

Warszawa, 23.05.2022 r.

dr hab. Jakub J. Szczerbowski, prof. UŁ
Zakład Metodologii Prawoznawstwa i Badań Interdyscyplinarnych
Instytut Badań Prawnoporównawczych i Interdyscyplinarnych
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Łódzki

Recenzja

Niniejsza recenzja sporządzona jest na podstawie przepisu art. 221 ust. 8 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (dalej: p.s.w.n.) w postępowaniu w sprawie nadania stopnia doktora habilitowanego wszczętego na wniosek dra Arkadiusza Michalaka (dalej: Habilitant). W pierwszej kolejności należy wskazać, że celem recenzji, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 221 ust. 8 p.s.w.n., jest ocena czy osiągnięcia naukowe osoby ubiegającej się o stopień doktora habilitowanego odpowiadają wymaganiom określonym w art. 219 ust. 1 pkt 2 p.s.w.n. Zgłoszone przez Habilitanta osiągnięcia zawierają monografię naukową, co oznacza konieczność jej oceny pod względem tego, czy a) stanowi znaczny wkład w rozwój określonej dyscypliny oraz b) czy została wydana przez wydawnictwo, które w roku opublikowania monografii w ostatecznej formie było ujęte w wykazie sporządzonym zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 267 ust. 2 pkt 2 lit. a p.s.w.n. Pozostałe osiągnięcia podlegają ocenie jedynie pod względem znaczenia dla dyscypliny.

1. Monografia

1.1. Ocena merytoryczna

Wskazana jako osiągnięcie naukowe monografia pt. „Odpowiedzialność cywilnoprawna w obrocie oprogramowaniem komputerowym w erze sztucznej inteligencji”, Warszawa 2021, obejmuje temat będący przedmiotem wcześniejszych rozważań doktrynalnych, chociaż ze względu na fakt, że przedmiotowa problematyka jest dość nowa – tak jak przedmiot oddziałujący na porządki prawne. Wybór tematyki należy określić jako bardzo trafny. Obecny stan rozwoju techniki niewątpliwie stanowi wyzwanie dla nauki prawa, judykatury i legislatury, a pojawiające się rozwiązania – określane mianem sztucznej inteligencji mogą, nieodpowiednio uregulowane, prowadzić do istotnych zaburzeń polegających na nieoptymalnej alokacji zasob-

bów oraz sprzecznościach z założeniami aksjologicznymi porządków społecznych. Habilitant dostrzega to wyzwanie i je podejmuje. Habilitant jest ponadto świadomy, że dodatkowego uzasadnienia wymaga znaczna obszerność pracy – przy czym usprawiedliwia to (słusznie) nieemożliwością odseparowania reżimu odpowiedzialności deliktowej i kontraktowej w zakresie przedmiotowych zagadnień.

Monografia składa się z sześciu rozdziałów, wprowadzenia, zakończenia i elementów formalnych, z których na wyróżnienie zasługuje bardzo przemyślany indeks rzeczowy bardzo ułatwiający poruszanie się w pracy.

Rozdział I pracy stanowi wprowadzenie do prawno-gospodarczej i regulacyjnej problematyki obrotu oprogramowaniem komputerowym. W rozdziale Habilitant skupia się na wyjaśnianiu pojęć; zabieg taki należy ocenić pozytywnie mając na uwadze wielość definicji funkcjonujących w literaturze. Niestety w toku pracy pojęcia nie zawsze są rozumiane konsekwentnie, o czym dalej przy okazji uwag krytycznych. Na uwagę zasługuje docenienie znaczenia metodyk zwinnych, które mają ogromne znaczenie w tworzeniu oprogramowania, a znajdują nieadekwatne odniesienie w przepisach prawa – co ma szczególne znaczenie w przypadku zamówień publicznych, w wypadku których kształtowanie umów o stworzenie oprogramowania w oparciu o metodyki zwinne napotyka pewne trudności.

Rozdział II traktuje o granicach umownego kształtowania odpowiedzialności w obrocie oprogramowaniem komputerowym. Przedmiotowe zagadnienie ma szczególne znaczenie w obrocie programami komputerowymi, ponieważ ze względu na rynkową dominację produktów zagranicznych standardem jest stosowanie obcych wzorców umownych.

Rozdział III skupia się na przedmiocie świadczenia w obrocie oprogramowaniem komputerowym. W tym rozdziale Habilitant porusza między innymi interesujące zagadnienie kwalifikacji prawnej programu komputerowego jako przedmiotu obrotu, w szczególności chodzi tu o program komputerowy niestanowiący utworu oraz program komputerowy występujący w nierozdzielalnym połączeniu z danymi lub urządzeniami.

