

POJĘCIE UTWORU W PRAWIE AUTORSKIM

Ewa Laskowska-Litak



Wolters Kluwer

POJĘCIE UTWORU W PRAWIE AUTORSKIM

Ewa Laskowska-Litak



Wolters Kluwer

WARSZAWA 2022

Polecamy w serii:

Prawnoautorska ochrona programów komputerowych
Zbigniew Okoń

Kulinarium w polskim prawie własności intelektualnej
Piotr Ślęzak

Prawna ochrona treści cyfrowych
Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz

Media w erze cyfrowej. Wyzwania i zagrożenia
redakcja naukowa
Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz, Monika Nowikowska, Krzysztof Wąsowski

Wpływ decyzji Urzędu Patentowego RP na postępowanie cywilne w sprawach
z zakresu prawa własności przemysłowej
Arkadiusz Sadza

Ochrona wzorów użytkowych
Marcin Balicki

Tłumaczenie w prawie autorskim
Jakub Doliński

Test trójstopniowy w prawie autorskim. Paradygmaty prawa autorskiego
Piotr Niezgódka

Domeny internetowe. Teoria i praktyka
redakcja naukowa *Ireneusz Matusiak*

Ustalenie kwoty stosownego wynagrodzenia za naruszenie autorskich praw majątkowych
Łukasz Maryniak

Naukowe i krytyczne wydania tekstów jako przedmiot prawa autorskiego i praw pokrewnych
Bohdan Widła

Ograniczenia ochrony patentowej a naruszenie patentu
Justyna Ożegalska-Trybalska

Pośrednicy internetowi w prawie Unii Europejskiej.
Rola i obowiązki wobec treści użytkowników
Magdalena Piech

Autorskie prawa osobiste w obrocie prawnym
Michał Wyrwiński

Swoboda wypowiedzi artystycznej. Standardy międzynarodowe i krajowe
Marcin Górski

Naruszenie prawa do znaku towarowego renomowanego. Studium porównawcze
Joanna Sitko

Zarząd wspólnym prawem autorskim
Michał Markiewicz

Korzystanie z chronionego wynalazku w celu rejestracji produktu leczniczego
Agnieszka Sztoldman

SERIA **MONOGRAFIE**

Stan prawny na 1 maja 2022 r.

Praca naukowa finansowana w ramach programu
Narodowego Centrum Nauki SONATA 12 UMO-2016/23/D/HS5/01792

Redakcja serii
Ryszard Markiewicz, Andrzej Matlak, Alicja Pollesch

Recenzent
Dr hab. Marlena Jankowska-Augustyn, prof. UŚ

Wydawca
Monika Pawłowska

Redaktor prowadzący
Katarzyna Gierłowska

Opracowanie redakcyjne
Anna Kunz

Projekt okładek serii
Wojtek Janikowski, Przemek Dębowski

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2022

ISBN 978-83-8286-527-1
ISSN 1897-4392

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.
Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. 728 313 462
e-mail: PL-ksiazki@wolterskluwer.com

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz najważniejszych skrótów	9
Wprowadzenie.....	11
Rozdział I	
Problem referencyjności utworu	33
1. Wprowadzenie	33
2. Dyskusja skandynawska	35
3. Referencyjność pojęcia utworu – próba krytycznego spojrzenia	56
Rozdział II	
Estetyczne strategie identyfikacji utworu	73
1. Wprowadzenie	73
2. Estetyka Romana Ingardena	80
2.1. Założenia filozoficzne	83
2.2. Propozycja estetyczna Ingardena	91
2.2.1. Dzieło literackie	91
2.2.2. Inne dzieła sztuki w koncepcji Ingardena.....	120
2.3. Ocena koncepcji Ingardena dla identyfikacji utworu	141
2.3.1. Literackość	141
2.3.2. Charakter ontyczny	142
2.3.3. Uniwersalizm	144
2.3.4. Problem warstwowości	147
2.3.5. Problem jedności utworów.....	151
2.3.6. Mnogość utworów	152
2.3.7. Rola odbiorcy.....	159

2.3.8. Rola autora	164
2.3.9. Rola społeczeństwa	166
2.4. Podsumowanie.....	167
3. Współczesne estetyki analityczne	172
3.1. Antyesencjalizm	172
3.2. Perceptualizm estetyczny	185
3.3. Instytucjonalna teoria sztuki	200
3.4. Estetyka ewolucyjna.....	227
3.5. Podsumowanie estetyki analitycznej	238
4. Podsumowanie estetycznych strategii identyfikacji	254

Rozdział III

Założenia koncepcyjne dla identyfikacji utworu	257
1. Pierwszy problem identyfikacji: idea a utwór	259
1.1. Fakt, informacja, koncepcja matematyczna, zasada działania	288
1.2. Pojęcie procedury	304
1.3. Pojęcie idei	307
1.4. Podsumowanie pierwszego problemu identyfikacji.....	328
2. Drugi problem identyfikacji: odróżnienie utworów	332
2.1. Pojęcie artefaktu	335
2.2. Pojęcie typu i tokenu.....	339
2.3. Typ – wyprowadzenie cech.....	346
2.3. Dystynkcja typ/token – próba krytycznego ujęcia	354
2.4. Cechy konstytutywne typu	358
2.5. Cecha typu a interpretacja	372
2.6. Podsumowanie i ocena koncepcji cech konstytutywnych.....	386
2.7. Alternatywa: porównanie tokenów, nie typów	398
2.8. Podsumowanie i koncepcja modelu identyfikacji	404
3. Identyfikacyjna rola przesłanki twórczości	409
3.1. Wstęp	409
3.2. Modalność przesłanki twórczości	415
3.2.1. Utwór	415
3.2.2. Czasowość	419
3.2.3. Podmiot dokonujący oceny	424
3.2.4. Funkcja i treść przesłanki twórczości	425

