

Uniwersytet Warszawski
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Prawa Europejskiego

mgr Joanna Mazur

Autoreferat rozprawy doktorskiej

**„Prawo dostępu do informacji dotyczących zautomatyzowanego
podejmowania decyzji wobec zakazu dyskryminacji w prawie
europejskim”**

Promotor:

prof. dr hab. Robert Grzeszczak

Promotorka pomocnicza:

dr hab. Magdalena Słok-Wódkowska

Recenzenci:

dr hab. Nina Półtorak, prof. Uniwersytetu Jagiellońskiego

dr hab. Grzegorz Wierczyński, prof. Uniwersytetu Gdańskiego

Warszawa, luty 2021

1. Temat rozprawy i uzasadnienie jego wyboru

Przedmiotem zainteresowania rozprawy są systemy zautomatyzowanego podejmowania decyzji wykorzystywane w sektorze publicznym. Pod pojęciem systemów zautomatyzowanego podejmowania decyzji rozumiane są w rozprawie programy komputerowe używane do wspierania lub zastępowania procesów podejmowania decyzji przez człowieka rozwiązaniami zautomatyzowanymi, niezależnie od tego jak duży jest udział rozwiązań cyfrowych w tym procesie. Obszary wykorzystywania systemów zautomatyzowanego podejmowania decyzji w sektorze publicznym obejmują np. wydawanie decyzji w zakresie przysługującej jednostkom pomocy społecznej, zarządzania mobilnością nauczycieli, czyli przyporządkowywania przez algorytm przyszłego miejsca pracy do danej osoby, a także przydzielanie spraw sędziom.

Tak zakrojony przedmiot zainteresowania pracy doktorskiej wynika z jej głównej hipotezy, czyli możliwości postrzegania systemów zautomatyzowanego podejmowania decyzji jako informacji podlegającej prawu dostępu do informacji lub dokumentów urzędowych. Zautomatyzowane podejmowanie decyzji może oznaczać, że procesy przebiegające do tej pory w oparciu o normy zawarte w aktach prawnych (np. wydawanie decyzji o pomocy społecznej przysługującej jednostce) zastępowane są przez rozwiązania technologiczne. Postawić można pytanie o słuszność cedowania na algorytmy i ich twórców możliwości ustalenia kto na jakie traktowanie zasługuje. W przeciwieństwie do ustawodawcy, osoby tworzące algorytmy nie są wybierane w demokratycznych wyborach. Mimo to, wraz z rozpowszechnianiem się zautomatyzowanego podejmowania decyzji, rośnie ich wpływ na tworzenie zasad rządzących życiem społecznym.

Brak przejrzystości wprowadzanych rozwiązań sprawia, że regulacja zautomatyzowanego przetwarzania danych jest istotnym społecznie problemem badawczym. Brak dostępu do informacji na temat tego, jak dany system zautomatyzowanego podejmowania decyzji działa, często uniemożliwia np. jednoznaczne stwierdzenie czy prowadzi ono, czy też nie, do dyskryminacyjnego traktowania. Informacja na temat działania danego systemu zautomatyzowanego podejmowania decyzji jest kluczowa dla możliwości oceny jego funkcjonowania w świetle zakazu dyskryminacji w prawie europejskim, czyli prawie Unii Europejskiej (UE) oraz Rady Europy (RE). Dlatego też motywacją dla powstania rozprawy jest dostrzeżenie potrzeby analizy możliwości „odczarowania” istniejących i potencjalnych „czarnych skrzynek” technologii przy wykorzystaniu narzędzi oferowanych przez prawo europejskie. Moją intencją było przeprowadzenie analizy zautomatyzowanego

podejmowania decyzji w szerszym świetle pytań o unijną aksjologię. Przede wszystkim mierzę się z zagadnieniem relacji zachodzącej między zakazem dyskryminacji a zautomatyzowanym podejmowaniem decyzji zarówno w odniesieniu do prawa UE, jak i RE. Ponadto stawiam pytanie o związek między nieprzejrzystym charakterem zautomatyzowanych rozwiązań a wartościami chronionymi przez art. 2 TUE. Wartości UE mogą stanowić istotną wskazówkę co do tego w jaki sposób myśleć o regulacji nowych technologii, a przede wszystkim o wymogach dotyczących ich przejrzystości.

