

Jakub Kisiel¹

Konstytucyjność algorytmicznego wymierzania kary w prawie karnym w Polsce

Constitutionality of Algorithmic Sentencing
in Polish Criminal Law

1. Wprowadzenie

Obecnie coraz więcej dziedzin życia podlega postępującej algorytmizacji. Mamy z nią do czynienia w sektorze bankowym, przy płatnościach² czy na rynkach finansowych³. Jest również wykorzystywana w procesie rekrutacji na studia poprzez wysyłanie zindywidualizowanych maili do tych przyszłych studentów, którzy są uważani za osoby mogące odnosić sukcesy w swojej dalszej karierze⁴. Oprócz tego programy komputerowe⁵ są stosowane w postępowaniach podatkowych, w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych oraz związanych z imigracją⁶. W zakresie przeciwdziałania przestępczości algorytmy są również używane do typowania miejsc, w których istnieje wysokie ryzyko popełnienia przestępstwa w przyszłości⁷. Co więcej, programy są wykorzystywane również

¹ Jakub Kisiel – mgr inż., Uniwersytet Jagielloński / M.A., B.Eng., Faculty of Law and Administration, Jagiellonian University; ORCID: 0000-0002-5474-6954; ✉ jakubkisiel8@gmail.com.

² D. Gefferie, *The Algorithmization...*

³ S. McGee, *Rise of the...*

⁴ J. Selingo, *Colleges...*

⁵ W dalszej części artykułu pojęcia algorytmy, programy komputerowe i sztuczna inteligencja będą używane zamiennie, mimo że znaczenia tych pojęć są odmienne. Jednak na potrzeby niniejszych rozważań rozróżnienie to nie ma znaczenia, a analizy zachowują aktualność w stosunku do każdego z tych pojęć.

⁶ N. Stobbs, D. Hunter, M. Bagaric, *Can Sentencing...*, s. 5.

⁷ A. Završnik, *Criminal...*, s. 569.

w procesach karnych np. do określenia prawdopodobieństwa ponownego popełnienia czynu przez oskarżonego⁸.

Na wstępie należy zauważyć, że – pomijając rozwój informatyczny – pomysł używania algorytmów w prawie karnym pojawił się w momencie, gdy okazało się, że potrafią one znacznie skuteczniej prognozować od człowieka⁹. W literaturze zwraca się również uwagę na szereg korzyści płynących z możliwości wykorzystania algorytmów do wymierzania sprawiedliwości. W pierwszej kolejności zalicza się do nich pełniejszą realizację zasady równości i sprawiedliwości (np. poprzez niewrażliwość na dane dyskryminacyjne, takie jak kolor skóry czy atrakcyjność sprawcy)¹⁰. Ponadto zauważa się, że programy komputerowe działają szybciej, co przekłada się np. na czas rozpoznania sprawy. To z kolei ma pomóc w rozwiązaniu innego problemu, jakim są zalegające w sądach sprawy¹¹.

W Polsce pomysł wykorzystania takich algorytmów w zasadzie jeszcze się nie pojawił¹², jednak patrząc na kierunki rozwoju państw (np. USA), nie ulega wątpliwości, że kwestia możliwości stosowania sztucznej inteligencji w polskim prawie karnym niedługo będzie stanowiła jeden z ważniejszych tematów w dyskusji. Z tego względu niezwykle ważne jest przeprowadzenie analizy dopuszczalności takich rozwiązań, co pomoże wyznaczyć granice użycia programów w procesie karnym.

W niniejszym opracowaniu przedmiotem analizy są wyłącznie algorytmy stosowane do określenia kary, jaka powinna zostać wymierzona sprawcy czynu, ponieważ jest to najbardziej kontrowersyjne i najdalej idące rozwiązanie. Wydaje się jednak, że to nie jest jedyne możliwe zastosowanie algorytmów w dziedzinie postępowania karnego. Prawdopodobnie programy można by wykorzystać w fazie ustaleń faktycznych np. do oceny dowodów (m.in. wiarygodności świadków), ale nie da się wykluczyć, że sztuczna inteligencja może mieć zastosowanie również przy analizie winy sprawcy.

⁸ A. Završnik, *Algorithmic...*, s. 3.

⁹ B.J. Dietvorst, J.P. Simmons, C. Massey, *Algorithm...*, s. 3; A. Polanowski, *Ofensywa...*

¹⁰ N. Stobbs, D. Hunter, M. Bagaric, *Can Sentencing...*, s. 22; V. Chiao, *Predicting...*, s. 3; R. Simmons, *Big Data...*, s. 8.