3.2.5. Propozycja Sibleya	449
3.3. Podsumowanie	457

Rozdział IV

Modele normatywne	463
1. Założenia konstytucyjne dla modelu normatywnego	463
1.1. Wprowadzenie	463
1.2. Normy konstytucyjne – zestawienie i pytania badawcze	464
1.3. Rodzaje twórczości chronione na gruncie konstytucyjnym i ich wpływ na konstrukcję przedmiotu prawa autorskiego	467
1.4. Ocena wniosków i pytanie o neutralność norm konstytucyjnych	490
2. Metody prawnicze	497
2.1. Wprowadzenie	497
2.2. Metoda legalistyczna	505
2.2.1. Wprowadzenie	505
2.2.2. Modele teoretyczne	507
2.2.3. Metoda dychotomiczna odróżnienia idei od chronionej formy wyrażenia	530
2.2.4. Metoda stopniowania	542
2.2.5. Przesłanka ustalenia	554
2.2.6. Podsumowanie	564
2.3. Metody zewnętrzne (eksperckie, odbiorcze)	569
2.3.1. Wprowadzenie	569
2.3.2. Test podobieństwa (opinia ekspercka)	571
2.3.3. Test odbiorcy (test wewnętrzny)	581
2.3.4. Ocena testu	590
2.4. Model twórczości	596
2.4.1. Wprowadzenie	596
2.4.2. Orzecznictwo TSUE	597
2.4.3. Orzecznictwo polskie	610
2.4.4. Podsumowanie orzecznictwa polskiego i jego alternatywna ocena	655
2.4.5. Propozycje teoretyczne dla modelu twórczości	667

2.4.6. Problem twórczości paralelnej i system ochrony uniwersalnej	701
2.4.7. Podsumowanie modelu twórczości	711
2.5. Model alternatywny: porzucenie konstrukcji przedmiotu prawa autorskiego	717
2.5.1. Wprowadzenie	717
2.5.2. Dwa modele alternatywne	717
 Rozdział V	
Podsumowanie i propozycja strategii identyfikacji utworu	723
 Bibliografia	751

WYKAZ NAJWAŻNIEJSZYCH SKRÓTÓW

Akty prawne

EKPC	– Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.)
Konstytucja RP	– Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)
KPP	– Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 391)
u.p.a.p.p.	– ustawa z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1062 ze zm.)

Czasopisma i publikatory

OSA	– Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych
OSNC	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
PiP	– Państwo i Prawo
PPH	– Przegląd Prawa Handlowego
SC	– Studia Cywilistyczne
ZNUJ PPWI	– Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej
ZNUJ PWiOWI	– Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej

Organy i urzędy

SA	– sąd apelacyjny
SN	– Sąd Najwyższy
TK	– Trybunał Konstytucyjny
TSUE	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

WPROWADZENIE¹

„Das Kunstwerk ist grundsätzlich immer reproduzierbar gewesen. Was Menschen gemacht hatten, das konnte grundsätzlich immer von Menschen nachgemacht werden. (...) Noch bei der höchstvollendeten Reproduktion fällt eines aus: das Hier und Jetzt des Kunstwerks – sein einmaliges Dasein an dem Orte, an dem es sich befindet. (...) Das Hier und Jetzt des Originals macht den Begriff seiner Echtheit aus”².

„Comme l’eau, comme le gaz, comme le courant électrique viennent de loin dans nos demeures répondre à nos besoins moyennant un effort quasi nul, ainsi serons-nous alimentés d’images visuelles ou auditives, naissant et s’évanouissant au moindre geste, presque à un signe”³.

„Kiedy mówimy o prawdach, prawdziwych stanach rzeczy w sensie nauki teoretycznej i tym, że ich sens obejmuje obowiązywanie «raz na zawsze» i «dla każdego» jako telos ustalania za pomocą sądu, to są to wolne idealności. Nie wiążą się z żadnym terytorium lub mają swoje terytorium we wszechświecie, i to w każdym możliwym. Jeśli chodzi o ich możliwą reaktywację, są wszechprzestrzenne i wszechczasowe”⁴.

¹ Praca stanowi wynik przeprowadzonych przeze mnie badań w ramach grantu naukowego finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki w Krakowie w ramach konkursu SONATA 12 (nr rej. 2016/23/D/HS5/01792).

² W. Benjamin, *Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit (Dritte Fassung)* [w:] W. Benjamin, *Gesammelte Schriften*, Band I, Teil 2, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1980, s. 474–477.

³ P. Valéry, *La conquête de l’ubiquité* (1928) [w:] *Œuvres*, t. II, *Pièces sur l’art*, Paris 1960, s. 1283–1287.

⁴ E. Husserl, *Doświadczenie i sąd. Badania nad genealogią logiki*, Warszawa 2013, s. 255.