2. Cele, hipotezy badawcze oraz wykorzystane metody badawcze

Celem napisania rozprawy była weryfikacja jej głównej hipotezy, czyli twierdzenia, że algorytmy używane do zautomatyzowanego podejmowania decyzji mogą być traktowane jako informacja publiczna lub dokumenty urzędowe. Rozwiązanie takie pojawia się wśród propozycji, które formułowane są w celu zagwarantowania zwiększenia poziomu przejrzystości zautomatyzowanego podejmowania decyzji. W celu weryfikacji głównej hipotezy rozprawy, niezbędne jest znalezienie odpowiedzi na wymienione poniżej pytania badawcze.

Po pierwsze, konieczne jest wykazanie czy rozwój systemów zautomatyzowanego podejmowania decyzji i rozpowszechnianie ich stosowania w ramach sektora publicznego mogą być postrzegane jako procesy zmieniające prawo i zastępujące normy prawne kodem komputerowym. Część rozprawy poświęcona tym zagadnieniom osadzona jest w nurcie teorii przedstawiającej kod komputerowy jako prawa, a rozwijanej przez m.in. Lawrence'a Lessiga i Mireille Hildebrandt.

Po drugie, niezbędne jest przedstawienie zagrożeń związanych z dyskryminacyjnym traktowaniem jednostek w obszarach objętych prawem UE i w odniesieniu do praw i wolności chronionych przez Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (EKPCz) w związku z wdrażaniem systemów zautomatyzowanego podejmowania decyzji. Na uwagę zasługuje analiza mechanizmów prowadzących do częściowego lub całkowitego zastępowania regulacji prawnych rozwiązaniami technologicznymi, czyli zautomatyzowanym podejmowaniem decyzji, które oparte są na klasyfikowaniu jednostek do grup, w stosunku do których podejmowane są dane typy decyzji. Scharakteryzowanie wyzwań tworzonych przez takie mechanizmy dla zakazu dyskryminacji pozwala uzasadnić konieczność poszukiwania rozwiązań prawnych dotyczących nie tylko jednostkowych decyzji wydawanych z użyciem

zautomatyzowanego podejmowania decyzji (obecnych w prawie ochrony danych osobowych), ale i algorytmów używanych do ich wydawania.

Po trzecie, istotne jest przeanalizowanie i sprawdzenie czy ramy regulacyjne stworzone przez Ogólne rozporządzenie o ochronie danych (RODO) oraz działania podejmowane przez RE w obszarze zautomatyzowanego podejmowania decyzji odnoszą się w adekwatny sposób do zagrożeń związanych z brakiem przejrzystości zautomatyzowanego podejmowania decyzji. Kryterium, które jest istotne dla dokonania takiej oceny, jest m.in. precyzja przyjętych przepisów oraz to na ile odnoszą się one do decyzji podejmowanych wobec danej jednostki, a na ile pozwalają ocenić system zautomatyzowanego podejmowania decyzji sam w sobie. Ponadto, należy odpowiedzieć na pytanie czy RODO pozostawia część zagadnień związanych z możliwością ochrony jednostki przed nieprzejrzystym i potencjalnie dyskryminacyjnym charakterem zautomatyzowanego podejmowania decyzji w zakresie ustawodawstwa państw. Dyskrecjonalność przyjmowanych środków ochrony praw jednostek prowadzić może do efektu sprzecznego z celem przyjęcia rozporządzenia, czyli tworzeniem różnych standardów ochrony w ramach UE w odniesieniu do zautomatyzowanego podejmowania decyzji.

Po czwarte, konieczne jest dokonanie analizy warunków, pod którymi możliwe jest korzystanie z prawa dostępu do informacji zgodnie z wykładnią EKPCz. Przedstawienie testu umożliwiającego sprawdzenie czy w danej sytuacji dostęp do informacji objęty jest prawem dostępu do informacji pozwala stwierdzić, czy istnieją przypadki, w których zasady działania systemów służących do zautomatyzowanego podejmowania decyzji w postaci kodu komputerowego mogłyby być postrzegane jako informacja publiczna w świetle orzecznictwa Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz).

Po piąte, niezbędne jest zestawienie podejścia prezentowanego przez ETPCz z wykładnią odnoszącą się do prawa dostępu do informacji dokonywaną przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). Wskazanie rozbieżności między perspektywą prezentowaną w orzecznictwie ETPCz a podejściem przyjętym przez TSUE pozwala wykazać ograniczenia unijnych regulacji dotyczących dostępu do dokumentów urzędowych oraz prawa dostępu do informacji a także ich konsekwencje dla przejrzystości zautomatyzowanego podejmowania decyzji. Ponadto prezentowane przez TSUE podejście do zagadnienia prawa dostępu do informacji oraz prawa dostępu do dokumentów urzędowych rodzi pytania o relację między tymi prawami a wartościami stojącymi u podstaw UE. W rozprawie badam związek między „demokratyzacją”, której służyć miało m.in. wprowadzenie prawa dostępu

do dokumentów urzędowych UE i „demokracją”, jako wartością wymienianą w art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE).