¹¹ A. Završnik, *Criminal...*, s. 568.

¹² Z małymi wyjątkami, jak np. system automatycznego rozpoznawania tablic rejestracyjnych, wykorzystywany do nakładania mandatów – zob. A. Taracha, *The Use...*, s. 304.

Najistotniejsza, z tego punktu widzenia wydaje się ocena zgodności z Konstytucją¹³, ponieważ ze względu na treść jej art. 8 ust. 1 stanowi ona najwyższe prawo w Polsce. Należy jednak zauważyć, że ustawa zasadnicza częściowo posługuje się pojęciami, które mają swój własny konstytucyjny sens, co jest najczęściej określane jako autonomiczne znaczenie pojęć konstytucyjnych¹⁴. Z tego względu, omawiając niektóre artykuły Konstytucji, należy równocześnie odwoływać się do innych. Oznacza to, że przy analizie konstytucyjności, w niektórych przypadkach może powstawać „kaskadowy” problem.

Kluczowym przepisem w perspektywie oceny możliwości wprowadzenia algorytmicznego wymierzania sprawiedliwości jest art. 42 Konstytucji. Należy jednak zauważyć, że jest on bardzo mocno związany z prawem do sądu wyrażonym w art. 45 Konstytucji. Co więcej, ze względu na wskazane powyżej autonomiczne znaczenie pojęć konstytucyjnych, przy analizie tych kwestii bardzo istotny jest rozdział VIII Konstytucji.

2. Zgodność z art. 42 Konstytucji RP

Rozważania w przedmiocie zgodności propozycji stosowania algorytmów w postępowaniach karnych z Konstytucją należy rozpocząć od art. 42, który określa standardy prawa karnego materialnego i procesowego¹⁵, znajdujące się u podstaw wymiaru sprawiedliwości i występujące w większości państw demokratycznych na świecie¹⁶.

Należy jednak zwrócić uwagę, że ewentualna niezgodność wykorzystywania algorytmów z art. 42 Konstytucji prawdopodobnie będzie się ograniczała tylko do ustępu trzeciego tego przepisu, ponieważ zasady wyrażone we wcześniejszych ustępach nie wydają się w żaden sposób zagrożone możliwością wykorzystania sztucznej inteligencji.

Artykuł 42 ust. 3 Konstytucji stanowi, że: „Każdego uważa się za niewinnego, dopóki jego wina nie zostanie stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu”. W literaturze zwraca się uwagę, że przepis ten przede

¹³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm., dalej: Konstytucja RP, Konstytucja.

¹⁴ J. Trzciński, *Znaczenie...*, s. 57.

¹⁵ M. Florczak-Wątor, w: *Konstytucja...*, komentarz do art. 42 Konstytucji, teza 1.

¹⁶ P. Sarnecki, w: *Konstytucja...*, komentarz do art. 42 Konstytucji, teza 2.

wszystkim wyraża karnomaterialną zasadę uzależnienia odpowiedzialności karnej od winy sprawcy, a dodatkowo, że musi ona zostać stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądowym¹⁷. Jak zostało zauważone na wstępie, ze względu na postulat autonomicznego rozumienia pojęć konstytucyjnych sformułowanie „sąd” należy rozumieć odrębnie, rekonstruując je na podstawie innych przepisów Konstytucji, np. art. 45, art. 173 czy art. 177¹⁸.

Treść art. 42 ust. 3 Konstytucji sugeruje, że tak naprawdę analizę problemu konstytucyjności algorytmicznego wymierzania sprawiedliwości powinno się rozpocząć od możliwości uznania programu za sąd w rozumieniu ustawy zasadniczej. Można się jednak zastanawiać, czy w pierwszej kolejności nie należałoby poszukać innych ewentualności, jakie istnieją przy rozwiązaniach z zastosowaniem sztucznej inteligencji. Należy bowiem zauważyć, że uznanie programu za niespełniający kryteriów sądu, niekoniecznie będzie powodowało, że nie można go stosować do wymierzania sprawiedliwości.

W związku z powyższym na początku została przeanalizowana możliwość wykorzystania algorytmów do wymierzania kary w przypadku, gdy nie mogą one zostać uznane za sąd w rozumieniu Konstytucji. Natomiast, niezależnie od odpowiedzi na pierwsze z tych zagadnień, następnie została podjęta próba zrekonstruowania cech sądu na gruncie ustawy zasadniczej i ewentualnej możliwości ich spełnienia przez program.

