje wówczas, gdy osoby zaangażowane w proces udzielania zamówienia pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że istnieje uzasadniona wątpliwość co do ich bezstronności lub niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia z uwagi na posiadanie bezpośredniego lub

⁵⁶ Dopuszczalność zakupu (usług, dostaw lub robót budowlanych) przez spółki zależne od zamawiających sektorowych u podmiotów trzecich w celu realizacji zadań zleconych przez zamawiających sektorowych na podstawie art. 136 ust. 1 ustawy Pzp [w:] *Opinie prawne Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące Ustawy Prawo zamówień publicznych*, UZP, Warszawa 2015, s. 40.

pośredniego interesu finansowego, ekonomicznego lub osobistego w określonym rozstrzygnięciu tego postępowania. W jednej z opinii UZP⁵⁷ rozważano konieczność wyłączenia się osób wykonujących czynności związane z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego typu *in-house* po stronie zamawiającego, które pozostawały w stosunkach podległości lub zwierzchności z przedstawicielami zarządu wykonawcy (najczęściej tzw. „spółek gminnych”). Uznano, że mimo istnienia immanentnego stosunku zwierzchności (kontroli nad wykonawcą), udzielanie zamówienia typu *in-house* nie oznacza istnienia automatycznie takiego stosunku prawnego lub faktycznego, który może budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności osób wykonujących czynności w postępowaniu po stronie zamawiającego. Wątpliwości co do bezstronności powinny zostać wykazane.

O ile zamawiający nie może żądać od wykonawców na etapie składania ofert złożenia oświadczenia o występowaniu lub braku powiązania z zamawiającym, o tyle jednak w razie skorzystania z fakultatywnej przesłanki wykluczenia w postaci konfliktu interesów zamawiający wymaga oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu w tym zakresie. W formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia pojawia się pytanie o doradzanie zamawiającemu lub inne zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia. W ten sposób możliwe jest pośrednio zdobycie przez zamawiającego informacji o powiązaniach.

Odnosząc się do opinii UZP, należy przyjąć, że w sytuacji udzielania przez zamawiającego zamówienia publicznego podmiotowi powiązanemu, istnieje zasadniczo uzasadniona wątpliwość co do bezstronności i niezależności osób zatrudnionych u zamawiającego. Interes ekonomiczny zatrudniającego ich podmiotu jest z założenia uwzględniany przez nich przy podejmowaniu decyzji. O ile można sobie wyobrazić mechanizmy i procedury wewnątrzorganizacyjne, zapobiegające konfliktowi interesów, wdrażane w jednostkach samorządu terytorialnego, o tyle wykonalność takich rozwiązań w spółkach kapitałowych jest, moim zdaniem, ograniczona. Funkcjonariusze spółki uwzględniają zwykle interes scentralizowanej grupy, do której należą. Bezstronność i niezależność nie mają aż takiego znaczenia przy zamówieniu w trybie z wolnej ręki, w którym negocjacje prowadzone są tylko z jednym wykonawcą, i przy takim założeniu można zaakceptować stanowisko w opinii UZP. Z regulacji konfliktu interesów wynika więc, że umowy zawierane między

⁵⁷ Stosowanie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zamówieniach typu *in-house*, „Informator Urzędu Zamówień Publicznych” 2019, nr 4, s. 19-22, https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0025/42685/INFORMATOR-nr-4_2019.pdf [dostęp: 13.12.2021].

zamawiającymi a ich podmiotami powiązanymi, które potencjalnie mogłyby być objęte reżimem cen transferowych, rzadko będą udzielane w innych trybach, niż zamówienie z wolnej ręki. W szczególności, biorąc pod uwagę scentralizowany model większości grup kapitałowych, mało powszechne będą w obrocie umowy między podmiotami powiązanymi w sprawie zamówień publicznych, zawarte w trybach przetargowych.

3.5. Następcza zmiana w zakresie powiązań między zamawiającym a wykonawcą

Uprzedzając dalsze rozważania co do dynamicznego lub statycznego charakteru statusu danej transakcji jako „transakcji kontrolowanej” w rozumieniu przepisów o cenach transferowych, należy najpierw zweryfikować konsekwencje zmian w zakresie powiązań między zamawiającym a wykonawcą na gruncie zamówień publicznych.

Już w toku realizacji umowy zawartej między zamawiającym a wykonawcą może dojść do transakcji typu M&A (*mergers and acquisitions*) po stronie zamawiającego lub wykonawcy, które doprowadzą do powstania lub ustania stosunku powiązania między tymi podmiotami. Przykładem takiej transakcji może być nabycie przez zamawiającego udziałów (akcji) w wykonawcy lub podmiocie powiązanym z wykonawcą (tzw. *share deal*).

Zmiana taka zasadniczo nie będzie wpływała na ważność zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie pojawia się konieczność jej wypowiedzenia przez którąkolwiek ze stron⁵⁸. Irrelevantna dla realizowanej umowy pozostaje więc sytuacja, gdy podmiot doradzający lub w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia czy też składający konkurencyjną ofertę w postępowaniu staje się uczestnikiem grupy kapitałowej wykonawcy na etapie realizacyjnym. Podobnie nieistotna dla zawartej umowy jest utrata statusu zamawiającego przez dotychczasowy podmiot prawa publicznego lub zamawiającego sektorowego wskutek sprzedaży jego udziałów (akcji) przez jednostkę sektora finansów publicznych. Również umowy zawarte poza reżimem zamówień publicznych przez jednostkę samorządu terytorialnego z własną spółką lub przez zamawiającego sektorowego z podmiotem powiązanym zachowują swój byt po zbyciu udzia-

⁵⁸ Nawet w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego, gdzie status podmiotów ma znaczenie przy zawiązaniu partnerstwa, następcza zmiana tego statusu (np. poprzez nabycie przez partnera publicznego udziałów w partnerze prywatnym) jest irrelevantna dla umowy. Tak H. Wolska, *Realizacja...*, s. 145.

łów (akcji) w wykonawcy przez zamawiającego. Wyjątkowo, umowy zawarte w trybie z wolnej ręki w ramach zamówień *in-house* wygasają z upływem 3 miesięcy od dnia, w którym w kontrolowanej osobie prawnej udział uzyskał kapitał prywatny (art. 461 p.z.p.). Zbycie udziałów (akcji) do podmiotu publicznego nie wpływa na ważność takich umów. Również nawiązanie bliskich stosunków prawnych i faktycznych wskutek „wejścia” zamawiającego do grupy kapitałowej wykonawcy już na etapie wykonawczym w kontekście rygorów związanych z wystąpieniem konfliktu interesów nie skutkuje wygaśnięciem umowy. Z wyjątkiem jednego przypadku dotyczącego zamówień wewnętrznych, okoliczności te są badane na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, a nie na etapie realizacji umowy.

Następce zmiany w zakresie powiązań między zamawiającym a wykonawcą mogą mieć jednak istotne skutki na gruncie regulacji cen transferowych. Zasygnalizowanie takich sytuacji jest tym bardziej znaczące, zważywszy, że – jak wyżej wykazano – umowy między podmiotami powiązanymi, zawarte w procedurze zamówień publicznych, w szczególności zawarte w trybach przetargowych, są zjawiskiem wyjątkowym na gruncie regulacji zamówieniowej.

4. Znaczenie reżimu cen transferowych w zamówieniach publicznych

4.1. Zakres podmiotowy i przedmiotowy zasady ceny rynkowej a uczestnicy rynku zamówień publicznych

Podstawowe regulacje cen transferowych obowiązują w polskim systemie prawnym od początku funkcjonowania podatku dochodowego od osób prawnych, natomiast obowiązek sporządzania dokumentacji cen transferowych wprowadzono od dnia 1 stycznia 2001 r. Ostatnia duża reforma przepisów o cenach transferowych była związana z wdrożeniem do polskiego porządku prawnego najnowszego dorobku OECD⁵⁹ na początku 2019 r.⁶⁰. Jednakże Wytyczne OECD w sprawie cen transferowych dla przedsiębiorstw wielonarodowych oraz administracji podatkowych⁶¹, wywierające wpływ na polskie

⁵⁹ A. Wieśniak-Wiśniewska, M. Czerwiński, *Świat...*, s. 22-25.

⁶⁰ Ustawa z dnia 23 października 2018 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2018, poz. 2193.

⁶¹ *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD, Paryż 2017.

ustawodawstwo i praktykę w tej dziedzinie, poza wzmianką o trudnościach w wycenie transferu w razie interwencji władz państwowych w transakcję pomiędzy podmiotami powiązanymi (pkt 1.75 Wytycznych OECD), nie odnoszą się do specyfiki transakcji z podmiotami publicznymi, w tym do rynkowości transakcji zawieranych na rynku zamówień publicznych.

Na podstawie polskich regulacji zakresem podmiotowym reżimu cen transferowych objęte są podmioty powiązane. Zgodnie z art. 11a ust. 1 pkt 4 u.p.d.o.p. i art. 23m ust. 1 pkt 4 u.p.d.o.f. są to zasadniczo podmioty, z których jeden podmiot wywiera znaczący wpływ na co najmniej jeden inny podmiot, lub podmioty, na które wywiera znaczący wpływ ten sam inny podmiot lub spółka niemająca osobowości prawnej i jej wspólnicy. Należy uznać, że mimo posłużenia się w definicji podmiotu również sformułowaniem „jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej” (art. 11a ust. 1 pkt 2 u.p.d.o.p., art. 23m ust. 1 pkt 2 u.p.d.o.f.), z jednym nieistotnym tutaj wyjątkiem (zakład podatkowy), w relacji powiązania zawsze występują dwa odrębne podmioty posiadające zdolność prawną na gruncie prawa prywatnego. Oznacza to, że problematyczne byłoby przyjęcie, iż w transakcji między podmiotami powiązanymi stroną jest jednostka sektora finansów publicznych nieposiadająca podmiotowości cywilnoprawnej. Należałoby raczej zaakceptować stanowisko, że stroną jest Skarb Państwa albo właściwa jednostka samorządu terytorialnego.

Warto w tym miejscu zasygnalizować, że Skarb Państwa (w praktyce *stationes fisci*), jednostki samorządu terytorialnego i jednostki budżetowe są objęte zwolnieniem podmiotowym z opodatkowania podatkiem dochodowym (art. 6 ust. 1 pkt 1-3 u.p.d.o.p.). Oznacza ono brak zobowiązania podatkowego i brak obowiązku składania zeznań podatkowych. Teoretycznie ciąży jednak na podmiotach zwolnionych obowiązek stosowania cen rynkowych i sporządzania dokumentacji transakcji z podmiotami powiązanymi. Ze względów celowościowych organy akceptowały wyłączenie obowiązku dokumentacyjnego wobec takich podmiotów⁶². Nawet w razie akceptacji tego stanowiska nie musi to automatycznie oznaczać, że druga strona transakcji również nie będzie objęta obowiązkiem dokumentacyjnym.

⁶² Interpretacja Dyrektora KIS 7.09.2017 r., 0111-KDIB2-1.4010.100.2017.1.BKD, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=513950> [dostęp: 4.12.2021]; interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z 9.10.2015 r., IBPB-1-2/4510-250/15/BD, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=442600> [dostęp: 4.12.2021].

Przez wywieranie znaczącego wpływu rozumie się posiadanie bezpośrednio lub pośrednio co najmniej 25% udziałów w kapitale lub praw głosu w organach kontrolnych, stanowiących lub zarządzających, udziałów lub praw do udziału w zyskach lub majątku, a także faktyczną zdolność osoby fizycznej do wpływania na podejmowanie kluczowych decyzji gospodarczych przez podmiot (art. 11 ust. 2 pkt 1 i 2 u.p.d.o.p., art. 23m ust. 2 pkt 1 i 2 u.p.d.o.f.). Porównując definicję „podmiotów powiązanych” na gruncie podatkowym z „grupą kapitałową” zdefiniowaną w zamówieniach publicznych i prawie ochrony konkurencji, można dostrzec, że progi kapitałowe na potrzeby podatkowe ustalono na niższym poziomie (25% udziałów lub głosów zamiast większości głosów w organach). Biorąc jednak pod uwagę najpowszechniejszy model struktury grup kapitałowych występujących w obrocie, w praktyce adresatami norm podatkowych i zamówieniowych, posługującymi się tymi pojęciami, będą zazwyczaj te same podmioty. Wyjątkiem są jednak podmioty powiązane ze sobą wyłącznie poprzez powiązania ze Skarbem Państwa lub jednostkami samorządu terytorialnego. Na gruncie przepisów dotyczących zamówień publicznych takie podmioty nie będą należeć do tej samej grupy kapitałowej, natomiast w świetle regulacji cen transferowych będą one powiązane. Podmiotami powiązanymi na gruncie podatkowym będą również zamawiający i podmiot kontrolowany w rozumieniu regulacji dotyczących zamówień *in-house* oraz zamawiający sektorowy i podmiot powiązany w rozumieniu art. 365 ust. 1-3 i art. 366 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Jeśli zamawiający nie miałby podmiotowości prawnej (np. konkretny minister), to – moim zdaniem – na potrzeby przepisów podatkowych należałoby przyjąć, że podmiotem powiązanym z wykonawcą jest Skarb Państwa albo właściwa jednostka samorządu terytorialnego. Także jednostka samorządu terytorialnego i jej spółka komunalna stanowią podmioty powiązane.

Analizując różne możliwe konfiguracje podmiotowe w kontekście relacji powiązania, należy jeszcze zauważyć, że po stronie zarówno zamawiających, jak i wykonawców może wystąpić grupa podmiotów. Uznać należy, że ze względu na rezygnację z powiązań majątkowych po dniu 1 stycznia 2019 r. umowa konsorcjalna sama przez się nie kreuje już między konsorcjantami stosunku powiązania⁶³. Natomiast status wspólników spółki cywilnej w stanie prawnym

⁶³ M. Czerwiński, *Grupa...*, s. 173. W poprzednim stanie prawnym status konsorcjantów również nie był jasny. Przeciwno statuowaniu powiązania wypowiedział się Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie w interpretacji z 17.06.2016 r., IPPB6/4510-264/16-4/AG, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=479644> [dostęp: 4.12.2021]; odmiennie T. Kosieradzki, R. Piekarz, *Ceny transferowe. Nowe zasady dokumentacji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 53.

obowiązującym w latach 2019–2021 pozostawał enigmatyczny ze względu na wskazanie jako podmiotów powiązanych „spółki niemającej osobowości prawnej i jej wspólników”. Nie było jasne, czy sformułowanie to dotyczyło spółki cywilnej. Z jednej strony ustawodawca posługiwał się wskazanym pojęciem w odniesieniu do spółek posiadających podmiotowość prawną, tj. spółek osobowych (np. art. 1 ust. 3 pkt 2 u.p.d.o.p.), z drugiej strony kreował rozwiązania wspólne dla spółek osobowych i spółki cywilnej (art. 5 u.p.d.o.p., art. 8 u.p.d.o.f.), używając nieco innej formuły: „spółki niebędącej osobą prawną” i „wspólnego przedsięwzięcia”. W dodatku nie wiadomo było, czy w art. 11a ust. 1 pkt 4 lit. c u.p.d.o.p. (art. 23m ust. 1 pkt 4 lit. c u.p.d.o.f.) chodzi jedynie o stosunek między spółką a wspólnikami czy także o relację między wspólnikami. Przyjąć należy, że wykładnia językowa (brak podmiotowości spółki cywilnej) i celowościowa (postulat jednakowego traktowania wspólników spółki cywilnej i konsorcjantów) przemawiały przeciwko statuowaniu przez umowę spółki cywilnej powiązania między wspólnikami. Takie stanowisko znalazło, moim zdaniem, potwierdzenie w zmianie „doprecyzowujące”⁶⁴ analizowane przepisy, wchodzącej w życie w dniu 1 stycznia 2022 r. Polega ona na zastąpieniu słowa „wspólników” w liczbie mnogiej przez „wspólnika” w liczbie pojedynczej oraz na zastąpieniu pojęcia „spółka niemająca osobowości prawnej” określeniem „spółka niebędąca osobą prawną”⁶⁵. W toku prekonsultacji zmian w zakresie przepisów o cenach transferowych⁶⁶ przedstawiciele Ministerstwa Finansów zapowiedzieli „ingerencję interpretacyjną” w formie np. ujęcia problematyki spółki cywilnej w procedowanej interpretacji ogólnej transakcji kontrolowanej⁶⁷. Można zakładać, że wstrzemięźliwość co do interwencji legislacyjnej w status spółki cywilnej na gruncie cen trans-

⁶⁴ Por. Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw. Uzasadnienie, Druk sejmowy nr 1532, s. 59, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/A8566521AD17EECEC125874A006F1417/%24File/1532-uzas.docx> [dostęp: 4.12.2021].

⁶⁵ Ustawa z 29 października 2021 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2021, poz. 2105.

⁶⁶ Prekonsultacje podatkowe: zestawienie uwag z prekonsultacji zmian w zakresie przepisów o cenach transferowych, Ministerstwo Finansów, Warszawa 2021, s. 6, https://www.podatki.gov.pl/media/7214/17_09_2021_prekonsultacje-resart_do-publicacji.pdf [dostęp: 13.12.2021].

⁶⁷ Zgłoszone przez uczestnika prekonsultacji wątpliwości dotyczyły podmiotowości spółki cywilnej na gruncie cen transferowych, kwalifikacji umowy spółki jako transakcji kontrolowanej, dokumentowania transakcji realizowanych za pośrednictwem spółki cywilnej oraz rozliczeń między wspólnikami, zakresu składanej informacji o cenach transferowych (TPR) dotyczącej spółki cywilnej i podmiotu zobowiązanego do jej złożenia.

ferowych i zamiar wykorzystania instrumentów „miękkich” wynika z chęci „retroaktywnego” rozwiązania problemów interpretacyjnych.

W ustawach o podatkach dochodowych sformułowana została zasada ceny rynkowej (*arm's lenght principle*). Stosownie do art. 11c ust. 1 u.p.d.o.p. i art. 23o ust. 1 u.p.d.o.f., podmioty powiązane są obowiązane ustalać ceny transferowe na warunkach, które ustaliłyby między sobą podmioty niepowiązane. Obowiązek ten dotyczy cen transferowych w transakcjach kontrolowanych rozumianych jako działania o charakterze gospodarczym, identyfikowane na podstawie rzeczywistych zachowań stron, których warunki zostały ustalone lub narzucone w wyniku powiązań (art. 11a ust. 1 pkt 6 u.p.d.o.p., art. 23m ust. 1 pkt 6 u.p.d.o.f.).

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że sporna jest kwalifikacja jako transakcji kontrolowanych umów dwustronnych, acz wielopodmiotowych, w których tylko po jednej stronie występują podmioty powiązane. Przykładowo, powiązani kapitałowo konsorcjanci mogą zawrzeć umowę o roboty budowlane z niepowiązanym zamawiającym. W tym przypadku należy uznać, że brak powiązań między przeciwnymi stronami umowy gwarantuje, że warunki umowy nie zostaną ustalone lub narzucone w wyniku powiązań. Nie ma więc ryzyka manipulacji wynagrodzeniem kontraktowym celem transferowania zysku. Powiązania między konsorcjantami mogą jedynie skutkować objęciem regulacjami cen transferowych samej umowy konsorcjum i wynikających z niej rozliczeń (stosunku wewnętrznego między konsorcjantami). Ze względu na brak zidentyfikowanych interpretacji indywidualnych organów podatkowych i wypowiedzi doktrynalnych, nie można wykluczyć przyjęcia przez organy rygorystycznego stanowiska o objęciu obowiązkiem z zakresu cen transferowych także wskazanej wielopodmiotowej umowy dwustronnej.

Po drugie, jak wskazywano, w toku realizacji umowy zawartej między podmiotami niepowiązanymi lub powiązanymi może dojść do transakcji typu M&A po stronie jednego z tych podmiotów, prowadzącej do – odpowiednio – pojawienia się lub wygaśnięcia relacji „powiązania”. Pojawia się pytanie, jak taka zmiana wpływa na status realizowanej już transakcji, zwłaszcza umowy długoterminowej. Czy staje się ona transakcją kontrolowaną lub – odpowiednio – traci taki status. Literalnie odczytując definicję transakcji kontrolowanej, można by twierdzić, że ze względu na posłużenie się formułą „warunków ustalonych lub narzuconych w wyniku powiązań”, oceny statusu transakcji jako kontrolowanej dokonuje się jednorazowo na moment kontraktowania⁶⁸.

⁶⁸ Na tle uchylonego art. 9a ust. 1 pkt 1 lit. a u.p.d.o.p., który posługiwał się pojęciem „dokonyjący”, uznano, że przez „dokonywanie” należy rozumieć jedynie zawieranie umowy,

W dodatku, skoro umowa nie zostaje zawarta w warunkach powiązań, to teoretycznie nie ma ryzyka nierynkowego wynagrodzenia i zaniżenia zobowiązań podatkowych. Konsekwentnie należałoby przyjąć, że w razie wygaśnięcia relacji powiązania, zawarta wcześniej umowa nadal objęta jest reżimem cen transferowych. Wedle przeciwnego stanowiska relewantny jest nie tylko moment zawarcia umowy, ale również cały okres, w którym jest ona wykonywana⁶⁹. Oznaczałoby to, że transakcja zawarta w przeszłości między podmiotami powiązanymi może w późniejszym okresie utracić miano „transakcji kontrolowanej” i odwrotnie. Na tle obowiązku raportowania transakcji w informacji o cenach transferowych (TPR)⁷⁰ w sytuacji, gdy w trakcie roku kontrahent uzyskał lub utracił status podmiotu powiązanego w stosunku do podmiotu raportującego, zapatrywanie to znalazło niedawno potwierdzenie w dokumencie informacyjnym Ministerstwa Finansów⁷¹. Biorąc pod uwagę m.in. przepisy o aktualizacji analizy porównawczej (art. 11r u.p.d.o.p., art. 23zd u.p.d.o.f.),

a nie jej wykonywanie czy nawet aneksowanie. Zob. interpretacja Dyrektora KIS z 8.03.2018 r., 0114-KDIP2-2.4010.21.2018.1.SO, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=527141> [dostęp: 4.12.2021]; interpretacja Dyrektora KIS z 14.02.2018 r., 0115-KDIT2-3.4010.380.2017.1.JG, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=525737> [dostęp: 4.12.2021]; interpretacja Dyrektora KIS z 19.01.2018 r., 0114-KDIP2-2.4010.278.2017.1.AZ, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=523969> [dostęp: 4.12.2021]; interpretacja Dyrektora KIS z 3.11.2017 r., 0111-KDIB1-3.4010.385.2017.1.IZ, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=518512> [dostęp: 4.12.2021]; interpretacja Dyrektora KIS z 12.10.2017 r., 0111-KDIB1-3.4010.283.2017.1.APO, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=516691> [dostęp: 4.12.2021].

⁶⁹ Na tle poprzedniego stanu prawnego Minister Finansów wydał interpretację ogólne z 28.03.2018 r., DCT.8201.6.2018, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-ogolnej.xhtml?dokumentId=528691> [dostęp: 4.12.2021] w sprawie aktualizacji dokumentacji podatkowej, wskazując, że podlega reżimowi cen transferowych w danym roku podatkowym transakcja „kontynuowana”, zawarta w poprzednim okresie. W obecnym stanie prawnym zob. interpretację Dyrektora KIS z 22.09.2020 r., 0111-KDIB1-2.4010.250.2020.1.AW, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=589489> [dostęp: 4.12.2021]; TPR. *Informacja o cenach transferowych. Pytania i odpowiedzi*, Ministerstwo Finansów, Warszawa 2021, s. 24, <https://www.podatki.gov.pl/media/7353/informator-tpr-2020.pdf> [dostęp: 13.12.2021].

⁷⁰ Podmioty obowiązane do sporządzania lokalnej dokumentacji cen transferowych lub korzystające ze zwolnienia z tego obowiązku dla transakcji krajowych mają coroczny obowiązek przekazania Szefowi Krajowej Administracji Skarbowej informacji o cenach transferowych na elektronicznym formularzu TPR-C albo TPR-P.

⁷¹ TPR. *Informacja...*, s. 37: „Raportowaniu w Informacji TPR podlegają dane dotyczące transakcji, która przypada na okres, gdy podmioty były ze sobą powiązane”.

zrelatywizowanie cechy „rynkowości” do określonego czasu i konkretnych warunków, ryzyko obejścia przez podatników przepisów o cenach transferowych, a także aktualną opinię Ministerstwa Finansów, należy się opowiedzieć za drugim stanowiskiem. Tym samym status „transakcji kontrolowanej” ma charakter dynamiczny i zależy również od aktualnej struktury kapitałowej.

Z powyższego wynika, że umowa zawarta między zamawiającym i wykonawcą w procedurze konkurencyjnej (np. przetargu nieograniczonego) może być następnie objęta reżimem cen transferowych również w razie nawiązania relacji powiązania między zamawiającym a wykonawcą. Ze względu na to, że umowy w reżimie zamówień publicznych rzadko są zawierane między podmiotami powiązanymi, większość przypadków interakcji między regulacjami cen transferowych a regulacjami dotyczącymi zamówień publicznych będzie pojawiało się w razie następnych transakcji typu M&A, prowadzących do ukonstytuowania się powiązania w toku wykonywania zamówienia publicznego. W dodatku, jeśli przyjąć, że umowa w sprawie zamówienia publicznego, zawarta między powiązanymi kapitałowo uczestnikami grupy wykonawców z jednej strony i zamawiającym z drugiej, nie jest objęta obowiązkami z zakresu cen transferowych, wniosek ten jest tym bardziej uzasadniony.

Cena transferowa jest rozumiana szeroko, jako rezultat finansowy warunków ustalonych lub narzuconych w wyniku istniejących powiązań, w tym cenę, wynagrodzenie, wynik finansowy lub wskaźnik finansowy (art. 11 ust. 1 pkt 1 u.p.d.o.p., art. 23m ust. 1 pkt 1 u.p.d.o.f.)⁷². W umowie w sprawie zamówienia publicznego potencjalnie badaniu podlegać mogłaby cena lub wynagrodzenie (por. art. 7 pkt 1 p.z.p.). Ze względu na kategoryczne sformułowanie art. 11c ust. 1 u.p.d.o.p. (art. 23o ust. 1 u.p.d.o.f.) powstała wątpliwość, czy z dniem 1 stycznia 2019 r. nie wprowadzono nieświadomie⁷³ ustawowego zakazu zawierania przez podmioty powiązane transakcji z zastosowaniem cen nierynkowych pod rygorem cywilnoprawnej sankcji nieważności (art. 58 § 1 k.c.). Tezie o ograniczeniu swobody umów sprzeciwia się istota regulacji o cenach transferowych, które z założenia nie ingerują w relacje kontraktowe między stronami a jedynie wpływają na ich zobowią-

⁷² Na szerokie rozumienie pojęcia „cena transferowa” wskazał WSA we Wrocławiu w wyroku z 22 lipca 2020 r., I SA/Wr 269/20, LEX 3050086.

⁷³ Por. Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy - Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw. Uzasadnienie, Druk sejmowy nr 2860, s. 177-178, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/9060A2C883ED1DE4C12583130069CECC/%24File/2860-uzas.docx> [dostęp: 4.12.2021].

zania podatkowe⁷⁴. „Nierynkowa” umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta między zamawiającym a powiązanym z nim wykonawcą nie będzie więc tylko z tego powodu nieważna.

Interakcja między przepisami zamówieniowymi a podatkowymi może przykładowo wystąpić, gdy ustalenie ceny naruszającej przepisy o cenach transferowych jest jednocześnie czynem nieuczciwej konkurencji, obligującym zamawiającego do odrzucenia oferty jako dumpingowej (art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p.). Naruszenie przepisów o cenach transferowych mogłoby też posłużyć jako dodatkowy argument przy weryfikacji rażąco niskiej ceny. W praktyce zamawiający nie będzie dysponować materiałem pozwalającym zidentyfikować takie hipotetyczne naruszenie, w tym odpowiednimi raportami czy analizami porównawczymi. W dodatku, przy braku świadomości co do swojej pełnej struktury kapitałowej, zamawiający jedynie pośrednio może uzyskać informację o powiązaniach łączących go z wykonawcą na podstawie oświadczeń wykonawcy o braku konfliktu interesów.

Organy podatkowe posiadają własną kompetencję do oszacowania dochodu, dysponując w sprawach cen transferowych „wiedzą specjalistyczną”. Natomiast przy ocenie zagadnienia związanego choćby pośrednio z cenami transferowymi przez sądy administracyjne, sądy powszechne, Krajową Izbę Odwoławczą czy inne organy może pojawić się potrzeba skorzystania z wiadomości wykraczających poza wiedzę prawniczą i poza zakres wiadomości i doświadczenia życiowego osoby ogólnie wykształconej. W takiej sytuacji konieczne może być powołanie biegłego⁷⁵.

⁷⁴ P. Karwat, *Ceny transferowe czy to „ceny urzędowe”?*, <https://casp.sgh.waw.pl/blog/ceny-transferowe-czy-ceny-urzedowe> [dostęp: 13.12.2021]. W kwestii tradycyjnego poglądu o normowaniu przez prawo podatkowej jedynie konsekwencji podatkowych, a nie nakazów czy zakazów zachowań zob. np. wyrok NSA z 29 maja 2002 r., III SA 2602/00, LEX 55101; uzasadnienie rewizji nadzwyczajnej RPO przytoczone w wyroku SN z 19 października 2000 r., III RN 55/00, OSNP 2001, nr 23, poz. 680; M. Kalinowski, *Granice legalności unikania opodatkowania w polskim systemie podatkowym*, TNOiK „Dom Organizatora”, Toruń 2001, s. 118; B. Brzeziński, *Kilka refleksji o związkach oraz instytucjach prawa cywilnego z prawem podatkowym*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2008, t. 4, s. 54. Jedynie na marginesie warto zasygnalizować, że pewne ograniczenia swobody umów chroniące majątek spółki akcyjnej przed nieekwiwalentnymi transakcjami znajdują się prawie spółek (art. 355 § 3 k.s.h., brak odpowiednika w spółce z o.o.). Szerzej A. Opalski, *Transakcje między podmiotami powiązanymi w prawie spółek*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2012, nr 11, s. 5.

⁷⁵ P. Karwat, *Sądowoadministracyjna kontrola decyzji podatkowej wydanej z zastosowaniem przepisów o cenach transferowych*, „Przegląd Podatkowy” 2018, nr 11, s. 33.

4.2. Wyłączenie obowiązku dokumentacyjnego u uczestników rynku zamówień publicznych

Co do zasady, podmioty powiązane są obowiązane do sporządzania lokalnej dokumentacji cen transferowych (*local file*) za rok obrotowy w celu wykazania, że ceny transferowe zostały ustalone na warunkach, które ustaliłyby między sobą podmioty niepowiązane (art. 11k ust. 1 u.p.d.o.p., art. 23w ust. 1 u.p.d.o.f.).

Wedle art. 11n pkt 5 u.p.d.o.p. i art. 23z pkt 4 u.p.d.o.f. obowiązek sporządzenia lokalnej dokumentacji cen transferowych nie ma zastosowania do transakcji kontrolowanych, w przypadku gdy powiązania wynikają wyłącznie z powiązania ze Skarbem Państwa lub jednostkami samorządu terytorialnego lub ich związkami. W uzasadnieniu do nowelizacji wyjaśniono jedynie, że chodzi o transakcje pomiędzy podmiotami, które nie byłyby uznane za powiązane, jeśli ich udziałowcem – bezpośrednio lub pośrednio – nie byłby Skarb Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego⁷⁶. Rozwiązanie to funkcjonuje w zasadzie już od dnia 1 stycznia 2018 r., choć wadliwa redakcja uchylonego z dniem 1 stycznia 2019 r. art. 11 ust. 4 u.p.d.o.p. i art. 25 ust. 4 u.p.d.o.f., będących odpowiednikami analizowanego przepisu, powodowała istotne trudności w praktycznym stosowaniu⁷⁷. Do końca 2017 r. spółki z udziałem Skarbu Państwa lub utworzone przez jednostki samorządu terytorialnego były zobowiązane do przygotowania dokumentacji cen transferowych⁷⁸. Kształt analizowanego wyłączenia przypomina interpretację UOKiK co do odrzucenia z zakresu podmiotowego „grupy kapitałowej” struktur z udziałem Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego.

Przykład: gmina posiada 100% udziałów w spółce komunalnej Alfa, która z kolei posiada 26% udziałów w spółce Beta, a pozostałą część udziałów ma gmina. Spółka Alfa i Beta świadczą usługi komunalne w drodze powierzenia im zadań przez gminę bez stosowania reżimu zamówień publicznych. Umowa wykonawcza zawarta między spółką Alfa i Beta, dotycząca wspólnego

⁷⁶ Druk sejmowy nr 2860, s. 198.

⁷⁷ Por. interpretację Dyrektora KIS z 5.03.2018 r., 0111-KDIB2-1.4010.12.2018.1.BKD, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=526814> [dostęp: 4.12.2021] i zmianę tej interpretacji przez Szefa KAS z 11.07.2018 r., DPP13.8221.83.2018.GTM, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=536276> [dostęp: 4.12.2021]; interpretację Dyrektora KIS z 2.07.2018 r., 0111-KDIB2-3.4010.72.2018.1.LG, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=534993> [dostęp: 4.12.2021].

⁷⁸ M. Kaniewska-Środecka, *Zarządzanie ryzykiem cen transferowych*, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 239-242.

wykonywania zadań, nie będzie korzystała z wyłączenia z obowiązku dokumentacyjnego na podstawie art. 11n pkt 5 u.p.d.o.p. Posiadanie 26% udziałów sprawia, że spółki nie są powiązane wyłącznie przez gminę. Dodatkowo jednak spółka Alfa dokonuje zakupu paliw płynnych na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego w spółce komunalnej Gamma, w której 100% udziałów posiada gmina. Umowa ta będzie korzystała z wyłączenia z obowiązku dokumentacyjnego ze względu na powiązanie wyłącznie poprzez gminę.

Warto odnotować, że w odpowiedzi na jedną z interpelacji⁷⁹ wskazano, że w przypadku transakcji zawieranych pomiędzy podmiotami powiązanymi jedynie poprzez udziały jednostki samorządu terytorialnego nie powstaje konieczność stosowania oznaczenia „TP” w JPK_VAT z deklaracją. Stwierdzono, że nie wynika to literalnie z treści przepisów, ale z ograniczeń zakresu umocowania ministra do wydania rozporządzenia. W szczególności musi on ograniczyć się do obszarów narażonych na nadużycia podatkowe, podczas gdy ryzyko takich nadużyć w transakcjach pomiędzy podmiotami powiązanymi poprzez jednostkę samorządu terytorialnego jest w zakresie cen transferowych (rynkowych) ograniczone. Stanowisko zawarte w odpowiedzi nie ma waloru ochronnego.

Z powyższego wynika, że w przypadku zamówień *in-house*, udzielanych w trybie z wolnej ręki przez korzystające z podmiotowości Skarbu Państwa jednostki sektora finansów publicznych oraz przez jednostki samorządu terytorialnego lub podmioty kontrolowane bezpośrednio lub pośrednio przez te jednostki, a także w przypadku umów z własną spółką komunalną niepodlegających przepisom prawa zamówień publicznych, transakcje te nie muszą być opisywane w dokumentacji lokalnej. Brak też konieczności przygotowania dla nich analiz porównawczych. Transakcje te będą musiały być jednak zawierane na warunkach rynkowych (art. 11c ust. 1 u.p.d.o.p.). Taka sama sytuacja wystąpi przy analogicznej konfiguracji podmiotowej w rzadkich przypadkach realizacji zamówienia udzielonego w procedurach konkurencyjnych.

Na podstawie art. 11n pkt 6 u.p.d.o.p. i art. 23z pkt 5 u.p.d.o.f., obowiązek sporządzenia lokalnej dokumentacji nie ma również zastosowania do transakcji kontrolowanych, w których cena została ustalona w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie p.z.p. Na tle tego przepisu warto zwrócić uwagę na co najmniej dwie kwestie.

⁷⁹ Odpowiedź Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Finansów Zastępcy Szefa KAS P. Dziedzica z 27.10.2020 r. na interpelację poselską nr 12443 posła T.P. Nowaka, DPAT1.054.1.2020, <http://orka2.sejm.gov.pl/INT9.nsf/klucz/ATTBUYHEK/%24FILE/i12443-o1.pdf> [dostęp: 4.12.2021].

Po pierwsze, nie jest jasne, czy zwolnienie dokumentacyjne może objąć umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym po wyborze partnera prywatnego w trybie przetargu nieograniczonego. Stosownie do art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym⁸⁰, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy Prawa zamówień publicznych w zakresie nieuregulowanym w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym. Alternatywą jest stosowanie przepisów ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (art. 4 ust. 2 u.p.p.p.). Przepisy te należy stosować wprost. Należałoby raczej uznać, że w razie zastosowania przetargu nieograniczonego zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, art. 11n pkt 6 u.p.d.o.p. lub art. 23z pkt 5 u.p.d.o.f. mogłyby również znaleźć zastosowanie. W razie zaś wykorzystania innych trybów zamówieniowych albo skorzystania z procedury koncesyjnej (art. 4 ust. 2 u.p.p.p.) lub pominięcia obu ustaw (art. 4 ust. 3 u.p.p.p.), zwolnienie dokumentacyjne byłoby wyłączone. Praktyczny wymiar problemu jest ograniczony, bowiem nie zaleca się stosowania trybów jednostopniowych, w tym przetargu nieograniczonego do wyboru partnera prywatnego⁸¹.

Po drugie, ze względu na niejasne kryterium prowadzące do wyboru przetargu nieograniczonego jako trybu upoważniającego do zastosowania zwolnienia dokumentacyjnego, zidentyfikowanie celu, jaki przyświecał ustawodawcy i weryfikacja zastosowanego środka prawnego muszą bazować na domysłach. W uzasadnieniu do nowelizacji wskazano jedynie, że wprowadzenie zwolnień dokumentacyjnych jest odpowiedzią na postulaty zgłaszane przez podatników⁸². W literaturze nie analizowano w sposób bardziej pogłębiony celowości i poprawności tego zwolnienia. W ramach dość powierzchownej analizy, zasadność zwolnienia dostrzeżono w dostępnej dla nieograniczonego kręgu oferentów sformalizowanej procedurze prowadzącej do udzielenia zamówienia i ustalenia ceny⁸³.

Należy zauważyć, że zasada uczciwej konkurencji (art. 16 ust. 1 pkt 1 p.z.p.), oparta na założeniu, że właśnie wolny rynek konkurujących ze sobą o uzyskanie

⁸⁰ Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, t.j. Dz.U. 2020, poz. 711 ze zm.

⁸¹ *Wytyczne PPP. T. II. Postępowanie przetargowe*, Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju, Warszawa 2018, s. 38, <https://www.ppp.gov.pl/file.php?i=przegladarka-plikow/Wytyczne-PPP-Tom-Postepowanie-przetargowe.pdf> [dostęp: 13.12.2021].

⁸² Druk sejmowy nr 2860, s. 198.

⁸³ A. Klepek [w:] A. Waclawczyk, A. Obońska, A. Walter, K. Gil (red.), *Podatek dochodowy od osób prawnych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2019, s. 263.

zamówienia wykonawców zapewnia osiągnięcie maksymalnej efektywności gospodarowania groszem publicznym i zapobieżenie nadużyciom⁸⁴, obowiązuje we wszystkich trybach udzielania zamówień. Każde postępowanie jest też dokumentowane protokołem postępowania (art. 71 i n. p.z.p.). Ze względu na otwarty i przejrzysty charakter, potencjalnie nieograniczony krąg wykonawców i największą konkurencję pomiędzy wykonawcami w przetargu nieograniczonym lub przetargu ograniczonym, udzielenie zamówienia powyżej tzw. progów unijnych w tych trybach jest możliwe bez spełniania dodatkowych przesłanek (art. 129 ust. 2 p.z.p.). W praktyce w warunkach polskich absolutnie dominujący jest przetarg nieograniczony⁸⁵. Za konkurencyjne tryby możliwe do wykorzystania powyżej progów unijnych uchodzą jednak również negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny i partnerstwo innowacyjne. Do tych postępowań również może przystąpić każdy spełniający określone warunki i zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Poniżej progów unijnych takimi otwartymi trybami są tryb podstawowy we wszystkich trzech wariantach oraz partnerstwo innowacyjne. Dominuje w praktyce tryb podstawowy bez negocjacji⁸⁶. Ograniczoną konkurencyjnością lub wyłączeniem konkurencji cechują się tryby negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki, stosowane zarówno powyżej, jak i poniżej progów unijnych.

Zupełnie niezrozumiałe wydaje się objęcie zwolnieniem dokumentacyjnym jedynie umowy zawartej w trybie przetargu nieograniczonego. Nie do obrony byłoby twierdzenie, że jedynie w tym trybie cena ofertowa ma automatycznie charakter rynkowy, a w pozostałych trybach cena może być nierynkowa⁸⁷. Należy też zauważyć, że zwolnienie nie dotyczy stosowania zasady ceny rynkowej, a jedynie obowiązku dokumentacyjnego. Być może decyzja ustawodawcy wynika z faktu, że przetarg nieograniczony to najczęściej stosowany tryb udzielenia zamówienia. W takim jednak razie trudno

⁸⁴ M. Moras, *Problem...*, s. 75.

⁸⁵ *Informacja o polskim i europejskim rynku zamówień publicznych w roku 2021 na podstawie ogłoszeń publikowanych w Dzienniku Urzędowym UE (stan na 30 czerwca 2021 r.)*, https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0032/49847/TED2021.06..pdf [dostęp: 13.12.2021].

⁸⁶ *Informacja o polskim rynku zamówień publicznych w roku 2021 na podstawie ogłoszeń opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (stan na dzień 30 czerwca 2021 roku)*, https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0034/49849/BZP2021.06..pdf [dostęp: 13.12.2021].

⁸⁷ Por. interpretację Dyrektora KIS z 2.07.2018 r., 0111-KDIB2-3.4010.72.2018.1.LG. Wnioskodawca podniósł we wniosku argument, że zakup paliw w trybie Prawa zamówień publicznych w ramach ogłoszonego publicznie przetargu, w którym wszystkie podmioty mogły brać udział, sprawia, że stawki są rynkowe.

wyjaśnić, dlaczego zwolnienia nie rozszerzono od dnia 1 stycznia 2021 r. na tryb podstawowy w wariantcie bez negocjacji, który jest odpowiednikiem przetargu nieograniczonego poniżej progów unijnych. Jeśli już podejmować próby stopniowania rynkowości cen osiąganych w poszczególnych trybach, to decydujący powinien być chyba poziom ich konkurencyjności, wynikający z zastosowanej konstrukcji prawnej. Przy takim założeniu można by rozważyć objęcie zwolnieniem dokumentacyjnym wszelkich trybów z wyłączeniem negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki.

Co ciekawe, ustawodawca w jednej z przesłanek trybu zamówienia z wolnej ręki wspomina o mechanizmach gwarantujących ceny rynkowe (art. 214 ust. 1 pkt 10 p.z.p.), w innej zaś o okazji pozwalającej na uzyskanie zamówienia sektorowego po cenie znacząco niższej od cen rynkowych (art. 388 pkt 2 lit. a p.z.p.). Dopuszcza tym samym zawieranie transakcji „rynkowych” i „nierynkowych”, chociaż w rozumieniu nieco odmiennym niż na gruncie cen transferowych. Skoro jednak cały mechanizm zamówień publicznych ma na celu zapewnienie najbardziej efektywnego, celowego, oszczędnego wydatkowania środków publicznych poprzez korektę systemowych zagrożeń dla racjonalnego nimi gospodarowania, w tym przeciwdziałanie zjawiskom korupcyjnym, to spójniejszym systemowo rozwiązaniem byłoby objęcie zwolnieniem dokumentacyjnym wszelkich trybów. Jak wskazano, zasada uczciwej konkurencji, obowiązek sporządzenia protokołu postępowania czy ograniczenia ze względu na konflikt interesów obowiązują nawet w trybach „niekonkurencyjnych”. Takie rozwiązanie byłoby bardziej racjonalne, biorąc pod uwagę, jak rzadkie będą w obrocie umowy między podmiotami powiązanymi w sprawie zamówień publicznych, zawarte w trybach konkurencyjnych, zwłaszcza przetargowych. Można podejrzewać, że w aktualnym kształcie art. 11n pkt 6 u.p.d.o.p. i art. 23z pkt 5 u.p.d.o.f. nie znajdują praktycznie w ogóle zastosowania.

5. Podsumowanie

Badanie rynkowości cen ma istotne znaczenie przy stosowaniu określonych instytucji prawa zamówień publicznych, zwłaszcza przy weryfikacji rażąco niskiej ceny i przy ustalaniu szacunkowej wartości zamówienia. W przepisach prawa zamówień publicznych brak jednak wskazówek co do metodyki wyznaczania ceny rynkowej czy doboru materiału porównawczego, np. ograniczenia się tylko do transakcji między podmiotami niepowiązanymi. Przydatne może być odwoływanie się do ceny godziwej w rozumieniu przepisów bilansowych,

choć weryfikacja najbardziej odpowiedniej metodyki musi być dokonywana *a casu ad casum*. Zbyt daleko idąca byłaby teza, że umowy zawarte w reżimie zamówień publicznych, także w trybach najbardziej konkurencyjnych, automatycznie mają przymiot umów zawartych na warunkach rynkowych.

Z analizy przepisów dotyczących grup kapitałowych, statusu zamawiających i wykonawców, zamówień *in-house* i konfliktu interesów wynika, że większość umów zawieranych między zamawiającymi a ich podmiotami powiązanymi, które potencjalnie mogłyby być objęte reżimem cen transferowych, może być zawarta w trybie z wolnej ręki w ramach zamówień *in-house* albo w ogóle może być wyłączona z reżimu zamówień publicznych. Biorąc pod uwagę scentralizowany model większości grup kapitałowych, mało powszechne będą w obrocie umowy między podmiotami powiązanymi w sprawie zamówień publicznych, zawarte w trybach przetargowych. Natomiast następcza zmiana w zakresie powiązań między zamawiającym a wykonawcą, niewywierająca zasadniczo istotniejszych skutków na gruncie zamówień publicznych, może prowadzić do objęcia zamówienia reżimem cen transferowych.

Poza zamówieniami *in-house*, większość przypadków interakcji między regulacjami cen transferowych a regulacjami dotyczącymi zamówień publicznych będzie pojawiała się w razie następczych transakcji typu M&A, prowadzących do ukonstytuowania się powiązania w toku wykonywania zamówienia publicznego. Sporne jest, czy regulacji cen transferowych podlega dwustronna umowa w sprawie zamówienia publicznego, zawarta między powiązanymi kapitałowo uczestnikami grupy wykonawców z jednej strony i zamawiającym z drugiej. W praktyce uczestnicy rynku zamówień publicznych zwykle nie będą dysponować materiałem dowodowym i specjalistycznymi kwalifikacjami, pozwalającymi zidentyfikować naruszenia zasady ceny rynkowej.

Na podstawie zwolnienia dokumentacyjnego, dotyczącego powiązań za pośrednictwem Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, duża część zamówień *in-house*, a także wyjątkowo zamówień udzielanych w procedurach konkurencyjnych przez *stationes fisci* oraz jednostki samorządu terytorialnego lub podmioty kontrolowane przez te jednostki, nie musi być opisywana w dokumentacji lokalnej. Transakcje te muszą być jednak zawierane na warunkach rynkowych.

Zwolnienie dokumentacyjne może objąć również umowę zawartą w trybie przetargu nieograniczonego, w tym umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym, zawartą w takim trybie. Jest to rozwiązanie niespójne systemowo i można podejrzewać, że w aktualnym kształcie zwolnienie nie znajduje

praktycznie w ogóle zastosowania. Należałoby nim objąć umowy zawarte we wszelkich trybach przewidzianych przez prawo zamówień publicznych.

Bibliografia

Literatura

- Adamus R., *Spółka z udziałem państwowym a przepisy o zarządzaniu mieniem państwowym*, „Monitor Prawniczy” 2017, nr 8, s. 411-415.
- Brzeziński B., *Kilka refleksji o związkach oraz instytucjach prawa cywilnego z prawem podatkowym*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2008, t. 4, s. 43-56.
- Czerwiński M., *Grupa wykonawców w prawie zamówień publicznych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Czerwiński M., *Umowa regulująca współpracę wykonawców w nowym prawie zamówień publicznych*, [w:] M. Dumkiewicz, J. Szczotka, K. Kopaczyńska-Pieczniak (red.), *Sto lat polskiego prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Kidybie*, t. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 1209-1221.
- Filipowski O., *Ceny drapieżne w unijnym prawie konkurencji i regulacji sektorowej*, [w:] H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński (red.), *Europeizacja Publicznego Prawa Gospodarczego*, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 89-105.
- Gneta B., *O potrzebie prawidłowego określania zamawiającego w ustawie Prawo zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4, s. 15-25.
- Gneta M., Grzegorzczak F., *Zamówienia sektorowe w działalności operatorów systemów dystrybucyjnych (OSD) na tle problematyki funkcjonowania grup kapitałowych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4, s. 26-32.
- Hartung W., *Zamówienia publiczne a „podmiot wewnętrzny”*, „Samorząd Terytorialny” 2008, nr 5, s. 37-51.
- Kalinowski M., *Granice legalności unikania opodatkowania w polskim systemie podatkowym*, TNOiK „Dom Organizatora”, Toruń 2001.
- Kaniewska-Środecka M., *Zarządzanie ryzykiem cen transferowych*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Karwat P., *Sądowoadministracyjna kontrola decyzji podatkowej wydanej z zastosowaniem przepisów o cenach transferowych*, „Przegląd Podatkowy” 2018, nr 11, s. 30-34.
- Kola J., *Odpłatność zamówienia publicznego i badanie rażąco niskiej ceny w kontekście paradoksu kota Schrödingera – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 10.09.2020 r., C-367/19, Tax-Fin-Lex d.o.o. przeciwko*

- Ministrstvo za notranje zadeve*, „Europejski Przegľad Sądowy” 2021, nr 7, s. 56-60.
- Kosieradzki T., Piekarz R., *Ceny transferowe. Nowe zasady dokumentacji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Kot L., Stokłosa A., *Pojęcie grupy kapitałowej w świetle ustawy - Prawo zamówień publicznych*, „Przegľad Prawa Handlowego” 2015, nr 7, s. 16-22.
- Królikowska-Olczak M., Górczyńska A., *Szkodliwość dumpingu w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 2, s. 3-12.
- Lic J., *Spółka cywilna. Problematyka podmiotowości prawnej*, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Mazurek G., *Analiza ekonomiczna a rażąco niska cena*, „Monitor Zamówień Publicznych” 2020, nr 5-6, s. 9-11.
- Moras M., *Problem rażąco niskiej ceny w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 1, s. 75-91.
- Muchowska-Zwara K., *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Niczyporuk J., *Podmiot zamawiający w samorządzie terytorialnym*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2017, nr 3, s. 59-64.
- Opalski A., *Transakcje między podmiotami powiązаныmi w prawie spółek*, „Przegľad Prawa Handlowego” 2012, nr 11, s. 4-16.
- Pawlak B., *Podmiotowość prawna zamawiających w prawie zamówień publicznych*, „Europejski Przegľad Sądowy” 2013, nr 4, s. 32-36.
- Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Sadowy J. (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, UZP, Warszawa 2013.
- Szostak R., *Umowy o zamówienia publiczne w zarysie*, UZP, Warszawa 2018.
- Szustakiewicz P., *Zasady prawa zamówień publicznych*, Publicus, Warszawa 2007.
- Szydło M., *Udzielanie zamówień publicznych przez instytucje zamawiające na rzecz jednostek zależnych w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, „Finanse Komunalne” 2006, nr 5, s. 40-59.
- Szymańska A., *Wyjaśnianie oferty z rażąco niską ceną*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 1, s. 120-132.
- Trepte P., *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą sektorową*, UZP, Warszawa-Katowice 2006.
- Trojanowska A., *Instytucja zamówień typu in-house – proces jej kształtowania oraz wybrane zagadnienia wynikające z orzecznictwa krajowego*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2017, nr 2, s. 77-99.

- Wacławczyk A., Obońska A., Walter A., Gil K. (red.), *Podatek dochodowy od osób prawnych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Wicik G., Wiśniewski P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2007.
- Wieśniak-Wiśniewska A., Czerwiński M., *Świat podatków po projekcie BEPS i jego wpływ na polskich podatników*, „Przegląd Podatkowy” 2016, nr 6, s. 22-31.
- Winiarz M., *Granice uznaniowości zamawiającego w zakresie określenia ceny jako rażąco niskiej*, „Finanse Komunalne” 2016, nr 7-8, s. 95-103.
- Wolska H., *Realizacja zadań publicznych przez spółkę komunalną w systemie zamówień publicznych*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Wołowicz T., *Dopuszczalność powierzenia in house wykonania usług publicznych komunalnej spółce prawa handlowego z pominięciem przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2013, nr 5, s. 89-106.
- Ziółkowski B., *Rażąco niska cena jednostkowa a rażąco niska cena całej oferty – subsydiowanie skrośne*, „Zamawiający. Zamówienia Publiczne w Praktyce” 2019, nr 42, s. 34-36.

Netografia:

- Karwat P., *Ceny transferowe czy to „ceny urzędowe”?*, <https://casp.sgh.waw.pl/blog/ceny-transferowe-czy-ceny-urzedowe> [dostęp: 13.12.2021].

Wykaz aktów prawnych

- Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych, t.j. Dz.U. 2021, poz. 1128 ze zm.
- Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1406 ze zm.
- Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1913 ze zm.
- Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, t.j. Dz.U. 2021, poz. 217.
- Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, t.j. Dz.U. 2019, poz. 712 ze zm.
- Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1990 ze zm.
- Ustawa z dnia 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych, t.j. Dz.U. 2020, poz. 815 ze zm.

- Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1526 ze zm.
- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, t.j. Dz.U. 2019, poz. 1843 ze zm.
- Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, t.j. Dz.U. 2021, poz. 685 ze zm.
- Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, t.j. Dz.U. 2021, poz. 275 ze zm.
- Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, t.j. Dz.U. 2020, poz. 711 ze zm.
- Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, t.j. Dz.U. 2019, poz. 869 ze zm.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, tj. Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r., s. 65, ze sprost. i zm.
- Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, tj. Dz.U. 2016, poz. 1020.
- Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, t.j. Dz.U. 2021, poz. 541 ze zm.
- Ustawa z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym, t.j. Dz.U. 2020, poz. 735 ze zm.
- Ustawa z dnia 23 października 2018 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy – ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw, tj. Dz.U. 2018, poz. 2193.
- Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, t.j. Dz.U. 2021, poz. 1129 ze zm.
- Ustawa z dnia 29 października 2021 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw, tj. Dz.U. 2021, poz. 2105.
- Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, tj. Dz.U. 2020, poz. 2415.

Wykaz orzecznictwa

- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 *Teckal Srl przeciwko Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, ECLI:EU:C:1999:562.
- Wyrok SN z 19 października 2000 r., III RN 55/00, OSNP 2001, nr 23, poz. 680.
- Wyrok NSA z 29 maja 2002 r., III SA 2602/00, LEX 55101.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 *Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH przeciwko Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, ECLI:EU:C:2005:5.
- Wyrok NSA z 11 sierpnia 2005 r., II GSK 105/05, ONSAiWSA 2006, nr 2, poz. 2.
- Wyrok WSA w Warszawie z 10 listopada 2005 r., III SA/Wa 2445/05, LEX 191962.
- Wyrok KIO z 15 maja 2009 r., KIO/UZP 567/09, LEX nr 499644.
- Wyrok KIO z 1 marca 2010 r., KIO/UZP 1922/09, LEX 604159.
- Wyrok KIO z 13 stycznia 2012 r., KIO 23/12, LEX 1124901.
- Uchwała KIO z 21 sierpnia 2017 r., KIO/KU 45/17, LEX 2414923.
- Wyrok WSA we Wrocławiu z 22 lipca 2020 r., I SA/Wr 269/20, LEX 3050086.

Dokumenty urzędowe

- Dopuszczalność zakupu (usług, dostaw lub robót budowlanych) przez spółki zależne od zamawiających sektorowych u podmiotów trzecich w celu realizacji zadań zleconych przez zamawiających sektorowych na podstawie art. 136 ust. 1 ustawy Pzp [w:] *Opinie prawne Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące Ustawy Prawo zamówień publicznych*, UZP, Warszawa 2015, s. 39-42.
- Informacja o polskim i europejskim rynku zamówień publicznych w roku 2021 na podstawie ogłoszeń publikowanych w Dzienniku Urzędowym UE (stan na 30 czerwca 2021 r.)*, https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0032/49847/TED2021.06..pdf [dostęp: 13.12.2021].
- Informacja o polskim rynku zamówień publicznych w roku 2021 na podstawie ogłoszeń opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (stan na dzień 30 czerwca 2021 roku)*, https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0034/49849/BZP2021.06..pdf [dostęp: 13.12.2021].

- Nabywanie udziałów i akcji w spółkach kapitałowych*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/nabywanie-udzialow-i-akcji-w-spolkach-kapitalowych> [dostęp: 13.12.2021].
- Odpowiedź Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Finansów Zastępcy Szefa KAS P. Dziedzica z 27.10.2020 r. na interpelację poselską nr 12443 pośle T.P. Nowaka, DPAT1.054.1.2020, <http://orka2.sejm.gov.pl/INT9.nsf/kucz/ATTBUYHEK/%24FILE/i12443-o1.pdf> [dostęp: 4.12.2021].
- OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD, Paryż 2017.
- Podmioty prawa publicznego w świetle prawa UE*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/podmioty-prawa-publicznego-w-swietle-prawa-ue> [dostęp: 13.12.2021].
- Prekonsultacje podatkowe: zestawienie uwag z prekonsultacji zmian w zakresie przepisów o cenach transferowych, Ministerstwo Finansów, Warszawa 2021, https://www.podatki.gov.pl/media/7214/17_09_2021_prekonsultacje-resart_do-publicacji.pdf [dostęp: 13.12.2021].
- Rażąco niska cena*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/razaco-niska-cena> [dostęp: 13.12.2021].
- Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw. Uzasadnienie, Druk sejmowy nr 1532, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/A8566521AD17EECEC125874A006F1417/%24File/1532-uzas.docx> [dostęp: 4.12.2021].
- Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy - Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw. Uzasadnienie, Druk sejmowy nr 2860, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/9060A2C883ED1DE4C12583130069CECC/%24File/2860-uzas.docx> [dostęp: 4.12.2021].
- Samodzielność finansowa wyodrębnionych jednostek organizacyjnych zamawiającego – art. 32 ust. 5 ustawy Pzp*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/samodzielnosc-finansowa-wyodrebnionych-jednostek-organizacyjnych-zamawiajacego-art.-32-ust.-5-ustawy-pzp> [dostęp: 13.12.2021].

- Stosowanie art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zamówieniach typu *in-house*, „Informator Urzędu Zamówień Publicznych” 2019, nr 4, s. 19-22, https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0025/42685/INFORMATOR-nr-4_2019.pdf [dostęp: 13.12.2021].
- TPR. *Informacja o cenach transferowych. Pytania i odpowiedzi*, Ministerstwo Finansów, Warszawa 2021, <https://www.podatki.gov.pl/media/7353/informator-tpr-2020.pdf> [dostęp: 13.12.2021].
- Udzielanie zamówień w trybie zamówienia z wolnej ręki w ramach instytucji tzw. *in-house* w ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.), https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0025/46645/Udzielanie-zamowien-w-trybie-zamowienia-z-wolnej-reki-w-ramach-in-house.pdf [dostęp: 13.12.2021].
- Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK, Warszawa 2015, <http://uokik.gov.pl/download.php?id=1269> [dostęp: 13.12.2021].
- Wytyczne PPP. T. II. *Postępowanie przetargowe*, Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju, Warszawa 2018, <https://www.ppp.gov.pl/file.php?i=przegladarka-plikow/Wytyczne-PPP-Tom-Postepowanie-przetargowe.pdf> [dostęp: 13.12.2021].
- Zamiar koncentracji dokonywanej z udziałem spółek Skarbu Państwa*, https://www.uokik.gov.pl/interpretacja_przepisow.php [dostęp: 13.12.2021].

Interpretacje podatkowe

- Interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z 9.10.2015 r., IBPB-1-2/4510-250/15/BD, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=442600> [dostęp: 4.12.2021].
- Interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 17.06.2016 r., IPPB6/4510-264/16-4/AG, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=479644> [dostęp: 4.12.2021].
- Interpretacja Dyrektora KIS 7.09.2017 r., 0111-KDIB2-1.4010.100.2017.1.BKD, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=513950> [dostęp: 4.12.2021].
- Interpretacja Dyrektora KIS z 12.10.2017 r., 0111-KDIB1-3.4010.283.2017.1.APO, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=516691> [dostęp: 4.12.2021].

- Interpretacja Dyrektora KIS z 3.11.2017 r., 0111-KDIB1-3.4010.385.2017.1.IZ, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=518512> [dostęp: 4.12.2021].
- Interpretacja Dyrektora KIS z 19.01.2018 r., 0114-KDIP2-2.4010.278.2017.1.AZ, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=523969> [dostęp: 4.12.2021].
- Interpretacja Dyrektora KIS z 14.02.2018 r., 0115-KDIT2-3.4010.380.2017.1.JG, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=525737> [dostęp: 4.12.2021].
- Interpretacja Dyrektora KIS z 5.03.2018 r., 0111-KDIB2-1.4010.12.2018.1.BKD, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=526814> [dostęp: 4.12.2021].
- Interpretacja Dyrektora KIS z 8.03.2018 r., 0114-KDIP2-2.4010.21.2018.1.SO, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=527141> [dostęp: 4.12.2021].
- Interpretacja ogólna Ministra Finansów z 28.03.2018 r., DCT.8201.6.2018, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-ogolnej.xhtml?dokumentId=528691> [dostęp: 4.12.2021].
- Interpretacja Dyrektora KIS z 2.07.2018 r., 0111-KDIB2-3.4010.72.2018.1.LG, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=534993> [dostęp: 4.12.2021].
- Interpretacja Szefa KAS z 11.07.2018 r., DPP13.8221.83.2018.GTM, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=536276> [dostęp: 4.12.2021].
- Interpretacja Dyrektora KIS z 22.09.2020 r., 0111-KDIB1-2.4010.250.2020.1.AW, <https://sip.mf.gov.pl/faces/views/szczegoly/szczegoly-interpretacji-indywidualnej.xhtml?dokumentId=589489> [dostęp: 4.12.2021].



Dr hab. Olga Sitarz, prof. UŚ
University of Silesia in Katowice, Polska
ORCID: 0000-0002-2075-3507
olga.sitarz@us.edu.pl

Dr Dominika Bek
University of Silesia in Katowice, Polska
ORCID: 0000-0003-4560-808X
dominika.bek@us.edu.pl

A Realistic View of Mediation in Penal Matters – the Reasons for the Failure and Remedial Measures

**Rzeczywisty obraz mediacji w sprawach karnych
– Przyczyny klęski i środki zaradcze**

Abstract

The article undertakes research on the low interest for victim-offender mediation in the practice of Polish justice. It presents the results of the research for reasons both in imperfect legal solutions and in attitudes of lawyers and parties. The authors, being mediators in penal matters and at the same time involved in scientific research in criminal law and criminology, conducted a series of in-depth interviews with practitioners: prosecutors, judges, an advocate and mediator with psychological education. The article presents several postulates for the legislator, which may be valuable also outside the Polish legal system, as well as to mediators, judges and prosecutors, especially those operating in the area of continental criminal law.

Keywords: victim-offender mediation, criminal courts, restorative justice, law in action

Abstrakt

Artykuł podejmuje tematykę niskiego zainteresowania mediacją w sprawach karnych w praktyce polskiego wymiaru sprawiedliwości. Prezentuje badania nad przyczynami tego stanu rzeczy, tkwiącymi zarówno w niedoskonałych rozwiązaniach prawnych, jak i w postawach prawników i stron postępowania. Autorki, będąc mediatorkami w sprawach karnych, a równocześnie naukowo zajmując się prawem karnym i kryminologią, przeprowadziły serię pogłębionych wywiadów z praktykami: prokuratorami, sędziami, adwokatem i mediatorem z wykształceniem psychologicznym. W artykule sformułowano kilka postulatów dla ustawodawcy, które mogą okazać się cenne również poza polskim systemem prawnym, również dla mediatorów, sędziów i prokuratorów, zwłaszcza tych działających w obszarze kontynentalnego prawa karnego.

Słowa kluczowe: mediacja w sprawach karnych, sądy karne, sprawiedliwość naprawcza, prawo w działaniu

1. Introduction

Hardly anyone questions the assumptions of restorative justice, and mediation is its most popular tool in theory. Indeed, it seems very difficult to reject the need to remedy the damage resulting from a criminal offense and resolve the conflict related to it.¹ Opinions questioning the compensatory function of criminal law are also limited in number nowadays.² It has even been claimed that “there are no fundamental reasons which would stand against the inclusion of the ideals of restorative justice within the function of criminal law. Satisfying

¹ The idea of restorative justice is further explored in: P. Zawiejski, *Idea sprawiedliwości naprawczej*, [in:] T. Dukiet-Nagórska (ed.), *Idea sprawiedliwości naprawczej a zasady kontynentalnego prawa karnego*, Poltext, Warsaw 2016, pp. 11-24; W. Zalewski [in:] T. Kaczmarek (ed.), *Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, System Prawa Karnego, vol. 5, C.H. Beck, Warsaw 2017, Legalis.

² A cautious approach to this function is taken by, for instance, L. Tyszkiewicz, *Ogólne wiadomości o prawie karnym*, [in:] T. Dukiet-Nagórska (ed.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Wolters Kluwer Polska, Warsaw 2018, p. 30. A somewhat skeptical opinion on the possibility of satisfying the needs of the victim by way of criminal law is also expressed by M. Filar, *Pokrzywdzony (ofiara przestępstwa) w polskim prawie karnym materialnym*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2002, no 2, p. 28. The compensatory function is further discussed by A. Marek [in:] A. Marek (ed.), *Zagadnienia ogólne*, System Prawa Karnego, vol. 1, C.H. Beck, Warsaw 2010, Legalis

the needs of victims of crime, providing compensation, delivering social rehabilitation for the perpetrator, and ensuring a preventive and integrative impact on society are nothing new in criminal law.”³ Reconciling these assumptions with the principles of criminal law is by no means easy.⁴ However, it cannot be denied that modern criminal law – not only in Poland – is moving in that direction.⁵ On the institution of mediation itself, it is more common to hear enthusiastic rather than critical voices.⁶

In the Polish criminal law system, the institution of mediation has existed since 1997, but – as politicians point out – it has not taken root in the Polish justice system.⁷ Available data, presented in section 2 below, reflect the moderate use of mediation in criminal matters. The situation is surprising for several reasons. First, the benefits of mediation are widely acknowledged. Mediation benefits not only the perpetrator and the victim, but also the justice system and society as a whole.⁸ Conducting mediation facilitates the reintegration of the perpetrator into society, which is also expected to reduce recidivism rates.⁹ Second, the authorities in Poland have undertaken a wide range of initiatives to popularize mediation in penal matters, and those projects, at least seemingly, had the potential to produce the expected effect. They included both legislative solutions, as explained below, as well as broadly understood marketing or promotional endeavors. One such example is the projects that, until 2015, the Public Prosecutor General organized to mark the International Mediation Day.¹⁰ It is also worth noting that in 2004 the Senate of the Republic of Poland clearly decreed its willingness to shape criminal law giving consid-

³ W. Zalewski [in:] T. Kaczmarek (ed.), *Nauka o karze...*, Legalis.

⁴ Cf. T. Dukiet-Nagórska (ed.), *Idea sprawiedliwości naprawczej...*, loc.cit.; W. Zalewski [in:] T. Kaczmarek (ed.), *Nauka o karze...*, Legalis.

⁵ Cf. D. Sullivan, L. Tifft (ed.), *Handbook of Restorative Justice. A Global Perspective*, Routledge, London–New York 2006.

⁶ Cf. O. Sitarz, D. Lorek, *Spotkanie sceptyka i entuzjasty mediacji*, part I, „Edukacja Prawnicza” 2013, no 5, pp. 24–27.

⁷ Cf. speech – contribution to the discussion made by Deputy Head of the Department of Common Courts in the Ministry of Justice W. Dziuban, [statement during the discussion], [in:] *Konferencja naukowa „Mediacja w polskiej rzeczywistości (11 września 2002 r.)*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warsaw 2003, p. 110.

⁸ Cf. e.g. O. Sitarz, *O mediacji w ogólności*, [in:] O. Sitarz (ed.), *Metodyka pracy mediatora w sprawach karnych*, Difin, Warsaw 2015, pp. 34–38.

⁹ D. Szumiło-Kulczycka [in:] P. Hofmański (ed.), *Zagadnienia ogólne*, System Prawa Karnego, vol. I, part 2, C.H. Beck, Warsaw 2013, p. 385.

¹⁰ *Aktualności Prokuratury Krajowej*, <https://pk.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-prokuratury-krajowej/> [accessed: 15.11.2021].

eration to the paradigms of restorative justice.¹¹ Against this background, the main scientific problem that appears in this area is to find reasons for such a pessimistic view of mediation and its limited use in penal matters, as well as to propose specific solutions to change this situation.

The article presents the results of the research, which aimed at addressing the causes of the failure of mediation in penal matters in a comprehensive manner – using a variety of research methods: first, analysis of the legal texts and literature; second, analysis of the available empirical studies and developing a new empirical study based on interviews with practitioners. For the purpose of the present research, interviews in the form of an expert panel were conducted with: two judges, three prosecutors (including one prosecutor's trainee), an advocate, and experienced mediator with psychological education. This research tool has become a platform for discussion and an opportunity to exchange views between representatives of various legal professions, all of whom are participants and observers of the criminal process from different perspectives. Such an approach enabled confrontation of the scientists' views on the importance, place and role of mediation in criminal justice with the statements of practitioners. This also made it possible to assume high credibility and authority of the research results obtained, and above all, to provide a competent answer to the question of how to increase the number of criminal cases effectively referred to mediation.

In order to achieve the assumed effect, the considerations will be conducted according to a scheme that allows for a clear presentation of the entire issue. The substantive part will be opened by data illustrating the state of minimal use of the mediation institution in criminal trials. In search of an answer to the reasons for this state of affairs, first of all, the provisions of substantive and procedural criminal law relating to mediation will be analyzed. Later, the allegations raised in the literature regarding this institution will be presented, as well as assessing the legitimacy of the indicated reservations. The central element of the study is the statements of experts – entities actively participating in the criminal trial at its various stages – judges, prosecutors, advocate, and mediator. The complete study will be summarized by conclusions resulting from expert opinions and our proposals for changes in five areas: substantive criminal law, procedural law, so-called systemic law, executive law, and the area of non-legal measures.

¹¹ Uchwała Senatu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 3 czerwca 2004 r. w sprawie polityki karnej w Polsce [Resolution of the Senate of the Republic of Poland of 3 June 2004 in the Matter of Criminal Policy in Poland], M.P. 2004 No 26, item 431.

2. State of play: available data on the use of mediation in criminal trials

The available data on the use of mediation in criminal matters come from several sources, including: data gathered by the Ministry of Justice (1998–2018);¹² the final report on the study titled “Diagnosis of the State of Application of Mediation and the Reasons for its Low Popularity as Compared to that Expected”,¹³ research studies conducted in 2006 by T. Cielecki¹⁴ and in 2010 by L. Mazowiecka,¹⁵ also the authors own research from 2010,¹⁶ as well as from expert interviews presented in more detail in point 5.¹⁷

¹² See about mediation in criminal matters in 1998–2018: *Mediacje karne w latach 1998–2020*, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/> [accessed: 15.11.2021]; judgments (including convictions) in district and regional courts of first instance in 1997–2020 – *Osądzienia (w tym skazania) w I instancji w sądach rejonowych i w sądach okręgowych w latach 1997–2020*, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/> [accessed: 15.11.2021].

