

Ramy teoretyczne prawnego wymiaru zautomatyzowanego podejmowania decyzji

1.1. Teoretyczne konceptualizacje relacji między kodem komputerowym a prawem

Inspiracją teoretyczną do analizy są koncepcje, które postulują postrzeganie kodu komputerowego jako prawa⁸¹. Pytania rozważane w ich ramach nabierają coraz większego znaczenia w świetle rozwoju technologii zautomatyzowanego podejmowania decyzji. Prawo zaczyna być zastępowane przez kod komputerowy, czego przykładem są próby „przekładania” istniejących przepisów i norm prawnych na kod komputerowy, np. w celu usprawnienia wydawania decyzji czy egzekwowania ochrony praw autorskich przez blokowanie danych treści. Innym mechanizmem jest przechodzenie od regulacji danych zagadnień przepisami do regulacji za pośrednictwem systemów informatycznych, np. przez odwołanie do systemu informatycznego w miejsce regulowania kolejności przydzielania sędziom spraw w akcie prawnym. Obecność mechanizmów pozwalających na kształtowanie rzeczywistości za pomocą kodu komputerowego pokazuje, że konieczne jest przyjrzenie się temu, jak ich działanie wpływa na prawo i funkcjonowanie jednostek nie tylko w przestrzeni cyfrowej.

1.1.1. Kod jako prawo

Początki konceptualizacji kodu jako prawa⁸² sięgają połowy lat 90. poprzedniego stulecia⁸³. W opublikowanej w 1995 r. pracy *City of Bits Space, Place,*

⁸¹ Posługuję się w tym miejscu pojęciem „prawa” ze względu na fakt, że różne sposoby wdrażania zautomatyzowanego podejmowania decyzji w obszarach objętych regulacjami mogą mieć charakter zastępowania konkretnych przepisów, ale i zastępowania norm prawnych. Ponadto użycie wyrażenia „prawo” znajduje uzasadnienie w przedstawionych niżej koncepcjach teoretycznych.

⁸² Szeroki wykaz literatury relewantnej dla tego tematu, zob. E. Bayamlioglu, R. Leenes, *The ‘Rule of Law’ Implications of Data-driven Decision-Making: a Techno-Regulatory Perspective*, „Law, Innovation and Technology” 2018, t. 10, nr 2, s. 297.

⁸³ Nie oznacza to, że wcześniej nie istniały koncepcje dotyczące mechanizacji prawa, próby związania go z matematyką – tropy takie śledzi np. A. Supiot, *Governance by*

and the Infobahn Williama J. Mitchella można odnaleźć następujące wyjaśnienie sformułowania „kod jako prawo” (*code as law*, zawierające nieprzetłumaczalną grę słów, w której *code* to zarówno kod, np. komputerowy, jak i kodeks):

Tam, na cyfrowej granicy, kod jest prawem. Reguły rządzące jakimkolwiek mikroświatem komputerowo-skonstruowanej gry wideo, pulpit twojego osobistego komputera, okno edytora tekstu, bankomat, czat w sieci – są precyzyjnie i rygorystycznie określone w tekście programu, który odpowiada za to, co jest widoczne na twoim monitorze⁸⁴.

Chociaż Mitchell zajmował się designem i architekturą, jego refleksja na temat roli kodu jako prawa wyprzedziła prace prawnicze na ten temat, a także zainspirowała prawników do jej rozwoju. Na podstawie jego sformułowania powstała najbardziej znana praca dotycząca tej teorii, czyli *Code and Other Laws of Cyberspace*⁸⁵ Lawrence’a Lessiga⁸⁶. W celu ukazania normatywnej roli odgrywanej przez kod komputerowy Lessig porównuje go do aktów prawnych regulujących przestrzeń realną⁸⁷. To konstytucje, statuty, ustawy czy umowy międzynarodowe wyznaczają w niej ramy działania państw i jednostek, decydują o uznaniu danego zachowania za zgodne lub niezgodne z prawem. W przestrzeni cyfrowej granice możliwości naszych zachowań są wyznaczane przez kod komputerowy: bez ingerencji w kod nie jest możliwe obejście oferowanych przez niego możliwości. Przykładem zasad narzucanych przez kod jest brak możliwości wyjścia poza zaprogramowane

Numbers. The Making of a Legal Model of Allegiance, tłum. S. Brown, Hart Publishing, Oxford 2017.