2.1. Algorytm niebędący sądem

2.1.1. Zagadnienia wstępne

Aby odpowiedzieć na pytanie, czy dopuszczalne jest stosowanie algorytmu w procesie wymierzania kary, nie nazywając go jednak sądem, w pierwszej kolejności należy zastanowić się, czy jest możliwe (a jeżeli tak, to w jakich wypadkach) ograniczenie zasady wyrażonej w art. 42 ust. 3 Konstytucji. Wydaje się, że jak najbardziej tak, czego przykładem jest postępowanie mandatowe (postępowanie w sprawie o wykroczenie)¹⁹.

¹⁷ M. Florczak-Wątor, w: *Konstytucja...*, komentarz do art. 42 Konstytucji, teza 3.

¹⁸ B. Naleziński, w: *Konstytucja...*, komentarz do art. 175 Konstytucji, teza 1.

¹⁹ P. Sarnecki, w: *Konstytucja...*, komentarz do art. 42 Konstytucji, teza 12.

Prawdopodobnie problem by nie występował, gdyby w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego i doktryny art. 42 ust. 3 nie znajdował zastosowania do innych form odpowiedzialności prawnej związanych z wymierzaniem kar jednostkom²⁰, czyli np. do postępowań karnoskarbowych czy w sprawach o wykroczenia²¹, co wynika z faktu, że odpowiedzialność za te ostatnie jest oparta na zasadzie winy²². Natomiast z drugiej strony wskazuje się, że zasada domniemania niewinności charakteryzuje się bezwzględny obowiązywaniem w systemie prawa procesowego i można ją obalić tylko na mocy wyroku sądowego²³.

W literaturze zauważa się, że nakładanie mandatu nie jest orzeczeniem, ale „rozstrzygnięciem w przedmiocie odpowiedzialności za wykroczenie”²⁴. Również Trybunał Konstytucyjny uważa to stanowisko za słuszne²⁵ i wskazuje, że: „Mandat karny jest *sui generis* (zastępczym) rozstrzygnięciem o odpowiedzialności jednostki i dotyczy jej praw i wolności”²⁶. W związku z tym jest klasyfikowany jako: „imperatywne oświadczenie woli organu procesowego, niebędące orzeczeniem”²⁷. Zastępczy charakter przejawia się okolicznością, że mandat ma: „zastępować orzeczenie w najdrobniejszych i najprostszych sprawach”²⁸.

Można mieć jednak pewne wątpliwości, czy mandat karny w ogóle jest rozstrzygnięciem. W literaturze to ostatnie definiuje się jako takie oświadczenie władcze, które wiąże uczestników procesu. Zamiennie do tego stosuje się również określenie „decyzje procesowe” i zauważa się, że w ich skład wchodzi orzeczenia i zarządzenia²⁹. Ponadto w doktrynie

²⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 listopada 2004 r., K 18/03.

²¹ P. Sarnecki, w: *Konstytucja...*, komentarz do art. 42 Konstytucji, teza 3; M. Florczak-Wątor, w: *Konstytucja...*, komentarz do art. 42 Konstytucji, teza 2.

²² Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 maja 2007 r., P 13/06; postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 grudnia 2008 r., Ts 51/07.

²³ P. Hofmański, S. Waltoś, *Proces...*, s. 256.

²⁴ A. Świątłowski, *Jedna...*, s. 191; T. Grzegorzczak, w: *Kodeks...*, komentarz do rozdziału 17 k.p.w.

²⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 maja 2004 r., SK 38/03; postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 maja 2007 r., P 13/06; postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 grudnia 2008 r., Ts 51/07.

²⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 lipca 2014 r., K 23/13; K. Dąbkiewicz, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 98 k.p.w., teza 1.

²⁷ A. Świątłowski, *Jedna...*, s. 191; K. Dąbkiewicz, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 98 k.p.w., teza 1.

²⁸ A. Świątłowski, *Jedna...*, s. 191.

²⁹ P. Hofmański, S. Waltoś, *Proces...*, s. 49.

podkreśla się imperatywny charakter mandatu³⁰. Wydaje się jednak, że to oświadczenie powinno być raczej określane jako wiążąca organ propozycja zaakceptowana przez sprawcę. Można jednak zauważyć, że w takim przypadku stoi to w sprzeczności z tezą o imperatywnym charakterze, ponieważ przy nakładaniu mandatu nie ma żadnego elementu rozkazującego czy nakazującego, a wręcz przeciwnie, fundamentalną rolę odgrywa jego konsensualny charakter.