Cytowane fragmenty prac W. Benjamina i P. Valéry'ego, choć czasowo odległe od siebie ze względu na okoliczności powstania, to jednak wspólnie podkreślają istotne problemy, z którymi spotykamy się, gdy podejmujemy próbę opisanego, czym jest przedmiot prawa autorskiego. Możliwość reprodukcji dzieła, która co prawda pozwala na zwiększenie jego dostępności⁵, a jednocześnie przy tym nieuchwytność dobra intelektualnego⁶ implikują szczególnie skomplikowany problem dookreślenia relewantnych prawnie granic czasowych i miejscowych dzieła. Intencją przedstawianej pracy jest zmierzenie się z problemem budowania takiego przedmiotu prawa autorskiego. Z jednej strony bowiem, jak trafnie zauważył Ole-Andreas Rongstad⁷, analiza struktury własności intelektualnej bardzo łatwo kieruje się w stronę normatywizmu i analizy poszczególnych przesłanek składających się na pojęcie utworu, podczas gdy konieczne jest w pierwszej kolejności przynajmniej deskryptywne dookreślenie tego, co powinno stanowić przedmiot takiej dyskusji. Z drugiej zaś strony przykład cytowanych wypowiedzi nasuwa spostrzeżenia odnośnie do problemów, jakie wyłaniają się przy podejmowaniu takiej próby: niematerialny charakter, łatwość reprodukcji, nieuchwytność, a jednocześnie także – wszechobecność dobra intelektualnego⁸. Na ten ostatni aspekt zwrócił uwagę Edmund Husserl w cytowanym fragmencie, podkreślając tę powstającą jednocześnie sprzeczność, zamykającą się w „wolnej idealności”: jednocześnie dostępna wszędzie i nigdzie.

Pogodzenie tych wzajemnych wykluczeń, przy zachowaniu rygorów prowadzonego dyskursu naukowego, wymaga zarówno podjęcia szczególnej ostrożności oraz pewnego sceptycyzmu naukowego, jak i przyjęcia odpowiedniej metodologii pracy. Problematyczność opisu przedmiotu prawa autorskiego dostrzegalna jest już bowiem na etapie jej nazewnictwa oraz kolejności rozstrzyganych zagadnień. Korzystanie z określenia „przedmiot prawa autorskiego” narzuca narrację normatywną, implikując odwoływanie się do regulacji prawnych. Nie byłoby to jednak pierwszą

⁵ Szczególnie widocznej zwłaszcza z powodu udogodnień współczesnych technologii.

⁶ Powodowaną wielością dostępnych kopii dzieła.

⁷ O.-A. Rognstad, *Property Aspects of Intellectual Property*, Cambridge 2018, s. 43: „One of the problems with discussions about the structural aspects of property and IP is that they easily veer toward the normative”.

⁸ A. Troller, *Immaterialgüterrecht*, Band I, Basel–Stuttgart 1968, s. 55.

próbą podejmowaną w literaturze polskiej⁹, ani zagranicznej¹⁰, w której mierzymy się z problematyką utworu, analizując ją jednak wyłącznie z perspektywy normatywnej, a pomijając zagadnienia wpływające na to pojęcie i sposób jego kształtowania. Rozwijające się tendencje naturalizacji prawa i uwzględnienia również rzeczywistości społecznej, kulturowej, ekonomicznej czy też technologicznej przy opisie teoretyczno- i dogmatycznoprawnym rzutują na konieczność przynajmniej częściowego włączenia szerszego, interdyscyplinarnego spojrzenia¹¹. Takie podejście jest, moim zdaniem, potrzebne w szczególności w odniesieniu do prawa autorskiego, którego osią konstrukcji są dobra niematerialne – artefakty tworzone w ramach istniejących zależności kulturowych, choć postrzegane w sposób propertarianistyczny¹² i niekiedy – upraszczający¹³. Wysiłki takie podejmowano już w rozważaniach prawnych,

⁹ W. Machała, *Utwór. Przedmiot prawa autorskiego*, Warszawa 2013; R. Golat, *Dobra niematerialne. Kompendium prawne*, Bydgoszcz–Warszawa 2005.

¹⁰ J. Pila, *The Subject Matter of Intellectual Property*, Oxford 2017; A. George, *Constructing intellectual property*, Cambridge 2012; A. Peukert, *A Critique of the Ontology of Intellectual Property Law*, Cambridge 2021; E. Cooper, *Art and Modern Copyright: The Contested Image*, Cambridge 2018 i inni cytowani w niniejszej pracy.

¹¹ O konieczności interdyscyplinarności spojrzenia prawniczego twierdzili przekonująco autorzy następujących publikacji: J. Stelmach, B. Brożek, Ł. Kurek, K. Eliaasz (red.), *Naturalizm prawniczy. Interpretacje*, Warszawa 2015 (w szczególności opracowania: B. Brożek, *O naturalizacji prawa*, s. 24–47; R. Audi, *Naturalizm jako podstawa filozofii oraz nauki: ujęcie krytyczne*, s. 131–153); J. Stelmach, B. Brożek, Ł. Kurek, K. Eliaasz (red.), *Naturalizm prawniczy. Stanowiska*, Warszawa 2015 oraz J. Stelmach, B. Brożek, Ł. Kurek (red.), *Naturalizm prawniczy. Granice*, Warszawa 2017 (w szczególności opracowania: A. Brożek, *Granice interdyscyplinarności*, s. 96–109; T. Pietrzykowski, *Granice naturalizacji prawa*, s. 110–125); M. Jakubiec, *Neuronauki a prawo cywilne* [w:] *Prawo a nauki kognitywne*, red. B. Brożek, Ł. Kurek, J. Stelmach, Warszawa 2018.