⁸⁴ W.J. Mitchell, *City of Bits Space, Place, and the Infobahn*, MIT Press, Cambridge –Londyn 1996, s. 111.

⁸⁵ Zob. L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, Nowy Jork 1999. W książce posługuję się wydaniem drugim, czyli: L. Lessig, *Code. Version 2.0*, Basic Books, Nowy Jork 2006.

⁸⁶ W podobnym nurcie, ukazującym kod jako prawo, funkcjonuje pojęcie *lex informatica*, ukute przez Joela R. Reidenberga. Definiuje on *lex informatica* jako: „zestaw zasad dla przepływu informacji, który narzuca technologia i sieci komunikacyjne”. J.R. Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, „Texas Law Review” 1997–1998, t. 76, s. 555. Ze względu na bardziej krytyczne podejście do roli kodu jako prawa reprezentowane przez Lessiga oraz szerszą rozpoznawalność zastosowanego przez niego terminu zdecydowałam się zrezygnować ze sformułowania *lex informatica* na rzecz „kodu jako prawa”.

⁸⁷ Zob. „W przestrzeni realnej rozpoznajemy to jak prawo ją reguluje – przez konstytucje, statuty i inne prawne kodeksy. W przestrzeni cyfrowej musimy zrozumieć jak regulują ją różne «kody» – jak software i hardware (tzn. «kod» przestrzeni cyfrowej), które czynią z przestrzeni cyfrowej to czym ona jest, również regulują to jaka ona jest”. L. Lessig, *op. cit.*, s. 5.

ramy gry komputerowej czy wybrania z rozwijalnego pola możliwości, która nie została w nim uwzględniona. Kod komputerowy, tak jak prawo, tworzy zespół reguł obowiązujących jego użytkowników.

Możliwości te mogą się wydawać użytkownikom dane z góry. Koncepcja, zgodnie z którą przestrzeń cyfrowa jest regulowana przez kod, nie jest jednak deterministyczna. Kod jest tworzony, jest wypadkową pewnych wyborów⁸⁸. Twórcy kodu mają wpływ na to, na jakich zasadach opiera się tworzony przez nich element cyfrowej rzeczywistości. Jak podkreśla Lessig, egzekwowanie tych zasad nie jest weryfikowane przez państwo, lecz właśnie przez twórców kodu. Oznacza to, że elementy przestrzeni cyfrowej mogą się różnić tym, w jaki sposób są regulowane, w zależności od tego, jak jest ukształtowany kod, który je opisuje i tworzy⁸⁹, ten z kolei może być różny w zależności od tego, kto go pisał.

Podobnie jak w wypadku aktów prawnych, których treść jest różna w zależności np. od tego, czy są wydawane dla ochrony czy promowania pewnych wartości, także możliwości oferowane przez kod komputerowy mogą być odzwierciedleniem wyborów o charakterze aksjologicznym. Przykładem przytaczanym przez Lessiga jest problem potwierdzania tożsamości w internecie, który stanowił barierę rozwoju handlu elektronicznego we wczesnych latach 90. XX w. Wprowadzenie technologicznego rozwiązania w postaci ciasteczek (*cookies*), polegającego na pozostawianiu elementów kodu i sprawdzaniu przeglądarki użytkownika, umożliwiło komunikację między komputerem a serwerem, a tym samym automatyzację rozpoznawania „z kim ma się do czynienia”⁹⁰. Jak podkreśla Lessig, zmiana ta, mająca ogromny wpływ na ochronę – a właściwie jej ograniczenie – prywatności w sieci, nie była efektem zmian prawnych. Stanowiła ona efekt działań podjętych w ramach płaszczyzny technologicznej, które miały z kolei wpływ na prawa jednostek.