¹³ A. Rudolf, M. Cichowicz-Major, M. Matysiak, S. Pałka, W. Pieniążek, C. Przybył, *Diagnoza stanu stosowania mediacji oraz przyczyn zbyt niskiej w stosunku do oczekiwanej popularności mediacji*, Ministerstwo Sprawiedliwości, [Warsaw] 2015, p. 5, <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/inne> [accessed: 15.11.2021].

¹⁴ T. Cielecki, *Zarządzanie zmianą – refleksje o polityce kryminalnej w Polsce na tle wprowadzenia mediacji w prawie karnym*, „Mediator” 2006, no 1, p. 52–74.

¹⁵ L. Mazowiecka, *Opinie prokuratorów na temat mediacji na podstawie ankiety przeprowadzonej w 2010 r.*, [in:] L. Mazowiecka (ed.), *Mediacja karna jako instytucja ważna dla pokrzywdzonego*, Wolters Kluwer Polska, Warsaw 2013, p. 125.

¹⁶ O. Sitarz, A. Jaworska-Wieloch, D. Lorek, A. Sołtysiak-Blachnik, P. Zawiejski, *Mediacje karne w opiniach stron postępowania oraz sędziów i prokuratorów – wyniki badań ankietowych*. part I, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, no 3, p. 144, https://czpk.pl/dokumenty/zeszyty/2012/zeszyt3/Sitarz_O.,_Jaworska-Wieloch_A.,_Lorek_D._Mediacje_karne_w_opiniach_stron_postepowania_oraz_sedziow_i_prokuratorow-CZPKiNP-2012-z.3.pdf [accessed: 15.11.2021]; O. Sitarz, A. Jaworska-Wieloch, D. Lorek, A. Sołtysiak-Blachnik, P. Zawiejski, *Mediacje karne w opiniach stron postępowania oraz sędziów i prokuratorów – wyniki badań ankietowych*. part II, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, no 4, p. 140, https://www.czpk.pl/dokumenty/zeszyty/2012/zeszyt4/Sitarz_O.,_Jaworska-Wieloch_A.,_Lorek_D._Mediacje_karne_w_opiniach_stron_postepowania_oraz_sedziow_i_prokuratorow-CZPKiNP-2012-z.4.pdf [accessed: 15.11.2021].

¹⁷ A panel of experts convened at different times (June, July and September 2019) consisting of Judge Artur Kot of the District Court in Pszczyna, Judge of the Regional Court in Katowice, Advocate Łukasz Baj, Prosecutor Urszula Noras-Cema of the District Prosecutor’s Office in Pszczyna, Prosecutor Jakub Cema of the Regional Prosecutor’s Office in Katowice, Assessor Magdalena Dubas of the District Prosecutor’s Office in Tychy, as well as mediator, Ms. Aleksandra Skwara.

2.1. Data on the number of cases where mediation is used

The statistical data on mediation in criminal matters in 1998-2018 published by the Ministry of Justice¹⁸ makes for interesting reading, as it covers the entire period from the entry into force of the current Criminal Code¹⁹ (hereinafter abbreviated as CC), the Code of Criminal Procedure (hereinafter abbreviated as CCP²⁰) and the Criminal Executive Code²¹. The data show that from 1998 until 2006, the number of cases in common courts concluded as a result of mediation grew steadily, finally reach 5,052 proceedings per year in 2006. In view of the number of adults tried in 2006 in district and regional courts of first instance (543,580),²² 5,000 mediations only constitutes a very small percentage. Notably, since that point the number of mediations has never exceeded the magical level of 5,000 cases a year. In 2018, the number of cases in common courts concluded as a result of mediation was 3,859 against an overall number of judgments of 327,752. The number of cases closed by way of mediation in a given year therefore oscillates around 1% of adults brought to trial. It is difficult to consider this number a significant amount.

As a reference, one can consider the situation in Germany, where mediation has been conducted in penal matters since the early 1990s, and is more popular solution in penal cases than in other types of cases.²³ The German Ministry of Justice does not keep official statistics on mediation in penal matters, but collects voluntary reports from institutions dealing with victim – offender mediation.²⁴ The data thus collected are remarkably similar to the

18 *Mediacje karne w latach 1998–2020*, loc.cit.; also: E. Zielińska, J. Klimczak, *Zakres stosowania mediacji w sprawach karnych w praktyce wymiary sprawiedliwości*, IWS, Warsaw 2020, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2020/04/IWS_Zieli%C5%84ska-E.-Klimczak-J-Zakres-stosowania-mediacji-w-sprawach-karnych-w-praktyce-wymiaru-sprawiedliwo%C5%9Bci.pdf [accessed: 15.11.2021].

19 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 1997 No 88, item 553, as amended.

20 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. 1997 No 89, item 555, as amended.

21 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy, Dz.U. 1997 No 90, item 557, as amended.

22 *Oszędzenia (w tym skazania)*, loc.cit.

23 T. Trenczek, *Victim-Offender Mediation in Germany – ADR Under the Shadow of the Criminal Law?*, „Bond Law Review” 2001, vol. 13, no 2, p. 1. More about mediation in Germany in P. Tochtermann, *Mediation in Germany. The German Mediation Act – Alternative Dispute Resolution at the Crossroads*, [in:] K.J. Hopt, F. Steffek (eds.), *Mediation. Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford Scholarship, Oxford 2013, p. 521-584.

24 J.-M. Jehle, *Criminal Justice in Germany. Facts and Figures*, Federal Ministry of Justice, Berlin 2009, p. 39, <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/EN/Studien>

Polish statistics. “In 2002 the development reached its peak with 4,381 reported cases. Since the first collection round in 1993 the caseload of procedures considered suitable for conflict resolution has risen from 1,066 to 3,227 in 2005, i.e. it has tripled.”²⁵ In turn, Thomas Trenczek concludes on the basis of other research conducted in 1999 as follows:

During the last few years the total number of restitutive discontinuance of proceedings by public prosecutors and courts which may include restorative elements has risen from about 7,000 (6,798) in 1993 to 11,000 (10,865) in 1997 and maybe 15,000 today [2001]. Altogether this does not extend to more than five percent of all cases. Therefore, the practical use of restorative justice elements in German criminal proceedings, is correctly described as «stagnation on a low level».²⁶

Studies on mediation covering the years 2015–2016 show that the number of mediations reported (7,672) doubled in comparison with 2005, but this number still does not exceed a few percentage points of penal cases in Germany.²⁷ Poland is thus not the only country facing the problem of the low percentage of penal cases referred to mediation.

2.2. Data on the distribution of mediation in Poland

The research conducted by Tadeusz Cielecki in 2006²⁸ as well as our own study of 2010 revealed the unequal (island-like) pattern of distribution of mediation in penal matters within the country.²⁹ This may be further corroborated with the report prepared by Agnieszka Rudolf with the research team:

UntersuchungenFachbuecher/Criminal_Justice_in_Germany_Numbers_and_Facts.pdf?__blob=publicationFile&v=3 [accessed: 15.11.2021].

²⁵ Ibid.

²⁶ T. Trenczek, *Victim-Offender Mediation...*, p. 5.

²⁷ A. Hartmann, M. Schmidt, H.-J. Kerner, *Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleich-Statistik für die Jahrgänge 2015 und 2016*, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Bremen 2018, p. 8, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Berichte/TOA_in_Deutschland_2015_2016.pdf?__blob=publicationFile&v=1 [accessed: 15.11.2021].

²⁸ T. Cielecki, *Zarzadzanie zmianą...*, p. 52.

²⁹ O. Sitarz, A. Jaworska-Wieloch, D. Lorek, A. Sołtysiak-Blachnik, P. Zawiejski, *Mediacje karne w opiniach stron postępowania oraz sędziów i prokuratorów – wyniki badań ankietowych*, part I..., pp. 133-152; O. Sitarz, A. Jaworska-Wieloch, D. Lorek, A. Sołtysiak-Blachnik, P. Zawiejski, *Mediacje karne w opiniach stron postępowania oraz sędziów i prokuratorów – wyniki badań ankietowych*, part II..., pp. 123-148.

Attention should be drawn to the uneven distribution of values in particular regions. The popularity of mediation in the southern parts of the country may be noted, with the exception of commercial law proceedings where mediation is more often used in districts located in the northwest of the country.³⁰

2.3. Data on individual attitudes

On the basis of the survey conducted in 2009-2012, it was concluded that there are judges, prosecutors, and sometimes entire criminal court divisions or public prosecutor's offices quite willing and able to refer cases to mediation, whereas others never make use of it. Regrettably, the latter predominate.³¹

Similarly, whilst some of the practitioners we interviewed in 2019 were enthusiastically inclined to consensual solutions (including mediation), others did not see the need to refer cases to a mediator. Even the judge interviewed, who held a particularly consensual attitude, had referred only 6-7 cases to mediation in his entire professional career. Those were mainly partner conflicts, such as threat, stalking, abuse, which could generate further criminal and civil cases if not resolved. He initiated mediation in all such cases he could recall. At the same time, the district court he represents belongs to those which quite willingly make use of the services of a mediator in penal matters, and in 2017, the judges of that court referred as many as 30 criminal cases to mediation out of around 2,000 across the division. One year later, in 2018, it was only 14 cases. The judge attributed the relatively high popularity of mediation in his court to the efficiency of the mediator to whom the cases are referred. That is not the case with the appeals divisions. Although there are no formal obstacles to referring cases to mediation in the courts of second instance, the judges from the division represented by the interviewed judge do not make use of it at all. In her view, the parties are also focused on the judgment under appeal, and not on the crime itself and its consequences. This view is consistent with the A. Rudolf's report cited above, according to which "in 2014, regional courts

³⁰ A. Rudolf, M. Cichowicz-Major, M. Matysiak, S. Pałka, W. Pieniążek, C. Przybył, *Diagnoza stanu stosowania...*, p. 5.

³¹ This may be illustrated by the findings of the study conducted by L. Mazowiecka. In the years 2009-2012, 70% of all the cases referred to mediation at the level of preparatory proceedings came from the prosecutors of the Appellate Public Prosecutor's Office in Białystok – L. Mazowiecka, *Opinie...*, pp. 124-125.

referred parties to mediation only 7 times. Mediation was used in the regional court in Krakow (5 proceedings), in Białystok (1 case) and in Płock (1 case).³²

The prosecutors interviewed in 2019 encounter mediation in their own or their colleagues' practice even less frequently than the judges. The assessor from the public prosecutor's office interviewed 10 colleagues and the maximum number of cases referred to mediation by one prosecutor was 3, which was an isolated case; most of her colleagues never referred any case to mediation. The greater inclination of judges to refer cases to mediation in comparison with prosecutors can also be observed in mediation practice – both in our own and the interviewed mediator's. Nevertheless, the number of such cases still remains very low. This may again indicate that the situation in the environment of our interlocutors representing the public prosecutor's office is not unique. According to the Rudolf's report

The reporting data collected by the Public Prosecutor General's Office confirmed the low use of mediation in criminal law cases. The rate of the cases referred to mediation in 2011-2014 by public prosecutors at all levels ranged from 0,11% to 0,12%. The highest use of mediation was recorded in 2011 – that is 0,12% of cases went to mediation. Within four years, 5,056 cases were referred to mediation, of which 4,843 by a public prosecutor. Thus, authorities other than the public prosecutor, e.g. the police, used mediation only 213 times in 4 years. Over the years, a downward trend in the use of mediation can therefore be observed. In 2014, nearly 20% fewer cases went to mediation than in 2011; although it should be acknowledged that the total number of cases conducted during this time by public prosecutors also declined. Mediation was by far most frequently used at the level of district prosecutor's offices. In contrast, prosecutors at regional prosecutor's offices only sporadically referred cases to mediation – in the years 2010-2014, they only made use of this option four times (2011 – 1, 2012 – 2, 2014 – 1). Within the period under analysis, none of the appellate prosecutors had referred any case to mediation.³³

The disturbing statistics above indicate the need to critically examine the legal solutions that create conditions for mediation in penal cases. There is no

³² A. Rudolf, M. Cichowicz-Major, M. Matysiak, S. Pałka, W. Pieniążek, C. Przybył, *Diagnoza stanu stosowania...*, p. 17.

³³ Ibid.

doubt that some of the reasons for the low popularity of mediation in criminal cases can be found in defective legal solutions (procedural and substantive).

3. Polish legal regulations

Before moving forward to a short outline of the views expressed in the legal science on mediation, let us start with an analysis of the procedural and substantive criminal law in this respect.

3.1. Provisions of criminal procedure concerning mediation

Let us start with analysis of the procedural provisions concerning mediation in penal cases – with Art. 23a CCP, which seems to be of utmost importance. As of 1 July 2003, this provision replaced the repealed regulation of Art. 320 CCP, which associated mediation only with preparatory proceedings. Given the statistics cited, the amendment turned out to be revolutionary. Shortly after its entry into force,³⁴ a vast increase in the number of cases completed as a result of mediation was reported. The number of cases completed as a result of mediation in 2004 (3,569 cases) almost doubled in comparison to 2003 (1,858 cases) and more than tripled in relation to 2002 (1,021 cases).³⁵ It must be noted that the number of adults being tried by courts of first instance during those years did not increase as rapidly.³⁶ No other subsequent legislative measures produced such an effect; and the increase in the number of mediations came to an end in 2006, although still at a very low level as given above.

Currently the wording of Art. 23a CCP³⁷ reflects many postulates of theoreticians and practitioners involved in mediation. Together with the Regulation

³⁴ Ustawa z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych [Act of 10 January 2003 r. on the amendment to the Act – Code of Criminal Procedure, Act – Introductory Provisions of the Code of Criminal Procedure, Act on the Crown Witness and Act on the Protection of Classified Information], Dz.U. 2003 No 17, item 155.

³⁵ Data from *Mediacje karne w latach 1998–2018*, loc.cit.

³⁶ From 439,953 judgments in 2002 to 579,911 judgements in 2004 – *Osądzzenia (w tym skazania)...*, loc.cit.

³⁷ „Art. 23a.

§ 1. The court or court clerk, or prosecutor in the preparatory proceedings or other organ conducting the proceedings may on the initiative or with consent of the accused person and the victim refer the case to an institution or an authorized person to conduct a mediation procedure between the victim and the accused person of which it instructs them providing

of the Minister of Justice of 7 May 2015 on Mediation in Penal Matters,³⁸ it creates a procedural framework for mediation which, despite its certain drawbacks, seems to be fairly functional and not overregulated.³⁹ Moreover, the practitioners reviewed during the panel of experts also expressed a positive opinion of that provision. It must be admitted that the provision does not raise doubts of a fundamental nature. Successful mediation proceedings may lead to a situation where the perpetrator will not be held criminally responsible. Moreover, the mediation agreements violate the principle of material truth.⁴⁰

Such an argument may be seen as a legal drawback, which may have impact on the use of mediation.

The analysis of the normative basis of mediation in penal matters as a whole revealed one major drawback. Pursuant to Art. 23a § 7, “mediation proceedings shall be conducted in an impartial and confidential manner.” Insofar as the issue of impartiality concerns above all the attitude of the

information regarding the aim and rules of mediation procedure, including the contents of Art. 178a.

§ 2. The mediation procedure shall not take longer than one month and its period is not counted towards the duration of the preparatory proceedings.

§ 3. The mediation procedure may not be conducted by a person to whom in a given case circumstances defined in Art. 40 and Art. 41 § 1 arise, or by a professionally active judge, prosecutor, assessor from a prosecutor’s office, trainee in these professions, lay judge, court clerk, assistant of a judge or a prosecutor or officer of an institution authorized to prosecute offenses. Provision of Art. 42 shall apply accordingly.

§ 4. The participation of the accused person and the victim in mediation proceedings is voluntary. The consent to participate in mediation proceedings is received by the body referring the matter to mediation or the mediator, after explaining to the accused person and the victim the aims and principles of mediation proceedings and instructing them on the possibility of withdrawing that consent until the end of mediation procedure.

§ 5. The mediator shall have access to the case file to the extent necessary to conduct the mediation procedure.

§ 6. After the conclusion of mediation procedure, the institution or an authorized person shall draw up a report on its results. The report shall be accompanied by the settlement agreement signed by the accused person, the victim and the mediator, if it is concluded.

§ 7. The mediation procedure shall be conducted in an impartial and confidential manner.”

³⁸ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 maja 2015 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych, Dz.U. 2015, item 716.

³⁹ Cf. D. Bek, O. Sitarz, *Uwagi do rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 maja 2015 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych*, „Prokuratura i Prawo” 2016, no 4, pp. 144-158.

⁴⁰ K. Pachnik, *Instytucja mediacji karnej w prawie polskim*, „Zeszyty Prawnicze” 2012, no 3, p. 153, https://bazhum.muzhp.pl/media/files/Zeszyty_Prawnicze/Zeszyty_Prawnicze-r2012-t12-n3/Zeszyty_Prawnicze-r2012-t12-n3-s151-163/Zeszyty_Prawnicze-r2012-t12-n3-s151-163.pdf [accessed: 15.11.2021].

mediator, and is safeguarded by properly applied provisions on exemptions (Art. 23a § 3 CCP in connection with Art. 40-42 CCP), the principle of confidentiality is not so adequately protected. Assuming that only the mediator is obliged to maintain confidentiality, it can then not be said that the protection is adequate. First, the mediator is to guarantee the proper performance of his/her duties (§ 4 point 7 of the Regulation of the Minister of Justice on mediation proceedings in penal matters), and improper performance of duties may result in removal from the list of mediators (§ 7 item 3). Second, pursuant to Art. 178a CCP, “a mediator shall not be heard as a witness as to the facts which s/he learned from the accused person or the victim whilst conducting mediation proceedings.” The exception is particularly serious crimes covered by the general denunciation obligation provided for in Art. 240 CC. Such a narrow understanding of the principle of confidentiality is dysfunctional and runs contrary to the essence of mediation. Given that only the mediator is obliged to preserve confidentiality, nothing prevents the parties, on their own initiative or upon request of the authority conducting the proceedings, from disclosing the details of mediation. This risk in particular occurs in the absence of a settlement agreement. A victim who did not receive satisfactory compensation may in subsequent proceedings make use of the declarations made by the accused person in the course of mediation talks. Worse still, the victim may disclose (and even record) that, e.g. the accused person who refused to give evidence in the courtroom openly admitted their guilt during a mediation meeting. The accused person may also be interested in disclosing the contents of the talks if the victim admits to having significantly contributed to the offense or the extent of the damage.

The practitioners interviewed in the present panel mentioned several doubts. The interviewed advocate – although they stated that this situation is not the main problem discouraging the parties from mediation, and were backed up by the judge, who declared that testimony and even a victim’s recordings regarding the course of mediation would constitute “weak evidence” for him – claimed that it also cannot be ruled out that such evidence would be significant in the course of proceedings. The assessor from the public prosecutor’s office admitted that prosecutors would make use of such evidence. It can therefore be postulated that the prohibition on admitting evidence should also cover forms of determining the course of mediation beyond the mediation hearing, apart from the contents of the report and possible settlement agreement.

Despite the identified shortcomings, it can be concluded that the procedural shape of mediation does not raise a great many concerns. The reasons for its low popularity are possibly attributable to substantive legal regulations. In any event, any discussion of those shortcomings should be preceded by an examination of the criminal law institutions that promote mediation in general.

3.2. Substantive criminal law provisions on the use of mediation

The Criminal Code mentions mediation only once – in Art. 53 § 3. Pursuant to this provision, “when imposing a penalty, the court shall also take into account the positive results of mediation between the victim and the perpetrator or the settlement agreement between them in proceedings before the court or the prosecutor.” The court is not bound by the settlement agreement, but this cannot be considered a defect of the regulation. Satisfying the will of the victim is not, and in many cases cannot be, the main objective of criminal justice. The court should not undermine the agreement of the parties in its judgment,⁴¹ and assuming the good will of the judge, such a guarantee can be considered sufficient.

Considering the wish of the parties expressed in the settlement agreement, the court may resort to the obligation to remedy the damage or compensate for the harm suffered. This obligation may be imposed on several legal grounds; however, the greatest importance is attached to the compensation obligation under Art. 46 § 1 CC. The reference to civil law included in Art. 46 § 1 allows the judge to use all the possibilities provided in the Civil Code for the injured party. However, the wording of the reference is so vague that it is difficult to determine what provisions of civil law are in fact applicable (only the provisions on pensions are explicitly excluded), which will be referred to further below. Moreover, it is difficult to determine precisely the nature of the compensatory measure. Although the legislator requires that the provisions of civil law be applied and, pursuant to Art. 56 CC, removes the compensatory obligation from the rules of imposing the penalty; it is hard to deny that a compensatory measure can be a reaction to a crime, sometimes the only one (the provision of Art. 59 CC allows for refraining from imposing a penalty in the case of minor offenses if simultaneously, for instance, a compensatory measure is applied). As regards the issue under analysis, it is worth emphasizing that the measure under Art. 46 § 1 CC is imposed upon request of the victim or ex officio. It can

⁴¹ The subject is discussed in more detail in D. Bek, *Wpływ ugody mediacyjnej na kształt reakcji prawnokarnej*, [in:] T. Dukiet-Nagórska (ed.), *Idea sprawiedliwości naprawczej...*, pp. 87-88.

therefore be used in connection with the contents of the mediation settlement agreement or totally independently in a case where the parties did not enter mediation or conclude a settlement agreement, and even when the victim did not express the will to obtain indemnity or compensation. The compensatory measure can thus become an instrument of restorative justice,⁴² but it is independent of mediation and does not give an incentive for its use.

In the context of a mediation settlement agreement, a comparable role is given to probationary obligations for years associated with restorative justice. When imposing a probation measure, the court may and, in certain cases, must impose on the perpetrator at least one of the obligations under Art. 72 § 1 CC. Some of these obligations may correspond to the contents of the settlement agreement. Note should also be taken of the possibility of imposing “other appropriate actions during the trial period that may prevent a repeat offense” provided for in point 8. Such an open, flexible formula creates conditions for taking into account an offender’s unusual obligations undertaken during mediation. However, the court has the option of individualizing the obligations even where the case does not go to mediation or no settlement agreement has been reached. Provided that the court pays interest to the profile of the accused person and the victim’s needs, it is able to select the obligations in such a manner as to promote the social rehabilitation of the perpetrator and facilitate relations with the victim. The contents of a settlement agreement may thus potentially make it easier for the judge to select probationary obligations. This relation was emphasized by the interviewed judge.

One institution that explicitly refers to the agreement of the parties is the extraordinary mitigation of penalty. Pursuant to Art. 60 § 2 CC, the court may reach for this institution, among others,

in particularly justified cases, where even the lowest penalty provided for an offense would be disproportionately severe, in particular: 1) if the victim reconciled with the perpetrator, the damage was repaired or the victim and the perpetrator agreed on a method of repairing the damage, 2) on the grounds of the perpetrator’s attitude, in particular where he made efforts to repair or prevent damage.

A mediation settlement agreement may therefore serve as a pretext for an extraordinary mitigation of penalty.⁴³ Again, however, the court has the option of applying this mechanism also in other situations when it considers that

⁴² Cf. D. Bek, *Wpływ...*, pp. 113-117.

⁴³ Cf. *ibid*, pp. 110-113

“a penalty for an offense would be disproportionately severe”, for instance, when reconciliation and redress occurred without the use of mediation.

When discussing the substantive conditions for the functioning of mediation, mention should also be made of those provisions which showed a strong connection with restorative justice, but which were repealed. The most important of these is the provision of Art. 59a CC⁴⁴ referred to in the literature as compensatory or restitutive discontinuance, or alternatively, consensual discontinuance.⁴⁵ This institution under Art. 59a CC was indicated by virtually all participants of the expert panel discussion as a solution that is currently missing in the Polish criminal law system, and as one which would increase the number of criminal cases referred to mediation.⁴⁶

The second provision related to mediation was Art. 66 § 3 CC, repealed on 1 July 2015.⁴⁷ Whereas currently conditional discontinuance may formally apply to proceedings on any offense punishable with a penalty of a maximum of 5 years of imprisonment, before the amendment, such a possibility existed only “in the case where the victim reconciled with the perpetrator, the latter redressed the damage or the victim and perpetrator agreed on a method of redressing the damage.” In the absence of reconciliation, it was only possi-

⁴⁴ „Art. 59a

§ 1. If before the commencement of the trial in the first instance, the perpetrator who had not previously been convicted of an intentional crime with the use of violence reconciled with the victim, in particular as a result of mediation, and repaired the damage or compensated for the harm suffered, criminal proceedings for an offense punishable with a penalty of a maximum of 3 years of imprisonment, as well as for an offense against property punishable with a penalty of a maximum of 5 years of imprisonment, and for the offense specified in art. 157 § 1 shall be discontinued upon request of the victim.

§ 2. If the act was committed to the detriment of more than one victim, a pre-requisite for the application of § 1 is reconciliation, redress of the damage by the perpetrator and compensation for the harm caused to all victims.

§ 3. The provision of § 1 shall not apply in the case where a special circumstance justifying that discontinuance of the proceedings would be contrary to the need to achieve the purposes of the penalty arises.”

⁴⁵ Cf. A. Lach, *Umorzenie postępowania karnego na podstawie art. 59a k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2015, no 1-2, p. 137. The term „restitutive discontinuance” is not successful due to the unjustified narrowing of the corrective nature of that institution solely to the restoration of the state prior to the damage.

⁴⁶ This was pointed out equally by the judge, the second prosecutor and advocate. Even the first prosecutor participating in the expert panel discussion, although somewhat cautious about Art. 59a CC, eventually admitted that it was a sensible solution.

⁴⁷ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw [Act of 27 September 2013 on the amendment to the Act – Code of Criminal Procedure and some other acts], Dz.U. 2013, item 1247, as amended.

ble to discontinue proceedings for an offense punishable with a penalty of a maximum of 3 years of imprisonment. Although reconciliation and redress could be achieved without the mediator's participation,⁴⁸ conditional discontinuance is an institution that significantly reduces the severity of the criminal law response, and a successful mediation reinforced the court's belief that the perpetrator deserved such relief. The strong link between that solution and mediation was repeatedly pointed out by the district court judge during the expert panel discussion. Deletion of Art. 66 § 3 CC combined with an amendment to Art. 66 § 2 CC obviously did not exclude the possibility of applying conditional discontinuance as a result of the conclusion of a mediation settlement agreement by the parties; however, it led to the situation where mediation became a "neutral institution" as regards conditional discontinuance.⁴⁹ That legislative amendment had a strong connection with the introduction of the aforementioned compensatory discontinuance. However, when Art. 59a CC was repealed a few months later, Art. 66 § 3 CC was not reintroduced.

Solutions that can make mediation attractive to those involved in the proceedings can also be sought on the border between substantive and procedural issues. It has long been known that these issues have become intertwined. In this area, special modes of prosecution (upon request and private prosecution) and consensual modes come to the fore.

Both private prosecutions and prosecution upon request are exceptions to the rule of prosecuting crimes *ex officio*. The uniqueness of such exceptions lies in the fact that to a large extent they leave the victim to decide on whether prosecution and punishment of the offender are necessary. More importantly, in both cases, though to a different extent, the victim may also make a decision to terminate the proceedings. Under the private prosecution procedure, Art. 489 § 2 CCP provides for the option of replacing conciliatory proceedings with mediation. Reconciliation of the parties, also within the framework of mediation, leads to a discontinuance of the proceedings (Art. 492 CCP). Mediation completed with a settlement agreement is therefore formally one of the methods of ending criminal proceedings in private prosecutions. Mediation does not feature so prominently under the public prosecution procedure upon request. Nonetheless, reconciliation of the parties and redress of the damage increase the likelihood that the victim will decide to withdraw the request. Cases where the withdrawal of the request is preceded by fruitful mediation

⁴⁸ Cf. D. Bek, O. Sitarz, *Mediacja w sprawach karnych – krok po kroku*, [in:] O. Sitarz (ed.), *Metodyka pracy mediatora w sprawach karnych*, Difin, Warsaw 2015, pp. 142-143.

⁴⁹ The subject is discussed in more detail in D. Bek, *Wpływ...*, pp. 103-107.

also increase the likelihood that the authority conducting the proceedings will not exercise its right of refusal of permission to withdraw the request (Art. 12 § 3 CCP).⁵⁰

The interviewed judges and prosecutors interviewed in the present survey panel emphasized that private prosecutions and prosecutions upon request provide incentives for using mediation. However, there can be no denying that cases prosecuted ex officio tend to prevail in the Criminal Code and also in the practice of the police, prosecutor's offices and courts.

Procedural agreements such as those provided in Art. 335 CCP (so-called conviction without conducting a trial), Art. 338a CCP and Art. 387 CCP (so-called voluntary submission to criminal liability) tend to be associated with mediation. These institutions allow for a much simpler and faster completion of criminal proceedings with a conviction often more lenient than in the normal course. They primarily assume the conclusion of an agreement of the accused person with the public prosecutor⁵¹ and are subject to court approval. Notably, all of them also take into account the interest of the victim⁵² and none of them is available to perpetrators of serious crimes.

As regards the mode envisaged in Art. 335 CCP, the penalties and other criminal measures requested by the prosecutor are to be agreed with the accused person and must also take into account the "legally protected interests of the victim" (Art. 335 § 1 i 2 CCP). Verification of this premise requires agreement with the victim, but does not require mediation. Moreover, the prosecutor can act as an intermediary between the perpetrator and the victim and offer the accused person such criminal and compensatory measures as are in line with the expectations of the victim of the crime. Therefore, it may be that before submitting the request envisaged in Art. 335 CCP, the perpetrator and the victim have concluded a settlement agreement in mediation proceedings and the request takes that into account or, conversely, they did not in fact directly talk to each other, and only the prosecutor took heed of the victim's interest. In practice, the latter situation clearly prevails. It is also important that pursuant to Art. 343 CCP, "the court may make the granting of the request referred to

⁵⁰ Cf. for more detail D. Bek, O. Sitarz, *Mediacja...*, pp. 141-142.

⁵¹ Cf. e.g. S. Waltoś, *Dopuszczalność porozumiewania się i uzgadniania rozstrzygnięć przez uczestników postępowania karnego w świetle polskiej procedury karnej*, [in:] A. Szwarc (ed.), *Porozumiewanie się i uzgadnianie rozstrzygnięć przez uczestników postępowania karnego*, Polski Dom Wydawniczy Ławica, Warsaw-Poznań 1993, pp. 50-51; K. Girdwoyń, *Konsensualny wymiar kary. Instytucje powszechnego procesu karnego*, Liber, Warsaw 2006, p. 22.

⁵² Cf. for more detail D. Bek, A. Jaworska-Wieloch, O. Sitarz, *Kształtowanie środków penalnych a prawo pokrzywdzonego i sprawcy do samostanowienia*, C.H. Beck, Warsaw 2019.

in Art. 335 dependent on redressing the damage in whole or in part, or the compensation for the harm suffered”, whilst simultaneously it must reject the request if the victim opposes it. Thus the victim’s interest is again secured, but without the need for involving a mediator. The interviewed prosecutor even pointed out that thanks to the institution of conviction without conducting a trial, she did not see a need to make use of mediation.

Art. 343a CCP, specifying the consequences of submitting the request under Art. 338a CCP, requires in § 2 that the provision of Art. 343 should apply accordingly. Although the “appropriate” application always leaves certain doubts, it seems that the absence of any objections of the victim and the possibility of making the acceptance of the request dependent on redressing the damage will also apply to the request provided in Art. 338a CCP.⁵³ In contrast, pursuant to Art. 387 § 2 CCP concerning the request from Art. 387 § 1 CCP, “the request can only be granted where the prosecutor as well as the victim duly notified of the date of the trial and advised of the possibility of the accused person submitting that request do not object thereto.” Thus, consensual modes related to the voluntary submission to a penalty include a mechanism which protects the victim. The absence of objections by the victim will become most firmly established if the conflict with the perpetrator has already been resolved, e.g. by way of mediation. Yet again the necessity to conduct mediation is not foreseen.

A review of generally applicable law regulations related to mediation in penal matters shows that many of them are in fact open to mediation, although they do not require it.⁵⁴ Thus they should not be viewed as the main obstacles to the use of the mediation in the penal matters. It is therefore necessary to examine other arguments from the literature and survey of practitioners concerning those features of mediation, mediation proceedings or other legal and organizational solutions, which could hamper the use of mediation in a larger number.

⁵³ Cf. W. Jasiński [in:] J. Skorupka (ed.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warsaw 2018, Legalis; M. Królikowski, A. Sakowicz [in:] A. Sakowicz (ed.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warsaw 2015, Legalis.

⁵⁴ Positive assessment of material and process solutions: E. Kruk, *Mediation as One of the Forms of Resolving Conflicts in Offence Cases*, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2018, vol. 27, no 3, pp. 89-108.

4. Critical views on mediation in criminal cases

The search for reasons of non-use of mediation in criminal matters – other than stemming from its legal framework – should start with arguments of systemic character, including the allegation that mediation undermines the foundations of traditional justice. In the view of Monika Płatek, ten centuries of the ruler's command over conflict exercised in his particular interest (understood as respect for the law established by the entity exercising power) "explain the resistance that victims and their interests encounter in the courtroom". As Płatek claims, in Poland this effect is reinforced by the period of socialist realism which disregarded the individual.⁵⁵ Another argument is that mediation "privatizes" the justice system and that private agreements may weaken the impact of legislation, which is imbued with the same spirit.⁵⁶ A further allegation is that mediation trivializes the crime by reducing the process that follows after the commission of an act to a meeting and conversation between the parties and the arrangements made, which removes all the evil that has occurred from the whole matter and turns a crime into a problem. As Monika Płatek recalls, critics see mediation as a form of decriminalizing violence committed by men, returning it to the sphere of private affairs.⁵⁷

An important argument is also the thesis that the assumptions of the mediation procedure provided for in Art. 23a of the Code of Criminal Procedure do not harmonize with the guiding principles of the process defined in Section I of the Code of Criminal Procedure. In a criminal case, the institution of mediation is in opposition to many guiding procedural principles, including the direction of material truth. R. Kmiecik argues that mediation cannot be a procedural instrument that destroys the criminal trial's objectives.⁵⁸ Successful mediation proceedings may lead to a situation where the perpetrator will not be held criminally responsible. Moreover, the agreements violate the principle of material truth.⁵⁹

⁵⁵ M. Płatek, *Mediacja w postępowaniu wykonawczym. Argumenty zgłoszone na rzecz i przeciw mediacji na tle doświadczeń międzynarodowych*, [in:] *Konferencja naukowa...*, p. 53.

⁵⁶ M. Skibińska, *Zalety i wady mediacji jako sposobu rozwiązywania sporów cywilnych*, „ADR Arbitraż i Mediacja” 2010, no 3(11), p. 109.

⁵⁷ M. Płatek, *Mediacja...*, pp. 58-59.

⁵⁸ R. Kmiecik, *Mediacja jako procesowa forma kształtowania podstaw rozstrzygnięć probacyjnych*, [in:] M. Lipińska, R. Stawicki (ed.), *Zapobieganie i zwalczanie przestępczości w Polsce przy zastosowaniu probacyjnych środków karania. Materiały z konferencji zorganizowanej przez Komisję Ustawodawstwa i Praworządności pod patronatem Marszałka Senatu RP Longina Pastusiaka 1–2.12.2003*, Senat RP, Warsaw 2004, p. 370.

⁵⁹ K. Pachnik, *Instytucja mediacji karnej...*, p. 153.

The concern over whether mediation efficiently prevents secondary victimization is also invoked. In this context, the position of the Council of Europe expressed in Recommendation No R (99) 19 of the Committee of Ministers was recalled, pursuant to which:

the reference to the European Convention on Human Rights in the preamble underlines the need to protect the fundamental rights. Mediation introduces more flexibility to criminal justice. In some cases, this entails the risk of overlooking or disregarding some of the common principles that protect individual rights. Mediation should therefore be combined with the guarantees listed in the European Convention on Human Rights.⁶⁰

Therefore, the Council of Europe is concerned that the increased autonomy of the parties may expose the aggrieved party to further harm on the part of the perpetrator.

Attention has also been drawn to a systemic problem with the management of change, concluding that there was no procedure for introducing mediation into law enforcement and the justice system. It was noted that the process is conducted in a completely arbitrary manner, supported mainly by social institutions, the scientific community and a handful of enthusiastically inclined judges and prosecutors. The research carried out provided a basis for assessing the control of the process of change as extremely weak, in nature more adaptive than planned.⁶¹

As far back as 2003, the lack of popularization of mediation at the time both among judges, prosecutors and society at large was the main reason given for the low number of mediations in penal matters.⁶² Meanwhile, on the basis of his research, Grzegorz Skrobotowicz pointed to routines and an aversion to new legal solutions in the context of the “problem of full use of mediation institutions”.⁶³

⁶⁰ L. Mazowiecka, *Prawa człowieka i praworządność: mediacja a prokurator*, [in:] L. Mazowiecka (ed.), *Mediacja. Księga dedykowana pamięci Pani dr Janiny Waluk*, Wolters Kluwer, Warsaw 2009, p. 164.

⁶¹ T. Cielecki, *Bezdroża mediacji III*, [in:] P. Malinowski, H. Duszka-Jakimko, A. Suchorska (ed.), *Wokół praktycznych i teoretycznych aspektów mediacji*, AT Wydawnictwo, Kraków 2015, pp. 138-143.

⁶² A. Rękas, *Mediacja w praktyce wymiaru sprawiedliwości – szanse i zagrożenia*, [in:] *Konferencja naukowa...*, pp. 24-25. See also the opinions of the other speakers at the conference.

⁶³ G.A. Skrobotowicz, *Mediacja karna w świetle badań*, Katolicki Uniwersytet Lubelski, Lublin 2017, p. 295.

As an argument against mediation in penal matters, it is occasionally pointed out that reconciliation of the perpetrator with the victim does not need to be formalized,⁶⁴ which should be understood as there being no requirement to conduct mediation in the manner provided for by law.

A peculiar kind of obstacle to referring cases to mediation certainly includes the very criteria for referral to mediation, given that they must necessarily be of a restrictive nature. Since the criteria are not normative, the list is created based on scant available publications or limited personal experience and practice. Ireneusz Dziugieł presented a fairly precise list of criteria with reasons stated. He identified factual complexity (being related within the material or personal scope) as an obstacle, in addition to situations where one or several offenses involve different victims. The belief that essentially only simple cases (“uncomplicated in fact or in law, and cases not involving several persons”) are suitable for mediation is probably quite common in prosecutor’s offices.⁶⁵ Paradoxically, Ireneusz Dziugieł also expressed his reservations regarding whether simple cases should be referred to mediation, due to the length of time required for conducting mediation proceedings.⁶⁶ Another highly intriguing limitation indicated by Dziugieł is the criterion of evidence, which should be closely related to the stage of preparatory proceedings. In his view, the early phase of the *in personam* proceedings does not allow for the consideration of a possible request from the parties to refer the case to mediation, or for the prosecutor to take such an initiative on the grounds of only “probable perpetration”, which does not in itself imply that the case will be referred to the court for judgement. In the opinion of Ireneusz Dziugieł, the decision to refer a case to mediation can only be made where, in the light of the collected evidence, the circumstances of the case do not raise any doubts. Finally, it is worth mentioning the final criterion specified by the author – the receptivity of the parties to the conflict to mediation. Referring to research, the author pointed out that little or no receptivity to mediation is displayed by primitive suspects with a low level of empathy, showing antagonism to victims and characterized by a high level of aggression, as well as by

⁶⁴ T. Bulenda, *Problem mediacji w wykonywaniu kar kryminalnych i środków karnych*, [in:] *Konferencja naukowa...*, p. 104.

⁶⁵ C. Kąkol, *Dlaczego kieruje sprawy do postępowania mediacyjnego?*, „Prokuratura i Prawo” 2011, no 1, p. 143. The author is a prosecutor from the District Public Prosecutor’s Office in Żary and won the competition launched by the Public Prosecutor General for a publication on mediation.

⁶⁶ I. Dziugieł, *Mediacja w postępowaniu przygotowawczym*, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Policji, Szczytno 2004, pp. 30-34.

intolerant and uncompromising victims who adopt a demanding attitude.⁶⁷ Likewise, Wojciech Dziuban developed a specific list of matters unsuitable for mediation, indicating that the group includes traffic offenses (in most cases there are no victims), crimes against property, crimes related to failure to meet maintenance obligations (the offender either has no financial means or does not intend to make payments at all). Wojciech Dziuban sees the greatest potential for mediation in cases of abuse, stating that in such cases too, the victim's resistance is justified. On the whole, in his opinion, there is relatively little scope for mediation and it can only be used in approximately 5% of the cases that reach courts.⁶⁸

Obstacles of a legal nature lead to the allegation that in the case of prosecutions upon request of the victim, there is also no possibility to suspend criminal proceedings until the settlement agreement provisions are implemented. The lack of any instruments to enforce them, as well as the fact that discontinued proceedings cannot be resumed, mean that victims may fear that their harm will not be remedied.⁶⁹

Teodor Bulenda drew attention to the risks linked to the possibility of abuse of the law in the event of mediation at the stage of enforcement proceedings, recommending that the relevant provisions be set out in such a manner as to minimize or eliminate such risks.⁷⁰ Similar concerns were raised by the provision of Art. 59a CC, which entailed the risk of pressure being put on the victim.⁷¹ It is the weaker position of the victim that may pose a threat to mediation through secondary victimization. More specifically, while defining the weaker position, Magdalena Skibińska refers to the economic aspect and also mentions a lower level of knowledge of the law, psychological and tactical preparation to conduct negotiations and exert pressure, due to personality or understanding of facts. She even recalls the postulate of a new mediation model, the so-called *feminist-informed model*,⁷² constructed on the basis of the postulates of feminist movements.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Speech – contribution to the discussion by W. Dziuban [in:] *Konferencja naukowa...*, pp. 110-112.

⁶⁹ A. Rudolf, M. Cichowicz-Major, M. Matysiak, S. Pałka, W. Pieniążek, C. Przybył, *Diagnoza stanu stosowania...*, p. 29.

⁷⁰ T. Bulenda, *Problem mediacji...*, pp. 101-102.

⁷¹ Cf. i.a.: M.T. Białek, *Mediacja w praktyce prokuratorskiej*, [in:] P. Malinowski, H. Duszka-Jakimko, A. Suchorska (ed.), *Wokół praktycznych i teoretycznych aspektów mediacji*, AT Wydawnictwo, Kraków 2015, pp. 122-123.

⁷² M. Skibińska, *Zalety i wady...*, p. 107.

Possible explanations for the small number of cases referred to mediation also include the low substantive level of the concluded settlement agreements and, though indirectly linked to the indicated cause, the insufficient requirements regarding the qualifications of mediators.⁷³

As can be seen from the above the literature offers an important indication that will be extensively discussed here in the section on the expert practitioner panel discussion and which has been referred to above. As Lidia Mazowiecka noted, although the legislator mentions mediation as a possible mode of reaching an agreement between the parties, at the same time it permits other means to this goal which are beyond anyone's control. Lidia Mazowiecka therefore assumes that, as has been the case so far, the use of mediation will not be in the interest of the procedural body.⁷⁴ Surely, this should not be regarded as a disadvantage of mediation itself, although in anticipation of future comments it needs to be noted that this may partially explain the small number of cases referred to mediation. Similarly, the results of the research conducted by the Ministry of Justice as part of the project "Diagnosis of the State of Application of Mediation and the Reasons for its Low Popularity as Compared to that Expected" indicate that the barrier to referring cases to mediation is the belief of judges and prosecutors in their own conciliatory abilities as well as their fixed patterns of thinking and conducting proceedings, which are not very conducive to referring cases to mediation. Moreover, as shown by the aforementioned research, judges are mainly decision-oriented and focus on delivering a judgment and not on resolving a conflict for the future,⁷⁵ which implies a lack of recognition for mediation as such. In the light of the cited research, representatives of the parties have not show much interest in mediation either.⁷⁶ The above data correspond to the results of the research conducted by Wojciech Zalewski, who found that in the opinion of 77% of the mediators under survey, judges and prosecutors did not show an understanding of the importance of mediation.⁷⁷

⁷³ A. Rudolf, M. Cichowicz-Major, M. Matysiak, S. Pałka, W. Pieniążek, C. Przybył, *Diagnoza stanu stosowania...*, p. 23.

⁷⁴ L. Mazowiecka, *Szanse na mediację w postępowaniu przygotowawczym*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 10, p. 95.

⁷⁵ A. Rudolf, M. Cichowicz-Major, M. Matysiak, S. Pałka, W. Pieniążek, C. Przybył, *Diagnoza stanu stosowania...*, p. 20.

⁷⁶ Ibid, pp. 36-37.

⁷⁷ W. Zalewski, *Mediacja w polskim prawie karnym – teoria i praktyka*, „Przegląd Sądowy” 2003, no 6, p. 92

The above information indicating the weaknesses of mediation should be complemented with opinions expressed by the “participants” in mediation proceedings obtained as part of the previously mentioned research conducted in 2010. From the perspective of the victims (real and potential) and perpetrators, the only problem preventing them from participating in mediation was a general lack of information on mediation. In the 2010 research, as many as 81% of convicts said they did not know about the possibility of mediation at all. The results concerning judges and prosecutors were even more worrying – as many as 64% admitted that they had not referred any case to mediation in the last 3 years. The reasons provided for this state of affairs are extremely important: most often (29% of responses) it was stated that the cases in their division “were not suitable”,⁷⁸ whereas as much as 21% of respondents indicated negative procedural / functional effects of mediation – lengthy proceedings, increase in costs. The third important reason indicated by the respondents turned out to be deficiencies in law – no possibility of discontinuance or refraining from imposing a penalty (19% of responses). When invited to submit their own proposals for amendments to the existing law in this regard, the respondents brought forward several proposals, including the possibility to discontinue proceedings at the pre-trial stage, not reporting cases referred to mediation in statistics as “in progress”, enhancing the influence of the victim on the contents of the judgment, rewarding the perpetrator after reaching a settlement agreement through the possibility of applying the extraordinary mitigation of penalty, mandatory mediation in cases of private prosecution and infractions, an obligation imposed on police to inform the parties of the possibility of mediation at the first procedural stage. At the same time, removing mediation from criminal law institutions was also proposed.

Similar studies were carried out in 2009–2012 by Lidia Mazowiecka. She asked prosecutors to assess the usefulness of mediation. In short, prosecutors recognized that mediation is an institution primarily useful for the accused person (47% of prosecutors), the victim (44% of prosecutors) and the public (40% of prosecutors). In the opinion of 30% of the prosecutors, it is least useful for the justice system.⁷⁹ This means that even at the declaratory level, more than half of prosecutors do not recognize the real strengths of mediation. The

⁷⁸ In a study conducted by Tadeusz Cielecki, as many as 65% of respondents expressed the opinion that they handle cases unsuitable for mediation – T. Cielecki, *Zarządzanie zmianą...*, pp. 62–63.

⁷⁹ L. Mazowiecka, *Opinie prokuratorów na temat mediacji na podstawie ankiety przeprowadzonej w 2010 r.*, [in:] L. Mazowiecka (ed.), *Mediacja karna jako instytucja ważna dla pokrzywdzonego*, Wolters Kluwer Polska, Warsaw 2013, p. 125

lack of faith in the efficiency of mediation was confirmed by the surveyed prosecutors in their responses to the question concerning the reasons for not referring cases to mediation. To be specific, 32% of respondents said that the reason lies in the low efficiency of mediation, its inappropriateness, as well as in the lack of relevant cases in their division. It is worth noting that in the cited studies, among the reasons for not referring cases to mediation, accounting for almost 12% in total, the prosecutors pointed to: lack of time, excessive work, lack of private prosecution cases, existence of the principle of legalism, absence of that practice, unpreparedness of society as a whole for that institution and lack of an appropriate policy of directors of the prosecutor's offices.⁸⁰

Undoubtedly, it is challenging to refute many of the allegations presented. Sharing some of the opinions quoted above, we will propose our interpretation of the problem and appropriate remedial measures in the last part of the text.

5. Expert opinions

5.1. Methodology

During the research, a goal was to supplement and update the research conducted in 2010⁸¹ with other types of research, i.e. the aforementioned interviews from the expert panel. The direct discussion of those involved in the justice mechanism was intended to extract information otherwise undetectable in surveys. The debate was based on a list of questions and problems that the participants received one month prior to the meeting. In addition, the participants were asked to take account of the aspects of the functioning of certain sections of the justice system which are non-conducive to mediation. Each debate was recorded and then sent to the participants for specific authorization before publication. Below we present the slightly reorganized statements from representatives of legal and para-legal professions, constituting an attempt to diagnose the cause of the lack of criminal mediation in the Polish system.

⁸⁰ Ibid, pp. 127-128.

⁸¹ O. Sitarz, A. Jaworska-Wieloch, D. Lorek, A. Sołtysiak-Blachnik, P. Zawiejski, *Mediacje karne w opiniach stron postępowania oraz sędziów i prokuratorów – wyniki badań ankietowych*, part I..., p. 144; O. Sitarz, A. Jaworska-Wieloch, D. Lorek, A. Sołtysiak-Blachnik, P. Zawiejski, *Mediacje karne w opiniach stron postępowania oraz sędziów i prokuratorów – wyniki badań ankietowych*, part II..., p. 140.

5.2. Opinion of the District Court Judge in criminal cases

In the opinion of the District Court Judge, who showed a highly consensual attitude and had referred 6-7 cases to mediation himself, the reason for the small number of mediations is simple – in the Polish criminal law system there are numerous procedural instruments based on the agreement of the parties. They are to a large extent employed in judicial practice instead of mediation. They primarily concern using the mode envisaged in Art. 335 CCP on voluntary submission to penalty. According to the judge, a similar function is in a sense performed by the prescriptive mode, which is essentially a specific type of negotiations with an accused person, who has 7 days to consider whether to “accept” such a judgment. Only cases that cannot be heard in the aforementioned modes and which are likely to result in resolution of the conflict are referred to mediation. Another important criterion for referring a case to mediation is a chance that a further offense resulting from an escalation of the conflict (e.g. family matters) will be prevented. In the view of the judge, only abuse cases are in essence suitable for mediation, since they are marked by a conflict that mediation can resolve. In his practice the judge makes use of reports prepared by probation officers in order to correctly select cases referred to mediation. All referrals to mediation took place at the initiative of the judge, or at the suggestion of a probation officer. In the judge’s opinion, other cases suitable for mediation include stalking or unlawful threats. Moreover, the judge observed that referring a case to mediation does not always guarantee the conclusion of a settlement agreement, and its end result is that in the event where there is little evidence to be taken (e.g. enough for one sitting), proceedings without mediation will end faster. In other words, mediation prolongs proceedings and it is appropriate to resort to it only when it is possible to settle a family conflict. According to the judge, the above correlates with the most serious problem related to the lack of criminal mediation, i.e. there are no legal incentives for judges in the existing legal situation to motivate them to make use of mediation. Art. 66 § 3 CC, which allowed for conditional discontinuance of proceedings in a wider number of cases, provided that mediation was carried out, and Art. 59a CC, permitting unconditional discontinuance in the event of mediation, are no longer in force. These rules were important given that judges will differ as regards their focus on the resolution of the conflict. As a remedy for this state of affairs, the interviewed judge felt the need to introduce special incentives for judges and parties alike in the form of, for instance, exemption from procedural costs or bringing a case before a court on a priority basis in the event of concluding a settlement

agreement. During the interview, the judge confirmed that the problem also lies in the interpretation of the wording that the provisions of civil law are applicable to the redress of damage (Art. 46 CC) – for instance, whether the rules and restrictions provided for in labor law apply, which is ultimately not conducive to mediation either.

5.3. Opinion of the Regional Court Judge in criminal cases

A separate meeting was held with the Regional Court Judge, and was preceded by a written statement prepared by the judge. As she noted, no one in her department had referred a case to mediation at the appeal stage. It seems to her that this is due to placing the focus on the provisions governing the appeal procedure, which are aimed at determining what features an appeal must have (allegations) and what to do with them (consider all the allegations, etc.). This may also stem from the former model of appeal proceedings, which effectively limited evidentiary proceedings at the stage of appeal proceedings, and in which two types of rulings mostly prevailed: upholding the judgment or annulling it and referring the case back to the court of first instance for re-examination. The new rules are slowly gaining prevalence, since they apply only to cases where the indictment was brought after June 2015. In her opinion, at the appeal stage the parties are also focused on the judgment pronounced, and not on conducting mediation proceedings.

The judge also referred to her experience obtained in the court of first instance, in which she had adjudicated for approximately 13 years. During that period she referred nearly 20 cases to mediation and admitted that although statistically this was a lot, in fact it was not large when compared to the overall number of cases in the division (50-300). She stated that, in principle, she had not referred to mediation abuse cases or other cases in which she saw the perpetrator's evident superiority over the victim. She also concluded that mediation is contraindicated for accused persons whose attitude indicates that they would fail to appreciate the opportunity given to them. Further, she confirmed that she would likely not refer to mediation a case that is simple in terms of evidence, in which the perpetrator pleads guilty, which raises no doubt, and where the victim did not suffer trauma, as in her opinion, there is no problem to "work through" in mediation.

The judge also drew attention to the special role played by the court in private prosecution proceedings. A mandatory conciliatory sitting puts judges in a role similar to a mediator. In such circumstances, judges gain confidence

in their competence to reconcile the parties and may apply it in other types of proceedings as well. In the opinion of the interviewed judge, it is worth considering whether conciliatory proceedings should also be mandatory in cases other than private prosecutions. Still, this might further strengthen the judges' belief that mediation is unnecessary. Nowadays numerous judges, if they see the likelihood of the parties reaching an agreement, tend to adopt the practice of preceding the hearing with an incentive for them to do so and, in an attempt to influence the convict, they incorporate the educational aspect into the oral justification of the pronounced judgment. Having a certain sense that conflict can also be resolved in the courtroom, judges are unwilling to make use of the services of a mediator.

In the opinion of the interviewed judge, judges are generally aware of the existence of mediation, but they do not always have real knowledge on how exactly it works, or what benefits it may bring. A key point in favor of mediation is the greater likelihood of full acceptance of the judgment by the parties in the event where they conclude a settlement agreement and it is upheld by the court. Such a decision does not require justification and will almost certainly not be appealed by either party. In the view of the judge, belief in mediation among judges could be strengthened if a simulation of model mediation was presented to judges during training sessions.

5.4. Opinion of the advocate

The advocate participating in the debate paid attention to a dual responsibility he has during a criminal trial – defensive (as the defense lawyer for the accused persons) and quasi-prosecutorial (as the victim's representative). This dual perspective can after all lead to different conclusions, and indeed does. The advocate noted at the outset of his speech that not every case is suitable for mediation, at least as far as the attitude of the perpetrator is concerned. Mediation may serve as a stalling strategy for a perpetrator acting willfully, perhaps not for the first time. There are obviously perpetrators who seek settlement agreements, but their number is small. They are not so much concerned with resolving the conflict, but instead with having impact on the ruling. For this reason, mediation is not in the interest of a defense lawyer, an advocate knows when the perpetrator is to confess and when not. Paradoxically, the presumption of innocence may also hinder participation in mediation, in particular when acquittal is likely. A particularly shocking conclusion is that the advocate perceives mediation as an attempt to minimize the legal conse-

quences of tricks tried at the time of divorce. In other words, participation in mediation can reduce the effects of many criminal, civil and family cases brought or initiated to improve a party's procedural situation in planned or pending divorce cases.

The systemic cause of the lack of mediation is also the withdrawal of the adversarial procedure from the Polish justice system. In the view of the advocate, if there is no dispute and the judge is functionally similar to the prosecutor, there is no place for mediation in such a model. As the advocate infers from his own practice, judges seek to close cases as soon as possible in penal matters and do not refer them to mediation. Moreover, judges appear to be distrustful of requests for mediation submitted by defense lawyers and perceive such requests as a form of procedural obstruction. In the advocate's opinion, judges tend to have preconceived convictions based on the case file as regards guilt and the penalty that should be imposed. In such situations, mediation challenges their preconceived view.

The legislative flaws that the advocate indicated include the erroneous formulation of Art. 23a CCP, with the result in practice that there is no chance for mediation in preparatory proceedings. In fact, at this stage the parties do not meet during legal proceedings, thus there is no opportunity to obtain consent or a request to refer the case to mediation. Another shortcoming relates to the deletion of Art. 59a CC, which should either be reintroduced or a separate negative procedural premise be introduced into the provision of Art. 17 CCP. Moreover, in his view, a broad understanding of the obligation to remedy the damage represents a good solution.

In the opinion of the advocate, some of the indicated defects and weaknesses resulting from the judges' lack of belief in mediation can be corrected by imposing a normative obligation on the policeman who is the first person at the scene of the event to inform the victim and take a statement from them as to their consent or refusal to participate in mediation, during the first procedural step. Lack of consent at that stage would not release the authorities from the obligation to seek consent at each subsequent stage of the criminal process. According to the advocate, the cause lies in too much formalism, which does not allow mediation to be initiated in this manner, even before the formal initiation of proceedings.

Moreover, the advocate admitted that professional training as an advocate does not offer any classes on mediation. The whole program included only one class in the field, but devoted exclusively to the interpretation of Art. 23a CCP.

5.5. Opinion of the mediator in criminal cases

As regards the interviewed mediator, she also recognized the problem of the small number of mediations in penal matters, however, in her opinion, it is difficult to indicate specific reasons. In her view, one can certainly sense a poor climate for mediation in penal matters. She noticed that referring cases to mediation typically occurs when the judge gets tired of the parties. The mediator expressed her doubt as to whether a negative premise should be laid down for referring a case to mediation when dealing with a demoralized offender, but finally concluded that such an assessment should be carried out each time by a competent body and there is no need for a normative change. Furthermore, she noted with concern that the pressure exerted on mediators by judges or prosecutors to demonstrate efficiency, understood as the number of concluded settlement agreements may encourage unethical practices (e.g. in the form of a mediator pressuring the parties to conclude a settlement agreement).

The mediator emphasized the importance of training and promotion of mediation even in primary schools. She pointed out that even if prosecutor's offices and courts do not show much interest in mediation, the state should shape the legal system in such a manner that conflicts are resolved with due respect for the autonomy of the victim.

5.6. Opinion of the assessor from the public prosecutor's office

An assessor from the public prosecutor's office attended the first expert debate. She pointed out the risks affecting the institution of mediation which may slightly reduce number of cases referred to mediation. First, she pointed to the possibility of misusing the former provision of Art. 59a CC as well as other obligatory criminal law institutions related to the settlement agreement. Further, she drew attention to the demoralizing impact of criminal law benefits derived from a settlement agreement on the future of the perpetrator. She emphasized that the state is entitled to *ius puniendi* and it should determine in what circumstances penalties are imposed.

Bearing in mind the seriousness of some acts, the prosecutor's office representative noted however, that too many offenses are prosecuted ex officio, which appears to be completely unnecessary. She also explained the illusive nature of the provision that mediation time is not included in the duration of the preparatory proceedings. It is true that the duration of the proceedings does not run then, but the case is still shown in statistics at the end of the

reporting period. Thus there is pressure on prosecutors not to refer cases to mediation “for the sake of time of pre-trial proceedings”. Furthermore, in her view, the discontinuation of proceedings at the *in personam* stage does not go unnoticed by supervisors. This means that after making criminal charges against somebody, it is better to submit an indictment to the court rather than discontinue proceedings at that stage. Even acquittal by the court is seen more favorably by superiors than discontinuance of proceedings by the prosecutor in the *in personam* phase. The assessor believed that the possibility of mediation even before making charges would be the best solution – as a result of a settlement agreement made during mediation proceedings, the prosecutor would not press charges.

5.7. Opinion of prosecutors

Two other prosecutors participated in the second expert debate. To a large extent, they confirmed the weaknesses of and allegations against mediation, as well as the systemic solutions uncondusive to mediation.

At the outset the first prosecutor emphasized the risk of an apparent settlement or even a fictitious settlement agreement. In her opinion, the parties may agree that they will declare during the mediation procedure that the damage has been remedied, which does not have to be the case. The prosecutor also believes that the institution of mediation may be misused by the perpetrator and the victim may be subject to manipulation. Notably, the most important part of the prosecutor’s statement is conveyed by the sentence: “I do not need mediation for anything that I want to achieve in the proceedings”. In her opinion, the prosecutor can reconcile the parties on his/her own when the parties so desire, without resorting to mediation, and then apply the provision of Art. 335 CCP or others of a similar nature. The prosecutor noted that mediation may not be conducted in abuse cases (where manipulation on the part of the perpetrator is possible), although mediation is admissible in one-time family conflicts. In her view, it does not make sense to use mediation in cases of crimes against property, as in such cases there is no conflict that needs to be resolved and the prosecutor can enforce the remedy of the damage by other means. In contrast, in the opinion of the prosecutor, mediation is ultimately inefficient in real conflicts.

The prosecutor highlighted two previously mentioned negative aspects of mediation – it increases time and costs. The provision requiring that mediation time should not be considered as falling within the duration of preparatory

proceedings (Art. 23a CCP) is illusive. Each expiry of a statutory period and referral of a case to mediation triggers (or would trigger) the obligation to prolong the formal preparatory proceedings. Moreover, the costs of mediation at the stage of preparatory proceedings are borne by the prosecutor's office and must be accounted for. Hence the superior prosecutor is likely to say "if you do not have to increase the costs related to expert witnesses and mediation, you have to save money" (costs could be borne as a last resort).

In the prosecutor's view, the provision of Art. 59a CC would be useful, as prosecutors would then be able to close proceedings on their own; although before any possible referral of a case to mediation, she would attempt to conduct mediation herself. Therefore, in her opinion, the provision of Art. 59a CC should provide for a relatively broad basis for discontinuance, taking into consideration not only a settlement agreement concluded before the mediator, but also before the prosecutor. A useful alternative would be to extend the list of offenses prosecuted on request.

Another prosecutor taking part in the second expert panel openly admitted that he had never seen the need to refer a case to mediation; he could not identify any purpose of mediation that could facilitate criminal proceedings. In his opinion, the repealed provision of Art. 59a CC would surely encourage the adoption of the decision to refer a case to mediation. Nonetheless, he revealed that during the period of several months when that provision was in force, he harbored doubts as to whether that provision mostly served to benefit rich perpetrators who could afford to remedy the damage.

In the opinion of the prosecutor, good solutions conducive to mediation would involve allowing for the possibility of the victim withdrawing their complaint, not only in the case of crimes prosecuted on request (although a similar effect can be obtained by extending the list of crimes prosecuted on request), and providing for a new form of conditional discontinuance with the possibility of monitoring the implementation of a settlement agreement during the trial period. As the prosecutor indicated, the list of crimes suitable for mediation in this way is broader than the previous speaker had pointed out and would certainly include crimes against property.

The prosecutor also further clarified the issue of not formally including mediation time in the duration of the proceedings. Despite the wording of the provision of Art. 23a CCP, the mediation time is taken into account when a criminal case is classified as old, that is a case lasting longer than 6 months, thus the potential mediation time of one to two months constitutes a significant proportion of the six-month period. In other words, in the event where

a case has been handled for 5 months and everything is set to prepare an indictment and submit it to the court, no prosecutor will take the alternative option of mediation under such circumstances. The prosecutor also made a comment on the assessor's words regarding the reluctance of prosecutor's offices to discontinue cases in the *in personam* phase. He clearly explained that prosecutor's office supervisors in fact do not view discontinuing proceedings at the *in personam* phase in a very positive manner, as it negatively affects the efficiency indicator of prosecuting criminal cases calculated as a ratio of suspected to accused persons. This ultimately results in the lack of promotion of mediation solutions.

6. Research conclusions and proposals for changes

6.1. Research conclusions

At this point, on the basis of the collected materials and analyses of the issue, an assessment of the reasons for the lack of mediation and the weak points of the Polish regulations regarding this matter will be effectuated.

It seems that a real problem lies in the total lack of belief in the idea of resolving conflicts through mediation held by most persons conducting criminal proceedings. This can be confirmed through the statistics cited above, illustrating the unequal (island-like) pattern of distribution of mediation. Prosecutors and judges alike either do not see the need to strive for reconciliation of the parties at all, or are convinced that they can lead the parties to conclude an agreement without a mediator. Certainly, some of the positive effects attributed to mediation (remedy of damage, shortening the length of proceedings or reduction of the costs) can be achieved by other means, even by way of penalty order, and they require less effort from the persons conducting proceedings.

It seems that the introduction of Art. 59a CC was a certain remedy for the pragmatic, otherwise quite understandable, approach of prosecutors and judges, providing for a possibility of discontinuation of proceedings as early as at the preparatory stage, as a result of, among others, successful mediation. At the judicial stage, linking the possibility of conditional discontinuance of proceedings regarding an offense punishable with a penalty of a maximum of 5 years of imprisonment with reconciliation of the parties (Art. 66 § 3 CC) had a similar effect. In this context, abandoning such measures certainly did not contribute to an increase in the popularity of mediation in penal mat-

ters. Moreover, the arbitrariness of the decision of the body conducting the proceedings as to its refusal to refer a case to mediation represents a further obstacle. Even the parties' strong will to go to a mediator can theoretically be ignored by the prosecutor or judge.

On the other hand, treating mediation as an opportunity for the parties to reach an agreement in difficult cases in terms of evidence certainly does not promote the development of mediation. Cases in which a judge or prosecutor refers a case to mediation not to resolve the conflict but with an aim of breaking a deadlock in the hearing of evidence distort the whole idea of mediation. Moreover, where the above-mentioned impasse results from the fact that the accused person does not admit to committing the illegal act ascribed thereto and denies the basic facts reported by the victim, then such a case should not go to mediation at all, and the chances of concluding a sensible settlement agreement good for both parties are slim. A mediation case that does not end in a settlement agreement is wrongly perceived as a failure by the mediator, and further weakens the popularity of mediation.

Problems of a different nature arise from the narrow definition of the victim, in particular in the light of the Supreme Court judicial decisions, which does not recognize a natural person who suffered damage or harm as the victim when the subject of protection is an abstract interest, e.g. justice system, credibility of documents. Pursuant to Art. 23a CCP, the lack of a victim in formal terms prevents mediation even where there is a person who suffered harm and wishes to hold discussions.

Another impediment to mediation is insufficient knowledge by the parties of the proceedings of mediation and possible criminal law decisions. The present survey shows that knowledge of mediation is statistically significant for adopting conciliatory attitude.⁸² The lack of knowledge of the substantive consequences of various decisions and their significance, e.g. entry into the National Criminal Register or deletion of penalty in criminal records, makes it difficult for the parties to recognize the merits of mediation and settlement agreements.

The parties' lack of interest in mediation may also stem from the fear that acceptance of a settlement agreement or even consent to participate in mediation may be deemed to constitute a confession of "guilt". Oddly enough, this problem may affect both parties to the conflict. In many cases also the

⁸² O. Sitarz, A. Jaworska-Wieloch, D. Lorek, A. Sołtysiak-Blachnik, P. Zawiejski, *Mediacje karne w opiniach stron postępowania oraz sędziów i prokuratorów – wyniki badań ankietowych*. part I..., 150-151.

victim has no interest in having his / her contribution to the crime disclosed during the criminal trial.

In brief, the authors are of the opinion that referring a case to mediation requires the judge or prosecutor to abandon the standard patterns they are used to. Neither substantive nor procedural law provisions promote going off the beaten path. On the contrary, numerous regulations, including systemic ones, discourage resorting to mediation, all the more so since similar effects may be obtained in a different manner by those conducting criminal proceedings. The accused persons and victims do not show much initiative in that regard either, as for various reasons they do not perceive the benefits that mediation can bring them.

6.2. Proposals

In the belief that the resolution of a conflict which would be the cause of subsequent crime has immense social significance, and understanding that the different participants in criminal proceedings pursue different, sometimes no less important, goals at different stages of proceedings, some remedial and reorganizational measures are proposed below. While respecting the autonomy of the parties, the *ius puniendi* of the state and the objective of the administration of justice, the postulates of restorative justice can be more effectively implemented with some adaptations, at least in the form of mediation in penal matters. Below is a list of postulates for changes in five areas: substantive criminal law, procedural law, the so-called systemic law, executive law and in the area of non-legal measures.

In the area of substantive law the proposals are as follows:

- reintroduction of compensatory discontinuance (the solution envisaged in Art. 59a CC);
- linking the conclusion of a settlement agreement with the possibility of no entry in the National Criminal Register upon conviction (in the case of minor and medium-gravity crimes); it should be noted that in such a legal and procedural system, the interests of the victim (remedy of damage and, nonetheless, punishment of the perpetrator) and the convict (clean records as a priority) are not contradictory;
- linking the conclusion of a settlement agreement with an obligatory reduction to 2/3rds of the statutory upper limit of length of the sentence;
- amendment to the provisions such as Art. 295 and Art. 309 CC (so-called active repentance after perpetration of the act) by the introduction of a

mechanism of, for instance, refraining from the imposition of penalty upon remedy of damage within a defined reasonable period of time in the case of crimes against property and economic crimes; a similar regulation should be in place as regards road traffic offenses, provided that the perpetrator was not under the influence of alcohol or illicit substances;

- introducing more flexibility as regards criminal measures and making their use more dependent on the will of the victim – in particular of those measures that are imposed against perpetrators using violence;
- taking into account the possibility of compensation in a broad sense, not only as mere compensation or restitution, but also as other conduct bringing (material) benefits to the victim – “substitutive compensation”.

In the area of procedural law we propose:

- extending the list of offenses prosecuted upon request. This proposal was also put forward by Andrzej Murzynowski, who suggested including within this category the offenses defined in the provisions of Art. 193, Art. 196, Art. 222, Art. 278 § 3, Art. 284 § 3, Art. 286 §3, with the caveat that his list is still insufficient⁸³, the introduction of the possibility of suspending proceedings until the conclusion of a settlement agreement could also be envisaged;
- introduction of the obligation to inform the parties at each successive phase of proceedings of the institution of mediation and the legal benefits to be obtained from it;
- introduction of a relative requirement to refer a case to mediation upon the joint request of the parties, with rejection of such a request subject to appeal (the argument of “its worthiness in terms of time” – in respect of the time needed to consider the complaint – would be of lesser importance);
- strengthening the confidentiality principle – imposition of a ban on hearing from the parties as to the course of mediation, as well as on listening to recordings from mediation meetings;⁸⁴
- introduction of the obligation to instruct the parties as to the effects of non-compliance with the provisions of the settlement agreement;

⁸³ A. Murzynowski, *Kontynuacja refleksji na temat instytucji mediacji w procesie karnym*, [in:] L. Mazowiecka (ed.), *Mediacja. Księga dedykowana...*, pp. 169-170.

⁸⁴ Cf. also: D. Szumiło-Kulczycka [in:] P. Hofmański (ed.), *Zagadnienia ogólne...*, pp. 402-403.

- consider introducing compulsory information meetings separately for each party;⁸⁵

In the area of systemic law we propose as follows:

- abandoning the fiction of not counting mediation time towards the duration of criminal proceedings (modification of the IT registration system of the Association for Legal Intervention);⁸⁶
- genuine consent to the discontinuance of preparatory proceedings in the *in personam* phase;
- increasing the professionalism of mediators to raise the level of trust in mediators and mediation (compulsory professional training);
- increasing the remuneration of mediators (adequate to the costs incurred and the work put in,⁸⁷ taking into account the number of sittings⁸⁸).

As regards the area of executive law it is proposed to introduce the possibility of an assessment of compliance with the provisions of the settlement agreement by a probation officer (e.g. on request by the parties).

Moreover, there is also the need for the state and its organs, as well as NGOs, to take other non-legal measures in the form of:

- training lawyers, not only in the field of legal aspects of mediation, but also in the very essence of conflict, its destructive significance and the danger of its escalation;
- permanent programme of social education in the field of alternative methods of resolving conflicts.