¹² C. Błaszczuk, *Propertarianistyczne teorie prawa autorskiego*, Warszawa 2018.

¹³ Krytykę takiego podejścia i otwartość zawdzięczać następującym opracowaniom: R.A. Posner, *Law and Literature*, Cambridge–London 2007; M. Jakubowiak, *Nieuchronny plagiat. Prawo autorskie w nowoczesnym dyskursie literackim*, Warszawa 2017 (który wykazywał na przykładach literackich, że dochodzi do wzajemnych oddziaływań między literaturą a prawem); G. Mania, *Muzyka w prawie autorskim*, Kraków 2020 oraz B. Sherman, L. Bently, *The Making of Modern Intellectual Property Law: The British Experience, 1760–1911*, Cambridge 1999 (którzy po raz pierwszy tak obszernie i interdyscyplinarnie przedstawili rozwój historyczny prawa własności intelektualnej na przykładzie regulacji brytyjskiej); por. też odnośnie do samej interdyscyplinarności nauk społecznych: S.L. Star, J.R. Griesemer, *Institutional Ecology, 'Translations' and Boundary Objects: Amateurs*

w szczególności w pracach Andrzeja Kopffa¹⁴, Bogusława Gawlika¹⁵, Ryszarda Markiewicza¹⁶, Janusza Barty¹⁷, Jana Bleszyńskiego¹⁸, Jerzego Serdy¹⁹, Wojciecha Machały²⁰ czy Grzegorza Mani²¹ i Aleksandry Nowak-Gruca²², ale rosnące znaczenie nauk kognitywnych, socjologicznych i estetycznych wymusza większe włączenie i odświeżenie niektórych koncepcji pojawiających się już w literaturze przedmiotu.

Kwestia kolejności rozważań, czy należy najpierw rozpatrywać oryginalność rezultatu (twórczość) działalności człowieka²³, a dopiero następnie jego kwalifikację jako dobra niematerialnego (utwór, rezultat twórczości)²⁴, odgrywa natomiast niebagatelną, choć często pomijaną rolę. Na problem ten pośrednio zwrócił uwagę w literaturze Bogusław Gawlik, który przyjmował legalistyczną metodę interpretacji pojęcia dobra niematerialnego²⁵ jako artefaktu składającego się z dwóch elementów: substancjonalnego, rozumianego jako składnik rzeczywistości

and Professionals in Berkeley's Museum of Vertebrate Zoology, 1907-39, „Social Studies of Science” 1989/19, no. 3, s. 387–420.

¹⁴ A. Kopff, *Wpływ postępu techniki na prawo autorskie*, ZNUJ PPWI 1988/4.

¹⁵ B. Gawlik, *Umowa know-how. Zagadnienia konstrukcyjne*, ZNUJ PWiOWI 1974/3.

¹⁶ R. Markiewicz, *Dzieło literackie i jego twórca w polskim prawie autorskim*, Kraków 1984; R. Markiewicz, *Ochrona prac naukowych*, Kraków 1990; por. także R. Markiewicz, *Pomysł i materiał urzędowy* [w:] *Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple*, red. P. Kostański, P. Podrecki, T. Targosz, Warszawa 2017, s. 301–310.

¹⁷ J. Barta, *Dzieło muzyczne i jego twórca w świetle przepisów prawa autorskiego*, ZNUJ PWiOWI 1980/20.

¹⁸ J. Bleszyński, *Tłumaczenie i jego twórca w polskim prawie autorskim*, Warszawa 1973.

¹⁹ J. Serda [w:] S. Grzybowski, A. Kopff, J. Serda, *Zagadnienia prawa autorskiego*, Warszawa 1973, s. 336–364.

²⁰ W. Machała, *Utwór. Przedmiot prawa...*, s. 11–56.

²¹ G. Mania, *Muzyka...*, s. 86–145.

²² A. Nowak-Gruca, *Przedmiot prawa autorskiego (utwór) w ujęciu kognitywnym*, Warszawa 2017.

²³ Dla ułatwienia rozważań w dalszej części pojęć tych – na razie – używać będę zamiennie, ponieważ na etapie deskryptywnym nie powodują konsekwencji normatywnych, o ile nie zaznaczę inaczej, odnosząc się np. do konkretnego modelu legislacyjnego.

²⁴ Pojęć tych będę używać w opisie zamiennie, o ile nie zaznaczę inaczej, odwołując się np. do konkretnego modelu legislacyjnego.

²⁵ O metodzie legalistycznej wspominać będę szczegółowo w rozdziale IV.2.2

społecznej²⁶ oraz formalnego, rozpatrywanego jako podstawa normatywna²⁷. Nie wydaje mi się jednak, aby to podejście rozwiązywało problem zakreszony na początku niniejszych rozważań. W szczególności nie pozwala ono na wyznaczenie strategii identyfikacji takiego dobra ani w odniesieniu do elementu substancjonalnego²⁸, ani formalnego²⁹. I choć Gawlik przyjmuje, że dla legalnego określenia utworu literackiego, naukowego czy artystycznego konieczne jest odniesienie się do reguł znaczeniowych języka polskiego³⁰, nadal nie rozwiązuje to problemu, w jaki sposób, za pomocą jakich kryteriów ani też w jakiej kolejności przystąpić do identyfikacji takiego dobra intelektualnego.