W rozprawie wykorzystana jest metoda formalno-dogmatyczna oraz komparatystyczna w zakresie, w którym porównywane są rozwiązania przyjęte w ramach prawa UE z tymi obowiązującymi w ramach prawa RE. Pomocniczo, stosowana jest metoda historycznoprawna.

3. Struktura rozprawy

Praca składa się ze wstępu, który charakteryzuje hipotezę pracy, pytania badawcze, użyte metody oraz strukturę jej rozdziałów, czterech rozdziałów i zakończenia.

Rozdział I pełni trzy funkcje. Po pierwsze, ma na celu dokonanie przeglądu teoretycznych konceptualizacji znaczenia rozwoju zautomatyzowanego przetwarzania danych. Przedstawione są w nim wyzwania związane z intensyfikacją interakcji między prawem i technologią. Po drugie, rozdział służy wprowadzeniu do terminologii, którą posługuję się w całej rozprawie. Część terminologiczna ma na celu m.in. wykazanie, że istnieją sytuacje, w których nowe rozwiązania technologiczne powinny być postrzegane przez pryzmat istniejącego aparatu pojęciowego i terminologii prawniczej, np. myślenie o algorytmie jako o informacji. Po trzecie, w rozdziale I wykazuję źródła dyskryminacji w odniesieniu do stosowania systemów zautomatyzowanego podejmowania decyzji. Przedstawiony wywód ma za zadanie udzielenie odpowiedzi czy przejawy dyskryminującego potencjału zautomatyzowanego podejmowania decyzji mogą dotyczyć obszarów objętych prawem europejskim i w rezultacie prowadzić do tworzenia zagrożeń dla zgodności z zakazem dyskryminacji. W czwartym podrozdziale przedstawiam ramy teoretyczne przyjęte w rozprawie. Kładę tu nacisk na konieczność postrzegania zagrożeń związanych z rozwojem zautomatyzowanego podejmowania decyzji w odniesieniu do zakazu dyskryminacji, jako problemu dotyczącego całych grup i wynikającego z samych systemów zautomatyzowanego podejmowania decyzji. Dążenie do zwiększenia ich przejrzystości jest krokiem w stronę zagwarantowania możliwości sprawdzenia czy nie naruszają one zakazu dyskryminacji.

Aby ocenić czy konieczne jest poszukiwanie nowych rozwiązań dla problemów pojawiających się w odniesieniu do relacji między zautomatyzowanym podejmowaniem decyzji a zakazem dyskryminacji, niezbędne jest przedstawienie rozwiązań regulacyjnych wypracowanych do tej pory, czemu służy rozdział II rozprawy. Po pierwsze, odpowiada on na pytanie badawcze dotyczące tego w jakim stopniu ramy regulacyjne stworzone przez prawo

ochrony danych osobowych odpowiadają na zagrożenia związane z potencjałem dyskryminacyjnym zautomatyzowanego podejmowania decyzji. Odpowiedź na to pytanie jest udzielona przede wszystkim w oparciu o analizę przepisów RODO, w tym zwłaszcza art. 13-15 oraz art. 22. Ponadto przedstawiam analizę innych praw podmiotów danych oraz rozwiązań odnoszących się do systemowego wymiaru zautomatyzowanego podejmowania decyzji (ocena skutków dla ochrony danych – DPIA i wiążące reguły korporacyjne) w RODO. Po drugie, w rozdziale przedstawiam działania podjęte przez RE w obszarze zautomatyzowanego podejmowania decyzji, czyli propozycje zmian w treści *Konwencji 108* (tzw. *Konwencja 108+*). Jednym z nowych praw sformułowanych w protokole zmieniającym *Konwencję 108* jest prawo do niepodlegania decyzji opartej na zautomatyzowanym przetwarzaniu danych. Uwzględnienie działalności RE w analizie pozwala zarysować pełen obraz stanu prawnego dotyczącego zautomatyzowanego podejmowania decyzji w prawie europejskim oraz jego mankamentów na gruncie wyzwań tworzonych przez zautomatyzowane podejmowanie decyzji.