Niezależnie od rozważań co do istoty mandatu, nie da się nie dostrzec konfliktu, jaki występuje w momencie jego nakładania w perspektywie art. 42 ust. 3 Konstytucji. Wynika to z faktu, że z jednej strony postępowanie mandatowe głównie prowadzi policja³¹, która nie jest sądem, a z drugiej dochodzi do przełamania zasady domniemania niewinności (por. art. 1 § 2 k.w.³²) w wyniku przyjęcia mandatu przez sprawcę.

Co ciekawe, w literaturze można spotkać się ze stanowiskiem, że uprawomocnienie mandatu nie przełamuje zasady domniemania niewinności i osoba popełniająca wykroczenie pozostaje niewinna na takiej samej zasadzie, jak ma to miejsce w przypadku warunkowego umorzenia postępowania karnego³³. Stanowisko to opierane jest na tezie Sądu Najwyższego, gdzie zauważył on, że: „Nakładanie grzywny w drodze mandatu karnego nie jest jednak orzekaniem co do winy i kary, gdyż organem powołanym do orzekania w sprawach o wykroczenia jest sąd”³⁴. W dalszej kolejności Sąd Najwyższy wskazał, że przyjęcie grzywny nałożonej mandatem jest prawem, a nie obowiązkiem sprawcy. Ponadto jego przyjęcie sprawia, że staje się on prawomocny i nie przysługuje od niego prawo do sądu. Ciężko się jednak zgodzić z tym stanowiskiem głównie z tego powodu, że w gruncie rzeczy nie wyjaśnia, czym jest mandat karny.

Z drugiej strony konsekwencje związane z przyjęciem tego stanowiska są podzielane w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Co istotne, jak zostało zauważone powyżej, Trybunał łączy odpowiedzialność wykroczeniową z winą, zwracając jednak uwagę, że to sprawca sam się

³⁰ A. Świątowski, *Jedna...*, s. 191; K. Dąbkiewicz, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 98 k.p.w., teza 1.

³¹ K. Dąbkiewicz, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 95 k.p.w., teza 3.

³² Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń, Dz.U. 2018, poz. 618, tekst jedn. ze zm., dalej: *Kodeks wykroczeń*, k.w.

³³ A. Jezusek, *Glosa...*, s. 157.

³⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2017 r., IV KK 55/17.

do niej przyznaje: „Obwiniony, przyjmując mandat, uznaje swoją winę i akceptuje nałożoną za popełnienie wykroczenia karę”³⁵. Trybunał zwraca również uwagę na treść art. 1 § 2 k.w., który określa zasadę winy³⁶.

Trybunał Konstytucyjny uznając, że postępowanie wykroczeniowe (w tym również mandatowe) jest oparte na zasadzie winy, w żaden sposób nie tłumaczy ewentualnej sprzeczności z treścią art. 42 ust. 3 Konstytucji w przypadku nałożenia mandatu przez organ. Trybunał zauważa jednak, że: „Ponadto, skoro podstawą nałożenia mandatu była uprzednia zgoda skarżącego i – co należy podkreślić – dobrowolne przyznanie się do popełnienia wykroczenia, to oczywiście bezzasadne są zarzuty wskazujące na pozbawienie go prawa do ustalenia winy jednostki”³⁷.

Powyższa analiza przekonuje, że tak naprawdę ten problem nie został rozwiązany w orzecznictwie, a co więcej, że Sąd Najwyższy i Trybunał Konstytucyjny mają przeciwne stanowiska w tej kwestii. Jednak co ważne, nie skutkuje to uznaniem tego postępowania za niezgodne z ustawą zasadniczą.

Próbą rozwiązania tego problemu jest koncepcja łącząca treść art. 42 ust. 3 z art. 45 ust. 1 Konstytucji. Zakłada ona, że konstytucyjne „prawo do sądu” niekoniecznie oznacza, że postępowanie musi być sądowe, ale w sytuacji, gdy postępowanie prowadzi organ, to powinna przysługiwać w którymś momencie możliwość odwołania się do sądu. Co więcej, wskazuje się, że ze względu na okoliczność, że to wyroki są najczęściej spotykanymi rozstrzygnięciami w przedmiocie winy i kary, to zgodnie z zasadą *pars pro toto* art. 42 ust. 3 Konstytucji wymienia właśnie sąd³⁸.

Takie rozumienie tego przepisu z pewnością rozwiązuje sprawę co do istoty. Zakładając, że w momencie odmowy przyjęcia mandatu kierowany jest wniosek do sądu o ukaranie albo w sytuacji, gdy przyjmie mandat, ale będą istniały procedury jego uchylecia przez sąd, to takie postępowanie może zostać uznane za zgodne z art. 42 ust. 3 Konstytucji.