Rozdział IV omawia problematykę odpowiedzialności umownej w obrocie programem komputerowym. W rozdziale tym Habilitant stawia tezę o niedostosowaniu reżimu prawnoutorskiego do obrotu oprogramowaniem komputerowym.

Rozdział V konkretyzuje problematykę odpowiedzialności kontraktowej na gruncie najbardziej typowych umów dotyczących programów komputerowych. Wątpliwości może bu-

dzić użycie zwrotu „najbardziej typowe” w odniesieniu do umów – bardziej odpowiednie wydaje się użycie słowa nieodnoszącego się do typów umów – a w tytule rozdziału nie o typy umów chodzi, ale o najczęściej występujące rodzaje umów, także nienazwanych.

Rozdział VI dotyczy reżimu odpowiedzialności deliktowej w obrocie oprogramowaniem komputerowym. W rozdziale tym Habilitant przedstawia koncepcję wykładni przepisów o odpowiedzialności za ruch przedsiębiorstwa napędzanego siłami przyrody pozwalającą na odniesienie ich do przedsiębiorstwa funkcjonującego głównie dzięki oprogramowaniu.

Względem pracy należy sformułować też pewne uwagi krytyczne. Podstawową wadą warsztatową jest brak wyraźnie sformułowanej hipotezy (albo hipotez). Nie oznacza to jednak, że Habilitant nie stawia hipotez a następnie nie poddaje ich procedurom badawczym, czy – ni to jednak nie wprost, przerzucając na czytelnika obowiązek doszukania się ich. Podobnie sprawa ma się z przedstawieniem metod badawczych; jak się wydaje, Habilitant przyjął, że w dyscyplinie istnieją pewne przyjęte metody, a zatem nie wymagane jest wspomnianie o nich. Uważam to jednak za błąd, zwłaszcza w pracy tak obszernej i wielowątkowej.

Habilitant nie ustrzegł się też pewnych niekonsekwencji. Przykładowo, na stronie 29 wskazuje, że robotem może być już samo oprogramowanie, nieposiadające formy fizycznej. Dalej Habilitant wskazuje, że „nie jest zasadne synonimiczne używanie pojęć: (1) robota i sztucznej inteligencji, gdyż nie każdy robot musi być wyposażony w systemy sztucznej inteligencji, oraz (2) robota i oprogramowania, gdyż robot jest zwykle rzeczą ruchomą, która wcale nie musi zawierać oprogramowania, gdyż może działać także bez oprogramowania w oparciu np. o czujniki ruchu”. Takie konstruowanie pojęcia robota czyni to pojęcie zbyt szerokim – robotem będzie zarówno program bez formy fizycznej, program związany z maszyną i maszyna nieporuszana programem, a np. aktywowana czujnikiem ruchu. W tak skonstruowanej definicji robota mieści się nawet pułapka na myszy (porusza się po zainicjowaniu ruchu mechanicznym czujnikiem). Definiowanie jednak jest sztuką trudną, a Habilitant posługuje się w dalszej części pojęciem robota rozumiejąc je poprawnie (np. na stronach 402, 407).

Problematyczna wydaje się także definicja programu komputerowego (s. 15) rozumianego jako zbiór instrukcji lub rozkazów potrzebnych do rozwiązania funkcji, zadania lub problemu, wyrażone w określonym języku programowania w formie kodu źródłowego możliwego do odczytu przez człowieka, przybierającego po przeprowadzeniu procesu translacji postać kodu wynikowego niemożliwego do odczytu przez człowieka, wykonywanego przez mikroprocesor komputera. Tak przyjęta definicja obejmie większość programów komputerowych,

ale przyjmuje ona pewne założenie, które nie jest prawdziwe – a mianowicie, że kod wynikowy jest niemożliwy do odczytania przez człowieka. Niemożliwość (odczytania przez człowieka) będąca zaprzeczeniem możliwości nie jest równoznaczna z pojęciem trudności – a z pewnym utrudnieniem mamy tu do czynienia. W początkowej fazie rozwoju komputerów – gdy nie istniały kompilatory – wręcz konieczne było tworzenie oprogramowania w postaci zrozumiałej przez maszynę (i też przez człowieka); innymi słowy – pierwszy kompilator powstał bez kompilatora i był pomimo tego programem komputerowym. Trudno jest tu jednak czynić Habilitantowi zarzut, definicja bowiem jest przyjmowana na potrzeby „użytkowe” i ma odnosić się do typowego użytku obecnie.