Przykład ten pokazuje dwoistość możliwej relacji między kodem jako prawem a prawem w jego tradycyjnym rozumieniu. Z jednej strony, kod może stanowić narzędzie umożliwiające automatyzację egzekwowania istniejących regulacji, czego przykładem są systemy zarządzania prawami cyfrowymi (DRM), czyli narzędzia używane w celu ograniczania możliwości używania utworów chronionych prawami autorskimi do opcji zgodnych z regulacjami dotyczącymi tej kwestii. Z drugiej strony, sposób wprowadzenia norm prawnych do kodu komputerowego może wpływać na to, jak stosowane są wdrażane przez niego przepisy, np. obostrzenia nakładane przez DRM są

⁸⁸ Zob. L. Lessig, *op. cit.*, s. 318.

⁸⁹ *Ibidem*, s. 24.

⁹⁰ L. Lessig, *Law Regulating Code Regulating Law*, „Loyola University Chicago Law Journal” 2003, t. 35, s. 5.

niekiedy bardziej surowe niż obowiązujące prawo⁹¹. Algorytmy nie stanowią dokładnego tłumaczenia norm prawnych na kod komputerowy. Tym samym kod w rzeczywistości tworzy nowe normy, które determinują możliwości podejmowania danych działań w sieci i poza nią. Zagadnienie tej ambiwalencji relacji między prawem a kodem jako prawem ukazuje ścieżkę rozwoju teorii kodu jako prawa: skodyfikowane normy prawne oraz kod komputerowy zaczynają wchodzić w interakcję.

Warto w tym miejscu odwołać się do propozycji podziału odnoszącej się do faz, które można zaobserwować w odniesieniu do tej interakcji⁹². Pierwsza z nich to digitalizacja informacji, czyli – w odniesieniu do prawa – systemy takie jak np. EUR-Lex. Faza druga to wprowadzenie automatyzacji do procesu podejmowania decyzji, których przykładem są wspomniane powyżej systemy DRM. Faza trzecia dodaje do drugiej wyższy stopień interakcji między prawem a kodem. Z jednej strony prawo zaczyna regulować kod, jak np. przepisy RODO dotyczące ochrony danych w fazie projektowania i domyślna ochrona danych (art. 25, *data protection by design* i *by default*), czy normy techniczne, które mogą tworzyć standardy odnoszące się do stosowanych rozwiązań technologicznych⁹³. Wymogi takie dotyczą warunków, które spełniać ma kod komputerowy. Z drugiej strony pojawiają się elementy regulacji za sprawą kodu. Zgodnie z tą kwalifikacją

⁹¹ „Nie ulega wątpliwości, że im bardziej skomplikowane mechanizmy technologiczne, tym większa ingerencja w formę dozwolonego użytku, odsłaniająca coraz to nowe pola konfliktu między ochroną zabezpieczeń technicznych utworów a ograniczeniami praw wyłącznych twórców”. K. Gienas, *Zabezpieczenia techniczne utworów a dozwolony użytek na tle prawa wspólnotowego i polskiego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 12, s. 14. Innym przykładem są rozwiązania oparte na sieciach *peer-to-peer*, w których technologia może np. ułatwiać obchodzenie prawa, zob. T. Wu, *When Code Isn't Law*, „Virginia Law Review” 2003, t. 89, nr 4, s. 679–751, przykłady innych sposobów użycia technologii do obchodzenia prawa: s. 707–709.

⁹² Klasyfikację oraz część przykładów przedstawiam za: P. De Filippi, S. Hassan, *Blockchain Technology as a Regulatory Technology: From Code is Law to Law is Code*, „First Monday” 2016, t. 21, nr 12. https://www.researchgate.net/publication/311447869_Blockchain_Technology_as_a_Regulatory_Technology_From_Code_is_Law_to_Law_is_Code, dostęp: 1.04.2021.