Ponadto Trybunał Konstytucyjny w swoich wyrokach podkreśla, że prawo do sądu może podlegać pewnym ograniczeniom. Trybunał, powołując się na dotychczasowe orzecznictwo, zaznacza, że: „ograniczenia

³⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 maja 2004 r., SK 38/03; postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 maja 2007 r., P 13/06; postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 grudnia 2008 r., Ts 51/07.

³⁶ T. Bojarski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 1 k.w., teza 13.

³⁷ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 grudnia 2008 r., Ts 51/07.

³⁸ P. Sarnecki, w: *Konstytucja...*, komentarz do art. 42 Konstytucji, teza 12.

przyjęte w tym postępowaniu [mandatowym – J.K.], wynikające z interesu publicznego związanego ze szczególnym charakterem postępowania mandatowego, którego zasadniczym celem jest szybka reakcja na popełnienie czynu o stosunkowo niewielkim stopniu szkodliwości społecznej, należy widzieć przez pryzmat dwuetapowości analizowanego postępowania” oraz dalej: „Pierwszy etap to postępowanie mandatowe prowadzone przez organy pozasądowe, którego zasadniczym celem jest szybkość i sprawność rozstrzygnięcia o odpowiedzialności karnej i które ze względu na te cele przewiduje daleko idące ograniczenia proceduralne”³⁹.

Analiza wszystkich tych stanowisk zdaje się sugerować, że ze względu na zasadę szybkości postępowania w pewnych sprawach, które cechują się niewielkim stopniem społecznej szkodliwości, dozwolone są odstępstwa, przy zapewnieniu, że będzie istniała w pewnym momencie możliwość odwołania się do sądu.

Co więcej, należy zwrócić szczególną uwagę na fakt, że kluczowym aspektem tego postępowania jest jego konsensualny charakter. Trybunał Konstytucyjny zauważa, że postępowanie mandatowe może zostać uruchomione tylko w przypadku, gdy sprawca na to się zgadza, co wyraża się przyjęciem przez niego mandatu⁴⁰. Oprócz tego podkreśla, że przyjęcie mandatu oznacza, że sprawca uznaje swoją winę i akceptuje nałożoną karę⁴¹. W związku z tym można by się zastanawiać, czy to właśnie nie ten aspekt warunkuje konstytucyjność tego postępowania.

Podsumowując, można zauważyć, że bez wątpienia postępowanie mandatowe należy uznać za zgodne z ustawą zasadniczą. Wynika z tego, że w świetle art. 42 ust. 3 Konstytucji są dopuszczalne takie czynności procesowe, które nie będąc orzeczeniem sądowym, przełamują zasadę domniemania niewinności.

2.1.2. Zastosowanie do problemu algorytmów

Powyższe rozważania wydają się bardzo istotne w perspektywie oceny konstytucyjności algorytmicznego orzekania. W szczególności zakładając, że algorytm nie może być sądem w rozumieniu Konstytucji,

³⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 maja 2004 r., SK 38/03; postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 maja 2007 r., P 13/06.

⁴⁰ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 grudnia 2008 r., Ts 51/07.

⁴¹ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 maja 2007 r., P 13/06; postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 grudnia 2008 r., Ts 51/07.

istnieje w ten sposób możliwość stworzenia takiego systemu, który będzie uznawał – podobnie jak w przypadku mandatów – czynności niebędące orzekaniem.

Należy jednak zauważyć, że ograniczenia związane z postępowaniem mandatowym analogicznie będą limitowały zastosowanie algorytmów. W szczególności programy powinny być stosowane tylko w tych sytuacjach, gdy stopień społecznej szkodliwości czynu jest niewielki, ponieważ tylko w takich sprawach możemy ograniczać stosowanie art. 42 ust. 3 Konstytucji.

Rozważenia wymaga również, czy analogicznie jak w przypadku przyjęcia mandatu, w przypadku stosowania algorytmu sprawca nie powinien przyznawać się do winy i akceptować nałożoną karę. Co więcej, należy się również zastanowić, czy nie byłoby zasadnym wymaganie od sprawcy odrębnego oświadczenia, gdzie przyznaje się do winy i akceptuje nałożoną karę, co również powinno spełniać funkcję gwarancyjną.

W przypadku, gdy sprawca nie wyrazi zgody, do sądu powinien zostać skierowany akt oskarżenia (wniosek o ukaranie) przez organy prowadzące postępowanie na zasadach ogólnych.