Przedmiotową monografię należy ocenić wysoko. Przede wszystkim odnosi się ona do ważnych problemów stanowiących o istocie współczesnego obrotu gospodarczego. Habilitant słusznie zauważa dominującą rolę informatycznych gigantów, którzy tworząc oprogramowanie strategiczne, mogą zaburzać procesy gospodarcze i prowadzić do nieefektywnej alokacji zasobów (w tym ryzyka). Uwagi Habilitanta dotyczące pożądanых zmian w prawie wybiegają w przyszłość, ale dobra znajomość materii i praktyki obrotu powodują, że nie są to futurologiczne fantazje, ale rzeczowe odniesienie się do powstających już obecnie problemów. Praca zawiera ważne uwagi krytyczne odnośnie do projektowanych regulacji odnoszących się do odpowiedzialności za szkody wywołane przez sztuczną inteligencję. Ponadto, Habilitant porządkuje problematykę umów odnoszących się do obrotu oprogramowaniem i podejmuje próbę klasyfikacji świadczeń w ramach tych umów. Dodatkowym pozytywnym aspektem są elementy komparatystyczne oraz odniesienie do opracowań komparatystycznych takich jak PECL i PETL.

Pozytywnym aspektem pracy jest jej język, który oceniam jako poprawny i precyzyjny, a jednocześnie przystępny. W odniesieniu do elementów formalnych, takich jak odnośniki bibliograficzne czy spisy treści i literatury – nie mam uwag.

Przedmiotowa monografia ma ponadto walor edukacyjny, łagodnie wprowadzający osoby mniej biegłe w kwestiach technologicznych w podstawowe pojęcia funkcjonujące w obrocie.

Niezależnie zatem od wskazanych wyżej uwag krytycznych **praca Habilitanta pt. „Odpowiedzialność cywilnoprawna w obrocie oprogramowaniem komputerowym w erze sztucznej inteligencji” stanowi znaczny wkład w rozwój dyscypliny nauki prawne.**

1.2. Wydawnictwo

Przepis art. 221 ust. 8 p.s.w.n. nakłada na recenzenta także obowiązek oceny tego, czy monografia została wydana przez wydawnictwo, które w roku opublikowania monografii w ostatecznej formie było ujęte w wykazie sporządzonym zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 267 ust. 2 pkt 2 lit. a p.s.w.n. Przedmiotowa monografia została oznaczona jako wydana przez Wydawnictwo C.H. Beck. Wykaz sporządzony na podstawie art. 267 ust. 2 pkt 2 lit. a p.s.w.n. został opublikowany w Biuletynie Informacji Publicznej MEiN w drodze Komunikatu Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 29 września 2020 r. w sprawie wykazu wydawnictw publikujących recenzowane monografie naukowe, co odpowiada wymogom art. 267 ust. 3, zgodnie z którym wykaz sporządza minister i udostępnia w BIP na swojej stronie podmiotowej. W wykazie pod pozycją 575 ujęto Wydawnictwo C.H. Beck, zatem bez wątpliwości **przedstawiona przez Habilitanta monografia została opublikowana sposób czyniący za-
dość wymogowi przepisu art. 219 ust. 1 pkt 1 lit. a p.s.w.n.**

2. Pozostałe osiągnięcia naukowe

Poza Monografią Habilitant przedstawił dorobek składający się z monografii naukowych, rozdziałów w monografiach naukowych oraz artykułów. Jedna ze wskazanych monografii (Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa – zagadnienia cywilnoprawne, Zakamycze 2006) stanowi publikację doktoratu Habilitanta. Niektóre inne teksty zostały także opublikowane przed uzyskaniem przez Habilitanta stopnia doktora. Mając na uwadze, że posiadanie stopnia doktora stanowi wymóg do ubiegania się o stopień doktora habilitowanego, a przedmiotowe publikacje sprzed uzyskania stopnia doktora stanowiły przesłankę do jego nadania, to nie biorę ich pod uwagę. Interpretacja przepisu art. 219 ust. 1 pkt 2 p.w.s.n. w taki sposób, że dopuszcza się ocenę dorobku także w zakresie, w jakim stanowił on podstawę do nadania stopnia doktora stanowiłoby jednocześnie ingerencję organu prowadzącego postępowanie habilitacyjne w zakończone już postępowanie o nadanie stopnia doktora, a jednocześnie prowadziłoby do sytuacji, w której możliwe byłoby ubieganie się o nadanie stopnia doktora habilitowanego na podstawie tego samego dorobku, który stanowił podstawę do nadania stopnia doktora. Z przedstawionych publikacji odrzucam także publicystyczne, albowiem ocenie zgodnie z art. 219 ust. 1 pkt 2 p.s.w.n., ocenie podlegają osiągnięcia naukowe.