⁹³ Myśl dotyczącą związku między kodem a normami technicznymi zawdzięczam recenzentce mojej pracy doktorskiej, dr hab. prof. UJ Ninie Półtorak. W świetle moich przemyśleń normy techniczne wydają się jednak raczej przykładem sytuacji, w której to prawo próbuje regulować technologię, nie zaś sytuacji, w której technologia służy do zapisania prawa. Ponadto perspektywa, którą staram się przedstawiać, kładzie nacisk na daleko idące skutki stosowania zautomatyzowanego podejmowania decyzji w zakresie ingerencji w proces stosowania, a nawet tworzenia prawa. Stąd też bronię stanowiska, zgodnie z którym zastępowanie przepisów odwołaniem do technologii i wprowadzanie rozwiązań technologicznych w celu stosowania prawa wykracza poza „techniczne” aspekty regulacji danych zagadnień.

dopuszczanie zautomatyzowanego podejmowania decyzji, jako narzędzia używanego w postępowaniach mających wpływ na uprawnienia jednostki, stanowi przykład takiej sytuacji. Większość z mechanizmów wdrażanych systemów zautomatyzowanego podejmowania decyzji obecnie można by zakwalifikować jako należące do fazy trzeciej. Faza czwarta to *kod-yfikacja* prawa (*code-ification of law*): kod staje się „współtwórcą” regulacji, nie zaś jedynie narzędziem niezbędnym do ich egzekwowania. Przykładem takiej sytuacji byłoby wdrażanie mechanizmów opartych na maszynowym uczeniu do systemów zautomatyzowanego podejmowania decyzji. W ramach fazy czwartej używany kod komputerowy zaczyna mieć zdolność do samodoskonalenia, np. przez wykrywanie nowych typów potencjalnych naruszeń i blokowanie ich prób na podstawie analizy dotychczasowych danych.

Klasyfikacja ta ukazuje przede wszystkim rosnący poziom skomplikowania zjawisk zachodzących na styku prawa i technologii, kodeksów i kodu. Kod komputerowy, jako forma zapisu algorytmów, staje się nie tylko mechanizmem rządzącym i tworzącym reguły działania w przestrzeni cyfrowej. Ma on rosnące znaczenie dla świata fizycznego, m.in. w związku z legitymizowaniem stosowania go przez akty prawne. Wagi w związku z tym nabiera pytanie o granice możliwej algorytmizacji prawa, czyli przekładania treści norm prawnych na kod komputerowy. Przykładem mechanizmu, w którym są podejmowane takie próby, jest zautomatyzowane podejmowanie decyzji wykorzystywane w sektorze publicznym. Wdrażanie zautomatyzowanych rozwiązań wiąże się z wiarą, że algorytm jest w stanie odtworzyć proces decyzyjny człowieka lub nawet go udoskonalić, i tym samym przyspieszyć wydawanie decyzji w danych sprawach. Poczynione powyżej uwagi ukazują, że myślenie takie nie uwzględnia dwustronności relacji między kodem i prawem. Próba zapisu cyfrowego regulacji prawnych może prowadzić do problemów, takich jak np. konieczność przełożenia na wartości matematyczne wagi danych kryteriów oceny jednostki czy kwantyfikacji pojęć o charakterze abstrakcyjnym. Tym samym kod, mający wspomóc proces stosowania prawa, będzie je w rzeczywistości zmieniał.

1.1.2. Granice algorytmizacji prawa a zautomatyzowane podejmowanie decyzji

Badania zestawiające zautomatyzowane podejmowanie decyzji oraz regulacje prawne stojące u jego podstaw były podejmowane już na początku lat 90. poprzedniego wieku. Ich wyniki wskazywały na zasadnicze problemy wiążące się z próbą przetłumaczenia prawa na kod komputerowy: brak wdrażania poprawek do danych aktów prawnych do kodu komputerowego, interpretację prawa przez kod komputerowy, która nie jest poprawna, czy problemy wynikające z niemożności przetłumaczenia na kod

przepisów zbyt abstrakcyjnych lub niejasnych⁹⁴. Osoby odpowiedzialne za przygotowanie danego kodu komputerowego stają się władne dokonywać jego wykładni: „w sytuacji, w której możliwa jest więcej niż jedna prawidłowa wykładnia regulacji, to programista musi dokonać wyboru”⁹⁵. Problemy te są relewantne dla prób wdrażania systemów komputerowych opartych na wysokim poziomie interakcji między kodem komputerowym i prawem⁹⁶. W sytuacji, w której systemy zautomatyzowanego podejmowania decyzji obejmują zagadnienia regulowane przez prawo, np. dostęp do zasilków, dostęp do edukacji czy kwestie związane z prawem do sądu, niepoprawne czy niedokładne przełożenie norm prawnych na kod komputerowy ma bezpośredni wpływ na możliwości korzystania z danych praw przez jednostkę.