Ze względu na brak możliwości oceny dowodów i prowadzenia postępowania dowodowego (przed algorytmem) należy przyjąć, że zarówno okoliczności sprawy, jak i wina sprawcy nie mogą budzić wątpliwości w ocenie organów prowadzących postępowanie. Przy założeniu, że algorytm może mieć zastosowanie tylko przy czynach o niewielkim stopniu społecznej szkodliwości oraz ze względu na obowiązkową zgodę sprawcy, ryzyko nadużyć zostanie w ten sposób zminimalizowane.

Ostatecznie należy wskazać, że w pewnych sytuacjach powinna istnieć możliwość uchylecia decyzji algorytmu (por. art. 101 k.p.w.⁴²).

2.2. Algorytm jako sąd

2.2.1. Zagadnienia wstępne

Z drugiej strony można rozważyć, czy to, że art. 42 ust. 3 Konstytucji mówi o sędzie, nie będzie tak naprawdę stanowiło przeszkody w przypadku,

⁴² Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, Dz.U. 2018, poz. 475, tekst jedn. ze zm., dalej: Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, k.p.w.

gdy uznamy, że program komputerowy może być sądem w rozumieniu ustawy zasadniczej. Będzie to jednak miało daleko idące skutki, takie jak np. ograniczenie zasady dwuinstancyjności tylko do jednej instancji, w której orzeka człowiek.

Już na samym początku należy zauważyć, że zarówno wykładnia literalna pojęcia „sąd”, jak i przepisy rozdziału VIII Konstytucji zdają się sugerować, że program nigdy nie może być tak określany. Wynika to również z faktu, że podział sądów w art. 175 Konstytucji jest wyczerpujący. Sprawa staje się jednak dużo bardziej skomplikowana, biorąc pod uwagę fakt, że podobnym problemem zajmował się Trybunał Konstytucyjny, orzekając w przedmiocie asesorów sądowych, gdzie dopuścił pewne odstępstwa od sędziowskiego wymierzania sprawiedliwości⁴³. Co więcej, wnikliwa analiza tego orzeczenia pozwala na zrekonstruowanie przesłanek, które warunkują uznanie danego organu za sąd w rozumieniu Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny zauważył, że prawo do sądu, wyrażone w art. 45 Konstytucji, obejmuje cztery elementy: „1) prawo do uruchomienia postępowania sądowego, 2) prawo do odpowiednio ukształtowanej procedury sądowej, zgodnie z zasadami sprawiedliwości, jawności i dwuinstancyjności oraz 3) prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia”⁴⁴ oraz jako czwarty element: „prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawę”⁴⁵.

Trybunał wskazał jednak, że pojęcie sądu z art. 45 ust. 1 Konstytucji nie jest identyczne z tym, o którym mowa w rozdziale VIII Konstytucji, chociaż ich znaczenie częściowo się pokrywa. Oznacza to, że prawo do sądu jest zagwarantowane w przypadku, gdy nie orzeka sędzia, o ile są spełnione wymogi określone w art. 45 ust. 1 Konstytucji. W dalszej kolejności Trybunał wskazał, że przesłanki te, to:

- 1) właściwość,
- 2) niezależność,
- 3) bezstronność,
- 4) niezawisłość⁴⁶.

Poniżej zostały omówione poszczególne cechy sądu wraz z odniesieniem ich do algorytmów.

⁴³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 2007 r., SK 7/06.

⁴⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 2007 r., SK 7/06.

⁴⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 2007 r., SK 7/06.

⁴⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 2007 r., SK 7/06.

2.2.2. Właściwość sądu

Pojęcie sądu właściwego jest rozumiane jako obowiązek stworzenia takiej procedury sądowej, która będzie odpowiednia dla konkretnego rodzaju rozstrzyganych spraw⁴⁷. Wymóg ten został sprecyzowany w szczególności w art. 176 ust. 2 Konstytucji i wskazuje się, że jest to związane ze zobowiązaniem ustawodawcy do ustalenia właściwości miejscowej, rzeczowej, funkcjonalnej i personalnej⁴⁸.

Wydaje się, że program komputerowy jest w stanie spełnić to wymaganie, przy założeniu, że zostaną w nim uwzględnione odmienności związane z charakterem postępowania karnego.

2.2.3. Niezależność sądu

Niezależność zakłada wyodrębnienie organizacyjne i funkcjonalne władzy sądowniczej od ustawodawczej i wykonawczej w taki sposób, żeby sądy miały całkowitą autonomię w zakresie orzekania⁴⁹. Ponadto zauważa się również, że innymi istotnymi przepisami w kontekście tej cechy są art. 173 oraz art. 186 Konstytucji, który stanowi, że organem stojącym na straży niezależności sądów jest Krajowa Rada Sądownictwa⁵⁰.