It is worth referring to the comment made by Adam Zienkiewicz, that the goals of mediation as a legal and social institution are generally convergent with those of the law itself, which are often thought to focus on four areas, i.e. the implementation of justice, the introduction of peace and order (legal

⁸⁵ Slovenia may serve as an example of a country where the first meeting with a mediator is mandatory. The use of mediation is voluntary there, although in the event where the parties do not take the initiative to refer the case for amicable resolution, the court may direct them to an obligatory information session, on pain of a financial sanction for their absence. Moreover, in the event where a party unreasonably refuses to enter mediation, a Slovenian court may impose additional financial penalties on them. A similar solution was adopted in Italy. A. Rudolf, M. Cichowicz-Major, M. Matysiak, S. Pałka, W. Pieniążek, C. Przybył, *Diagnoza stanu stosowania...*, pp. 21-22.

⁸⁶ Cf. *ibid.*, pp. 28-29.

⁸⁷ Cf. G.A. Skrobotowicz, *Mediacja w zmienionym modelu postępowania karnego zagadnienia wybrane*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2016, vol. XXVI, no 1, pp. 65-66.

⁸⁸ A. Rudolf, M. Cichowicz-Major, M. Matysiak, S. Pałka, W. Pieniążek, C. Przybył, *Diagnoza stanu stosowania...*, p. 35.

security), assistance in the implementation of moral values, and the individual and common good.⁸⁹

On one hand, the proposed changes increase the parties' autonomy in the criminal process (especially in less serious crimes). On the other, they make it possible to respond adequately to a settlement. In addition, the changes will also provide greater access to information on mediation. Additionally, the proposed organizational changes should improve the process of referring cases to mediation.

References

Scientific publications

- Bek D., Jaworska-Wieloch A., Sitarz O., *Kształtowanie środków penalnych a prawo pokrzywdzonego i sprawcy do samostanowienia*, C.H. Beck, Warsaw 2019.
- Bek D., Sitarz O., *Mediacja w sprawach karnych – krok po kroku* [in:] O. Sitarz (ed.), *Metodyka pracy mediatora w sprawach karnych*, Difin, Warsaw 2015.
- Bek D., Sitarz O., *Uwagi do rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 maja 2015 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych*, „Prokuratura i Prawo” 2016, no 4, pp. 144-158.
- Bek D., *Wpływ ugody mediacyjnej na kształt reakcji prawnokarnej*, [in:] T. Dukiet-Nagórska (ed.), *Idea sprawiedliwości naprawczej a zasady kontynentalnego prawa karnego*, Poltext, Warsaw 2016, pp. 81-125.
- Białek M.T., *Mediacja w praktyce prokuratorskiej*, [in:] P. Malinowski, H. Duszka-Jakimko, A. Suchorska (ed.), *Wokół praktycznych i teoretycznych aspektów mediacji*, AT Wydawnictwo, Kraków 2015, pp. 115-128.
- Bulenda T., *Problem mediacji w wykonywaniu kar kryminalnych i środków karnych*, [in:] *Konferencja naukowa „Mediacja w polskiej rzeczywistości (11 września 2002 r.)*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warsaw 2003, pp. 99-109.
- Cielecki T., *Bezdroża mediacji III*, [in:] P. Malinowski, H. Duszka-Jakimko, A. Suchorska (ed.), *Wokół praktycznych i teoretycznych aspektów mediacji*, AT Wydawnictwo, Kraków 2015, pp. 129-144.
- Cielecki T., *Zarządzanie zmianą – refleksje o polityce kryminalnej w Polsce na tle wprowadzenia mediacji w prawie karnym*, „Mediator” 2006, no 1, pp. 52-74.

⁸⁹ A. Zienkiewicz, *Studium mediacji. Od teorii ku praktyce*, Difin, Warsaw 2007, p. 315.

- Dziuban W., (statement during the discussion) [in:] *Konferencja naukowa „Mediacja w polskiej rzeczywistości (11 września 2002 r.)*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warsaw 2003, pp. 110-114.
- Dziugiel I., *Mediacja w postępowaniu przygotowawczym*, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Policji, Szczytno 2004.
- Filar M., *Pokrzywdzony (ofiara przestępstwa) w polskim prawie karnym materialnym*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2002, no 2, pp. 25-44.
- Girdwoyń K., *Konsensualny wymiar kary. Instytucje powszechnego procesu karnego*, Liber, Warsaw 2006.
- Hartmann A., Schmidt M., Kerner H.-J., *Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleich-Statistik für die Jahrgänge 2015 und 2016*, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Bremen 2018, https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Berichte/TOA_in_Deutschland_2015_2016.pdf?__blob=publicationFile&v=1 [accessed: 15.11.2021].
- Jehle J.-M., *Criminal Justice in Germany. Facts and Figures*, Federal Ministry of Justice, Berlin 2009, p. 39, https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/EN/StudienUntersuchungenFachbuecher/Criminal_Justice_in_Germany_Numbers_and_Facts.pdf?__blob=publicationFile&v=3 [accessed: 15.11.2021].
- Kaczmarek T. (ed.), *Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, System Prawa Karnego, vol. 5, C.H. Beck, Warsaw 2017.
- Kąkol C., *Dlaczego kieruję sprawy do postępowania mediacyjnego?*, „Prokuratura i Prawo” 2011, no 1, pp. 131-145.
- Kmiecik R., *Mediacja jako procesowa forma kształtowania podstaw rozstrzygnięć probacyjnych*, [in:] M. Lipińska, R. Stawicki (ed.), *Zapobieganie i zwalczanie przestępczości w Polsce przy zastosowaniu probacyjnych środków karania. Materiały z konferencji zorganizowanej przez Komisję Ustawodawstwa i Praworządności pod patronatem Marszałka Senatu RP Longina Pastusiaka 1–2.12.2003*, Senat RP, Warsaw 2004, pp. 364-370.
- Kruk E., *Mediation as One of the Forms of Resolving Conflicts in Offence Cases*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2018, vol. 27, no 3, pp. 89-108.
- Lach A., *Umorzenie postępowania karnego na podstawie art. 59a k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2015, no 1-2, pp. 137-148.
- Marek A. (ed.), *Zagadnienia ogólne*, System Prawa Karnego, vol. 1, C.H. Beck, Warsaw 2010.

- Mazowiecka L., *Opinie prokuratorów na temat mediacji na podstawie ankiety przeprowadzonej w 2010 r.*, [in:] L. Mazowiecka (ed.), *Mediacja karna jako instytucja ważna dla pokrzywdzonego*, Wolters Kluwer Polska, Warsaw 2013, pp. 121-141.
- Mazowiecka L., *Szanse na mediację w postępowaniu przygotowawczym*, „Prokuratura i Prawo” 2015, no 10, pp. 91-96.
- Murzynowski A., *Kontynuacja refleksji na temat instytucji mediacji w procesie karnym*, [in:] L. Mazowiecka (ed.), *Mediacja, Księga dedykowana pamięci Pani dr Janiny Waluk*, Wolters Kluwer Polska, Warsaw 2009, pp. 166-170.
- Pachnik K., *Instytucja mediacji karnej w prawie polskim*, „Zeszyty Prawnicze” 2012, no 3, pp. 151-163.
- Płatek M., *Mediacja w postępowaniu wykonawczym. Argumenty zgłoszone na rzecz i przeciw mediacji na tle doświadczeń międzynarodowych*, [in:] *Konferencja naukowa „Mediacja w polskiej rzeczywistości (11 września 2002 r.)*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warsaw 2003, pp. 50-59.
- Rękas A., *Mediacja w praktyce wymiaru sprawiedliwości – szanse i zagrożenia*, [in:] *Konferencja naukowa „Mediacja w polskiej rzeczywistości (11 września 2002 r.)*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warsaw 2003.
- Rudolf A., Cichowicz-Major M., Matysiak M., Pałka S., Pieniążek W., Przybył C., *Diagnoza stanu stosowania mediacji oraz przyczyn zbyt niskiej w stosunku do oczekiwanej popularności mediacji*, Ministerstwo Sprawiedliwości, [Warsaw] 2015.
- Sakowicz A. (ed.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warsaw 2015, Legalis.
- Sitarz O., Jaworska-Wieloch A., Lorek D., Sołtysiak-Blachnik A., Zawiejski P., *Mediacje karne w opiniach stron postępowania oraz sędziów i prokuratorów – wyniki badań ankietowych*. part I, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, no 3, p. 144, https://czpk.pl/dokumenty/zeszyty/2012/zeszyt3/Sitarz_O.,_Jaworska-Wieloch_A.,_Lorek_D._Mediacje_karne_w_opiniach_stron_postepowania_oraz_sedziow_i_prokuratorow-CZPKiNP-2012-z.3.pdf [accessed: 15.11.2021].
- Sitarz O., Jaworska-Wieloch A., Lorek D., Sołtysiak-Blachnik A., Zawiejski P., *Mediacje karne w opiniach stron postępowania oraz sędziów i prokuratorów – wyniki badań ankietowych*. part II, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, no 4, p. 140, https://www.czpk.pl/dokumenty/zeszyty/2012/zeszyt4/Sitarz_O.,_Jaworska-Wieloch_A.,_Lorek_D._Mediacje_karne_w_opiniach_stron_postepowania_oraz_sedziow_i_prokuratorow-CZPKiNP-2012-z.4.pdf [accessed: 15.11.2021].

- Sitarz O., Lorek D., *Spotkanie sceptyka i entuzjasty mediacji*, part I, „Edukacja Prawnicza” 2013, no 5, pp. 24-27.
- Sitarz O., *O mediacji w ogólności*, [in:] O. Sitarz (ed.), *Metodyka pracy mediatora w sprawach karnych*, Difin, Warsaw 2015, pp. 13-34.
- Skibińska M., *Zalety i wady mediacji jako sposobu rozwiązywania sporów cywilnych*, „ADR Arbitraż i Mediacja” 2010, no 3(11), pp. 99-110.
- Skorupka J. (ed.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warsaw 2018, Legalis.
- Skrobotowicz G.A., *Mediacja karna w świetle badań*, Katolicki Uniwersytet Lubelski, Lublin 2017.
- Skrobotowicz G.A., *Mediacja w zmienionym modelu postępowania karnego zagadnienia wybrane*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2016, vol XXVI, no 1, pp. 51-70.
- Sullivan D., Tift L. (ed.) *Handbook of Restorative Justice. A Global Perspective*, Routledge, London–New York 2006.
- Szumilo-Kulczycka D., *Proces karny a idea sprawiedliwości naprawczej*, [in:] P. Hofmański (ed.), *Zagadnienia ogólne*, System Prawa Karnego, vol. I, part 2, Warsaw 2013, pp. 365-415.
- Tochtermann P., *Mediation in Germany: The German Mediation Act – Alternative Dispute Resolution at the Crossroads*, [in:] K.J. Hopt, F. Steffek (eds.), *Mediation. Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford Scholarship, Oxford 2013, pp. 521-584.
- Trenczek T., *Victim-Offender Mediation in Germany – ADR Under the Shadow of the Criminal Law?*, „Bond Law Review” 2001, vol. 13, no 2, pp. 1-17.
- Tyszkiewicz L., *Ogólne wiadomości o prawie karnym*, [in:] T. Dukiet-Nagórska (ed.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Wolters Kluwer Polska, Warsaw 2018.
- Waltoś S., *Dopuszczalność porozumiewania się i uzgadniania rozstrzygnięć przez uczestników postępowania karnego w świetle polskiej procedury karnej*, [in:] A. Szwarc (ed.), *Porozumiewanie się i uzgadnianie rozstrzygnięć przez uczestników postępowania karnego*, Polski Dom Wydawniczy Ławica, Warsaw–Poznań 1993, pp. 47-66.
- Zalewski W., *Mediacja w polskim prawie karnym – teoria i praktyka*, „Przegląd Sądowy” 2003, no 6, pp. 92-115.
- Zawiejski P., *Idea sprawiedliwości naprawczej*, [in:] T. Dukiet-Nagórska (ed.), *Idea sprawiedliwości naprawczej a zasady kontynentalnego prawa karnego*, Poltext, Warsaw 2016, pp. 11-24.
- Zienkiewicz A., *Studium mediacji. Od teorii ku praktyce*, Difin, Warsaw 2007.

Online sources

Aktualności Prokuratury Krajowej, <https://pk.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-prokuratury-krajowej/> [accessed: 15.11.2021].

Mediacje karne w latach 1998–2020, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/> [accessed: 15.11.2021].

Osądzienia (w tym skazania) w I instancji w sądach rejonowych i w sądach okręgowych w latach 1997–2020, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/> [accessed: 15.11.2021].

Legal acts

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 1997 No 88, item 553, as amended.

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. 1997 No 89, item 555, as amended.

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy, Dz.U. 1997 No 90, item 557, as amended.

Ustawa z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych, Dz.U. 2003 No 17, item 155.

Uchwała Senatu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 3 czerwca 2004 r. w sprawie polityki karnej w Polsce [Resolution of the Senate of the Republic of Poland of 3 June 2004 in the Matter of Criminal Policy in Poland], M.P. 2004 No 26, item 431.

Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2013, item 1247, as amended.

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 maja 2015 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych, Dz.U. 2015, item 716.



Tomasz Józef Olejek
Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, Polska
ORCID: 0000-0002-4705-8950
tomasz.olejek1@gmail.com

Dyferencjacja źródeł powszechnie obowiązującego prawa pracy stosowanego do pracowników sądów i prokuratury zatrudnionych na podstawie umowy o pracę

Differentiating the sources of universally binding labor law applicable to
court and prosecutor's office employees employed under a contract

Abstract

For many years, the issue of differentiating the sources of universally binding labor law applicable to court and prosecutor's office employees employed under a contract, has been generating critical voices as to its justification. In the first part of the work, the author presents the doctrine's views on the definition of the concept of „pragmatics”, while formulating his own comments. In the next part, he specifies the scope of the concept of „court and prosecutor's office employees employed under an employment contract”. In the next two parts, he describes the sources of universally binding labor law applicable to employees of courts and prosecutor's offices employed on the basis of an employment contract, and answers the question, are these sources of a pragmatic nature. The paper ends with the expression of *de lege ferenda* conclusions.

Keywords: employment, employees, courts, prosecutor's office, assistants, clerks, clerical law, differentiation, employment contract, legislation

Abstrakt

Zagadnienie dyferencjacji źródeł powszechnie obowiązującego prawa pracy stosowanych do pracowników sądów i prokuratury zatrudnionych na podstawie umowy o pracę od wielu lat wywołuje głosy krytyczne co do jej zasadności. W pierwszej części pracy autor przytacza poglądy doktryny w zakresie definicji pojęcia „pragmatyka”, formułując przy tym własne uwagi. W kolejnej części precyzuje zakres pojęcia „pracownicy sądów i prokuratury zatrudnieni na podstawie umowy o pracę”. W kolejnych dwóch częściach opisuje źródła powszechnie obowiązującego prawa pracy stosowanego do pracowników sądów i prokuratury zatrudnionych na podstawie umowy o pracę oraz odpowiada na pytanie, czy źródła te mają charakter pragmatyki. Wywód kończy sformułowanie wniosków *de lege ferenda*.

Słowa kluczowe: zatrudnienie, pracownicy, sądy, prokuratura, asystenci, urzędnicy, prawo urzędnicze, dyferencjacja, umowa o pracę, legislacja

Wstęp

Zatrudnianie pracowników sądów i prokuratury uregulowane jest w wielu aktach prawnych. Uchwalenie ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o pracownikach sądów i prokuratury¹ bynajmniej nie uporządkowało sytuacji tej grupy zawodowej. W dalszym ciągu do pracowników administracyjnych Sądu Najwyższego oraz Trybunału Konstytucyjnego stosuje się przepisy ustawy z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych². Sytuacji nie ułatwia przy tym fakt, że w przypadku pracowników sądów i Trybunału Konstytucyjnego oraz pracowników prokuratury, w tym również asystentów sędziów i asystentów prokuratorów, zastosowano tzw. odesłania kaskadowe („piętrowe”), co powoduje, że w celu odtworzenia obowiązujących wspomniane grupy zawodowe norm prawa pracy nieodzowne będzie sięganie do przepisów kilku ustaw, rozporządzeń, a nawet postanowień aktów prawnych niebędących źródłami powszechnie obowiązującego prawa pracy. Powoduje to problemy interpretacyjne związane ze stosowaniem wspomnianych przepisów czy postanowień. Jako zasadne rozwiązanie jawi się zatem propozycja ujedno-

¹ Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o pracownikach sądów i prokuratury, t.j. Dz.U. 2018, poz. 577.

² Ustawa z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych, tj. Dz.U. 2020, poz. 537 ze zm., dalej: p.u.p.

licenia przepisów prawa pracy dotyczących pracowników sądów i prokuratury zatrudnionych na podstawie umowy o pracę poprzez wydanie jednego aktu prawnego o randze ustawy, tzw. pragmatyki.

Poprzez pojęcie źródeł powszechnie obowiązującego prawa pracy na użytek niniejszej pracy należy rozumieć przepisy właściwych ustaw i rozporządzeń³. Poza zakresem analizy pozostają przepisy Konstytucji RP, gdyż jedyną grupą zawodową przez nią wspomnianą, która pracuje w sądach, są sędziowie⁴. Są oni zatrudnieni na podstawie mianowania. Przedmiotem niniejszej pracy jest nadto analiza wyłącznie przepisów prawa krajowego.

Analizując przepisy prawa powszechnie obowiązującego ustanawiające prawa i obowiązki pracowników, o których mowa w tytule niniejszej pracy, nie należy tracić z pola widzenia aktów prawnych, które, choć nie mają mocy powszechnie obowiązującej, różnią się jednak od innych swoistych źródeł prawa pracy⁵ zakresem regulowanej przez nie materii. Należy w tym miej-

³ Art. 87 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polski z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997 Nr 78, poz. 483 ze zm.

⁴ Konstytucja RP nie wspomina też o prokuratorach, z wyjątkiem Prokuratora Generalnego, ani o innych pracownikach prokuratury.

⁵ Przede wszystkim regulaminów pracy ustanawianych na podstawie przepisów rozdziału IV działu czwartego ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1320 ze zm. Rola regulaminów wynagradzania w sądach i prokuraturze jest mniejsza z uwagi na treść art. 77³ § 1 k.p., a także ze względu na określenie warunków wynagradzania i przyznawania innych świadczeń związanych z pracą dla pracowników zatrudnionych w sądach i prokuraturze na podstawie umowy o pracę na poziomie rozporządzeń przez Ministra Sprawiedliwości. Wyjątki dotyczą SN (i NSA), gdzie Pierwszy Prezes (Prezes) jest upoważniony do określenia, po zasięgnięciu opinii Kolegium, w drodze zarządzenia, regulaminu pracy i wynagradzania pracowników sądu niebędących sędziami (art. 14 § 1 pkt 6 *in fine* ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym, t.j. Dz.U. 2021, poz. 1904, dalej: SNU, w zw. z art. 49 § 1 ustawy z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych, t.j. Dz.U. 2021, poz. 137, dalej: u.s.a.). Wskazać należy, że od tego wyjątku dalszym wyjątkiem będą przepisy art. 103 § 2, 4-5 SNU. Przepis art. 14 § 1 pkt 6 *in fine* SNU wyłącza zatem zastosowanie w stosunku do Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego art. 48 ust. 1b p.u.p.

Z kolei w Trybunale Konstytucyjnym upoważnienie dla Prezesa TK do określania regulaminu wynagradzania wynika z przepisów art. 22 ust. 1 i art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed TK, t.j. Dz.U. 2019, poz. 2393. Zauważenia wymaga, że wskutek wprowadzenia wymienionych przepisów regulamin wynagradzania w Trybunale Konstytucyjnym na podstawie art. 48 ust. 1b p.u.p. w zw. z art. 1 ust. 1 pkt 6 p.u.p. może być ustanowiony jedynie wobec pracowników Trybunału zatrudnionych na stanowiskach pomocniczych i obsługi (woźni, gońce, rzemieślnicy, kierowcy, sprzątaczk i inni, wykonujący podobne zawody).

Luką prawną jest brak możliwości wydania regulaminu wynagradzania wobec asystentów sędziów zatrudnionych w sądach wojskowych, mając przy tym na względzie, że brak podstaw do stosowania wobec nich przepisów płacowych dotyczących asystentów

scu wymienić zarządzenia właściwych kierowników urzędów⁶ oraz uchwały Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Trybunału Konstytucyjnego⁷. Niektóre z wymienionych aktów zostaną poddane bliższej analizie. Z uwagi na ich znaczenie z punktu widzenia regulacji praw i obowiązków objętych nimi pracowników, a także ze względu na fakt, że regulują one problematykę, która w przypadku innych pracowników sądów i prokuratury jest uregulowana przede wszystkim na poziomie aktów prawa powszechnie obowiązującego. Poza zakresem studium pozostaje natomiast analiza swoistych źródeł prawa pracy w postaci regulaminów pracy, postanowień układów zbiorowych pracy i innych opartych na ustawie porozumień zbiorowych. W kontekście postanowień wchodzących w zakres zbiorowego prawa pracy zwrócić należy uwagę na fakt, że w Polsce „układowa metoda kształtowania warunków zatrudnienia pracowników państwowych i samorządowych *de lege lata* choć nie zabroniona (poza pracownikami mianowanymi), w praktyce staje się jednak trudna w realizacji”⁸. W tym miejscu zaznaczenia wymaga, że choć art. 10 ust. 2 *in fine* Konstytucji RP rozróżnia sądy i trybunały, zakresem niniejszej pracy będzie objęta także, co już zasygnalizowano, analiza aktów prawnych dotyczących „umownych”⁹ pracowników Trybunału Konstytucyjnego.

Niniejsza praca składa się z czterech części. W pierwszej części zostaną zawarte uwagi ogólne dotyczące definicji pojęcia „pragmatyka” sformułowane przez doktrynę, jak również moje uwagi dotyczące tego pojęcia. W kolejnej części zostanie sprecyzowany zakres pojęcia „pracownicy sądów i prokuratury zatrudnieni na podstawie umowy o pracę”. W kolejnych dwóch częściach zostanie określony katalog źródeł powszechnie obowiązującego prawa pracy stosowanego do pracowników sądów i prokuratury zatrudnionych na podstawie umowy o pracę wraz z odpowiedzią na pytanie, czy źródła zawartego

sędziów zatrudnionych w sądach powszechnych. Antycypując dalsze rozważania zawarte w pracy, należy stwierdzić, że regulacja statusu asystentów sędziów zatrudnionych w sądach wojskowych wymaga interwencji prawodawcy.

⁶ Nadmienić należy, że Pierwszy Prezes SN i Prezes TK posiadają kompetencje do wydawania zarządzeń na podstawie art. 48 ust. 1a-1c w zw. z art. 1 ust. 1 pkt 3b i 6 p.u.p. Uwagi dotyczące wybranych zarządzeń Prezesa TK kształtujących prawa i obowiązki pracowników Trybunału, wydanych na podstawie u.o.t.p.TK, znajdują się w dalszej części pracy.

⁷ W zakresie dotyczącym uchwalania statutu Kancelarii TK oraz statutu Biura Służby Prawnej TK. Zob. uwagi poczynione w dalszej części pracy.

⁸ G. Goździewicz, *Wpływ instytucji zbiorowego prawa pracy na status prawny pracowników służby cywilnej i samorządu terytorialnego*, [w:] W. Sanetra (red.), *Stosunki pracy w służbie cywilnej i samorządzie terytorialnym*, Temida 2, Białystok 2001, s. 54; zob. szerzej tamże, s. 50-55.

⁹ Czyli zatrudnionych na podstawie umowy o pracę.

w tytule niniejszego studium powszechnie obowiązującego prawa pracy mają charakter pragmatyki. Odpowiedź na zadane pytanie pozwoli na sformułowanie wniosków *de lege ferenda*. W mojej ocenie osiągnięciu zadanego celu badawczego służyć będzie posłużenie się metodą dogmatycznoprawną.

Pojęcie „pragmatyka”

Punktem wyjścia do definicji pojęcia „pragmatyka” jest art. 5 k.p., zgodnie z którym „jeżeli stosunek pracy określonej kategorii pracowników regulują przepisy szczególne, przepisy kodeksu stosuje się w zakresie nieuregulowanym tymi przepisami”. L. Florek wiąże brzmienie art. 5 k.p. z terminem „szczególne prawo pracy”¹⁰, które

reguluje sytuację pewnej grupy (kategorii pracowników), oznaczonej w szczególności działem zatrudnienia, branżą, sektorem czy nawet rodzajem pracy. Ich zasadniczą cechą jest odmienny sposób regulacji praw i obowiązków danej kategorii pracowników. Obejmuje ono dwie grupy aktów prawnych. Do pierwszej zaliczamy pragmatyki służbowe (pracownicze) występujące w szeroko rozumianej służbie publicznej. [...] Druga grupa obejmuje przepisy regulujące sytuację pracowników innych działów zatrudnienia¹¹.

Z powyższych rozważań wynika, że pragmatyki stanowią jedynie część szczególnego prawa pracy. Samo jednak pojęcie „pragmatyka” jest przedmiotem dyskusji w doktrynie.

W ocenie T. Kuczyńskiego:

termin «pragmatyka» (zazwyczaj z dookreśleniem «zawodowa» lub «służbowa») jest pojęciem języka prawniczego, a nie prawnego, o niejednoznacznej treści. Zgodnie z najbardziej rozpowszech-

¹⁰ L. Florek, *Powszechne a szczególne prawo pracy*, [w:] L. Florek (red.), *Powszechne a szczególne prawo pracy*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 15.

¹¹ Tamże, s. 15 i n. Inaczej W. Sanetra, *Powszechne i szczególne prawo pracy w aspekcie jego pojmowania, dyferencjacji i systematyzacji*, [w:] L. Florek (red.), *Powszechne...*, s. 28, którego zdaniem art. 5 k.p. zawęża pojęcie szczególnego prawa pracy do przepisów pragmatyk pracowniczych. Ponadto zdaniem ostatniego z przywołanych autorów „szczególne prawo pracy” to „prawo służby publicznej, prawo pracy sektora publicznego” (tamże, s. 48). Warto przy tym dodać, że W. Sanetra pracy posługuje się także pojęciem „pracowniczych pragmatyk służbowych” (tamże, s. 30), które jednak oznacza, moim zdaniem, to samo, co pojęcie „pragmatyka pracownicza”.

nioną w nauce prawa pracy intuicją znaczeniową, zakresem tego pojęcia obejmuje się akty prawne regulujące zatrudnienie nominacyjne w sektorze publicznym, znamienne ustaleniem zaostrożonych kryteriów zatrudnieniowej zdolności prawnej (rygory selekcyjne dotyczące statusu obywatelskiego, publicznego, zdrowotnego i in.), szczególnym systemem rekrutacji kandydatów (wyłanianych w drodze specjalnych procedur kwalifikacyjnych, egzaminacyjnych lub konkursowych), statusem prawnym zatrudnionych (szczególne reguły kariery zawodowej, rozbudowany katalog obowiązków dotyczących nierzadko zachowań poza służbą wraz ze wzmocnionym systemem odpowiedzialności, szczególne uprawnienia niewystępujące na gruncie powszechnego prawa pracy i in.). [...] Rozważane pojęcie występuje także w szerszym rozumieniu na określenie każdego aktu normatywnego regulującego mniej lub bardziej kompleksowo, w sposób odrębny od Kodeksu pracy, stosunki zatrudnienia wskazanej kategorii osób¹².

Wskazać jednak należy, że *de lege lata* odchodzi się od regulowania w pragmatykach wyłącznie „zatrudnienia nominacyjnego”. Przewidują one zatrudnianie pracowników także na innej podstawie niż mianowanie (m.in. na podstawie umowy o pracę)¹³.

Bardzo podobną w gruncie rzeczy definicję zaproponował B.M. Ćwiertniak: „pragmatyka to akt normatywny o randze ustawy [...], który w sposób kompleksowy i zarazem odrębny niż w powszechnym prawie pracy reguluje sferę stosunku pracy określonej kategorii pracowników”¹⁴. Dalej pisze on:

część autorów nazywa «pragmatykami» konkretne akty normatywne, inni zaś pewne konstrukcje teoretyczne – zbiory norm budowane z przepisów zawartych w wielu różnych aktach prawnych. Świadczą też one, że część autorów różnicuje (przy tym nie zawsze precyzyjnie) pragmatyki na rozumiane «wężziej» i «szeroko». Dodatkowe

¹² T. Kuczyński, *Kierunki rozwoju pragmatyk zawodowych (służbowych)*, [w:] J. Gołaczyński, P. Machnikowski (red.), *Współczesne problemy prawa prywatnego: Księga pamiątkowa ku czci profesora Edwarda Gniewka*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 299.

¹³ Zob. T. Liszcz, *Rekodyfikacja prawa pracy a pragmatyki pracownicze*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1989, nr 6, s. 24 i n.; W. Sanetra, *Powszechne...*, s. 42 i n., 49 i n.

¹⁴ B.M. Ćwiertniak, *Ustawa o pracownikach samorządowych jako pragmatyka pracowników samorządu terytorialnego (Charakterystyka ogólna aktu i jego ocena z perspektywy dyrektyw działalności prawotwórczej)*, „Z Problematyki Prawa Pracy i Polityki Socjalnej” 1992, nr 9, s. 12.

zamieszanie wynika z dość dowolnego określania pragmatyk mianem «zawodowych», «pracowniczych», «służbowych», przy czym często nazwy te są stosowane zamiennie, wbrew przyjmowanym w literaturze założeniom, że mają one wykazywać pewne różnice między rodzajami pragmatyk¹⁵.

W ocenie R. Selera „pragmatyki pracownicze” to po prostu przepisy szczególne włączone „przez kodeks [pracy – przyp. T.O.] do prawa pracy”¹⁶. Podobnie T. Liszcz, według której

wychodząc od art. 5 k.p., pojęcie pragmatyki pracowniczej rozumiem w tym opracowaniu szeroko, jako wszelkie przepisy szczególne (w stosunku do kodeksu pracy) regulujące odrębnie stosunek pracy określonej kategorii pracowników, niezależnie od podstawy zatrudnienia tych pracowników oraz niezależnie od formy aktu prawnego zawierającego te przepisy. Pod uwagę biorę jednakże tylko te spośród nich, które nie ograniczają się jedynie do uregulowania jednego czy dwóch szczególnych uprawnień pracowników danej branży czy zawodu, lecz regulują stosunek pracy w szerszym zakresie¹⁷.

W dalszej części pracy T. Liszcz odnosi takie kryteria, jak: „szczególne regulacje nawiązania, zmiany i ustania stosunku pracy”¹⁸, „prawa i obowiązki stron stosunku pracy”¹⁹ czy „odpowiedzialność pracownicza [...] oraz system zachęt pozytywnych”²⁰ do zakresu przedmiotowego „przyszłych znowelizowanych pragmatyk pracowniczych”²¹.

W. Piotrowski natomiast wskazuje, że pragmatyką jest

akt normatywny lub zespół takich aktów określający w sposób odrębny od norm powszechnego prawa pracy, tj. kodeksu pracy i innych aktów wydanych na jego podstawie, stosunek pracy pracowników

¹⁵ B.M. Ćwiertniak, *Pragmatyki zawodowe (Stan obecny i perspektywy przemian)*, „Z Problematyki Prawa Pracy i Polityki Socjalnej” 1992, nr 10, s. 52.

¹⁶ R. Seler, *Pragmatyki pracownicze a kodeks pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1974, nr 12, s. 4.

¹⁷ T. Liszcz, *Rekodyfikacja prawa...*, s. 24; zob. też Z. Sypniewski, *Stosunki pracy z mianowania a nowelizacja kodeksu pracy*, „Studia i Materiały Instytutu Pracy i Spraw Socjalnych” 1990, nr 1(324), s. 154.

¹⁸ T. Liszcz, *Rekodyfikacja prawa...*, s. 31 i n.

¹⁹ Tamże, s. 32.

²⁰ Tamże.

²¹ Tamże, s. 31.

państwowych lub co najmniej niektóre jego elementy”²². Pragmatyki, w ocenie wymienionego autora, obejmują także „regulacje prawne dotyczące [...] pracowników [...], którzy wykonują [...] ważne zadania państwa w zakresie ochrony zdrowia czy żeglugi”²³.

Za najbardziej adekwatną z wymienionych wyżej definicji pojęcia „pragmatyka” uważam tę sformułowaną przez L. Florka. Pragmatyką w rozumieniu niniejszej pracy jest zatem akt normatywny o randze ustawy²⁴, regulujący w sposób szczególny względem k.p. sferę stosunku pracy określonej kategorii pracowników sektora publicznego, w tym przypadku sądów i prokuratury²⁵.

Na potrzeby niniejszej pracy będę nadto używał określeń pragmatyka „ogólna” oraz pragmatyka „szczegółowa”. Pragmatyka „ogólna” reguluje status wszystkich pracowników odznaczających się wspólną cechą istotną (relevantną)²⁶. Pragmatyka szczegółowa z kolei reguluje wyłącznie status pracowników jej podległych (wprost albo na mocy odpowiedniego stosowania).

Na koniec niniejszych rozważań należy się zastanowić, czy akt prawny uznany za pragmatykę powinien regulować odmiennie od k.p. stosunek pracy określonej kategorii pracowników sektora publicznego w sposób kompleksowy. Oczyszczając przedpole dalszych rozważań w tym zakresie, wskazać należy, że przez pojęcie kompleksowej regulacji stosunku pracy w szczególnym prawie pracy należy rozumieć wyczerpujące uregulowanie kwestii związanych ze stosunkiem pracy pracowników podległych danemu aktowi prawnemu w sposób odmienny od k.p. Zawężenie pojęcia pragmatyka jedynie do aktów prawnych regulujących wyczerpująco stosunek pracy pracowników im podległych w spo-

²² W. Piotrowski, *Ocena stanu pragmatyk i propozycje ich uporządkowania*, [w:] Z. Salwa, M. Matey (red.), *Przesłanki i kierunki reformy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1987, s. 100.

²³ Tamże, s. 101.

²⁴ Uchylony art. 298 § 1 k.p. upoważniał Radę Ministrów do określania, w drodze rozporządzenia, w sposób szczególny niektórych praw i obowiązków pracowników zatrudnionych m.in. w urzędach państwowych; zob. też W. Sanetra, *Powszechnie...*, s. 29 i n.

²⁵ A. Rycak, *Regulacje prawne zatrudnienia pracowników sądów jako szczególne prawo pracy*, [w:] L. Florek (red.), *Powszechnie...*, s. 295, na określenie aktów prawnych regulujących zatrudnienie pracowników sądów używa pojęć „pragmatyki sądowe” oraz „sądowe prawo pracy”.

²⁶ Którą w przypadku grup zawodowych omówionych w niniejszej pracy jest zatrudnienie w sądzie lub prokuraturze na podstawie umowy o pracę, jak również wykonywanie podobnych zadań niezależnie od miejsca pracy. Zob. uwagi zawarte w punkcie *Przepisy powszechnie obowiązującego prawa pracy stosowanego do pracowników sądów i prokuratury zatrudnionych na podstawie umowy o pracę jako „pragmatyka”* niniejszego artykułu.

sób odmienny od k.p. wykluczałoby jednak objęcie wskazanym terminem wszystkich aktów prawnych, które, regulując stosunek pracy w sposób odmienny od k.p., nie czynią tego w sposób wyczerpujący, pozostawiając pewne kwestie do uregulowania innym aktom prawnym szczególnym względem k.p. Dobrym przykładem takiego aktu prawnego jest p.s.p.²⁷

W mojej ocenie jednak wymóg kompleksowości regulacji nie jest warunkiem *sine qua non* uznania danego aktu prawnego za pragmatykę. W tym miejscu zatem zgadzam się z T. Liszcz, że dany akt prawny można zakwalifikować jako pragmatykę także wówczas, gdy reguluje on stosunek pracy określonej grupy pracowników w sposób odmienny od k.p. w szerszym zakresie, nieograniczającym „się jedynie do uregulowania jednego czy dwóch szczególnych uprawnień pracowników danej branży czy zawodu”²⁸. Reasumując, stan, w którym istnieje konglomerat (zlepek) pojedynczych przepisów (albo postanowień) dotyczących danej kategorii pracowników, rozrzuconych po wielu różnych aktach prawnych, nie tylko tych o randze ustawy, będzie zatem uznawany przeze mnie za brak istnienia pragmatyki.

Pojęcie „pracownicy sądów i prokuratury zatrudnieni na podstawie umowy o pracę”

Rozważania odnośnie do definicji pojęcia „pracownicy sądów i prokuratury zatrudnieni na podstawie umowy o pracę” należy rozpocząć od odpowiedzi na pytanie, kim jest pracownik sądu i prokuratury. W ocenie W. Sanetry:

w najszerszym rozumieniu pracownicy sądu (pracownicy sądowi) to wszystkie osoby pozostające w stosunkach pracy z sądem, niezależnie od podstawy ich nawiązania oraz pełnionych funkcji. W węższym ujęciu pracownicy sądu to referendarze, asystenci sędziów, zawodowi kuratorzy sądowi, dyrektorzy (zastępcy) sądu oraz «urzędnicy i inni pracownicy sądowi». Natomiast w ujęciu najwęższym pracownicy sądu to «urzędnicy i inni pracownicy sądowi», dawniej określani mianem pracowników administracyjnych (zatrudnianych w sądach)²⁹.

²⁷ Zgodnie z art. 18 p.s.p., w sprawach nieuregulowanych niniejszą ustawą do urzędników sądów i prokuratury lub pracowników Biura Służby Prawnej TK stosuje się odpowiednio przepisy p.u.p., a w sprawach nieuregulowanych także w tej ustawie – przepisy k.p.

²⁸ Zob. przypis 17.

²⁹ W. Sanetra, *Ogólne założenia ukształtowania statusu prawnego pracowników sądowych*, [w:] A. Rycak (red.), *Zatrudnianie pracowników sądów z perspektywy prawa pracy i zarządzania*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 18 i n.

Nieco myląca, a na pewno nieprzejrzysta, jest w tym zakresie systematyka ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych³⁰. Ustawodawca tytułuje jej dział IV jako: „referendarze sądowi, kuratorzy sądowi, pracownicy sądów, stali mediatorzy, ławnicy oraz organy pomocnicze sądów”, co sugeruje, że pracownikami sądów w rozumieniu u.s.p. są jedynie asystenci sędziów oraz „urzędnicy i inni pracownicy sądowi”³¹. Z u.s.p. nie wynika też, jaka jest różnica pomiędzy pracownikami sądów a pracownikami sądowymi. Na rozróżnienie wymienionych pojęć zwrócono już uwagę w literaturze przedmiotu, analizując pozycję ustrojową asystenta sędziego³².

„Umownymi” pracownikami sądów i prokuratury są: osoby, o których mowa w art. 1 p.s.p., który stanowi: „ustawa określa obowiązki i prawa urzędników oraz innych pracowników zatrudnionych w: 1) sądach powszechnych i wojskowych; 2) powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratury; 3) Biurze Służby Prawnej Trybunału Konstytucyjnego”, osoby odbywające staż urzędniczy, asystenci sędziów i asystenci prokuratorów, aplikanci kuratorscy, kierownicy i członkowie opiniodawczych zespołów sądowych specjalistów, urzędnicy i inni pracownicy sądów administracyjnych³³, pracownicy SN niebędący sędziami, a także pracownicy TK niebędący sędziami.

W tym miejscu trzeba nadmienić, że zgodnie z art. 48 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 1 ust. 1 pkt 3b oraz 6 p.u.p. Pierwszy Prezes SN w odniesieniu do pracowników zatrudnionych w Sądzie Najwyższym oraz Prezes TK w odniesieniu

³⁰ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, t.j. Dz.U. 2020, poz. 2072 ze zm.

³¹ Tytuł rozdziału 5 działu IV u.s.p.

³² K. Sadowski, O.M. Piaskowska, D. Kotłowski, *Asystent sędziego w sądzie powszechnym*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 7-10.

³³ Wskazać należy, że choć dyrektorzy oraz ich zastępcy w wojewódzkich sądach administracyjnych zostali wymienieni pod pozycją 1 i 2 w tabeli A, stanowiącej część załącznika nr 1 do rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 22 marca 2011 r. w sprawie stanowisk i wymaganych kwalifikacji urzędników sądowych i innych pracowników oraz szczegółowych zasad wynagradzania referendarzy sądowych, starszych referendarzy sądowych, asystentów sędziów, starszych asystentów sędziów, urzędników oraz innych pracowników wojewódzkich sądów administracyjnych, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1888 ze zm., to jednak dyrektorzy wojewódzkich sądów administracyjnych są zatrudniani na podstawie powołania na podstawie § 10 ust. 1 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 5 sierpnia 2015 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania wojewódzkich sądów administracyjnych, Dz.U. 2015, poz. 1177. Z kolei zatrudnienie zastępcy dyrektora wojewódzkiego sądu administracyjnego na podstawie powołania wynika, moim zdaniem, z zastosowania art. 32 § 9 u.s.p. w drodze wniosku *a simili*. Niemożliwe jest przy tym, moim zdaniem, zastosowanie art. 32 § 9 u.s.p. poprzez art. 29 § 1 u.s.a. (*verba*: „do wojewódzkich sądów administracyjnych”), ponieważ dyrektor sądu nie jest organem wojewódzkiego sądu administracyjnego (zob. art. 19 u.s.a.).

do pracowników Kancelarii TK są upoważnieni do określania stanowisk, na których zatrudnieni pracownicy są urzędnikami państwowymi. Uznanie danej kategorii osób za urzędników państwowych ma decydujące znaczenie z punktu widzenia ustalenia zakresu stosowanych do nich norm wynikających z p.u.p.³⁴

Asystentami sędziów w sądach powszechnych, wojewódzkich sądach administracyjnych, Trybunale Konstytucyjnym i asystentami prokuratorów są osoby zatrudnione na ww. stanowiskach, które wykonują czynności określone odpowiednio w: art. 155 § 1 u.s.p., art. 27a § 1 u.s.a., art. 26 ust. 1 u.o.t.p.TK oraz w art. 175 § 2-4 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze³⁵. Zakres czynności asystentów sędziów w sądach powszechnych³⁶ oraz asystentów prokuratorów doprecyzowują odpowiednie akty wykonawcze: rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 8 listopada 2012 r. w sprawie czynności asystentów sędziów³⁷, a także rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 5 sierpnia 2016 r. w sprawie szczegółowego zakresu i sposobu wykonywania czynności przez asystentów i starszych asystentów prokuratorów³⁸. Zakres czynności asystentów sędziów Trybunału Konstytucyjnego³⁹ precyzuje § 5 załącznika do uchwały Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 lipca 2017 r. w sprawie statutu Biura Służby Prawnej TK⁴⁰. W sądach wojskowych, Naczelnym Sądzie Administracyjnym i w Sądzie Najwyższym brak jest określenia kompetencji asystentów sędziów na poziomie ustawowym. Zakres obowiązków asystentów sędziów w Sądzie Najwyższym, katalog stanowisk asystenckich w SN oraz zasady przydzielania asystenta sędziego SN zostały określone na poziomie podustawowym, w § 69-72 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 29 marca 2018 r. – Regulamin SN⁴¹. Brak jest jakichkolwiek przepisów

³⁴ Por. art. 46 p.u.p.

³⁵ Ustawa z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze, t.j. Dz.U. 2021, poz. 66 ze zm.

³⁶ Jak również, na podstawie art. 29 § 1 u.s.a., asystentów sędziów w wojewódzkich sądach administracyjnych.

³⁷ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 8 listopada 2012 r. w sprawie czynności asystentów sędziów, Dz.U. 2012, poz. 1270.

³⁸ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 5 sierpnia 2016 r. w sprawie szczegółowego zakresu i sposobu wykonywania czynności przez asystentów i starszych asystentów prokuratorów, Dz.U. 2016, poz. 1260.

³⁹ Wchodzą oni w skład Biura Służby Prawnej TK na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 u.o.t.p.TK.

⁴⁰ Dokument uzyskany na skutek udostępnienia informacji publicznej na wniosek, jak również dostępny on-line na stronie TK.

⁴¹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 29 marca 2018 r. – Regulamin Sądu Najwyższego, Dz.U. 2018, poz. 660 ze zm.

regulujących kompetencje asystentów sędziów w sądach wojskowych, natomiast kompetencje asystentów sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego uregulowane są pośrednio w rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 4 lipca 2020 r. – Regulamin Naczelnego Sądu Administracyjnego⁴² poprzez wskazanie w § 15-17 rozporządzenia zadań wydziałów Biura Orzecznictwa NSA, w skład których wchodzi m.in. asystenci sędziów i starsi asystenci sędziów⁴³. Mogą oni także zostać wyznaczony do protokolowania posiedzenia⁴⁴.

Urzędnikami w sądach powszechnych, sądach wojskowych i w prokuraturze są osoby wymienione w załączniku nr 1 do rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 marca 2017 r. w sprawie stanowisk i szczegółowych zasad wynagradzania urzędników i innych pracowników sądów i prokuratury oraz odbywania stażu urzędniczego⁴⁵, zaś w wojewódzkich sądach administracyjnych osoby wymienione w tabeli A, stanowiącej część załącznika nr 1 do rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 22 marca 2011 r. w sprawie stanowisk i wymaganych kwalifikacji urzędników sądowych i innych pracowników oraz szczegółowych zasad wynagradzania referendarzy sądowych, starszych referendarzy sądowych, asystentów sędziów, starszych asystentów sędziów, urzędników oraz innych pracowników wojewódzkich sądów administracyjnych. W Trybunale Konstytucyjnym pracownicy Kancelarii zatrudnieni na stanowiskach administracyjnych stanowią Wydział Administracji. W jego skład wchodzi: Dział Finansowo-Księgowy, Dział Informatyki, Dział Administracyjno-Gospodarczy, Biblioteka i Wydawnictwo TK⁴⁶. Pracownikami wykonującymi czynności administracyjne są nadto pracownicy

⁴² Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 4 lipca 2020 r. – Regulamin Naczelnego Sądu Administracyjnego, Dz.U. 2020, poz. 1202.

⁴³ § 18 ust. 1 pkt 2 *in principio* rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 4 lipca 2020 r. – Regulamin Naczelnego Sądu Administracyjnego. Członkowie Biura Orzecznictwa mogą wykonywać także, w ramach „innych” zespołów tworzonych przez Prezesa NSA, zadania przez niego określone (§ 19 ust. 2). Zob. też art. 40 § 3 zd. 1 u.s.a.

⁴⁴ § 49 ust. 1 rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 4 lipca 2020 r. – Regulamin Naczelnego Sądu Administracyjnego.

⁴⁵ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 marca 2017 r. w sprawie stanowisk i szczegółowych zasad wynagradzania urzędników i innych pracowników sądów i prokuratury oraz odbywania stażu urzędniczego, t.j. Dz.U. 2021, poz. 2288 ze zm.

⁴⁶ § 5 załącznika do uchwały Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK z dnia 27 lipca 2017 r. w sprawie statutu Kancelarii Trybunału Konstytucyjnego, https://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/dokumenty/Akty_normatywne/uchwala_zostk_w_sprawie_statustu_kancelarii_TK.pdf [dostęp: 21.12.2021].

Sekretariatu Kancelarii⁴⁷, a także pracownicy Sekretariatu Biura Służby Prawnej TK⁴⁸. W Naczelnym Sądzie Administracyjnym i Sądzie Najwyższym pracownikami administracyjnymi⁴⁹ są osoby zatrudnione w sekretariatach izb i wydziałów orzeczniczych w izbach, a także w Kancelarii, odpowiednio, Prezesa NSA oraz Pierwszego Prezesa SN i Prezesa SN kierującego pracą Izby Dyscyplinarnej. W Naczelnym Sądzie Administracyjnym urzędnicy pracują nadto w Wydziale Informacji Sądowej i w Sekretariacie Biura Orzecnictwa oraz w zespole inspektorów do spraw biurowości sądowej Biura Orzecnictwa i w zespołach międzystrukturalnych do wykonywania określonych przez Prezesa NSA zadań. W Sądzie Najwyższym zaś pracownicy administracyjni pracują także w sekretariacie Pierwszego Prezesa SN, w sekretariacie Biura Studiów i Analiz, w zespole do spraw korespondencji kierowanej do SN oraz w Centrum Informacyjnym SN.

Innymi pracownikami sądów powszechnych, sądów wojskowych i prokuratury są pracownicy wymienieni w załączniku nr 2 do rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 marca 2017 r. w sprawie stanowisk i szczegółowych zasad wynagradzania urzędników i innych pracowników sądów i prokuratury oraz odbywania stażu urzędniczego⁵⁰. W wojewódzkich sądach administracyjnych są to pracownicy wymienieni w tabeli B, stanowiącej część załącznika nr 1 do rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 22 marca 2011 r. w sprawie stanowisk i wymaganych kwalifikacji urzędników sądowych i innych pracowników oraz szczegółowych zasad wynagradzania referendarzy sądowych, starszych referendarzy sądowych, asystentów sędziów, starszych asystentów sędziów, urzędników oraz innych pracowników wojewódzkich sądów administracyjnych.

Ponadto w Trybunale Konstytucyjnym, Sądzie Najwyższym i Naczelnym Sądzie Administracyjnym należy wyróżnić pracowników „umownych”, którzy nie wykonują czynności administracyjnych i nie są asystentami sędziów. W Trybunale Konstytucyjnym są to pracownicy wchodzący w skład Kancelarii

⁴⁷ Wyodrębnionego w § 3 ust. 2 w zw. z § 2 pkt 1 załącznika do uchwały Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK z dnia 27 lipca 2017 r. w sprawie statutu Kancelarii TK.

⁴⁸ Wyodrębnionego w § 3 ust. 2 w zw. z § 2 pkt 1 załącznika do uchwały Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 lipca 2017 r. w sprawie statutu Biura Służby Prawnej Trybunału Konstytucyjnego, M.P. 2017, poz. 767.

⁴⁹ Ustawa u.s.a. w art. 49 § 1 zd. 1 *in principio* posługuje się pojęciem „urzędnicy Naczelnego Sądu Administracyjnego”.

⁵⁰ Tytuł załącznika nr 2 nazywa ich „pracownikami niebędącymi urzędnikami w sądach i prokuraturze”.

Trybunału: zatrudnieni na stanowiskach związanych z ochroną Trybunału, stanowiący Wydział Straży Trybunalskiej, Dyrektor Kancelarii, a także radca prawny i audytor wewnętrzny⁵¹. Z kolei w Biurze Służby Prawnej Trybunału pracują: Dyrektor, pracownicy Wydziału do Spraw Wstępnej Weryfikacji Pism Inicjujących Postępowanie przed TK i pracownicy Wydziału Studiów nad Orzecznictwem i Analiz Prawnych. W Sądzie Najwyższym „innymi pracownikami umownymi” są: członkowie Biura Studiów i Analiz niebędący sędziami, Rzecznik Prasowy oraz jego ewentualny zastępca, jeżeli Rzecznik Prasowy lub jego zastępca nie jest sędzią lub członkiem Biura Studiów i Analiz, kierownik zespołu do spraw korespondencji kierowanej do SN, audytor wewnętrzny i radca prawny, jeżeli radca prawny jest zatrudniony przez SN, zaś w Naczelnym Sądzie Administracyjnym: inni pracownicy zatrudnieni w Biurze Orzecznictwa⁵², pełnomocnik do spraw ochrony informacji niejawnych, audytor wewnętrzny.

Źródła powszechnie obowiązującego prawa pracy stosowanego do pracowników sądów i prokuratury zatrudnionych na podstawie umowy o pracę

Podstawowymi aktami prawnymi regulującymi zatrudnienie pracowników sądów i prokuratury zatrudnionych na podstawie umowy o pracę są p.s.p. i p.u.p.⁵³ Przepisy p.u.p. stosuje się odpowiednio do pracowników Sądu Najwyższego niebędących sędziami w sprawach nieuregulowanych w ustawie (art. 10 § 2 SNU), wprost do pracowników Kancelarii TK w sprawach nieuregulowanych w ustawie (art. 23 u.o.t.p.TK), wreszcie odpowiednio do urzędników i innych pracowników sądów⁵⁴ i prokuratury lub pracowników Biura Służby Prawnej TK w sprawach nieuregulowanych w ustawie⁵⁵. Przepisy p.u.p. stosuje się odpowiednio także do asystentów sędziów zatrudnionych w sądach

⁵¹ Na podstawie § 11 załącznika do uchwały Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK z dnia 27 lipca 2017 r. w sprawie statutu Kancelarii TK, wyodrębnia się w Kancelarii Trybunału stanowiska radcy prawnego i audytora wewnętrznego na zasadach określonych w odrębnych przepisach.

⁵² Na podstawie § 18 ust. 1 pkt 2 *in fine* rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 4 lipca 2020 r. – Regulamin Naczelnego Sądu Administracyjnego.

⁵³ W obydwu przypadkach posiłkowe zastosowanie mają przepisy k.p. na podstawie art. 18 p.s.p. oraz art. 5 k.p.

⁵⁴ Powszechnych, wojskowych, wojewódzkich sądów administracyjnych.

⁵⁵ Art. 18 p.s.p. (w zw. z art. 29 § 2 u.s.a. w odniesieniu do urzędników i innych pracowników wojewódzkich sądów administracyjnych).

powszechnych oraz wojewódzkich sądach administracyjnych i do asystentów prokuratorów w sprawach nieuregulowanych w ustawach ustrojowych i p.s.p.⁵⁶

Z kolei zakres podmiotowy p.s.p. jest określony w jej art. 1. Ustawę tę stosuje się posiłkowo do asystentów sędziów zatrudnionych w sądach powszechnych, do asystentów prokuratorów, jak również do asystentów sędziów, urzędników i innych pracowników zatrudnionych w sądach administracyjnych. Ustawa ta jest stosowana jedynie w ograniczonym zakresie do osób odbywających staż urzędniczy zgodnie z art. 3-4 i art. 12b-c p.s.p. Jest to stan niezadowolający⁵⁷. Wobec braku odesłania do stosowania przepisów p.u.p. w sprawach nieuregulowanych w p.s.p. do osób odbywających staż urzędniczy, należy stosować do tych ostatnich w sprawach nieuregulowanych w p.s.p. przepisy k.p. na podstawie art. 5 k.p.

Przepisami wykonawczymi do p.s.p. są:

- rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 10 grudnia 2007 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu postępowania przy dokonywaniu ocen kwalifikacyjnych urzędników i innych pracowników sądów i prokuratury⁵⁸;
- rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 stycznia 2008 r. w sprawie szczegółowego trybu i sposobu przeprowadzania konkursów na staż urzędniczy w sądzie i prokuraturze⁵⁹;
- rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 4 lutego 2011 r. w sprawie delegowania urzędników sądów do Ministerstwa Sprawiedliwości lub poza stałe miejsce pracy⁶⁰;
- rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 27 lutego 2017 r. w sprawie delegowania urzędników prokuratury do wykonywania obowiązków

⁵⁶ Odpowiednio art. 155 § 9 u.s.p. (w zw. z art. 29 § 1 u.s.a.) i art. 182 u.p.p. – w każdym przypadku w zw. z art. 18 p.s.p. Na tym tle mogą pojawiać się różnorakie problemy interpretacyjne. Na temat odesłania do odpowiedniego stosowania p.s.p. na gruncie poprzedniego brzmienia art. 155 § 4 u.s.p. zob. K. Sadowski, O.M. Piaskowska, D. Kotłowski, *Asystent sędziego...*, s. 22-25.

⁵⁷ Por. A. Dubowik, *Zatrudnianie urzędników sądowych w świetle ustawy o pracownikach sądów i prokuratury z 1998 r.*, [w:] A. Rycak (red.), *Zatrudnianie pracowników...*, s. 51 i n.

⁵⁸ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 10 grudnia 2007 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu postępowania przy dokonywaniu ocen kwalifikacyjnych urzędników i innych pracowników sądów i prokuratury, t.j. Dz.U. 2014, poz. 257.

⁵⁹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 stycznia 2008 r. w sprawie szczegółowego trybu i sposobu przeprowadzania konkursów na staż urzędniczy w sądzie i prokuraturze, t.j. Dz.U. 2014, poz. 400.

⁶⁰ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 4 lutego 2011 r. w sprawie delegowania urzędników sądów do Ministerstwa Sprawiedliwości lub poza stałe miejsce pracy, Dz.U. 2011 Nr 36, poz. 187.

służbowych w innej jednostce organizacyjnej prokuratury lub w Ministerstwie Sprawiedliwości⁶¹;

- rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 marca 2017 r. w sprawie stanowisk i szczegółowych zasad wynagradzania urzędników i innych pracowników sądów i prokuratury oraz odbywania stażu urzędniczego.

Pozostałymi źródłami powszechnie obowiązującego prawa pracy stosowanymi do pracowników sądów i prokuratury zatrudnionych na umowę o pracę są przepisy ustaw ustrojowych i wydanych na ich podstawie aktów wykonawczych. Należy w tym miejscu zauważyć, że na poziomie ustaw ustrojowych uregulowano (i to jedynie częściowo) status wyłącznie asystentów sędziów zatrudnionych w sądach powszechnych (art. 155-155e u.s.p.) i wojewódzkich sądach administracyjnych (art. 27a u.s.a. oraz art. 155-155e u.s.p. w zw. z art. 29 § 1 u.s.a.) oraz asystentów prokuratorów (art. 175-182 u.p.p.). Szczątkowe regulacje dotyczą: asystentów sędziów TK – wyłącznie w zakresie ogólnego określenia zakresu obowiązków, warunków brzegowych wraz z określeniem, że nabór na stanowisko asystenta sędziego TK następuje w drodze konkursu (art. 26 u.o.t.p.TK) – a także pracowników Wydziału do Spraw Wstępnej Weryfikacji Pism Inicjujących Postępowanie przed Trybunałem i Wydziału Studiów nad Orzecznictwem i Analiz Prawnych TK – wyłącznie w zakresie ogólnego określenia zakresu obowiązków i warunków brzegowych⁶² – oraz asystentów sędziów Sądu Najwyższego w zakresie warunków brzegowych (art. 57 zd. 2 SNU) i członków Biura Studiów i Analiz SN (art. 103 SNU) w zakresie określenia wysokości wynagrodzenia członków Biura, warunkowego zakazu podejmowania dodatkowego zatrudnienia lub zajęcia, a także przyznania prawa do dodatku funkcyjnego za pełnioną funkcję. Należy zwrócić uwagę na brak w art. 70 § 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. – Prawo o ustroju sądów wojskowych⁶³ odesłania do stosowania względem asystentów sędziów zatrudnionych w tych sądach przepisów art. 148 § 2-2b oraz art. 155-155e u.s.p., a także wydanych na ich podstawie aktów wykonawczych.

Na gruncie art. 155 § 5-6 i art. 155a § 7 u.s.p. wydano następujące akty wykonawcze:

⁶¹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 27 lutego 2017 r. w sprawie delegowania urzędników prokuratury do wykonywania obowiązków służbowych w innej jednostce organizacyjnej prokuratury lub w Ministerstwie Sprawiedliwości, Dz.U. 2017, poz. 474.

⁶² Odpowiednio art. 27 ust. 1, art. 28 ust. 1, art. 29 ust. 1 i art. 30 ust. 1 u.o.t.p.TK.

⁶³ Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. – Prawo o ustroju sądów wojskowych, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1754.

- rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 8 listopada 2012 r. w sprawie czynności asystentów sędziów;
- rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 14 października 2013 r. w sprawie przeprowadzania konkursu na stanowisko asystenta sędziego⁶⁴;
- rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 czerwca 2020 r. w sprawie wynagrodzenia zasadniczego asystentów sędziów⁶⁵.

Na podstawie art. 28 u.s.a. wydano rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 22 marca 2011 r. w sprawie stanowisk i wymaganych kwalifikacji urzędników sądowych i innych pracowników oraz szczegółowych zasad wynagradzania referendarzy sądowych, starszych referendarzy sądowych, asystentów sędziów, starszych asystentów sędziów, urzędników oraz innych pracowników wojewódzkich sądów administracyjnych, którego właściwe przepisy stosuje się także do asystentów sędziów zatrudnionych w wojewódzkich sądach administracyjnych.

Na podstawie upoważnień zawartych w art. 178 oraz w art. 180 § 7-8 u.p.p. następujące rozporządzenia:

- rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 5 sierpnia 2016 r. w sprawie szczegółowego zakresu i sposobu wykonywania czynności przez asystentów i starszych asystentów prokuratorów;
- rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 listopada 2016 r. w sprawie przeprowadzania konkursu na stanowisko asystenta prokuratora⁶⁶;
- rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 lutego 2017 r. w sprawie uzyskiwania informacji o osobie ubiegającej się o zatrudnienie na stanowisku asystenta prokuratora⁶⁷;
- rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 grudnia 2020 r. w sprawie wynagrodzenia zasadniczego asystentów i starszych asystentów prokuratorów⁶⁸.

⁶⁴ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 14 października 2013 r. w sprawie przeprowadzania konkursu na stanowisko asystenta sędziego, Dz.U. 2013, poz. 1228.

⁶⁵ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 czerwca 2020 r. w sprawie wynagrodzenia zasadniczego asystentów sędziów, Dz.U. 2020, poz. 1044.

⁶⁶ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 listopada 2016 r. w sprawie przeprowadzania konkursu na stanowisko asystenta prokuratora, Dz.U. 2016, poz. 1838.

⁶⁷ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 lutego 2017 r. w sprawie uzyskiwania informacji o osobie ubiegającej się o zatrudnienie na stanowisku asystenta prokuratora, Dz.U. 2017, poz. 462.

⁶⁸ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 grudnia 2020 r. w sprawie wynagrodzenia zasadniczego asystentów i starszych asystentów prokuratorów, Dz.U. 2020, poz. 2378.

Zwrócić należy uwagę na fakt, że w SNU i u.s.a. nie ma zbyt wielu przepisów dotyczących pracowników „umownych” zatrudnionych w instytucjach, których ustrój stanowi przedmiot unormowania ww. ustaw⁶⁹. Są to bądź przepisy blankietowe⁷⁰, bądź przepisy ogólnie określające zakres obowiązków danych komórek organizacyjnych⁷¹, bądź przepisy określające osobę kierującą daną komórką organizacyjną (w przypadku Sądu Najwyższego wraz z trybem jego powołania i odwołania)⁷². Należy jednak zwrócić uwagę na przepis art. 102 SNU, który określa katalog osób dokonujących czynności z zakresu prawa pracy. § 1 przywołanego przepisu jest, moim zdaniem, *superfluum* z uwagi na treść art. 3¹ § 1 k.p.

Podobnie u.o.t.p.TK, oprócz wyżej omówionych szczątkowych regulacji dotyczących asystentów sędziów oraz pracowników Wydziału do Spraw Wstępnej Weryfikacji Pism Inicjujących Postępowanie przed Trybunałem i Wydziału Studiów nad Orzecznictwem i Analiz Prawnych, jest w zakresie: określenia stanowisk, (dodatkowych) wymagań kwalifikacyjnych, zasad wynagradzania oraz szczegółowego zakresu zadań oraz sposobu i warunków ich wykonywania zatrudnionych w Trybunale Konstytucyjnym pracowników aktem blankietowym, upoważniającym do określenia wyżej wymienionych kwestii Prezesa TK w drodze zarządzeń, w niektórych przypadkach (z wyjątkiem ustalania regulaminu wynagradzania) po zasięgnięciu opinii dyrektora właściwej komórki organizacyjnej⁷³. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na postanowienie § 6 załącznika nr 1 do zarządzenia nr 15/2018 Prezesa TK z dnia 11 września 2018 r. w sprawie naboru na stanowiska asystentów sędziów Trybunału Konstytucyjnego – Regulamin konkursu na stanowisko asystenta

⁶⁹ Oprócz wspomnianych już art. 57 zd. 2 i art. 103 SNU oraz art. 27a u.s.a

⁷⁰ Art. 4, 10, 14 § 1 pkt 6, art. 98 § 2 i 3, art. 103 § 5 SNU, art. 23, 28, 29, 43, 49 u.s.a.

⁷¹ Art. 99 § 1, 100 § 1, 101 § 1 SNU, art. 40 § 2 zd. 1 i art. 40 § 3 zd. 1 u.s.a.

⁷² Art. 99 § 2, 100 § 2, 101 § 2 SNU, art. 40 § 2 zd. 2, art. 40 § 3 zd. 2 u.s.a.

⁷³ W zakresie pracowników Biura Służby Prawnej TK są to: zarządzenie nr 10/2017 Prezesa Trybunału Konstytucyjnego z dnia 31 sierpnia 2017 r. w sprawie stanowisk pracowników zatrudnionych w Biurze Służby Prawnej Trybunału Konstytucyjnego, niepubl. oraz zarządzenie nr 12/2017 Prezesa Trybunału Konstytucyjnego z dnia 31 sierpnia 2017 r. w sprawie regulaminu wynagradzania pracowników Biura Służby Prawnej Trybunału Konstytucyjnego, niepubl. (dokumenty uzyskane na skutek udostępnienia informacji publicznej na wnioski). Nie wydano odrębnego zarządzenia dotyczącego szczegółowego zakresu zadań na stanowiskach wymienionych w załączniku do zarządzenia nr 10/2017. Szczegółowy zakres zadań pracowników, o których mowa, określa załącznik do uchwały Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK z dnia 27 lipca 2017 r. w sprawie statutu Biura Służby Prawnej TK.

sędziego Trybunału Konstytucyjnego⁷⁴. Wymienione postanowienie stanowi, co następuje:

1. Termin rozpoczęcia pracy następuje po przedstawieniu przez kandydata zaświadczenia o niefigurowaniu w Krajowym Rejestrze Karnym oraz zaświadczenia lekarskiego o braku przeciwwskazań do podjęcia pracy na stanowisku asystenta.
2. W okresie pierwszych dwóch lat pracy kandydat wyłoniony w konkursie zatrudniony jest na stanowisku młodszego asystenta i odbywa staż asystencki.
3. Do czasu ukończenia stażu asystenckiego podstawą zatrudnienia w Biurze Służby Prawnej jest umowa o pracę na czas określony.

Moim zdaniem postanowienia § 6 ust. 2 i 3 wymienionego regulaminu powinny znaleźć się w ustawie, na wzór analogicznych regulacji u.s.p.⁷⁵ Brak jest przy tym podstaw do określania warunków zatrudnienia asystentów sędziów zatrudnionych z jednej strony w sądach powszechnych i wojewódzkich sądach administracyjnych w drodze ustawy, zaś z drugiej strony w Trybunale Konstytucyjnym w drodze zarządzenia. Mimo odmienności dotyczących warunków pracy w TK oraz w sądach powszechnych i wojewódzkich sądach administracyjnych asystenci sędziów wykonują w gruncie rzeczy podobne zadania, na co wskazuje analiza aktów prawnych ich dotyczących⁷⁶.

Szczegółowy zakres zadań i strukturę Kancelarii Trybunału określa jej statut. Analogicznie szczegółowy zakres zadań i strukturę Biura Służby Prawnej Trybunału określa jego statut. Upoważnione do uchwalania statutu Kancelarii TK i statutu Biura Służby Prawnej TK jest Zgromadzenie Ogólne Sędziów Trybunału (art. 6 ust. 2 pkt 8 u.o.t.p.TK).

W rozporządzeniu Prezydenta RP z dnia 29 marca 2018 r. – Regulamin Sądu Najwyższego – obok m.in. określenia wewnętrznej organizacji Sądu Najwyższego – uregulowano warunki brzegowe zajmowania stanowiska członka Biura Studiów i Analiz⁷⁷. Podobnie w rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 4 lipca 2020 r. – Regulamin Naczelnego Sądu

⁷⁴ Regulamin konkursu na stanowisko asystenta sędziego Trybunału Konstytucyjnego, <http://web.archive.org/web/20190224004540/https://trybunal.gov.pl/oferty-pracy-nowe/201811161121> [dostęp: 26.07.2021].

⁷⁵ Zob. art. 155ca § 1 i 2 u.s.p. Ponadto, moim zdaniem, postanowienia § 6 ust. 2 i 3 wymienionego regulaminu, jako niewchodzące w zakres „zasad i trybu przeprowadzenia konkursu” na stanowisko asystenta sędziego, są przekroczeniem delegacji udzielonej Prezesowi TK przez art. 26 ust. 5 u.o.t.p.TK.

⁷⁶ Zob. też A. Rycak, *Regulacje prawne...*, s. 296.

⁷⁷ § 67 ust. 2 rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 29 marca 2018 r. – Regulamin Sądu Najwyższego.

Administracyjnego określono m.in. wewnętrzną organizację Naczelnego Sądu Administracyjnego i wskazano kwalifikacje wymagane do zajmowania stanowiska członka Biura Orzecznictwa⁷⁸. Wewnętrzną organizację wojewódzkich sądów administracyjnych uregulowano z kolei w rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 5 sierpnia 2015 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania wojewódzkich sądów administracyjnych.

Nie jest jasne odesłanie zawarte w art. 49 § 1 zd. 1 u.s.a., zmienionym ustawą z dnia 20 grudnia 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw⁷⁹. W mojej ocenie jest to klasyczne odesłanie kaskadowe, nakazujące stosować do urzędników i innych pracowników Naczelnego Sądu Administracyjnego w sprawach nieuregulowanych w u.s.a. odpowiednio przepisy dotyczące Sądu Najwyższego, czyli SNU, zaś w zakresie w nich (w niej) nieuregulowanym – przepisy u.s.p.⁸⁰ Z uwagi na odesłania zawarte w art. 49 § 1 zd. 1 u.s.a., art. 155 § 9 u.s.p. oraz art. 18 p.s.p., a także fakt, że SNU w zakresie regulacji statusu pracowników Sądu Najwyższego niebędących sędziami jest aktem w znacznej mierze blankietowym, o czym była już mowa, należy skonstatować, że do asystentów sędziów NSA stosować się będzie w sprawach nieuregulowanych w u.s.a. odpowiednio przepisy art. 155-155e u.s.p., a w sprawach w nich nieuregulowanych – odpowiednio przepisy p.s.p., w następnej kolejności odpowiednio przepisy p.u.p. i wreszcie – przepisy k.p. W stosunku zaś do urzędników i innych pracowników Naczelnego Sądu Administracyjnego niebędących asystentami, z uwagi na treść art. 156 u.s.p., w sprawach nieuregulowanych w u.s.a. należy stosować odpowiednio przepisy p.s.p.⁸¹, zaś w sprawach nieuregulowanych w p.s.p. – na mocy art. 18 p.s.p. – odpowiednio przepisy p.u.p., a w dalszej kolejności przepisy k.p. Wyjątkiem będzie przepis art. 14 § 1 pkt 6 *in fine* SNU w zw. z art. 49 § 1 u.s.a., który, przypominam, zezwala Prezesowi NSA na określenie, po zasięgnięciu opinii Kolegium NSA, w drodze zarządzenia, m.in. regulaminu wynagradzania pracowników NSA niebędących sędziami.

⁷⁸ § 20 ust. 3 rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 4 lipca 2020 r. – Regulamin Naczelnego Sądu Administracyjnego

⁷⁹ Ustawa z dnia 20 grudnia 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2020, poz. 190.

⁸⁰ Na gruncie poprzedniego stanu prawnego nie było mowy o odesłaniu do stosowania przepisów u.s.p.

⁸¹ Tym samym odpowiednio należy także stosować m.in. przepisy wspomnianego rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 marca 2017 r.

Nowelizacja art. 49 § 1 zd. 1 u.s.a. doprowadziła w efekcie do posiłkowego stosowania do urzędników i innych pracowników Naczelnego Sądu Administracyjnego przepisów o ustroju sądów powszechnych, a nie o ustroju sądów administracyjnych w zakresie wojewódzkich sądów administracyjnych, co powoduje, że niemożliwe będzie zastosowanie do wskazanych grup pracowników przepisów rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 22 marca 2011 r. w sprawie stanowisk i wymaganych kwalifikacji urzędników sądowych i innych pracowników oraz szczegółowych zasad wynagradzania referendarzy sądowych, starszych referendarzy sądowych, asystentów sędziów, starszych asystentów sędziów, urzędników oraz innych pracowników wojewódzkich sądów administracyjnych. Powyższy zabieg nie może być uznany przeze mnie za przejaw racjonalnego działania prawodawcy⁸².