W swoich rozważaniach na temat historii konstruowania prawa własności intelektualnej Lionel Bently i Brad Sherman wskazali bardzo ciekawą zależność³¹. Przede wszystkim w historycznych aktach odnoszących się do własności literackiej sposób rozumienia „przedmiotu prawa” sprowadzał się do utożsamiania go z nie z rzeczą, ale z czymś, co było wykonywane – z czynnością, performansem³². Jego ucieleśnieniem miał

²⁶ W tym rozumieniu dobrem niematerialnym jest pewien rezultat działalności intelektualnej wyodrębniony na podstawie kryteriów prawnych lub pozaprawnych, B. Gawlik, *Umowa know-how...*, s. 27.

²⁷ W tym ujęciu dobrem niematerialnym jest taki przedmiot intelektualny, w odniesieniu do którego przepis prawny przyznaje wyłączne majątkowe prawo podmiotowe, zob. B. Gawlik, *Umowa know-how...*, s. 28.

²⁸ To jest w jaki sposób należałoby odróżnić takie dobro od istniejących już artefaktów w tej rzeczywistości społecznej.

²⁹ W szczególności poprzez brak odpowiedzi na pytanie, jak norma odwołująca się do pojęcia – przykładowo – twórczości powinna być interpretowana: czy w oderwaniu od znaczenia potocznego, a więc w sposób „normatywny”, czy też w powiązaniu z tym znaczeniem, a więc w sposób „deskryptywny”. Odnoszę się tutaj do sporu pojawiającego się na gruncie współczesnej estetyki analitycznej, jak rozumieć i identyfikować dzieło sztuki: czy w sposób deskryptywny (bez wyprowadzania kryteriów limitujących taki status), czy też normatywny (ograniczając zastosowanie takiej kwalifikacji tylko do „wybranych” dzieł); zob. więcej na temat tego sporu w rozdziale II.3.

³⁰ B. Gawlik, *Umowa know-how...*, s. 26.

³¹ B. Sherman, L. Bently, *The Making...*, s. 43 i n.

³² B. Sherman, L. Bently, *The Making...*, s. 47 (cytując literaturę z XVIII-wiecznej Brytanii): „In its pre-modern form, the intangible (...) was thought of not as a thing but more as something which was done: or, as it was described at the time, a form of action or performance”; zwrócił na to uwagę również N. van Dijk, *Grounds of the Immaterial. A Conflict-Based Approach to Intellectual Rights*, Cheltenham-Northampton 2017, s. 37.

być nośnik³³. To nie czynność, ale „zamrożony w czasie” akt był przedmiotem praw własności intelektualnej, a jego identyfikowanie odbywało się „po śladach, jakie po sobie pozostawił”³⁴. Z czasem jednak postęp techniczny umożliwiający reprodukcję i powtarzalność dzieł postawił takie rozumienie przedmiotu prawa własności intelektualnej przed nowym problemem: skoro możliwa stała się reprodukcja pierwotnego dzieła, to też prawo, pierwotnie utożsamiane z ucieleśnionym aktem w nośniku, powinno rozciągnąć monopol poza to pierwsze ucieleśnienie³⁵. Z jednej strony więc prawo stało przed koniecznością dostosowania się do możliwości reprodukcji dzieł na większą (wkrótce masową) skalę, ale też z drugiej powstał problem z ustaleniem strategii pozwalających na obiektywną i możliwie prostą identyfikację tego, co miałoby stanowić przedmiot prawa³⁶. Zwraca na to uwagę właśnie cytowany już wyżej Walter Benjamin, który w tym kontekście rozróżniał między oryginałem dzieła a jego (pozbawionymi aury i „duchowości”) kolejnymi kopiami³⁷. Jego zdaniem tym, co nadaje znaczenie dziełu sztuki i wyróżnia je spośród innych egzemplarzy, jest właśnie „oryginalność”, rozumiana jednak nie jako twórczość czy nowość, ale jako pochodzenie od jego autora³⁸. Połączenie między autorem a dziełem dostrzeżono również w interpretacjach prawnych i stąd też na przełomie XIX i XX wieku w prawie zaczęto uwzględniać nie fizyczny nośnik dzieła, ale poszukiwanie form indywidualnej ekspresji autora, pozwalających na zidenty-

³³ B. Sherman, L. Bently, *The Making...*, s. 48 (cytuje literaturę z XVIII i XIX wieku, Autorzy używają tu pojęcia „incorporeal creation embodied in material form”).

³⁴ B. Sherman, L. Bently, *The Making...*, s. 50: „(...) in law the intangible was seen as a form of action; albeit one that was frozen in time and identified in the traces that it left behind”.

³⁵ B. Sherman, L. Bently, *The Making...*, s. 51: „In reflection of this it has long been recognised that the property right in the intangible must extend beyond its first embodiment (the manuscript, painting, or prototype) to cover the production of replicas and equivalents”. Zwraca na to uwagę również Z. Chafee, *Reflections on the Law of Copyright: I*, „Columbia Law Review” 1945/45, no. 4, s. 503–529.

³⁶ B. Sherman, L. Bently, *The Making...*, s. 51.