Można wskazać trzy obszary, w których przede wszystkim mogą wystąpić poważne ograniczenia zabiegów mających na celu przełożenie norm prawnych na kod komputerowy, czyli algorytmizacji prawa. Po pierwsze, są to wyzwania dla prawa jako przedsięwzięcia normatywnego, po drugie, wyzwania dla prawa jako przedsięwzięcia przyczynowego, oraz po trzecie, upadek prawa jako przedsięwzięcia moralnego⁹⁷.

W odniesieniu do związku między zautomatyzowanym podejmowaniem decyzji a prawem, jako przedsięwzięciem normatywnym, należy zwrócić uwagę na wyzwania wynikające ze zmiany sposobu ewolucji wykładni: „Zmieniające się wiedza, opinie, interesy itp., mogą wymagać ponownej debaty i w związku z tym kontestowania norm jako kluczowego mechanizmu umożliwiającego ewolucję prawa i społeczeństwa”⁹⁸. Odwołując się do metod wykładni stosowanych w prawie europejskim, jest raczej niemożliwe, aby zautomatyzowane podejmowanie decyzji pozwalało na stosowanie wykładni EKPCz traktującej ją jako żyjący instrument, którego wykładnia pozwala uwzględnić zmieniające się realia społeczne. Chociaż zautomatyzowane podejmowanie decyzji może prowadzić do ewolucji wykładni danych

⁹⁴ Przykłady podają za: J. Bing, *Code, Access and Control*, *op. cit.*, s. 204–205. Autorską koncepcję argumentów przeciwko zautomatyzowanemu podejmowaniu decyzji przedstawia G. Noto La Diega, *Against the Dehumanisation of Decision-Making – Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information*, „Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law” 2018, t. 9, nr 3, s. 5–11.

⁹⁵ J. Bing, *op. cit.*, s. 205.

⁹⁶ *De facto* od fazy drugiej do fazy czwartej z opisywanej powyżej kwalifikacji, przy czym im wyższy poziom interakcji między kodem komputerowym i normami prawnymi, tym problemy stają się bardziej znaczące w świetle np. coraz mniejszej możliwości weryfikacji, jak właściwie interakcja między prawem a kodem przebiega.

⁹⁷ Zob. E. Bayamlioglu, R. Leenes, *op. cit.*, s. 305–311.

⁹⁸ *Ibidem*, s. 305.

norm⁹⁹, nie wydaje się, aby mogła być ona wynikiem głębszego namysłu nad zachodzącymi w świecie realnym zmianami. Jak podkreślają twórcy charakteryzowanej systematyki, Emre Bayamlioglu i Ronald Leenes, dynamika rozwiązań proponowanych przez algorytmy może wynikać raczej z danych, które są wykorzystywane do analizy w danym systemie¹⁰⁰. Tym samym problem ten wiąże się ze stronniczością (*bias*)¹⁰¹, która może się pojawić w danych. Jej efektem zaś może być – teoretycznie – dynamiczne rozumienie norm przez zautomatyzowany system. Dynamika ta jednak może nie być zgodna z intencją prawodawcy. Ponadto w związku z brakiem przejrzystości w zakresie zasad, które stoją za zautomatyzowanym podejmowaniem decyzji, podstawa dokonania danego wyboru staje się niezrozumiała. Rezultatem tych mechanizmów może być rosnący rozdźwięk między decyzjami proponowanymi przez systemy zautomatyzowanego podejmowania decyzji a normami prawnymi, które miały one za zadanie wdrażać.

