

**Omri Ben-Shahar, Ariel Porat,
Personalized Law: Different Rules for Different People,
Oxford University Press 2021, ss. 244**

Monografia autorstwa profesorów Omriego Ben-Shahara i Ariela Porata pt. „Personalized Law: Different Rules for Different People” jest, obok „Algorithmic Regulation and Personalized Law: A Handbook” pod redakcją profesorów Christopha Buscha i Alberto De Franceschi, jedną z pierwszych publikacji poświęconych prawu spersonalizowanemu¹.

Stanowi ona lekturę dość zaskakującą dla polskiego czytelnika, po pierwsze ze względu na temat, po drugie zaś – sposób prowadzenia narracji. Książka poświęcona jest koncepcji prawa spersonalizowanego, którego normy są znacznie bardziej zróżnicowane niż w przypadku prawa stanowionego w tradycyjny sposób (a więc – bez posiłkowania się technologią big data i analizą algorytmiczną), a także są dopasowane do indywidualnych cech, preferencji i potrzeb konkretnej osoby oraz okoliczności, w których akurat się znajduje. Sposób argumentacji stanowi idealne odbicie idei prawa spersonalizowanego: poszczególne kwestie przedstawiane są nie tyle przy użyciu przykładów, lecz raczej przez przykłady. Początkowo mnogość kasusów może dezorientować czytelnika, który mimowolnie zaczyna zastanawiać się, czy ma przed sobą monografię naukową, czy może futurologiczną wersję „Księgi tysiąca i jednej nocy”². Jednak mozaika stanów faktycznych nie stanowi zbioru dowodów incydentalnych, a wręcz przeciwnie – autorzy w ten sposób tworzą spójny, czytelny obraz prawa spersonalizowanego oraz korzyści i rodzajów ryzyka związanych z jego zastosowaniem, pokazując, jak dane i sztuczna inteligencja mogą wpłynąć na proces kształtowania (a właściwie dopasowania) norm prawnych.

Jednak nie tylko temat i sposób jego przedstawienia są interesujące – ciekawa jest także przyjęta optyka. Poszczególne kwestie są analizowane z perspektywy ekonomicznej analizy prawa: każdorazowo oceniany jest możliwy wpływ personalizacji na efektywność normy prawnej (w szczególności, czy cel normy może zostać zrealizowany w sposób pełniejszy) i koszty związane zarówno z jej stanowieniem, jak i funkcjonowaniem.

Monografię otwiera, przerażający z perspektywy prawnika, ale właściwie również każdej osoby ceniącej swoją prywatność i autonomię, opis zwykłego dnia dwójki bohaterów świata, w którym stosowana jest personalizacja prawa. Dzięki niemu czytelnik zaczyna uświadamiać sobie pewne rodzaje ryzyka związane z wprowadzeniem prawa spersonalizowanego, co w zamyśle autorów powinno pozwolić mu w sposób krytyczny odnosić się do przedstawionych w dalszych częściach wywołu twierdzeń.

Publikacja została podzielona na cztery części. W pierwszej zostaje przedstawiona idea personalizacji prawa. Czytelnik zauważa, że jeżeli zawęzić analizę do porównania przepisów (tych tradycyjnych i tych spersonalizowanych), to w zasadzie personalizacja prawa nie zmienia

¹ Dotychczas dyskusja na temat personalizacji prawa toczyła się na łamach czasopism, przede wszystkim *The University of Chicago Law Review*.

² Efekt ten jest w pełni zamierzony przez autorów, ponieważ „Przedmowa” zaczyna się od słów: *This is a book of science fiction. Or maybe not*. W ten sposób autorzy wymuszają zdystansowanie się czytelnika do tez przedstawionych w monografii, zarazem w przewrotny sposób sprawiając, że mimo-wolnie podejmuje on dyskusję z narratorem, przestając być pasywnym odbiorcą treści.

wiele. Legislatory od dawna dążą do dopasowania treści norm do podmiotu, w przypadku którego normy te mają znajdować zastosowanie. Dyferencjacja norm prawnych z uwagi na podmiot pojawia się przede wszystkim tam, gdzie zauważona zostaje potrzeba ochrony interesów danej grupy ze względu na szczególną słabość związaną z statusem jej członków (w prawie konsumenckim) lub z ich sytuacją, np. istnieniem określonych powiązań (np. w relacji rodzice – dzieci). Na głębsze zróżnicowanie standardów pozwalają klauzule generalne, pojęcia niedookreślone. Finalny efekt zastosowania normy zależy także od elementów pozaprawnych, w tym intuicji i uprzedzeń osób stosujących prawo.