³⁷ W. Benjamin, *Das Kunstwerk...*, s. 474–477: „Noch bei der höchstvollendeten Reproduktion fällt eines aus: das Hier und Jetzt des Kunstwerks – sein einmaliges Dasein an dem Orte, an dem es sich befindet”.

³⁸ W. Benjamin, *Das Kunstwerk...*, s. 474–477: „Der gesamte Bereich der Echtheit entzieht sich der technischen – und natürlich nicht nur der technischen – Reproduzierbarkeit” – W. Benjamin, *Das Kunstwerk...*, s. 474–477.

fikowanie i określenie granic chronionego utworu³⁹. W tle tej koncepcji w myśli kontynentalnej Europy rozwijana była koncepcja statystycznej jednorazowości Maxa Kummera⁴⁰. Z czasem jednak i ta idea zaczęła być krytykowana, ponieważ nie dostarczała wskazówek odnośnie do tego, jak rozumieć indywidualność autora ani też nie pozwalała na wyraźne określenie, czyje dzieło zostało naruszone lub w jakim zakresie zostało wykorzystane przez osobę trzecią⁴¹. Pomimo tej krytyki i jej niewątpliwych wad, przesłanka ta weszła na stałe do kanonu normatywnego i z czasem wyewoluowała w przesłankę oryginalności – konstytutywną dla przyznania statusu utworu w prawie autorskim⁴².

Powyższy, dość skrótowy opis tego, jak ewoluowało normatywne rozumienie przedmiotu prawa autorskiego, pozwala moim zdaniem na wyciągnięcie pewnych wniosków odnośnie do tego, w jaki sposób można rozważać strategie identyfikacji utworu w prawie autorskim. Kluczowym

³⁹ B. Sherman, L. Bently, *The Making...*, s. 52–53; por. też B. Sherman, *From the Non-original to the Ab-original: A History [w:] Of Authors and Origins. Essays on Copyright Law*, red. B. Sherman, A. Strowel, Oxford 1994, s. 111–131.

⁴⁰ Opisanej po raz pierwszy w tej publikacji: M. Kummer, *Das Urheberrechtlich Schützbares Werk*, Bern 1968; opisują to dokładnie: D. Flisak, *Maxa Kummera teoria statystycznej jednorazowości – pozorne rozwiązanie problematycznej oceny indywidualności dzieła [w:] Spory o własność intelektualną. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorom Januszowi Barcie i Ryszardowi Markiewiczowi*, red. A. Matlak, S. Stanisławska-Kloc, Warszawa 2013, s. 283–292; P. Goldstein, P.B. Hugenholtz, *International Copyright*, Oxford 2010, s. 193–194; J. Shovsbo, M. Rosenmeier, *The Copyright/Design Interface in Scandinavia [w:] The Copyright/Design Interface Past, Present and Future*, red. E. Derclaye, Cambridge 2018, s. 119.

⁴¹ B. Sherman, L. Bently, *The Making...*, s. 54: „There was no magic formula, no fingerprint or DNA which followed the intangible property as it mutated into new formats that enabled the law to look at two works and proclaim – ‘yes, that is a copy of the other’ ”.

⁴² M. Rose, *Authors and Owners. The Invention of Copyright*, Stanford 1993, s. 85–90 (na przykładach ze słynnych spraw sądowych wydawców książek) oraz s. 113–129 (w odniesieniu do pojęcia oryginalności i potrzeby ochrony twórczości w późniejszych sprawach sądowych); M. Rose, *The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship*, „Representations” 1988/23, s. 51–85; wątek ten podejmuje również L. Bently, *R. v. the Author: From Death Penalty to Community Service*, „Columbia Journal of Law and the Arts” 2008/32, no. 1, s. 15–18; R. Chartier, *Figures of the Author [w:] Of Authors and Origins. Essays on Copyright Law*, red. B. Sherman, A. Strowel, Oxford 1994, s. 7–22.

problemem jest takie określenie przedmiotu prawa autorskiego, które pozwala na wyekstrahowanie go z otaczającej rzeczywistości i poddanie analizie prawnej. Początkowo problem ten rozwiązywany był poprzez odwoływanie się do osoby twórcy⁴³, ponieważ postać ta była relatywnie łatwa do zidentyfikowania. Za pomocą tego swoistego zabiegu atrybucji dzieło stawało się więc „identyfikowalne” dla stosujących prawo i niematerialność dzieła nie stanowiła już problemu. Tak rozumiana przesłanka oryginalności pełniła funkcję identyfikującą przedmiot prawa autorskiego – i jeśli taki model uzasadnienia prawa autorskiego przyjąć, to też elementy dzieła składające się na jego oryginalność powinny być rozważane jako pierwsze. Z drugiej strony jednak system kontynentalny prawa autorskiego w istotnej części wywodzi się z koncepcji tzw. romantycznego autora, korzystając z pojęcia twórczości (oryginalności) jako uzasadnienia dla przyznania ochrony prawa autorskiego⁴⁴. W tym ujęciu przesłanka twórczości może być (choć wcale nie musi) elementem wartościującym w strukturze przedmiotu prawa autorskiego, zatem powinna być rozważana dopiero po ustaleniu, czy dzieło kwalifikuje się jako dobro niematerialne zdadne do bycia przedmiotem prawa. Można równie dobrze wyobrazić sobie jeszcze trzeci model, w którym obie zasadnicze przesłanki: status dobra niematerialnego zdadnego do ochrony oraz przesłanka twórczości (oryginalności czy nowości) mają charakter równorzędny⁴⁵. Już powyższe wprowadzające rozważania bardzo dobrze opisują problem, przed jakim stanęłam przed przystąpieniem do analizy pojęcia utworu: od czego zacząć (aby pozostać w zgodzie z metodologią pracy naukowej i jednocześnie nie przyjmować takiej systematyki wywodu, która narzuci pewne wnioski z samej racji jej wprowadzenia)?