Celem rozdziału III jest częściowa weryfikacja głównej hipotezy rozprawy. Poświęcony jest on próbie zbadania i wykazania czy prawo dostępu do informacji w świetle wykładni art. 10 EKPCz może stanowić narzędzie prowadzące do zwiększania poziomu przejrzystości algorytmów, a jeśli tak, to pod jakimi warunkami. Rozdział rozpoczyna wprowadzenie dotyczące roli odgrywanej przez prawo dostępu do informacji w historii rozwoju międzynarodowych umów dotyczących praw człowieka oraz w działalności RE. Analiza art. 10 EKPCz wymaga sięgnięcia do historii międzynarodowych inicjatyw wiążących się z wolnością informacji, ponieważ to dyskusje na jej temat i negocjacje międzynarodowych umów dotyczących praw człowieka stanowiły inspirację dla treści EKPCz. Dlatego w rozdziale zarysowana została historia udziału Organizacji Narodów Zjednoczonych w kształtowaniu standardów dotyczących dostępu do informacji, zaś na jej tle ukazane są kontrowersje związane z art. 10 EKPCz i prawem dostępu do informacji. Kluczową częścią rozdziału III jest analiza orzecznictwa sądowego, dotyczącego prawa dostępu do informacji. Zostały w niej przedstawione zarówno warunki, których spełnienie determinuje możliwość powołania się na prawo do informacji jako część dorobku europejskiego systemu ochrony praw człowieka, jak i możliwe ograniczenia tego prawa. Uwzględniona została również możliwość traktowania prawa dostępu do informacji jako narzędzia służącego realizacji innych praw gwarantowanych w EKPCz. Rozdział przedstawia również analizę przeprowadzoną ściśle w odniesieniu do zautomatyzowanego podejmowania decyzji: pomóc ma ona w dokładnym przedstawieniu możliwych zastosowań prawa dostępu

do informacji do algorytmów i tym samym doprowadzić do weryfikacji głównej hipotezy rozprawy w zakresie dotyczącym działalności RE.

Pierwsza część rozdziału IV przedstawia kolejno zarys historyczny rozwoju prawa dostępu do dokumentów w UE i szerszy kontekst reform instytucjonalnych UE oraz ewolucji horyzontów aksjologicznych integracji europejskiej w zakresie istotnym dla wykazania ich znaczenia dla prawa dostępu do dokumentów. Taka struktura podrozdziału podyktowana jest chęcią skupienia się na tych elementach prawa dostępu do dokumentów w prawie UE, które są istotne z punktu widzenia rozprawy, w odniesieniu zaś do innych zagadnień ograniczeniu się do odsyłania do istniejącej literatury przedmiotu. Drugą część rozdziału otwiera analiza *dyrektywy 2019/1024 w sprawie otwartych danych i ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego* (dyrektywa 2019/1024). Jest ona poświęcona dostępowi do dokumentów i informacji w prawie UE w świetle zautomatyzowanego podejmowania decyzji wprowadzanego przez państwa członkowskie. Znajduje się w niej również analiza osadzona na szerszym tle zagadnienia zakresu ochrony praw podstawowych w UE oraz związku między wartościami z art. 2 TUE a prawem dostępu do dokumentów i prawem dostępu do informacji.

Każdy z rozdziałów zamyka krótkie podsumowanie opisanych w nim zagadnień, natomiast całą rozprawę wieńczy zakończenie, stanowiące zestawienie wniosków wynikających z weryfikacji głównej hipotezy rozprawy i odpowiedzi na stawiane pytania badawcze.

4. Ustalenia badawcze

Przeprowadzona analiza pozwoliła wykazać, że zautomatyzowane podejmowanie decyzji może być postrzegane jako mechanizm oddziałujący na sposób tworzenia i stosowania prawa. Zastępowanie ludzi lub wspomaganie ich w ramach procesów decyzyjnych przez algorytmy wywiera wpływ na poziom przejrzystości podjętej decyzji. Wprowadzanie w aktach prawnych odwołań do systemów informatycznych, które zastępują normy prawne regulujące daną kwestię, prowadzi do jeszcze dalej idącego cedowania funkcji pełnionej przez prawo na rozwiązania technologiczne. Wdrożone w ten sposób rozwiązania nie tylko determinują sytuację poszczególnych jednostek, lecz również – w rzeczywistości – tworzą ramy regulacyjne.