Personalizacja prawa pozwala na zwiększenie czułości norm prawnych. Można wprowadzić większą granularyzację norm, przewidując, że np. uzyskanie pełnej zdolności do czynności prawnych będzie związane z osiągnięciem określonego wieku, przy czym ten wiek będzie indywidualnie wyznaczany dla każdej osoby, w zależności od tempa jej indywidualnego rozwoju. Dzięki tej „zwiększonej precyzji” normy powinny lepiej realizować swój cel. Równocześnie jednak zastosowanie mechanizmów personalizujących prawo może przynieść drastyczną przemianę na etapie jego stanowienia. Już wtedy bowiem, podczas określania sposobu dopasowania norm, konieczne jest wyraźne określenie wartości, które mają być chronione i celu lub celów, jakie mają zostać osiągnięte. Prawo spersonalizowane w rzeczywistości powinno zatem umożliwiać odejście od intuicyjnego różnicowania norm ku różnicowaniu opartym na gromadzonych danych.

W części drugiej korzyści płynące ze stosowania spersonalizowanego systemu prawnego zostały przedstawione podczas dyskusji nad poszczególnymi sferami prawnymi, w ramach których personalizacja mogłaby zostać zastosowana (delikty, prawo konsumenckie, prawo karne). Jednak to tylko jeden ze sposobów myślenia o tym, jak można byłoby przeprowadzić personalizację prawa. Zamiast tego można zastanowić się nad personalizacją prawa z perspektywy techniki regulacyjnej. Stąd w dalszej części rozważań przedmiotem analizy jest możliwość zastosowania personalizacji w przypadku stanowienia norm dyspozytywnych i norm bezwzględnie obowiązujących – na przykładzie obowiązków informacyjnych oraz w przypadku sposobu określania wysokości odszkodowania. Niezależnie od przyjętej perspektywy, analizując korzyści i ryzyka personalizacji, nie można zapomnieć o tym, że poszczególne normy nie istnieją w próżni, a zawsze w ramach systemu. Dane, które będą napędzać personalizację, np. pozwolą przyznać szerszą ochronę osobom niedbałym, gdy działają jako konsumenci, będą równocześnie powodować, że te same osoby w innym kontekście – właśnie z uwagi na swoją niedbałość – będą podlegały bardziej restrykcyjnym ograniczeniom, np. będą zobowiązane do zachowania niższej prędkości w ruchu drogowym. W tym momencie czytelnik przestaje postrzegać prawo spersonalizowane jako zlepek pojedynczych nakazów i zakazów, a zaczyna widzieć je jako spójny system, w którego centrum znajduje się jednostka.

Na tym etapie czytelnik skłonny jest zarzucić autorom, że przeoczyli kwestię kluczową. Przecież dane o osobie nie pozwalają na idealne uchwycenie jej jako indywidualium. Utworzone digitalne alter ego jednostki (Helberger, Lynskey, Micklitz, Rott, Sax i Strycharz, 2021, s. 103–104; Infantino, 2022, s. 618–620) zawsze jest tylko jej odbiciem, niekiedy skrzywionym przez np. odwołanie do danych statystycznych, manipulację, niedoskonałości mechanizmu przetwarzającego dane. Jednak taki zarzut byłby nieuzasadniony, autorzy bowiem granularyzację w ramach prawa

spersonalizowanego sami określają jako *supercharged statistical differentiation*. Równocześnie zauważają, że często odniesienie się do wartości hipotetycznej (określonej na podstawie danych, np. hipotetycznych oczekiwań ekologicznych, jakie dana osoba powinna mieć, uwzględniając jej indywidualne cechy i okoliczności) będzie nie tylko wystarczające, lecz nawet bardziej odpowiednie z perspektywy realizacji celu regulacyjnego (s. 195).