Drugim problemem jest mechanizm stojący u podstaw zautomatyzowanego podejmowania decyzji, czyli oparcie ich na korelacji, nie zaś na związkach przyczynowych. W przeciwieństwie do mechanizmów, na których opierają się stosowanie i wykładnia prawa, systemy zautomatyzowanego podejmowania decyzji opierają się na statystycznych kalkulacjach biorących pod uwagę współwystępowanie pewnych cech czy zjawisk. Spostrzeżenie to łączy się, w odniesieniu do zautomatyzowanego podejmowania decyzji, z konstruowaniem przez te systemy tzw. nierozdzielczych (*non-distributive*) profili grupowych¹⁰². W przypadku tworzenia rozdzielnych profili grupowych cecha, której obecność jest sprawdzana, odnosi się do wszystkich członków danej grupy, np. odsetek prawdopodobieństwa, że mężczyzna w Stanach Zjednoczonych spędzi pewien okres swojego życia w więzieniu. Jednak w przypadku nierozdzielczego profilu grupowego perspektywa zostaje odwrócona: pod uwagę brane jest prawdopodobieństwo, z jakim dany, konkretny mężczyzna znajdzie się w więzieniu. Oparcie takiego profilu na samej płci nie pozwoli osiągnąć dokładnych wyników, ponieważ są one zależne od innych zmiennych. Jednocześnie nawet uwzględnienie tych zmiennych – czyli opracowanie modelu pozwalającego na dokładniejszą korelację – nie pozwoli ocenić kwestii związanych z przyczynowością. Problemy te wskazują

⁹⁹ Szczególnie w ramach opisywanej powyżej fazy czwartej interakcji między kodem komputerowym i prawem.

¹⁰⁰ E. Bayamlioglu, R. Leenes, *op. cit.*, s. 306.

¹⁰¹ Zjawisko stronniczości w kontekście zautomatyzowanego podejmowania decyzji opisuję dalej w rozdziale.

¹⁰² Zob. M. Hildebrandt, *Smart Technologies and the End(s) of Law...*, *op. cit.*, s. 66 oraz M. Hildebrandt, *Profiling: From Data to Knowledge The challenges of a crucial technology*, „Datenschutz und Datensicherheit” 2006, t. 30, nr 9, s. 549.

na prostą myśl, że sam fakt posłużenia się metodami ilościowymi w ocenie danego zjawiska nie powinien prowadzić do postrzegania tej oceny jako prawidłowej.

Problem ten prowadzi do trzeciego obszaru wyzwań związanych z interakcją między prawem a zautomatyzowanym podejmowaniem decyzji, czyli obszaru moralności. Spostrzeżenie takie jest krokiem dalej w stosunku do stwierdzenia, że technologia nie jest neutralna pod względem normatywności. Chociaż immanentnie nie jest ona dobra lub zła, to sposób, w jaki działa, ma przełożenie na możliwości zachowania zgodnie lub niezgodnie z normami, jak również na sposób kształtowania norm samych w sobie¹⁰³. Przykładem ponownie może być korzystanie z utworów chronionych prawami autorskimi. Internet nie jest narzędziem, które jednoznacznie pozytywnie lub negatywnie wpływa na możliwości dystrybucji i korzystania z utworów – bez wątplenia nie jest on jednak neutralny dla tego obszaru. Ma on wpływ na możliwości zachowania użytkowników, np. korzystających z nieautoryzowanego dostępu, na decyzje producentów i dystrybutorów o tworzeniu autoryzowanych kanałów umożliwiających korzystanie z utworów, a także na samo stosowanie i tworzenie norm prawnych dotyczących praw autorskich.

Należy postawić pytanie, czy rozwiązania technologiczne wdrażane w celu kształtowania wpływu nowych technologii na przestrzeganie prawa budowane są na podstawie wartości, które prawo to ma za zadanie chronić. Przykładem z obszaru praw autorskich jest problematyka filtrowania treści naruszających prawo autorskie. W związku z ich stronniczością, która prowadzi do nadgorliwego identyfikowania treści jako naruszających prawo autorskie¹⁰⁴, ich użycie może stanowić naruszenie wolności wyrazu. Są one jednocześnie narzędziem pozwalającym chronić własność. Tym samym technologia staje się nośnikiem wartości moralnych i zestawem narzędzi wymuszających dokonanie wyboru między dwiema wartościami.