Rozwiązania wykorzystujące zautomatyzowane podejmowanie decyzji mogą być postrzegane jako zjawisko mające wpływ na sytuację prawną nie tylko jednostki, ale i całych

grup. Jest to wynik posługiwania się w ramach zautomatyzowanego podejmowania decyzji analizą danych i algorytmami, które opierają się na przyporządkowywaniu jednostki do danej grupy i w wyniku tego podporządkowania podejmowaniu wobec niej danej decyzji. Kryteria, które wykorzystywane są w tym procesie, mogą mieć charakter dyskryminujący. Problemem jest jednak nie tylko fakt, że technologie mogą być dyskryminacyjne. Konkluzją, do której doszłam podczas przygotowywania rozprawy, jest twierdzenie, że problemem jest już sam brak możliwości weryfikacji czy są one, czy nie, dyskryminacyjne. Szereg przeszkód uniemożliwia dostęp do algorytmów stojących za wdrażanymi przez państwa i podmioty prywatne rozwiązaniami wykorzystujących zautomatyzowane podejmowanie decyzji.

Brak przejrzystości zautomatyzowanego podejmowania decyzji jest zagadnieniem, któremu przeciwdziałać miały przepisy RODO. Ich celem miała być ochrona praw jednostki w związku z zautomatyzowanym podejmowaniem decyzji. Są one jednak dość niejasne a ich interpretacja różni się między państwami członkowskimi. Zakaz stosowania zautomatyzowanego podejmowania decyzji uwzględniony w art. 22 RODO jest obwarowany wyjątkami umożliwiającymi *de facto* jego powszechne stosowanie. Przepisy wprowadzające tzw. „prawo do wyjaśnienia” są na tyle nieprecyzyjne, że ich rzeczywisty wpływ na możliwość weryfikacji przez jednostkę przyczyn stojących za podjętą wobec niej decyzją jest ograniczony. Dotychczasowe stosowanie RODO w Polsce również ilustruje brak znaczenia rozwiązań, które mogłyby być odczytywane jako próba spojrzenia na zautomatyzowane podejmowanie decyzji z perspektywy grup poddawanych jego stosowaniu, np. w czasie przygotowywania rozprawy nie pojawiły się informacje o skutecznie przeprowadzonych konsultacjach DPIA. Podobne zarzuty można sformułować wobec *Konwencji 108+*, która nie dość, że jest równie nieprecyzyjna co RODO, to – w czasie przygotowywania rozprawy – nie weszła jeszcze w życie.

Stąd też uzasadniona jest konkluzja, że przepisy z zakresu prawa ochrony danych osobowych nie stanowią wystarczającej odpowiedzi na wyzwania pojawiające się w związku z rozpowszechnianiem się stosowania zautomatyzowanego podejmowania decyzji. Problem braku adekwatnych rozwiązań prawnych dla zautomatyzowanego podejmowania decyzji jest szczególnie istotny w świetle zakazu dyskryminacji w prawie europejskim. Zautomatyzowane podejmowanie decyzji prowadzi do wyników, które można odbierać jako dyskryminację ze względu na chronione przesłanki. Mechanizmy te, stosowane w obszarach objętych regulacjami unijnymi, powinny być traktowane jako wyzwanie dla unijnego zakazu dyskryminacji. Natomiast w związku z charakterem zakazu dyskryminacji w EKPCz dla wykazania potencjalnej dyskryminacyjności zautomatyzowanych systemów podejmowania

decyzji konieczne byłoby, aby dotyczyły one praw ujętych w EKPCz. Stąd też wątpliwości mogą rodzić m.in. zastosowania zautomatyzowanego podejmowania decyzji w sposób mogący mieć wpływ na prawo jednostki do rzetelnego procesu sądowego.

Na problem ten można patrzeć z perspektywy jednostki. Wydana wobec niej decyzja może być kwestionowana jako dyskryminacyjna. Podejście takie nie jest jednak adekwatne dla charakteru wyzwań wynikających z dyskryminacyjnych mechanizmów, które mogą być wpisane w systemy zautomatyzowanego podejmowania decyzji. Wprowadzanie w sektorze publicznym zautomatyzowanego podejmowania decyzji w miejsce regulacji prawnych może ukrywać dyskryminacyjne traktowanie. Nie byłaby zgodna z zakazem dyskryminacji sytuacja, w której przepisy przewidywałyby gorsze traktowanie np. w zakresie przyznawania pomocy społecznej w oparciu o kryterium jej płci. Tymczasem, jest możliwe, że algorytm używany do automatyzacji procesu udzielania pomocy społecznej, traktowałby takie kryterium jako znaczące. Informacja o takim sposobie kształtowania kryteriów podejmowania decyzji nie byłaby jednak – w wypadku stosowania systemu zautomatyzowanego podejmowania decyzji – możliwa do uzyskania bez wglądu w sposób działania stojącego za nim algorytmu. Dlatego też na zagadnienie zautomatyzowanej dyskryminacji należy patrzeć z perspektywy wzmocnienia mechanizmów dyskryminacyjnych wobec całych grup w związku z nieprzejrzystą instytucjonalizacją stosowania zautomatyzowanego podejmowania decyzji.