⁴³ To jest dziełem jest to, co pochodzi od określonego twórcy, zob. *University of London Press Ltd v. University Tutorial Press Ltd* [1916] 2 Ch 601, 26 July 1916: „But the Act does not require that the expression [*609] must be in an original or novel form, but that the work must not be copied from another work – that it should originate from the author”; zob. także opis oraz fragmenty z akt sprawy dostępne na stronie <https://www.civil.law.cam.ac.uk/virtual-museum/university-london-press-v-university-tutorial-1916-2-ch-601> (dostęp: 19.01.2021 r.).

⁴⁴ Zob. rozdział IV.2.4.

⁴⁵ Zob. rozdział III.3.

Problem tej szczególnie widoczny jest na przykładzie prób opisu dobra intelektualnego⁴⁶. Pojęcie to – oprócz przeciwstawienia pojęciu rzeczy jako przedmiotu materialnego – nie jest najprostsze do demarkacji. Wspominane już w kontekście cytowanych fragmentów prac W. Benjamina i P. Valéry'ego właściwości dzieła wskazują na pierwsze problemy: zdolność do bycia przedmiotem masowego zwielokrotnienia – podkreślona zwłaszcza przez dostęp do współczesnych technologii poprzez możliwość reprodukcji oryginału bez uszczerbku dla niego samego, jak i kolejnych jego kopii – stawia pytanie o definicję pierwotnego, oryginalnego egzemplarza i jego relację do kolejnych reprodukcji (kopii). Wszechobecność dobra intelektualnego wymaga odpowiedzi na pytanie o moment relewantny dla określenia, że doszło do stworzenia nowego przedmiotu prawa, jak też wskazanie odpowiedniego momentu właściwego dla określenia jego treści (zawartości). Wreszcie potrzeba skonkretyzowania dobra intelektualnego – wraz z określeniem, jak „głęboko” sięga jego kwalifikacja, w szczególności czym jest i które to są **jego** właściwości, konieczne do odseparowania od innych artefaktów – wymusza zajęcie stanowiska odnośnie do kryteriów jego identyfikacji. Słusznie zauważa M. Wreen, że z metafizycznego punktu widzenia istnieje zasadniczo tylko jeden artefakt, chociaż inkorporowane są w nim co najmniej trzy: fizyczny nośnik (np. książka), konkretny artefakt (np. konkretne słowa w konkretnej książce) i abstrakcyjne dobro niematerialne (np. konkretne słowa stanowiące utwór, do którego prawa autorskie przysługują autorowi, a które istnieją niezależnie od tego, że fizyczny egzemplarz uległ zniszczeniu)⁴⁷. Rozdzielenie więc tych trzech przedmiotów⁴⁸ jest zadaniem szczególnie trudnym. Widoczne jest to zwłaszcza w przypadku prostego zabiegu myślowego: zestawienia przedmiotu materialnego przed aktem twórczym (tj. przed

⁴⁶ Z prac podejmujących się przedstawienia rozwiązania tego problemu należy przede wszystkim wskazać: B. Gawlik, *Umowa know-how...*, s. 25–29.

⁴⁷ M.J. Wreen, *The ontology of intellectual property*, „Monist” 2010/93, no. 3, s. 438; podobnie też A. Peukert, który zwrócił uwagę na to, że nie da się zastosować typowych, klasycznych dla posiadania właściwości opisujących przedmiot prawa autorskiego (widoczne jest to także na przykładzie koncepcji filozoficznych Locke'a czy Kanta, którzy specjalnie dla dobra intelektualnego musieli zmodyfikować swoje wyjściowe założenia filozoficzne) – A. Peukert, *A Critique of the Ontology...*, s. 5–6.

⁴⁸ Rozumiane jako wydzielenie ich z ontologicznie jednego obiektu.

inkorporowaniem weń utworu, np. pusta kartka, białe płótno) i zaraz po momencie stworzenia. Różnica w sensie ontologicznym zachodzi w momencie stworzenia „treści”, zapełnienia przedmiotu materialnego, jednak z perspektywy prawnej różnicą jest tylko cecha tego nośnika, która polega na zawieraniu artefaktu podlegającego ochronie prawnej⁴⁹. Różnica ta powstaje ze względu na istnienie pewnych norm prawnych, społecznych czy kulturowych, wyznaczających kryteria dla ustalenia, czy doszło do stworzenia utworu⁵⁰. Innymi słowy, wyznaczenie granic między przedmiotem materialnym, dobrem niematerialnym i abstrakcyjnym artefaktem opiera się na pewnych umownych kryteriach. Trafnie zauważają więc Bently i Sherman, że w tym kontekście samo w sobie prawo staje się już „twórcze” – lecz nie w znaczeniu rozumianym w prawie autorskim, ale przez to, że ustawodawca formułuje pewne kryteria, według których jest możliwa identyfikacja artefaktów dla celów realizacji normy ustawowej⁵¹. Stworzenie właściwych kryteriów w systemie prawnym dla ustalenia, czym jest dobro niematerialne i które jego elementy składają się na przedmiot prawa autorskiego, powinno więc stanowić możliwie dobre odzwierciedlenie jego statusu ontologicznego i roli, jaką pełni w rzeczywistości. Powinno być bliskie faktycznemu obrazowi dobra intelektualnego, nie odbiegać od oczekiwań społecznych i jeszcze sprostać wyzwaniom związanym ze zmieniającymi się technologiami.