Teoretycznie algorytm może nie być podporządkowany w żaden sposób władzy ustawodawczej lub wykonawczej, jednak wydaje się, że pewne zastrzeżenia są związane z kwestiami językowymi, które w istocie nie pozwalają na określenie algorytmu jako niezależnego. Wynika to z faktu, że mając na myśli niezależność algorytmu, w istocie chodzi o jego bezstronność, która jest inną cechą sądu.

2.2.4. Niezawisłość sądu (sędziów)

Co prawda w art. 45 ust. 1 Konstytucji mowa jest o niezawisłości sądów, jednak w literaturze⁵¹ i orzecznictwie⁵² odnosi się ten termin do

⁴⁷ P. Tuleja, w: *Konstytucja...*, komentarz do art. 45 Konstytucji.

⁴⁸ P. Sarnecki, w: *Konstytucja...*, komentarz do art. 45 Konstytucji, teza 3.

⁴⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 2007 r., SK 7/06; P. Tuleja, w: *Konstytucja...*, komentarz do art. 45 Konstytucji.

⁵⁰ P. Sarnecki, w: *Konstytucja...*, komentarz do art. 45 Konstytucji, teza 10.

⁵¹ P. Tuleja, w: *Konstytucja...*, komentarz do art. 45 Konstytucji.

⁵² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 2007 r., SK 7/06.

sędziów, na co wskazuje również art. 178 ust. 1 i 3 oraz art. 186 Konstytucji. W związku z tym zauważa się, że niezawisły sąd⁵³ to taki, który składa się z niezawisłych sędziów⁵⁴.

W doktrynie wskazuje się, że niezawisłość ma dwa aspekty: wewnętrzny i zewnętrzny. Pierwszy z nich odnosi się do przeświadczenia sędziego, że w procesie orzekania kieruje się tylko prawem i własnym sumieniem⁵⁵. Natomiast w aspekcie zewnętrznym oznacza to, że osoba znajdująca się poza wymiarem sprawiedliwości postrzega sędziego jako samodzielnego i bezstronnego. Dodatkowo wskazuje się, że elementem niezawisłości jest obligatoryjne wyłączenie „sędziego dyspozycyjnego”⁵⁶.

Należy zauważyć, że poza oczywistymi wątpliwościami związanymi z możliwością określenia algorytmu jako niezawisłego, wydaje się, że na gruncie obowiązującej Konstytucji ten aspekt nigdy nie może zostać spełniony przez algorytm. W szczególności nie jest to możliwe w perspektywie niezawisłości wewnętrznej, ponieważ algorytm nie ma własnego sumienia i z samej zasady jego działania wynika zależność od wyroków sędziów w innych sprawach lub z góry określonego schematu oceny.

2.2.5. Bezstronność sądu (sędziów)

Również pojęcie bezstronności zazwyczaj występuje w kontekście sędziego i uważa się, że ta cecha jest spełniona, gdy osoba orzekająca: „kieruje się obiektywizmem, nie stwarzając korzystniejszej sytuacji dla żadnej ze stron czy uczestników postępowania, zarówno w trakcie toczącej się przed sądem sprawy, jak i orzekania. Traktuje on zatem uczestników postępowania równorzędnie”⁵⁷. W literaturze zauważa się, że cecha bezstronności dopełnia pojęcia „niezależność” i „niezawisłość”⁵⁸.

⁵³ Jako skład orzekający.

⁵⁴ P. Sarnecki, w: *Konstytucja...*, komentarz do art. 45 Konstytucji, teza 10.

⁵⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 stycznia 1999 r., K 1/98; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 2007 r., SK 7/06.

⁵⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 stycznia 1999 r., K 1/98; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 2007 r., SK 7/06; P. Tuleja, w: *Konstytucja...*, komentarz do art. 45 Konstytucji.

⁵⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 stycznia 1999 r., K 1/98; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 2007 r., SK 7/06.

⁵⁸ P. Sarnecki, w: *Konstytucja...*, komentarz do art. 45 Konstytucji, teza 10.

Pomijając wątpliwości językowe, które w przypadku tej cechy wydają się drugorzędne, można zauważyć, że odpowiednio zaprogramowany algorytm może być bezstronny, co wynika z samej zasady jego działania.

3. Podsumowanie

Z powyższych rozważań można wysunąć kilka wniosków. Po pierwsze, należy podkreślić, że algorytm, który miałby określać karę, nie może stanowić sądu w rozumieniu Konstytucji. Wynika to z niemożności spełnienia przez program komputerowy kryteriów niezależności oraz niezawisłości, które stanowią przesłanki uznania danej instytucji za sąd zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego.