Art. 32 u.o.t.p.TK nakazuje stosować (wprost) w zakresie nieuregulowanym w ustawie przepisy p.s.p. Wymieniony przepis dubluje, moim zdaniem, przepis art. 1 pkt 3 p.s.p. Sytuacji nie wyjaśnia fakt, że pracownicy Biura Służby Prawnej TK są wymienieni w hipotezach jedynie art. 14a-18, co powoduje, że zasadne staje się pytanie, czy stosuje się do nich przepisy dotyczące warunków brzegowych (art. 2), zasad naboru, stażu urzędniczego oraz warunków nawiązywania stosunku pracy⁸³, kwalifikowanych obowiązków pracowniczych (art. 6), obowiązku wykonywania poleceń służbowych przełożonych (art. 7), okresowych ocen kwalifikacyjnych (art. 8), warunkowego zakazu dodatkowego zatrudnienia (art. 11), wydłużonego okresu, po którym można rozwiązać stosunek pracy bez wypowiedzenia w razie nieobecności pracownika w pracy z powodu choroby (art. 12 ust. 4), zawieszenia pracownika (art. 12b-c). Możliwość podwójnej wykładni przepisów p.s.p., jedna dokonana na gruncie art. 1 pkt 3, który sugeruje, biorąc pod uwagę lekturę całej ustawy, że do pracowników Biura Służby Prawnej TK stosuje się wyłącznie te przepisy p.s.p., w których hipotezach jest zawarte odniesienie do wskazanej kategorii pracowników⁸⁴, zaś druga dokonana na gruncie art. 32 u.o.t.p.TK, który w zakresie nieuregulowanym w u.o.t.p.TK wprost odsyła do stosowania (wszystkich) przepisów p.s.p. do wymienionej kategorii pracowników, moim zdaniem, jest niedopuszczalna w demokratycznym państwie prawnym.

⁸² Por. A. Rycak, *Regulacje prawne zatrudnienia pracowników sądów jako szczególne prawo pracy*, [w:] L. Florek (red.), *Powszechne...*, s. 293 i n.

⁸³ Art. 3-4 p.s.p. i odpowiednie przepisy wspomnianego rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 marca 2017 r.

⁸⁴ Jeżeli by było inaczej, wówczas bezprzedmiotowe byłoby specjalne odnoszenie się do nich w niektórych przepisach p.s.p.

Statusowi aplikantów kuratorskich poświęcony jest rozdział 6 u.k.s.⁸⁵ Prawa i obowiązki kierowników i członków opiniodawczych zespołów sądowych specjalistów zostały uregulowane w ustawie z dnia 5 sierpnia 2015 r. o opiniodawczych zespołach sądowych specjalistów⁸⁶.

Na koniec rozważań zawartych w tej części pracy należy odpowiedzieć na pytanie, jakiemu reżimowi prawnemu będą podlegali pracownicy zatrudnieni w Trybunale Konstytucyjnym na stanowiskach pomocniczych i obsługi⁸⁷. W mojej ocenie wskazana grupa zawodowa będzie podlegała bezpośrednio przepisom k.p. z uwagi na fakt, że nie są oni członkami ani Kancelarii TK, ani Biura Służby Prawnej TK⁸⁸. Nie dotyczą ich zatem odesłania zawarte odpowiednio w art. 23 i 32 u.o.t.p.TK.

Przepisy powszechnie obowiązującego prawa pracy stosowanego do pracowników sądów i prokuratury zatrudnionych na podstawie umowy o pracę jako pragmatyka

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że przepisy prawa pracy stosowane do pracowników sądów i prokuratury zatrudnionych na podstawie umowy o pracę stanowią mozaikę, której ułożenie wymaga sięgnięcia do wielu aktów prawnych, zajmujących różne miejsce w hierarchii źródeł prawa⁸⁹. Częstokroć ustawodawca posługuje się tzw. odesłaniami „piętrowymi” w celu skrócenia objętości danego aktu prawnego⁹⁰. Nie przekłada się to jednak na czytelność przepisów i powoduje trudności związane z odtworzeniem treści norm dotyczących praw i obowiązków pracowników „umownych” zatrudnio-

⁸⁵ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. o kuratorach sądowych, t.j. Dz.U. 2020, poz. 167. Zob. też art. 105 tej ustawy.

⁸⁶ Ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o opiniodawczych zespołach sądowych specjalistów, t.j. Dz.U. 2018, poz. 708.

⁸⁷ Woźni, gońce, rzemieślnicy, kierowcy, sprzątaczk i inni, wykonujący podobne zawody.

⁸⁸ Zob. zamknięte katalogi pracowników wymienionych komórek organizacyjnych zawarte w art. 18 ust. 2 oraz art. 24 ust. 2 u.o.t.p.TK. Wspomnianych grup pracowników nie wymieniają także załączniki do uchwał Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK z dnia 27 lipca 2017 r.: w sprawie statutu Kancelarii Trybunału Konstytucyjnego oraz w sprawie statutu Biura Służby Prawnej TK.

⁸⁹ Ustawy, rozporządzenia, akty prawne niebędące źródłami powszechnie obowiązującego prawa.

⁹⁰ Co nie powinno mieć miejsca w naszym porządku prawnym z uwagi na brzmienie § 157 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, t.j. Dz.U. 2016, poz. 283.

nych w sądach i prokuraturze. Dojść zatem należy do wniosku, że *de lege lata* brak jest jednej regulacji prawnej w randze ustawy, która regulowałaby status wskazanej grupy pracowników *in gremio*. Powyższa konstatacja nie zwalnia jednak od odpowiedzi na pytanie, czy w obrębie prawa pracy dotyczącego „umownych” pracowników sądów i prokuratury znajdują się pragmatyki tzw. „szczegółowe” w rozumieniu przyjętym w niniejszej pracy.

W mojej ocenie zarówno p.s.p., jak i p.u.p., stanowią pragmatyki tzw. „szczegółowe” w rozumieniu przyjętym w niniejszej pracy. Regulują one w sposób kompleksowy status pracowników sądów i prokuratury zatrudnionych na podstawie umowy o pracę i podległych ich reżimowi⁹¹. Oceny nie zmienia odesłanie do stosowania przepisów p.u.p. w sprawach nieuregulowanych w p.s.p., zawarte w art. 18 p.s.p. Analiza porównawcza przepisów p.s.p. i p.u.p. prowadzi do wniosku, że jedyne przepisy zawarte w p.u.p., których odpowiednika brak w p.s.p. i które należy stosować odpowiednio do osób wymienionych w art. 18 p.s.p., dotyczą regulacji zawieszenia w pełnieniu obowiązków służbowych z przyczyn podanych w art. 11 ust. 1 p.u.p., czasu pracy (art. 29 p.u.p.) oraz rozkładu czasu pracy w danej jednostce (art. 30 p.u.p.). Pragmatykami „szczegółowymi” będzie także u.k.s.⁹² oraz ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o opiniodawczych zespołach sądowych specjalistów.

Znając odpowiedź na pytanie, czy w prawie pracy dotyczącym „umownych” pracowników sądów i prokuratury znajdują się pragmatyki tzw. „szczegółowe” w rozumieniu przyjętym w niniejszej pracy, należy rozważyć kwestię następną, tzn. czy w obliczu faktu, że przepisy dotyczące wskazanej grupy pracowników stanowią w istocie konglomerat (zlepek) przepisów rozrzuconych po wielu aktach prawnych, komasacja tychże przepisów byłaby wskazana. Jeżeli odpowiedź na postawione pytanie byłaby pozytywna, należy wówczas zastanowić się, w jaki sposób należy tego dokonać.

Odpowiedź na pytanie o zasadność komasacji przepisów również jest pozytywna. Przemawia za tym fakt, że prawa i obowiązki pracowników sądów i prokuratury wykonujących zbliżone zadania regulują różne akty prawne,

⁹¹ Z wyjątkiem osób odbywających staż urzędniczy oraz z zastrzeżeniami dotyczącymi pracowników Biura Służby Prawnej TK, o czym już była mowa.

⁹² W zakresie regulacji zatrudnienia aplikantów kuratorskich. Poza zakresem niniejszej pracy znajduje się natomiast odpowiedź na pytanie, czy u.k.s. jest pragmatyką „ogólną”. Wskazać należy, że cechą istotną (relevantną) pracowników zatrudnionych na jej podstawie jest w istocie wykonywanie podobnych zadań (oraz przygotowanie do ich pełnienia) mimo różnicy w podstawie nawiązania stosunku pracy.

nie tylko te o randze ustawy. Akty te były uchwalane w różnym czasie⁹³, brak też jest jakiegokolwiek aksjologii zatrudnienia w sądach i prokuraturze⁹⁴. Jak wskazał A. Rycak: „wydaje się, że jedynym wytłumaczeniem tego stanu rzeczy jest brak ogólnej koncepcji regulowania sytuacji prawnej pracowników sądów i trybunałów, a także niestety niski poziom prac legislacyjnych mających za przedmiot omawiane pragmatyki”⁹⁵. B.M. Ćwiertniak, opisując przyczyny powstawania wad zarzucanych pragmatykom, wskazuje, że

na pierwszym miejscu należałoby wskazać szeroko rozumiane względy polityczne: liczne zmiany koncepcji politycznych, wiążące się ze sposobem ukształtowania aparatu państwowego i pozycji osób w nim zatrudnionych, szczególnie jaskrawo występujące w okresie przesilen społeczno-politycznych, brak precyzyjnie i jasno określonych założeń ideologiczno-prawnych co do wzajemnych relacji określonych elementów struktury aparatu i szczególnie ważnych instytucji tzw. infrastruktury społecznej (występujący nawet w okresach względnej stabilności systemu społeczno-ekonomicznego). W tym stanie rzeczy brak jest określonej, stabilnej koncepcji regulacji stosunków pracy tych grup zawodowych [...]. Następną z przyczyn byłoby zapewne dążenie określonych grup do uzyskania odrębnych, przynajmniej w części korzystniejszych niż w powszechnym prawie pracy, uregulowań bądź też dążenie innych grup, wsparte elementem tradycji, do utrzymania tego typu odrębnych regulacji. Kolejna grupa przyczyn łączyć się będzie ze sposobem tworzenia prawa. Słusznie wskazuje się tu na atomizację prac w tym zakresie: projekty są tworzone w poszczególnych resortach i «siłą rzeczy akcentują nie to co wspólne z kodeksem pracy czy z innymi pragmatykami, lecz to co własne, czyli branżowe», brak więc jest ich odpowiedniej koordynacji. Nie najwyższy zaś często poziom resortowych «służb legislacyjnych» decyduje o wielu wadach techniczno-prawnej natury.

⁹³ Wskazać należy w tym miejscu, że p.u.p., która zaczęła obowiązywać kilkanaście lat wcześniej niż p.s.p., swoim zakresem podmiotowym objęła pracowników Sądu Najwyższego (art. 75 ustawy z dnia 20 września 1984 r. o Sądzie Najwyższym, t.j. Dz.U. 2002 Nr 101, poz. 924 ze zm.), pracowników Biura Trybunału Konstytucyjnego (art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 29 kwietnia 1985 r. o Trybunale Konstytucyjnym, t.j. Dz.U. 1991 Nr 109, poz. 470 ze zm.) oraz pracowników Naczelnego Sądu Administracyjnego (odesłanie do ustawy z dnia 20 września 1984 r. o Sądzie Najwyższym zamieszczone w art. 15 ustawy z dnia 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym, Dz.U. 1995 Nr 74, poz. 368 ze zm.).

⁹⁴ Por. A. Dubowik, *Zatrudnianie urzędników...*, s. 46 i n.

⁹⁵ A. Rycak, *Regulacje prawne...*, s. 295 i n.

Wiele zarzutów można też podnieść w stosunku do praktyki legislacyjnej parlamentu⁹⁶.

Tytułem przykładu braku koncepcji uregulowania statusu pracowników sądów i prokuratury przez ustawodawcę należy wskazać, że zgodnie z art. 23 projektu p.s.p.⁹⁷, ustawa miała obowiązywać jedynie przez trzy lata.

Brak także koherencji pomiędzy aktami prawnymi dotyczącymi praw i obowiązków „umownych” pracowników sądów i prokuratury, co powoduje nieuzasadnione rozbieżności pomiędzy zakresem uprawnień, a także obowiązków osób wykonujących zbliżone zadania⁹⁸. Celem zobrazowania wspomnianego braku koherencji wskazać należy, że analiza wymienionych aktów prawnych prowadzi do wniosku, że urzędnicy zatrudnieni w wojewódzkich sądach administracyjnych nie mogą uzyskać premii⁹⁹. Asystenci sędziów zatrudnieni w wojewódzkich sądach administracyjnych pozbawieni są prawa do uzyskania nagród, zaś asystenci prokuratorów także prawa do dodatku specjalnego. Asystenci sędziów zatrudnieni w wojewódzkich sądach administracyjnych z bliżej nieokreślonych powodów cieszą się prawem do wyższego dodatku za pracę w porze nocnej od asystentów sędziów w sądach powszechnych i asystentów prokuratorów. Z kolei kierowcy zatrudnionemu w wojewódzkim sądzie administracyjnym, z tytułu powierzenia dodatkowych czynności niewchodzących w zakres jego normalnych obowiązków, przyznany został na czas określony dodatek w wysokości 60% najniższego wynagrodzenia zasadniczego. Zwraca też uwagę brak przepisów dotyczących okresowych ocen i możliwości delegowania asystentów prokuratorów, co sugeruje odpowiednie stosowanie do nich przepisów art. 8 i 11b p.s.p.

⁹⁶ B.M. Ćwiertniak, *Pragmatyki zawodowe...*, s. 54 i n.; zob. też T. Zieliński, *Podstawowe problemy reformy prawa służby państwowej w PRL*, „Państwo i Prawo” 1982, nr 9, s. 56 i n. oraz W. Piotrowski, *Ocena stanu...*, s. 102 i n., 131.

⁹⁷ Projekt ustawy o pracownikach sądów i prokuratury, Druk Sejmowy nr 706. Ustawa została uchwalona w dniu 18 grudnia 1998 r. pod tym samym tytułem i obowiązuje do dzisiaj.

⁹⁸ Dotyczy to w szczególności tak ważnych kwestii, jak stabilność zatrudnienia i związanej z tym możliwości zaplanowania kariery w sądownictwie powszechnym i wojskowym oraz w prokuraturze na stanowisku urzędniczym. Zob. art. 4 p.s.p. Urzędnicy podlegający przepisom p.u.p. z pominięciem p.s.p. są zatrudniani na zasadach ogólnych określonych w k.p. (art. 25 § 1 k.p.) wobec braku odnośnych przepisów dotyczących rodzaju nawiązywanej umowy o pracę w p.u.p., łącznie z dopuszczalnością zawarcia umowy o pracę na okres próbny.

⁹⁹ Prawo do uzyskania premii posiadają wyłącznie „inni pracownicy” zatrudnieni w wojewódzkich sądach administracyjnych.

Pod rozwagę prawodawcy należy poddać status osób odbywających staż urzędniczy w sądach i prokuraturze. Stosowanie do nich p.s.p. w szcztątkowym zakresie, jak również brak odesłania do stosowania w sprawach nieuregulowanych do p.u.p., nie koresponduje, moim zdaniem, z charakterem zatrudnienia wymienionej kategorii osób jako zatrudnionych w instytucjach, w których ogół zatrudnionych pracowników podlega reżimowi ustaw szczególnych względem k.p. Trudno uznać za racjonalne działanie ustawodawcy, który rozciąga na innych pracowników sądów i prokuratury działanie szerszej grupy przepisów p.s.p., a w sprawach nieuregulowanych odsyła do p.u.p., nie traktując podobnie osób odbywających staż urzędniczy. Kryterium dyferencjacji, w szczególności względem innych pracowników sądów i prokuratury, nie może być, moim zdaniem, zakres pełnionych obowiązków. Należy zauważyć, że chociaż § 11 i 12 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 marca 2017 r. w sprawie stanowisk i szczegółowych zasad wynagradzania urzędników i innych pracowników sądów i prokuratury oraz odbywania stażu urzędniczego nadaje stażowi urzędniczemu charakter wybitnie szkoleniowy¹⁰⁰, to jednak w niektórych sądach osoby odbywające staż urzędniczy pełnią, oprócz obowiązków wyszczególnionych w § 11 i 12 wymienionego rozporządzenia, także obowiązki właściwe urzędnikom sądowym¹⁰¹. Warto również zwrócić uwagę na fakt, że tabela A, stanowiąca część załącznika nr 1 do rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 22 marca 2011 r. w sprawie stanowisk i wymaganych kwalifikacji urzędników sądowych i innych pracowników oraz szczegółowych zasad wynagradzania referendarzy sądowych, starszych referendarzy sądowych, asystentów sędziów, starszych asystentów sędziów, urzędników oraz innych pracowników wojewódzkich sądów administracyjnych, odnosząca się do urzędników sądowych, pod pozycją 33 wymienia referenta stażystę.

Należy również wskazać na omawiane wyżej problemy z wykładnią przepisów stosowanych do pracowników Biura Służby Prawnej TK w sprawach nieuregulowanych w u.o.t.p.TK, wykładnią art. 49 § 1 zd. 1 u.s.a. po nowelizacji czy kłopoty z ustaleniem statusu asystentów sędziów zatrudnionych w sądach wojskowych¹⁰². Zauważenia także wymaga, o czym nadmieniono

¹⁰⁰ § 11 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 marca 2017 r. stanowi, że „osoba, o której mowa w ust. 1, zatrudniona w charakterze stażysty, zwana dalej «stażystą», poznaje strukturę sądu albo prokuratury, funkcjonowanie poszczególnych komórek organizacyjnych oraz podległych jednostek organizacyjnych, jak również tryb załatwiania spraw, które będą należały do zakresu przyszłych obowiązków stażysty jako urzędnika”.

¹⁰¹ Spostrzeżenie własne autora pracy.

¹⁰² Moim zdaniem wymienione problemy są nie do rozwiązania bez interwencji ustawodawcy.

na początku rozdziału, nieuchronne, w przypadku tak znacznej dyferencjacji przepisów prawnych, jak tych stosowanych do pracowników sądów i prokuratury zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, stosowanie odesłań tzw. kaskadowych („piętrowych”), co jest niezgodne z § 157 załącznika do z.t.p. i znacząco utrudnia odtworzenie norm prawa pracy obowiązujących wymienionych pracowników.

Wskazać też należy, że pracownicy SN niebędący sędziami oraz pracownicy Kancelarii TK nie podlegają takim regulacjom, jak: zasady naboru określone w p.s.p., staż urzędniczy oraz warunki nawiązywania stosunku pracy określone w p.s.p.¹⁰³, okresowa ocena kwalifikacyjna (art. 8), wydłużony okres, po którym można rozwiązać stosunek pracy bez wypowiedzenia w razie nieobecności pracownika w pracy z powodu choroby (art. 12 ust. 4), możliwość zawieszenia pracownika także z przyczyn wskazanych w art. 12b-c, niezależnie od tego, czy kierownik danego urzędu określił, że pracownicy zatrudnieni na danym stanowisku są urzędnikami państwowymi.

Moim zdaniem brak argumentów do wprowadzania warunków brzegowych zajmowania stanowiska członka Biura Studiów i Analiz SN¹⁰⁴ na poziomie aktu wykonawczego. Powyższe ma oparcie jedynie w tradycji, nie zaś w systemie prawa, gdzie warunki brzegowe zajmowania stanowiska w służbie publicznej są powszechnie formułowane na poziomie ustawy.

Na refleksję ustawodawcy zasługuje także podniesiona wyżej kwestia regulacji warunków zatrudnienia asystentów sędziów TK na poziomie zarządzenia. Zastosowana metoda regulacji nie jest, moim zdaniem, właściwa w sytuacji, gdy warunki zatrudnienia asystentów sędziów zatrudnionych w sądach powszechnych i wojewódzkich sądach administracyjnych uregulowane zostały na poziomie ustawy.

Jeżeli chodzi o odpowiedź na ostatnie z postawionych pytań, tj. sposób, w jaki należy dokonać komasacji przepisów dotyczących pracowników sądów i prokuratury zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, opowiadam się za koncepcją stworzenia jednej pragmatyki „ogólnej” dla wymienionej kategorii pracowników, która posiadałaby swoją część ogólną, regulującą zagadnienia wspólne, zaś w dalszej części zawierałaby szczególne przepisy dotyczące wszystkich wyróżnionych kategorii pracowników sądów i prokuratury zatrudnionych na podstawie umowy o pracę¹⁰⁵. Rozwiązanie takie eliminowałoby odesłania „piętrowe”,

¹⁰³ Art. 3-4 p.s.p. i odpowiednie przepisy rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 marca 2017 r.

¹⁰⁴ A także Biura Orzecznictwa NSA.

¹⁰⁵ Tak też A. Rycak, *Regulacje prawne...*, s. 297. Mogłoby się to odbyć przez uchwalenie nowej ustawy w miejsce p.s.p. (zob. § 84 z.t.p.).

a także wszelkie niezgodności pomiędzy aktami prawnymi powstałe z przyczyn, o których pisał B.M. Ćwiertniak¹⁰⁶. Jak trafnie wskazał J. Piątkowski:

wprowadzenie jednolitego systemu zatrudniania eliminowałoby problemy wynikające z braku komunikacji treściowej między odrębnymi ustawami (stwarzającej wątpliwości interpretacyjne), eliminowałoby też zbędne powtórzenia tekstu prawnego i ujednoliciłoby regulacje prawne dotyczące tych samych problemów¹⁰⁷.

Nie zgadzam się z koncepcją przedstawioną m.in. przez W. Sanetrę¹⁰⁸ czy K. Gonere¹⁰⁹, że aktem prawnym zawierającym przepisy dotyczące pracowników sądów i prokuratury zatrudnionych na podstawie umowy o pracę powinna być u.s.p. Pogląd swój uzasadniam faktem, że u.s.p. reguluje ustroj wyłącznie sądów powszechnych, nie zaś innych rodzajów sądów, czy też prokuratury. Pożądanym celem ustawodawczym jest zaś, moim zdaniem, stworzenie jednej pragmatyki dla wszystkich „umownych” pracowników sądów i prokuratury. Zastosowanie metody umieszczania przepisów dotyczących stosunku pracy w przepisach ustrojowych zasadnie skrytykowała T. Liszcz, która wskazała, że

zasadą powinno być wydawanie pragmatyk w postaci odrębnych ustaw, natomiast regulowanie statusu pracowników w aktach ustrojowych powinno mieć miejsce wyjątkowo – głównie wtedy, gdy regulacja stosunku pracy ma bezpośredni wpływ na status i funkcjonowanie danego pracownika w charakterze organu (np. w odniesieniu do sędziów regulacja trybu ich zatrudniania i zwalniania oraz praw, obowiązków i odpowiedzialności pracowniczej ma kapitalne znaczenie dla niezawisłości sędziego) oraz wtedy, gdy zakres niezbędnych szczegółowych unormowań jest stosunkowo niewielki i nie warto byłoby wydawać dla nich odrębnej ustawy. Poza tego rodzaju przypadkami należałoby, moim zdaniem, unikać regulacji stosunku pracy w aktach ustrojowych, gdyż stosunek pracy stanowi dla ich autorów z reguły materię drugorzędną, co odbija się

¹⁰⁶ Zob. przypis 96.

¹⁰⁷ J. Piątkowski, *Jednolitość czy dyferencjacja zatrudnienia w administracji publicznej*, [w:] B. Sprengel, A. Strzelecki (red.), *Urzędnik w administracji publicznej*, Wyższa Szkoła Humanistyczno-Ekonomiczna, Włocławek 2005, s. 52.

¹⁰⁸ W. Sanetra, *Ogólne założenia...*, s. 24-26.

¹⁰⁹ K. Gonera, *Status prawny asystentów sędziów*, [w:] A. Rycak (red.), *Zatrudnianie pracowników...*, s. 69.

na jakości regulacji, a poza tym z niekorzyścią dla stosunków pracy ich regulacja dzieli z reguły losy regulacji ustrojowej, w naszych warunkach w niektórych działach dosyć niestabilnej¹¹⁰.

Uzasadnieniem dla scalenia przepisów dotyczących stosunku pracy wymienionych pracowników jest podobieństwo funkcji wykonywanych przez dane kategorie pracowników w sądach różnego rodzaju, w Trybunale Konstytucyjnym i w prokuraturze. „Rodzaj pracy i związane z nią obowiązki urzędnika sądowego nie zależą bowiem od kategorii sądu, w którym urzędnik jest zatrudniony”¹¹¹. Niezależnie od powyższego należy wskazać, że „w ogólności wszystkie te grupy pracowników zatrudnionych w sądach powszechnych [„umownych” pracowników oraz referendarzy sądowych i zawodowych kuratorów sądowych – przyp. T.O.] łączy to, że nie sprawują wymiaru sprawiedliwości i pełnią zasadniczo rolę usługową w stosunku do zadań wykonywanych przez sędziów”¹¹² oraz „że ukształtowanie statusu prawnego pracowników sądowych powinno uwzględniać przede wszystkim potrzeby sądów, w tym zwłaszcza główny cel i sens ich istnienia, tj. sprawowanie władzy sądowniczej, która wyraża się w wymierzaniu sprawiedliwości”¹¹³. Podobnie ukształtowanie statusu prawnego pracowników prokuratury powinno uwzględniać przede wszystkim zadania, do których powołana jest prokuratura, tj. ścigania przestępstw i stania na straży praworządności (art. 2 u.p.p.). Już teraz przecież status urzędników i innych pracowników zatrudnionych w sądach powszechnych i wojskowych, a także tych zatrudnionych w powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratury jest przedmiotem jednej ustawy.

Pewne wątpliwości mogą dotyczyć zasadności umieszczenia w jednym akcie prawnym regulacji dotyczących urzędników i „innych pracowników” sądów i prokuratury obok asystentów i pozostałych pracowników, którzy nie wykonują czynności administracyjnych ani pomocniczych i obsługi. Zwrócić jednak należy uwagę w tym kontekście na, co do zasady, brak samodzielności asystentów i pozostałych pracowników zatrudnionych na stanowiskach merytorycznych.

Asystent sędziego wykonuje wyłącznie czynności pomocnicze, jest pomocnikiem sędziego, nie podejmuje żadnych czynności o charakterze władczym [...]. W tej chwili asystent jest jedynie pomocnikiem

¹¹⁰ T. Liszcz, *Rekodyfikacja prawa...*, s. 26.

¹¹¹ A. Dubowik, *Zatrudnianie urzędników...*, s. 46; zob. też A. Rycak, *Regulacje prawne...*, s. 296 i n.

¹¹² W. Sanetra, *Ogólne założenia...*, s. 18.

¹¹³ Tamże, s. 21.

sędziego, można mu zlecić różne czynności niezbędne do przygotowania spraw sądowych do rozpoznania, jednak za skutki wszystkich tych czynności ostateczną odpowiedzialność ponosi sędzia¹¹⁴.

Mojego stanowiska w zakresie zasadności komasacji przepisów nie podważa możliwość samodzielnego wykonywania niektórych czynności przez asystentów sędziów¹¹⁵ i asystentów prokuratorów (art. 175 § 2 u.p.p.), skoro czynności te asystent prokuratora wykonuje „w zastępstwie i na podstawie pisemnego upoważnienia prokuratora”. Asystent sędziego nie cieszy się zaś przymiotem niezależności co do treści wydawanych zarządzeń¹¹⁶. Ponadto zwrócić uwagę należy na stosunkowo wąski zakres regulacji statusu asystentów sędziów i asystentów prokuratorów w przepisach ustrojowych. W sprawach w nich nieuregulowanych odsyłają one do odpowiedniego stosowania przepisów p.s.p.¹¹⁷

Poza zakresem regulacji pragmatyki „ogólnej” pozostawałyby natomiast przepisy szczególne dotyczące zatrudnienia aplikantów kuratorskich oraz kierowników i członków opiniodawczych zespołów sądowych specjalistów. Stosunek pracy aplikantów kuratorskich powinien pozostać regulowany przez u.k.s. z uwagi na fakt, że aplikacja kuratorska przygotowuje aplikanta kuratorskiego do pełnienia obowiązków kuratora zawodowego (art. 75 ust. 1), który jest zatrudniany na podstawie mianowania¹¹⁸. Z kolei jeśli chodzi o kierowników i członków opiniodawczych zespołów sądowych specjalistów, należy odnotować pogląd K. Stasiaka, opowiadającego się za włączeniem opiniodawczych zespołów sądowych specjalistów do kuratorskiej służby sądowej¹¹⁹.

Podsumowanie

Istniejący obecnie stan prawny w zakresie źródeł powszechnie obowiązującego prawa pracy stosowanych do pracowników sądów i prokuratury zatrudnionych na podstawie umowy o pracę jest wysoce niezadowolający. Jest to spowodo-

¹¹⁴ K. Gonera, *Status prawny...*, s. 74.

¹¹⁵ Art. 47² ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, t.j. Dz.U. 2021, poz. 1805 ze zm.

¹¹⁶ Por. art. 151 § 1 u.s.p. Zob. także A. Partyk, *On the Power Of Judge's Assistants to Issue Orders – Comments Pursuant to Article 47(2) of the Code of Civil Procedure*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2020, t. XX, s. 207-210.

¹¹⁷ Zob. A. Rycak, *Regulacje prawne...*, s. 290.

¹¹⁸ Art. 4 *in principio* i część wspólna art. 5 ust. 1 u.k.s.

¹¹⁹ K. Stasiak, *Czy potrzebna jest nam reforma kurateli sądowej?*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2020, nr 3(47), s. 115-120.

wane rozproszeniem przepisów regulujących stosunek pracy „umownych” pracowników sądów i prokuratury po wielu aktach prawnych, pochodzących z różnych okresów czasu.

Skutkiem dyferencjacji przepisów jest brak wewnętrznej spójności między nimi, regulowanie zagadnień dotyczących pracowników o zbliżonym zakresie obowiązków w aktach prawnych o niejednakowej mocy prawnej, a także liczne odesłania tzw. kaskadowe („piętrowe”), co jest niezgodne z zasadami techniki prawodawczej.

Rozwiązaniem zaistniałej sytuacji jest komasacja przepisów dotyczących praw i obowiązków pracowników sądów i prokuratury zatrudnionych na podstawie umowy o pracę i opracowanie jednej pragmatyki, która objęłaby wszystkie kategorie pracowników „umownych” zatrudnionych w sądach i prokuraturze oraz w Trybunale Konstytucyjnym, z wyłączeniem aplikantów kuratorskich oraz kierowników i członków opiniodawczych zespołów sądowych specjalistów.

Bibliografia

Literatura

- Ćwiertniak B.M., *Pragmatyki zawodowe (Stan obecny i perspektywy przemian)*, „Z Problematyki Prawa Pracy i Polityki Socjalnej” 1992, nr 10, s. 48-73.
- Ćwiertniak B.M., *Ustawa o pracownikach samorządowych jako pragmatyka pracowników samorządu terytorialnego (Charakterystyka ogólna aktu i jego ocena z perspektywy dyrektyw działalności prawotwórczej)*, „Z Problematyki Prawa Pracy i Polityki Socjalnej” 1992, nr 9, s. 7-32.
- Dubowik A., *Zatrudnianie urzędników sądowych w świetle ustawy o pracownikach sądów i prokuratury z 1998 r.*, [w:] A. Rycak (red.), *Zatrudnianie pracowników sądów z perspektywy prawa pracy i zarządzania*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 44-67.
- Florek L., *Powszechne a szczególne prawo pracy*, [w:] L. Florek (red.), *Powszechne a szczególne prawo pracy*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 15-27.
- Gonera K., *Status prawny asystentów sędziów*, [w:] A. Rycak (red.), *Zatrudnianie pracowników sądów z perspektywy prawa pracy i zarządzania*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 68-79.
- Goździewicz G., *Wpływ instytucji zbiorowego prawa pracy na status prawny pracowników służby cywilnej i samorządu terytorialnego*, [w:] W. Sanetra (red.), *Stosunki pracy w służbie cywilnej i samorządzie terytorialnym*, Temida 2, Białystok 2001, s. 39-56.

- Kuczyński T., *Kierunki rozwoju pragmatyk zawodowych (służbowych)*, [w:] J. Gołaczyński, P. Machnikowski (red.), *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci profesora Edwarda Gniewka*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 299-308.
- Liszczyński T., *Rekodyfikacja prawa pracy a pragmatyki pracownicze*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1989, nr 6, s. 24-32.
- Partyk A., *On the Power Of Judge's Assistants to Issue Orders – Comments Pursuant to Article 47(2) of the Code of Civil Procedure*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2020, t. XX, s. 201-214.
- Piątkowski J., *Jednolitość czy dyferencjacja zatrudnienia w administracji publicznej*, [w:] B. Sprengel, A. Strzelecki (red.), *Urzędnik w administracji publicznej*, Wyższa Szkoła Humanistyczno-Ekonomiczna, Włocławek 2005, s. 44-54.
- Piotrowski W., *Ocena stanu pragmatyk i propozycje ich uporządkowania*, [w:] Z. Salwa, M. Matey (red.), *Przesłanki i kierunki reformy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1987, s. 99-131.
- Rycak A., *Regulacje prawne zatrudnienia pracowników sądów jako szczególne prawo pracy*, [w:] L. Florek (red.), *Powszechne a szczególne prawo pracy*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 281-298.
- Sadowski K., Piaskowska O.M., Kotłowski D., *Asystent sędziego w sądzie powszechnym*, C.H. Beck, Warszawa 2010.
- Sanetra W., *Ogólne założenia ukształtowania statusu prawnego pracowników sądowych*, [w:] A. Rycak (red.), *Zatrudnianie pracowników sądów z perspektywy prawa pracy i zarządzania*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 2-10.
- Sanetra W., *Powszechne i szczególne prawo pracy w aspekcie jego pojmowania, dyferencjacji i systematyzacji*, [w:] L. Florek (red.), *Powszechne a szczególne prawo pracy*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 28-52.
- Seler R., *Pragmatyki pracownicze a kodeks pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1974, nr 12, s. 4-16.
- Stasiak K., *Czy potrzebna jest nam reforma kurateli sądowej?*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2020, nr 3(47), s. 103-123.
- Sypniewski Z., *Stosunki pracy z mianowania a nowelizacja kodeksu pracy*, „Studia i Materiały Instytutu Pracy i Spraw Socjalnych” 1990, nr 1(324), s. 154-167.
- Zieliński T., *Podstawowe problemy reformy prawa służby państwowej w PRL*, „Państwo i Prawo” 1982, nr 9, s. 45-57.

Wykaz aktów prawnych

- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, t.j. Dz.U. 2021, poz. 1805 ze zm.
- Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1320 ze zm.
- Ustawa z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych, t.j. Dz.U. 2020, poz. 537 ze zm.
- Ustawa z dnia 20 września 1984 r. o Sądzie Najwyższym, t.j. Dz.U. 2002 Nr 101, poz. 924 ze zm.
- Ustawa z dnia 29 kwietnia 1985 r. o Trybunale Konstytucyjnym, t.j. Dz.U. 1991 Nr 109, poz. 470 ze zm.
- Ustawa z dnia 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym, Dz.U. 1995 Nr 74, poz. 368 ze zm.
- Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997 Nr 78, poz. 483 ze zm.
- Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. – Prawo o ustroju sądów wojskowych, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1754.
- Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o pracownikach sądów i prokuratury, t.j. Dz.U. 2018, poz. 577.
- Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, t.j. Dz.U. 2016, poz. 283.
- Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. o kuratorach sądowych, t.j. Dz.U. 2020, poz. 167.
- Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, t.j. Dz.U. 2020, poz. 2072 ze zm.
- Ustawa z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych, t.j. Dz.U. 2021, poz. 137.
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 10 grudnia 2007 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu postępowania przy dokonywaniu ocen kwalifikacyjnych urzędników i innych pracowników sądów i prokuratury, t.j. Dz.U. 2014, poz. 257.
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 stycznia 2008 r. w sprawie szczegółowego trybu i sposobu przeprowadzania konkursów na staż urzędniczy w sądzie i prokuraturze, t.j. Dz.U. 2014, poz. 400.
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 4 lutego 2011 r. w sprawie delegowania urzędników sądów do Ministerstwa Sprawiedliwości lub poza stałe miejsce pracy, Dz.U. 2011 Nr 36, poz. 187.
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 22 marca 2011 r. w sprawie stanowisk i wymaganych kwalifikacji urzędników sądowych i innych pracowników oraz szczegółowych zasad wynagradzania

- referendarzy sądowych, starszych referendarzy sądowych, asystentów sędziów, starszych asystentów sędziów, urzędników oraz innych pracowników wojewódzkich sądów administracyjnych, t.j. Dz.U. 2020, poz. 1888 ze zm.
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 8 listopada 2012 r. w sprawie czynności asystentów sędziów, Dz.U. 2012, poz. 1270.
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 14 października 2013 r. w sprawie przeprowadzania konkursu na stanowisko asystenta sędziego, Dz. U. 2013, poz. 1228.
- Ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o opiniodawczych zespołach sądowych specjalistów, t.j. Dz.U. 2018, poz. 708.
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 5 sierpnia 2015 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania wojewódzkich sądów administracyjnych, Dz.U. 2015, poz. 1177.
- Ustawa z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze, t.j. Dz.U. 2021, poz. 66 ze zm.
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 5 sierpnia 2016 r. w sprawie szczegółowego zakresu i sposobu wykonywania czynności przez asystentów i starszych asystentów prokuratorów, Dz.U. 2016, poz. 1260.
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 listopada 2016 r. w sprawie przeprowadzania konkursu na stanowisko asystenta prokuratora, Dz.U. 2016, poz. 1838.
- Ustawa z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, t.j. Dz.U. 2019, poz. 2393.
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 lutego 2017 r. w sprawie uzyskiwania informacji o osobie ubiegającej się o zatrudnienie na stanowisku asystenta prokuratora, Dz.U. 2017, poz. 462.
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 27 lutego 2017 r. w sprawie delegowania urzędników prokuratury do wykonywania obowiązków służbowych w innej jednostce organizacyjnej prokuratury lub w Ministerstwie Sprawiedliwości, Dz.U. 2017, poz. 474.
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 marca 2017 r. w sprawie stanowisk i szczegółowych zasad wynagradzania urzędników i innych pracowników sądów i prokuratury oraz odbywania stażu urzędniczego, t.j. Dz.U. 2021, poz. 2288 ze zm.
- Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym, t.j. Dz.U. 2021, poz. 1904.
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 29 marca 2018 r. – Regulamin Sądu Najwyższego, Dz.U. 2018, poz. 660 ze zm.

Ustawa z dnia 20 grudnia 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2020, poz. 190.

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 czerwca 2020 r. w sprawie wynagrodzenia zasadniczego asystentów sędziów, Dz.U. 2020, poz. 1044.

Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 4 lipca 2020 r. – Regulamin Naczelnego Sądu Administracyjnego, Dz.U. 2020, poz. 1202.

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 grudnia 2020 r. w sprawie wynagrodzenia zasadniczego asystentów i starszych asystentów prokuratorów, Dz.U. 2020, poz. 2378.

Akty prawne niebędące źródłami powszechnie obowiązującego prawa

Uchwała Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 lipca 2017 r. w sprawie statutu Biura Służby Prawnej Trybunału Konstytucyjnego, M.P. 2017, poz. 767.

Uchwała Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 lipca 2017 r. w sprawie statutu Kancelarii Trybunału Konstytucyjnego, https://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/dokumenty/Akty_normatywne/uchwala_zostk_w_sprawie_statustu_kancelarii_TK.pdf [dostęp: 21.12.2021].

Zarządzenie nr 10/2017 Prezesa Trybunału Konstytucyjnego z dnia 31 sierpnia 2017 r. w sprawie stanowisk pracowników zatrudnionych w Biurze Służby Prawnej Trybunału Konstytucyjnego, niepubl.

Zarządzenie nr 12/2017 Prezesa Trybunału Konstytucyjnego z dnia 31 sierpnia 2017 r. w sprawie regulaminu wynagradzania pracowników Biura Służby Prawnej Trybunału Konstytucyjnego, niepubl.

Zarządzenie nr 15/2018 Prezesa Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 września 2018 r. w sprawie naboru na stanowiska asystentów sędziów Trybunału Konstytucyjnego, niepubl.

Dokumenty urzędowe

Projekt ustawy o pracownikach sądów i prokuratury, Druk Sejmowy nr 706.



Edyta Chmura-Szczecińska
Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Polska
ORCID: 0000-0001-7133-6802
e.w.chmura@gmail.com

Automatyzacja decyzji w prawie – pola i granice stosowania¹

Algorithmic Decision Making in law – areas and limits

Abstract

The author undertook research on the application of automated decision-making processes in law, in particular in the course of issuing administrative decisions and court rulings. It was assumed that in the process of law automation, a person should play a leading role, and granting specific verification (supervisory) competences will not only strengthen the public's confidence in further computerization of the law, but will also guarantee fundamental rights, including the right to court and the right to privacy. The author tries to show that further development will depend on the position of a human being in the system of law automation. The purpose of the article is to present which specific safeguards and legal solutions should be introduced in connection with the automation of the decision-making process in public administration and the judiciary. In further research, the author focuses on whether the proposed solutions will increase public confidence in automation / artificial intelligence.

Keywords: automation of law, Artificial Intelligence and law, data science, data mining and machine learning, algorithmic, neuron networks

¹ Dane statystyczne zebrane w wyniku badania ankietowego zostały opracowane przez dr Justynę Włodarczyk-Madejską, redaktor statystyczną „Studiów Prawniczych”.

Abstrakt

Autorka podjęła badania nad zastosowaniem zautomatyzowanych procesów decyzyjnych w prawie, w szczególności w toku wydawania decyzji administracyjnych oraz orzeczeń sądowych. Założono, że w procesie automatyzacji prawa nadrzędną rolę powinien odgrywać człowiek, a przyznanie mu konkretnych kompetencji weryfikujących (nadzorczych) nie tylko wzmocni zaufanie społeczeństwa do dalszej informatyzacji prawa, ale także zagwarantuje należytą realizację praw podstawowych, w tym prawa do sądu oraz prawa do prywatności. Autorka wykazuje, że od umiejscowienia człowieka w systemie automatyzacji prawa zależeć będzie jego dalszy rozwój. Jednocześnie celem artykułu jest prezentacja *de lege ferenda* konkretnych regulacji i rozwiązań prawnych związanych z automatyzacją procesu decyzyjnego w organach administracji publicznej i sądownictwie. W dalszych badaniach autorka skupiła się na tym, czy zaproponowane (przykładowe) rozwiązania spowodują wzrost zaufania społeczeństwa do automatyzacji / sztucznej inteligencji.

Słowa kluczowe: automatyzacja prawa, sztuczna inteligencja i prawo, uczenie maszynowe, algorytm, sieci neuronowe

1. Wprowadzenie

Kwestia wydawania rozstrzygnięć, w szczególności w postaci orzeczeń sądowych, przez system informatyczny pojawia się często w kontekście informatyzacji sądownictwa². Wątpliwości budzą przede wszystkim tezy, jakoby maszyna miała zastąpić człowieka – sędziego – a w konsekwencji człowiek byłby zobligowany do podporządkowania się woli maszyny, co finalnie prowadzi do marginalizacji roli człowieka na rzecz jego tworu.

Podjmując dyskusję o automatyzacji sądownictwa, organów ścigania czy administracji, trzeba przede wszystkim zaznaczyć, że zarówno ze względów natury konstytucyjnej, jak i rozważań teoretyczno-filozoficznych, zastąpienie człowieka doskonałym – z technologicznego punktu widzenia – systemem informatycznym nie jest możliwe. Niemniej, zamykanie się na rozwiązania informatyczne, które usprawniają i przyspieszają powtarzalne procesy, nie działa ani na korzyść stron zainteresowanych rozstrzygnięciem, ani też osób decyzyjnych, które muszą dokonywać rozstrzygnięć.

² Ł. Goździaszek, *Perspektywy wykorzystania sztucznej inteligencji w postępowaniu sądowym*, „Przegląd Sądowy” 2015, nr 10, s. 46-60.

Wydaje się, że stworzenie odpowiednich gwarancji i regulacji prawnych mogłoby otworzyć drogę do zaakceptowania zautomatyzowanego podejmowania decyzji nawet w procesie sądowym, zwłaszcza, że w europejskim porządku prawnym funkcjonują już namiastki takowych systemów³.

Na wstępie skonstatować trzeba, że sędziowie wydają rozstrzygnięcia opierając się na istniejącej linii orzeczniczej i sugerując się podobnym stanem faktycznym, oceną materiału dowodowego, etc. Czy zasadne jest zatem sprzeciwianie się, aby to maszyna wyszukiwała sprawy podobne do rozpoznawanej? Natomiast przy sporządzaniu treści decyzji administracyjnej, gdy rozstrzygnięcie będzie zgodne z żądaniem strony, czemu służyć miałyby sprzeciw automatycznemu przetwarzaniu danych przy tworzeniu projektu dokumentu?

Obie zarysowane powyżej sytuacje odnoszą się do metod wykorzystania sztucznej inteligencji w prawie, bez względu na jego dziedzinę. Wydawanie przez sędziego wyroku na podstawie automatycznego przetwarzania danych z zasobów spraw już rozstrzygniętych, to nic innego jak analiza predykcyjna. System informatyczny na podstawie danych nowej sprawy wyszukuje podobne stany faktyczne niejako z przeszłości, podając także treść rozstrzygnięcia, podstawę prawną etc. Z kolei z automatyzacji tworzenia dokumentów prawnych korzystają już na tę chwilę organy administracji publicznej, wydając chociażby zaświadczenia. Jak daleko może sięgać proces zautomatyzowanego podejmowania decyzji? Wydaje się, że nie ma przeszkód, aby spróbować połączyć analizę predykcyjną z automatyzacją tworzenia dokumentów. Wtedy system informatyczny nie tylko znajduje rozwiązanie, lecz także nadaje mu odpowiednią formę prawną.

Na gruncie powyższego przykładu trzeba poddać pod dyskusję jednak nie to, jak technicznie miałyby to wyglądać, ale czy społeczeństwo – i jednocześnie każda jednostka, wobec której zapadałaby w ten sposób wiążąca ją decyzja – są na to gotowe. Czy zaproponowanie tzw. wentyli bezpieczeństwa w postaci finalnego zaakceptowania projektu maszyny przez sędziego będzie dla jednostki satysfakcjonujące? W jaki sposób człowiek miałby sprawować realny

³ Tytułem przykładu, przepis art. 8 zd. 2 rozporządzenia (WE) nr 1896/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 12 grudnia 2006 r. ustanawiającego postępowanie w sprawie europejskiego nakazu zapłaty, Dz.Urz. UE L 399 z 30.12.2006 r., s. 1–32 zakłada możliwość automatycznego badania pozwu, hipotetycznie dopuszczając wydawanie w postępowaniu cywilnym rozstrzygnięć bez udziału człowieka. Takie rozwiązanie jest fakultatywne dla państw członkowskich, natomiast polski ustawodawca nie skorzystał z tej możliwości - stąd europejskie postępowanie nakazowe przed polskimi sądami nie jest zautomatyzowane; zob. Ł. Goździaszek, *Perspektywy...*, s. 51.

nadzór nad procesem decyzyjnym komputera? Jakie mechanizmy kontroli społecznej trzeba stworzyć, aby zagwarantować poszanowanie podstawowych praw człowieka?

W odniesieniu do postawionych powyżej pytań, przyznać trzeba, że środek ciężkości dyskusji o zastosowaniu coraz dalej idącej automatyzacji w prawie przesuwają się z kwestii technicznych na rolę człowieka w tym procesie. Nie sposób bowiem przyjąć, że proces automatyzacji odbywałby się bez udziału człowieka. Czy wystarczy, że będzie on weryfikował i nadzorował zautomatyzowane decyzje? W jaki sposób wpłynie to na jakość wydawanych rozstrzygnięć? Celem niniejszego artykułu jest przesunięcie ciężaru toczącej się dyskusji o zastosowaniu automatyzacji decyzji w prawie z kwestii technicznych, pojawiających się błędów i niedoskonałości programów komputerowych na rolę człowieka w całym procesie. Z tego względu osiłą dalszych rozważań będą proponowane przez badaczy, teoretyków i praktyków prawa rozwiązania mające na celu takie ukształtowanie procesu automatyzacji, aby w przypadku nieścisłości lub błędu maszyny, człowiek mógł zareagować skutecznie. Wydaje się, że w toczącym się dyskursie o sztucznej inteligencji nie dostrzega się w wystarczającym stopniu nadrzędnej roli człowieka.

Jeszcze przed poczynieniem szczegółowych rozważań, należy wyjaśnić zastosowane w artykule pojęcia. Przez system zautomatyzowanego podejmowania decyzji należy rozumieć „procedury, w których podejmowanie decyzji jest początkowo delegowane na inną osobę lub instytucję, która następnie wykonuje tę czynność z pomocą automatycznych modeli podejmowania decyzji⁴”. Systemy te są stosowane jako nazwa całego procesu podejmowania decyzji, którego uczestnikiem – obok człowieka – stają się algorytmy zapisane w kodzie komputerowym, charakteryzujące się różnym poziomem zaawansowania i złożoności. Technologie AI są tylko jednym z możliwych narzędzi wykorzystywanych do tworzenia automatycznych modeli podejmowania decyzji. W niektórych wypadkach stosowane algorytmy są bardzo proste i nie korzystają ze sztucznej inteligencji, wciąż jednak stanowią element społeczno-technologicznego systemu zautomatyzowanego podejmowania decyzji⁵.

⁴ Definicja została skonstruowana przez Fundację Algorithm Watch i udostępniona w: *Automating Society Report 2019*, <https://algorithmwatch.org/en/automating-society/> [dostęp: 15.07.2020].

⁵ N. Mileszyk, B. Paszcza, A. Tarkowski, *AlgoPolska. Zautomatyzowane podejmowanie decyzji w służbie społeczeństwu*, <https://centrumcyfrowe.pl/algopolska-raport/#landing-page> [dostęp: 11.07.2020].

Natomiast złożone i wieloznaczne pojęcie sztucznej inteligencji proponuję rozumieć jako technologię, która może, ale nie musi, być wykorzystywana w procesie zautomatyzowanego podejmowania decyzji. W ślad za definicją Johna McCarthy'ego, przyjąć należy, że jest to „inżynieria tworzenia inteligentnych maszyn”, czyli wyposażenia komputerów w umiejętność dokonywania czynności poznawczych (przetwarzania, przewidywania, rozpoznawania)⁶.

2. Stan badań nad automatyzacją w prawie

Największe szanse, a zarazem największe wątpliwości, dotyczą wykorzystania w sądach tzw. analityki predykcyjnej. Ogólna definicja pojęcia opisuje je jako „proces wydobywania informacji z istniejących zbiorów danych w celu określenia wzorów i przewidywania przyszłych zdarzeń. W działalności biznesowej modele i analizy predykcyjne są wykorzystywane do analizowania bieżących i historycznych danych w celu prognozowania zachowań konsumentów oraz identyfikacji potencjalnych zagrożeń i możliwości dla firmy”⁷.

Analizę predykcyjną już w chwili obecnej wykorzystują kancelarie prawne, głównie w państwach kultury *common law*. Systemy informatyczne biorą pod uwagę nie tylko stan faktyczny sprawy i ujawnione dowody, lecz także badają linię orzeczniczą w sądzie danego okręgu czy też konkretnego sędziego. Tytułem przykładu, na podstawie tak przeprowadzonej analizy prawnicy mogą dojść do wniosku, że szanse na wygranie sprawy w sądzie w X są nie mniejsze niż 70%, natomiast w sądzie Y spadają do 55%. Natomiast w wypadku, gdy będzie orzekał sędzia Z, szanse na wygraną w sądzie Y wzrosną do 60%.

Gdyby analizę predykcyjną przenieść do sądu, sędzia rozpoznający sprawę mógłby uzyskać, z pominięciem długotrwałego i żmudnego procesu przeglądu orzecznictwa, dane wskazujące na sposób rozstrzygania w podobnych stanach faktycznych. Z systemu teleinformatycznego mógłby uzyskać informację, że w badanym okresie zostało wydanych w sprawie posiadania substancji odurzających N wyroków, z czego dla ilości substancji w przedziale X-XX gramów, w 60% orzeczeń zastosowano karę ograniczenia wolności, 20% – karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania – także w 20% wyroków zapadła decyzja o warunkowym umorzeniu postępowania.

⁶ [Sztuczna Inteligencja]. *Słownik*, <https://www.sztucznainteligencja.org.pl/definicia/sztuczna-inteligencja/> [dostęp: 29.04.2021].

⁷ *Analityka predykcyjna – słownik pojęć*, <https://algolytics.pl/analityka-predykcyjna-sownik-pojec/> [dostęp: 18.06.2021].

Już w roku 1963 r. Reed C. Lawlor przypuszczał, że pewnego dnia komputery będą w stanie analizować i przewidywać wyniki orzeczeń sądowych, zaś wiarygodne przewidywanie działalności sędziów zależeć będzie od naukowego zrozumienia, w jaki sposób prawo i fakty wpływają na odpowiednich decydentów, tj. sędziów⁸.

Pierwsze badania nad przewidywaniem orzeczeń sądowych dotyczyły spraw karnych i koncentrowały się w dużej mierze na analizie i przewidywaniu decyzji sędziów na podstawie tzw. informacji nietekstowych – brano pod uwagę przede wszystkim charakter i wagę przestępstwa. Prowadzący badania w roku 1957 r. F. Kort, stosując metody ilościowe, wykazywał, że po zidentyfikowaniu elementów faktycznych, mających wpływ na decyzję, należy wyprowadzić dla nich odpowiednie wartości liczbowe, a następnie za pomocą odpowiedniej formuły, przewidzieć decyzje pozostałych przypadków w określonym obszarze⁹. Próby dokonania analizy predykcijnej podjęli także S. Nagel¹⁰ (1963 r.), R. Keown¹¹ (1980 r.), J.A. Segal¹² (1984 r.), J. Popple¹³ (1996 r.), B.E. Lauderdale i T.S. Clark¹⁴ (2012 r.).

⁸ R.C. Lawlor, *What Computers Can Do: Analysis and Prediction of Judicial Decisions*, „American Bar Association Journal” 1963, nr 4, s. 337-344.

⁹ F. Kort, *Predicting Supreme Court Decisions Mathematically: A Quantitative Analysis of the Right to Counsel Cases*, „American Political Science Review” 2013, t. 51, nr 1, s. 1-12, <https://www.doi.org/pl/10.2307/1951767>.

¹⁰ S. Nagel, *Applying Correlation Analysis to Case Prediction*, „Texas Law Review” 1964, t. 42, s. 1006-1017.

¹¹ R. Keown, *Mathematical Models for Legal Prediction*, „Computer Law Journal” 1980, t. 2, nr 1, s. 829-862, <https://repository.law.uic.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1618&context=jitpl&httpsredir=1&referer=> [dostęp: 1.05.2021].

¹² J. Segal przeprowadzał analizy decyzji dotyczących przeszukania i zatrzymania rzeczy (konfiskaty). Jednym z celów badań było wykazanie, że Sąd Najwyższy częściej wydaje przychylne decyzje na rzecz rządu federalnego niż wobec stanów. Ponadto model miał wartość nie tylko predykcijną, ale również wyjaśniającą. Zob. J.A. Segal, *Predicting Supreme Court Cases Probabilistically: The Search and Seizure Cases, 1962–1981*, „American Political Science Review” 2014, t. 78, nr 4, s. 891-900, <https://www.doi.org/10.2307/1955796>.

¹³ J. Popple, *A Pragmatic Legal Expert System. Applied Legal Philosophy Series*, Dartmouth 1996, s. 130.

¹⁴ Badacze wprowadzili nowe podejście, które wykorzystywało informacje o merytorycznym podobieństwie między sprawami, aby oszacować preferencje sędziów, które różnią się na przestrzeni czasu oraz w zależności od istotnych kwestii prawnych. Wykazali, że model pozwalający zmieniać w czasie preferencje w zależności od kwestii merytorycznych jest znacznie lepszym predyktorem decyzji niż taki, który pozwala zmieniać preferencje tylko w czasie. W konsekwencji istnieją znaczące różnice w tożsamości mediany wymiaru sprawiedliwości w różnych obszarach prawa we wszystkich okresach współczesnego sądu. Wyniki te sugerują potrzebę ponownego rozważenia badań empirycznych i teoretycznych, które opierają się na

Dla zobrazowania efektywności analityki predykcyjnej w orzeczeniach sądowych, przytoczyć należy najnowsze wyniki badań N. Aletrasa, V. Lamposa i in., w zakresie przewidywania orzeczeń sądowych Europejskiego Trybunału Praw Człowieka¹⁵. Wskazani badacze założyli, że opublikowane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka wyroki mogą być wykorzystane do analizy tekstowej dla prognoz *ex ante* wyników, przy założeniu, że istnieje wystarczające podobieństwo tekstowe (literalne) między niektórymi fragmentami tekstu opublikowanych wyroków, a wnioskami złożonymi do ETPCz. Badacze, z uwagi na przystępną strukturę wyroku Trybunału, podzielili go na cztery sekcje:

- 1) okoliczności sprawy;
- 2) właściwe prawo krajowe;
- 3) prawo porównawcze;
- 4) rozstrzygnięcie.

Analizie tekstowej została osobno poddana każda sekcja, co pozwoliło badaczom na wniosek, że predykcja jest najdokładniejsza w sekcji dotyczącej stanu faktycznego sprawy (okoliczności), co oznacza, że sędziowie reagują przede wszystkim na fakty sprawy, a nie na argumenty prawne¹⁶.

Ponadto, system informatyczny, na podstawie wyroków stwierdzających naruszenie konkretnego artykułu Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹⁷, wyodrębnił słowa kluczowe dla naruszenia artykułu i tych słów wyszukiwał w składanych do Trybunału pismach. Tytułem przykładu, o prawdopodobieństwie naruszenia art. 3 konwencji (zakaz tortur) mogło świadczyć użycie słów takich jak: więzienie, zatrzymany, wizyta, dostęp, jedzenie, życie, wsparcie, odwiedzone, ustanowienie, standard, przeludnienie, kontakt, policja, oficer, leczenie, policjant, chory, siła, dowód, złe traktowanie, aresztowanie, zarzut, komisariat policji, poddany, aresztowany, doprowadzony, rzekomo, leczony, pobity, szkoda, ochrona, nieudane, roszczenie, połączenie,

istnieniu jednej kluczowej mediany sprawiedliwości. Zob. B.E. Lauderdale, T.S. Clark, *The Supreme Court's Many Median Justices*, „American Political Science Review” 2012, t. 106, nr 4, s. 847-866, <https://doi.org/10.1017/S0003055412000469>.

¹⁵ N. Aletras, D. Tsarapatsanis, D. Preotiuc-Pietro, V. Lampos, *Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing Perspective*, „PeerJ Computer Science” 2016, nr 2, s. 93-109, <https://doi.org/10.7717/peerj-cs.93>.

¹⁶ W pełnej treści raportu, w oparciu o najdokładniejszy wynik predykcji w zakresie okoliczności faktycznych, badacze ostrożnie opowiadają się za koncepcją realizmu prawniczego.

¹⁷ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. 1993 Nr 61, poz. 284.

region, skuteczne, unieważnione, doznał, zawieszone, niesie, rekompensata, pieniężne, Ukraina¹⁸.

We wnioskach końcowych badacze odnieśli się do możliwości zastosowania analizy predykcyjnej jako narzędzia pomocniczego dla sędziów, służącego do szybkiej identyfikacji przypadków i wyodrębnienia wzorców korelujących z pewnymi wynikami. Wskazali także, że narzędzie może być również przydatne w celu nadania priorytetu decyzyjnego skargom, w których opisywane naruszenie wydaje się najbardziej prawdopodobne.

Natomiast grupa polskich badaczy, członków Klubu Jagiellońskiego, opublikowała w lipcu 2019 r. raport pt. „Algopolska”, w którym opisuje funkcjonalności sztucznej inteligencji na świecie¹⁹, m.in. na rynku pracy, w opiece medycznej, pomocy społecznej, edukacji i kulturze.

Pochylając się jednak nad zastosowaniem sztucznej inteligencji w prawie, badacze przypominają, że w Polsce od początku 2018 r. we wszystkich 374. sądach powszechnych w całym kraju funkcjonuje System losowego przydziału spraw. To algorytm określa, który sędzia otrzyma konkretną sprawę do rozpatrzenia. Rozwiązanie miało zapewnić bezstronność i transparentność w przypisywaniu danej sprawy do konkretnego sędziego²⁰. Natomiast w Stanach Zjednoczonych Ameryki, wdrażane są tzw. systemy przedprocesowej oceny ryzyka²¹. System informatyczny, na podstawie danych osobowych podejrzanego, jego postawy i stosunku do popełnionego przestępstwa ocenia, jakie

¹⁸ Z kolei słowa, które świadczyć miały o braku naruszenia art. 3 konwencji, to: zabijanie, życie, uwięzienie, zwolnienie, prezydent, administracja, skazany, termin, konstytucyjny, federalny, odwołany, skazany, kontynuowany, reżim, odpowiedzialny, etc. Zob. *Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing Perspective*, „PeerJ Computer Science” 2016, <https://peerj.com/articles/cs-93/#table-3> [dostęp: 11.07.2020].

¹⁹ N. Mileszyk, B. Paszcza, A. Tarkowski, *AlgoPolska. Zautomatyzowane podejmowanie decyzji w służbie społeczeństwu*, <https://centrumcyfrowe.pl/algopolska-raport/#landing-page> [dostęp: 11.07.2020].

²⁰ Kontrola w SW w Toruniu wykazała, że system ten nie działa poprawnie. Niektórzy sędziowie są przeciążeni pracą, inni nie są wybierani przez długi czas. Nierówność obciążenia poszczególnych sędziów była wyraźnie zauważalna – niektórzy sędziowie otrzymywali nawet do 8 spraw więcej niż inni. Fundacja ePaństwo wystąpiła do Ministra Sprawiedliwości o uzyskanie dostępu do kodu źródłowego systemu i w grudniu 2017 r. w trybie dostępu do informacji publicznej. Minister odmówił udzielenia informacji wskazanej we wniosku, wskazując, że algorytm to informacja techniczna niebędąca informacją publiczną w rozumieniu polskiego prawa. Zob. tamże.

²¹ *The Use of Pretrial ‘risk assessment’ Instruments: a Shared State of Civil Rights Concerns*, <http://civilrightsdocs.info/pdf/criminal-justice/Pretrial-Risk-Assessment-Full.pdf> [dostęp: 29.04.2021].

jest prawdopodobieństwo, czy w razie zastosowania środków nieizolacyjnych podejmie on próbę ucieczki. Tym samym, algorytm szuka odpowiedzi na pytanie, czy zasadne jest w przypadku konkretnego podejrzanego zastosowanie środka izolacyjnego (tymczasowego aresztowania). Algorytm – podobnie jak wcześniej sędzia – sprawdza uprzednią karalność podejrzanego, stałe miejsce zamieszkania i warunki do podjęcia surowej kary²². Podobnie działa system COMPAS²³, który został stworzony w celu przewidywania ryzyka popełnienia przez przestępcę innego przestępstwa. Jego algorytm uwzględnia niektóre odpowiedzi na kwestionariusz zawierający 137 pytań. COMPAS jest wykorzystywany w niektórych stanach USA przez sędziów do decydowania o wymiarze kary²⁴. Natomiast w Kanadzie systemy informatyczne wykorzystywane są do rekomendowania warunków osadzenia więźniów, w tym wyboru współwięźniów²⁵.

Pomimo wielu płaszczyzn, na których stosowanie sztucznej inteligencji (czy też zautomatyzowanego systemu podejmowania decyzji) jest możliwe, należy zaznaczyć, że efekty działania systemu informatycznego będą takiej jakości jak dane wejściowe. Jeśli w bazie orzecznictwa, będącej podstawą dla działania algorytmu, znajdą się orzeczenia dotknięte, np. zarzutami formalnymi, ale nie zostały wzruszone – to system powieli błędy. Czy w związku z tym należy szczegółowo badać dane, które staną się bazą dla działania systemu informatycznego, czy raczej przyjąć, że decyzje i orzeczenia sądowe, niewzruszone i prawomocne, powinny znaleźć się w bazie jako jeden z wzorów dalszego orzekania? Ponad wszelką wątpliwość stwierdzić trzeba, że selekcja orzeczeń na lepsze i gorsze nie jest możliwa. Jeśli system ma być obiektywny, musi korzystać z jak najpełniejszej bazy orzecznictwa. Weryfikacja danych wygenerowanych przez automat jest jednak konieczna. Wydaje się, że na tym etapie procesu automatyzacji powinien stanąć człowiek.

²² W algorytmach tego typu zawsze zachodzi obawa, że system niejako powieli wcześniejsze uprzedzenia i błędy. Innymi słowy, wskazuje się, że algorytmy te są tak inteligentne, jak ich dane wyjściowe. Jeśli dane będą nacechowane pewnymi uprzedzeniami społecznymi (np. dotyczących koloru skóry, narodowości), to system także je zastosuje.

²³ Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions.

²⁴ E. Loomis, jeden ze skazanych, których wyrok został wydany w oparciu również o COMPAS, próbował podważyć legalność tej procedury. Sąd Najwyższy Stanu Wisconsin oddalił jednak apelację, twierdząc, że wyrok byłby taki sam, gdyby decyzja nie została wydana przez system informatyczny.

²⁵ Wyrok Sądu Najwyższego Kanady z 13 czerwca 2018 r. w sprawie *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, „Supreme Court Reports” 2018, nr 2, poz. 165.

3. Przebieg badań

Na gruncie już poczynionych rozważań można stwierdzić, że wykorzystanie procesu automatyzacji w organach administracji publicznej czy w sądach jest szansą dla zrealizowania postulatów odciążenia sędziów i organów decyzyjnych, a co za tym idzie – przyspieszenia postępowań. Nie należy jednak zapominać, że choć rozpoznawanie spraw w terminach rozsądnych jest jednym z celów postępowań, to jednak nie jedynym i nie nadrzędnym. Z tego względu, system zautomatyzowanego podejmowania decyzji musi być tak skonstruowany, aby został przez społeczeństwo zaakceptowany i jednocześnie budził zaufanie.

Wydaje się, że ramy prawne systemów informatycznych podejmujących decyzje w sposób zautomatyzowany w pierwszej kolejności muszą umieszczać człowieka w całym procesie automatyzacji. Jak już było wykazywane wcześniej, dyskusja nad sztuczną inteligencją wciąż oscyluje wokół możliwości technicznych systemów, ich błędów i ograniczeń. Tymczasem, wydaje się, że to człowiekowi należy przyznać odpowiednie kompetencje – być może weryfikujące – a nawet nadzorujące cały proces automatyzacji.

Brak konkretnych rozwiązań regulujących działanie systemu automatyzującego podejmowanie decyzji w postępowaniach administracyjnych czy sądowych powoduje, że po stronie obywateli nie zaistnieje zaufanie do dalszej informatyzacji prawa.

W tym kontekście postawiono następujące pytania badawcze:

- 1) w jakich sprawach dalsza informatyzacja prawa jest akceptowana?;
- 2) czy i jakie konkretnie zabezpieczenia i rozwiązania prawne należy wprowadzić w związku z automatyzacją procesu decyzyjnego w organach administracji publicznej i sądownictwie?;
- 3) czy zaproponowane rozwiązania spowodują wzrost zaufania społeczeństwa do automatyzacji/sztucznej inteligencji?

Celem postawionych pytań jest przede wszystkim poznanie opinii ekspertów odnośnie do zagadnienia automatyzacji decyzji w prawie.

W badaniach zastosowano analizę treści dokumentów oraz ankietę. W obu przypadkach przeprowadzono pilotaż, którego celem było z jednej strony, uściślenie wiedzy o środowisku, w którym przeprowadzane jest badanie, z drugiej, sprawdzenie przydatności technik i narzędzi badawczych, które były wykorzystane w badaniach. W zakresie badania dokumentów oraz ankiet w szczególności istotna była ocena wartości kwestionariusza jako

narzędzia do otrzymania poszukiwanych informacji²⁶. Pilotaż miał na celu weryfikację poprawności formułowanych pytań oraz zgodności pomiędzy zakresem przedmiotowym pytań a zakresem treściowym dokumentów. Polegał na sprawdzeniu, czy kwestionariusz ankiety do badania treści dokumentów uwzględnia wszystkie istotne problemy i czy szczegółowość pytań jest adekwatna do celów badania.

Podobny cel miało przeprowadzenie pilotażowego badania ankietowego. W tym przypadku zwrócono przede wszystkim uwagę na to, czy pytania zawarte w kwestionariuszu mają poprawną formę i czy są zrozumiałe dla adresatów, a także czy sekwencja następowania po sobie pytań jest poprawna²⁷. Badanie to miało również na celu weryfikację trafności doboru problemów będących przedmiotem badania, wykonanego na podstawie wcześniej przeprowadzonej analizy raportów i sprawozdań dotyczących badanego zagadnienia. W kwestionariuszach zawarto pytania o znacznym stopniu szczegółowości. Dzięki temu możliwa była analiza problemów szczegółowych na etapie interpretacji wyników z zastosowaniem analizy jakościowej. Jednocześnie, dzięki agregacji danych nie utracono możliwości poprawnej metodologicznie analizy ilościowej.

Istotnym źródłem danych były dokumenty w postaci raportów, sprawozdań oraz wyników dotychczas przeprowadzonych badań jakościowych (m.in. wywiadów eksperckich). Ich analiza pozwoliła na ustalenie aktualnego stanu badań, a jednocześnie umożliwiła zweryfikowanie największych wyzwań i problemów dotyczących automatyzacji w prawie. Analiza treści dokumentów, takich jak raporty i sprawozdania dotyczące działania systemów automatyzujących wykorzystywanych w Europie i na świecie, np. COMPAS²⁸

²⁶ K. Lutyńska, *Pilotaż pogłębiony. Koncepcja, realizacja i analiza materiałów pilotażowych*, [w:] Z. Gostkowski, J. Lutyński (red.), *Analiza i próby technik badawczych w socjologii. Studia pilotażowe i analizy weryfikacyjne*, t. V, Warszawa 1975, s. 26-27.

²⁷ G. Babiński, *Pytania kwestionariuszowe. Podstawowe podziały i typologie*, [w:] J. Wasilewski (red.), *Wybrane zagadnienia metodologiczno-teoretyczne badań socjologicznych*, Kraków 1984, s. 71-72.

²⁸ System przewidujący, w jakim stopniu prawdopodobne jest popełnienie kolejnego przestępstwa przez raz sprawcę. Uwzględnia rodzaj, charakter i stopień społecznej szkodliwości czynu, ale także postawę sprawcy i jego uwarunkowania środowiskowe. Pełny raport: J.L. Skeem, J.E. Louden, *Assessment of Evidence on the Quality of the Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions (COMPAS)*, Davis 2007, <https://ucicorrections.seweb.uci.edu/files/2013/06/CDCR-Skeem-EnoLouden-COMPASeval-SECONDREREVISION-final-Dec-28-07.pdf> [dostęp: 15.07.2020] oraz T. Brennan, B. Dieterich, M. Breitenbach, B. Mattson, *A Response to "Assessment of Evidence on the Quality of the Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions (COMPAS)"*, Traverse City 2009, http://www.northpointeinc.com/files/whitepapers/Response_to_Skeem_Louden_Final_071509.pdf [dostęp: 15.07.2020].