Część trzecią autorzy poświęcili na omówienie głównych (choć w ich mniemaniu pozornych) problemów związanych z personalizacją prawa, a mianowicie możliwości pogodzenia personalizacji prawa z ideą sprawiedliwości rozdzielczej oraz równości wobec prawa. W obu przypadkach twierdzą oni, że personalizacja prawa mogłaby pozwolić skuteczniej realizować postulaty i cele norm prawnych.

Główną trudnością związaną z implementacją założeń sprawiedliwości rozdzielczej jest to, że z mechanizmów mających w założeniu przynieść korzyść słabszym grupom korzystają głównie przedstawiciele grup silniejszych. Paradoksalnie efektem zastosowania tych mechanizmów jest wówczas dalsze zwiększanie się dysproporcji pomiędzy wspomnianymi grupami. Problem ten mógłby zostać w pewnej mierze rozwiązany, gdyby zróżnicować warunki preferencyjnego traktowania w zależności od indywidualnych cech osoby. Przykładowo, procedura przydzielania miejsc w bursach akademickich powinna być mniej sformalizowana, a minimalne wymogi niższe w odniesieniu do studentów z biedniejszych środowisk.

Z kolei w odniesieniu do zasady równości wobec prawa autorzy twierdzą, że nierówność wobec prawa nie występuje w systemie, w którym nie następuje przypisanie jednostek do poszczególnych grup poddanych odmiennemu traktowaniu, a każda jednostka jest osobną grupą i to dla niej indywidualnie tworzony jest system prawny. Ilustracją problemów związanych ze zwiększaniem granularyzacji norm w oparciu o cechy podmiotów, wobec których te normy mają znaleźć zastosowanie, było orzeczenie³ dotyczące zgodności z zasadą równości wobec prawa normy różnicującej wiek, od którego dozwolona jest sprzedaż alkoholu kobietom i mężczyznom (wprowadzając ten przepis ustawodawca zmierzał do zmniejszenia liczby wypadków drogowych spowodowanych przez osoby pod wpływem alkoholu). Kluczowym problemem różnicowania norm z uwagi na cechy podmiotów prawa jest to, że dotychczasowe klasyfikacje zakładają dzielenie populacji na podstawie jednego kryterium (w wyżej wymienionej sprawie – płci), natomiast posiadanie lub brak jednej, konkretnej cechy nie pozwala na przewidzenie, z wystarczającą dokładnością, zachowań poszczególnych osób. Upraszczając, nie wszyscy młodzi mężczyźni są równie skłonni do jazdy pod wpływem alkoholu, więc wprowadzanie podwyższonej granicy w stosunku do wszystkich jest nieusprawiedliwione. Personalizacja prawa pozwala rozwiązać ten problem. Sytuacji prawnej jednostki nie determinowałby jeden czynnik, a zbiór cech tej osoby i okoliczności, w których się znajduje. Nie byłoby zatem potrzeby podwyższania limitu wieku w stosunku do wszystkich mężczyzn, a wyłącznie tych jednostek obu płci, w przypadku których byłoby to rzeczywiście uzasadnione (z uwagi na całokształt profilu osoby te są np. bardziej skłonne do prowadzenia pojazdów pod wpływem alkoholu).

W ostatniej części zostały pokrótce omówione najbardziej oczywiste wyzwania związane z zastosowaniem prawa spersonalizowanego w praktyce: potrzeba zagwarantowania koordynacji

³ *Curtis Craig et al., Appellants, v. David Boren, etc., et al.*, 429 U.S. 190, 97 S.Ct. 451, 50 L.Ed.2d 397.

działań podejmowanych przez członków społeczeństwa w pewnych sferach, ryzyko związane z manipulacją w celu zmiany swojej sytuacji prawnej oraz przetwarzanie danych.