Z tych przyczyn należy uznać, że zautomatyzowane podejmowanie decyzji tworzy wyzwania dla zakazu dyskryminacji w prawie europejskim, którym sprostanie powinno opierać się m.in. na dążeniu do zwiększenia poziomu przejrzystości algorytmów. Jednym ze sposobów na zwiększenie poziomu przejrzystości zautomatyzowanego podejmowania decyzji jest traktowanie algorytmów jako informacji podlegającej prawu dostępu do informacji publicznej lub dokumentów urzędowych.

Główna hipoteza rozprawy (twierdzenie, że prawo dostępu do informacji stanowić może alternatywę dla prawa do wyjaśnienia sformułowanego w RODO i odnoszącego się do zautomatyzowanych systemów podejmowania decyzji) została zweryfikowana jako prawdziwa w odniesieniu do wykładni prawa dostępu do informacji przez ETPCz. Chociaż zakres możliwych do uzyskania w oparciu o art. 10 EKPCz informacji musi być postrzegany jako ograniczony, w ściśle określonych sytuacjach powinien on umożliwiać traktowanie algorytmów używanych w ramach zautomatyzowanego podejmowania decyzji jako informacji podlegającej prawu dostępu do informacji. Dotyczy to zarówno warunków, które spełnione muszą zostać w odniesieniu do ubiegania się o informację, jak i również możliwości wprowadzania ograniczeń w prawie dostępu do informacji, które przewiduje art.

10 ust. 2 EKPCz. Ponadto w ramach weryfikacji głównej hipotezy rozprawy odnotować należy, że zgodnie z orzecznictwem ETPCz dostęp do informacji stanowić może element niezbędny do realizacji innych praw zwartych w EKPCz, np. do rzetelnego procesu lub prawa do prywatności i ochrony życia rodzinnego. Zważywszy na fakt, że zautomatyzowane podejmowanie decyzji może mieć wpływ na sytuację jednostki pod względem korzystania z tych praw, możliwa jest konceptualizacja prawa dostępu do informacji jako elementu niezbędnego dla korzystania z tych właśnie praw gwarantowanych przez EKPCz.

Odmienne przedstawiają się konkluzje dotyczące weryfikacji głównej hipotezy rozprawy w zakresie możliwości postrzegania algorytmów jako informacji w świetle prawa UE. Po pierwsze, należy rozdzielić zautomatyzowane podejmowanie decyzji, o którym informacje byłyby w posiadaniu unijnych instytucji, organów i jednostek organizacyjnych od tego, które pozostawałoby całkowicie w gestii państw członkowskich. W wypadku tego pierwszego typu sytuacji możliwe jest stwierdzenie, że algorytmy używane do zautomatyzowanego podejmowania decyzji zostałyby potraktowane jako dokumenty w świetle prawa unijnego. Rozwój prawa dostępu do dokumentów urzędowych w UE doprowadził do stosowania szerokiej definicji dokumentu. Stąd też – jeśli zautomatyzowane podejmowanie decyzji stosowane byłoby przez podmioty, które objęte są unijnymi regulacjami dotyczącymi dostępu do dokumentów – możliwe jest wyobrażenie sobie konieczności udostępnienia informacji na ich temat w trybie wniosku o dostęp do dokumentów urzędowych.

W wypadku zautomatyzowanego podejmowania decyzji stosowanego przez państwa członkowskie prawo unijne w bardzo ograniczonym stopniu może prowadzić do możliwości uznania algorytmów za informację lub dokumenty podlegające prawu dostępu do informacji lub dokumentów urzędowych. Wynika to m.in. z rozbieżności między postrzeganiem tych praw przez TSUE i ETPCz. TSUE traktuje prawo dostępu do informacji jedynie jako element prawa dostępu do dokumentów urzędowych, którego zakres w prawie UE jest ograniczony do unijnych instytucji, organów i jednostek organizacyjnych na zasadach przewidzianych w odpowiednich aktach prawa UE. TSUE nie przeprowadził natomiast – dotychczas – wykładni, w której uznałby prawo dostępu do informacji za część praw związanych z wolnością wyrazu gwarantowaną przez art. 11 Karty praw podstawowych (KPP).