(Stany Zjednoczone Ameryki, 2007), Predictive Policing P4²⁹ (Stuttgart, 2015-2016), PredPol³⁰ (Los Angeles, 2016), pozwoliły na wyodrębnienie słabych punktów i nieścisłości w działaniu zautomatyzowanych systemów.

Analiza raportów z działania najszerzej używanych systemów informacyjnych wykorzystujących sztuczną inteligencję w analizie predykcyjnej pozwoliła na ujawnienie licznych kwestii, które należy objąć stosownymi regulacjami ochronnymi. Wśród nich istotną jest problematyka związana z bezpieczeństwem danych wykorzystywanych do analizy i zapewnienie ochrony prywatności osób, których dane będą przetwarzane. Szczegółowych regulacji wymagają kwestie dotyczące sposobu ich pozyskiwania, przechowywania, przetwarzania i udostępniania, np. organom ściągania. Regulacje muszą zapewnić ochronę praw podstawowych, dlatego też należy skupić się nie tylko na sposobie wykorzystywania danych, lecz także na ustaleniu niezbędnego zakresu, w jakim w ogóle powinny być one gromadzone.

Zważywszy na wyniki analizy sprawozdań z działania programów wykorzystywanych przez policję do prognozowania popełnienia przestępstwa, szczególną uwagę należy zwrócić na postulat podjęcia środków służących przeciwdziałaniu dyskryminacji. Problem ten jest szczególnie widoczny w działaniu programów typu COMPAS. Jak już wcześniej zauważono, rezultaty działania systemów opartych na sztucznej inteligencji są ściśle powiązane z danymi wejściowymi. Istnieje ryzyko powielania przez system zjawiska

²⁹ Projekt dotyczył analizy predykcyjnej w zakresie przeciwdziałania włamaniom w Badenii (Niemcy). Jego celem było zaobserwowanie, że w pewnych okolicznościach włamanie mogą skutkować kolejnymi przestępstwami w krótkim czasie i przestrzeni. Przestępstwom następczym „bliskie powtórzenia”, przewidywanym z pewnym prawdopodobieństwem dla obszaru alarmowego, należy następnie zapobiegać poprzez ukierunkowane użycie sił policyjnych, a tym samym liczba włamań zmniejsza się. Pełny raport: *Predictive Policing. Evaluation des baden-württembergischen Pilotprojekts P4*, <https://csl.mpg.de/de/forschung/projekte/predictive-policing/> [dostęp: 15.07.2020].

³⁰ PredPol do działania algorytmów wykorzystuje trzy podstawowe informacje: miejsce dokonania przestępstwa w przeszłości, dokładny czas jego popełnienia oraz jego typ. Następnie wykorzystując dane oparte o behawiorystykę, determinuje czy w danym miejscu może dojść do ponownego złamania prawa. Program uwzględnia również wszelkie informacje dodatkowe, jak choćby raporty policyjne dotyczące konkretnych rejonów, zagęszczenie ludności, typy lokali usługowych oraz planowane wydarzenia. Jak podkreślają twórcy programu, na potrzeby algorytmu nie są zbierane dane personalne, a jedynie bezosobowe informacje o zdarzeniach. System działa m.in. w Modesto w Kalifornii, gdzie odnotowano spadek liczby włamań domowych o 20%, kradzieże handlowe zmniejszyły się o 13%, kradzieże pojazdów spadły o 12%, a rabunki o 11%, podczas gdy ich personel patrolowy i budżet zostały znacznie zmniejszone. Zob. E.Rey, *Predictive Policing with Continued Results*, <https://www.predpol.com/predictive-policing-results/> [dostęp: 15.07.2020].

dyskryminacji ze względu na rasę, narodowość, uwarunkowania środowiskowe człowieka etc.

Poza przedstawionymi powyżej problemami, wyłoniono jeszcze wiele innych kwestii, które należałoby poddać szerszemu dyskursowi, jednakże ramy tego opracowania nie pozwalają na dokonanie kompleksowej oceny wszystkich trudności związanych z zastosowaniem automatyzacji w prawie. Z uwagi na powyższe, w dalszej części opracowania skupiono się na kluczowej kwestii związanej z automatyzacją, tj. na umiejscowieniu człowieka w całym procesie, tak by jego kompetencje pozwalały na skuteczny nadzór nad procesem automatyzacji, a w konsekwencji – przeciwdziałanie potencjalnym błędom systemu, weryfikowanie jego działania czy też niejako naprawianie błędów. Ukierunkowując dalsze badania na kwestię weryfikacji i nadzoru nad systemem informatycznym, oparto się na ustaleniu, że odpowiednie normy prawne zabezpieczające prawo jednostki do weryfikacji zautomatyzowanej decyzji wpływają na wzrost zaufania społeczeństwa do informatyzacji prawa. Na tym etapie badań podjęto próbę skonkretyzowania rozwiązań, które mogłyby pogłębić zaufanie społeczeństwa do sztucznej inteligencji. W tym celu zaproponowano modelowe regulacje, które stawiałyby człowieka jako podmiot ostatecznie weryfikujący zautomatyzowane decyzje. Zaproponowano dwa rozwiązania:

- 1) zautomatyzowane decyzje (orzeczenia) miałyby być projektami zatwierdzanymi każdorazowo przez człowieka;
- 2) zautomatyzowane decyzje (orzeczenia) byłyby wiążące dla adresata bez zatwierdzenia przez człowieka, ale wniesienie sprzeciwu od zautomatyzowanej decyzji eliminowałoby zautomatyzowaną decyzję z obrotu i powodowałoby skierowanie sprawy do rozpoznania z pominięciem procesów automatyzacji.

Ponadto zaproponowano rozwiązanie dające jednostce prawo (a nie obowiązek) oddania sprawy do rozpoznania w sposób zautomatyzowany (decyzje / orzeczenia sądowe miałyby być wydawane tylko na wyraźne żądanie strony).

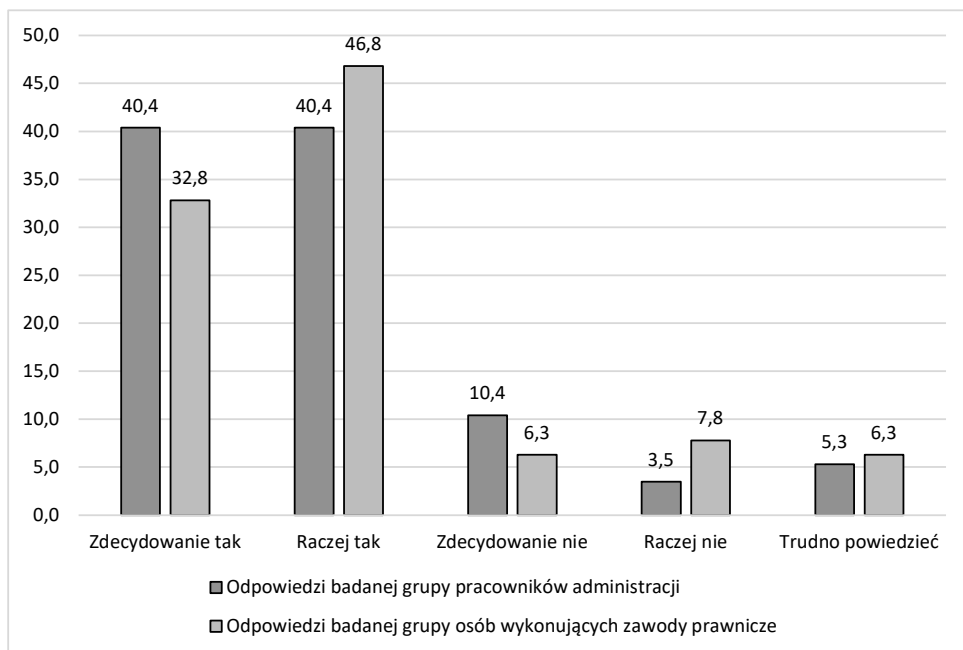
Przeprowadzone badanie ankietowe miało na celu weryfikację i uzupełnienie materiału badawczego uzyskanego na podstawie analizy treści raportów i sprawozdań. Zatem spełniało ono zarówno funkcję eksploracyjną, jak i weryfikacyjną w stosunku do wyników uzyskanych podczas wcześniejszych etapów badań. W ankiecie respondenci zostali zapytani o to, w jakich sprawach automatyzowane procesy decyzyjne byłyby przez nich akceptowalne. W kwestionariuszu znalazły się zarówno pytania o sprawy administracyjne, jak i sprawy, gdzie właściwe do rozpoznania są sądy powszechne.

Badania przeprowadzono we Wrocławiu, w okresie 1 czerwca 2020 r. – 14 lipca 2020 r. wśród grupy prawników w liczbach: 57 osób pracujących w organach administracji samorządowej (posiadających kompetencję do wydawania decyzji administracyjnych) oraz radców, adwokatów, sędziów i prokuratorów (w tym aplikantów) w liczbie 64. Kwestionariusz ankiety, w formie elektronicznej, skierowano do osób bezpośrednio zaangażowanych w stosowanie prawa. Uznano, że z uwagi na bezpośredni kontakt tych osób z praktyką prawniczą, wyniki będą kluczowe dla uzyskania wiarygodnych informacji. Wszelkie wnioski, z uwagi na celowy dobór grupy badanej, interpretować należy z zastrzeżeniem, że odnoszą się do tej właśnie wąskiej grupy. Autorka, chcąc zagwarantować respondentom pełną anonimowość, nie pytała o staż pracy czy płęć sędziów i pracowników administracji. Ankieta składała się z pytań zamkniętych i została podzielona na dwie części.

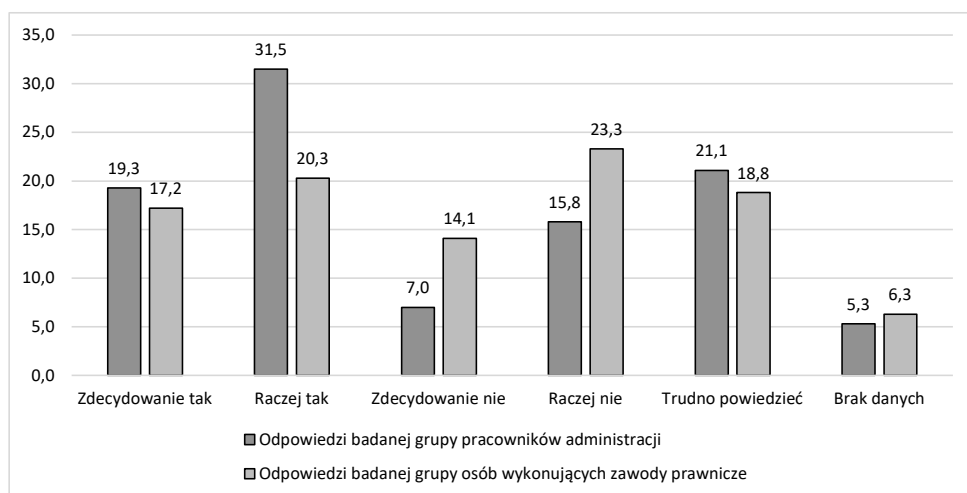
Badając odpowiedzi pracowników administracji samorządowej, wskazać należy, że większość z nich opowiada się za automatyzacją w sprawach administracyjnych o prostym stanie faktycznym, takich jak przyznawanie świadczeń czy nakładanie opłat – ponad 40,4% odpowiedzi „zdecydowanie tak” oraz dokładnie tyle samo „raczej tak”. Podobnie odpowiedzieli respondenci z drugiej grupy, obejmującej przedstawicieli korporacji prawniczych, sędziów oraz prokuratorów (por. wykres 1).

Natomiast pracownicy administracji zapytani o sprawy sądowe (choć nadal o dosyć nieskomplikowanej naturze) wyrazili już mniejsze poparcie dla automatyzacji niż w sprawach administracyjnych. Najwięcej osób (18) odpowiedziało „raczej tak”, 12 – „trudno powiedzieć”. Z kolei sędziowie oraz prawnicy korporacyjni byli zdecydowanie bardziej sceptyczni wobec zautomatyzowanych decyzji w sprawach cywilnych – „raczej nie” oraz „zdecydowanie nie” odpowiedziało łącznie 37,4% (por. wykres 2).

Wykres 1. Porównanie odpowiedzi dwóch grup respondentów na pytanie nr 1: Czy zautomatyzowane decyzje powinny być wydawane przez organy administracji publicznej w sprawach o prostym stanie faktycznym? (w %)

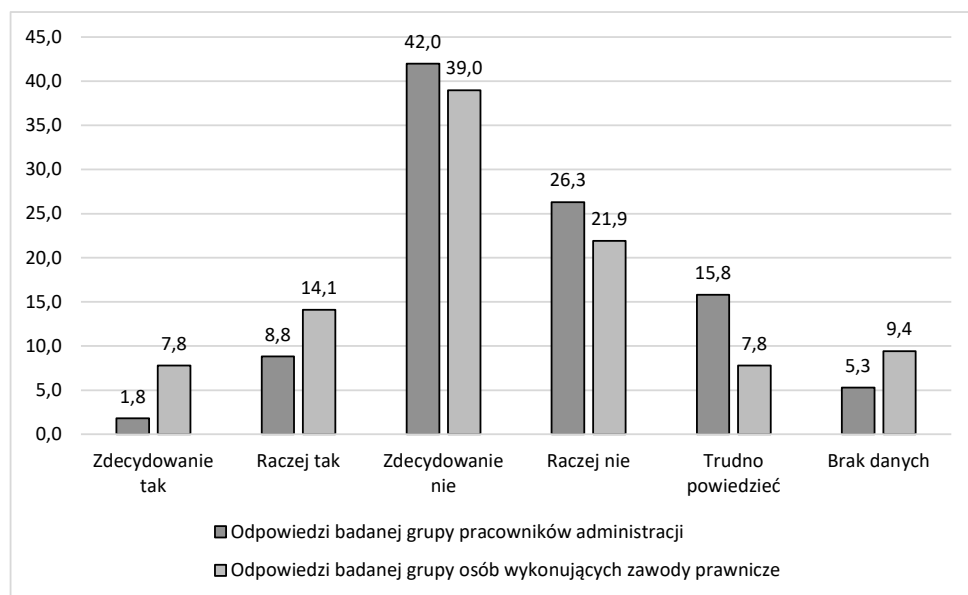


Wykres 2. Porównanie odpowiedzi dwóch grup badanych na pytanie nr 2: Czy zautomatyzowane decyzje powinny być wydawane przez sądy w sprawach o zapłatę, o zachówek, a także mogących zakończyć się w drodze ugody sądowej? (w %)



Natomiast w przypadku spraw rodzinnych najwięcej osób z grupy pracowników administracji zdecydowanie opowiedziało się przeciwko automatyzacji („zdecydowanie nie” – 42,0% oraz „raczej nie” – 26,3%). Podobnie odpowiadali sędziowie i prawnicy korporacyjni. Przychylnych odpowiedzi w kwestii automatyzacji w sprawach rodzinnych w grupie przedstawicieli zawodów prawniczych było 14 (por. wykres 3).

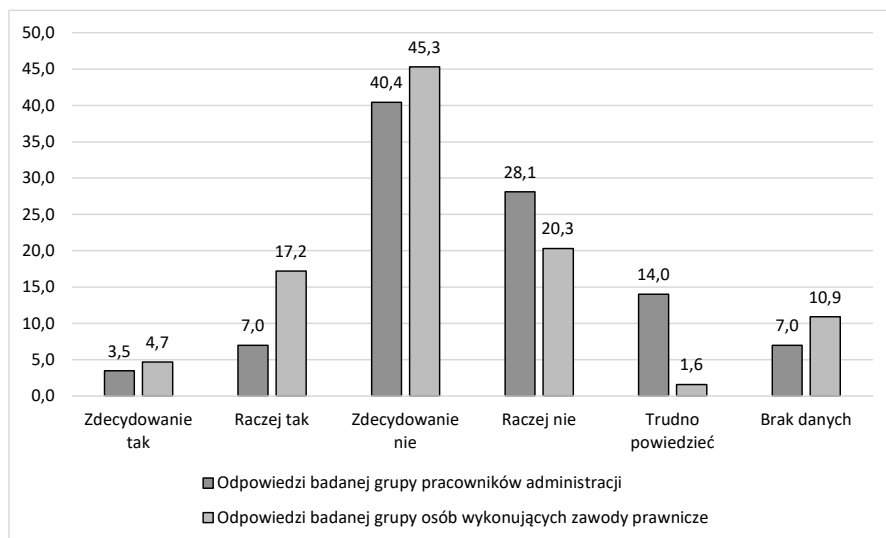
Wykres 3. Porównanie odpowiedzi dwóch badanych grup na pytanie nr 3: Czy zautomatyzowane decyzje powinny być wydawane w sprawach rodzinnych (takich jak rozwód, alimenty)? (w %)



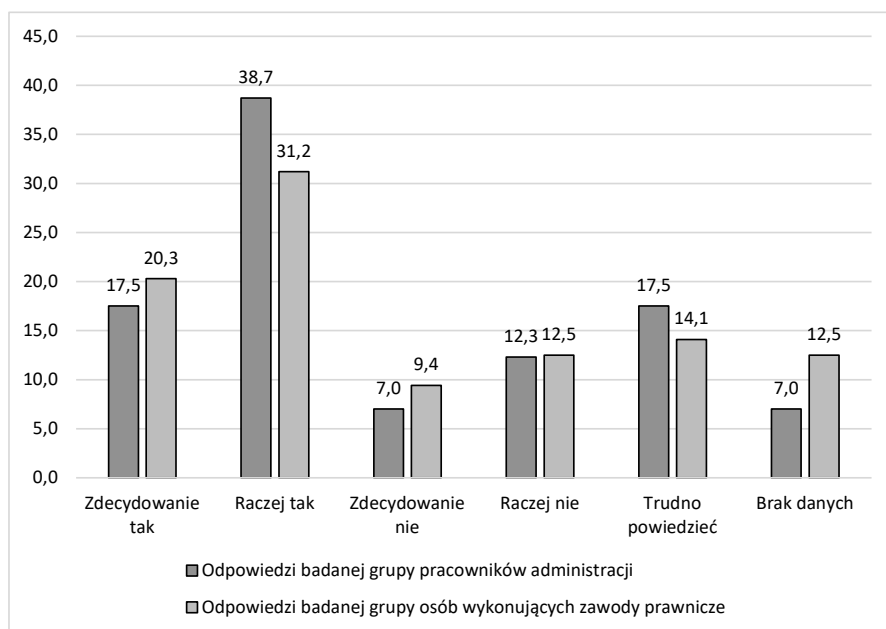
Zapytani o akceptację dla zautomatyzowanych decyzji w sprawach karnych, respondenci z grupy pierwszej, podobnie jak w przypadku spraw rodzinnych, pozostawali sceptyczni – blisko 70% udzieliło odpowiedzi „zdecydowanie nie” oraz „raczej nie”. Podobnie odpowiadali respondenci z drugiej grupy – większość „zdecydowanie nie” oraz „raczej nie” (por. wykres 4).

Zapytani w dalszej kolejności o akceptację automatycznej decyzji, gdy strona tego żąda, nawet w postępowaniu karnym, pracownicy administracji wyrazili akceptację dla takiego rozwiązania: „raczej tak” – 38,7%, „zdecydowanie tak” – 17,5% (por. wykres 5).

Wykres 4. Porównanie odpowiedzi dwóch badanych grupy na pytanie nr 4: Czy zautomatyzowane decyzje powinny być wydawane w sprawach karnych? (w %)



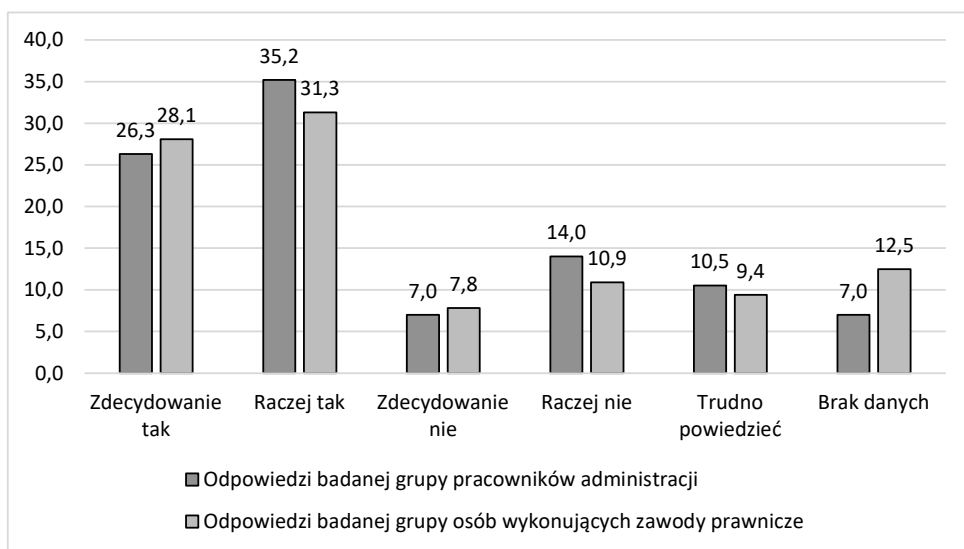
Wykres 5. Porównanie odpowiedzi badanych grup na pytanie nr 5: Czy zautomatyzowane decyzje nie powinny być wydawane w sprawach karnych, z wyjątkiem gdy strona tego żąda, np. w obliczeniu wymiaru kary przy dobrowolnym poddaniu się karze? (w %)



Podobną przychylność dla takiego rozwiązania zadeklarowali respondenci z drugiej grupy - odpowiedzi „zdecydowanie tak” oraz „raczej nie” udzieliło blisko 52% (por. wykres 5).

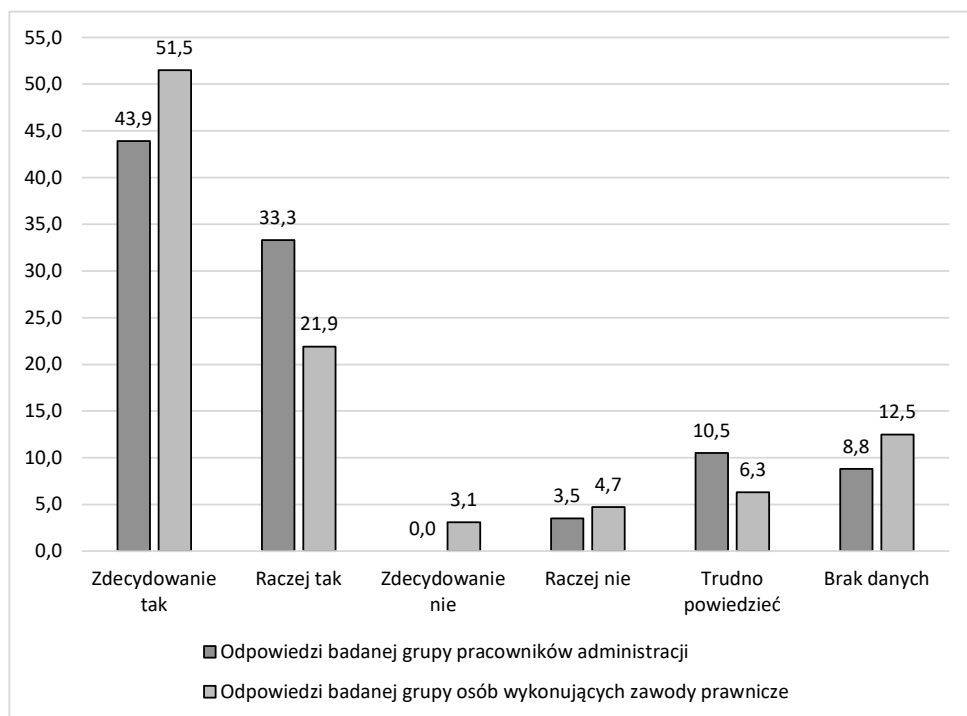
W drugiej części ankiety respondentom zadano pytania o akceptację dla konkretnych regulacji prawnych, które mogłyby zostać przyjęte dla zagwarantowania praw adresatów zautomatyzowanych decyzji. W pytaniu nr 6 zapytano o to, czy należy uzależnić wydawanie decyzji w sposób zautomatyzowany od zgody (żądania) strony, której decyzja ma dotyczyć. W tym wypadku pracownicy administracji najczęściej odpowiadali „raczej tak” (35,2%) oraz „zdecydowanie tak” (26,3%). Jeszcze większą aprobatę zyskało takie rozwiązanie ze strony sędziów i prawników korporacyjnych – łącznie prawie 60% (por. wykres 6).

Wykres 6. Porównanie odpowiedzi badanych grup pracowników administracji na pytanie nr 6: Czy zautomatyzowane decyzje (orzeczenia sądowe) powinny być wydawane tylko na wyraźne żądanie stron? (w %)



Z kolei na pytanie dotyczące zatwierdzenia zautomatyzowanej decyzji przez człowieka blisko 80% pracowników administracji wyraziło akceptację. Podobnie wśród sędziów i prawników korporacyjnych – zdecydowana większość badanych opowiedziała się za tym rozwiązaniem (por. wykres 7).

Wykres 7. Porównanie odpowiedzi badanej grupy pracowników administracji na pytanie nr 7: Czy zautomatyzowana decyzja (orzeczenie sądowe) powinny wymagać zatwierdzenia przez organ decyzyjny (człowieka)? (w %)



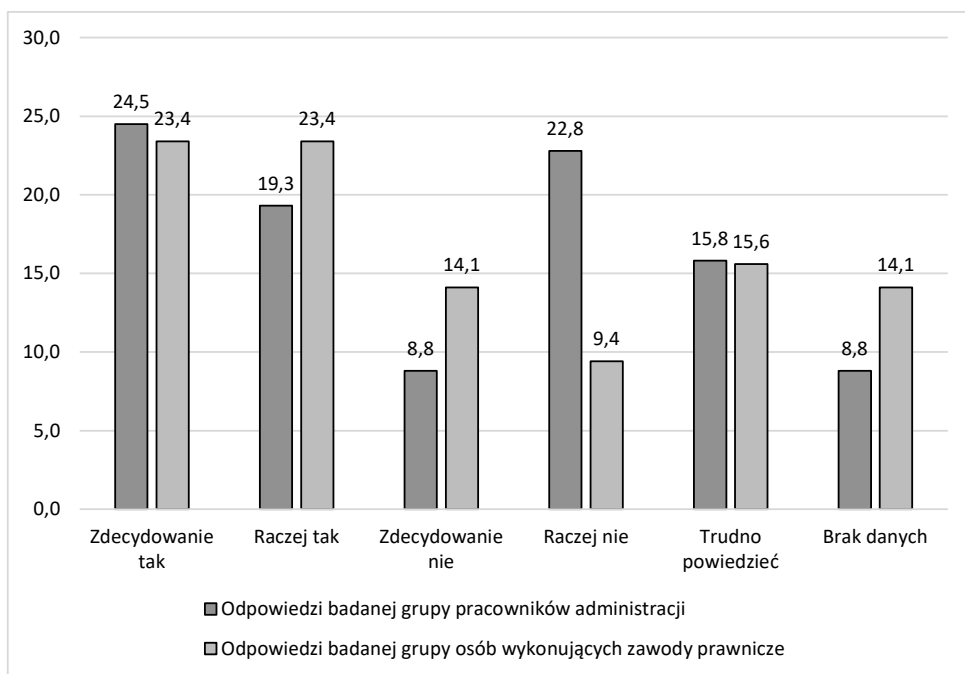
Ostatnim pytaniem o model regulacji prawnej *de lege ferenda* było pytanie, w którym zaproponowano respondentom, że zautomatyzowana decyzja (orzeczenie sądowe) nie musi być każdorazowo zatwierdzana przez człowieka, jednak stronie powinien przysługiwać środek odwoławczy (zażalenie, sprzeciw), który eliminowałby rozstrzygnięcie z obrotu i kierowałby sprawę do dalszego rozpoznania z pominięciem procesów automatyzacji.

W odpowiedziach na to pytanie największe rozbieżności stanowisk były w odpowiedziach pracowników administracji – 14 osób odpowiedziało „zdecydowanie tak” i równocześnie aż 13 – „raczej nie”. Zdecydowanie mniej rozbieżności było w odpowiedziach sędziów i prawników korporacyjnych – aprobata dotyczyła 46,8% odpowiedzi, brak aprobaty wyraziło niemal 24% badanych (por. wykres 8).

Dwa ostatnie pytania w ankiecie dotyczyły korzyści, które mogłyby wynikać z automatyzacji decyzji w organach administracji czy sądownictwie. Ponad połowa respondentów zgadzała się z twierdzeniem, że wprowadzenie systemów informatycznych z wykorzystaniem sztucznej inteligencji przyczyni-

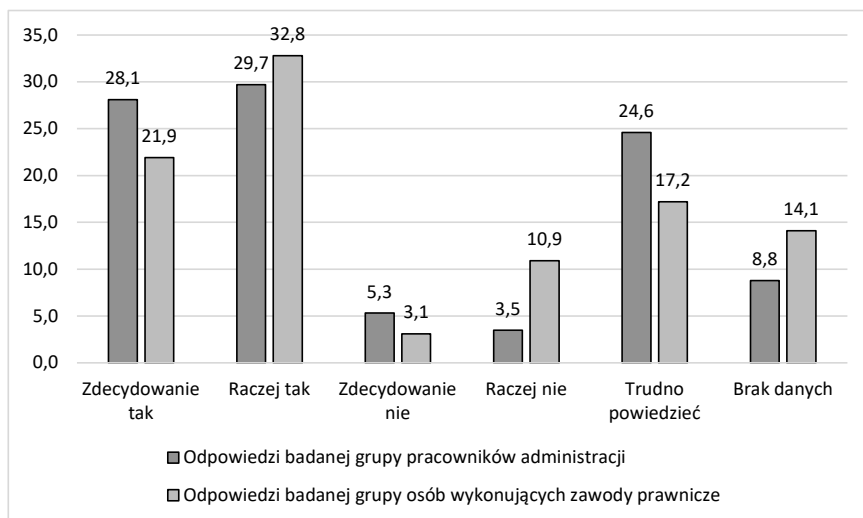
niłoby się do przyspieszenia postępowań administracyjnych czy sądowych (pytanie nr 9). Analizując odpowiedzi uczestników badania z drugiej grupy, zauważyć można więcej sceptycyzmu odnośnie przyspieszenia postępowania (por. wykres 9).

Wykres 8. Porównanie odpowiedzi badanych grup na pytanie nr 8: Czy popierasz model regulacji w którym zautomatyzowana decyzja (orzeczenie sądowe) nie musiałaby każdorazowo być zatwierdzana przez człowieka, przy czym stronie powinien jednak przysługiwać środek odwoławczy (zażalenie, sprzeciw), który eliminowałby rozstrzygnięcie z obrotu i kierowałby sprawę do dalszego rozpoznania z pominięciem procesów automatyzacji? (w %)

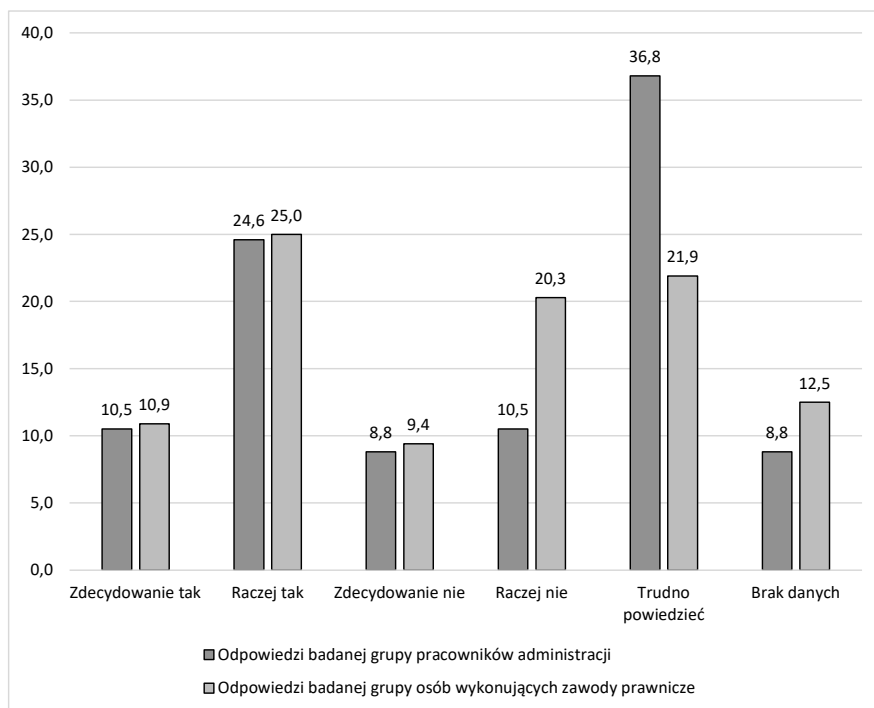


Odpowiedzi pracowników administracji na pytanie dotyczące poprawy jakości orzecznictwa nie były tak zgodne jak w pytaniu poprzednim – aż 36,8% respondentów wybrało opcję „trudno powiedzieć”. Podobnie, wśród badanych z drugiej grupy widoczna jest polaryzacja stanowisk w zakresie aprobaty takiego rozwiązania (por. wykres 10).

Wykres 9. Porównanie odpowiedzi badanych grup na pytanie nr 9: Czy automatyzacja procesu decyzyjnego w administracji / sądzie przyspieszyłaby postępowanie? (w %)



Wykres 10. Porównanie odpowiedzi badanych grup na pytanie nr 10: Czy automatyzacja decyzji (orzeczeń sądowych) wpłynęłaby korzystnie na jakość rozstrzygnięć (np. poprzez ujednolicenie orzecznictwa)? (w %)



4. Konkluzje

Należy podkreślić, że metody i techniki, wykorzystane do przeprowadzenia badań, pozwoliły na wnikliwą, a jednocześnie wieloaspektową analizę problematyki objętej badaniami. Jest to związane z przyjętym założeniem, że należy nie tylko uzyskiwać dane, lecz także je weryfikować. Sprzyjała temu komplementarność metod, wykorzystanych w badaniach, która miała charakter nie tylko metodologiczny, ale także treściowy. Dzięki skojarzeniu metod i technik wydobyto dane dotyczące wybranych problemów, niemożliwe do uzyskania w drodze badań niereaktywnych (badań treści). Możliwość taką dało przede wszystkim badanie ankietowe. Nie ulega zatem wątpliwości, że przeprowadzone badania pozwoliły dotrzeć do nieobjętych dotychczas działalnością badawczą danych odnoszących się do nieistniejących jeszcze uregulowań prawnych związanych ze stosowaniem automatyzowanych systemów decyzyjnych w organach administracji publicznej i sądach.

Analiza odpowiedzi na pytania pierwszej części ankiety pozwoliła na wyprowadzenie wniosku, że zastosowanie automatycznych procesów decyzyjnych nie jest akceptowalne w sprawach, gdzie wpływ na treść orzeczenia mają zasady współżycia społecznego, powszechne poczucie sprawiedliwości, dobra wola etc. Z uwagi na powyższe, nie ma akceptacji dla automatyzmu w sprawach rodzinnych, gdzie intuicja i zasady doświadczenia życiowego odgrywają szczególną rolę. Także w sprawach karnych, gdzie analiza postawy czy motywów działania sprawcy musi opierać się zarówno na pojęciach prawnych, jak i na uwarunkowaniach psychologicznych czy środowiskowych, aprobata dla zautomatyzowanych decyzji była znacznie mniejsza niż w przypadku spraw o prostym stanie faktycznym. Z tej części ankiety jednoznacznie wynika, że pierwsze próby wprowadzania zautomatyzowanych systemów decyzyjnych powinny mieć miejsce głównie w sprawach administracyjnych czy cywilnych, ale o stosunkowo prostym stanie faktycznym, gdzie podstawą rozstrzygnięcia będą głównie operacje matematyczne, np. sprawy o zachówek.

Natomiast analiza drugiej części ankiety odnosi się do poparcia dla zaproponowanych respondentom modeli regulacji prawnych, które miałyby zabezpieczyć ich prawa podstawowe, takie jak prawo do sądu czy prawo do prywatności. Z badań wynika, że na akceptację respondentów zasługiwał model wydawania zautomatyzowanej decyzji tylko na żądanie strony, co innymi słowy, następowałoby niejako wskutek dobrowolnej zgody na taki sposób podejmowania decyzji.

Kolejna propozycja regulacji dotyczy roli człowieka w nadzorze nad zautomatyzowanym procesem podejmowania decyzji – zatwierdzenia jej przez człowieka. Propozycja ta również spotkała się z aprobatą respondentów, co świadczy, z jednej strony o przychylności dla zautomatyzowanych decyzji pod kontrolą człowieka, natomiast z drugiej – podaje w wątpliwość sens wydawania takich decyzji – skoro człowiek musi odtworzyć proces myślowy maszyny i w konsekwencji samodzielnie podejmować decyzję. W takich układzie, maszyna jedynie sugerowałaby treść rozstrzygnięcia. Rozwiązaniem w tej sytuacji byłoby, równocześnie z podaniem przez maszynę wyniku operacji, także sposobu, w jaki maszyna doszła do ostatecznych wniosków, czyli procesu myślowego przez nią przeprowadzonego. Należy jednak zwrócić w tym miejscu uwagę na problemy wynikające z udostępnienia przez twórców programów takich danych – z uwagi na fakt, że stanowią one pewien unikalny kod – mogą być przecież objęte prawami autorskimi.

Zdecydowanie bardziej korzystnym z punktu widzenia ekonomiki procesowej byłoby, gdyby zautomatyzowana decyzja nie wymagała każdorazowo weryfikacji przez człowieka. Zagwarantować należałoby wtedy prawo strony do wniesienia środka odwoławczego, którego już samo skuteczne wniesienie (bez względu na zasadność), eliminowałoby decyzję z obrotu i kierowałoby sprawę do dalszego rozpoznania, już z pominięciem procesów automatyzacji. Takie rozwiązanie także zyskało poparcie dużej części respondentów.

Nie budzi wątpliwości założenie, że dalsza automatyzacja prawa znacznie przyspieszyłaby postępowanie. Jednak w kwestii poprawy jakości orzecznictwa nie ma zgody respondentów. Zdecydowana część z nich nie jest przekonana, że wskutek wydawania decyzji w sposób zautomatyzowany – linia orzecznicza byłaby bardziej jednolita i charakteryzowałaby się większym obiektywizmem.

5. Uwagi końcowe

Przeprowadzone badania potwierdzają hipotezę, że proces automatyzacji w prawie jest możliwy i akceptowalny, choć nie we wszystkich sprawach administracyjnych czy sądowych. Analiza ankiety pozwoliła także na wysunięcie wstępnych wniosków w zakresie regulacji prawnych, które, zabezpieczając odpowiednio prawa i interesy stron takich decyzji, zwiększyłyby zaufanie społeczeństwa do dalszej informatyzacji w prawie.

Reasumując, wyniki badań, stawiających człowieka w nadrzędnej roli w procesie automatyzacji, okazały się nie tylko potrzebne, ale i satysfakcjonujące. Niewątpliwie, poczynione badania stanowią zaledwie załączek kolejnych,

wnikliwych i szczegółowych analiz. Świadczą jednak o potwierdzeniu kluczowej hipotezy, że to od umiejscowienia człowieka w systemie automatyzacji prawa będzie zależał jej dalszy rozwój.

Bibliografia

Literatura

- Aletras N., Tsarapatsanis D., Preoțiu-Pietro D., Lampos V., *Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing Perspective*, „PeerJ Computer Science” 2016, nr 2, s. 93-109, <https://doi.org/10.7717/peerj-cs.93>.
- Babiński G., *Pytania kwestionariuszowe. Podstawowe podziały i typologie*, [w:] J. Wasilewski (red.), *Wybrane zagadnienia metodologiczno-teoretyczne badań socjologicznych*, Kraków 1984.
- Brennan T., Dieterich B., Breitenbach M., Mattson B., *A Response to “Assessment of Evidence on the Quality of the Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions (COMPAS)”*, Traverse City 2009, http://www.northpointeinc.com/files/whitepapers/Response_to_Skeem_Louden_Final_071509.pdf [dostęp: 15.07.2020].
- Goździaszek Ł., *Perspektywy wykorzystania sztucznej inteligencji w postępowaniu sądowym*, „Przegląd Sądowy” 2015, nr 10, s. 46-60.
- Kort F., *Predicting Supreme Court Decisions Mathematically: A Quantitative Analysis of the Right to Counsel Cases*, „American Political Science Review” 2013, t. 51, nr 1, s. 1-12, <https://www.doi.org/pl/10.2307/1951767>.
- Lawlor R.C., *What Computers Can Do: Analysis and Prediction of Judicial Decisions*, „American Bar Association Journal” 1963, nr 4, s. 337-344.
- Lutyńska K., *Pilotaż pogłębiony. Koncepcja, realizacja i analiza materiałów pilotażowych*, [w:] Z. Gostkowski, J. Lutyński (red.), *Analiza i próby technik badawczych w socjologii. Studia pilotażowe i analizy weryfikacyjne*, t. V, Warszawa 1975.
- Popple J., *A Pragmatic Legal Expert System. Applied Legal Philosophy Series*, Dartmouth 1996.
- Segal J.A., *Predicting Supreme Court Cases Probabilistically: The Search and Seizure Cases, 1962-1981*, „American Political Science Review” 2014, t. 78, nr 4, s. 891-900, <https://www.doi.org/10.2307/1955796>.
- Skeem J.L., Loudon J.E., *Assessment of Evidence on the Quality of the Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions (COMPAS)*, Davis 2007, <https://ucicorrections.seweb.uci.edu/files/2013/06/CDCR-Skeem->

EnoLouden-COMPASeval-SECONDREREVISION-final-Dec-28-07.pdf
[dostęp: 15.07.2020].

Netografia

Analityka predykcyjna – słownik pojęć, <https://algolytics.pl/analityka-predykcyjna-sloownik-pojec/> [dostęp: 18.06.2021].

Automating Society Report 2019, <https://algorithmwatch.org/en/automating-society/> [dostęp: 15.07.2020].

Mileszyk N., Paszcza B., Tarkowski A., *AlgoPolska. Zautomatyzowane podejmowanie decyzji w służbie społeczeństwu*, <https://centrumcyfrowe.pl/algopolska-raport/#landing-page> [dostęp: 11.07.2020].

Predictive Policing. Evaluation des baden-württembergischen Pilotprojekts P4, <https://csl.mpg.de/de/forschung/projekte/predictive-policing/> [dostęp: 15.07.2020].

Rey E., *Predictive Policing with Continued Results*, <https://www.predpol.com/predictive-policing-results/> [dostęp: 15.07.2020].

[Sztuczna Inteligencja]. *Słownik*, <https://www.sztucznainteligencja.org.pl/definicja/sztuczna-inteligencja/> [dostęp: 29.04.2021].

The Use of Pretrial ‘risk assessment’ Instruments: a Shared State of Civil Rights Concerns, <http://civilrightsdocs.info/pdf/criminal-justice/Pretrial-Risk-Assessment-Full.pdf> [dostęp: 29.04.2021].

Wykaz aktów prawnych

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. 1993 Nr 61, poz. 284.

Rozporządzenie (WE) nr 1896/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 12 grudnia 2006 r. ustanawiające postępowanie w sprawie europejskiego nakazu zapłaty, Dz.Urz. UE L 399 z 30.12.2006 r., s. 1-32.

Wykaz orzecznictwa

Wyrok Sądu Najwyższego Kanady z 13 czerwca 2018 r. w sprawie *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, „Supreme Court Reports” 2018, nr 2, poz. 165.



Prof. Iryna Izarova
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine
ORCID: 0000-0002-1909-7020
irina.izarova@knu.ua

Dr. Oksana Uhrynovska
ORCID: 0000-0002-3642-5903
oksana.ugrunovska@lnu.edu.ua

To be born amid war conflict: The right to a legal identity in Ukraine

Abstract

Human rights are an integral part of an open society and a democratic state governed by the rule of law. Among them, the right to a legal identity occupies an important place, however, ensuring its proper implementation in today's difficult conditions of war conflicts has not been an easy task. Not surprisingly, the necessity to provide a legal identity for all, including birth registration,¹ is among the global goals of sustainable development, as this helps a person's recognition before the law and protection of their rights, any of which may be violated unnoticed (right to a health care, education and others).² Proper registration of a person's death also ensures that the rights of that person's heirs can be exercised.

In this article, we examine the Ukrainian experience when ensuring the right of a person to birth and death registration through special civil proceedings. In the conclusions we justify a new approach to protecting the right to a legal identity and the method of its implementation within court procedure,

¹ 17 Goals, <https://sdgs.un.org/goals> [accessed: 23.12.2020].

² SDG indicator metadata, <https://unstats.un.org/sdgs/metadata/files/Metadata-16-09-01.pdf> [accessed: 23.12.2020].

in particular, in military conflicts, residence or permanent stay in temporarily occupied territories, etc. territories in which there are no legitimate public authorities.

Keywords: access to justice, human rights, transitional justice, Ukraine

1. Introduction. The right to a legal identity within war conflict in Ukraine

The existence of a military conflict and occupied territories that are not under the control of the state does not release it from the obligation to ensure the rule of law and access to justice. In this respect, one of the most important issues is the determination of the right for persons living or staying in the temporarily occupied territory to have a legal identity, because regardless of the social or political circumstances, their lives continue.

Ukraine is one of the state-founders of the United Nations (hereinafter – UN)³ and it claims to support the UN Goals of Sustainable Development.⁴ Among these goals there is one to provide legal identity for all persons, in particular, birth registration⁵ in order to ensure their recognition, which gives a person the opportunity to implement their rights, in particular the rights to health care, education and others.⁶

The right of every individual to be recognized as a person before a law is guaranteed by the International Covenant on Civil and Political Rights⁷. This means that human rights cannot be asserted within the national public order without legal existence⁸.

³ See *Member States*, <https://www.un.org/en/member-states/> [accessed: 23.12.2020].

⁴ For more see Ukaz Prezidenta Ukrainy pro tsili staloho rozvytku Ukrainy na period do 2030 roku [Decree of the President of Ukraine on the sustainable development goals of Ukraine until 2030], <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/722/2019> [accessed: 23.12.2020].

⁵ *Goals 17*, op.cit.

⁶ Home United Nations Legal Identity Agenda, <https://unstats.un.org/legal-identity-agenda/> [accessed: 11.03.2022].

⁷ International Covenant on Civil and Political Rights, adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966 entry into force 23 March 1976, in accordance with Article 49, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> [accessed: 10.03.2022].

⁸ P.M. Taylor, *A Commentary on the International Covenant on Civil and Political*, Cambridge University Press, Cambridge 2020, pp. 445-457, <https://doi.org/10.1017/9781108689458.019>.

According to the Constitution of Ukraine⁹ all humans are free and equal in dignity and rights, and human rights and freedoms are inalienable and inviolable (Art. 21); citizens have equal constitutional rights and freedoms and are equal before the law (Art. 24); the rights and freedoms of man and citizen are protected by the court (Art. 55). It is noteworthy that there is no similar or identical provision about the legal identity of a person in the Basic Law of Ukraine¹⁰, nevertheless, the idea exists and is protected by the below discussed mechanism.

Legal identity is conceived as the status of having legal personhood which brings with it rights and duties.¹¹ Civil registration is critical to every person because it is the basis for establishing one's legal identity.¹² This is essential to the realization of human rights and accessing basic social protection, and this helps to define who is entitled to rights and services - and who is excluded.¹³

There is no universal indicator used to measure legal identity, so it is difficult to establish the exact number of people lacking one.¹⁴ To be undocumented means to be denied opportunities and possibilities to exercise civil and social rights, in practice, there is no distinction between an undocumented person whose birth was never registered and one whose birth was registered, but who never obtained his or her national identity document.¹⁵ Therefore, the idea of implementing 'Transitional Justice' in Ukraine, which was first introduced in 2018 due to the need to provide access to courts and law enforcement agencies in the territory controlled by the Ukrainian authorities, has recently become extremely relevant for Ukraine.

⁹ Konstytutsiya Ukrayiny [Constitution of Ukraine], WWP 1996, No. 30, p. 141.

¹⁰ See more also in O. Zadorognyi, *Porushennya ahresyvnouy viynoyu Rosiys'koyi Federatsiyi proty Ukrayiny osnovnykh pryntsyviv mizhnarodnoho prava* [Violation of the basic principles of international law by the aggressive war of the Russian Federation against Ukraine], KIS, Kyiv 2015, pp. 300-367.

¹¹ *The right to a legal identity or the right to a legal ID?*, <https://www.statelessness.eu/updates/blog/right-legal-identity-or-right-legal-id> [accessed: 23.12.2020].

¹² L.G. López et al., *Civil Registration, Human Rights, and Social Protection in Asia and the Pacific*, "Asia-Pacific Population Journal" 2014, no. 29(1), pp. 75-99, <https://www.unescap.org/sites/default/files/APPJ-Vol-29-No-1.pdf> [accessed: 10.03.2022].

¹³ Ibid, p. 75.

¹⁴ V. Viala, *Why is Having a Legal Identity Fundamental to Human Rights?*, <https://disblog.thalesgroup.com/government/2019/06/18/why-is-having-a-legal-identity-fundamental-to-human-rights/> [accessed: 23.12.2020].

¹⁵ Ibid.

In the judgments in the case *Tsezar and others v Ukraine*¹⁶ related to access of Ukrainian citizens to the courts, the ECHR clearly confirmed that access to the courts is secured by Ukraine.¹⁷ In the meantime, we may see some challenges that persons who seek to establish their legal identity will face in Ukraine while registering facts of birth or death.

The armed aggression of 2014–2015 against Ukraine led to the occupation of the territory of the Autonomous Republic of Crimea (ARC), as well as the formation of the so-called ‘Luhansk and Donetsk People’s Republics’ (hereinafter - LPR and DPR, respectively). These circumstances caused difficulties in ensuring the legal status of persons residing in the temporarily occupied territory of Ukraine. In order to ensure the rights and freedoms of citizens and regulate the legal regime in the temporarily occupied territory of Ukraine, several laws and other acts were adopted,¹⁸ in particular, two laws were introduced – ‘On Ensuring the Rights and Freedoms of Citizens and Legal Regime in the Temporarily Occupied Territory of Ukraine’ of 15 April 2014, No. 1207-VII,¹⁹ and the Law of Ukraine ‘On Particular Aspects of Public Policy Aimed at Safeguarding State Sovereignty of Ukraine over the Temporarily Occupied Territory of Donetsk and Luhansk Regions’ of 18 January 2018, No. 2268-VIII.²⁰

¹⁶ ECHR judgment on 13 February 2018 in case *Tsezar and Others v. Ukraine*, 73590/14, 73593/14, 73820/14, 4635/15, 5200/15, 5206/15, and 7289/15, Strada Lex. See also ECHR judgment on 25 July 2017 in case *Khlebig v. Ukraine*, 2945/16, HUDOC.

¹⁷ ECHR judgment on 13 February 2018 in case *Tsezar and Others v. Ukraine*, 73590/14, 73593/14, 73820/14, 4635/15, 5200/15, 5206/15, and 7289/15; ECHR judgment on 25 July 2017 in case *Khlebig v. Ukraine*, 2945/16.

¹⁸ Law of Ukraine No. 1207-VII of 15 April 2014 on Ensuring the Rights and Freedoms of Citizens and Legal Regime in the Temporarily Occupied Territory of Ukraine, https://www.legislationline.org/download/id/5489/file/Ukraine_law_%20On%20Securing%20the%20Rights%20and%20Freedom%20of%20Citizens_2014_en.pdf [accessed: 10.03.2022]; Zakon Ukrayiny pro osoblyvyy poryadok mistsevoho samovryaduvannya v okremykh rayonakh Donets’koyi ta ta Luhans’koyi oblastey [Resolution of the Verkhovna Rada of Ukraine No. 254-VIII of 17.03.2015 ‘On the recognition of certain districts, cities, towns and villages of Donetsk and Luhansk regions temporarily occupied territories], Vidomosti Verkhovnoyi Rady [hereinafter: VVR] 2014, No. 45, p. 2043. See more also R. Kuibida, L. Moroz, R. Smilax, *Justice in the East of Ukraine During the Ongoing Armed Conflict*, “International Journal for Court Administration” 2020, no. 11(2), p. 9, <http://doi.org/10.36745/ijca.341>.

¹⁹ Zakon Ukrayiny pro zabezpechennya prav i svobod hromadyan ta pravovyy rezhym na tymchasovo okupovaniy terytoriyi Ukrayiny [The Law of Ukraine No. 1207-VII ‘On Ensuring the Rights and Freedoms of Citizens and Legal Regime in the Temporarily Occupied Territory of Ukraine of 15 April 2014], VVR 2014, No. 26, p. 892.

²⁰ Zakon Ukrayiny pro osoblyvosti derzhavnoyi polityky iz zabezpechennya derzhavnogo suverenitetu Ukrayiny na tymchasovo okupovanykh terytoriyakh u Donets’kiy

According to the provisions of these laws, any acts (documents, decisions), issued by the state authorities, local self-government, enterprises, institutions, organizations in conditions of occupation regime are invalid and do not cause legal consequences. Thus, the problem of ensuring the right to a legal identity for persons residing in these territories has come about and is becoming a widespread issue, in particular when concerning births and deaths.

'Namibian exceptions'²¹ as a principle of recognition the documents issued by the occupants' authority with the goal of human rights protection applied in Ukrainian cases. Courts in Ukraine began to use this principle and implement the idea in 2015 due to the lack of any other way to ensure all people have access to justice and human rights protection.

It should be noted that more than one and a half million of the inhabitants of Ukraine²² were forced to leave their homes, and approximately 5 million are living in the occupied territories, accounting for 13% of the total population of Ukraine.²³ According to the data contained in open information sources on the territory of the Autonomous Republic of Crimea, the number of facts

ta Luhans'kiy oblastyakh [The Law of Ukraine No. 2268-VIII 'On Particular Aspects of Public Policy Aimed at Safeguarding State Sovereignty of Ukraine over the Temporarily Occupied Territory of Donetsk and Luhansk Regions' of 18.01.2018], VVR 2018, No. 10, p. 54. See more also in S. Pryluts'kyi, O. Strieltsova, *The Ukrainian Judiciary under 21st-Century Challenges*, „Access to Justice in Eastern Europe” 2020, no. 2/3(7), pp. 78-99, <https://www.doi.org/10.33327/AJEE-18-3.2-3-a000027> and I. Izarova, *Independent Judiciary: Experience of Current Reforms in Ukraine as Regards Appointment of Judges*, [in:] K. Gajda-Roszczyńska, D. Szumilo-Kulczycka (eds.), *Judicial Management Versus Independence of Judiciary*, Wolters Kluwer, Warsaw 2018, pp. 242-263.

²¹ This principle was firstly introduced in 1971 in practice of the International court of UN, case of Namibia on 21 of June 1971: *The Situation in Namibia*, https://www.un.org/securitycouncil/sites/www.un.org.securitycouncil/files/en/sc/repertoire/85-88/Chapter%208/85-88_08-6-The%20situation%20in%20Namibia.pdf [accessed: 10.03.2022]. See more about this principle here N. Ndeunyema, *The Namibian Constitution, International Law and the Courts: a Critique*, „Global Journal of Comparative Law” 2020, vol. 9, no. 2, pp. 271-296, <https://doi.org/10.1163/2211906X-00902005>.

²² According to the data of the Ministry of Social Policy, as of 7 May 2018, 1 502 019 migrants from the Donbas Region and Crimea were taken in account. See *Vnutrishno peremishcheni osoby* [Internally Displaced Persons], <https://www.msp.gov.ua/timeline/Vnutrishno-peremishcheni-osobi.html> [accessed: 23.12.2020].

²³ This information was taken from the speech of the Ministry of Temporary Occupied Territories and Internally Displaced Persons at the Plenary Session of the 74th General Assembly of the UN on 16 December 2019. According to the State Statistics Service of Ukraine as of 1 December 2017 this accounts for 42 403 200 people. *Kompleksni statystychni publikatsiyi / Complex Statistical Publications*, http://www.ukrstat.gov.ua/druk/publicat/kat_u/publ1_u.htm [accessed: 24.12.2020].

of birth was: 22,995 people in 2016, 9,810 people in 2017. At the same time, the number of facts of death in the specified territory was: 28,932 people in 2016 and 14,323 people in 2017.²⁴

In turn, in the territory of the so-called 'DPR' the following were recorded:

- in 2016, 11,771 facts of birth and 34,833 facts of death;
- in 2017, 5,875 facts of birth and 17,866 facts of death.²⁵

To solve this problem, it was not enough to introduce an administrative procedure that would provide an algorithm for state registration of births or deaths originating in the temporarily occupied territory. In order to optimize the process of obtaining birth and death certificates for persons living in the temporarily occupied territory of Ukraine, the legislator supplemented the CPC of Ukraine with a special article, namely Art. 317, which addressed certain procedural issues in cases of establishing the facts of birth and death in the temporarily occupied territory.

The following section of our article is devoted to analysis of how this specific procedure has helped to realize the right of a person to be recognized as a person before the law in Ukraine, for those who are within the temporarily occupied territory. In conclusion some remarks concerning the necessity of the use of the 'Namibian exceptions' in Ukraine are made.

2. Judicial procedure for establishing the fact of birth or death of a person in the temporarily occupied territory of Ukraine

Legislative changes to regulate the judicial procedure for establishing legal facts in the relevant territory are aimed at eliminating inconveniences for persons living in the temporarily occupied territory of Ukraine related to the need to enter the controlled territory of the state, as the birth or death certificate of a person residing in temporarily occupied territory of Ukraine, determined by the Verkhovna Rada of Ukraine, can only be obtained from legitimate authorities.

²⁴ *Analitychnyy zvit. Pereshkody v realizatsiyi prav i svobod osib na okupovaniy Terytoriyi Kryms'koho pivostrova ta tymchasovo nepidkontrol'nykh Terytoriyakh Donets'koyi ta Luhans'koyi obla (reyestratsiya faktiv narodzhennya i smerti)* [Analytical Report: Obstacles to the realization of the rights and freedoms of persons in the occupied territory of the Crimean Peninsula and temporarily uncontrolled territories of Donetsk and Luhansk regions (registration of facts of birth and death)], Lviv 2017, <https://helsinki.org.ua/wp-content/uploads/2018/02/Zvit1t.pdf> [accessed: 24.12.2020].

²⁵ Ibid, p. 6.

This rule (Art. 317 of the CPC)²⁶ defines, among other things, the range of persons who have the right to apply to the court to establish the relevant fact. It also settles the issue of territorial jurisdiction, and secures provisions on the immediate execution of corresponding decisions.

Meanwhile, it should be noted that the lack of a clear and effective court procedure for establishing the fact of birth or death in the temporarily occupied territory can lead to abuses, in particular to avoid criminal prosecution, receive social benefits without legal grounds, for human trafficking and so on. As a result, the state faces a difficult task, as it must create an accessible mechanism for establishing facts in the relevant territory, which, on the one hand, ensures the proper realization of personal non-property and property rights, and, on the other hand, makes it impossible to abuse it to achieve illegal goals.

The shortcomings of the mechanism of establishing the relevant facts in the uncontrolled territory may lead to a violation of the rights of individuals,

²⁶ Art. 317 of the CPC of Ukraine ‘Peculiarities of proceedings in cases of establishing the fact of birth or death of a person in the temporarily occupied territory of Ukraine’ announces:

1. An application to establish the fact of a person’s birth in the temporarily occupied territory of Ukraine, determined by the Verkhovna Rada of Ukraine, may be filed by parents, relatives, their representatives or other legal representatives of the child in any court outside such territory of Ukraine regardless of the applicant’s place of residence.

An application to establish the fact of a person’s death in the temporarily occupied territory of Ukraine, determined by the Verkhovna Rada of Ukraine, may be filed by the relatives of the deceased or their representatives in court outside such territory of Ukraine.

2. Cases establishing the fact of birth or death of a person in the temporarily occupied territory of Ukraine, determined by the Verkhovna Rada of Ukraine, shall be considered immediately from the moment of receipt of the relevant application in court.

3. The decision to establish the fact of birth of a person in the temporarily occupied territory of Ukraine, determined by the Verkhovna Rada of Ukraine, in particular, shall specify the data established by the court on the date and place of birth of the person, his parents.

4. The decision made by the court in cases of establishing the fact of birth or death of a person in the temporarily occupied territory of Ukraine, determined by the Verkhovna Rada of Ukraine, shall be subject to immediate execution.

Decisions in cases establishing the fact of birth or death of a person in the temporarily occupied territory of Ukraine, determined by the Verkhovna Rada of Ukraine, may be appealed in accordance with the general procedure established by this Code. Appealing a decision does not suspend its execution.

5. A copy of the court decision shall be issued to the parties to the case, immediately after the announcement of such a decision, or immediately sent by the court to the body of state registration of civil status at the place of decision for state registration of birth or death.

Verkhovna Rada of Ukraine adopts Law “On amendments to Civil Procedure Code of Ukraine concerning establishment of fact of birth or death in temporarily occupied territory of Ukraine”, <https://www.rada.gov.ua/en/news/News/126003.html> [accessed: 10.03.2022].

so the establishment of the facts of birth and death in a separate proceeding requires a detailed study.

Separate proceedings in civil process are not exclusively a Ukrainian proficiency. Some other states also provide legal regulation at the national level in such a way as to differentiate the judicial procedure according to the nature of the case, thus distinguishing cases of separate proceedings, including the establishment of legal facts relevant to the case. It is obvious that the list of legal facts that can be established in court within the relevant procedures is not and cannot be the same, as each state determines them at its own discretion. In the following part we will give some generalised examples of facts that can be established in a separate proceeding.

For example, the legal facts that can be established in a separate proceeding of the CPC of the Republic of Kazakhstan includes the following: the fact of family relations of persons; the fact that the person is dependent; the fact that the title documents (except for military documents, passports, identity cards and certificates issued by civil registration authorities) belong to the person whose name, patronym or surname, specified in the document, do not match the name, patronym or the name of this person in the passport or identity card, or birth certificate; the fact of an accident, if it cannot be confirmed in another procedure; the fact of death of a person at a certain time in certain circumstances in case of refusal by the civil registration authorities to register the death.²⁷

Alternatively, the Civil Procedural Code of Georgia of 14 November 1997, although not providing for a 'separate proceeding', does provide for an indisputable type of proceeding within which legal facts relevant to the case may be established, in particular the establishment of family ties; establishing the fact of a person's detention; establishing the facts of: registration of recognition of paternity, marriage, divorce, change of name or (and) surname or adoption; establishing the fact that the title documents belong to a person whose name, patronym or surname, specified in the document, does not coincide with the name, patronym or surname specified in the passport or birth certificate; the fact of acceptance of the inheritance and establishment of the place of discovery of inheritance²⁸

²⁷ Grazhdanskiy Protsessual'nyy Kodeks Respubliki Kazakhstan [Civil Procedure Code of the Republic of Kazakhstan of 31.10.2015 no. 377-V (amended and supplemented as of 07.07.2020)], Zakon RK 2021, No. 84-VII.

²⁸ Grazhdanskiy Protsessual'nyy Kodeks Gruzii [Civil Procedure Code of Georgia of 14.11.1997], Parlament-Skiye Vedomosti 1997, No. 47-48.

The fact of birth or death of a person in the temporarily occupied territory of Ukraine shall be established in court if: 1) such a fact gives rise to legal consequences, i.e. the emergence, change or termination of personal or property rights of citizens depend on it; 2) the current legislation does not already provide another procedure for its establishment; 3) the applicant has no other opportunity to obtain or recover a lost or destroyed document certifying a fact that has legal significance; 4) the establishment of the fact is not connected with the subsequent resolution of a dispute over a right.²⁹

Accordingly, as rightly emphasized in the decisions of the national courts of Ukraine, the purpose of establishing the relevant fact is important, as it allows to draw a conclusion on whether this fact is a legal one, and whether it has legal consequences.³⁰ As a rule, the purpose of establishing the relevant facts is the need for their further state registration in order to obtain a death (or birth) certificate in accordance with current legislation of Ukraine,³¹ the applicant's desire to inherit or facilitate the procedure of inheritance.³²

If the fact for which a person has applied to the court is not a precondition for changing, arising or terminating the rights of such a person, the application is not subject to separate proceedings, and therefore the court must refuse to open proceedings to consider the application.³³ The court's finding in the open proceedings that the fact which the applicant applied for, does not in any way affect the legal status of the person, results in the closure of the proceedings.³⁴

In view of this, special attention needs to be paid to the harmonization of the principles and the right of a person to a legal identity generally accepted by the international community and to the need to determine the purpose of going to court, although the person's desire for legal identity alone is worth satisfying.

²⁹ Rezolyutsiya Plenum Verkhovnoho Sudu Ukrayiny 5 on 31 March 1995 pro sudovu praktyku v spravakh pro vstanovlennya faktiv, shcho mayut' yurydychne znachennya [Resolution of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine no. 5 on Judicial Practice in Cases of Establishing Facts of Legal Significance of 31.03.1995], VVR 1998, p. 0005700-95.

³⁰ Ibid.

³¹ Decision of the Novopetrovsky District Court of the Luhansk Oblast, case No. 942/876/20 of 23 September 2020, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91898150> [accessed: 24.12.2020].

³² Decision of the Malynivsky District Court of the Zhytomyr Oblast case No. 283/1265/19 of 7 June 2019, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82259504> [accessed: 24.12.2020].

³³ Decision of the Kyiv District Court of the city of Poltava, case No. 552/5900/19 of 25 October 2019, <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85246253> [accessed: 24.12.2020].

³⁴ Resolution of the Supreme Court of the Supreme Court, case No. 536/1039/17 of 23 January 2019, <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79516806> [accessed: 24.12.2020].

3. National judicial practice on realization of the right to a legal identity, and establishment of the facts of birth or death in the temporarily occupied territory of Ukraine

3.1. The right to apply to the court to establish the facts of birth or death in the temporarily occupied territory of Ukraine

The subjective composition of participants in cases of establishing the fact of birth or death of a person in the temporarily occupied territory of Ukraine is regulated, in particular, by Art. 317 of the CPC. At the same time, the mentioned legal norm does not clearly define which subjects in this category of cases belong to the 'applicants' and 'interested persons.' However, Part 1 of Art. 317 of the CPC of Ukraine provides for the list of persons who can apply for the establishment of the fact of birth or death. These can only be natural persons, as the procedural law does not provide for the possibility of filing an application by a legal entity in this case.

According to paragraph 1, part 1 of Art. 317 of the CPC of Ukraine, the following persons have the right to file an application to establish the fact of birth: parents, relatives, their representatives and other legal representatives. Instead, in accordance with paragraph 2, part 1 of Art. 317 of the CPC of Ukraine, the range of persons authorized to file an application to establish the fact of death in the temporarily occupied territory is narrower. Such persons include relatives of the deceased and their representatives. The above list of subjects of appeal raises many questions, in particular, regarding its justification, the correctness of the legislator when distinguishing certain categories of subjects of appeal, such as 'parents' and 'relatives,' 'representative' and 'other legal representatives' etc.

Analysis of the subjective composition of participants in cases of establishing the facts of birth or death in the relevant territory of Ukraine suggests that the category of 'parents' within the meaning of paragraph 1 of Part 1 of Art. 317 of the CPC of Ukraine should include: a) persons, information about which is included in the record of the birth of a child as a parent, regardless of genetic factors; b) adoptive parents, regardless of whether the information entered in the birth record of the adoptee has been changed. In addition, in the second case, the document confirming the authority of the legal representative will be an adoption certificate issued on the basis of the relevant court decision on adoption.

The next step in the study of the applicants in cases establishing death and birth facts in the temporarily occupied territory is to determine the list of persons covered by the category of ‘relatives.’

Relatives can also be the applicants in cases establishing the facts of birth or death of a person in the temporarily occupied territory of Ukraine. Under Ukrainian law the term ‘relatives’ covers a range of persons who are related to a certain degree of kinship.³⁵

It follows from the doctrine of family law of Ukraine that relatives can be those persons who have kinship. In this case, such kinship is of two types, namely: origin and marriage. One cannot agree with the position that family members are always close relatives, but close relatives will not always be members of the same family.³⁶ For example, a married man and woman are family members and relatives, but they cannot be considered close relatives. Given the above, we believe that relatives within the meaning of Part 1 of Art. 317 of the CPC are not only close relatives, but also other relatives by origin, as well as relatives on the basis of marital kinship. The next group of persons who can apply to the court to establish the fact of birth in the temporarily occupied territory of Ukraine are representatives of parents and relatives.

Part 1 of Art. 317 of the CPC clarifies that representatives must belong to ‘persons who have the right to apply’ in the category of cases analyzed by us. In this regard, we want to emphasize the following points.

Summarizing the study of the subject composition of persons who may apply to the court to establish a legal fact on the basis of Part 1 of Art. 317 of the CPC of Ukraine, we consider it appropriate to express concern about the simultaneous use in paragraph 1 of Part 1 of Art. 317 of the CPC of Ukraine of ‘representatives’ and ‘other legal representatives’ because, as noted above, representation already includes legal representation automatically.

At the same time, in our opinion, it is necessary to explore the possibilities and determine the expediency of granting the right to apply to “other persons for whom establishing the fact of birth (death) may have legal significance” in cases of establishing the fact of birth or death in the temporarily occupied territory of Ukraine. Proceeding, first of all, from circumstances in which

³⁵ Explanation of the National Bank of Ukraine on the practical application of certain requirements of the regulations of the National Bank of Ukraine of 3.04.2008, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v4193500-08#Text> [accessed: 24.12.2020].

³⁶ K.A. Karchevskiy, *Rodynnyy kryteriy ponyattya «afiliyovanaosoba» (v konteksti pravovoho rezhymu pravochyniv iz zainteresovanityu)* [Kindred criterion of the concept «affiliated person» (within the context of legal regime of transactions with the interest)], „Visnyk KHNUVS” 2004, nr 1(64), s. 160-171 .

the persons in temporarily occupied territories are placed, including military actions, etc.

Thus, in case No. 265 / 6342/17 the Supreme Court noted that 'since the deceased may not have relatives who can apply for a statement of fact of death, in order to respect the rights and freedoms of persons residing in the temporarily occupied territory, the relevant application may be filed by a family member of the deceased, in particular, by the husband or wife.'

The following conclusions can be drawn from the results of the study. First, the list of persons who have the right to apply to the court to establish the fact of death or birth of a person in the temporarily occupied territory of Ukraine actually provides for the same subjects of application. Secondly, in order to ensure the right of access to a court, national courts have justifiably increased the number of persons who have the right to apply for a death or birth in the relevant territory of Ukraine.

We would like to pay special attention to cases establishing legal facts to protect the rights and interests of minors. Most commonly, in such situations, the submission of a statement of fact is made by parents, guardians or custodians of children in the interests of the minor.³⁷ At the same time, the parents, guardians or custodians act in the manner of legal representation and may not replace the children in whose interests the trial was initiated, who are actually endowed with the procedural status of the applicants. Also, in the interests of minors, a guardianship authority may apply to the court to establish the relevant fact in the temporarily occupied territory of Ukraine, which in accordance with Art. 65 of the Civil Code of Ukraine until the establishment of guardianship or custody and the appointment of a guardian or a custodian independently carries out guardianship or custody of the person.³⁸

³⁷ Decision of Central City District Court of the city of Kryvyi Rih in Dnipropetrovsk Oblast, case No. 16/6250/19 of 9 October 2019, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84837452> [accessed: 27.12.2020]; decision of Energodar City Court of Zaporizhzhya Oblast, case No. 316/1147/19 of 14 June 2019, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82434062> [accessed: 27.12.2020].

³⁸ Decision of Malinovskyi District Court of Odesa, case No. 521/18714/19 of 13 November 2019, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85609625> [accessed: 27.12.2020]; decision of Zhovtnevyi District Court of Mariupol, case No. 263/14640/19 of 15 October 2019, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84927570> [accessed: 27.12.2020].