1.1.3. Kod zastępujący przepisy i akty prawne

Obszarem konfliktów między zautomatyzowanym podejmowaniem decyzji a prawem, niewymienianych wprost przez Bayamlioglu i Leenesa, a który zasługuje na podkreślenie, jest wymiar proceduralny. W państwach demokratycznych akty prawne są przyjmowane zgodnie z ustaloną procedurą. Użycie algorytmów, pełniących *de facto* funkcję prawa, może zostać legitymizowane aktem prawnym. Przykładem jest wprowadzenie przez *Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 grudnia 2017 r. zmieniające rozporządzenie*

¹⁰³ Zob. M. Hildebrandt, *Smart Technologies and the End(s) of Law...*, *op. cit.*, s. 162.

¹⁰⁴ Podnosiła to np. J. Reda, *When filters fail: These cases show we can't trust algorithms to clean up the internet*, 28 września 2017 r. <https://juliareda.eu/2017/09/when-filters-fail/>, dostęp: 1.04.2021.

– *Regulamin urzędowania sądów powszechnych* przepisów dotyczących losowania spraw¹⁰⁵. Zgodnie z wprowadzanym przez ten akt prawny § 43 ust. 1: „Sprawy są przydzielane referentom (sędziom i asesorum sądowym) losowo, zgodnie z ustalonym podziałem czynności, przez narzędzie informatyczne działające w oparciu o generator liczb losowych [...]”¹⁰⁶. Tym samym w akcie prawnym wprowadzono obowiązek korzystania z zautomatyzowanego podejmowania decyzji. Opis zasad określających przydział spraw, który znajdował się w akcie prawnym, został zastąpiony odesłaniem do „narzędzia informatycznego” i „generатора liczb losowych”, których zasady działania nie zostały opisane w rozporządzeniu w szczegółowy sposób.

Takie rozwiązanie nie uwzględnia możliwości demokratycznej kontroli nad tworzeniem prawa czy jego modyfikacją, która staje się zależna od systemów zautomatyzowanego podejmowania decyzji. Brak dostępu do informacji na temat działania narzędzia informatycznego wymienionego w przepisie, w tym np. kodu źródłowego programu używanego do losowania, uniemożliwia weryfikację jego sposobu działania – a tym samym *de facto* weryfikację treści przyjętego aktu prawnego. „Narzędzie informatyczne” staje się w rzeczywistości zestawieniem norm regulujących aspekty dotychczas regulowane w rozporządzeniu. Kod komputerowy z kolei jest zapisem kodyfikującym normy określające sposób postępowania dotychczas charakteryzowany przez przepisy rozporządzenia. Można postrzegać go zatem jako przepisy, chociaż nie jest identyfikowany formalnie jako akt prawny.

Z realistyczno-prawnego punktu widzenia kod komputerowy i używane w nim algorytmy mogą być potraktowane jako akt prawny, który został zapisany w formie cyfrowej. W rzeczywistości pełni on taką samą funkcję: jego zapis określa pewne normy, a także idzie o krok dalej, ponieważ automatyzuje proces gwarantowania ich przestrzegania. Dlatego też możliwe jest rozważenie podejścia odchodzącego od abstrakcyjnego sposobu postrzegania kodu jako prawa, a zbliżającego się do dosłownego rozumienia algorytmu czy kodu komputerowego jako aktu prawnego. Interpretacja taka możliwa

¹⁰⁵ Uchylone i zastąpione przez *Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2019 r. – Regulamin urzędowania sądów powszechnych*, Dz.U. 2019 poz. 1141. Odwołuję się do rozporządzenia z 2017 r., ponieważ to ono wprowadziło rozwiązanie mówiące o narzędziu informatycznym.