Pojawiają się jednak sygnały zwiastujące możliwość zmiany w tym zakresie. Unijna dyrektywa dotycząca dostępu do danych sektora publicznego wprost stwierdza – chociaż w niewiążącym prawnie motywie – że dostęp do informacji jest prawem podstawowym i zawiera odwołanie do art. 11 KPP. Ponadto fakt, że przewiduje ona wprost – również w

motywie – wyłączenie programów komputerowych z definicji dokumentu, może być odczytywany jako sygnał potwierdzający, że sama w sobie definicja dokumentu, nie wyłączająca programów komputerowych ze swojego zakresu, w prawie UE powinna uwzględniać możliwość traktowania ich jako dokumentów.

Podsumowując należy stwierdzić, że potencjalnie możliwe jest traktowanie niektórych algorytmów używanych w zautomatyzowanym podejmowaniu decyzji stosowanym w ramach sektora publicznego jako informacji podlegającej prawu dostępu do informacji w świetle jego wykładni dokonywanej przez ETPCz. Potencjalnie możliwe jest również traktowanie algorytmów używanych do zautomatyzowanego podejmowania decyzji stosowanego przez instytucje, organy i jednostki organizacyjne UE jako dokumentu podlegającego prawu dostępu do dokumentów urzędowych zgodnie z jego wykładnią dokonywaną przez TSUE. Brak jednocześnie podstaw, aby obecnie, w świetle ostrożnej wykładni prawa dostępu do informacji dokonywanej przez TSUE, móc zakładać by algorytmy stosowane do zautomatyzowanego podejmowania decyzji przez państwa członkowskie mogły podlegać prawu dostępu do informacji w świetle prawa UE. Wykładnia taka nie jest zgodna z tym jak określa relację między EKPCz i orzecznictwem ETPCz a KPP i jej wykładnią sama KPP. W świetle przepisów KPP jej art. 11 powinien być odczytywany jako źródło ograniczonego prawa dostępu do informacji, które powinno przysługiwać jednostkom w zakresie, w jakim państwa członkowskie stosują prawo UE. Zwłaszcza w świetle wyzwań, które zautomatyzowane podejmowanie decyzji tworzy dla zakazu dyskryminacji w prawie UE, błędem wydaje się niedostrzeżenie roli, którą mogłoby odegrać prawo dostępu do informacji jako środek prawny umożliwiający weryfikację czy dane rozwiązanie jest, czy nie jest, dyskryminacyjne.

Brak jednoznacznego uznania przez TSUE prawa dostępu do informacji za istotny element katalogu praw podstawowych jest problematyczny w świetle relacji między zasadami i wartościami, których realizacji ma ono służyć, i kierunkiem, w którym poszła europejska integracja. Historycznie prawo dostępu do informacji, które ostatecznie przyjęło formę prawa dostępu do dokumentów, miało pełnić rolę narzędzia demokratyzującego UE. Było ono postrzegane jako jeden z instrumentów, które wpływać miały na wyższy poziom przejrzystości procesów decyzyjnych, otwartości instytucji czy uczestnictwa obywateli w życiu politycznym. Jednak współcześnie UE ma nie tylko ambicję demokratyzować siebie samą, ale również wymagać od państw członkowskich, aby postępowały one zgodnie z wartościami takimi jak właśnie demokracja i praworządność.

Wśród wielu problemów związanych z egzekwowaniem, aby państwa członkowskie działały w zgodzie z tymi wartościami, powinien zostać odnotowany wpływ nowych technologii na przejrzystość procedur a tym samym na ich demokratyczność. Począwszy od przypadków tak oczywistych jak personalizowanie przekazu politycznego w ramach kampanii wyborczych, po stosowanie algorytmów w miejsce przepisów określających przydzielanie spraw sędziom, zautomatyzowane podejmowanie decyzji ma wpływ na to jak funkcjonują demokratyczne systemy polityczne. O ile nie byłoby słuszne stwierdzenie, że każdy system zautomatyzowanego podejmowania decyzji narusza wartości demokratycznego państwa prawa, to uzasadniona jest wątpliwość, czy jakikolwiek system zautomatyzowanego podejmowania decyzji wdrażany w sektorze publicznym, którego zasady działania pozostają niejawne i nie podlegają niczyjej kontroli, może być postrzegany jako działający w zgodzie z tymi zasadami. Dlatego też wdrażanie przez państwa członkowskie UE rozwiązań wykorzystujących zautomatyzowane podejmowanie decyzji w obszarach objętych zakresem prawa unijnego powinno być przedmiotem zainteresowania unijnych instytucji jako potencjalnie niezgodne z unijnymi wartościami. Konsekwencja w zakresie wymagania od państw członkowskich działania zgodnie z wartościami wyrażonymi w art. 2 TUE wymaga dostrzeżenia, że naruszenia tych wartości mogą być efektem m.in. działań podejmowanych w sferze cyfrowej.