3.2. Evidence in cases establishing the fact of birth or death in the temporarily occupied territory of Ukraine

The circumstance of proof in cases establishing the fact of birth (death) in the temporarily occupied territory of Ukraine includes circumstances regarding the time and place of birth (death), in addition, such a place must be a 'temporarily occupied territory'; the impossibility of establishing the desired fact out of court; legal consequences caused for the applicant by a legal fact; the existence of family ties between the applicant and the person in respect of whom the fact is established, and in cases establishing the fact of birth - identification of the child's parents.

As for establishing the facts of a birth in accordance with Art. 317 of the CPC, the situation is similar. Thus, analysis of the case law allows us to state that the circumstance of proof in this category of cases is a clearly defined time of birth, which should give rise to legal consequences for the applicant.³⁹ When considering applications to establish the fact of death in the temporarily occupied territory of Ukraine, the courts must check the existence of family ties between the applicant and the deceased, and prove the impossibility of establishing the relevant fact out of court.⁴⁰ Also, when applying to the court with a statement on the establishment of a legal fact, the courts must take into account the purpose of its establishment, because it allows them to conclude whether this fact is really a legal one, and whether it entails legal consequences.⁴¹

In cases establishing the fact of birth or death in the temporarily occupied territory of Ukraine, the burden of proof rests with the applicant. But within the analyzed category of cases, the court is also an active participant, being in the list of the subjects of proof, because Art. 294 of the CPC of Ukraine gives the court significant powers of proof, ranging from the formation of the

³⁹ Decision of the Slavic City District Court of the Donetsk Oblast, case No. 243/7164/19 of 5 July 2019, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82834398> [accessed: 24 December 2020]; decision of the Obolonsky District Court of Kyiv, case No. 756/4979/19 of 10 April 2019, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81259980> [accessed: 24.12.2020]; decision of the Slovyansk City District Court of the Donetsk Oblast, case No. 243/2383/19 of 13 March 2019, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80430608> [accessed: 24.12.2020].

⁴⁰ Resolution of the Kyiv Court of Appeal, case No. 756/3041/20 of 1 July 2020, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/90143292> [accessed: 24.12.2020].

⁴¹ Resolution of the Kharkiv Court of Appeal, case No. 645/1211/19 of 16 September 2019, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/84342680> [accessed: 24.12.2020].

circumstance in proof, assistance in establishing the circumstances, providing and requiring evidence for their study and evaluation.⁴²

In a number of cases the courts have emphasized that the special nature of cases considered in separate proceedings determines certain features of the evidentiary process, in particular, the lack of adversarial proceedings. This is due to the fact that the only parties involved in the proceedings are the applicant and interested persons. The court plays an active role in the process of proof and, at its sole discretion, in order to comprehensively clarify the circumstances of the case, may require evidence.⁴³

Most commonly, the activity of the court is manifested in the demand from civil registry authorities for information on the presence or absence of a record of death (birth) of a person in respect of whom the relevant fact is established. Meanwhile, when considering cases in accordance with Art. 317 of the CPC, courts also appoint appropriate examinations, for example, forensic and genetic ones.⁴⁴ Finally, the activity of the court may be limited to a formal proposal to the applicant to provide additional evidence to prove the fact in question, which the court states in the decision to open proceedings on claims.⁴⁵

We would like to draw special attention to the peculiarities of the evaluation of evidence in this category of cases, due to the inadmissibility of certain means of proof, given that any act (decision, document) issued by public authorities, local governments, enterprises, institutions, organizations of the occupation regime is invalid and does not create legal consequences.

⁴² K.B. Drogozyuk, *Predmet ta sub'yekty dokazuvannya u tsyvil'nomu protsesi Ukrainy ta Frantsiyi* [Subject of proof in the civil process of Ukraine and France], Odessyjska Yurydycheskaya Akademya, Odessa 2018, <http://dspace.onua.edu.ua/handle/11300/9115> [accessed: 6.12.2021].

⁴³ Decision of the Kramatorsk City Court of Donetsk region, case No. 234/12199/20 of 1 September 2020, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/91921144> [accessed: 24.12.2020]; decision of the Selydiv City Court of the Donetsk Oblast, case No. 242/2317/19 of 23 April 2019, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81381139> [accessed: 24.12.2020].

⁴⁴ Ruling of the Zhovtnevy District Court of Mariupol, case No. 263/7330/19 of 11 June 2019, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82430176> [accessed: 24.12.2020]; decision of the Suvorov District Court of the city of Odessa, case No. 523/11553/19 of 5 December 2019, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86205376> [accessed: 24.12.2020]; decision of the Suvorov District Court of the city of Odessa, case No. 523/18599/19 of 13 February 2020, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87583139> [accessed: 24.12.2020].

⁴⁵ The decision of the Slavyansk city District Court of the Donetsk Oblast, case No. 243/8450/20 of 28 September 2020, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/91860096> [accessed: 24.12.2020].

In connection with the case law of the national courts of Ukraine, the so-called 'Namibian exceptions' are applied.⁴⁶

At the same time, analysis of the case law allows us to state that the courts currently apply the 'Namibian exception' in different ways when making decisions. Thus, in case No. 490/5054/15-ц on a claim for recovery of insurance indemnity, fines, inflation losses and three percent per annum, the Supreme Court, overturning the appellate court's ruling, stressed that the 'Namibian exception' could be applied only in cases establishing the fact of birth or death of a person in the temporarily occupied territory of Ukraine, and not for the recovery of sums of money.⁴⁷ A similar conclusion was formulated in another ruling of the Supreme Court, within which a citizen of Ukraine appealed to the latter (represented by the Cabinet of Ministers of Ukraine) with a claim for compensation for property damage caused by the anti-terrorist operation.⁴⁸

However, in a similar case, with the same composition, similar subject matter and grounds of action - the Supreme Court reached an opposite decision and concluded that the 'Namibian exception' could be applied to the inspection of the plaintiff's apartment in the temporarily occupied territory. The court confirmed the circumstance of destruction in connection with an artillery strike of the apartment house in which the plaintiff lived.⁴⁹

In case No. 707/1607/16-ц on establishing the fact of death in the temporarily occupied territory of Ukraine, the Supreme Court noted that solely examining the evidence provided by the bodies formed in the temporarily occupied territory, the court was deprived of the opportunity to properly establish death or birth in uncontrolled territory of Ukraine.⁵⁰ National courts were guided by similar motives in other court cases.⁵¹

⁴⁶ *Uvaha: vyznannyam okremym dovidok z ORDLO vladu okupantiv nikhto ne lehalizuye* [Attention: Recognizing separate certificates from SRDLO doesn't mean legalization of the power of the occupiers], <https://www.ukrinform.ua/rubric-society/2806155-uvaga-viznannam-okremim-dovidok-z-ordlo-vladu-okupantiv-nikhto-ne-legalizue.html> [accessed: 24.12.2020].

⁴⁷ Resolution of the CCC as a part of the Supreme Court, case No. 490/5054/15-ц of 24 October 2018, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77473491> [accessed: 24.12.2020].

⁴⁸ Resolution of the CCC as a part of the Supreme Court, case No. 185/9816/16-ц of 1 July 2020, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/90349589> [accessed: 24.12.2020].

⁴⁹ Resolution of the CCC as a part of the Supreme Court, case No. 310/1739/17 of 25 March 2020, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/88575080> [accessed: 24.12.2020].

⁵⁰ Resolution of the CCC as a part of the Supreme Court, case No. 707/1607/16-ц of 20 December 2018, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78978236> [accessed: 27.12.2020].

⁵¹ Resolution of Zaporizhzhya Appellate Court, case No. 233/6471/18 of 11 June 2019, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82439322> [accessed: 27.12.2020]; resolution of

Thus, from the above it is easy to see that the Supreme Court, whose task is to ensure the unity of judicial practice, itself applies the 'Namibian exception' in different ways, assessing the evidence in the case.

In our view, when assessing evidence in cases of death or birth in accordance with Art. 317 of the CPC, courts should apply the 'Namibian exception' in case of confirmation of the fact by evidence other than that obtained in the temporarily occupied territory. Given that the current legislation does not specify what evidence should confirm the fact of death or birth, examples of such may be agreements on the organization of burials, acts on the provision of funeral services, photographs from the burial place, the testimony of witnesses, acts of medical advisory commissions, forensic and genetic conclusions and other examinations, etc.

4. Conclusions

The results of the study lead to the following conclusions. The use of judicial procedure in Ukraine for the registration of births and deaths is the most effective way to ensure a person's right to legal identity in the conditions of occupation of its territory in order to establish the facts, if: such facts give rise to legal consequences, i.e. the emergence, change or termination of personal or property rights of citizens depends on these facts; the current legislation does not provide another procedure for their establishment; the applicant has no other opportunity to obtain or recover a lost or destroyed document certifying a fact of legal significance; the establishment of the fact is not connected with the subsequent settlement of a dispute on the right. Cases establishing the facts of birth or death in the temporarily occupied territory correspond to the nature of the categories of cases that can be considered within a separate proceeding, and therefore must be heard in the specified type of non-contentious proceedings.

The application of the 'Namibian exception' is lawful only in cases of confirmation of the circumstances of birth (death) by other appropriate, admissible and reliable evidence obtained outside the territory where the occupying authorities operate. In these cases, proper and admissible written evidence in this category of cases are burial agreements, acts on the provision of funeral services, photographs from the burial place, the testimony of witnesses, acts of medical advisory commissions, conclusions of forensic, genetic and other examinations etc.

References

- Analitichnyy zvit. Pereshkody v realizatsiyi prav i svobod osib na okupovaniy Terytoriyi Kryms'koho pivostrova ta tymchasovo nepidkontrol'nykh Terytoriyakh Donets'koyi ta Luhans'koyi obla (reyestratsiya faktiv narodzhennya I smerti)* [Analytical Report: Obstacles to the realization of the rights and freedoms of persons in the occupied territory of the Crimean Peninsula and temporarily uncontrolled territories of Donetsk and Luhansk regions (registration of facts of birth and death)], Lviv 2017, <https://helsinki.org.ua/wp-content/uploads/2018/02/Zvit.pdf> [accessed: 24.12.2020].
- Drogozyuk K.B., *Predmet ta sub'yekty dokazuvannya u tsyvil'nomu protsesi Ukrayiny ta Frantsiyi* [Subject of proof in the civil process of Ukraine and France], Odessyjska Yurydycheskaya Akademyia, Odessa 2018, <http://dspace.onua.edu.ua/handle/11300/9115> [accessed: 6.12.2021].
- Izarova I., *Independent Judiciary: Experience of Current Reforms in Ukraine as Regards Appointment of Judges*, [in:] K. Gajda-Rosczyńska, D. Szumilo-Kulczycka (eds.), *Judicial Management Versus Independence of Judiciary*, Wolters Kluwer, Warsaw 2018, pp. 242-263.
- Karchevskyi K.A., *Rodynnyy kryteriy ponyattya «afiliyovanaosoba» (v konteksti pravovoho rezhymu pravochyniv iz zainteresovanityu)* [Kindred criterion of the concept «affiliated person» (within the context of legal regime of transactions with the interest)], „Visnyk KHNUVS” 2004, nr 1(64), pp. 160-171.
- Kuibida R., Moroz L., R. Smilax, *Justice in the East of Ukraine During the Ongoing Armed Conflict*, „International Journal for Court Administration” 2020, no. 11(2), pp. 1-9, <http://doi.org/10.36745/ijca.341>.
- López L.G. et al., *Civil Registration, Human Rights, and Social Protection in Asia and the Pacific*, „Asia-Pacific Population Journal” 2014, no. 29(1), pp. 75-99, <https://www.unescap.org/sites/default/files/APPJ-Vol-29-No-1.pdf> [accessed: 10.03.2022].
- Ndeunyema N., *The Namibian Constitution, International Law and the Courts: a Critique*, „Global Journal of Comparative Law” 2020, vol. 9, no. 2, pp. 271-296, <https://doi.org/10.1163/2211906X-00902005>.
- Prylutskyi S., Strieltsova O., *The Ukrainian Judiciary under 21st-Century Challenges*, „Access to Justice in Eastern Europe” 2020, no. 2/3(7), pp. 78-99, <https://www.doi.org/10.33327/AJEE-18-3.2-3-a000027>.

Taylor P.M., *A Commentary on the International Covenant on Civil and Political*, Cambridge University Press, Cambridge 2020, pp. 445-457, <https://doi.org/10.1017/9781108689458.019>.

Zadoroghnyi O., *Porushennya ahresyvnoyu viynoyu Rosiys'koyi Federatsiyi proty Ukrainy osnovnykh pryntsyviv mizhnarodnoho prava* [Violation of the basic principles of international law by the aggressive war of the Russian Federation against Ukraine], KIS, Kyiv 2015.

Online sources

Kompleksni statystychni publikatsiyi / Complex Statistical Publications, http://www.ukrstat.gov.ua/druk/publicat/kat_u/publ1_u.htm [accessed: 24.12.2020].

Member States, <https://www.un.org/en/member-states/> [accessed: 23.12.2020].

SDG indicator metadata, <https://unstats.un.org/sdgs/metadata/files/Metadata-16-09-01.pdf> [accessed: 23.12.2020].

17 Goals, <https://sdgs.un.org/goals> [accessed: 23.12.2020].

The right to a legal identity or the right to a legal ID?, <https://www.statelessness.eu/updates/blog/right-legal-identity-or-right-legal-id> [accessed: 23.12.2020].

The Situation in Namibia, https://www.un.org/securitycouncil/sites/www.un.org/securitycouncil/files/en/sc/repertoire/85-88/Chapter%208/85-88_08-6-The%20situation%20in%20Namibia.pdf [accessed: 10.03.2022].

Uvaha: vyznanniam okremym dovidok z ORDLO vladu okupantiv nikhto ne lehalizuye [Attention: Recognizing separate certificates from SRDLO doesn't mean legalization of the power of the occupiers], <https://www.ukrinform.ua/rubric-society/2806155-uvaga-viznannam-okremim-dovidok-z-ordlo-vladu-okupantiv-nihto-ne-legalizue.html> [accessed: 24.12.2020].

Verkhovna Rada of Ukraine adopts Law "On amendments to Civil Procedure Code of Ukraine concerning establishment of fact of birth or death in temporarily occupied territory of Ukraine", <https://www.rada.gov.ua/en/news/News/126003.html> [accessed: 10.03.2022].

Viala V., *Why is Having a Legal Identity Fundamental to Human Rights?*, <https://dis-blog.thalesgroup.com/government/2019/06/18/why-is-having-a-legal-identity-fundamental-to-human-rights/> [accessed: 23.12.2020].

Vnutrishnò peremishcheni osoby [Internally Displaced Persons], <https://www.msp.gov.ua/timeline/Vnutrishno-peremishcheni-osobi.html> [accessed: 23.12.2020].

Legal acts

International Covenant on Civil and Political Rights, adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966 entry into force 23 March 1976, in accordance with Article 49, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> [accessed: 10.03.2022].

Rezolyutsiya Plenum Verkhovnoho Sudu Ukrayiny 5 on 31 March 1995 pro sudovu praktyku v spravakh pro vstanovlennya faktiv, shcho mayut' yurydychne znachennya [Resolution of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine no. 5 on Judicial Practice in Cases of Establishing Facts of Legal Significance of 31.03.1995], VVR 1998, p. 0005700-95.

Konstytutsiya Ukrayiny [Constitution of Ukraine], WWP 1996, No. 30, p. 141.

Grazhdanskiy Protsessual'nyy Kodeks Gruzii [Civil Procedure Code of Georgia of 14.11.1997], Parlament-Skiye Vedomosti 1997, No. 47-48.

Zakon Ukrayiny pro osoblyvyi poryadok mistsevoho samovvryaduvannya v okremykh rayonakh Donets'koyi ta ta Luhans'koyi oblastey [Resolution of the Verkhovna Rada of Ukraine No. 254-VIII of 17.03.2015 'On the recognition of certain districts, cities, towns and villages of Donetsk and Luhansk regions temporarily occupied territories], VVR 2014, No. 45, p. 2043.

Zakon Ukrayiny pro zabezpechennya prav i svobod hromadyan ta pravovyy rezhym na tymchasovo okupovaniy terytoriyi Ukrayiny [The Law of Ukraine No. 1207-VII 'On Ensuring the Rights and Freedoms of Citizens and Legal Regime in the Temporarily Occupied Territory of Ukraine of 15 April 2014], VVR 2014, No. 26, p. 892.

Law of Ukraine No. 1207-VII of 15 April 2014 on Ensuring the Rights and Freedoms of Citizens and Legal Regime in the Temporarily Occupied Territory of Ukraine, https://www.legislationline.org/download/id/5489/file/Ukraine_law_%20On%20Securing%20the%20Rights%20and%20Freedom%20of%20Citizens_2014_en.pdf [accessed: 10.03.2022].

Grazhdanskiy Protsessual'nyy Kodeks Respubliki Kazakhstan [Civil Procedure Code of the Republic of Kazakhstan of 31.10.2015 no. 377-V (amended and supplemented as of 07.07.2020)], Zakon RK 2021, No. 84-VII.

Zakon Ukrayiny pro osoblyvosti derzhavnoyi polityky iz zabezpechennya derzhavnoho suverenitetu Ukrayiny na tymchasovo okupovanykh terytoriyakh u Donets'kiy ta Luhans'kiy oblastyakh [The Law of Ukraine No. 2268-VIII 'On Particular Aspects of Public Policy Aimed at Safeguarding State Sovereignty of Ukraine over the Temporarily Occupied

Territory of Donetsk and Luhansk Regions' of 18.01.2018], VVR 2018, No. 10, p. 54.

Ukaz Prezidenta Ukrayiny pro tsili staloho rozvytku Ukrayiny na period do 2030 roku [Decree of the President of Ukraine on the sustainable development goals of Ukraine until 2030], <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/722/2019> [accessed: 23.12.2020].

Official documents

Explanation of the National Bank of Ukraine on the practical application of certain requirements of the regulations of the National Bank of Ukraine of 3.04.2008, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v4193500-08#Text> [accessed: 24.12.2020].

Home United Nations Legal Identity Agenda, <https://unstats.un.org/legal-identity-agenda/> [accessed: 11.03.2022].

Judicial decision

ECHR judgment on 25 July 2017 in case *Khlebig v. Ukraine*, 2945/16, HUDOC. ECHR judgment on 13 February 2018 in case *Tsezar and Others v. Ukraine*, 73590/14, 73593/14, 73820/14, 4635/15, 5200/15, 5206/15, and 7289/15, Strada Lex.

Resolution of the CCC as a part of the Supreme Court, case No. 490/5054/15-ii of 24 October 2018, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77473491> [accessed: 24.12.2020].

Resolution of the CCC as a part of the Supreme Court, case No. 707/1607/16-ii of 20 December 2018, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78978236> [accessed: 27.12.2020].

Resolution of the Supreme Court of the Supreme Court, case No. 536/1039/17 of 23 January 2019, <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79516806> [accessed: 24.12.2020].

Decision of the Slovyansk City District Court of the Donetsk Oblast, case No. 243/2383/19 of 13 March 2019, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80430608> [accessed: 24.12.2020].

Decision of the Obolonsky District Court of Kyiv, case No. 756/4979/19 of 10 April 2019, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81259980> [accessed: 24.12.2020].

- Decision of the Selydiv City Court of the Donetsk Oblast, case No. 242/2317/19 of 23 April 2019, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81381139> [accessed: 24.12.2020].
- Decision of the Malynivsky District Court of the Zhytomyr Oblast case No. 283/1265/19 of 7 June 2019, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82259504> [accessed: 24.12.2020].
- Resolution of Zaporizhzhya Appellate Court, case No. 233/6471/18 of 11 June 2019, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82439322> [accessed: 27.12.2020].
- Ruling of the Zhovtnevy District Court of Mariupol, case No. 263/7330/19 of 11 June 2019, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82430176> [accessed: 24.12.2020].
- Decision of Energodar City Court of Zaporizhzhya Oblast, case No. 316/1147/19 of 14 June 2019, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82434062> [accessed: 27.12.2020].
- Decision of the Slavic City District Court of the Donetsk Oblast, case No. 243/7164/19 of 5 July 2019, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82834398> [accessed 24 December 2020].
- Resolution of the Kharkiv Court of Appeal, case No. 645/1211/19 of 16 September 2019, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/84342680> [accessed: 24.12.2020].
- Decision of Central City District Court of the city of Kryvyi Rih in Dnipropetrovsk Oblast, case No. 16/6250/19 of 9 October 2019, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84837452> [accessed: 27.12.2020].
- Decision of Zhovtnevyi District Court of Mariupol, case No. 263/14640/19 of 15 October 2019, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84927570> [accessed: 27.12.2020].
- Decision of the Kyiv District Court of the city of Poltava, case No. 552/5900/19 of 25 October 2019, <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85246253> [accessed: 24.12.2020].
- Decision of Malinovskiy District Court of Odesa, case No. 521/18714/19 of 13 November 2019, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85609625> [accessed: 27.12.2020].
- Decision of the Suvorov District Court of the city of Odessa, case No. 523/11553/19 of 5 December 2019, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86205376> [accessed: 24.12.2020].
- Decision of the Suvorov District Court of the city of Odessa, case No. 523/18599/19 of 13 February 2020, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87583139> [accessed: 24.12.2020].

- Resolution of the CCC as a part of the Supreme Court, case No. 310/1739/17 of 25 March 2020, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/88575080> [accessed: 24.12.2020].
- Resolution of Kyiv Appellate Court, case No. 761/3106/20 of 3. June 2020, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89698903> [accessed: 27.12.2020].
- Resolution of the CCC as a part of the Supreme Court, case No. 185/9816/16-П of 1 July 2020, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/90349589> [accessed: 24.12.2020].
- Resolution of the Kyiv Court of Appeal, case No. 756/3041/20 of 1 July 2020, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/90143292> [accessed: 24.12.2020].
- Decision of the Kramatorsk City Court of Donetsk region, case No. 234/12199/20 of 1 September 2020, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/91921144> [accessed: 24.12.2020].
- Decision of the Novopokrovsky District Court of the Luhansk Oblast, case No. 942/876/20 of 23 September 2020, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91898150> [accessed: 24.12.2020].
- Decision of the Slavyansk city District Court of the Donetsk Oblast, case No. 243/8450/20 of 28 September 2020, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/91860096> [accessed: 24.12.2020].



Robert S. Summers[†]

Przekład: Piotr Pszczółkowski
Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji
ORCID: 0000-0001-8481-0446
piotrekpszczolkowski@hotmail.com

Ocenianie i usprawnianie procedur prawnych – Apel o wartości procesowe*

I. Wprowadzenie

Tematy pomijane wymagają niekiedy nadmiernie obszernego wprowadzenia. Ma to miejsce również w niniejszym przypadku. Systemy prawne funkcjonują na podstawie różnorodnych procedur prawnych, w tym procedur powoływania urzędników, tworzenia prawa, stosowania go, stosowania środków ochrony

This work was originally published in the „Cornell Law Review” vol. 60, copyright 1974 by the „Cornell Law Review”. All rights reserved. Translated with permission.

Niniejsze opracowanie zostało pierwotnie opublikowane w „Cornell Law Review”, tom 60, 1974 r., „Cornell Law Review”. Wszelkie prawa zastrzeżone. Tłumaczenie za zgodą. Przypisy bibliograficzne zostały podane zgodnie z formatem zapisu przyjętym w „Studiach Prawniczych”.

[†] Profesor prawa na Uniwersytecie Cornell; w 1955 r. ukończył Uniwersytet Oregon; licencjat prawa obronił w 1959 r. na Uniwersytecie Harvard; podczas urlopu naukowego w latach 1974–1975 przebywał na Uniwersytecie Oxford w Anglii.

Autor pragnie wyrazić szczególną wdzięczność profesorowi Davidowi Lyonsowi z Wydziału Filozofii Uniwersytetu Cornell za wiele pomocnych sugestii podczas przygotowania niniejszej pracy. Autor jest także wdzięczny kolegom, którzy jako uczestnicy Zespołu Naukowego Seminarium Badawczego Wydziału Prawa w Cornell przedstawili wartościową krytykę szkicu pracy. Ponadto autor pragnie wyrazić swoje uznanie dla zachęty i sugestii ze strony innych osób, które albo przeczytały manuskrypt, albo ustnie ustosunkowały się do jego

prawnej oraz nakładania sankcji. Możliwe jest ocenianie nie tylko wyników procesu, ale także samego procesu. Rozważmy następujący przykład:

Przykład (1): Bodea była niewielką społecznością cieszącą się demokratyczną władzą ustawodawczą. Zorganizowana grupa przestępcza przejęła kontrolę nad legislaturą i doprowadziła do uchwalenia ustawy, która na pewien czas zlikwidowała policję. Zaburzyło to pokojowe funkcjonowanie Bodei i doprowadziło do utraty poczucia bezpieczeństwa przez jej obywateli¹.

W przedstawionym przykładzie (1) widać wyraźnie, że zarówno proces prawotwórczy jak i jego rezultaty były złe. Jego rezultaty były złe częściowo dlatego, że zaburzały pokój i bezpieczeństwo, a zatem wartości wysoko cenione w każdym systemie prawnym. Sam proces również był zły, jako proces, choćby z uwagi na to, że z dużym prawdopodobieństwem procesy prawotwórcze kontrolowane przez mniejszości kierujące się partykularnym interesem, nie prowadzą do rezultatów dobrych dla ogółu. Takim procesom brakuje skuteczności jako środków do osiągnięcia dobrych rezultatów – brakuje im „skuteczności dobrego rezultatu”. Z drugiej strony, demokratyczne władze ustawodawcze charakteryzują się znaczną „skutecznością dobrych rezultatów”, ponieważ dużo bardziej prawdopodobne jest, że przyniosą rezultaty korzystne dla ogółu. (Nie próbuję jednak przez to powiedzieć, że gwarantują takie rezultaty).

głównej tezy: profesorów Rudolpha B. Schlesingera, Kurta L. Hanslowe'a, A.H. Campbella, Johna C. McCoida, Herberta W. Titusa, Harry'ego Prattera i Geoffreya Marshalla. Autor jest także wdzięczny za pomocny odzew ze strony swoich byłych studentów, których wszystkich nie sposób wymienić. Wreszcie autor pragnie podziękować Pamelii Cummings za długotrwałą, bardzo sprawną i skwapliwie wykonywaną pracę sekretarską, prowadzoną nad niniejszą pracą.

* Moja praca w tej dziedzinie przebiegała powoli. Gwoli ścisłości, chciałbym poinformować, że poruszyłem ten temat w wykładzie na Uniwersytecie w Aberdeen w Szkocji, w kwietniu 1965 r. Następnie opublikowałem w dużej części zaktualizowaną wersję wykładu jako *Law, Adjudicative Processes, and Civil Justice*, [w:] G. Hughes (red.), *Law, Reason and Justice: Essays in Legal Philosophy*, New York University Press, New York 1969, s. 169. W latach 1968–1969 wykładałem postępowanie cywilne na Wydziale Prawa Uniwersytetu Cornell. Doświadczenie to pozwoliło mi skoncentrować się na wartościach procesowych. W latach 1970–1971 dokonałem korekty materiałów naukowych przeznaczonych dla kursów studenckich dotyczących prawa i dodałem do nich pięć rozdziałów, dotyczących „Wartości procesowych”. Zob. R.S. Summers, C. Howard, *Law, Its Nature, Functions and Limits*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs N.J. 1972, s. 98–102, 168–185, 265–268, 351–357, 426–432. W latach 1973–1974, współtworzyłem broszurę materiałów szkolnych zatytułowaną: *Process Values-How Our Law Does Its Jobs Also Counts*, [w:] R. Summers, A. Cambell, J. Bozzone, *Justice and Order Through Law*, Ginn, Lexington 1974.

¹ Przytoczony przykład nie jest całkowicie wymyślony. Istniały społeczeństwa, które dążyły do zlikwidowania prawa karnego. Zob. np. I. Lapenna, *Soviet Penal Policy*, The Bodley Head, London 1968, s. 28–39 (w odniesieniu do porewolucyjnych wysiłków w Rosji, zmierzających do zarzucenia tradycyjnego prawa karnego).

Przykład (2): Bodea posiadała konstytucję wraz z kartą praw podobną do przyjętej przez Stany Zjednoczone. Jednakże bodeańska policja straciła zaufanie zarówno do prokuratury, jak i do sądów. Na skutek tego policjanci przyjęli postawę nieumocowanych stróżów prawa, którzy podjęli się nie tylko poszukiwania i ujmowania podejrzanych, ale także ich „skazywania” i „karania”. Dokonywali wtargnięć do domów podejrzanych, a nawet dopuszczali się tortur. Na skutek błędów popełnianych w trakcie tych czynności policja często „skazywała i karała” osoby, które nie były winne².

Wydaje się oczywiste, że na podanym przykładzie (2) zarówno proces stosowania prawa, jak i jego rezultaty były złe. Jego *rezultaty* były złe częściowo dlatego, że okazały się niesprawiedliwe: karanie niewinnych jest formą niesprawiedliwości. Sam proces był zły, jako proces, przynajmniej z tego powodu, że proces stosowania prawa, który nie zapewnia bezstronnego i deliberatywnego badania stanu faktycznego, jest obciążony wysokim ryzykiem błędu. Również takim procedurom brakuje skuteczności jako środków do osiągnięcia dobrych rezultatów – „skuteczności dobrego rezultatu”.

Moje uwagi do przykładów (1) i (2) wskazują, jak można oceniać rezultaty procesu, jako rezultaty, w świetle takich standardów jak pokój, bezpieczeństwo i sprawiedliwość. Ocena rezultatów stanowi istotną praktykę społeczną. Niemniej jednak badanie jej nie stanowi celu mojego eseju.

Przedstawione przeze mnie uwagi do przykładów (1) i (2) wykazują również, w jaki sposób sam proces, jako proces, może być oceniany z perspektywy tego, co nazywam skutecznością dobrego rezultatu. Jeśli proces jest istotnym środkiem do osiągnięcia dobrych rezultatów, to jest pod tym względem dobry jako proces. Ocena procesu pod względem „skuteczności dobrego rezultatu” stanowi również ważną praktykę społeczną. Mimo, iż szczegółowe badanie tego typu ocen nie stanowi głównego celu niniejszego opracowania, wymaga pewnego wyjaśnienia.

Czy skuteczność dobrego rezultatu jest jedyną wartością, którą proces może się cechować jako proces? Powróćmy do przykładu (1) i założmy, że kontrolowany przez grupę przestępczą parlament zdołał ustanowić przepisy prawne dobre dla ogółu.

² Również i ten przykład nie należy do wymaginowanych. Zob. R. Summers, C. Howard (red.), *Law, Its Nature...*, s. 184-185 (odnośnie do Oddziałów Śmierci w Sao Paulo w Brazylii), w których policjanci po służbie formowali grupy samoobrony celem egzekwowania prawa karnego).

Moim zdaniem taki proces ustawodawczy nadal byłby zły jako proces z uwagi na to, że wypiera rządy demokracji. Ujmując sprawę od strony pozytywnej, proces ustawodawczy, który jest demokratyczny, jest dobry pod tym względem jako proces całkowicie niezależnie od tego, czy jest jednocześnie skutecznym środkiem osiągnięcia dobrych rezultatów w postaci korzystnych praw. Dzieje się tak, ponieważ proces taki służy udziałowi obywateli w sprawowaniu władzy, co stanowi „wartość procesową”. Analogicznie w odniesieniu do przykładu (2) jestem przekonany, że proces uzurpatorskiego stosowania prawa byłby zły jako proces, nawet jeśli jego „skuteczność dobrego rezultatu” okazałaby się wysoka, z uwagi na to, że jest proceduralnie nieracjonalny (dla przykładu, jest raczej stronnicy, a nie bezstronny), niehumanitarny (ludzie poddawani są torturom), ma charakter poniżający oraz narusza prywatność jednostki. Ujmując sprawę ze strony pozytywnej, proces stosowania prawa, który jest proceduralnie racjonalny, humanitarny, szanuje godność jednostki oraz jej prywatność, jest pod tym względem dobry jako proces, całkowicie niezależnie od tego, czy stanowi również skuteczny środek do osiągnięcia dobrych rezultatów (sprawiedliwych wyroków skazujących, sprawiedliwych uniewinnień itd.), czy też nie. Racjonalność proceduralna, humanitaryzm oraz poszanowanie godności i prywatności są bowiem „wartościami procesowymi”.

Używam sformułowania „wartości procesowe” w odniesieniu do standardów, zgodnie z którymi możemy uznawać proces prawny za dobry, jako proces, w oderwaniu od jakiegokolwiek „skuteczności dobrego rezultatu”, którą może posiadać. Używam określenia „skuteczność wartości procesowych”, aby opisać zdolność procedury do wdrażania wartości procesowych lub służenia im, w odróżnieniu od zdolności przynoszenia dobrych rezultatów („skuteczności dobrego rezultatu”)³. Już na podstawie przykładów, które podałem, powinno być oczywiste, że spośród wartości, które w mojej analizie można zakwalifikować jako wartości procesowe, niektóre są ogólnie znane (i nie

³ Niektórzy filozofowie mogliby w tym miejscu opowiedzieć się za stosowaniem przeze mnie proponowanej przez nich terminologii „wartości wewnętrznej” i „wartości zewnętrznej” lub „wartości konsekwentnej”, aby podkreślić wprowadzane przeze mnie rozróżnienie pomiędzy „skutecznością wartości procesowej” a „skutecznością dobrego rezultatu”. Patrz ogólnie: W.K. Frankena, *Ethics*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs 1973, s. 79-94. Zdecydowałem się jednak tego nie czynić. Sami filozofowie nie zawsze używają swojej własnej terminologii dla podkreślenia tego samego rozróżnienia. W dodatku sama terminologia rodzi pewne implikacje, które nie są przeze mnie pożądane. Tytułem przykładu, nie chcę, aby „skuteczność wartości procesowej” wykluczała „skuteczność dobrego rezultatu”. To znaczy, element procesu, który posiada wskazaną pierwszą skuteczność, może również posiadać tę drugą, jednak określenie pierwszej z nich w kategoriach „wartości wewnętrznej” implikuje dla niektórych filozofów coś przeciwnego.

wzbudzają kontrowersji). Jednak to, dlaczego wartości te należy uznać za procesowe, nie jest już tak oczywiste. A przecież nie wszystkie wartości procesowe są ogólnie znane.

Główna teza, którą stawiam w tym esej, brzmi następująco: proces prawny może być dobry jako proces na dwa możliwe sposoby. Może okazać się dobry nie tylko jako środek do osiągnięcia dobrych rezultatów, ale także jako środek wdrażający wartości procesowe lub służący wartościom procesowym, takim jak udział obywateli w sprawowaniu władzy, racjonalność proceduralna, czy też humanitaryzm. Chociaż pierwsze ujęcie jest „ukierunkowane na rezultat”, pozostaje w dalszym ciągu dobrym procesowym, ponieważ dany proces może być ogólnie bardziej pożądanym niż inny, jako proces, w takim stopniu, w jakim okaże się bardziej skutecznym środkiem do osiągnięcia dobrych rezultatów. Drugi typ dobra – stopień, w jakim proces wdraża wartości procesowe lub służy wartościom procesowym – jest wyłącznie „ukierunkowany na proces” i to na nim skoncentruję się w niniejszej pracy⁴. Jakie powody skłoniły mnie do skupienia się raczej na ocenianiu i usprawnianiu procesów prawnych niż rezultatów procesów oraz raczej na skuteczności wartości procesowych, niż na skuteczności dobrego rezultatu?

Po pierwsze, współczesne społeczeństwa poświęcają o wiele mniej uwagi ocenie procesów niż ocenie rezultatów. Zarówno w sferze refleksji, jak i w sferze działania, wartości procesowe nie są traktowane z należną atencją. Z tego powodu nasza rodzima literatura naukowa dotycząca wartości procesowych stoi na niskim poziomie⁵. Mimo iż powstało wiele pozycji książkowych i arty-

⁴ Oczywiście, z tego, co zostało dotychczas powiedziane w niniejszym tekście, wynika, że proces prawny może nie tylko być dobry – posiadać wartość – na dwa sposoby, które wskazałem, ale także może okazać się zły – obciążony bezwartościowością – również na dwa sposoby. Może nie dysponować skutecznością dobrego rezultatu oraz pomijać bądź naruszać wartość procesową. Z reguły w tekście powstrzymuję się od stwierdzania tego rodzaju negatywnych możliwości. Ich istnienie można wywnioskować w miarę konieczności. Sporadycznie będę nazywał je „bezwartościowościami”.

⁵ W 1970 roku, po szeroko zakrojonych poszukiwaniach, udało mi się znaleźć tylko jeden artykuł, który zasadniczo wydawał się uznawać poruszany temat za odrębny przedmiot badań. Zob. znakomity artykuł autorstwa S.H. Kadish, *Methodology and Criteria in Due Process Adjudication - A Survey and Criticism*, „The Yale Law Journal” 1957, t. 66, nr 3, s. 319, 346-363, <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8524&context=ylj> [dostęp: 16.10.2021]. Jednakże, jak sugeruje jego tytuł, jego kierunek jest odmienny od prezentowanego w niniejszej pracy. W jednej z części artykułu profesor Kadish identyfikuje i wyodrębnia jedną z wartości procesowych: „szacunek dla godności jednostki”. Tamże, s. 346-347. Pewien probierz ubożego stanu literatury na temat wartości procesowych stanowi fakt, że inny wybitny profesor prawa natychmiast uznał pracę profesora Kadisha za „znaczący wkład”. F.C. Newman, *The Process of Prescribing Due Process*, „California Law Review” 1961, t. 49,

kułów dotyczących tak doniosłych wartości społecznych, jak udział obywateli w sprawowaniu władzy, sprawiedliwość i racjonalność, wciąż nie ma nawet jednego systematycznego opracowania na temat tego, w jaki sposób te uznane i niebudzące kontrowersji wartości, mogą zostać uznane w porządku prawnym za wartości procesowe. Również w sferze działania wartości procesowe są nie tylko zaniechane, ale często również ignorowane. Jesteśmy gotowi przyjąć, że dopóki rezultaty procesu prawnego nie okażą się złe, dopóty „nie dojdzie do wyrządzenia szkody”. Jednakże, jeśli moja teza jest słuszna, „szkoda” może zostać wyrządzona już przez samo lekceważenie wartości procesowych⁶. Z pewnością niewłaściwe jest zaniechanie lub ignorowanie takich wartości, jak udział obywateli w sprawowaniu władzy, sprawiedliwość i racjonalność, gdy objęte są procesami prawnymi. Nawet gdy wartości te zostają uznane i roztropnie wyważone, zazwyczaj są pomijane. Trudno jednak stwierdzić, że pomijanie ich jest zawsze usprawiedliwione. Wartości procesowe nie są pozbawione doniosłości. Szczególnie istotne jest docenienie wartości procesowych w tych nierzadkich sytuacjach, w których standardy oceniania rezultatów procesowych są niejasne lub sporne, czy też fakty potrzebne do zastosowania bezspornych standardów są niesprawdzalne. W takich okolicznościach cały „rezultat procesowy” może być oceniany jedynie z punktu widzenia jakości samego procesu, czyli w dużym stopniu – z punktu widzenia wartości procesowych, które proces wdraża lub którym służy⁷.

Po drugie, analiza wartości procesowych i ich roli w ocenie procesów prawnych powinna pomóc w wyjaśnieniu niektórych szczególnych postaci krytyki społecznej. W ten sposób powinna umożliwić pełniejsze zrozumienie, co krytycy społeczni często mają na myśli – choć niejednokrotnie nie udaje im się tego wyrazić – kiedy przywołują sentencję „Cel nie uświęca środków” lub kiedy potępiają określone działanie, jako zbyt „ukierunkowane na rezultat”. Tym samym najczęściej próbują wyrazić, że sposób postępowania oceniany jako niedający się usprawiedliwić prowadzi do poświęcenia wartości proce-

s. 215, 219, <https://lawcat.berkeley.edu/record/1109692/files/fulltext.pdf> [dostęp: 16.10.2021]. Miało to miejsce ponad dziesięć lat temu. Z tego, co mi wiadomo, od tego czasu stan rzeczy nie uległ znacznej zmianie. Zob. przypis 75 poniżej. Oczywiście, nie twierdzę, że literatura prawnicza jest pozbawiona troski o wszelkie aspekty procesów prawnych jako takich. Istnieje wiele esejów na temat procesów prawnych jako środków do osiągnięcia pożądaných rezultatów.

⁶ Wydaje się, że nawet Szekspir niekiedy uważał, że złe jest tylko to, co kończy się złe, czy też, że dobre jest to, co się dobrze kończy. W. Shakespeare, *All's Well That Ends Well*, [w:] *The Complete Works of Shakespeare*, Garden City Books, Cambridge 1936, s. 861. Jest to niewątpliwie jedyna kwestia, co do której kiedykolwiek się mylił.

⁷ Por. J. Rawls, *A Theory of Justice*, Belknap Press of Harvard University, Delhi 1971, s. 83-90.

sowych, albo co gorsza, zupełnie nie bierze ich pod uwagę⁸. Niniejsza analiza powinna również sprawić, iż większość z tego, co zarówno prawnicy praktycy, naukowcy zajmujący się prawem, jak również urzędnicy próbują przekazać, kiedy kładą nacisk na „moralność procesu”⁹ lub w inny sposób akcentują wyrażenie „procedura prawna”¹⁰ stanie się oczywista. Analogicznie powinna pogłębić nasze rozumienie wieloznacznego pojęcia „rządów prawa” przywołanego w krytyce działań społecznych¹¹.

Po trzecie, niniejsza praca może przyczynić się do naszego rozumienia natury prawa, przynajmniej w demokracjach zachodnich. Niektórzy teoretycy prawa dążyli do scharakteryzowania prawa z perspektywy „najważniejszych” elementów, wliczając w to element „wartości”. Jednakże elementowi „wartości procesowych” w systemach prawnych nie poświęcali wystarczająco dużo uwagi. Akcentowali natomiast wartości zazwyczaj zawarte w prawie materialnym, takie jak bezpieczeństwo osób i mienia, swoboda zawierania umów czy poruszania się albo sprawiedliwość materialna¹².

⁸ Przykładowo, zob. wnikliwą pracę Williama F. Baxtera, adresowaną do ówczesnego asystenta prokuratora generalnego Williama H. Rehnquista: W.F. Baxter, *Faculty and Government Roles in Campus Unrest*, „Education Record” 1969, t. 50, nr 4, s. 411-419, w której często przywoływana jest sentencja „cel – środek”. Zob. ogólnie H. Gomperz, *When Does the End Justify the Means?*, „Ethics” 1943, t. 53, nr 3, s. 173-183. Przyznać należy, że krytyka zachowania jako zbyt „ukierunkowanego na rezultaty” może oznaczać co innego, niż że dane zachowanie poświęca lub ignoruje wartości procesowe. Na przykład, może to być krytyka tych, którzy opowiadają się za daną racją tylko wtedy, gdy służy ona osiągnięciu pożądanego przez nich w danej chwili rezultatu. Zob. np. H. Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, „Harvard Law Review” 1959, t. 73, nr 1, s. 1-35.

⁹ Zob. np. A.M. Bickel, *Watergate and the Legal Order*, „Commentary” 1974, t. 57, nr 1, s. 19, 25 (zastosowanie wyrażenia „moralność procesu” przypisywanego profesorowi Freundowi).

¹⁰ Zob., np. wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *United States v. United Mine Workers*, „United States Reports” 1947, t. 330, s. 258-262, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/330/258/> [dostęp: 17.10.2021] (J. Frankfurter, zbieżnie: „Proces prawny jest istotną częścią procesu demokratycznego”). Jeśli chodzi o wypowiedź wybranego urzędnika, rozważmy ten niedawny przykład: „Wartości demokracji są w dużej mierze procesami demokracji, sposobem, w jaki wymierzamy sprawiedliwość, sposobem, w jaki rząd zajmuje się jednostkami”. [Przemówienie senatora Williama Fulbrighta na Uniwersytecie Arkansas w Fayetteville, 13 kwietnia 1974 r.], „New York Times” z 25.05.1974 r., s. 35, § 6.

¹¹ Zob. np. A. Cox, *Civil Rights, The Constitution and the Courts*, „New York State Bar Journal” 1968, t. 40, s. 161 i n.

¹² Zob. np. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, The Clarendon Press, Oxford 1961, s. 189-195.

Po czwarte, przedstawione tu idee można uznać za skromny wkład do współczesnej teorii moralności, gdyż większość teoretyków moralności zajmuje się oceną utylitarną lub skoncentrowaną na rezultatach¹³. Niniejszy esej może służyć zarazem jako apel zaadresowany do licznych naukowców zajmujących się naukami społecznymi, którzy koncentrują się w swoich badaniach na procesach jedynie jako na środkach do (osiągnięcia) dobrych rezultatów, okazując brak zainteresowania samym procesom¹⁴.

Wreszcie niniejsza analiza może nawet przyczynić się do usprawnienia faktycznych procedur prawnych. Może pobudzić świadome zainteresowanie opracowywaniem procedur prawnych w taki sposób, by wdrażały wartości procesowe lub im służyły, a nawet zwiększyć świadomość wartości procesowych u niektórych urzędników, a także zmniejszyć ich skłonność do obchodzenia obowiązujących procedur prawnych w celu zapewnienia pożądaných rezultatów (kiedy jest to nieuzasadnione). Może również pomóc obywatelom bardziej efektywnie wypełniać przysługujące im demokratyczne funkcje „stróżów”, gdyż aby w ogóle dobrze pełnić te funkcje, obywatele muszą być świadomi odpowiednich wartości i być zdolni do wygłoszenia krytyki we własnym imieniu¹⁵.

Jedno jest pewne: poruszony w niniejszej pracy temat pozostaje aktualny, przynajmniej w Stanach Zjednoczonych. Ranga wartości procesowych jest tutaj obecnie niewielka. Świadczy o tym nadmiar ruchów praw obywatelskich. Działania „uczestników afery Watergate” także są tego ilustracją, podobnie jak przejmowanie kontroli nad budynkami kampusów przez studentów. Czynności „egzekwowania prawa” i „stanowienia prawa”, przejawiające się w takich zachowaniach odrzucają albo pomijają doniosłe wartości procesowe, takie jak

¹³ Na temat tej dominującej formy oceny, zob. C. Smart, *Utilitarianism*, [w:] P. Edwards, D.M Borchert (red.), *Encyclopedia of Philosophy*, t. 7/8, Macmillan & The Free Press, New York 1967, s. 206-211.

¹⁴ Zob. np. K.J. Arrow, *The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market Versus Non-Market Allocation*, [w:] *The Analysis and Evaluation of Public Expenditures: The PBB System. A Compendium of Papers Submitted to the Subcommittee on Economy in Government of the Joint Economic Committee Congress of The United States*, t. 1, cz. 1-3, Joint Economic Committee Of Congress, Washington DC 1969, s. 47-66, pkt. 1, [https://www.jec.senate.gov/reports/91st%20Congress/The%20Analysis%20and%20Evaluation%20of%20Public%20Expenditures%20-%20The%20PPB%20System%20Volume%20I%20\(444\)](https://www.jec.senate.gov/reports/91st%20Congress/The%20Analysis%20and%20Evaluation%20of%20Public%20Expenditures%20-%20The%20PPB%20System%20Volume%20I%20(444)) [dostęp: 17.10.2021]; G.J. Stigler, *The Law and Economics of Public Policy: A Plea to the Scholars*, „The Journal of Legal Studies” 1972, t. 1, nr 1, s. 1-12.

¹⁵ Odmowa prezydenta Nixona przekazania taśm z afery Watergate, o które zabiegał ówczesny prokurator specjalny Archibald Cox spotkała się z głośnym oburzeniem opinii publicznej co doprowadziło do ustąpienia prezydenta. Jeśli obywatele mają być dobrymi „stróżami”, ten rodzaj artykulacji jest niezbędny.

demokratyczny udział obywateli w sprawowaniu władzy oraz racjonalność proceduralna¹⁶.

Pragnę również zastrzec, że celem tego eseju nie jest przeprowadzanie analizy prawa pozytywnego społeczeństwa jakiegokolwiek kraju. W szczególności nie jest moją intencją badanie naszej konstytucyjnej doktryny rzetelnego procesu, rozważanie zjawisk takich jak „nadrzędność procedury nad wynikiem w sprawach karnych” Sądu Warrena¹⁷. Postawione w niej przeze mnie cele mają charakter teoretycznoprawny, a zatem bardziej ogólny. Co więcej, dokonałem tutaj odkrycia całkowicie nowej kategorii wartości zwanych „wartościami procesowymi”. W istocie uznaję, że wiele spośród wartości, które nazywam wartościami procesowymi, jest już nam ogólnie znanych w takiej czy innej formie – przykładowo udział obywateli w sprawowaniu władzy, sprawiedliwość, racjonalność itd. Kiedy dostrzeżemy, w jaki sposób wartości takie możemy zakwalifikować jako wartości procesowe, będziemy mogli bez trudu spostrzec pewne dowody na ich poparcie, jako wartości procesowych nas otaczających – w przepisach prawnych, w orzecznictwie, w literaturze prawniczej i czasopismach prawniczych, a nawet w gazetach i popularnych periodykach¹⁸. Oczywiście część z idei tu przedstawionych nie jest jeszcze w pełni dopracowana. Niemniej jednak pragnę przedstawić je już teraz, gdyż wierzę, że mogą wywołać pożyteczną refleksję.

¹⁶ Zob. część V artykułu.

¹⁷ Zobacz ogólnie: C.A. Wright, *Must the Criminal Go Free if the Constable Blunders?*, „Texas Law Review” 1972, t. 50, nr 4, s. 736-745; D.H. Oaks, *Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure*, „The University of Chicago Law Review” 1970, t. 37, s. 665-757, <https://www.ojp.gov/pdffiles1/Digitization/203NCJRS.pdf> [dostęp: 17.10.2021].

¹⁸ „Kiedy już zidentyfikujemy zasady prawne, jako odrębny rodzaj norm, różniących się od reguł prawnych, nagle stajemy się świadomi ich istnienia wokół nas. Nauczają ich nauczyciele prawa, cytują je podręczniki prawnicze, sławią je historycy prawa”. R. Dworkin, *Is Law a System of Rules?*, [w:] R. Summers (red.), *Essays in Legal Philosophy*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles 1968, s. 41. Jednak niezależny status większości wartości procesowych nie jest tak oczywisty w naszej praktyce prawnej, jak status zasad prawnych, do których odnosi się profesor Dworkin. Można by sądzić, że sędziowie, bardziej niż inne osoby, będą wyczuleni na wartości procesowe jako takie. Można jednak znaleźć jedynie rozproszone przypadki wyraźnego uznania przez sąd wartości procesowych jako takich. Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Benton v. Maryland*, „United States Reports” 1969, t. 395, s. 784-796, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/784/> [dostęp: 17.10.2021]; wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Baker v. Carr*, „United States Reports” 1962, t. 369, s. 186, 208-209, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/369/186/> [dostęp: 17.10.2021]; wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Rochin v. California*, „United States Reports” 1952, t. 342, s. 165, 172-173, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/165/> [dostęp: 17.10.2021]; wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Lisenba v. California*, „United States Reports” 1941, t. 314, s. 219, 236, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/314/219/> [dostęp: 17.10.2021].

II. Procesy prawne jako odrębne przedmioty oceny odmienne od powiązanych z nimi zjawisk

W społeczeństwach niejednorodnych pojawia się wiele okazji do oceniania procesów prawnych z uwagi na to, że procesy te są istotne i liczne. W Stanach Zjednoczonych istnieje wiele rodzajów procedur powoływania urzędników, tworzenia różnych form prawa, rozpowszechniania, egzekwowania, czy też implementowania prawa w inny sposób, a nawet tworzenia i zmieniania samych procesów.

Ogólny dobry lub zły charakter procesu jest funkcją szczegółowych ocen różnych cech tegoż procesu. Cechy te można znaleźć w przepisach prawnych i innych zaleceniach zawartych w prawie, które stanowią i regulują określony proces¹⁹. Zatem, przykładowo, istotne cechy procesowe są sprecyzowane w regułach, które określają:

- 1) w jaki sposób proces ma zostać wszczęty oraz kto jest uprawniony do jego wszczęcia;
- 2) przez jakie fazy proces musi przejść²⁰;
- 3) jakie czynności mają zostać dokonane w poszczególnych fazach²¹;
- 4) kto ma uczestniczyć w każdym z etapów i jakich czynności uczestnicy muszą dokonać;
- 5) czy przewidziana jest „weryfikacja” funkcjonowania procesu lub „weto” wobec jego rezultatów lub inne podobne rozwiązania;
- 6) jakie środki mają być zastosowane, aby proces był skuteczny lub „usankcjonowany”;
- 7) w jaki sposób proces musi się zakończyć i kto powinien go zakończyć;
- 8) jak wyłonić osoby biorące udział w procesie.

¹⁹ Zainteresowani filozoficznym ujęciem sposobu konstituowania się procesów, powinni zapoznać się z pracą autorstwa J.R. Searle, *Speech acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge 1969, s. 3-54; N. McCormick, *Law as Institutional Fact*, „Law Quarterly. Review” 1974, t. 90, s. 102.

²⁰ Przykładowo proces sądowy może przewidywać etap obrony przed rzzutami, etap przygotowawczy, etap rozprawy i tak dalej.

²¹ Przykładowo, czynności w fazie „przygotowawczej” procesu sądowego to m.in. ujawnienie stronie przeciwnej okoliczności stanowiących podstawę żądania, porozumienie co do kwestii faktycznych lub prawnych zawierane między stronami celem uproszczenia postępowania dowodowego, przygotowanie świadków, itd.

Aby zobrazować pojęcie „cech procesowych”, możemy pokrótce rozważyć procedurę odebrania prawa jazdy. Reguły, które ustanawiają i określają taką procedurę, mogą opisywać następujące cechy: wszczęcie procedury poprzez doręczenie kierowcy zawiadomienia o możliwym cofnięciu uprawnień; zapewnienie bezstronnego przesłuchania, podczas którego kierowca może skorzystać z pomocy prawnika; wymóg, aby każda decyzja o cofnięciu uprawnień była podejmowana wyłącznie przez komisję składającą się z trzech członków; możliwość rewizji ponownego rozpatrzenia; ostateczny nakaz.

Podczas oceniania procesu prawnego zwraca się uwagę na: (1) szczególne cechy, które z kolei mogą okazać się stałe albo nieregularne w konkretnej sprawie lub (2) na proces jako całość. Różnicę pomiędzy cechami stałymi a nieregularnymi można zilustrować bez trudu: W naszym rodzimym procesie sądowym zazwyczaj tylko strony przedstawiają dowody i argumenty. Czynność tę nazywam odpowiednio „stałą” cechą procesu sądowego. Jednakże, jeśli sędzia przesłuchiwałby świadków lub w inny sposób angażował się w ustalanie faktów w konkretnej sprawie, takie zachowanie określiłbym mianem „nieregularnej” cechy procesu. Proces prawny może być oceniany ze względu na swoje cechy – nie tylko „pozytywne” (stałe i nieregularne), ale także „negatywne” – czyli ze względu na to, czym nie jest. Dla przykładu, oceniający mógłby krytykować proces za jego niezdolność do zapewnienia prawa do bycia wysłuchanym w danym rodzaju spraw.

Przed dokonaniem oceny procesu prawnego często konieczne jest przeprowadzenie badania wstępnego. Konieczne może być określenie, jakie są stałe cechy procesu oraz jak działają. Konieczne może okazać się również określenie, jaki wpływ przyczynowo-skutkowy na rezultaty ma proces oraz przeanalizowanie oddziaływania procesu w konkretnej sprawie, przy czym ustalone muszą zostać fakty dotyczące takiego funkcjonowania. Czasami trudno będzie stwierdzić, które fakty są istotne dla procesu prawnego. Dla przykładu, poufność, tak jak w przypadku ław przysięgłych, może okazać się przeszkodą w efektywnym postępowaniu dowodowym. Nieadekwatność metod zaczerpniętych z nauk społecznych może spowodować trudności, na przykład przy określaniu przyczyny i skutku w procesach karnych²².

Procesy prawne należy odróżniać od innych powiązanych z nimi zjawisk, które również stanowią często przedmiot oceny. Dlatego też dla celów związanych z oceną, proces prawny należy odróżniać od rezultatów procesu.

²² Jednakże obecnie trwają ważne prace empiryczne nad funkcjonowaniem pewnych typów procesów prawnych. Zob. np. J. Thibaut, L. Walker, E.A. Lind, *Adversary Presentation and Bias in Legal Decision Making*, „Harvard Law Review” 1972, t. 86, nr 2, s. 386-401.

Rezultaty te obejmują skutki bezpośrednie, skutki uboczne i niezamierzone konsekwencje. Spośród nich najważniejsze są skutki bezpośrednie, które obejmują desygnowanie urzędników, konkretne ustawy, zastosowania prawa, wyroki sądowe i decyzje administracyjne²³. Skutki uboczne i niezamierzone konsekwencje procesu także stanowią odrębny przedmiot oceny. Obejmują

²³ Proponuję następującą, mniej więcej wyczerpującą tabelę typów procesów, od których – dla celów związanych z oceną – należy odróżnić odpowiadające im skutki „bezpośrednie”:

Procesy prawne		Ogólne typy skutków bezpośrednich	
A.	Procesy wybierania i mianowania urzędników	A.	Wyłonienie urzędników
B.	Procesy tworzenia prawa 1. Legislacyjne 2. Orzecznicze 3. Administracyjne (regulacyjne i wykonawcze) 4. Referendalne 5. Umowy, testamenty, powiernictwo itd.	B.	Skutki „kreacyjne” 1. Ustawy 2. Precedensy 3. Regulacje, decyzje, itd., formalne i nieformalne porozumienia; umowy międzynarodowe, itd.. 4. Stanowienie prawa przez obywateli 5. Konkretnie umowy, testamenty, powiernictwo itd.
C.	Procesy publikowania i rozpowszechniania przepisów prawa.	C.	„Publikacja” i „rozpowszechnienie” prawa
D.	Procesy stosowania prawa 1. Negocjacyjne 2. Sądowe - cywilne 3. Sądowe - karne 4. Administracyjne (wykonawcze i regulacyjne) 5. Stosowanie przez samych obywateli i organizacje niepubliczne	D.	Skutki „zastosowania” 1. ugody; ugody obrony; itd. 2. Wyroki; nakazy 3. Wyroki skazujące; uniewinnienia 4. Decyzje, nakazy, itd. 5. Postanowienia zgodne (albo niezgodne) z prawem
E.	Procesy egzekwowania prawa 1. Cywilne – „ <i>common law</i> ” 2. Cywilne – „ <i>equity</i> ” 3. Karne 4. Administracyjne 5. Związane z obowiązkiem służby wojskowej 6. Egzekwowanie prawa przez samych obywateli i organizacje niepubliczne	E.	Skutki „egzekwowania” 1. Wypłata wpływów z egzekucji komorniczej na rzecz wierzyciela wyroku (i tym podobne) 2. Grzywny lub areszt za naruszenie powagi sądu, itd. 3. Grzywny lub areszt, etc. itd. 4. Odebranie prawa jazdy i tym podobne 5. Areszt wojskowy i związane z nim mechanizmy egzekucyjne 6. Różnorodne skutki „samopomocy”
F.	Procesy tworzenia i modyfikowania procesów	F.	Tworzenie i modyfikowanie przepisów

stopień, w jakim proces wzbudza zaufanie społeczne i szacunek dla prawa i władzy, poziom akceptacji jego rezultatów przez strony i tak dalej²⁴.

Dla celów związanych z oceną, istotne jest również odróżnienie procedury prawnej od prawa nieproceduralnego materialnego, stosowanego w procesie. Nawet w procesach tworzenia prawa może znaleźć zastosowanie prawo nieproceduralne materialne. Przykładowo przepis konstytucyjny może narzucać uczestnikom procesu legislacyjnego obowiązek uchwalania pewnego rodzaju przepisów ustaw albo powstrzymywanie się od uchwalania przepisów ustaw danego rodzaju²⁵. Oczywiście w procesie stosowania prawa można zazwyczaj odróżnić prawo materialne i przepisy prawa materialnego, które mają znaleźć zastosowanie, od samego procesu. Wyobraźmy sobie przykładowo wiążącą ustawę prawa materialnego, zgodnie z którą Portorykanie, ale nie osoby czarnoskóre, mają prawo uzyskać odszkodowanie z tytułu dyskryminacji w zatrudnieniu. Jeśli sąd zastosowałby tę ustawę celem odmowy ochrony prawnej czarnoskóremu, występującemu z roszczeniem, rezultat byłby zły, ale wynikałoby to z unormowań materialnych, a nie z procedury sądowej. Dalej, w wielu systemach prawnych istnieje kategoria prawa nieproceduralnego, zwana „prawem dowodowym”. Tego rodzaju prawo może uniemożliwić dojście do prawdy i przyczynić się do niesprawiedliwości, ale również w tym przypadku nie będziemy winić za to procedury. Podsumowując, istnieje kilka odmian prawa nieproceduralnego, które mogą być oceniane według właściwych sobie przesłanek, odmiennych od procesu, do którego znalazły zastosowanie.

Wreszcie uwzględniając stopień, w jakim urzędnicy dysponują szeroką uznaniowością w zakresie podejmowania i wykonywania czynności procesowych w różny sposób lub wydają ostateczne decyzje w procesie, często warto odróżniać wspomniane czynności i rozstrzygnięcia uznaniowe, jako odrębny przedmiot oceny, nawet jeśli nie są one w pełni możliwe do wyodrębnienia z procesu. Przykładowo w procesie sądowym mają miejsce „trudne” i „niejednoznaczne” przypadki, które wymagają wypracowania sztuki orzekania, a zatem sztuki, którą jedni sędziowie uprawiają lepiej, a inni gorzej. Mowa tu

²⁴ Na temat akceptowalności i powiązanych z nią wartości w procesie orzecznictwym, zob. L.L. Fuller, *The Problems of Jurisprudence*, Foundation Press, Brooklyn 1949, s. 706-707; B.B. Boyer, *Alternatives to Administrative Trial-Type Hearings for Resolving Complex Scientific, Economic and Social Issues*, „Michigan Law Review” 1972, t. 71, nr 1, s. 146, <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4414&context=mlr> [dostęp: 26.10.2021].

²⁵ Przykładem przypadku pierwszego jest nowojorski przepis konstytucyjny, który zobowiązuje ustawodawcę do utrzymywania systemu szkół publicznych. Konstytucja Nowego Jorku, art. IX, § 1. Przykładem przepisu konstytucyjnego, który zakazuje pewnych rodzajów nieracjonalnych przepisów, jest oczywiście pierwsza poprawka do Konstytucji Stanów Zjednoczonych.

o sztuce orzekania według właściwych sobie odrębnych standardów²⁶. Ilustruje to również głosowanie ustawodawców w procesie legislacyjnym. Oddawane głosy często stanowią „kwestię subiektywnej opinii” i zasługują na ocenę na właściwych sobie warunkach, odrębnych od danego procesu legislacyjnego (choć łączących się z nim)²⁷.

Nie twierdzą jednakże, że cechy procesów prawnych nie mają żadnego wpływu na jakość orzekania uznaniowego. Przeciwnie, niektóre rodzaje nadużyć uznaniowości mogą wynikać bezpośrednio albo pośrednio z niedostatków w regulacjach procesowych. Dla przykładu sędzia może nadużyć swojej władzy dyskrecyjnej, ponieważ brakuje mu bezstronności, a to z kolei może być spowodowane niedostatkami procedury, która nie jest w stanie zapewnić bezstronnych sędziów²⁸.

III. Standardy oceniania procesów prawnych jako procesów: „Skuteczność dobrego rezultatu”

Po przedstawieniu cech procesu prawnego oraz określeniu i odłożeniu innych powiązanych przedmiotów oceny, można przejść do rozważenia standardów oceniania procesu jako procesu. Standardami tymi są: (1) skuteczność procesu jako środka do osiągnięcia dobrych rezultatów – a zatem jego „skuteczność dobrego rezultatu”; i (2) wartości procesowe, którym proces służy, wliczając w to stopień skuteczności procesu w służeniu tym wartościom. Chociaż skoncentruję się przede wszystkim na tej drugiej grupie standardów, konieczne jest zaproponowanie pewnego ujęcia pierwszej z nich, chociażby celem przedstawienia moich poglądów.

²⁶ Wielu sędziów pisało na temat różnych aspektów „sztuki orzekania”. Zob. np. B.N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven 1921; C.E. Wyzanski, *A Trial Judge's Freedom and Responsibility*, „Harvard Law Review” 1952, t. 65, nr 8, s. 1281-1304.

²⁷ Prawodawcy czasami wypowiadają się wnikliwie na temat sztuki osądu legislacyjnego. Zob. np. T.V. Smith, *The Legislative Way of Life*, University of Chicago Press, Chicago 1940. Na temat osądu w tworzeniu polityk ogólnie, powstała interesująca praca: G. Vickers, *The Art of Judgment. A Study of Policy Making*, Chapman & Hall, [London] 1965. Zob. L.L. Wade, R.L. Curry, *A Logic of Public Policy. Aspects of Political Economy*, Wadsworth Publishing Company, Belmont 1970.

²⁸ Zob. L.L. Fuller, *The Adversary System*, [w:] H.J. Berman (red.), *Talks on American Law. A Series of Broadcasts to Foreign Audiences by Members of the Harvard Law School Faculty*, Vintage Books, New York 1971, s. 30.

W wyrażeniu „skuteczność dobrego rezultatu” używam słowa „rezultat”, by opisać bezpośrednie skutki procesu, np. powołanie urzędników, ustanowione prawa, wyroki sądów i tym podobne, a także skutki uboczne i niezamierzone konsekwencje procesu. Tak jak wcześniej wspomniałem, skutki mogą zazwyczaj być oceniane na właściwych sobie warunkach, bez odniesienia do procesu, z którego się wywodzą²⁹. Weźmy na przykład pod uwagę wybór urzędnika państwowego. Wybór może być oceniany jako dobry lub zły w świetle zdolności intelektualnych, zdolności do pracy, jakości osądu (kandydata). Rozważmy także nowo uchwalane ustawy. Zazwyczaj mogą być oceniane na podstawie ich wkładu w porządek publiczny, wolność, dobrobyt lub sprawiedliwość. Konkretnie decyzje sądów również można oceniać na podstawie takich standardów całkowicie niezależnie od charakteru procesu, z którego się wywodzą. Ta sama reguła znajduje zastosowanie w odniesieniu do skutków ubocznych i niezamierzonych konsekwencji procesów prawnych.

Jeśli rezultaty procesu, oceniane według właściwych sobie warunków, stosownie do odpowiednich standardów, są dobre, często będzie to częściowo wynikiem procesu, z którego się wywodzą. Kiedy ma to miejsce, proces jest dobry pod tym względem jako proces, ponieważ wykazuje się skutecznością dobrego rezultatu³⁰. Oczywiście skuteczność dobrego rezultatu procesu zazwyczaj nie będzie jedynym czynnikiem przyczyniającym się do rezultatów. Jakość prawa nieproceduralnego materialnego oraz wszelkiej władzy dyskrejonalnej także przyczynią się do tychże rezultatów. W istocie inne czynniki często okazują się równie ważne, a nawet ważniejsze od samego procesu, w zakresie przyczyniania się do takich rezultatów³¹.

Kiedy po rozstrzygnięciu kwestii przyczynowych okaże się, że proces przyczynił się do określonych rezultatów, można stwierdzić, że proces może być pewną miarą skuteczności dobrego rezultatu. Czym innym jest posiadanie tej cechy przez proces w konkretnej sprawie, a czym innym – w sprawie typowej. Oczywiście jest, że bardziej oczekuje się, aby proces co do zasady miał raczej skuteczność dobrego rezultatu, niż aby dysponował nią jedynie okazjonalnie i z tego powodu stanowił niemiarodajny czynnik, wpływający na dobre rezultaty.

²⁹ Zob. przypisy 23-24 i odsyłający do nich tekst powyżej.

³⁰ Zob. przypisy 2-3 i odsyłający do nich tekst powyżej.

³¹ Czasami niemożliwe będzie stwierdzenie, czy proces w ogóle się do nich przyczynił, albo możliwe będzie jedynie spekulowanie, iż do tego doszło.

Co istotne, ogólnie rzecz biorąc, proces może przyczynić się do osiągnięcia określonych rezultatów, jednakże rezultaty te mogą okazać się złe. W takim wypadku proces nie będzie dobry jako proces, jeżeli weźmie się pod uwagę skuteczność dobrego rezultatu. Skuteczność dobrego rezultatu procesu ma z tego powodu charakter immanentnie pochodny. Wywodzi się z dobrych rezultatów procesu, jako jego rezultatów i jest pod tym względem „ukierunkowana na rezultat”³².

Proces prawny może być zatem dobry jako proces o tyle, o ile przyczynia się do dobrych rezultatów procesowych. Natomiast proces, który co do zasady przyczynia się do uzyskania dobrych rezultatów procesowych, będzie bardziej pożądanym jako proces, niż taki proces, który przyczynia się do tego jedynie nieregularnie i niemiernie. Procesy są powszechnie oceniane wyłącznie na podstawie takich kryteriów. Oznacza to, że proces jest uważany o tyle za dobry jako proces, o ile powszechnie postrzega się go w ten sposób, ze względu na skuteczność dobrego rezultatu lub skuteczność w wywoływaniu takich skutków ubocznych, czy też niezamierzonych konsekwencji, jak zaufanie społeczne, możliwość zaakceptowania wyniku procesu i tym podobne.

³² Tabela poglądowa zamieszczona poniżej pokazuje różne cechy procesowe w lewej kolumnie i odpowiadającą każdej z cech skuteczność dobrego rezultatu w kolumnie prawej:

Cecha procesu		Skuteczność dobrego rezultatu
1.	Uczestnictwo strony w procesie stosowania prawa	Bardziej świadoma decyzja pod względem merytorycznym i prawnym
2.	Zakaz tortur w procesie karnym	Bardziej wiarygodne wyroki
3.	Korzystanie z komisji legislacyjnych w ramach władzy ustawodawczej celem analizy proponowanych projektów ustaw	Lepsze ustawy
4.	Wymóg przyznania (albo odmowy przyznania) pomocy społecznej przez urzędnika w ciągu 30 dni od otrzymania wniosku	Wczesne przyznanie świadczenia w wypadkach, w których zostanie wykazana potrzeba jego przyznania

IV. Standardy oceniania procesów prawnych jako procesów: „wartości procesowe” i „skuteczność wartości procesowych”

Skuteczność dobrego rezultatu nie jest jedynym rodzajem wartości, które proces może posiadać jako proces. Wykazałem już, że proces może także być dobry w takim stopniu, w jakim wdraża wartości procesowe lub służy³³ takim „wartościom procesowym”, jak udział obywateli w sprawowaniu władzy czy też humanitaryzm³⁴. Te formy pozytywnego wpływu można przypisać temu, co występuje albo nie ma miejsca w toku procesu. Z tego powodu są bardziej ukierunkowane na proces niż na rezultat. Dlatego na przykład cecha procesu umożliwiająca uczestnictwo stronom, jest ogólnie rzecz biorąc co do zasady dobra, niezależnie od tego, czy ostatecznie przyczynia się do dobrych rezultatów, czy też nie. Podobnie cecha procesu zakazująca tortur, jest co do zasady dobra z tego samego powodu niezależnie od skutków. Wskazane cechy procesowe odpowiednio realizują wartości procesowe lub służą procesowym wartościom udziału obywateli w sprawowaniu władzy i humanitaryzmu. Cechy procesu, które wdrażają wartości procesowe lub im służą, są cenne niezależnie od tego, czy przyczyniają się do dobrych rezultatów czy też nie, choć jasne jest, że mogą zostać w sposób uzasadniony pominięte.