Zróżnicowanie norm w zależności od cech osoby utrudnia koordynację zachowań społecznych w sposób optymalny z perspektywy wspólnych interesów. Jeśli ograniczenia prędkości na drodze są odmienne dla każdego z uczestników ruchu, poruszanie się w ruchu samochodowym może stać się znacząco utrudnione – przewidzenie zachowania pozostałych osób na drodze staje się bardzo problematyczne, jeśli nie niemożliwe. Jednak koordynacja może być osiągnięta inaczej niż przez ujednoczenie limitów prędkości: świetnym przykładem może być ruch lotniczy, w którym zapewniana jest przez użycie odpowiednich technologii, np. obliczających trajektorie lotów i uwzględniających okoliczności mające znaczenie dla bezpieczeństwa podróży powietrznych (s. 175). Inaczej jest, jeśli główna wartość chroniona przez daną normę ma wymiar publiczny (w szczególności – jest kluczowa w społeczeństwie demokratycznym) i nie da się tego celu zrealizować bez standaryzacji – np. wolność słowa tylko wtedy realizuje swoją funkcję, jeśli wszyscy członkowie społeczeństwa cieszą się tym samym zakresem wolności, nawet jeśli część z nich nie będzie skłonna do zabierania głosu w dyskursie społecznym. W takich przypadkach personalizacja nie powinna być zatem dopuszczalna (s. 104).

Problem manipulacji, choć pozornie bardzo poważny, jest w znacznej mierze mitygowany, jeśli personalizacji nie podlegają tylko pojedyncze normy, a ich zbiór. Zmiana w profilu osoby, mogąca poprawić jej sytuację prawną w jednym kontekście, będzie równocześnie powodowała zmniejszenie zakresu jej wolności w innym. Dodatkowo, nie należy zapominać, że personalizacja prawa zakłada uwzględnienie zbioru cech osoby i ogółu okoliczności, w których się znajduje, co sprawia, że koszty poniesione przez jednostkę w celu zmiany odczytu jej konkretnej cechy mogą w wielu przypadkach przekraczać możliwe do uzyskania w ten sposób korzyści, co będzie czyniło manipulację nieopłacalną. Szczególnie ciekawe w tym kontekście są rozważania dotyczące możliwego rozwoju różnych postaci pośrednictwa – osoby, które mogą nabywać określone dobro na lepszych warunkach niż inne, będą skłonne do jego dalszej odsprzedaży i przelewu na nabywcę ewentualnych praw.

W ostatnim rozdziale autorzy odnoszą się do głównych wyzwań związanych z przetwarzaniem danych w celu personalizacji prawa; jakie dane byłyby potrzebne, skąd mogłyby zostać pozyskane, czy istnienie takiego systemu dałoby się pogodzić z ochroną danych osobowych. Ten rozdział różni się od innych przede wszystkim tempem narracji – problemy są raczej wyłączenie sygnalizowane. Wyraźnie widać, że celem autorów nie jest przekonanie czytelnika do konkretnych rozwiązań, a raczej przypomnienie, że dyskusja nad prawem spersonalizowanym dopiero zaczyna się toczyć – wciąż jeszcze jesteśmy na etapie odkrywania nowych możliwości i rodzajów ryzyka.

Monografię kończy podsumowanie i uwagi na temat roli sztucznej inteligencji i człowieka w procesie tworzenia prawa spersonalizowanego.

Czytelnik, który śledząc dotychczasową dyskusję na temat personalizacji sięgnął po tę książkę, licząc, że został w niej przedstawiony dojrzały, pełny i gotowy do zastosowania model personalizacji prawa, zawiedzie się. To jednak w żadnym stopniu nie powinno wpłynąć na ogólną ocenę monografii. Na obecnym etapie dyskusji nad zastosowaniem nowych technologii w procesie stanowienia prawa wypracowanie prawa spersonalizowanego jako „gotowego produktu”

myśli prawniczej jest przedwczesne⁴. Nadal eksplorowane są różne sposoby, w jaki personalizacja taka mogłaby przebiegać, zakres, w którym powinna zostać zastosowana i cele, jakie może realizować.