Ze względu na specyfikę kompetencji UE w zakresie regulacji zasad udzielania dostępu do informacji publicznej przez państwa członkowskie, postulaty dotyczące tego zagadnienia należy rozbić na dwa rodzaje. Po pierwsze, na poziomie UE można dążyć do rozszerzania zakresu regulacji takich jak np. dyrektywa 2019/1024. Jest to przykład przyjmowania perspektywy, w której prawo dostępu do informacji i do dokumentów urzędowych jest traktowane jako element niezbędny dla tworzenia rynku wewnętrznego. Dążenie do uwzględniania wprost w tego typu aktach prawnych możliwości traktowania programów komputerowych używanych do zautomatyzowanego podejmowania decyzji jako dokumentu znajduje uzasadnienie w możliwości dyskryminacji ze względu na miejsce pochodzenia wynikającej ze sposobu ich napisania. Sam fakt uwzględnienia możliwości traktowania programów komputerowych jako dokumentu przez państwa w ramach transpozycji dyrektywy świadczy o możliwości uczynienia z takiego podejścia przedmiotu regulacji samej dyrektywy, nie zaś możliwości pozostawionej całkowicie w gestii państw członkowskich.

Po drugie, możliwe i pożądane jest wdrażanie regulacji dotyczących wymogów publikacji informacji na temat wdrażanych rozwiązań opartych na zautomatyzowanym

podejmowaniu decyzji. Podobnie do obowiązków państw w zakresie komunikacji społeczeństwu informacji dotyczących skutków wywieranych przez dane przedsięwzięcia na środowisko, UE mogłaby podejmować inicjatywy w zakresie wymagania od państw publikacji informacji dotyczących wdrażanych w środowisku cyfrowym rozwiązań wykorzystujących zautomatyzowane podejmowanie decyzji. Wprowadzanie obowiązków w zakresie przeprowadzania i publikacji ocen skutków dla ochrony danych czy ochrony praw człowieka w środowisku cyfrowym leży w kompetencjach UE i mogłoby stać się standardem. Ponadto państwa członkowskie powinny być zobowiązane do publikacji kodu źródłowego używanego w systemach zautomatyzowanego podejmowania decyzji wdrażanych w sektorze publicznym w sytuacjach, w których kod ten zastępuje przepisy. Chociażby ze względu na fakt, że rozwiązania takie mogą naruszać zakaz dyskryminacji, państwa powinny aktywnie wykazywać, że wdrażane systemy zautomatyzowanego podejmowania decyzji nie stanowią systemowego naruszenia prawa UE.

Nacisk, który kładę w rozprawie na przejrzystość algorytmów i ich dostępność dla społeczeństwa oczywiście można krytykować jako niewystarczający dla zagwarantowania ich niedyskryminacyjnego charakteru. W żadnym wypadku nie twierdzę jednak, że inne rozwiązania nie powinny być wdrażane. Fałszywym byłoby jednak przedstawianie propozycji rozwiązań mających na celu zwiększenie przejrzystości przez gwarantowanie szerokiego dostępu do programów używanych w zautomatyzowanym podejmowaniu decyzji jako konkurencyjnych dla rozwiązań koncentrujących się na dostępie do algorytmów np. dla wyspecjalizowanych agencji czy niezależnych ekspertów. W związku z tym, że instytucje publiczne posługujące się zautomatyzowanym podejmowaniem decyzji zwykle nie udostępniają algorytmów do niego służących z własnej inicjatywy, dostęp do algorytmów używanych w ramach zautomatyzowanego podejmowania decyzji jako do informacji publicznej może chociaż w minimalnym stopniu stanowić remedium na brak równowagi w wiedzy na temat zasad ich działania.