Sceptycy mogliby spierać się z różnymi aspektami przedstawionej przeze mnie tezy o „wartościach procesowych”, a nawet całkowicie zanegować istnienie wartości procesowych. Jednakże proponuję, aby wstrzymali się ze swoim osądem do momentu pełnego zapoznania się z niniejszym rozdziałem. W tym miejscu chciałbym się odnieść do paru krytycznych uwag.

A. Procedura opracowania katalogu wartości procesowych

Z uwagi na to, że w moim przekonaniu cechy procesu prawnego są dobre w takim stopniu, w jakim wdrażają lub służą temu, co nazywam wartościami procesowymi, istotne jest sporządzenie katalogu takich wartości, stosowanych jako standardy oceny. Przytoczyłem już kilka przykładów wartości proceso-

³³ Kiedy cecha procesu zostaje celowo zaprojektowana, aby wspierać wartość procesową, stosowne jest stwierdzenie, że „wdraża” tę wartość. Jednakże wiele cech procesowych przeszło z czasem ewolucję w taki sposób, że stwierdzenie, iż zostały świadomie zaprojektowane dla wzmacniania wartości procesowych, nawet jeśli ma to miejsce, nie byłoby właściwe. W takich wypadkach nie należy używać słowa „wdrażać” z podtekstem „celowości”. Zamiast tego używa się słowa „służyć”.

³⁴ Patrz część I. artykułu.

wych³⁵. Natomiast teraz przedstawię zarys ogólnej procedury identyfikowania ich, a w dalszej kolejności stworzę załączek takiego katalogu.

Przynajmniej przy obecnym, ubogim stanie wiedzy na ten temat prezentowany w doktrynie, moja stosunkowo prosta procedura określania wartości procesowych, wymaga podejścia *ad casum*. Zgodnie z nim procesy prawne należy wyodrębnić indywidualnie i zbadać celem określenia, czy ich cechy wdrażają wartości lub służą wartościom, które kwalifikują się jako wartości procesowe. Oczywiście nawet przy takim podejściu „typowym dla systemu *common law*”³⁶, konieczna jest uprzednia wiedza o tym, co próbuje się określić. W mojej analizie wartość kwalifikuje się jako procesowa, jeżeli: (1) jest to wartość, która może być wdrażana przez cechy procesu prawnego albo której mogą służyć cechy procesu prawnego; (2) jest to wartość, która może być „realizowana” raczej w toku funkcjonowania procesu prawnego niż jedynie w jego wynikach; i (3) jest to wartość, która może uczynić cechę procesu prawnego cenną niezależnie od jej wpływu na rezultat, o ile takowy istnieje. Są to blisko ze sobą powiązane wymogi, konieczne dla uzyskania statusu wartości procesowej. Jednakże nie twierdzę, że istnieją dwa całkowicie niezależne rodzaje wartości – wartości procesowe i przykładowo wartości „materialne” – przy czym te pierwsze miałyby być z samej swej istoty możliwe do zastosowania jedynie do procesów, a te drugie wyłącznie do rezultatów. Dlatego staram się dowieść, że każda wartość, która kwalifikuje się jako procesowa w swoim zastosowaniu, jest naturalnie ukierunkowana na proces i z tego powodu nie da się jej nigdy prawidłowo zastosować do oceny rezultatów procesowych³⁷. Zaprezentowana przeze mnie procedura określenia wartości procesowych „typowa dla *common law*” składa się z dziesięciu podstawowych kroków. Można je podsumować pokrótce w następujący sposób:

³⁵ Tamże.

³⁶ Nazywam to podejście „typowym dla *common law*”, gdyż odwołuje się do procesów prawnych, jako źródeł standardów oceny na kształt zbliżony do tej, zgodnie z którą sądy wyprowadzają prawo z poszczególnych spraw.

³⁷ Na szczęście nie ma potrzeby odnoszenia się do niektórych spośród odwiecznych pytań, odnoszących się do teorii wartości. Przykładowo nie muszę badać ogólnych kryteriów rozstrzygania, czy wartość jest rzeczywiście wartością. Nie muszę również proponować teorii przesadzającej, które z wartości są „nadrzędne” czy też „ostateczne”. Ponadto, niewątpliwie nie jest konieczne, abym wykazywał, „skąd pochodzą wartości” albo że są w pewnym sensie „uniwersalne”.

Krok pierwszy – Wyodrębnianie procesu prawnego

Z reguły stosunkowo proste będzie wyróżnienie procesu prawnego jako odrębnego przedmiotu oceny³⁸. Oczywiście nie ma potrzeby, aby wyodrębniony proces istniał naprawdę. Może mieć charakter czysto hipotetyczny i wciąż służyć jako „źródło” wartości procesowych. Jednakże, aby zagwarantować odpowiedni poziom rzeczywistości wydaje się, że przy obecnym słabym stanie rozwoju omawianego tematu, najlepiej byłoby wyodrębnić rzeczywisty proces i skupić się na wybranych przypadkach jego funkcjonowania.

Krok drugi – Określenie cech funkcjonalnych procesu

Cechy funkcjonalne procesu prawnego odnaleźć można w regułach konstytucyjnych i regulacyjnych (oraz innych normach), które definiują proces. Mogą one być pisane lub niepisane. Oczywiście „prawo w książkach” niekoniecznie jest tożsame z „prawem w działaniu”. Wytrawny obserwator powinien jednak być w stanie sporządzić listę reguł i innych norm, które definiują proces, dzięki czemu można będzie z łatwością określić te cechy funkcjonalne³⁹.

Krok trzeci – Określenie rezultatów procesu

Istotne rezultaty, do których proces się przyczynia w danym przypadku, można określić bez większej trudności. Tak jak wskazano wcześniej, rezultaty te składają się ze skutków bezpośrednich, skutków ubocznych i niezamierzonych konsekwencji⁴⁰.

Jednak zanim można będzie ocenić szczegółowe rezultaty procesu, muszą zostać doprecyzowane w wystarczająco szczegółowy sposób. Charakteryzowanie ich ze względu na typ, jak na przykład „wyłoniiony urzędnik” lub „ustanowione prawo”, nie jest wystarczające. Takie konstrukcje byłyby za mało merytoryczne, aby je skutecznie ocenić.

Krok czwarty – Ocena rezultatów procesu

Po dostatecznym uszczegółowieniu wybranych rezultatów procesowych zazwyczaj ujawniają się standardy właściwe dla ich oceny. Zatem ustawa likwidująca policję w normalnych warunkach byłaby zła, ponieważ zaburzałaby

³⁸ Chociaż mogą wystąpić zawile problemy „indywidualizowania” procesów prawnych, dla naszych celów nie jest konieczne poddawanie ich głębokiej analizie.

³⁹ Kilka poglądowych przykładów cech procesu można odnaleźć w przypisie 32 powyżej.

⁴⁰ Patrz przypisy 23-24 powyżej.

porządek i bezpieczeństwo. Z drugiej strony prawo tworzące siły policyjne, byłoby dobre. Analogicznie egzekwowanie prawa przez nieumocowane siły porządkowe, byłoby złe, gdyż jego rezultaty, jak zakładamy, stałe wiązałyby się z karaniem niewinnych. Jednakże zakaz wymierzania sprawiedliwości na własną rękę byłby dobry, ponieważ chroniłby przed taką niesprawiedliwością. Porządek, bezpieczeństwo i sprawiedliwość należą do wartości właściwych dla dokonywania oceny rezultatów procesu. Oczywiście ocenianie rezultatów jako takich jest naturalnie i stosownie ukierunkowane raczej na rezultat niż na proces.

Krok piąty – Określenie, które cechy procesowe, jeśli w ogóle, przyczyniły się do dobrych rezultatów

Należy pamiętać, że różne czynniki, inne niż sam proces, mogą przyczynić się do osiągnięcia dobrych rezultatów. W istocie może nawet tak się zdarzyć, że to właśnie te inne czynniki będą stanowić nawet wyłączną ich przyczynę. Czasami trudno będzie stwierdzić, czy cecha procesu miała jakiegokolwiek znaczenie w tej kwestii. Jeśli jednak cecha procesu przyczyni się w znacznym stopniu do uzyskania dobrych rezultatów, będzie posiadała skuteczność dobrego rezultatu. W tym aspekcie skuteczność dobrego rezultatu jakiejś cechy procesowej sprawia, że proces jest dobry jako proces. Jednakże nie można tego mylić z wartościami procesowymi, gdyż to, że skuteczność dobrego rezultatu jest dobra, wywodzi się z dobra rezultatów procesu. Jednakże wartości procesowe w ogóle nie są ukierunkowane na rezultat.

Krok szósty – Określenie, czy jakiegokolwiek cechy procesu, które mają skuteczność dobrego rezultatu, są także dobre z innych powodów nieukierunkowanych na rezultat

Dzięki temu etapowi, możliwe jest określenie wartości procesowych. Rozważmy następujący przykład: Załóżmy, że proces oskarżonego w sprawie karnej charakteryzuje się tym, że niezamownemu oskarżonemu przysługuje prawo do bezpłatnej obrony pełnomocnika z urzędu⁴¹. Przyjmijmy, że jest to dobre, ponieważ obrońca skutecznie trafi do orzekających i w związku z tym od-

⁴¹ Por. wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Argersinger v. Hamlin*, „United States Reports” 1972, t. 407, s. 25-26, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/407/25/> [dostęp: 17.10.2021]; wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Gideon v. Wainwright*, „United States Reports” 1963, t. 372, s. 335-336, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/372/335/> [dostęp: 17.10.2021].

powiednie skutki – przykładowo skazania czy uniewinnienia – będą bardziej precyzyjne i sprawiedliwe. Cecha ta charakteryzowałaby się skutecznością dobrego rezultatu. Jednakże czy może również okazać się dobra z innych przyczyn, nieukierunkowanych na rezultat?⁴² Moim zdaniem odpowiedź brzmi „tak”. Jest dobra także z tego powodu, że promuje formę udziału obywateli w sprawowaniu władzy. Zatem czyni udział oskarżonego tym bardziej znaczącym (choć będzie on miał charakter bardziej pośredni). Taka forma udziału jednostki w sprawowaniu władzy jest z tego powodu dobra sama w sobie niezależnie od rezultatów i kwalifikuje się jako wartość procesowa. W ten sposób, nie uwzględniając skuteczności dobrego rezultatu, „suma rezultatów procesowych” może okazać się dobra co najmniej na dwóch poziomach, z których oba wynikają z tej samej cechy procesowej: skutek może być dobry w świetle standardów rezultatów orzekania wyroków (tu rezultatem jest sprawiedliwość), natomiast proces może być dobry w świetle odpowiednich wartości procesowych (w tym przypadku w świetle udziału obywateli w sprawowaniu władzy). Należy zwrócić uwagę, że dobro cechy procesu, (którym w tym wypadku jest zapewnienie darmowej pomocy prawnej) nie polega wyłącznie na tym, że poszczególne rezultaty procesowe (którymi będą tu jedynie samo skazanie albo uniewinnienie) są dobre. Rezultat może zostać wypaczony w poszczególnych sprawach, a jednak odpowiednia cecha procesowa pozostaje cenna ze względu na to, czym jest, a mianowicie ze względu na udział obywateli w sprawowaniu władzy. Jeśli cecha procesowa wdraża wartość procesową lub jej służy, można powiedzieć, że posiada „skuteczność wartości procesowej”. Często ta sama cecha będzie posiadać oba rodzaje skuteczności, zaś kreatywna, twórcza i wnikliwa analiza będzie musiała je rozdzielić⁴³.

⁴² Istnieją co najmniej dwa powody nieukierunkowane na rezultat. Po pierwsze, cecha procesu może być wartościowa sama w sobie, jako forma jakiejś wartości procesowej. Przykładem może być cecha zabezpieczająca udział obywateli w sprawowaniu władzy. Po drugie, cecha procesu może być cenna, jako środek prowadzący do innej wartości procesowej. Przykładowo, uporządkowanie służy wartości racjonalności procesowej.

⁴³ Ta ewentualność często ulega przeoczeniu. Nawet (przedstawiciele doktryny), którzy posuwają się tak daleko, że określają pewne zasady proceduralne jako „zasady naturalnej sprawiedliwości”, mają tendencję do postrzegania ich jedynie jako środków do uzyskania dobrych skutków. Zob. np. H. Marshall, *Natural Justice*, Sweet & Maxwell, London 1959, aby jeszcze bardziej odzwierciedlić to zjawisko, można by dodać trzecią kolumnę do tabeli z przypisu 32 powyżej.

Krok siódmy – określenie, czy jakiekolwiek cechy procesowe, które mają skuteczność złego rezultatu, są niezależnie od tego dobre w inny sposób

Ten krok także może pozwolić nam określić wartości procesowe. Niektóre cechy procesowe mogą w rzeczywistości mieć skuteczność złego rezultatu. Przykładowo procesy dążące do aresztowania, skazywania i karania przestępców, mogą mieć cechę polegającą na zakazywaniu przymusowego płukania żołądka osobom podejrzanym o przestępstwa narkotykowe⁴⁴. W niektórych przypadkach orzeczenie winy albo niewinności może zależeć wyłącznie od efektów takiego płukania żołądka. Jednakże jednolity zakaz płukania żołądka wyklucza dostęp do tego dowodu i dlatego ma skuteczność złego rezultatu. Czy można mu przypisać jakiekolwiek zalety? Ściśle rzecz biorąc, czy służy jakimkolwiek wartościom procesowym? Uważam, że służy, ponieważ zakaz płukania żołądka wbrew woli podejrzanego uwzględnia godność jednostki. Cecha procesowa, która uwzględnia godność jednostki, jest dobra choćby tylko z tego powodu niezależnie od rezultatów i tym samym kwalifikuje się jako wartość procesowa.

Rozważmy przykład drugi: Wiele organów ustawodawczych jest wybieranych w wyborach powszechnych i działa w oparciu o rządy większości. Podnosi się jednak, że cechy te mają prawie równie wysoką skuteczność dobrego i złego rezultatu, a przynajmniej prawdziwe jest stwierdzenie, że demokratyczne organy ustawodawcze mają swój udział w tworzeniu złych przepisów prawnych. Jednak cechy partycypacyjne ustawodawców demokra-

I.p.	Cecha procesu	Skuteczność dobrego rezultatu	Skuteczność wartości procesowej
1.	Uczestnictwo strony w procesie stosowania prawa	Bardziej świadoma decyzja pod względem merytorycznym i prawnym	Realizacja udziału obywateli w sprawowaniu władzy
2.	Zakaz tortur w procesie karnym	Bardziej wiarygodne wyroki	Humanitaryzm
3.	Korzystanie z komisji legislacyjnych w ramach władzy ustawodawczej celem analizy proponowanych projektów ustaw	Lepsze ustawy	Racjonalność proceduralna
4.	Wymóg przyznania (albo odmowy przyznania) pomocy społecznej przez urzędnika w ciągu 30 dni od otrzymania wniosku	Wczesne przyznanie świadczenia w wypadkach, w których zostanie wykazana potrzeba jego przyznania	Terminowość

⁴⁴ Por. wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Rochin v. California*.

tycznych są w dalszym ciągu dobre same w sobie, niezależnie od rezultatów. Obejmują formę udziału obywateli w sprawowaniu władzy, który jako taki jest dobry i dlatego kwalifikuje się jako wartość procesowa.

Krok ósmy – Określenie, czy jakiekolwiek cechy tego rodzaju są dobre z przyczyn nieukierunkowanych na rezultaty, jeśli nie ma możliwości stwierdzenia, czy cechy procesu wpływają na rezultaty lub stwierdzenia, czy rezultaty są dobre, czy złe

Niekiedy niemożliwe będzie stwierdzenie, czy cechy procesu wpływają na rezultaty w dobry, czy w zły sposób. Podobnie czasami nie będzie możliwe stwierdzenie, czy rezultaty częściowo wynikające z cech procesu są dobre, czy złe, czy to z powodu braku danych, czy to z powodu braku uzgodnionych standardów. Zatem wyobrazić sobie można, że niemożliwe okaże się określenie, czy desygnowanie niektórych urzędników jest dobre czy złe. Urzędnicy mogą przykładowo okazać się polityczną niewiadomą. Jednakże cechy procesu wyborczego, w którym wyłoniono urzędników, mogą zagwarantować formę udziału obywateli w sprawowaniu władzy – co stanowi wartość procesową.

Wystarczy przytoczyć inny powszechnie występujący przypadek, a mianowicie ustawodawcę, który może przeprowadzać wysłuchania, obrady i wreszcie uchwalić ustawę, jednak może okazać się dość niejasne, czy ustawa ta jest dobra, czy zła. Jednakże cechy procesu, które domagają się racjonalnej refleksji i rozważenia, pozostają dobre jako formy racjonalności proceduralnej. Chociaż cechy te są dobre jako środki prowadzące do dobrych rezultatów, są również dobre w oderwaniu od nich. W przeciwieństwie do losowych, arbitralnych, czy też jawnie represyjnych cech procesowych, te które są racjonalne proceduralnie, są dla nas zrozumiałe jako wytwór ludzkiego umysłu.

Krok dziewiąty – Porównanie wartości procesowej określonej w powyższej procedurze z innymi już skatalogowanymi i wprowadzenie jej, czy to jako odmiany jednej z wartości należących do katalogu, czy też jako odrębnej wartości

W ramach tego kroku pożądane będzie doprecyzowanie znaczenia lub „treści” wartości, przynajmniej tych mniej znanych. Jeśli różne cechy jednego albo wielu procesów wdrażają te same wartości procesowe lub służą tym samym wartościom procesowym, warto zilustrować tę okoliczność przykładami.

Krok dziesiąty – Przejście do następnego procesu prawnego (albo do innych czynności danego procesu) i powtórzenie procedury opisanej powyżej

Dzięki powtarzaniu tej stosunkowo prostej procedury z uwzględnieniem różnorodności procesów, możliwe powinno stać się stworzenie rozszerzonego katalogu „wartości procesowych”, przydatnego w ocenianiu procesów prawnych. Wspominałem, że są to wartości: (1) które mogą być wdrażane przez cechy procesów prawnych lub którym służą; (2) które charakteryzują się posiadaniem znaczenia realizowanego w toku funkcjonowania procesów prawnych, a nie tylko w ich rezultatach końcowych; oraz (3) które mogą sprawić, że cechy procesowe będą wartościowe niezależnie od tego, czy przyczyniają się do dobrych rezultatów procesowych. Przyznaję, że przedstawiona tu procedura identyfikowania wartości procesowych nie jest niezawodna i posiada ograniczenia. Może okazać się, że proces wyodrębniony w zgodzie z nią nie wdraża wartości procesowych, ani im nie służy. W takim wypadku wspomniana procedura okazałaby się bezowocna. Ponadto niektóre wartości, które proces wdraża lub którym służy, mogą nie być dostrzeżone przez osoby ją stosujące. Co więcej dwie różne osoby stosując procedurę do danego procesu, nie zawsze określą te same wartości. Nie powinno to zaskakiwać, ponieważ owocne użycie przedmiotowej procedury wymaga zebrania informacji o procesach, wyczulenia na wartości, twórczej refleksji i elokwencji. Nie chodzi jednak tylko o to, że zdolności te zostały nierówno rozdzielone w drodze „selekcji naturalnej”. Czasami jest miejsce na racjonalną różnicę zdań dotyczącą tego, czy proces służy danej wartości procesowej, czy też nie. Dopóki nie zrozumiemy samych siebie lepiej, niektóre wartości procesowe wymykać się będą nawet najbardziej wrażliwym, twórczym i elokwentnym spośród nas.

Jednak na chwilę obecną mogę zaproponować jedynie powyższą procedurę i załączek katalogu, który zostanie wkrótce przedstawiony (o czym wspomnę poniżej). Mam nadzieję, że podążą za mną inni, którzy zdołają usprawnić wspomnianą procedurę, a być może i ukształtować całkowicie odmienną oraz mniej zawiłą strategię identyfikacji wartości procesowych.

B. Zaczątek katalogu wartości procesowych

Jeśli się nie mylę co do wartości procesowych, oznacza to, że warto byłoby posiadać katalog wartości procesowych do zastosowania przy ocenie procesów prawnych. Moje indywidualne wysiłki zmierzające do zastosowania tej

procedury do identyfikowania wartości procesowych, zarysowane w rozdziale poprzednim, przyniosły pewne owoce (choć są to owoce o różnych stopniach dojrzałości). Konsekwentnie proponuję teraz zarys kilku ewentualnych elementów katalogu, aby wskazać, jak może wyglądać jego początek. Nazwy, które nadałem niektórym z wymienionych wartości, są z konieczności nieco arbitralne, ale mam nadzieję, że nie okażą się mylące. Są to nazwy określające wartości, a nie nazwy ogólnych cech procesowych, które wdrażają te wartości lub którym służą. Niemniej jednak, w ramach każdego elementu katalogu podam przykłady cech procesowych, które wdrażają daną wartość procesową lub której służą. Powinno być jasne, że niektóre powszechnie znane wartości można swobodnie zakwalifikować jako wartości procesowe. Przykładowo jest to udział obywateli w sprawowaniu władzy i sprawiedliwość. Jednakże w przypadku niektórych wartości nie jest łatwo wyrazić ich treść. Z tego powodu część moich twierdzeń będzie wydawała się niejasna i obciążona błędem niedostatecznego uzasadnienia – przynajmniej na początku. Żywię jednak nadzieję, że po namyśle będą się wydawały intuicyjnie prawdopodobne, jeśli nie całkowicie przekonujące⁴⁵. Należy pamiętać, że „elementy katalogu” zamieszczone poniżej, stanowią jedynie jego początek. Nie twierdzę, że wartości, które wymieniałem, są uniwersalne, jednak chcę pozostawić otwartą ewentualność, że niektóre z nich mogą mieć taki charakter. Przyznaję, że niektóre są szeroko uznawane tylko w demokracjach zachodnich, a nawet w tych społeczeństwach nie byłoby racjonalne planowanie każdego procesu prawnego tak, by wdrażał każdą spośród wartości tu wymienionych lub jej służył. Wartości te nie są one również „bezwzględne”. W niektórych wypadkach mogą z uzasadnionych przyczyn zostać uznane za drugorzędne.

1. Udział obywateli w sprawowaniu władzy

Jedną z najpowszechniejszych cech procesów prawnych w demokracjach jest to, że przyznają różnorakie role partycypacyjne obywatelom oraz obywatelom wybranym przez obywateli (albo wskazanym przez wybranych). Taką rolę odgrywa głosowanie, podobnie jak piastowanie funkcji w komisjach wyborczych. Obywatele odgrywają jednak rolę także w procesach niewyborczych.

⁴⁵ Liczba możliwych strategii jest tu ograniczona. Mogę jednakże określić przynajmniej następujące: (1) używanie sugestywnych przykładów wartości; (2) przeciwstawianie wartościom ich „przeciwieństw”; (3) czynienie analogii do innych blisko związanych i niekwestionowanych wartości; (4) zakładanie nieprzychylnych reakcji na hipotetyczne sytuacje, w których wartości nie są obecne; i (5) dostrzeganie konfliktów, w których wciąż cenilibyśmy wartość, nawet jeśli oznaczałoby to zrezygnowanie z czegoś innego.

W ciałach ustawodawczych mogą zeznawać, lobbować, pełnić funkcje doradcze, itd. W procesach stosowania prawa często pełnią rolę „inicjatorów”. Role partycypacyjne z reguły przyznawane są, aby zabezpieczyć skuteczność dobrego rezultatu. Jeśli ludzie wybiorą prawodawców, będzie istniało większe prawdopodobieństwo, że uchwalą przepisy prawne dobre dla ogółu; jeśli strony zaprezentują dowody i argumenty w procesie stosowania prawa, jest bardziej prawdopodobne, że prawda „wyjdzie na jaw” i zostanie zastosowane właściwe prawo, przynoszące dobre rezultaty (zakładając, że samo prawo jest dobre) i tak dalej.

Jednakże niezależnie od tego, czy udział obywateli w sprawowaniu władzy zapewnia dobre rezultaty, jest dobry również z innego powodu i dlatego kwalifikuje się jako wartość procesowa: a mianowicie przybliża do autonomicznego samookreślenia różnych stopni bezpośredniości. Prawdopodobnie większość obywateli w demokracjach wolałaby zarządzać sobą samodzielnie, radząc sobie nieco gorzej pod względem rezultatów, niż powierzyć zarządzanie innym, którzy poradzą sobie nieco lepiej. Wśród „przeciwieństw” udziału obywateli w sprawowaniu władzy znajdują się niewolnictwo, polityczne podporządkowanie i stan wojenny. Przynajmniej w historii Zachodu istnieją dowody na to, że osoby zniewolone czy to militarnie, czy też politycznie podporządkowane, sprzeciwiały się nie tylko результатам takich rządów (kiedy skutki te były złe), ale także samej ich naturze, nawet gdy rezultaty okazywały się dobre. Sami też chcieli mieć prawo głosu w rządzeniu. Nie chodzi tylko o to, że pragnęli wolności; potrzebowali miernika samookreślenia. W różnym stopniu umożliwiły to role partycypacyjne przewidziane w procesach prawnych⁴⁶.

2. Legitymizacja procesu

Procesowi może (1) brakować legitymizacji prawnej, ponieważ jest nielegalny; lub (2) brakować legitymizacji politycznej, gdyż nie ma akceptacji czy przyzwolenia ze strony obywateli w państwie demokratycznym; bądź też (3) brakować legitymizacji moralnej, to znaczy, może on nie być wart szacunku moralnego, albowiem decyzje w nim podjęte są złe pod względem moralnym. Proces może nosić cechy stworzone do zagwarantowania wszystkich trzech

⁴⁶ Por. C. Cohen, *Democracy*, Free Press, New York 1971, s. 268-274 (w odniesieniu do „wewnętrznych wartości” demokracji). Prof. David Lyons zasugerował mi, że uczestnictwo w oficjalnych procesach może być dobre samo w sobie, jako przybliżenie do samorządności, niezależnie od jakiegokolwiek dobra, które może ze sobą nieść. Jakkolwiek wydaje się to prawdopodobne, nie badałem dogłębniej tej kwestii w niniejszej pracy, ponieważ nie wymaga tego moja analiza.

form legitymizacji: reguły orzekania mogą zapewnić legalność procesu, reguły wymagające publicznej odpowiedzialności wspierają gwarancje akceptacji lub przyzwolenia, reguły zapewniające weto, dwuizbowość, kontrolę sprawowaną przez inny organ, mogą, bardzo ogólnie, ale i często efektywnie, chronić moralnie akceptowane decyzje. Jednakże na chwilę obecną nie twierdzę, że pierwsza bądź trzecia z tych form legitymizacji kwalifikuje się jako wartość procesowa.

Druga forma legitymizacji, a zatem akceptacja, czy też przyzwolenie społeczne na sposób sprawowania rządów w demokracjach, również pomaga zapewnić dobre rezultaty. Sygnalizuje co najmniej, że bezpośrednie skutki procesu z większym prawdopodobieństwem zostaną zaakceptowane przez ogół społeczeństwa, a to z kolei wskazuje, że skutki te z większym prawdopodobieństwem osiągną stawiane sobie cele. Jednak zgodnie z moim przeświadczeniem ta forma legitymizacji jest również cenna, przynajmniej w demokracji, niezależnie od tego, czy jej implementacja ulepsza rezultaty, czy też nie. Ludzie wolą raczej podlegać procesowi, który akceptują lub na który przyzwalają, niż takiemu, który został im narzucony. Ten pierwszy rodzaj procesu postrzega ich jako istoty ludzkie, drugi zaś jako przedmioty, albo nawet marionetki. Podobnie jak udział obywateli w sprawowaniu władzy, akceptacja czy też przyzwolenie, stanowi wartość demokratyczną. Nie jest sama w sobie formą rzeczywistego udziału obywateli w sprawowaniu władzy, ale raczej rodzajem „warunku”, który musi zostać spełniony, aby sprawowanie władzy zostało przekazane innym.

O tym, że legitymizacja jako taka jest konceptualnie odmienna od udziału obywateli w sprawowaniu władzy, można się z łatwością przekonać, rozważając naturę legitymizacji w społeczeństwach niedemokratycznych. Legitymizacja nie wynika w nich z czegokolwiek, co przypomina udział obywateli w sprawowaniu władzy, ale raczej z takich źródeł jak prawo boże, sukcesja wynikająca z urodzenia, dominująca siła i tym podobne. W społeczeństwach niedemokratycznych nie dałoby się raczej utożsamić legitymizacji z udziałem obywateli w sprawowaniu władzy⁴⁷. Analogicznie legitymizacja w tych społeczeństwach nie może mieć takiej samej doniosłości w odniesieniu do wartości jak legitymizacja demokratyczna.

⁴⁷ Zob. ogólnie D. Sternberger, *Legitimacy*, [w:] D. Sills (red.), *International Encyclopedia of the Social Sciences*, t. 9, Macmillan, New York 1968, s. 244. Interesującą analizę dotyczącą Stanów Zjednoczonych przeprowadził J.W. Hurst, *Problems of Legitimacy in the Contemporary Legal Order*, „Oklahoma Law Review” 1971, t. 24, s. 224 i n.

3. Pokojowość procesu

Większość ludzi w demokracjach zachodnich uznaje tę wartość procesową za oczywistą. Część ogólna prawa karnego i szczególne „przepisy porządkowe”, stosowane w konkretnych procesach prawnych, przyczyniają się do ochrony tej wartości. Przykładowo pojedynkowanie się jest zabronione jako metoda rozwiązywania sporów. Samozwańcze siły porządkowe i lincze są zabronione jako procesy egzekwowania prawa karnego. Rewolucja jako proces decydowania o tym, czy ma istnieć własność prywatna, jest nielegalna. Wojna jako proces prowadzenia polityki zagranicznej, jest zazwyczaj uważana za wyjście ostateczne, a jej oficjalne wypowiedzenie może wymagać specjalnych procedur.

Co do zasady, dobrze zorganizowane społeczeństwa posiadają wybory, parlamenty, sądy itp. Do jednych z uzasadnień tej prawidłowości należy to, że dzięki temu rezultaty prawdopodobnie będą lepsze. Sprawiedliwość nie jest tożsama z interesami silniejszego, bardziej agresywnego, czy „niepokojowo” nastawionego, jednakże nawet jeśli niepokojowe metody stale prowadziłyby do dobrych rezultatów, to i tak należy sprzeciwić się takim metodom. W istocie pokojowy proces jest ogólnie rzecz biorąc bardziej pożądanym, nawet jeśli jego rezultaty są mniej zadawalające niż rezultaty możliwe do osiągnięcia mniej pokojowymi metodami. Jest tak nie tylko dlatego, że w brutalnych, czy też chaotycznych procesach ludzie często doznają krzywdy fizycznej. Ludzie w zrozumiwały sposób żywią antypatię do konfliktów i napięć, nawet kiedy nikt nie doznaje fizycznej krzywdy, a ryzyko krzywdy nie jest wysokie. Zakładając, że inne czynniki pozostają niezmiennione, porządek i pokój są po prostu bardziej preferowane niż konflikt i napięcie. Oczywiście, tak samo jak w odniesieniu do wszystkich wartości procesowych, ludzie mogą postanowić poświęcić porządek i pokój dla jakiegoś pożądanego rezultatu, nawet w dobrze zorganizowanych społeczeństwach. Rzecz w tym, że miałyby to charakter poświęcenia, a nie że zawsze byłoby nieusprawiedliwione.

4. Humanitaryzm i szacunek dla godności jednostki

Konstytutywne i ustawowe reguły procesu prawnego mogą chronić ludzi przed działaniami niehumanitarnymi. Dla przykładu reguły prowadzenia dochodzeń w sprawach o przestępstwa mogą zakazywać tortur. Reguł takich można bronić, opierając się na samodzielnej podstawie, zgodnie z którą „dowód z tortur” nie jest wiarygodny⁴⁸. Innymi słowy, tortury są złe, ponieważ

⁴⁸ Bentham nie broniłby ich w ten sposób. Zob. W.L. Twining, P.L. Twining, *Bentham on Torture*, „Northern Ireland Legal Quarterly” 1973, t. 24, s. 305-356.

pogarszają skuteczność dobrego rezultatu procesu. Co więcej, istnieje również inna przyczyna. Stosowanie tortur w procesie ustaleń faktycznych jest złe samo w sobie. Jest niehumanitarne, brutalne i barbarzyńskie, chociaż może w konkretnych przypadkach dostarczyć wiarygodnych dowodów. Jednak nawet jeżeli dostarczyłoby wiarygodnych dowodów, nie powinniśmy aprobować procedur przewidujących tortury, chyba że okoliczności okazałyby się całkowicie wyjątkowe.

Nawet jeśli proces nie jest niehumanitarny, może doprowadzić do naruszenia godności jednostki. Za przykład posłużyć tu może zastosowanie płukania żołądka (nawet jeśli jest bezbolesne) wbrew woli podejrzanego, aby uzyskać dowód zażywania narkotyków. Praktyka ta jest poniżająca i oprócz całkowicie wyjątkowych okoliczności, jest nieusprawiedliwiona. Jednakże nie dzieje się tak dlatego, że skutki dowodowe tej procedury muszą nieodzownie być niewiarygodne, tylko z tego powodu, iż szacunek dla godności ludzkiej kwalifikuje się jako wartość procesowa.

Nakazy szacunku dla godności jednostki nie wyczerpują się w zdelegalizowaniu naruszającego godność procesu ustalania faktów. Lincz, samozwańczy wymiar sprawiedliwości i inne zbliżone procedury także naruszają ludzką godność. Co więcej, odmówienie sprawiedliwego dostępu do procesów prawnych w oparciu o rasę, kolor skóry czy wyznanie, narusza godność człowieka. Oficjalna dyskryminacja tego rodzaju krzywdząco piętnuje lub poniża jednostki. Jej ofiary nie są traktowane jako równie warte szacunku przed obliczem prawa. Są traktowane jako istoty podrzędne, albo w najlepszym razie jako obywatele drugiej kategorii, pozbawieni poważnych podstaw szacunku do siebie.

Odrzucenie udziału obywateli w sprawowaniu władzy, tak jak w przypadkach niewolnictwa, czy też politycznego podporządkowania, jest również poniżające. Nakazy szacunku dla godności jednostki sięgają daleko i mają szeroki zakres⁴⁹.

5. Prywatność jednostki

Funkcja dochodzeniowa procesów stanowienia prawa oraz funkcja rozpoznawcza procesów stosowania prawa mogą naruszyć prywatność jednostki. Urzędnicy mogą zmuszać jednostki do ujawniania swoich osobistych prze-

⁴⁹ Zob. ogólnie M.S. Pritchard, *Human Dignity and Justice*, „Ethics” 1972, t. 82, nr 4, s. 299-313; H. Spiegelberg, *Human Dignity: A Challenge to Contemporary Philosophy*, „Philosophy Forum” 1971, t. 9, s. 39-64. Znaczenie ma tu również coraz bogatsza literatura przedmiotu z zakresu filozofii moralności poświęcona „poszanowaniu jednostek” Zob. przykładowo R. Downie, E. Telfer, *Respect For Persons*, Allen & Unwin, London 1969.

konań czy historii życia. Urzędnicy mogą wkraczać do domów i miejsc pracy. Różne cechy procesów prawnych służą jako gwarancje zabezpieczające przed takimi naruszeniami. Ponownie, cechy mające taki charakter nie podlegają racjonalizacji. Są uzasadnione nie tylko na takiej podstawie dlatego, że pomagają w zabezpieczeniu dobrych rezultatów procesu. Wręcz przeciwnie, cechy te mogą okazać się przeszkodami na drodze do efektywnego ustalania faktów. Jednak właśnie w tych przypadkach powinniśmy cenić wskazane zabezpieczenia jako chroniące prywatność jednostki, ponieważ prywatność jest cenna sama w sobie, niezależnie od tego, czy jej ochrona rodzi dobre rezultaty procesowe, czy też nie. Gwarancje prywatności zakazują nieusprawiedliwionych, nieuzasadnionych najść i w ten sposób wprowadzają „prawo do miru domowego”. Oczywiście prawo to służy także wielu innym celom⁵⁰.

6. Konsensualizm

Cechy procesów prawnych, przynajmniej w wielu demokracjach zachodnich, umożliwiają przyszłym uczestnikom odmowę uczestnictwa. Zatem nie jest, co do zasady, przestępstwem niewzięcie udziału w wyborach. Podobnie administracyjne stanowienie prawa w drodze rozporządzeń i decyzji zasadniczo nie wymaga, aby brały w nim udział zainteresowane strony. Nawet podejrzany o przestępstwo może odmówić uczestnictwa w procesie go dotyczącym, zaś strona pozwana może zrezygnować z odpowiedzi na pozew. Co więcej, prawo z reguły nie wymaga, aby obywatele wykonywali swoje uprawnienia do wszczęcia procesu prawnego. Wskazany przykład, jak i pozostałe przykłady, obrazują tendencję sprzeciwiającą się przymusowi i przychylną wartościom woluntarystycznym⁵¹. Trudno wyjaśnić ten stan rzeczy tylko na tej podstawie, że rezultaty procesu mogłyby być w ten sposób lepsze. Wprost przeciwnie, przykładowo, wymuszone obowiązkowe głosowanie może zapewnić lepsze rezultaty, zazwyczaj w postaci wyłonienia lepszych urzędników. Przymusowy obowiązkowy udział obywateli w administracyjnym stanowieniu prawa może skutkować lepszymi decyzjami i rozporządzeniami, i tak dalej. Twierdzę, że konsensualizm jest wartością procesową – wartością, którą powinniśmy wspierać niezależnie od skuteczności dobrego rezultatu. W braku szczególnych okoliczności i o ile pozostałe czynniki nie ulegną zmianie, uczestnictwo kon-

⁵⁰ Por. C. Fried, *An Anatomy of Values. Problems of Personal and Social Choice*, Harvard University Press, Cambridge 1970, s. 125-132, 137-155.

⁵¹ Bardzo krótkie wyjaśnienie, korespondujące z duchem niniejszej pracy, można odnaleźć w: R.P. Wolff, *Is Coercion Ethically Neutral?*, [w:] J. Pennock, J. Chapman (red.), *Coercion*, Routledge, Aldine-Atherton, Chicago 1972, s. 144-148.

sensualne jest bardziej preferowane niż przymusowe z tej prostej przyczyny, że pozostawia jednostce wybór⁵².

7. Sprawiedliwość proceduralna

Cechy procesu prawnego, które zabezpieczają sprawiedliwość i uczciwość, różnią się w zależności od procesu. Często to, co jest sprawiedliwe i uczciwe, można zrozumieć jedynie w opozycji do tego co jest niesprawiedliwe i nieuczciwe⁵³. Rozważmy pokrótce dwa przykłady: niesprawiedliwe nierówne przyznawanie korzyści procesowych w ramach procesu i niesprawiedliwy nierówny dostęp do procesu. W procesie sądowym orzekający może przyznać korzyści jednej stronie i w ten sposób odmówić drugiej „równych szans”. Dla przykładu orzekający może postanowić wysłuchać tylko jedną ze stron, czy też udzielić głosu jednej ze stron ustnie i pisemnie, a drugiej tylko pisemnie. Taka sytuacja byłaby niesprawiedliwa. Jednakże czy byłoby to niesprawiedliwe tylko dlatego, że może wpłynąć korzystnie na rezultaty dla strony uprzywilejowanej? Nie sędzę. Niezależnie od tego, czy strona uprzywilejowana wygra, czy też przegra, sama procedura jest niesprawiedliwa, ponieważ orzekający nie przyznał równych praw procesowych stronom, które pod istotnymi względami znajdują się w podobnej sytuacji.

Wiele systemów prawnych posiada cechy procesowe stworzone celem zapewnienia sprawiedliwego uczciwego dostępu do procesu. Przykładowo jedna z reguł może gwarantować niezamożnym podejrzanym bezpłatnych obrońców z urzędu w postępowaniach karnych. Innym przykładem może być ustawowe ograniczenie wydatków na kampanię wyborczą w procesach wyborczych, dzięki czemu urzędy stają się łatwiej dostępne dla mniej zamożnych kandydatów. Wreszcie przepis konstytucyjny może sprecyzować, że dostępu do procesu nie wolno uzależniać od rasy, koloru skóry czy wyznania. W niektórych procesach sprawiedliwa równość dostępu może jedynie sporadycznie poprawiać rezultaty procesowe. W innych może poprawiać je regularnie systematycznie – tak jak w sprawach karnych, w których osobom ubogim przyznaje się bezpłatnego obrońcę z urzędu (w przeciwnym razie pozbawione byłyby obrońcy).

⁵² Nie próbuję przez to rzecz jasna powiedzieć, że system prawny może całkowicie zrezygnować z przymusu.

⁵³ To prawdziwe twierdzenie podlega wielu wyjątkom. Por. R.S. Summers, *Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code*, „Virginia Law Review” 1968, t. 54, nr 2, s. 195-267, <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2408&context=facpub> [dostęp: 17.10.2021].

Jednak niezależnie od tego, czy sprawiedliwa równość dostępu poprawia skutki procesowe, czy też nie, to cechy, które gwarantują tę równość, są cenne. Odmawianie dostępu z „przyczyn” nieistotnych, takich jak poziom zamożności, rasa, kolor skóry czy wyznanie, ma charakter arbitralny i dlatego jest niesprawiedliwie. Pomijając wyjątkowo szczególne okoliczności, „przyczyny” tego rodzaju nie mogą usprawiedliwiać różnic w zakresie dostępu⁵⁴.

8. Proceduralne rządy prawa: „legalność proceduralna”

Proces prawny może nie cechować się legalnością proceduralną na jeden z dwóch podstawowych sposobów: (1) może po prostu nie posiadać reguł i z tego względu pozostawiać urzędnikom zbyt wiele władzy uznaniowej; albo (2) może nie być w stanie zapewnić mechanizmów służących utrzymaniu działań urzędników w granicach prawa. Legalność proceduralna jest cenna niezależnie od tego, czy poprawia rezultaty procesowe, czy też nie. Zapewnia proceduralne „rządy prawa zamiast rządów ludzi”. O ile inne czynniki pozostają niezmiennie, o tyle rządy prawa są, co do zasady, bardziej preferowane, niż rządy urzędników działających w próżni prawnej, nawet w kwestiach proceduralnych. Możemy sobie wyobrazić dwa procesy, które dają podobne rezultaty, ale tylko jeden znajduje się pod rządami prawa. Co do zasady, powinniśmy preferować ten podlegający rządowi prawa, ponieważ czynności w ramach niego podejmowane, byłyby bardziej pewne i przewidywalne. Oczywiście te cechy też mogą służyć dobrym rezultatom, gdyż umożliwiają uczestnikom procesu podejmowanie inteligentnych wyborów proceduralnych, które mogą prowadzić do dobrych rezultatów. Pewność i przewidywalność są jednak na swój sposób wartościowe, ponieważ dzięki nim ludzie po prostu „wiedzą, na czym stoją” wobec władzy publicznej⁵⁵.

⁵⁴ Jeżeli odmawia się ludziom sprawiedliwej równości dostępu, odmawia się im także szansy na udział w sprawowaniu władzy. Równość dostępu stanowi również nakaz sprawiedliwości proceduralnej.

⁵⁵ Por. B. Beinart, *The Rule of Law*, „Acta Juridica” 1962, t. 99, s. 99-138; F.S. Burin, *The Theory of the Rule of Law and the Structure of the Constitutional State*, „The American University Law Review” 1966, t. 15, s. 313-340. Proceduralne rządy prawa mogą także służyć innym wartościom procesowym, włączając w to racjonalność.

9. Racjonalność proceduralna

Jak już zauważył nie tylko Arystoteles, człowiek jest istotą racjonalną⁵⁶. Zatem ludzie generalnie wolą raczej porządkować swoje sprawy korzystając z rozsądku niż na drodze przypadkowych, czy też arbitralnych działań lub przy użyciu nagiej siły. Wartość tę nazywam racjonalnością proceduralną. W wielu procesach prawnych jej nakazy (wyrażone w formie paremii) są następujące: (1) „ostrożnie zbieraj istotne dowody i ostrożnie rozważaj istotne argumenty”; (2) „ostrożnie zestawiaj te dowody i argumenty”; (3) „rozważaj i analizuj spokojnie i ostrożnie”; (4) „rozwiązuj problemy bezstronnie, a zatem wyłącznie na podstawie względów merytorycznych”; (5) „bądź przygotowany na przedstawienie uzasadnienia decyzji”. Reguły prawne, które tworzą i regulują procesy prawne, zazwyczaj zawierają powyższe nakazy⁵⁷.

Co oczywiste, nakazy te mogą służyć skuteczności dobrego rezultatu. Przykładowo przestrzeganie ich w procesie wyborczym, z większym prawdopodobieństwem zapewni lepszych urzędników. Natomiast przestrzeganie ich w procesie stosowania prawa stanowi konieczność, jeśli prawo ma być w ogóle „stosowane”. Co więcej, w trakcie tworzenia prawa, rezultaty z większym prawdopodobieństwem okażą się lepsze, jeśli proces będzie racjonalny. Jednakże racjonalność proceduralna jest cenna jako taka, niezależnie od skuteczności dobrego rezultatu. W braku nadzwyczajnych okoliczności jest bardziej pożądana niż przypadkowe, arbitralne, czy też wyłącznie przymusowe metody. W ten sposób, spośród dwóch procesów prawnych, dających mniej więcej te same rezultaty, z których tylko jeden jest procesem racjonalnym, powinniśmy co do zasady preferować ten racjonalny. Dzieje się tak dlatego, że zawiera on możliwy do przeanalizowania zabieg wykorzystania ludzkiego rozumowania i z tego powodu jest zrozumiały na poziomie, na którym inne rodzaje procesów nie są. Uczestnicy racjonalnych procesów lub ci, na których racjonalne procesy oddziałują, z reguły mają większą możliwość zrozumienia tego, „co ma miejsce” – dowiedzenia się tego, co im się przydarzyło i dlaczego wiedza ta, sama w sobie, jest warta posiadania.

⁵⁶ Zob. Aristotle, *The ethics of Aristotle. The Nicomachean Ethics*, Penguin Classics, Baltimore 1953, s. 38.

⁵⁷ Prof. Fuller podkreślał, że różne cechy procesów prawnych zabezpieczają „gwarancje rozważności”, które wyrażają, „bardziej dogłębnie niż sama zasada rządów większości rolę, jaką zachodnia kultura historycznie przyznawała rozsądkowi”. L.L. Fuller, *Jurisprudence*, [w:] *Encyclopedia Britannica*, t. 13, Chicago, Encyclopaedia Britannica 1965, s. 152. Na temat bezstronności zob. w szczególności T. Eckoff, *Impartiality, Separation of Powers, and Judicial Independence*, „Scandinavian Studies in Law” 1965, t. 9, s. 9-48, <https://www.scandinavianlaw.se/pdf/9-1.pdf> [dostęp: 17.10.2021].

10. Terminowość i ostateczność

Kiedy mówi się, że proces zostaje szybko rozstrzygnięty bez zwłoki, albo że postępuje z opóźnieniem, ocenia się w istocie „terminowość” poddawanego ocenie procesu⁵⁸. Przykładowo w naszym systemie procesy wyborcze zazwyczaj funkcjonują w sposób terminowy, natomiast procesy tworzenia i stosowania prawa często nie działają w ten sposób, za co są zazwyczaj krytykowane. Ich niezdolność do funkcjonowania w sposób terminowy może w znacznym stopniu wpłynąć na rezultaty. Przykładowo, kiedy ustawodawca działa z opóźnieniem, problemy mogą wzmocnić się do takiego stopnia, że nie będzie on już zdolny sobie z nimi poradzić. Jeśli postępowanie sądowe toczy się opieszale, świadkowie mogą umrzeć, przeprowadzić się w inne miejsce lub zapomnieć okoliczności faktyczne, utrudniając ustalenie faktów. Niezależnie od tego, czy procesy ulepszają rezultaty, radząc sobie z problemami w sposób terminowy, czy też nie, terminowość sama w sobie jest cenna i dlatego kwalifikuje się jako wartość procesowa. Terminowość jest z jednej strony „przeciwieństwem” opieszałości, a z drugiej strony „przeciwieństwem” pośpiechu. Opieszałość jest naganna, nawet jeśli nie wpływa na rezultaty. Osoby, których proces dotyczy, nie powinny być „trzymane w niepewności” bez żadnego powodu. Pośpiech zaś jest naganny, choćby tylko z tego powodu, że szkodzi racjonalności proceduralnej.

Brak ostateczności procesu i opieszałość są ze sobą powiązane. To znaczy, brak ostatecznego rezultatu może nadmiernie przedłużyć procedowanie. W procesie sądowym, w którym prawomocność ma pierwszorzędne znaczenie, chroni spokój i wolność przed szykanowaniem, w którym zawsze dochodzi do „powtórki” tych samych zagadnień, jest wadliwy jako proces⁵⁹.

Dziesięć zagadnień przedstawionych powyżej stanowi jedynie zarys elementów tworzonego katalogu wartości procesowych. Bez wątpienia elementy te mogą zostać rozszerzone, a także ulepszone. Choć niektórym z wymienionych tu wartości poświęcono całe księgi, nadal potrzebne są kolejne elementy, jeśli katalog ten ma być kompletny⁶⁰.

⁵⁸ Przenikliwą dyskusję na temat wartości czasu, mającego znaczenie w kwestiach prawnych, można znaleźć w: D.G. Brown, *The Value of Time*, „Ethics” 1970, t. 80, nr 3, s. 173-184.

⁵⁹ Oczywiście, ta wadliwość może naruszyć jakość ostatecznych rezultatów procesu i okazać się naganna także z tego powodu.

⁶⁰ Pośród wielu możliwych pretendentów do statusu wartości procesowych znajdują się: prawdomówność, tolerancja dla odmiennej opinii, uczciwość urzędnicza i jawność zewnętrzna.

C. „Skuteczność wartości procesowej” – uwagi dotyczące szczególnego elementu katalogu

Katalog wartości służących ocenianiu procesów powinien obejmować szczególny element, dotyczący skuteczności wartości procesowej, jak również zawierać szczególny element, dotyczący skuteczności dobrego rezultatu⁶¹. Istotne jest odróżnienie szczególnej skuteczności wartości procesowej od tego, co nazywał będę ogólną skutecznością wartości procesowej. Proces może albo systematycznie wdrażać wartości procesowe lub im służyć, albo nie czynić tego. Ogólna „niezawodność” we wdrażaniu wartości procesowych lub służeniu im jest pożądana. Rozważmy przykładowo wartość procesową udziału obywateli w sprawowaniu władzy w procesach karnych. Proces karny, który jedynie pozwala niezamożnemu oskarżonemu uczestniczyć w nim, bez zapewnienia mu jednocześnie obrońcy, nie może wiarygodnie służyć udziałowi obywateli w sprawowaniu władzy. Uczestnictwo osoby niezamożnej w swojej własnej obronie nie może być równie znacząca, jak w sytuacji, w której byłaby reprezentowana przez prawnika (co w istocie stanowi proces techniczny). Zatem, aby zapewnić ogólną skuteczność we wdrażaniu istotnej wartości partycypacyjnej, władze muszą zagwarantować obronę z urzędu i darmowy dostęp do obrony niezamożnym.

Ogólna skuteczność procesu we wdrażaniu wartości procesowych zależy od dwóch czynników: (1) skuteczności reguł prawnych, normujących cechy procesów, które wdrażają wartość procesową lub służą jej (przykładowo, reguł gwarantujących obrońcę z urzędu w przedstawionym wyżej przykładzie); i (2) skuteczności „mechanizmów wdrażających” – procedur naprawczych, sankcji i tym podobnych – w ich wykorzystaniu czy narzuceniu, jeśli przytoczone tu, powyższe reguły nie są przestrzegane w konkretnej sprawie (przykładowo, jeśli nie zostanie przyznany obrońca z urzędu).

Pierwszy z tych czynników wyraża hipotezę środek-cel, zgodnie z którą pogłębione uczestnictwo („cel”) niezamożnego oskarżonego wymaga kompetentnego obrońcy („środek”). Hipoteza środek-cel może nie być rozumiana racjonalnie. W takim przypadku działanie wdrażające zakończy się porażką z tej przyczyny. Jednakże, nawet jeśli będzie racjonalne, może zakończyć się porażką, ponieważ może okazać się, że nie ma potrzeby uciekania się do mechanizmów naprawczych lub sankcjonujących, jeśli nie będą przestrzegane przepisy prawne zawierające tę hipotezę.

⁶¹ Zob. część III artykułu.

„Ogólną skuteczność wartości procesowej” należy odróżnić od „ogólnej skuteczności dobrego rezultatu” omówionej powyżej⁶². Pamiętajmy, że dobro ogólnej skuteczności dobrego rezultatu ostatecznie zależy od dobra rezultatów ocenianych według właściwych standardów. Jednakże dobro ogólnej skuteczności wartości procesowej nie zależy od dobra rezultatów. Zależy jedynie od tego, czy dana wartość procesowa jest rzeczywiście wartością procesową.

Niewątpliwie skuteczność procesu we wdrażaniu wartości procesowej lub służeniu jej może kolidować ze skutecznością procesu w zakresie wywołania dobrego rezultatu. Przykładowo taki konflikt mogą stwarzać śledztwa policyjne. Dla rozstrzygnięcia sprawy karnej (skuteczności dobrego rezultatu) konieczne może okazać się ujęcie i przesłuchanie podejrzanego wbrew jego woli w okolicznościach, w których będzie odczuwał strach i bezradność, co naruszy wartość procesową szacunku dla godności jednostki. Inny przykład stanowić może spowodowanie konfliktu „proces kontra rezultat” przez proces administracyjno-regulacyjny. Zatem, aby ograniczyć jazdę pod wpływem alkoholu (skuteczność dobrego rezultatu), można wymagać od kierowców poddania się badaniu krwi wbrew ich woli, w ten sposób naruszając szacunek dla godności i prywatności jednostki (obie są wartościami procesowymi). Można by tu przytoczyć wiele innych przykładów.

D. Uzupełnienie dotyczące relacji pomiędzy wartościami procesowymi a wartościami służącymi ocenie rezultatów procesu

Pośród wartości procesowych różnego typu najczęściej ocenie podlega to, co nazywam „skutkami bezpośrednimi”. Skutki te obejmują przepisy prawa, zastosowanie przepisów prawa, nakazy sądowe i tym podobne. Wśród znanych wartości często stosowanych do oceny takich rezultatów, można wymienić następujące:

1. Wolność. Wartość ta obejmuje zarówno wolności „powszechne”, takie jak wolność wyznania i poruszania się, jak i wolności polityczne, takie jak wolność wypowiedzi.
2. Sprawiedliwość materialna. Wartość ta obejmuje sprawiedliwość dotyczącą należnych zadośćuczynień i odszkodowań, sprawiedliwość kar, sprawiedliwość umów relacji międzyludzkich oraz sprawiedliwość dystrybuowania dóbr i obciążeń przez państwo.
3. Dochód i zamożność.

⁶² Tamże.

4. Formalna i materialna równość szans. Zawierają się w niej równość dostępu do edukacji, jak i brak ograniczeń w dostępie do ważnych funkcji społecznych.
5. Bezpieczeństwo osób i mienia.
6. Porządek publiczny.
7. Godność człowieka.

Chociaż powyższa lista częściowo pokrywa się z listą wartości procesowych omówioną wcześniej⁶³, uważam, że niektóre wartości są generalnie odpowiednie tylko do oceniania procesów jako procesów, podczas gdy inne są odpowiednie tylko do oceniania rezultatów procesowych. Nie będę jednak starał się udowodnić tego twierdzenia, ponieważ moja główna teza nie jest od tego uzależniona. Moja główna teza głosi, że istnieją wartości, które, kiedy zostaną wdrożone we właściwym procesie, są cenne niezależnie od tego, czy ich wdrożenie ulepsza rezultaty procesowe, czy też nie. Dla podtrzymania tej tezy nie ma potrzeby wykazywania, że wartości do oceny procesów i wartości do oceny rezultatów są odmienne. Wartości te mogłyby być całkowicie tożsame, a przedmiotowa teza wciąż by się obroniła. Rozważmy następujący przykład: założmy, że proces stanowienia prawa jest pokojowy. Założmy również, że skutkuje przepisami prawnymi, które chronią porządek publiczny. Wspomniany „całokształt procesu i rezultatu” jest cenny w dwojaki, a nie tylko jeden sposób. Sam proces jest pokojowy, a jego rezultaty przyczyniają się do utrzymania porządku publicznego. Założmy teraz, że mimo iż sam proces jest pokojowy, nie uda mu się doprowadzić do powstania praw pomocnych w utrzymaniu porządku publicznego. Proces wciąż pozostaje dobry jako proces, ponieważ jest pokojowy. Pokojowy charakter procesu kwalifikuje się z tego powodu jako wartość procesowa, ponieważ jest cenny niezależnie od tego, czy jego wdrożenie jednocześnie poprawia rezultaty, czy też nie. Jednakże standardy wartości służących ocenie zarówno procesu, jak i rezultatu, są w tym przykładzie takie same.

W każdym razie, niezaprzeczalnie prawdziwe jest następujące twierdzenie: w konkretnej sprawie, wartości odpowiednie do oceny danego procesu niekoniecznie będą takie same, jak wartości służące do oceny jego rezultatów. Faktycznie wartości te często bywają odmienne. Przykładowo proces stanowienia prawa może zostać uznany za dobry jako proces, ponieważ zapewnia udział obywateli w sprawowaniu władzy, jest pokojowy i funkcjonuje w sposób, który jest racjonalny proceduralnie i sprawiedliwy. Jednakże jego rezultaty – czyli akty prawne – mogłyby być uznane za dobre, ponieważ na przykład

⁶³ Zob. przypisy 45-60 powyżej i tekst, który do nich odsyła.

przyczyniają się do zapewnienia bezpieczeństwa powszechnego poprzez nałożenie wymogu, by pojazdy nie mogły poruszać się z prędkością większą niż pięćdziesiąt mil na godzinę. Można w następujący sposób schematycznie wskazać, w jaki sposób wartości istotne w ocenie procesów i w ocenie rezultatów mogą się różnić:

1. Proces może zostać uznany za dobry, ponieważ posiada W1, W2 i W3, ale jego rezultaty mogą zostać uznane za dobre, ponieważ posiadają W4 i W5.
2. Proces może zostać uznany za dobry, ponieważ posiada W1, W2 i W3, ale niektóre z jego rezultatów mogą zostać uznane za złe, ponieważ brakuje im W4 i W5.
3. Proces może zostać uznany za zły, ponieważ brakuje mu W1, W2 i W3, ale jego rezultaty mogą zostać uznane za dobre, ponieważ mają W4 i W5.
4. Proces może zostać uznany za zły, ponieważ brakuje mu W1, W2 i W3 i jego rezultaty mogą zostać uznane za złe, ponieważ brakuje im W4 i W5.
5. Proces może zostać uznany za zły, ponieważ brakuje mu W1 i W2, a może być niejasne, czy jego rezultaty są dobre, czy złe (często spotykany przypadek).
6. Proces może zostać uznany za dobry, ponieważ ma W1 i W2, a może być niejasne, czy jego rezultaty są dobre, czy złe (często spotykany przypadek).

Jest oczywiście wiele innych możliwych kombinacji.

Zatem tytułem podsumowania, przynajmniej niektóre wartości ogólnie odpowiednie do oceniania rezultatów są także ogólnie odpowiednie do oceniania procesów. Jednakże w konkretnych sprawach wartości odpowiednie do oceniania ich niekoniecznie muszą być takie same i *de facto* często będą odmienne. Wartości procesowe cechują się zatem, przynajmniej na tym poziomie, odrębnym znaczeniem.

E. Ponowne rozważenie wartości procesowych – pięć argumentów sceptyków

Sceptycy mogliby spierać się z różnorodnymi aspektami wysuniętej przeze mnie tezy o wartościach procesowych, a nawet negować istnienie samych wartości procesowych. Z tego powodu zamierzam odnieść się do różnych argumentów

sceptyków⁶⁴. Moje odpowiedzi nie mają charakteru całkowicie rozstrzygającego, ale na chwilę obecną jest to wszystko, co mogę przedstawić.

1. Sceptycyzm „idealnych rezultatów”

Twierdzę, że cechy procesów, wdrażające wartości procesowe lub służące im, są dobre niezależnie od dobrych rezultatów, do osiągnięcia których cechy te mogą się przyczyniać. Wyobraźmy sobie sceptyka „idealnego rezultatu”, który przedstawia następującą kontrargumentację:

„Wyobraźmy sobie świat idealny, rządzony przez władcę – królową filozofkę, która poprzez swoje bezpośrednie działania zawsze tworzy idealne prawa, zawsze stosuje je prawidłowo i zawsze osiąga poprawne rezultaty. W takim społeczeństwie nie byłoby procesów prawnych. W związku z tym, nie byłoby wartości procesowych. Gdybyśmy żyli w takim społeczeństwie, nie sprzeciwilibyśmy się rządowi królowej filozofki, ponieważ rezultaty byłyby idealne. Dowodzi to, że cechy procesowe są cenne tylko dlatego, że w naszym świecie procesy prawne są potrzebne dla stałego zapewnienia dobrych rezultatów. W konsekwencji nie istnieją »wartości procesowe«”.

Odpowiadając sceptykowi „idealnych rezultatów”, chciałbym poruszyć trzy kwestie. Po pierwsze, odmawiam uznania, że nawet w tak idealnym świecie ludzie nie sprzeciwiliby się rządowi królowej filozofki. Uważam, że jeśli byłiby tacy jak my, woleliby posiadać co najmniej jakiś udział obywatelski w sprawowaniu władzy.

Po drugie, świat królowej filozofki to zwyczajnie nie nasz świat. My potrzebujemy procesów prawnych, aby zmaksymalizować dobre rezultaty.

Po trzecie, tak czy inaczej, konkluzja sceptyka „idealnych rezultatów” nie wynika z postawionych przez niego założeń. Nawet jeśli w jego idealnym świecie procesy prawne nie byłyby potrzebne i dlatego obywatele nie mieliby możliwości opowiedzieć się za wartościami procesowymi, nie wynikałoby z tego, że w społeczeństwie, w którym procesy prawne są potrzebne, ich cechy ceni się tylko ze względu na skuteczność dobrego rezultatu. Dlaczego procesy

⁶⁴ Dla moich celów nie jest na szczęście konieczne zagłębianie się w każde źródło sceptycyzmu wobec wartości. Przykładowo, nie muszę podejmować się odpowiadania na złożone argumenty tych filozofów, którzy akcentują brak analogii pomiędzy faktami a wartościami i zaprzeczają, że sądy o wartościach mogą być racjonalnie broniące. Zob. np.: A.J. Ayer, *Language, Truth and Logic*, Victor Gollancz Ltd., London 1946. Nie zajmuję się także pospolitymi źródłami sceptycyzmu wobec wartości bardziej charakterystycznymi dla laików – np. poglądem, że każde zjawisko (niezależnie od tego, czy stanowi wartość, czy nie), które jest abstrakcyjne, ogólne, nieostre oraz w pewien sposób nieprecyzyjnie wysłowione, jest bardziej czy mniej nierealne.

te nie miałyby być dobre także jako procesy? Chociaż wartości procesowe są zależne od procesów, nie wynika z tego, że cechy procesowe, które służą tym wartościom, są cenne wyłącznie dlatego, iż sprzyjają dobrym rezultatom pożądanym przez tych, którzy proces ustanowili.

2. Sceptycyzm „przyszłego rezultatu”

Przedstawiając argumentację na rzecz wartości procesowych podawałem czasami przykłady, w których proces jest zły, ponieważ ignoruje albo narusza wartość procesową, ale pomimo to, jego rezultat w konkretnym przypadku pozostaje dobry⁶⁵. Doszedłem wówczas do wniosku, że to, iż proces ten jest zły, nie może wywodzić się z tego, że rezultat jest zły, ponieważ rezultaty są dobre. Wyobraźmy sobie sceptyka „przyszłych rezultatów”, który udziela następującej odpowiedzi: „Jeżeli proces jest zły, ale rezultaty są dobre, to, że proces jest zły, nadal zależy od rezultatu – gdyż o ile to, że proces jest zły, nie ma niekorzystnego wpływu na rezultaty w danej sprawie, o tyle jego stałe występowanie musiałoby wpłynąć na rezultaty niekorzystnie. Stąd wszelka krytyka złego procesu jest w istocie ukierunkowana na rezultaty, nawet jeśli te rezultaty mają charakter hipotetyczny i przyszły”.

ZapropONUję trzy odpowiedzi. Po pierwsze, siła tego argumentu wysuwanego przez sceptyka słabnie w takim zakresie, w jakim związek przyczynowy pomiędzy złem procesu a złem rezultatu okazuje się wątpliwy. Związek przyczynowy pomiędzy niektórymi cechami procesowymi, które, moim zdaniem, wdrażają wartości procesowe lub im służą a odpowiadającymi im rezultatami procesu, jest rzeczywiście wątpliwy. Tytułem przykładu, udział obywateli w sprawowaniu władzy znajduje wyraz jako wartość procesowa w większościowym głosowaniu wybranego, pochodzącego z wyborów organu legislacyjnego. Jednak przykładowo nieprzestrzeganie zasady rządów większości w żadnym razie nie gwarantuje, że rezultat będzie zły w późniejszych przypadkach, czy nawet w danym, konkretnym przypadku. A mimo to opowiadamy się za zasadą rządów większości jako za cenną cechą procesów stanowienia prawa. Z tego powodu wydaje się wysoce nieprawdopodobne, że nasze poparcie dla tej wartości mogłoby być związane wyłącznie ze skutecznością dobrego rezultatu, którą zasada rządów większości mogłaby mieć w kolejnych przypadkach.

⁶⁵ Zob. tekst, do którego odsyłają przypisy 2-3 powyżej.

Po drugie, sądzę, że nie powinniśmy myśleć tak, jak ktoś odnoszący się sceptycznie do „przyszłego rezultatu”, natomiast powinniśmy uznać wartości procesowe za to czym są – a zatem za wartości, które czynią cechy procesu cennymi na swój sposób, niezależnie od rezultatu. Wartości te są możliwe do zrealizowania raczej w toku procesu niż tylko w ramach jego rezultatów końcowych. Dlaczego wewnętrzne mechanizmy procesu nie miałyby także zostać uznane za możliwą „sferę realizacji wartości” niezależnie od rezultatów końcowych? Sceptyk przyszłych rezultatów wydaje się nie dostrzegać tej możliwości.

3. „Sceptyczne »wyjście poza«”

Twierdzę, że cechy procesowe mogą być dobre z powodu samych tylko wartości procesowych, które wdrażają lub którym służą. Sceptyk obstający przy poglądzie, który nazywam „wyjściem poza” (ang. *behindism*), mógłby przedstawić następującą argumentację:

„Nie wystarczy jedynie nadać nazwy, opisać i podać więcej informacji o tym, czym miałyby być potencjalna wartość procesowa, a następnie zapewnić, że cecha procesowa jest dobra ze względu na tę wartość procesową. Co więcej, jeśli ktoś twierdzi, że potencjalna wartość procesowa, taka jak udział obywateli w sprawowaniu władzy, jest dobra sama w sobie to znaczy, że kończą swoją analizę w arbitralnie wybranym miejscu. Jeśli tylko wyjdziemy poza domniemane wartości procesowe, zawsze napotkamy właściwe wartości »rezultatów«. W ten sposób zawsze okaże się, że dobro procesu, jako procesu, zależy od jego wkładu do dobra rezultatów procesowych, ocenionych przez pryzmat wartości »rezultatów«”.

Po pierwsze nie przeczę, że wiele cech procesowych, oprócz bycia dobrymi ze względu na wartości procesowe, które wdrażają lub którym służą, są także dobre ze względu na dobre rezultaty, do których się przyczyniają. Po drugie, „wyjście poza”, doprowadzone do skrajności, spowodowałoby całkowity regres. W którymś momencie trzeba je zatrzymać⁶⁶. Sceptyk „wyjścia poza” może w tym miejscu ustąpić, jednakże uzna, że moment ten zostanie osiągnięty dopiero wówczas, gdy wykraczając poza tak zwaną wartość procesową rozpoznajemy wyższą wartość, odpowiednią dla oceniania rezultatów procesowych. Moim zdaniem upieranie się przy tym cechuje się dogmatyzmem. Po trzecie, powstrzymanie regresu przy zastosowaniu wartości procesowej

⁶⁶ A przynajmniej wielu tak uważa. Problem ten został omówiony w rozdziale 6 *Infinite Regresses*: C. Wellman, *Challenge and Response – Justification in Ethics*, Southern Illinois University Press, Carbondale, Edwardsville 1971.

po prostu nie ma charakteru arbitralnego. Przyznaję, że przy tworzeniu mojej listy i analizowaniu wartości procesowych czasem zadowalałem się jedynie sugestywnymi lub intuicyjnie prawdopodobnymi zarysami tego, w jaki sposób czynią one cennymi cechy procesowe. Jednakże niektóre wartości procesowe są tak bardzo uznawane za oczywiste w naszym społeczeństwie – mimo iż nie zawsze są wdrażane – że samo zwrócenie na nie uwagi powinno być wystarczające. Proponuję, aby sceptyk przeanalizował w tym świetle takie przykłady, jak udział obywateli w sprawowaniu władzy, humanitarność, pokojowość procesu, sprawiedliwość proceduralna i legitymizacja. Po czwarte, bez wahania przyznaję, że moje rozumienie niektórych wartości procesowych nie jest idealne. Ich doniosłość jako wartości, jest trudna do wyrażenia. Wierzę jednak, że nie ograniczyłem się wyłącznie do nadania nazw ewentualnym wartościom. W odniesieniu do każdej wartości przytoczyłem wystarczająco dużo argumentów, aby obalić ewentualny zarzut, iż jedynie nazywam dane zjawisko wartościowym. Z tego powodu sprawiedliwe wydaje się przerzucenie ciężaru dowodu na sceptyka *behindismu*.

4. Sceptycyzm „ostatecznych wartości”

Być może możliwe jest sformułowanie przekonującej teorii, dotyczącej „ostatecznej podstawy wartości” dla wartości procesowych. Dla przykładu, można by próbować „oprzeć” przytoczone wartości na ogólnikach dotyczących ludzkiej natury albo na jakiejś wszechstronnej teorii racjonalności, czy też na idealnej koncepcji społeczeństwa. Z uwagi na to, że nie próbowałem tego uczynić, sceptyk mógłby twierdzić, iż:

„Aby teza o wartościach procesowych była przekonująca, zwolennicy tej tezy muszą ostatecznie wykazać, dlaczego rzekome wartości procesowe są cenne, a to wymagałoby oparcia ich na podstawie jakiejś przekonującej i uzasadnionej teorii aksjologicznej”.

Przyznaję, że gdybym potrafił wykazać tego rodzaju „ostateczną podstawę wartości” dla każdej z wartości procesowych, mogłoby to wzmocnić siłę argumentacyjną wysuniętej przeze mnie tezy. Jednakże sama możliwość zrealizowania takiego projektu stanowi przedmiot debaty filozoficznej⁶⁷. Projekt taki wykracza również poza cele i zakres niniejszej pracy. Aby obronić moją główną tezę, konieczne jest jedynie podanie niektórych wartości procesowych,

⁶⁷ Zob. ogólnie: P. Taylor, *Normative Discourse*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs 1961, s. 68-188; H. Feigl, *Validation and Vindication – An Analysis of the Nature and Limits of Ethical Arguments*, [w:] W. Sellars, J. Hospers (red.), *Readings in Ethical Theory*, Appleton-Century-Crofts, New York 1952, s. 667.

które, jako wartości, są znane i nie budzą kontrowersji i które sprawiają, że cechy procesowe są cenne niezależnie od rezultatów. Wierzę, że większość z elementów mojego katalogu mieści się w tej kategorii.