Habilitant wśród pozostałego dorobku wyróżnia dziewięć obszarów, przyjmuję tu systematykę Habilitanta. W pierwszym z nich obejmującym problematykę tajemnicy przedsiębiorstwa, na pozytywne wyróżnienie zasługuje udział w komentarzu do ustawy o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji pod red. M. Sieradzkiej i M. Zdyba. W drugim obszarze za mający znaczenie dla dyscypliny należy uznać tekst *Monitoring artykułów prasowych-dozwolony użytek-glosa do orzeczenia TSWE z 16.7.2009 r. (C-5/08) w sprawie Infopaq przeciwko Danskere Dagblades Forening*, MOP 3/2010 r. Porusza on ważne z praktycznego punktu widzenia zagadnienie odnoszące się do kontrowersji wokół instytucji dozwolonego użytku. W ramach trzeciego obszaru zainteresowań, dotyczącego zwalczania nieuczciwych praktyk rynkowych, Habilitant wskazuje prace *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym-komentarz*, wyd. C.H. Beck., Warszawa 2008 oraz *Znaczenie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym dla wykonywania zawodu rzecznika patentowego*, Rzecznik Patentowy 2008 nr 3 r. W czwartym obszarze zainteresowań, którym jest problematyka zwalczania nieuczciwej konkurencji, na wyróżnienie zasługują prace *Zaniechanie jako źródło czynu nieuczciwej konkurencji*, Przegląd Prawa Handlowego nr 8 z 2013 r., *Plain packaging a ochrona znaków towarowych wyrobów tytoniowych*, [w:] *Prawo reklamy* pod red. M.Namysłowskiej, Warszawa 2012 r., *Prawne aspekty reklamy, promocji i sponsorowania wyrobów tytoniowych*, PPH 2006 nr 8. W piątym obszarze zainteresowań, dotyczącym aspektów proceduralnych ochrony własności intelektualnej na pozytywne wyróżnienie zasługują prace *Oczywiście bezzasadne powództwo w dziedzinie praw własności przemysłowej*, Przegląd Sądowy nr 11-12 z 2013 r. oraz *Wybrane zagadnienia roszczenia o wydanie uzyskanych korzyści w prawie własności intelektualnej* [w:] *Qui bene dubitat. Księga jubileuszowa dedykowana Prof. Ewie Nowińskiej*, Warszawa 2018 r. W ramach szóstego obszaru, dotyczącego filozofii praw własności intelektualnej (choćbarziej skłaniałbym się ku terminowi „teoria”) na wyróżnienie zasługuje praca *Interes publiczny i jego oddziaływanie na powstanie, treść i wykonywanie praw własności intelektualnej*, Warszawa 2012. W ramach siódmego obszaru Habilitant wskazuje opracowania komentarzowe. W ósmym obszarze na wyróżnienie zasługują prace *Nowe pola eksploatacji utworu muzycznego w telefonii komórkowej na przykładzie dzwonekówtelфонicznych*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2007 nr 3, *Pośrednia ochrona patentowa - uwagi na tle art. 64 prawa własności przemysłowej w perspektywie porównawczej*, Państwo i Prawo nr 9 z 2007 r., *Przegląd cywilnoprawnych instrumentów ochrony portali internetowych*, Przegląd Prawa Handlowego 2010 nr 4, *Ochrona modeli, replik i miniatur w prawie autorskim*, MOP nr 9 z 2012 r., *Licencje przymusowe w prawie autorskim w świetle orzeczenia IMS Health*, Monitor Prawniczy 3/2006. W dziewiątym obszarze Habilitant opublikował jedynie monografię *Odpowiedzialność cywilnoprawna w obrocie oprogramowaniem komputerowym w erze sztucznej inteligencji*, która stanowi przedmiot odrębnej oceny.

Ogólnie należy stwierdzić, że publikacje naukowe wchodzące w skład dorobku Habilitanta prezentują dobry poziom naukowy. Nie są one szczególnie liczne, ale Habilitant nadrabia to umiejętnością formułowania interesujących problemów naukowych i rozwiązywania ich. Należy również zwrócić uwagę na fakt cytowania przedmiotowych prac w literaturze, co dodatkowo przeważa na rzecz pozytywnej oceny dorobku. Wskazane poza monografią osiągnięcia potwierdzają wcześniej wysuniętą ocenę o znacznym wkładzie Habilitanta w rozwój dyscypliny nauki prawne.

3. Konkluzja

Mając na uwadze powyższe stwierdzam, że **osiągnięcia naukowe dra Arkadiusza Michalaka odpowiadają wymaganiom określonym w art. 219 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce** (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 478 ze zm.).

Jakub J. Szczerbowski