¹⁰⁶ Pełna treść przepisu brzmiała: „Sprawy są przydzielane referentom (sędziom i asesorum sądowym) losowo, zgodnie z ustalonym podziałem czynności, przez narzędzie informatyczne działające w oparciu o generator liczb losowych, oddzielnie dla każdego repertorium, wykazu lub innego urzędzenia ewidencyjnego, chyba że przepisy niniejszego rozporządzenia przewidują inne zasady przydziału”. *Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 grudnia 2017 r. zmieniające rozporządzenie – Regulamin urzędowania sądów powszechnych*, Dz.U. 2017 poz. 2481. Na marginesie należy zauważyć, że algorytm używany w SLPS został uznany przez NSA za możliwy do rozważania jako informacja publiczna, zob. Wyrok NSA, III OSK 836/21, 19 kwietnia 2021 r.

jest np. w sytuacji, w której obszar objęty uprzednio regulacjami prawnymi zostaje objęty regulacją za sprawą technologii (np. zautomatyzowanego podejmowania decyzji).

Zwykle transformacja ta jest postrzegana jako zachodząca właśnie w tym kierunku: od wersji analogowej zapisu aktu prawnego do cyfrowej wersji umożliwiającej jego automatyczne stosowanie¹⁰⁷. Główna hipoteza tej książki opiera się na próbie odwrócenia kierunku patrzenia na tę transformację: co, jeśli fakt, że regulacja odbywa się za sprawą algorytmów, powinien być interpretowany jako sygnał, iż algorytm należy traktować jako *de facto* akt prawny? Skoro w rzeczywistości to kod komputerowy wyznacza sposób traktowania danej jednostki w obszarach teoretycznie regulowanych aktami prawnymi, to jest uzasadnione traktowanie samego kodu komputerowego jako *de facto* aktu prawnego. Jak wskazuję w analizie powyżej: próba zapisania norm prawnych w formie kodu może prowadzić np. do konieczności przyjęcia danego sposobu wykładni tych norm lub zmian w ich stosowaniu. Kod komputerowy nie jest neutralnym narzędziem, ponieważ staje się częścią procesu tworzenia i stosowania prawa.

Skupienie się wyłącznie na kodzie komputerowym jako akcie prawnym ograniczałoby jednak zakres analizy do sytuacji ściśle regulowanych uprzednio aktem prawnym. Przykładem takiej sytuacji może być opisane powyżej zastąpienie norm prawnych dotyczących przydziału spraw sędziom odwołaniem do narzędzia cyfrowego. Tymczasem w niektórych przypadkach zautomatyzowane podejmowanie decyzji jest wdrażane w zakresie procesów, które nie są ściśle regulowane aktem prawnym, np. w odniesieniu do tego, jakie dzielnice powinna patrolować policja czy szczegółowych zasad rządzących procesami rekrutacyjnymi. Sposób działania zautomatyzowanego podejmowania decyzji w tych obszarach może być jednak niezgodny z obowiązującymi regulacjami. Dlatego też zamiast do kategorii aktu prawnego, odwołuję się do pojęcia informacji i prawa dostępu do niej. Perspektywa taka pozwala uchwycić szerszy zakres zastosowań zautomatyzowanego podejmowania decyzji i skupić się na pytaniu o rolę przejrzystości w odniesieniu do możliwości weryfikacji zgodności używanego zautomatyzowanego podejmowania decyzji z istniejącymi regulacjami.

¹⁰⁷ Stąd też w literaturze jest podkreślony aspekt rewolucjonizujący sposób, w który działa prawo, zwłaszcza w świetle rozwoju technologii uczenia maszynowego: „Prawo dotyczy tekstu, czy może powinniśmy przyznać – precyzując – prawo istnieje jako tekst? Jeśli to ostatnie jest prawdą, czy powinniśmy podejrzewać, że sztuczna inteligencja – jako technologia – podda transformacji sposób, w który funkcjonuje prawo?”. M. Hildebrandt, *Smart Technologies and the End(s) of Law...*, *op. cit.*, s. 161; szerzej na temat tej transformacji: M. Hildebrandt, *A Vision of Ambient Law*, [w:] *Regulating Technologies Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes*, red. R. Brownsword, K. Yeung, Hart Publishing, Oxford–Portland 2008, s. 181–185.