5. Sceptycyzm „skutków doświadczalnych”

Twierdziłem, że cechy procesowe, które wdrażają wartości procesowe lub im służą, są cenne ze względu na te wartości procesowe. Wyobraźmy sobie sceptyka „skutków doświadczalnych”, który przedstawia następującą argumentację:

„Cechy procesowe, które wdrażają wartości procesowe lub im służą, nie są cenne ze względu na te wartości procesowe. Są cenne tylko, jeżeli uczestnicy procesu lub osoby, na które proces ma wpływ, doświadczają pewnych reakcji psychologicznych lub odczuć. Doświadczenia te są jednym z typów rezultatów procesowych. W ten sposób wartości procesowe są wartościami zależnymi od rezultatu”.

Rozważmy dwie następujące tabele.

TABELA A		
Cecha procesowa wdrażająca wartość procesową		Skutki doświadczalne
1.	Niezakłócone uczestnictwo oskarżonego w swojej własnej obronie (wartość procesowa: udział obywateli w sprawowaniu władzy)	Poczucie oskarżonego, że miał całkowicie swój „dzień w sądzie”
2.	Wolność oskarżonego od tortur, mających doprowadzić do złożenia zeznania (wartość procesowa: humanitaryzm)	Uniknięcie strachu i fizycznej krzywdy oskarżonego
3.	Równe szanse powoda na przedstawienie swojego stanowiska w sprawie (wartość procesowa: sprawiedliwość proceduralna)	Poczucie powoda, że został potraktowany w sposób racjonalny i wolny od arbitralności.
4.	Oświadczenie organu administracyjnego dotyczące ustaleń faktycznych i przyczyn odrzucenia wniosku o przyznanie świadczeń socjalnych (wartość procesowa: racjonalność proceduralna)	Poczucie wnioskodawcy, że został potraktowany w sposób racjonalny i wolny od arbitralności.

TABELA B		
Cecha procesowa naruszająca wartość procesową		Skutki doświadczalne
1.	Odmowa oskarżonemu udziału w swojej własnej obronie	Gniew i rozgoryczenie oskarżonego
2.	Poddanie oskarżonego torturom	Strach, krzywda fizyczna, gniew, rozgoryczenie
3.	Odmowa powodowi prawa przedstawienia sądowi cywilnemu swojego stanowiska w sprawie	Gniew, rozgoryczenie powoda
4.	Arbitralne odrzucenie wniosku bez analizy okoliczności faktycznych	Gniew i gorycz składającego wniosek

Sceptyk „skutków doświadczalnych” argumentuje, że wartości takie jak udział obywateli w sprawowaniu władzy, humanitaryzm, sprawiedliwość proceduralna i racjonalność proceduralna są cenne wyłącznie ze względu na skutki doświadczalne, które towarzyszą ich wdrażaniu przez cechy procesowe. Zatem ich wartościowość wywodzi się z innych „zagadnień” (prawa kolumna, tabela A), tak samo jak ich bezwartościowość (prawa kolumna, tabela B), natomiast te inne zagadnienia można zaklasyfikować, zgodnie z moim systemem, jako rezultaty procesowe – skutki uboczne albo niezamierzone uboczne konsekwencje skutków bezpośrednich⁶⁸. W konsekwencji sceptyk dojdzie do wniosku, że sama koncepcja wartości procesowych jest logicznie niespójna. Po prostu nie mogą istnieć żadne wartości, które czynią cechy procesowe cennymi, bez uwzględnienia, czy cechy te przyczyniają się do dobrych rezultatów procesowych. Skutki doświadczalne wymagane, aby wartości procesowe uczyniły cechy procesowe cennymi, same stanowią jedną z odmian „rezultatów” procesowych, zgodnie z rozumieniem, w jakim pojęcie to jest stosowane w niniejszym eseju.

Jednakże w moim przekonaniu wartość procesowa, której służy cecha procesowa, nie jest co do swej wartości uzależniona od wystąpienia uczuć czy innych doświadczeń, a przynajmniej nie w indywidualnych przypadkach. Załóżmy przykładowo, że strona rzeczywiście otrzymuje równe szanse w sądzie. Dana strona w dalszym ciągu może być niezadowolona i rozgoryczona.

⁶⁸ Zob. przypisy 23-24 i odsyłający do nich tekst powyżej.

Sceptyk skutków doświadczalnych powiedziałby, że z tego powodu proces nie zapewnił stronie szansy, ani na udział obywateli w sprawowaniu władzy ani na sprawiedliwość proceduralną. Jednakże w takim przypadku mamy do czynienia z podejściem subiektywnym. Ta sama cecha procesu byłaby postrzegana jako mająca wartość procesową, bądź też nie, w zależności od subiektywnych doświadczeń uczestników procesu lub osób, na które proces wywiera wpływ. Jednakże różne czynniki mogą uzasadniać, dlaczego osoby, które biorą udział w procesie lub na które proces wywiera wpływ, mogą nie być zadowolone, podczas gdy, według obiektywnej analizy, cechy procesowe jak najbardziej służą danym wartościom procesowym. Osoby te mogły się mylić co do faktów. Mogły nie zrozumieć urzędnika. Mogły być nieracjonalne. Już same ich oczekiwania mogły być nierealistyczne. Mogły być tak niezadowolone ze skutków bezpośrednich, że nie były w stanie dostrzec niczego dobrego w procesie. Podobnie bezwartościowość procesu nie jest uzależniona od wystąpienia uczuć gniewu czy rozgoryczenia⁶⁹.

Sceptyk „skutków doświadczalnych” może opowiedzieć się za poglądem mniej radykalnym, a mianowicie takim, który głosi, że chociaż cechy procesowe, które służą wartościom procesowym, nie są zależne pod względem swoich wartości od wystąpienia „odczuć wartości” w konkretnych sprawach, to co do zasady zależą pod względem swojej wartości od mniej lub bardziej regularnego występowania takich odczuć. Nie jestem w stanie przekonywująco odnieść się w tym miejscu do takiego poglądu, ale nawet jeśli jest on słuszny, to przynajmniej pozostawiałby mi możliwość skorygowania mojej teorii w następujący sposób. Wartość procesowa to wartość, która czyni cechy procesu dobrymi, niezależnie od tego, czy cechy te przyczyniają się także do dobrych rezultatów (w przeciwieństwie do tych skutków plus skutków ubocznych i niezamierzonych konsekwencji). Takie wartości procesowe nadal tworzyłyby standardy oceniania procesu jako procesu i standardy te byłyby odmienne od „skuteczności dobrego rezultatu”. Nie byłyby konieczne takie same, jak standardy właściwe do oceniania skutków procesów sądowych jako skutków, w poszczególnych sprawach. W ten sposób moja główna teza pozostałaby w przeważającym stopniu niezachwiana.

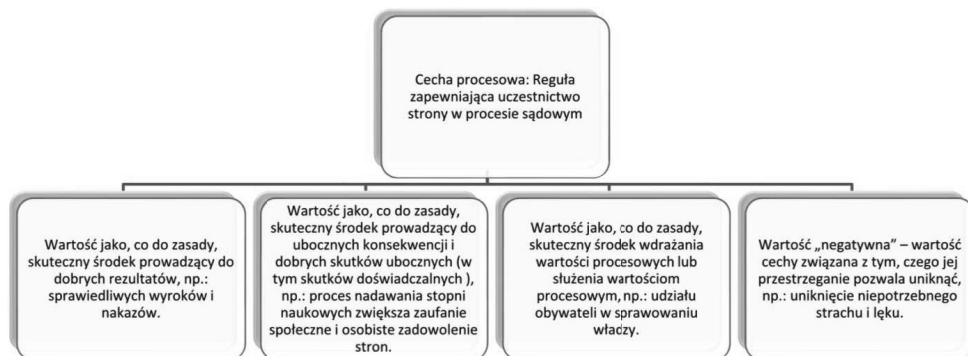
F. Wykres podsumowujący

Być może przydatne będzie podsumowanie swoistych sposobów, jakimi egzemplifikacyjna cecha procesowa może przyczynić się do całkowitego dobra

⁶⁹ Por. C.A. Baylis, *Grading, Values, and Choice*, „Mind” 1958, t. 67, nr 268, s. 485, 495-496.

procesu jako procesu. W wykresie przedstawionym poniżej tytułem przykładu wykorzystałem cechę procesową „uczestnictwa udziału strony” w procesie sądowym.

Wykres. W jaki sposób przykładowy proces może mieć wartość, która przyczynia się do ogólnego dobra procesu jako procesu.



V. Niezastosowanie i niewłaściwe zastosowanie wartości procesowych w praktyce – zestawienie

Wartości procesowe są istotne przy ocenianiu i wybieraniu procesów prawnych, czy to rzeczywistych, czy też proponowanych. Poniżej przedstawię, w jaki sposób wartości te mogłyby nie zostać wzięte pod uwagę lub zostać niewłaściwie wykorzystane. Przedstawione przykłady będą pochodziły z naszego rodzimego otoczenia. W ten sposób, czytelnik będzie mógł ocenić, czy „apel o wartości procesowe” jest słuszny.

A. Oceny i wybory, które nie biorą pod uwagę wartości procesowych – „ukierunkowanie na rezultat” *par excellence*

Przegląd literatury naukowej mógłby wprawić zwolenników wartości procesowych w konsternację. Wielu „politologów”, filozofów moralności i studentów kierunku „strategia podejmowania decyzji we władzach” nie bierze pod uwagę wartości procesowych⁷⁰. Dlatego, gdy nie tylko ekonomiści podejmują rozważania na temat korzyści państwowych i „dóbr publicznych”, wartości

⁷⁰ Udowadnianie twierdzeń negatywnych jest ściśle rzecz biorąc prawie zawsze niemożliwe. Tutaj poprzestanę na odniesieniach do tego, co uważam za reprezentatywne.

procesowe nieczęsto zaliczone są do korzyści czy dóbr⁷¹. Niektórzy politolodzy, szczególnie behawioryści, wydają się zupełnie ignorować pytania oceniające⁷². „Analitycy systemów” zazwyczaj nie biorą pod uwagę wartości procesowych⁷³. Wielu filozofów moralności – szczególnie o utylitarnych poglądach – kładzie nacisk na jakość rezultatu (konsekwencje)⁷⁴, natomiast ignoruje wartości procesowe. Nawet profesorowie prawa systematycznie zaniedbują wartości procesowe⁷⁵, chociaż domagają się „rzetelnego procesu”, jako środka do osiągnięcia dobrych rezultatów.

Czy krótkowzroczność teoretyków społecznych ma wpływ na podmioty społeczne? Brak takiego wpływu byłby zaskakujący. Współcześni prezydenci, podobnie jak ustawodawcy, ignorowali najbardziej elementarne wartości procesowe. Faktycznie, nawet sędziowie tak wnikliwi jak Holmes⁷⁶, a ostatnio Fortas⁷⁷, czasami nie potrafili dostrzec wartości procesowych, które są w zasięgu ręki. Także i pod tym względem nieświadomość laika dotycząca wartości procesowych jest szeroko rozpowszechniona. Zwróćmy uwagę na to, jak często laicy są skłonni lekceważyć reguły procesowe jako „niuanse techniczne”, mimo że są to te same reguły, które muszą chronić większość z wartości procesowych.

⁷¹ Nawet najważniejsi myśliciele wypowiadają się niewiele albo wcale nie wypowiadają się na temat wartości procesowych. Zob. np.: K.J. Arrow, *The Organization...*, dz.cyt.; G.J. Stigler, *The Law...*, dz.cyt.

⁷² To często dostrzegany i często dyskutowany fakt. Zob. np. W. Berns, *Law and Behavioral Science*, „Law and Contemporary Problems” 1964, t. 28, s. 203, <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2953&context=lcp> [dostęp: 17.10.2021]. Widać jednak oznaki zmian.

⁷³ Zob. np. F.E. Emery, *Systems Thinking. Selected Readings*, Penguin, Harmondsworth 1969.

⁷⁴ Zob. ogólnie J.J. Carswell Smart, B.A.O. Williams, *Utilitarianism For and Against*, Cambridge University Press, Cambridge 1973; D.W. Brock, *Recent Work in Utilitarianism*, „American Philosophical Quarterly” 1973, t. 10, nr 4, s. 249-265.

⁷⁵ Są jednak rzadkie wyjątki. Dwoma godnymi odnotowania są profesorowie Laurence Tribe i Charles Fried z Harvardu. Zob. C. Fried, *An Anatomy of Values*, s. 105-115; L.H. Tribe, *Policy Science: Analysis or Ideology?*, „Philosophy & Public Affairs” 1972, t. 2, nr 1, s. 66-110.

⁷⁶ Dla przykładu, zob. opinia Holmesa w sprawie *McDonald v. Mabee*, „United States Reports” 1917, t. 243, s. 90-92, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/243/90/> [dostęp: 17.10.2021] w której usprawiedliwił zagwarantowanie pod sądowemu możliwości bycia wysłuchanym, przedstawiając ją jedynie jako środek osiągnięcia „sprawiedliwości materialnej” w kwestii rezultatu.

⁷⁷ Przykładu dostarcza jego opinia w sprawie *In Re-Gault*, „United States Reports” 1967, t. 387, s. 1-20, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/387/1/> [dostęp: 17.10.2021], gdzie, jedynie po pośrednim odniesieniu do sprawiedliwości, uzasadnia przyznanie „rzetelnego procesu” młodocianym na tej podstawie, że prowadzi do lepszych rezultatów.

B. Oceny i wybory, w których wartości procesowe są jedynie słabo uznawane

Czym innym jest całkowite ignorowanie wartości procesowych, a czym innym niezdolność rozumienia znaczenia odpowiednich wartości procesowych. Bez wątpienia jednym z powodów, dla których wartości procesowe są ignorowane, jest ich nieodłączna nieuchwytność i niejasność. Byłyby rzadziej ignorowane, gdyby łatwiej było je sobie uzmysłwić. Doniosłość wartości takich jak na przykład legitymizacja, legalność proceduralna, czy racjonalność proceduralna nie cechuje się całkowitą jasnością. Ponadto nawet wtedy, kiedy takie wartości zostają bez trudu zrozumiane, może dojść do niezrozumienia ich praktycznych nakazów w danym kontekście. Oczywiście nie wszystkie wartości procesowe są trudne do zrozumienia. Przykładowo udział obywateli w sprawowaniu władzy i racjonalność proceduralna mogą być zrozumiane mniej lub bardziej bezproblemowo.

Oceny i wybory są zatem niekiedy dokonywane przy nikłym uznaniu danych wartości procesowych. I mimo iż niekoniecznie musi to prowadzić, w konkretnych sprawach, do ustaleń, które w sposób niepożądany poświęcają wartości procesowe, przypuszczalnie sprawia, że podejmujący decyzje przykładają mniejszą wagę do wartości procesowych, niż czyniliby to w innym wypadku.

C. Oceny i wybory, które w sposób nieuzasadniony poświęcają wartości procesowe: bardziej radykalna forma „ukierunkowania na rezultaty”

Wartości nieuchronnie ze sobą kolidują. Aby osiągnąć pożądane rezultaty, czasami konieczne jest nawet poświęcenie wartości procesowych. Jednakże takie poświęcenie może być nieuzasadnione. Przykładowo, niektórzy „ludzie wpływowi” mogą preferować wybór konkretnego kandydata na prezydenta. Z tego powodu mogą potajemnie dokonać sabotażu procesu wyborczego, aby zapewnić rezultat, którego sobie życzą. Czyniąc tak, poświęcaliby przynajmniej wartości procesowe udziału obywateli w sprawowaniu władzy, legitymizacji i sprawiedliwości procesowej. Wielu obserwatorów uważa, że w istocie miało to miejsce w czasie kampanii reelekcyjnej [prezydenta] Nixona w 1972 r. Z pewnością niektórzy ze zwolenników Nixona ingerowali w prawyборы wśród demokratów oraz w ich kampanię wyborczą do parlamentu. Częścią ich strategii było ułatwienie nominacji teoretycznie „słabemu” przeciwnikowi. Część

byłych zwolenników prezydenta Nixona prawdopodobnie uważała, że musi zostać ponownie wybrany za wszelką cenę⁷⁸, nie zważając na wartości procesowe.

Analogicznie, kiedy Prezydent Nixon powierzył federalnemu sędziemu okręgowemu stanowisko dyrektora FBI w sprawie karnej, w której ów sędzia pełnił rolę przewodniczącego składu orzekającego i w której nominacji samego Prezydenta oskarżali sławnego anty-Nixonowca (Daniela Ellsberga), prezydent najwyraźniej przejawiał wolę poświęcenia bezstronności celem wywarcia wpływu na wynik procesu⁷⁹. Bezstronność jest nakazem racjonalności proceduralnej: pomaga zagwarantować, że wyłącznie czynniki merytorycznie istotne będą miały wpływ na wynik. Podobnie, Prezydent Nixon poświęcił bezstronność i legitymizację, kiedy uniemożliwił pierwszemu specjalnemu prokuratorowi ds. Watergate niezależne funkcjonowanie i zdymisjonował go za odmowę ograniczenia śledztwa prokuratorskiego, które go dotyczyło⁸⁰.

Działacze lewicy również poświęcali wartości procesowe w okolicznościach, w których poświęcenie ich budziło wątpliwości. Obecnie wręcz banalne jest przytaczanie w tym kontekście działań podejmowanych przez ruch praw człowieka w późnych latach pięćdziesiątych i wczesnych sześćdziesiątych dwudziestego wieku⁸¹. Rozważmy jednak także „przejmowanie budynków” kampusów uczelni w późnych latach sześćdziesiątych i wczesnych siedemdziesiątych. Często nie były to tylko „protesty”, ale próby „negocjowania” stanowienia prawa uczelni i podejmowania innych decyzji. Okupujący często odmawiali opuszczenia budynków aż do momentu spełnienia ich żądań (albo do momentu, w którym dysponowali wystarczającymi gwarancjami, że ich żądania zostaną spełnione)⁸². Aktywiści poświęcili dla rezultatów takie

⁷⁸ Zob. Hearings on Presidential Campaign Activities of 1972 before the Senate Select Committee on Presidential Campaign Activities, „Congressional Hearings” 1973, t. 93, ks. 2, s. 814, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-93shrg96296Ob2/pdf/CHRG-93shrg96296Ob2.pdf> [dostęp: 17.10.2021] (zeznanie Jeba Stuarta Magruder).

⁷⁹ Na polecenie prezydenta John Ehrlichman dwukrotnie spotkał się z sędzią Matthew Byrne'em, a sędzia raz z prezydentem. Patrz ogólnie tamże, ks. 6, s. 2617-2622, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-93shrg96296Ob6/pdf/CHRG-93shrg96296Ob6.pdf> [dostęp: 17.10.2021] (zeznanie Johna Ehrlichmana).

⁸⁰ Refleksje byłego prokuratora specjalnego w tym przedmiocie, zob. A. Cox, *Ends*, „New York Times” z 19.05.1974 r., s. 27, § 6. Prof. Cox stwierdził, że afery Watergate wskazują na erozję wartości procesowych w życiu publicznym, choć nie użył takiej terminologii. *Idem*, 66, 68, 72. Czyny wielu osób zaangażowanych w aferę Watergate stanowiły również naruszenie osobistych norm moralnych uznawanych w naszym społeczeństwie. Jednakże nie należy mylić wartości procesowych z takimi standardami, choć w pewnym stopniu są one tożsame.

⁸¹ A.M. Bickel, *Watergate and the Legal Order*, „Commentary” 1974, t. 57, nr 1, s. 19.

⁸² Zob. ogólnie R. Summers, C. Howard, *Law, Its Nature...*, s. 533-595. Jak można się spodziewać, literatura dotycząca „politycznego działania bezpośredniego” z tego okresu

wartości procesowe jak legitymizacja (przejmowanie budynków kampusu nie jest praworządnym procesem decyzyjnym), udział obywateli w sprawowaniu władzy (jedynie okupujący je samozwańczo uczestniczyli w sprawowaniu władzy „w imieniu studentów”) oraz racjonalność proceduralna (sytuacje takie rzadko pozwalają na racjonalne rozważanie, ustalanie faktów itp.)⁸³.

Spośród wszystkich gałęzi rodzimego prawa pozytywnego wartości procesowe i pożądanе skutki zazwyczaj kolidują ze sobą w najbardziej dający się zauważyć sposób w sferze prawa karnego. Z uwagi na to, że skazanie winnego ma charakter priorytetowy, nie powinno stanowić zaskoczenia to, że niekiedy wartości procesowe zostają podporządkowane temu skutkowi. Tytułem przykładu do niedawna policja niejednokrotnie naruszała wartości procesowe, takie jak humanitaryzm, szacunek dla godności człowieka i prywatności jednostki, w imię skazania winnego w drodze bezpodstawnych naruszeń i „metod trzeciego stopnia”⁸⁴. Obecnie sądy interpretują konstytucję tak, aby zapobiegać większości takich naruszeń oraz dokonały rozszerzenia „zakazów dowodowych” celem ich wzmocnienia⁸⁵. Jednakże nie zawsze tak było i nie zawsze ma to miejsce w praktyce, również obecnie. W istocie, często ugoda obrony stanowi wysoki odsetek wyroków skazujących, jednak narusza wiele wartości procesowych, w tym niektóre z wartości chronionych na podstawie ostatnio powstałej wykładni konstytucji. W związku z tym, kiedy policja i prokurator nakłaniają oskarżonego do „zrzeczenia się” praw gwarantujących mu ochronę przed bezprawnymi naruszeniami policji lub wymuszonymi zeznaniami w zamian za przyznanie się do winy celem otrzymania mniej dolegliwego

generalnie nie zajmuje się wartościami procesowymi, nawet jeśli jej autorami są cenieni profesorowie uniwersyteccy. Zob. np. M. Walzer, *Political action – a Practical Guide to Movement Politics*, NYRB Classics, New York 1971.

⁸³ Oczywiście, nie próbuję przez to powiedzieć, że działania aktywistów z kampusu były tak samo niedopuszczalne jak uczestników afery „Watergate”. Naruszenia urzędnicze są szczególnie niedopuszczalne i niebezpieczne. Zob. J. Lieberman, *How the Government Breaks the Law*, Stein and Day, New York 1972. Pragnę podkreślić, że w niniejszej pracy dążyłem do analizy politycznie neutralnej zarówno wobec liberałów, jak i konserwatystów. Do czytelników należy ocena, czy mi się to udało. Jednakże muszę przyznać, że opowiadam się za tezą chroniącą wartości procesowe, z których wiele ma charakter liberalny. Czy teza, która utrwała wartości liberalne, jest konserwatywna? Jeśli tak, to niech tak będzie.

⁸⁴ Zob. np. M.G. Paulsen, *The Fourteenth Amendment and the Third Degree*, „Stanford Law Review” 1954, t. 6, nr 3, s. 411-437.

⁸⁵ Główne kierunki rozwoju zostały przedstawione w sposób niezwykle zwięzły przez dwóch badaczy tematu w J.H. Israel, W.R. LaFave, *Criminal Procedure in a Nutshell. Constitutional Limitations*, West Publishing Company, St. Paul 1971, s. 85-179, 210-256, 280-335.

wyroku, tak zwane „zakazy dowodowe”, tracą część swojej skuteczności jako środek ochrony wartości procesowych.

Nie twierdzą, że poświęcenie wartości procesowych nigdy nie może być usprawiedliwione. Zawsze można postulować istnienie okoliczności nadrzędnych. W przypadku niektórych okoliczności, poświęcenie wartości procesowych może być nawet systematycznie usprawiedliwiane. Przykładowo przy zwolnieniach pracowników sektora bezpieczeństwa wewnętrznego może być usprawiedliwione udzielenie pracownikowi mniej wyczerpującego wysłuchania publicznego ze względu na ochronę tajemnicy państwowej. W tym wypadku do pewnego stopnia poświęcona zostaje między innymi wartość procesowa udziału obywateli w sprawowaniu władzy. Czy też, w celu bardziej skutecznego wyeliminowania zagrożenia w ruchu drogowym, domniemanym kierowcom prowadzącym pod wpływem alkoholu można odmówić prawa do przesłuchania osób przeprowadzających badanie krwi. W tym wypadku również może mieć miejsce usprawiedliwione poświęcenie wartości partycypacyjnej.

Jednakże uważam, że wiele osób piastujących urzędy ma naturalne skłonności do poświęcania wartości procesowych na rzecz uzyskania pożądaných skutków niezależnie od tego, czy poświęcenie jest uzasadnione, czy też nie. Uważam również, że nieusprawiedliwione przypadki poświęcenia [wartości] zdarzałyby się rzadziej, gdyby więcej spośród nich było wrażliwych na wartości procesowe i gdyby został opracowany praktyczny rachunek sposób ważenia wartości procesowych z innymi wartościami. Sędziowie, w tym między innymi sędzia Learned Hand stwierdzili, że taki rachunek byłby niezmiernie trudny do opracowania⁸⁶.

Być może przydatna mogłaby okazać się próba wyjaśnienia, dlaczego istnieje tendencja do poświęcania wartości procesowych na rzecz rezultatów w przypadku kolizji między nimi. Po pierwsze, co oczywiste, wartość osiągniętego rezultatu może po prostu przewyższać wartości procesowe albo może być za taką uważana. Po drugie, skoro wartości procesowe są trudne do wyrażenia i zmierzenia, podejmujący decyzje prawdopodobnie przyznają im mniejszą wagę. Po trzecie, przepisy prawne, które aspirują do ochrony wartości procesowych, nieczęsto posiadają oczywiste uzasadnienie⁸⁷. W rezultacie chronione wartości są w pewnym sensie niewidoczne i trzeba się ich doszukiwać celem rozważenia. Po czwarte, istnieje szeroko rozpowszechniona tendencja traktowania procedur jedynie jako niuansów technicznych albo

⁸⁶ L. Hand, I. Dilliard, *The Spirit of Liberty*, Knopf, New York 1952, s. 261. Zob. również B. Cardozo, *Paradoxes of Legal Science*, Westport, Greenwood 1928, s. 56-57.

⁸⁷ Zob. część VI artykułu.

„zasad” praktycznych. Z tego powodu przyjmuje się, że wartości przez nie chronione są nieistotne.

D. Oceny i wybory, które w nieusprawiedliwiony nieuzasadniony sposób poświęcają jedną wartość procesową na rzecz innej

Istnieje wiele przykładów zjawisk, za sprawą których jedna wartość procesowa zostaje poświęcona na rzecz innej. Tytułem przykładu, szybkość podejmowania decyzji (terminowość) stanowi wartość procesową (w przeciwieństwie do opieszałości). Jednakże niepośpieszna analiza i ostrożne ustalanie faktów również stanowią nakazy całkowicie innej wartości procesowej, a mianowicie racjonalności proceduralnej. Niekiedy wartości te kolidują ze sobą. Większość składu Sądu Najwyższego w sprawie „raportu Pentagonu” dążyła do szybkiego rozstrzygnięcia nawet, mimo iż jak zauważył sędzia Harlan, oznaczało to nieusprawiedliwione poświęcenie racjonalności proceduralnej⁸⁸.

Zatem urzędnicy mogą poświęcać wartość procesową nie tylko dla rezultatu, do którego dążą, ale także celem szybkiego osiągnięcia tego rezultatu. Odnosząc się do innej kolizji wartości procesowych, a zatem pełnego uczestnictwa obu stron w postępowaniu sądowym, może pozostawać w konflikcie z wartością procesową prawomocności. Może to mieć miejsce, jeżeli jedna ze stron poweźmie wiadomość o nowym materiale dowodowym i będzie dążyła do wznowienia sprawy.

E. Oceny i wybory, które „przeceniają” wartości procesowe

Chociaż w mojej opinii w naszym społeczeństwie panuje powszechna tendencja niedoceniań wartości procesowych, niekiedy mogą być one również przeceniane. Przykładowo często przeceniany jest udział obywateli w sprawowaniu władzy. W społeczeństwie takim jak nasze, w rzeczywistości uczestnictwo obywateli na każdym istotnym etapie każdego ważkiego procesu decyzyjnego, który może na nich wpłynąć w istotny sposób, jest w praktyce niemożliwe. Nawet w przypadkach, gdy byłoby możliwe, niekoniecznie musiałoby być to właściwe, biorąc pod uwagę takie postulaty, jak wiedza specjalistyczna czy poufność. Tam, gdzie udział obywateli w sprawowaniu władzy jest zarówno

⁸⁸ Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *New York Times Co. v. United States*, „United States Reports” 1971, t. 403, s. 713-714, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/713/> [dostęp: 17.10.2021] (J. Harlan w zdaniu odrębnym krytycznie). Oczywiście nie próbuję przez to powiedzieć, że jedynymi wchodzącymi w grę wartościami były wartości procesowe.

możliwy, jak i właściwy, konkretna forma wnioskowanej partycypacji może okazać się niewłaściwa. Na przykład z pewnością nie byłoby właściwe decydowanie o etacie wykładowcy wyłącznie przez większościowe głosowanie studentów albo o treści programu nauczania szkoły publicznej wyłącznie przez większościowe głosowanie rodziców. Jednak nasze prawo doprowadza niektóre role partycypacyjne do skrajności. Dla przykładu, w wielu stanach ustawodawstwo przyznaje związkom zawodowym nauczycieli – w przeciwieństwie do samych nauczycieli – istotny głos w formułowaniu podstaw polityki oświatowej w szkołach publicznych⁸⁹. Ponadto notorycznie zdarza się, że nasze prawo generalnie pozwala na realizowanie prawnie nabytych interesów ekonomicznych w procesie legislacyjnym poprzez lobbying, darowizny na kampanie i tym podobne.

F. Oceny i wybory, które zaniedbują ogólną skuteczność wartości procesowej

Oceniający (albo dokonujący wyboru) zaniedbuje jeszcze inny ważny czynnik oceny, kiedy nie potrafi rozważyć, w jaki sposób proces mógłby być lepiej zaplanowany, aby realizować wartości procesowe lub służyć im. Nie jest to przypadek rzadki. Przykładowo amerykańskie sądy potrzebowały ponad stu lat, aby dostrzec, że procesy karne były słabo zorganizowane pod względem zagwarantowania stronie niezamożnej uczestnictwa w procesie. Ostatecznie sądy zażądały dla nich bezpłatnej pomocy prawnej⁹⁰.

IV. Wdrażanie wartości procesowych poprzez prawo – wymogi ogólne

Spółeczeństwo, które dąży do wdrażania wartości jako wartości procesowych przez prawo (1), będzie skłonne do krytyki naruszeń lub odstępstw od tych wartości. Będzie do niej skłonne z powodów szczególnych – powodów, które nie są ukierunkowane wyłącznie na rezultaty; i (2) dopilnuje prawnego wdrażania tych wartości, mimo iż nie musi to prowadzić do zwiększenia jakości rezultatów procesowych. Zatem, nawet gdy rezultaty są dobre, społeczeństwo będzie zainteresowane odstępstwami i naruszeniami wartości procesowych.

Celem wdrożenia wartości procesowych poprzez prawo system prawny musi zapewniać:

⁸⁹ Zob. np. „New York Consolidated Laws. CVS – Civil Service” 1973, §§ 200-214 („Taylor Act”).

⁹⁰ Zob. wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Argersinger v. Hamlin*; wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Gideon v. Wainwright*.

1. Środki pozwalające zaprojektować cechy procesowe tak, aby „uosabiały” wartości procesowe;
 2. Mechanizmy korygujące, sankcje i tym podobne instrumenty, które mogą wchodzić w grę, kiedy „immanentne” wartości procesowe są naruszane, niezależnie od rezultatu;
 3. Środki, przy użyciu których zarządzający procesem i osoby, na które wpływa, mogą stwierdzić, czy konkretne procesy rzeczywiście mają zabezpieczać wartości procesowe (lub powinny być w ten sposób postrzegane);
 4. Środki, przy użyciu których zarządzający procesem (urzędnicy i inni) mogą stwierdzić, czy wartość procesowa, do której wdrażania proces został zaprojektowany, została naruszona w konkretnej sprawie.
- Przejdę teraz do omówienia każdego z powyższych wymogów⁹¹.

A. Środki pozwalające zaprojektować cechy procesowe tak, aby „uosabiały” wartości procesowe

Wymóg ten nastrocza stosunkowo mało problemów. Poprzez użycie norm proceduralnych – reguł, zasad, sentencji, wyroków i tym podobnych – cechy procesowe mogą zostać zaprojektowane celem „uosobienia” danej wartości. Przykładowo reguły i inne normy mogą zapewniać wysłuchanie w celu wdrożenia wartości procesowej, jaką jest udział obywateli w sprawowaniu władzy. Jak wskazano powyżej, to czy została zabezpieczona wartość, może wpłynąć na kształt procesu w zakresie jego etapów, w zakresie ról, jakie zostają powierzone jego uczestnikom, w zakresie kroków, jakie mają podejmować uczestnicy w ramach tych ról i tak dalej⁹².

W niektórych systemach prawnych poszczególne przepisy konstytucyjne wymagają, aby określone procesy posiadały konkretne cechy⁹³. W niektórych systemach może także istnieć uogólniony wymóg „rzetelnego procesu”, stosowany do wszystkich procesów prawnych⁹⁴. Tego rodzaju wymagania mogą również funkcjonować w celu realizacji wartości procesowych.

⁹¹ Należy pamiętać, że bardziej efektywne wdrażanie wartości procesowych jest tylko jednym ze sposobów usprawniania procesów prawnych. Zob. ogólnie M. Rosenberg, *Devising Procedures That Are Civil To Promote Justice That Is Civilized*, „Michigan Law Review” 1971, t. 69, nr 5, s. 797-820, <https://core.ac.uk/download/pdf/275873544.pdf> [dostęp: 17.10.2021].

⁹² Zob. część II powyżej.

⁹³ Zob. np.: V poprawkę do konstytucji Stanów Zjednoczonych; M. Moskowitz, *Human Rights and World Order. The Struggle for Human Rights in the United Nations*, Oceana Publications, New York 1958.

⁹⁴ Tamże.

B. Mechanizmy korygujące i sankcje

Pomimo że prawo ustanawia cechę procesową (np. prawo do wysłuchania) w celu wdrożenia wartości procesowej (np. udziału obywateli w sprawowaniu władzy), może dojść do jej sprzecznego z prawem zignorowania albo do jej obejścia w konkretnych sprawach. Dlatego mechanizmy korygujące i sankcje są również potrzebne.

Mechanizmy korygujące obejmują postanowienia statuujące prawo weta, kontrolę przeprowadzaną przez inny organ, unieważnienie rozstrzygnięcia jako bezprawnego, względne albo bezwzględne „wznowienia” procesu (wliczając w to wznowienia bez rozpatrywania okoliczności faktycznych rozpatrywanych w postępowaniu w pierwszej instancji) i tak dalej. Sankcje obejmują zwykłe kary, takie jak kary nakładane w prawie karnym, sankcje administracyjne, zażalenia, środki ochrony prawnej, przysługujące jednostce przeciwko urzędowi, czy wreszcie wszelkie inne sankcje, przewidywane w wewnętrznych kodeksach etycznych, stosowane wobec urzędników.

Istnieją trzy typy sytuacji, w których w wyniku sprzecznego z prawem zignorowania czy ominięcia wartości procesowych, wszczęte zostają mechanizmy korygujące i sankcjonujące:

- (A) Sprawy charakteryzujące się „złym procesem” i „złym skutkiem”⁹⁵;
- (B) Sprawy charakteryzujące się „złym procesem”, w których jest niejasne, czy sam skutek jest dobry, czy zły (liczna kategoria spraw);
- (C) Sprawy charakteryzujące się „złym procesem” i „dobrym skutkiem”.

System prawny może zastosować różne mechanizmy lub instrumenty w tych sprawach. Jeśli sprawa należy do typu (C), system może zdecydować, aby nie „wznawiać” procesu, ponieważ skutek był dobry w świetle stosownych standardów wartości, odnoszących się do skutków. Zamiast tego, w sprawach należących do typu (C), system może zapewnić jedynie sankcje wobec odpowiedzialnych za „zły proces” w sposób zawiniony. Jednakże nawet w niektórych typach spraw (C), społeczne oczekiwanie stanowczej obrony pożądanej wartości procesowej, może wymagać wznowienia procesu. Tytułem przykładu możemy wymagać, aby proces legislacyjny, który doprowadził do powstania dobrego prawa (dobry skutek) bez wymaganej większości (zły proces), mimo wszystko został powtórzony. Skazanie w procesie karnym, oparte częściowo na dowodach rozstrzygających (dobry skutek), pozyskanych poprzez płużanie żołądka wbrew woli oskarżonego (zły proces), może zostać unieważnione

⁹⁵ Słowo „skutek” oznacza tutaj skutki bezpośrednie, wymienione na liście w przypisie 23 powyżej.

z zastrzeżeniem, że sprawa będzie ponownie rozpatrzona bez stosowania dowodów z „wypłukania”⁹⁶.

W sprawach typu (A) często niemożliwe będzie stwierdzenie, czy wadliwość procesu przyczyniła się do konkretnego skutku. Jednak istnieją sprawy, w których bez wątpienia tak było. W obu tych sytuacjach wznowienie będzie właściwe dla realizacji dwóch celów: zabezpieczenia pożądanego skutku oraz obrony danej wartości procesowej. Co jednak, jeżeli sprawa należy do tych, w których wadliwość procesu ewidentnie nie przyczyniła się do złego skutku? W takiej sytuacji wystarczające może okazać się nałożenie pewnej sankcji na podmiot, który dopuścił się naruszenia, bez dokonywania wznowienia. Jednakże naruszona wartość może mieć tak istotne znaczenie, że byłoby wymagane wznowienie albo samodzielnie albo obok nałożenia sankcji.

Wszystkie sprawy typu (B) mogą być traktowane analogicznie do tych typu (A).

C. Środki pozwalające określić, czy wartość procesowa ma zostać wdrożona

Niewiele pomogłoby zaprojektowanie procesów tak, aby wdrażały wartości procesowe i zapewniały mechanizmy korygujące i sankcjonujące, jeśli niemożliwe byłoby wiarygodne określenie, kiedy cecha procesowa została zaprojektowana celem wdrażania wartości jako wartości procesowej, a nie jedynie zaprojektowana jako środek do osiągnięcia pewnych skutków czy też typów skutków.

Określenie takie to poważne zagadnienie, ponieważ większość cech procesowych zdolnych do wdrażania wartości procesowych może jednocześnie posłużyć jako środki do osiągnięcia określonych skutków. Dobrym przykładem jest prawo do uczestniczenia w rozprawie. Jak już zauważyłem, prawo to może wchodzić w zakres procesu jedynie, aby ułatwiać ustalanie okoliczności faktycznych, wymaganych dla osiągnięcia określonych skutków, a nie dlatego, że udział obywateli w sprawowaniu władzy jest sam w sobie postrzegany jako pożądaný. Prawo to może również zostać włączone do procesu zarówno, aby chronić partycypacyjną wartość procesową, jak i służyć zorientowanej na skutek wartości wiarygodnego ustalania faktów. Przynajmniej wtedy, kiedy prawo takie ma w założeniu chronić wartość procesową, urzędnicy co do zasady powinni podjąć właściwe kroki korygujące lub sankcjonujące, aby wdrożyć tę wartość w sytuacji, w której: (1) zarówno proces, jak i wynik są złe;

⁹⁶ Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Rochin v. California*.

oraz (2) proces jest zły, ale jakość wyniku pozostaje niejasna. Jednak, w jaki sposób urzędnicy mają stwierdzić, czy dana cecha procesowa jest przynajmniej częściowo zaprojektowana celem wdrażania danej wartości procesowej? Oczywiście można sobie wyobrazić proste sprawy, w których osoby odpowiedzialne za proces wyraźnie wyjaśniają, dlaczego jego cechy są takie, jakie są, a nawet zachowywany jest oficjalny tekst takiego wyjaśnienia.

Jednakże twórcy procesów prawnych oraz osoby w inny sposób za nie odpowiedzialne w danych społeczeństwach rzadko wyrażają się równo jasno. Z tego powodu ci, którzy chcą zastosować mechanizmy korekcyjne i sankcje, często będą zmuszeni przytoczyć argumenty na rzecz twierdzenia, że dana cecha ma w założeniu wdrażać określoną wartość procesową, a jej naruszenie wymaga powtórzenia procesu albo jakiegoś innego działania korygującego czy też sankcjonującego.

Nie jest mi znany żaden ustalony wzór wymaganej argumentacji. Za-proponuję jedynie zagadnienie pogładowe, aby przedstawić ogólny charakter takiej argumentacji. Znaczna jej część opiera się na dowodach, natomiast częściowo jest ona oparta na spekulacjach i ich racjonalizowaniu⁹⁷.

Wyobraźmy sobie państwo o nazwie Bodea, które ustanowiło dość radykalny przepis prawny (A): „Jeżeli kierujący procesem prawnym naruszają wartość procesową, proces powinien zostać powtórzony, bez naruszenia, nawet jeśli skutek jest dobry”. Wyobraźmy sobie również, że Bodeanie przyjęli przepis (B): „Przepisy prawa rangi ustawowej mają być ustanowione w drodze większościowego głosowania demokratycznie ukonstytuowanego parlamentu Bodei”. Załóżmy, że Bodeanie nie pozostawili żadnych dowodów wykazujących, jakie były przyczyny przyjęcia przepisu (B).

Założmy także, że czterdzieści procent deputowanych parlamentu przychodzi na posiedzenie i „przegłosowuje” ustawę przeciwko dyskryminacji religijnej w zatrudnieniu, która to dyskryminacja stanowiła wcześniej problem w Bodei. Wszyscy Bodeanie przyklaskują tej ustawie jako dobremu skutkowi. Jednak niektórzy z nich – nazwijmy ich Bodeanami WP (Wartości Procesowych) – twierdzą, że działania ustawodawcy naruszają przepis (B) oraz że głosowanie większościowe to cecha procesowa, zaprojektowana w celu zabezpieczenia wartości procesowej udziału obywateli w sprawowaniu władzy w rozumieniu przepisu (A), oraz że z tego powodu proces musi zostać powtórzony, aby „bronić głosowania większościowego” i zalegalizować ustawę.

Czy społeczeństwo Bodei, ustanawiając przepis (B) miało na celu, aby był on między innymi środkiem wdrażania partycypacyjnej wartości procesowej

⁹⁷ Por. S.H. Kadish, *Methodology and Criteria...*, s. 319, 328-334, 339.

jako takiej, czy też traktowało go jedynie jako metodę zabezpieczenia dobrych rezultatów lub gwarancję chroniącą przed złymi rezultatami? Zakładając, że Bodea jest bardzo podobna do Stanów Zjednoczonych, w jaki sposób Bodeanie WP przeciwni mogliby argumentować na rzecz tezy pierwszej? W pierwszej kolejności musieliby ustalić, że głosowanie większościowe można popierać z powodów rzeczywiście niezależnych od pożądaných skutków. Tyle Bodeanie WP przeciwni mogliby bez trudu uczynić. Dla przykładu mogliby przekonywać, że głosowanie większościowe nie tylko gwarantuje lepsze rezultaty, ale także daje Bodeanom możliwość zaufania do głosowania większościowego z przyczyn niezależnych od skutków, takich jak pragnienie udziału obywateli w sprawowaniu władzy. Po wykazaniu, że dana cecha procesowa może mieć wartość procesową (a nie tylko instrumentalną jako środek do osiągnięcia celu) Bodeanie WP przeciwni musieliby argumentować, że ustawodawca tak naprawdę przyjął głosowanie większościowe jako zasadę w procesie legislacyjnym przynajmniej częściowo dlatego, że zbliża do samorządności. Zakładając, że nie istnieją bezpośrednie i bezsporne, ani przekonujące merytorycznie dowody na poparcie tej tezy, Bodeanie WP przeciwni prawdopodobnie zaczną formułować argumenty, które można podzielić na następujące typy.

Po pierwsze, pomocna dla Bodean WP przeciwnych mogłaby okazać się próba stworzenia domniemania, że wszelkie cechy procesowe, które mogą być nośnikami wartości procesowych powinny, o ile nie udowodniono inaczej, być traktowane jako mające zabezpieczać daną wartość procesową. Domniemanie to odwoływałoby się do prawdopodobnej intencji osób odpowiedzialnych za proces (zakładamy, że nie ma żadnych bezpośrednich przekonujących dowodów [istnienia] takiej intencji). Siła takiego domniemania byłaby różna w różnych społeczeństwach. Dla przykładu, domniemanie byłoby niezwykle słabe w społeczeństwach, w których twórcy procesu rzadko dążyli do wdrażania wartości procesowych przez prawo. Jednakże w społeczeństwach, w których twórcy procesów często projektowali je nie tylko jako środki do osiągnięcia pewnych skutków, ale także jako środki służące zabezpieczeniu wartości procesowych, byłoby wręcz przeciwnie.

Domniemanie zostałoby jeszcze bardziej wzmocnione, gdyby udało się wykazać, że społeczeństwo jest powszechnie przesiąknięte szacunkiem dla wartości procesowych. Wskazówki, które to potwierdzają, mogą przybierać różne formy. Przykładowo można znaleźć wyraźne znaki w przepisach ogólnych i odpowiednich formach historii prawodawstwa. Należy jednak spojrzeć także na standardy krytyki, do których odwołują się krytycy społeczni, celem dokonania oceny zachowań twórców procesu. Standardy takie odnaleźć można

w różnych środkach przekazu, czasopismach, książkach itd. Ponadto należy spojrzeć na często powtarzane sentencje stosowane na co dzień, o ile nie są tylko pustymi sloganami. Na myśl przychodzą mi dwa z nich: „Cel nie uświęca środków” i „Nie chodzi o to, czy wygrasz, czy przegrasz, ale o to, jak grasz”.

Po drugie, możliwe jest wykazanie, że wartość będąca przedmiotem dyskusji jest powszechnie popierana przez społeczeństwo w wielu innych kontekstach, z powodów odpowiadających jej charakterystyce jako wartości procesowej. W przypadku zasady większości wykazywano by, że społeczeństwo powszechnie ją popiera. Oczywiście jeśli można wykazać, że społeczeństwo nie tylko powszechnie popiera wartości procesowe, ale także konkretną wartość procesową, argument na rzecz tezy, zgodnie z którą proces ma zabezpieczać tę wartość, zyskuje znaczne wzmocnienie.

Po trzecie, można przytoczyć dowody na to, że członkowie społeczeństwa regularnie krytykują odejście od danej wartości lub jej naruszenie, nawet jeśli skutek procesu okazuje się dobry. Możliwe są różne wytłumaczenia dla takiej krytycznej postawy. Być może proces jest ceniony jako zabezpieczenie wartości procesowej, a nie jedynie jako środek do osiągnięcia pożądanego skutku. Alternatywne wyjaśnienie głosiłoby, że krytycy cenią proces jedynie jako środek do osiągnięcia pożądanego skutku, a naruszeniom sprzeciwiają się dlatego, że zwyczajnie obawiają się, iż ogólna jakość rezultatów ulegnie obniżeniu w przyszłości. Przynajmniej w przypadku niektórych wartości procesowych siła tego argumentu będzie z założenia słaba. Stąd też w sytuacjach, w których cechy procesowe zabezpieczające wartość okazują się zawodne w zakresie stworzenia gwarancji dobrego rezultatu, twierdzenie, że krytyka koncentruje się jedynie na rezultatach, nie jest zbyt przekonujące. Dobrym przykładem może być tutaj odstępstwo od zasady większości, ponieważ zasada większości sama w sobie nie jest zbyt wielkim gwarantem dobrych rezultatów⁹⁸.

Jako rozwinięcie tego trzeciego rodzaju argumentacji można przytoczyć dowody wskazujące na to, że krytyka jest zazwyczaj wygłaszana przez społeczeństwo dwukrotnie, a nie tylko raz – najpierw, gdy urzędnicy odchodzą od wartości procesowej albo ignorują ją, a następnie, gdy pojawiają się złe rezultaty. To, że zazwyczaj głos krytyczny zabierany jest dwukrotnie – a nie jednokrotnie – może wskazywać, że krytycy opowiadają się za procesem, nie tylko jako środkiem do osiągnięcia pożądanego rezultatu, ale także jako środkiem do zabezpieczenia wartości procesowej.

⁹⁸ Zwróćmy uwagę na dyskusję dotyczącą sceptycyzmu „przyszłych rezultatów” w tekście towarzyszącym przypisowi 65 powyżej.

Po czwarte, być może, możliwe byłoby zbudowanie silnej argumentacji *per analogiam*, aby wykazać, że dany proces ma w założeniu służyć wartości procesowej. Jeśli, dla przykładu, zasada większości ma na celu zabezpieczenie wartości procesowej w innym, bardzo podobnym procesie prawnym, można twierdzić z pewnym przekonaniem, że twórcy procesu prawdopodobnie mieli takie same intencje w procesie, który aktualnie rozpatrujemy.

Po piąte, zawsze można przekształcić problem z pytania o istnienie w pytanie o powinność. To znaczy, można stwierdzić, że powinno się uznać, iż zamiarem twórców procesu było wdrażanie odpowiedniej wartości procesowej przez proces, mimo że dowody są w najlepszym razie niejednoznaczne. Mnóstwo argumentów prawniczych przybierających pozornie formę „A to B”, to w rzeczywistości argumenty typu „A powinno być uważane za B, i dlatego to B.” Zgodnie z jednym z poglądów na samą naturę prawa, tak właśnie być powinno⁹⁹.

D. Sposoby określania, czy wartość procesowa została naruszona w danej sprawie

Zakładając, że dane cechy są zaprojektowane celem zabezpieczania wartości procesowej co do zasady, stwierdzenie, czy wartość została naruszona w konkretnych sprawach, czy też nie, nie powinno stwarzać trudności. Zazwyczaj powyższa kwestia merytoryczna będzie wymagała postawienia pytania, czy naruszono konkretną regułę prawną, czy też jakiś inny przepis prawny zabezpieczający wartość.

Ważne jest jednak, aby zauważyć, że wartości procesowe mogą zostać zlekceważone, pomimo że nawet nie doszło do naruszenia żadnej reguły prawnej ani przepisu. Twórcy procesu mogą po prostu zignorować odpowiednią wartość procesową podczas projektowania cech procesu. Tytułem przykładu, procedura odebrania prawa jazdy może zostać ustanowiona bez zapewnienia kierowcy prawa do wysłuchania. Właściwe byłoby potępienie takiego procesu, jako lekceważącego doniosłą wartość procesową.

Zasadniczo nie ma potrzeby tworzenia odrębnego organu, który można by nazwać „Radą ds. ustalania naruszeń konkretnej wartości procesowej”. To raczej same procesy mogą zapewnić swoje własne „uzupełniające” procedury określania (1) czy cechy procesu są zaprojektowane do zabezpieczenia wartości procesowej; i (2) czy wartość ta została naruszona w konkretnej

⁹⁹ Zob. L.L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, The Foundation Press, Chicago 1940; H.M. Hart, *Holmes' Positivism – An Addendum*, „Harvard Law Review” 1951, t. 64, nr 6, s. 929-930.

sprawie. Tytułem przykładu, strony procesu sądowego mogłyby podnosić istnienie „problemów związanych z wartościami procesowymi” (zarówno co do ich aspektów materialnych i faktycznych, jak i prawnych i formalnych) do rozstrzygnięcia w zwykłym trybie.

Czy wartości procesowe są przynajmniej teoretycznie łatwiejsze do zabezpieczenia przy zastosowaniu prawa niż dobre rezultaty? Tak by się mogło wydawać, ponieważ ich implementacja wymaga jedynie reguł i innych norm stanowiących, że powinny być wdrożone oraz mechanizmów korygujących, sankcji i tym podobnych. Co do zasady, zaprojektowanie ich nie powinno stwarzać takich trudności, jak projektowanie sposobów zabezpieczenia dobrych rezultatów jako takich. Często nie wiemy, jak zabezpieczyć dobre rezultaty. W rzeczywistości często nawet nie zgadzamy się co do tego, jakie rezultaty są dobre.

Tytułem podsumowania, pożyteczne może okazać się wymienienie możliwych sytuacji, w których możemy krytycznie podchodzić do procesu „z punktu widzenia wartości”:

1. Proces nie jest w stanie nakazać wdrożenia właściwych wartości procesowych.
2. Proces nakazuje wdrożenie niewłaściwych wartości procesowych lub przewiduje niewłaściwą formę ich wdrożenia.
3. Wartości procesowe nakazane przez proces okazują się wysoce niejednoznaczne.
4. Proces w niedoskonały sposób (np. tylko w zarysie) nakazuje (wdrożenie) wartości procesowych.
5. Proces nie uosabia takiej hipotezy środek-cel, która byłaby prawidłowa do nakazywania wdrożenia określonych wartości procesowych (np. nakazane jest uczestnictwo oskarżonego w procesie, ale nie ma przepisu gwarantującego bezpłatną obronę niezamożnym osobom, albo ustanowiono bezstronny sąd, jednak nie ma systemowej regulacji, która zabezpieczałaby niewydawanie wyroku do momentu wysłuchania obu stron).
6. Proces nie jest w stanie zapewnić mechanizmów korygujących, sankcji itp.
7. Proces nie jest w stanie zapewnić rekrutacji personelu wrażliwego na wartości procesowe.

Podsumowanie

W niniejszej pracy dążyłem do zidentyfikowania wartości procesowych jako takich. W porządku prawnym ludzie nie są zainteresowani wyłącznie samymi rezultatami. Jednakże często nie uznajemy wartości procesowych, a nawet, gdy się nam to udaje, mamy tendencję do zaniebywania lub lekceważenia ich tak, jak gdyby były nieomal bez znaczenia. Z tej przyczyny zaapelowałem o wartości procesowe. Jednakże na koniec pragnę zauważyć, że mam świadomość, iż pozostało jeszcze o wiele więcej do powiedzenia w tej kwestii niż byłem w stanie to uczynić. W szczególności nie obawiam się przedstawicieli doktryny, gotowych udoskonalić mój sposób sformułowania „treści wartości procesowych” lub udzielić bardziej trafnych odpowiedzi na rozmaite głosy, sceptyczne wobec wartości procesowych, a być może nawet znaleźć sposób na nadanie wagi wartościom procesowym. W istocie możliwe, że moje elementarne podejście do całego tematu okaże się chybione. Niezależnie od ścieżki, jaką obierze przyszły rozwój przedmiotowej tematyki, będę usatysfakcjonowany, jeśli niniejszy esej przynajmniej przyczyni się do wyostrenia naszej świadomości odnośnie do wartości procesowych.

Bibliografia

Literatura

- Aristotle, *The ethics of Aristotle. The Nicomachean Ethics*, Penguin Classics, Baltimore 1953.
- Arrow K.J., *The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market Versus Non-Market Allocation*, [w:] *The Analysis and Evaluation of Public Expenditures: The PBB System. A Compendium of Papers Submitted to the Subcommittee on Economy in Government of the Joint Economic Committee Congress of The United States*, t. 1, cz. 1-3, Joint Economic Committee Of Congress, Washington DC 1969, s. 47-66, [https://www.jec.senate.gov/reports/91st%20Congress/The%20Analysis%20and%20Evaluation%20of%20Public%20Expenditures%20-%20The%20PBB%20System%20Volume%20I%20\(444\)](https://www.jec.senate.gov/reports/91st%20Congress/The%20Analysis%20and%20Evaluation%20of%20Public%20Expenditures%20-%20The%20PBB%20System%20Volume%20I%20(444)) [dostęp: 17.10.2021];
- Ayer A.J., *Language, Truth and Logic*, Victor Gollancz Ltd., London 1946.
- Baxter W.F., *Faculty and Government Roles in Campus Unrest*, „Education Record” 1969, t. 50, nr 4, s. 411-419.
- Baylis C.A., *Grading, Values, and Choice*, „Mind” 1958, t. 67, nr 268, s. 485-501.
- Beinart B., *The Rule of Law*, „Acta Juridica” 1962, t. 99, s. 99-138.

- Berns W., *Law and Behavioral Science*, „Law and Contemporary Problems” 1964, t. 28, s. 185-212, <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2953&context=lcp> [dostęp: 17.10.2021].
- Bickel A.M., *Watergate and the Legal Order*, „Commentary” 1974, t. 57, nr 1, s. 19-25.
- Boyer B.B., *Alternatives to Administrative Trial-Type Hearings for Resolving Complex Scientific, Economic and Social Issues*, „Michigan Law Review” 1972, t. 71, nr 1, s. 111-171, <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4414&context=mlr> [dostęp: 26.10.2021].
- Brock D.W., *Recent Work in Utilitarianism*, „American Philosophical Quarterly” 1973, t. 10, nr 4, s. 241-276.
- Brown D.G., *The Value of Time*, „Ethics” 1970, t. 80, nr 3, s. 173-184.
- Burin F.S., *The Theory of the Rule of Law and the Structure of the Constitutional State*, „The American University Law Review” 1966, t. 15, s. 313-340.
- Cardozo B., *Paradoxes of Legal Science*, Westport, Greenwood 1928.
- Cardozo B.N., *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven 1921.
- Carswell Smart J.J., Williams B.A.O., *Utilitarianism For and Against*, Cambridge University Press, Cambridge 1973.
- Cohen C., *Democracy*, Free Press, New York 1971.
- Cox A., *Civil Rights, The Constitution and the Courts*, „New York State Bar Journal” 1968, t. 40.
- Cox A., *Ends*, „New York Times” z 19.05.1974 r., s. 27.
- Downie R., Telfer E., *Respect For Persons*, Allen & Unwin, London 1969.
- Dworkin R., *Is Law a System of Rules?*, [w:] R. Summers (red.), *Essays in Legal Philosophy*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles 1968, s. 25-60.
- Eckoff T., *Impartiality, Separation of Powers, and Judicial Independence*, „Scandinavian Studies w Law” 1965, t. 9, s. 9-48, <https://www.scandinavianlaw.se/pdf/9-1.pdf> [dostęp: 17.10.2021].
- Emery F.E., *Systems Thinking. Selected Readings*, Penguin, Harmondsworth 1969.
- Feigl H., *Validation and Vindication – An Analysis of the Nature and Limits of Ethical Arguments*, [w:] W. Sellars, J. Hospers (red.), *Readings in Ethical Theory*, Appleton-Century-Crofts, New York 1952.
- Frankena W.K., *Ethics*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs 1973.
- Fried C., *An Anatomy of Values. Problems of Personal and Social Choice*, Harvard University Press, Cambridge 1970.

- Fuller L.L., *Jurisprudence*, [w:] *Encyclopedia Britannica*, t. 13, Chicago, Encyclopaedia Britannica 1965.
- Fuller L.L., *The Adversary System*, [w:] H.J. Berman (red.), *Talks on American Law. A Series of Broadcasts to Foreign Audiences by Members of the Harvard Law School Faculty*, Vintage Books, New York 1971.
- Fuller L.L., *The Law in Quest of Itself*, The Foundation Press, Chicago 1940.
- Fuller L.L., *The Problems of Jurisprudence*, Foundation Press, Brooklyn 1949.
- Gomperz H., *When Does the End Justify the Means?*, „Ethics” 1943, t. 53, nr 3, s. 173-183.
- Hand L., Dilliard I., *The Spirit of Liberty*, Knopf, New York 1952.
- Hart H.L.A., *The Concept of Law*, The Clarendon Press, Oxford 1961.
- Hart H.M., *Holmes’ Positivism – An Addendum*, „Harvard Law Review” 1951, t. 64, nr 6, s. 929-937.
- Hurst J.W., *Problems of Legitimacy in the Contemporary Legal Order*, „Oklahoma Law Review” 1971, t. 24.
- Israel J.H., LaFave W.R., *Criminal Procedure in a Nutshell. Constitutional Limitations*, West Publishing Company, St. Paul 1971.
- Kadish S.H., *Methodology and Criteria in Due Process Adjudication – A Survey and Criticism*, „The Yale Law Journal” 1957, t. 66, nr 3, s. 319, 346-363, <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8524&context=ylj> [dostęp: 16.10.2021].
- Lapenna I., *Soviet Penal Policy*, The Bodley Head, London 1968.
- Liebermann J., *How the Government Breaks the Law*, Stein and Day, New York 1972.
- MacCormick N., *Law as Institutional Fact*, „Law Quarterly. Review” 1974, t. 90.
- Marshall H.H., *Natural Justice*, Sweet & Maxwell, London 1959.
- Moskowitz M., *Human Rights and World Order. The Struggle for Human Rights in the United Nations*, Oceana Publications, New York 1958.
- Newman F.C., *The Process of Prescribing Due Process*, „California Law Review” 1961, t. 49, s. 215, 219, <https://lawcat.berkeley.edu/record/1109692/files/fulltext.pdf> [dostęp: 16.10.2021].
- Oaks D.H., *Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure*, „The University of Chicago Law Review” 1970, t. 37, s. 665-757, <https://www.ojp.gov/pdffiles1/Digitization/203NCJRS.pdf> [dostęp: 17.10.2021].
- Paulsen M.G., *The Fourteenth Amendment and the Third Degree*, „Stanford Law Review” 1954, t. 6, nr 3, s. 411-437.

- Pritchard M.S., *Human Dignity and Justice*, „Ethics” 1972, t. 82, nr 4, s. 299-313.
[Przemówienie senatora Williama Fulbrighta na Uniwersytecie Arkansas w Fayetteville, 13 kwietnia 1974 r.], „New York Times” z 25.05.1974 r.
- Rawls J., *A Theory of Justice*, Belknap Press of Harvard University, Delhi 1971.
- Rosenberg M., *Devising Procedures That Are Civil To Promote Justice That Is Civilized*, „Michigan Law Review” 1971, t. 69, nr 5, s. 797-820, <https://core.ac.uk/download/pdf/275873544.pdf> [dostęp: 17.10.2021].
- Searle J.R., *Speech acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge 1969, s. 3-54.
- Shakespeare W., *All's Well That Ends Well*, [w:] *The Complete Works of Shakespeare*, Garden City Books, Cambridge 1936.
- Smart C., *Utilitarianism*, [w:] P. Edwards, D.M Borchert (red.), *Encyclopedia of Philosophy*, t. 7/8, Macmillan & The Free Press, New York 1967, s. 206-211.
- Smith T.V., *The Legislative Way of Life*, University of Chicago Press, Chicago 1940.
- Spiegelberg H., *Human Dignity: A Challenge to Contemporary Philosophy*, „Philosophy Forum” 1971, t. 9, s. 39-64.
- Sternberger D., *Legitimacy*, [w:] D. Sills (red.), *International Encyclopedia of the Social Sciences*, t. 9, Macmillan, New York 1968.
- Stigler G.J., *The Law and Economics of Public Policy: A Plea to the Scholars*, „The Journal of Legal Studies” 1972, t. 1, nr 1, s. 1-12.
- Summers R.S., *Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code*, „Virginia Law Review” 1968, t. 54, nr 2, s. 195-267, <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2408&context=facpub> [dostęp: 17.10.2021].
- Summers R.S., Howard C., *Law, Its Nature, Functions and Limits*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs N.J. 1972.
- Summers R.S., *Law, Adjudicative Processes, and Civil Justice*, [w:] G. Hughes (red.), *Law, Reason and Justice: Essays in Legal Philosophy*, New York University Press, New York 1969.
- Summers R.S., *Process Values-How Our Law Does Its Jobs Also Counts*, [w:] R. Summers, A. Cambell, J. Bozzone, *Justice and Order Through Law*, Ginn, Lexington 1974.
- Taylor P., *Normative Discourse*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs 1961.
- Thibaut J., Walker L., Lind E.A., *Adversary Presentation and Bias in Legal Decision Making*, „Harvard Law Review” 1972, t. 86, nr 2, s. 386-401.
- Tribe L.H., *Policy Science: Analysis or Ideology?*, „Philosophy & Public Affairs” 1972, t. 2, nr 1, s. 66-110.

- Twining W.L., Twining P.L., *Bentham on Torture*, „Northern Ireland Legal Quarterly” 1973, t. 24, s. 305-356.
- Vickers G., *The Art of Judgment. A Study of Policy Making*, Chapman & Hall, [London] 1965.
- Wade L.L., Curry R.L., *A Logic of Public Policy. Aspects of Political Economy*, Wadsworth Publishing Company, Belmont 1970.
- Walzer M., *Political action – a Practical Guide to Movement Politics*, NYRB Classics, New York 1971.
- Wechsler H., *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, „Harvard Law Review” 1959, t. 73, nr 1, s. 1-35.
- Wellman C., *Challenge and Response – Justification in Ethics*, Southern Illinois University Press, Carbondale, Edwardsville 1971.
- Wolff R.P., *Is Coercion Ethically Neutral?*, [w:] J. Pennock, J. Chapman (red.), *Coercion*, Routledge, Aldine-Atherton, Chicago 1972, s. 144-148.
- Wright C.A., *Must the Criminal Go Free if the Constable Blunders?*, „Texas Law Review” 1972, t. 50, nr 4, s. 736-745.
- Wyzanski C.E., *A Trial Judge’s Freedom and Responsibility*, „Harvard Law Review” 1952, t. 65, nr 8, s. 1281-1304.

Orzecznictwo

- Opinia Holmesa w sprawie *McDonald v. Mabee*, „United States Reports” 1917, t. 243, s. 90-92, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/243/90/> [dostęp: 17.10.2021].
- Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Lisenba v. California*, „United States Reports” 1941, t. 314, s. 219, 236, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/314/219/> [dostęp: 17.10.2021].
- Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *United States v. United Mine Workers*, „United States Reports” 1947, t. 330, s. 258-262, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/330/258/> [dostęp: 17.10.2021].
- Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Rochin v. California*, „United States Reports” 1952, t. 342, s. 165-173, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/165/> [dostęp: 17.10.2021].
- Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Baker v. Carr*, „United States Reports” 1962, t. 369, s. 186-209, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/369/186/> [dostęp: 17.10.2021].

- Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Gideon v. Wainwright*, „United States Reports” 1963, t. 372, s. 335-336, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/372/335/> [dostęp: 17.10.2021].
- Opinia w sprawie *In Re-Gault*, „United States Reports” 1967, t. 387, s. 1-20, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/387/1/> [dostęp: 17.10.2021].
- Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Benton v. Maryland*, „United States Reports” 1969, t. 395, s. 784-796, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/784/> [dostęp: 17.10.2021].
- Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *New York Times Co. v. United States*, „United States Reports” 1971, t. 403, s. 713-714, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/713/> [dostęp: 17.10.2021].
- Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Argersinger v. Hamlin*, „United States Reports” 1972, t. 407, s. 25-26, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/407/25/> [dostęp: 17.10.2021].

Dokumenty urzędowe

- Hearings on Presidential Campaign Activities of 1972 before the Senate Select Committee on Presidential Campaign Activities, „Congressional Hearings” 1973, t. 93, ks. 2, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-93shrg96296Ob2/pdf/CHRG-93shrg96296Ob2.pdf> [dostęp: 17.10.2021].
- Hearings on Presidential Campaign Activities of 1972 before the Senate Select Committee on Presidential Campaign Activities, „Congressional Hearings” 1973, t. 93, ks. 6, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-93shrg96296Ob6/pdf/CHRG-93shrg96296Ob6.pdf> [dostęp: 17.10.2021].

Wykaz rzeczywistych recenzentów współpracujących z Redakcją „Studiów Prawniczych” w 2021 r.

Michał Balcerzak, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Polska
Paweł Blajer, Uniwersytet Jagielloński, Polska
Jolanta Behr, Uniwersytet Wrocławski, Polska
Agnieszka Bień-Kacała, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Polska
Mateusz Błachucki, Instytut Nauk Prawnych, Polska Akademia Nauk, Polska
Rafał Cieśla, Uniwersytet Wrocławski, Polska
Anna Czaplińska, Uniwersytet Łódzki, Polska
Monika Florczak-Wątor, Uniwersytet Jagielloński, Polska
Piotr Antoni Girdwoyń, Uniwersytet Warszawski, Polska
Piotr Góralski, Uniwersytet Wrocławski, Polska
Monika Jagielska, Uniwersytet Śląski, Polska
Marta Kopacz, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, Polska
Hanna Kuczyńska, Instytut Nauk Prawnych, Polska Akademia Nauk, Polska
Joanna Kuźmicka-Sulikowska, Uniwersytet Wrocławski, Polska
Anna Machnikowska, Uniwersytet Gdański, Polska
Eliza Maniewska, Uniwersytet Warszawski, Polska
Eliza Mazurczak-Jasińska, Uniwersytet Wrocławski, Polska
Aleksandra Mężykowska, Instytut Nauk Prawnych, Polska Akademia Nauk, Polska
Barbara Mielnik, Instytut Nauk Prawnych, Polska Akademia Nauk, Polska
Monika Namysłowska, Uniwersytet Łódzki, Polska
Monika Niedźwiedz, Uniwersytet Jagielloński, Polska
Grzegorz Nita-Jagielski, Instytut Nauk Prawnych, Polska Akademia Nauk, Polska
Marlena Pecyna, Uniwersytet Jagielloński, Polska
Agnieszka Piskorz-Ryń, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie,
Polska
Paweł Podrecki, Instytut Nauk Prawnych, Polska Akademia Nauk, Polska
Andrzej Sakowicz, Uniwersytet w Białymstoku, Polska
Małgorzata Sieradzka, Uczelnia Łazarskiego w Warszawie, Polska
Ewa Skibińska, Uniwersytet Gdański, Polska
Aneta Suchoń, Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska
Ewa Suknarowska-Drzewiecka, Instytut Nauk Prawnych, Polska Akademia Nauk,
Polska
Mariusz Szyrski, Uniwersytet Gdański, Polska
Monika Tarska, Instytut Nauk Prawnych, Polska Akademia Nauk, Polska
Monika Tomaszewska, Uniwersytet Gdański, Polska
Bartosz Wołodkiewicz, Uniwersytet Warszawski, Polska
Anna Zientara, Uniwersytet Warszawski, Polska

TABLE OF CONTENTS

EDITORIAL	5
-----------------	---

RESOLUTION NO. 03/20211 OF THE LEGAL SCIENCE COMMITTEE OF THE POLISH ACADEMY OF SCIENCES OF SEPTEMBER 22, 2021.	7
--	---

ACADEMIC ARTICLE

Marcin Czerwiński

University of Adam Mickiewicz in Poznań, Poland

CONCLUSION OF A PUBLIC CONTRACTS WITHIN A CAPITAL GROUP AND THE ARM'S LENGTH PRICE UNDER THE TRANSFER PRICING REGIME	13
--	----

Olga Sitarz

University of Silesia in Katowice, Poland

Dominika Bek

University of Silesia in Katowice, Poland

A REALISTIC VIEW OF MEDIATION IN PENAL MATTERS – THE REASONS FOR THE FAILURE AND REMEDIAL MEASURES	57
--	----

Tomasz Józef Olejek

Regional Court for the Capital City of Warsaw in Warsaw, Poland

DIFFERENTIATING THE SOURCES OF UNIVERSALLY BINDING LABOR LAW APPLICABLE TO COURT AND PROSECUTOR'S OFFICE EMPLOYEES EMPLOYED UNDER A CONTRACT.....	99
---	----

Edyta Chmura-Szczecińska

University of Wrocław, Poland

ALGORITHMIC DECISION MAKING IN LAW – AREAS AND LIMITS	135
--	-----

Iryna Izarova

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine

Oksana Uhrynovska

TO BE BORN AMID WAR CONFLICT:

THE RIGHT TO A LEGAL IDENTITY IN UKRAINE161

TRANSLATIONS OF SCIENTIFIC ARTICLES

Robert S. Summers[†]

Transl. Piotr Pszczółkowski

Warsaw University, Poland

OCENIANIE I ULEPSZANIE PROCEDUR PRAWNYCH: APEL

O WARTOŚCI PROCESOWE [EVALUATING AND IMPROVING

LEGAL PROCESSES A PLEA FOR PROCESS VALUES]183

LIST OF REVIEWERS 2021251

Cena 42,00 zł (VAT 8%)