Należy jednak zauważyć, że powyższa konkluzja nie przesądza o niedopuszczalności wymierzania sprawiedliwości przez algorytmy w postępowaniu karnym *sensu largo*. Rozwiązaniem wypracowanym na podstawie analizy postępowania mandatowego jest możliwość pełnienia przez programy komputerowe analogicznej roli jak organy postępowania mandatowego. Innymi słowy, algorytm mógłby proponować karę, która w przypadku zaakceptowania przez sprawcę czynu stawałaby się obustronnie wiążącym rozstrzygnięciem sprawy. Należy jednak pamiętać o pewnych ograniczeniach, związanych z taką propozycją wykorzystania sztucznej inteligencji. W szczególności obejmują one konieczność oświadczenia przez sprawcę, że zgadza się na taki tryb postępowania, możliwość uchylecia rozstrzygnięcia w szczególnych przypadkach oraz to, że czyn musi się charakteryzować niewielkim stopniem społecznej szkodliwości.

Summary

This article addresses the issue of the constitutionality of the use of algorithms in sentencing. The author focuses on the analysis of two key provisions of the Constitution regulating the presumption of innocence and the right to a court. The study shows that an algorithm cannot be a court in the meaning of the Constitution. However, it is possible to use algorithms on a similar basis as regarding the procedure on ticketing for traffic offences.

Keywords

criminal law, algorithms, artificial intelligence, constitutionality, sentencing, the right to a fair trial, presumption of innocence

Bibliography

- Bojarski T., w: *Kodeks wykroczeń. Komentarz aktualizowany*, red. T. Bojarski, LEX/el. 2021.
- Chiao V., *Predicting Proportionality: The Case for Algorithmic Sentencing*, „Criminal Justice Ethics” 2018, t. 37 (3).
- Dąbkiewicz K., w: *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Dietvorst B.J., Simmons J.P., Massey C., *Algorithm Aversion: People Erroneously Avoid Algorithms after Seeing Them Err*, „Journal of Experimental Psychology: General” 2015, t. 144 (1).
- Florczak-Wątor M., w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019.
- Gefferie D., *The Algorithmization of Payments*, < <https://towardsdatascience.com/the-algorithmization-of-payments-how-algorithms-are-going-to-change-the-payments-industry-5dd3f266d4c3> >.
- Grzegorzczak T., w: *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Hofmański P., Waltoś S., *Proces karny*, Warszawa 2020.
- Jezusek A., *Glosa do wyroku SN z dnia 13 września 2017 r., IV KK 55/17*, „Prokuratura i Prawo” 2018.
- McGee S., *Rise of the Billionaire Robots: How Algorithms Have Redefined Hedge Funds*, „The Guardian” z 15 maja 2016 r., < <http://www.theguardian.com/business/us-money-blog/2016/may/15/hedge-fund-managers-algorithms-robots-investment-tips> >.
- Naleziński B., w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019.
- Polanowski A., *Ofensywa sztucznej inteligencji na zawody prawnicze*, < <http://www.co-dozasady.pl/ofensywa-sztucznej-inteligencji-na-zawody-prawnicze/> >.
- Sarnecki P., w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II*, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016.
- Selinger J., *Colleges Are Tracking Prospective Students' Digital Footprints*, „The Atlantic” z 11 kwietnia 2017 r., < <https://www.theatlantic.com/education/archive/2017/04/how-colleges-find-their-students/522516/> >.
- Simmons R., *Big Data, Machine Judges, and the Legitimacy of the Criminal Justice System*, „University of California Davis Law Review” 2018, t. 52.
- Stobbs N., Hunter D., Bagaric M., *Can Sentencing Be Enhanced by the Use of Artificial Intelligence?*, „Criminal Law Journal” 2017, t. 41 (5).
- Światłowski A., *Jedna czy wiele procedur karnych*, Sopot 2008.
- Taracha A., *The Use of Algorithms in Criminal Procedure (Selected Issues)*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2020, z. 29 (5).

Konstytucyjność algorytmicznego wymierzania kary...

Trziciński J., *Znaczenie autonomicznej wykładni konstytucji na przykładzie orzecznictwa sądów administracyjnych*, w: *Wykładnia konstytucji. Aktualne problemy i tendencje*, red. M. Smolak, Warszawa 2016.

Tuleja P., w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019.

Završnik A., *Algorithmic justice: Algorithms and big data in criminal justice settings*, „European Journal of Criminology” 2019.

Završnik A., *Criminal Justice, Artificial Intelligence Systems, and Human Rights*, „ERA Forum” 2020, t. 20 (4).