W pracy zostały przedstawione szeroko tezy już wcześniej zaprezentowane przez autorów w ramach artykułów naukowych (zob. Ben-Shahar i Porat, 2016, s. 627 i n.; 2019, s. 255 i n.; Porat i Strahilevitz, 2014, s. 1417 i n.), dlatego można zastanawiać się, czy rzeczywiście wnosi ona coś nowego do dyskusji nad personalizacją prawa. Choć w opracowaniu pojawiają się nowe tezy, to jednak główna wartość tej monografii zdaje się nie polegać na tym, że przedstawione w niej zostały odpowiedzi na konkretne pytania badawcze, a na tym, że zmieniła się optyka analizy. Personalizacja prawa przestała być postrzegana wyłącznie jako odpowiedź na konkretny problem (np. niską efektywność przedkontraktowych obowiązków informacyjnych), a zaczęła być przedstawiana jako mechanizm generalnie pozwalający na głębszą granularyzację i lepsze dopasowanie norm prawnych zarówno do podmiotu, wobec którego mają znaleźć zastosowanie, jak i do celu, który mają osiągnąć. Ta zmiana sprzyja dalszemu rozwojowi dyskusji nad ewolucją prawa w ogóle, jak również stanowi zachętę do podejmowania badań nad różnymi możliwościami zastosowania personalizacji w prawie. Mnogość przykładów może stanowić źródło inspiracji do dalszych analiz, natomiast uwagi na temat technik personalizacji – instrumentarium ułatwiające podjęcie samodzielnych badań.

Równocześnie jednak oparcie argumentacji na przykładach (choćby w rozdziale ósmym, poświęconym równości wobec prawa, dyskusja ogniskuje się wokół jednego orzeczenia dotyczącego zgodności z zasadą równości wobec prawa normy różnicującej wiek, od którego dozwolona jest sprzedaż alkoholu kobietom i mężczyznom) sprawia, że czytelnik skłonny jest podważać poszczególne tezy zaprezentowane w pracy. Choć argumentacja jest przekonująca w określonym kontekście, czytelnik pozostaje krytyczny wobec wyciągania na jej podstawie ogólnych twierdzeń. Ma poczucie, że temat został jedynie zasygnalizowany, nie zaś zgłębiony.

Monografia pt.: *Personalized Law: Different Rules for Different People* stanowi pozycję dość niezwykłą. Choć tezy autorów są kontrowersyjne, a sposób argumentacji może niekiedy zostać uznany za niewystarczający, stanowczo jest to książka niezwykle inspirująca. I jest tak zapewne właśnie dlatego, że autorzy odstąpili od kompleksowego i całościowego omówienia choćby jednego zagadnienia związanego z personalizacją. Zdołali jednak z jednej strony uświadomić czytelnikowi ogrom pytań badawczych, na które przyjdzie nam szukać odpowiedzi, i mnogość możliwych dróg rozwoju prawa, z drugiej zaś – dać mu podstawy do podjęcia samodzielnie dalszej analizy.

Bibliografia

Ben-Shahar, O. i Porat, A. (2016). Personalizing Negligence Law. *New York University Law Review*, 91(3).

Pozyskano z: <https://www.nyulawreview.org/issues/volume-91-number-3/personalizing-negligence-law/>.

Ben-Shahar, O. i Porat, A. (2019). Personalizing Mandatory Rules in Contract Law. *University of Chicago Law Review*, 86(2). Pozyskano z: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol86/iss2/11>.

⁴ Jak pisał F.H. Easterbrook (1996, s. 216–217), *Error in legislation is common, and never more so than when the technology is galloping forward. Let us not struggle to match an imperfect legal system to an evolving world that we understand poorly*. Przed przystąpieniem do projektowania prawa spersonalizowanego warto zatem zrozumieć na ile różnych sposobów personalizacja może przebiegać, jakie daje możliwości i jakie są niebezpieczeństwa związane z jej zastosowaniem.

- Easterbrook, F. H. (1996). Cyberspace and the Law of the Horse. *University of Chicago Legal Forum*, 207–216. Pozyskano z: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2147&context=journal_articles.
- Helberger, N., Lynskey, O., Micklitz, H.-W., Rott, P., Sax, M. i Strycharz, J. (2021). *EU consumer protection 2.0, Structural asymmetries in digital consumer markets*. The European Consumer Organisation.
- Infantino, M. (2022). Big Data Analytics, Insurtech and Consumer Contracts: A European Appraisal. *European Review of Private Law*. 613–634. Pozyskano z: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/European+Review+of+Private+Law/30.3/ERPL2022030>.
- Porat, A. i Strahilevitz, L.J. (2014). Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data. *Michigan Law Review*, 112(8). Pozyskano z: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=mlr>.

dr Katarzyna Południak-Gierz

Wydział Prawa i Administracji

Uniwersytet Jagielloński

ORCID <https://orcid.org/0000-0002-7952-4207>