Niżej przedstawiam zatem wyniki przeprowadzonych badań teoretyczno- i dogmatyczno-prawnych w kontekście wcześniej opisanych ograniczeń. W przeciwieństwie do moich poprzedników podejmujących się zajęcia tą problematyką, wysłałam z założenia, że nie jest możliwe rozpoczęcie i porzucenie na analizie pojęcia utworu wyłącznie w kon-

⁴⁹ A. Peukert, *A Critique of the Ontology...*, s. 438–439.

⁵⁰ A. Peukert, *A Critique of the Ontology...*, s. 439.

⁵¹ B. Sherman, L. Bently, *The Making...*, s. 57: „(...) we need to take account of the fact that the legal process is itself creative; that the law, in effect, creates or at least plays an important role in shaping the (essence of) intangible property – that (...) there is no naturally existing core or essence of a work or invention that the law simply discovers. It is this creative faculty which enables the law to perceive similarities and invent correspondences between apparently dissimilar objects, to trace the intangible (...) through different media”.

tekście normatywnym. Stanowi to logiczną konsekwencję przyjętych wyżej ograniczeń.

Na potrzeby mojej pracy przyjęłam następujące rozumienie przedmiotu prawa autorskiego:

- **jako pojęcie prawne**, a więc mające zastosowanie w ramach systemu prawnego,
- **abstrahujące od konkretnych regulacji normatywnych** – w tym sensie, że dla ustalenia, czym jest utwór, nie zwracam się w kierunku konkretnych rozwiązań krajowych bądź zagranicznych, ale wypracowuję generalne modele strategii identyfikacji takiego przedmiotu na podstawie analizy różnych (nie tylko polskich) regulacji i oceniam je w świetle wcześniej przedstawionej analizy konceptualnej i estetycznej,
- **jako pojęcie, które odnosi się wyłącznie do elementów chronionych w ramach systemu prawnego**, tj. w tym rozumieniu pojęcie utworu nie zawiera w sobie elementów niepodlegających ochronie (jak idea, zasady działania czy motywy fabularne)⁵². Identyfikacja określonego artefaktu jako utwór oznacza, że wszystkie jego elementy składowe (zidentyfikowane jako taki artefakt) podlegać powinny ochronie prawa autorskiego.

Przyjmowane przeze mnie rozumienie ma charakter konstruktu teoretycznoprawnego. Dzięki przyjęciu takiego rozwiązania tworzone jest – w zamierzeniu – narzędzie upraszczające sposób rozumienia i stosowania pojęcia utworu.

Opis kolejnych metod identyfikacji utworu w pierwszej kolejności wymaga jednak wskazania, czy przedmiotem rozważań będzie sam tekst ustawy, czy też to, w jaki sposób utwór jest rozumiany w rzeczywistości poza samą ustawą (np. jako pojęcie społeczne, ekonomiczne czy kulturowe), a także wskazanie, jak pojęcie przedmiotu prawa autorskiego odnosi się do pojęcia dobra intelektualnego. Aby móc odpowiedzieć

⁵² Podobne podejście zastosował A. Durant, *Substantial similarity of expression' in copyright infringement actions: a linguistic perspective* [w:] *Copyright and Piracy: an Interdisciplinary Critique*, red. L. Bently, J. Davies, J.C. Ginsburg, Cambridge 2010, s. 183.

na takie pytania, opracowanie rozpoczynają rozważania poświęcone dyskusji realistów skandynawskich, zapoczątkowanej przez krytykę Alfą Rossa odnośnie do pojęcia utworu. Przedstawienie ich w ramach tego opracowania miało dwa cele: po pierwsze, wskazanie na odległą w czasach, ale aktualną w argumentacji dyskusję na temat problemu identyfikacji przedmiotu prawa autorskiego i postulowanych rozwiązań jego rozwiązania, po drugie zaś, przybliżenie polskiej doktrynie prawniczej dyskusji, która przeżywa swój renesans w literaturze europejskiej⁵³. Hipoteza, jaką wyprowadzam na tej podstawie, jest następująca: nie jest możliwe rozstrzygnięcie, czy norma ustawowa kształtująca przedmiot prawa autorskiego ma charakter wtórny, czy pierwotny względem otaczającej nas rzeczywistości (określać ten problem będę jako „**problem referencyjności utworu**”). Pod pojęciem „wtórności” normy prawnej rozumiem sytuację, w której ustawodawca zakłada regulację deskryptywną przedmiotu prawa autorskiego⁵⁴ jako artefaktu, który jest identyfikowany przede wszystkim w rzeczywistości pozanormatywnej, zaś celem ustawy jest oddanie całego systemu czy też sposobu funkcjonowania takiego dobra intelektualnego w regulacji prawnej. Pod pojęciem „pierwotności” regulacji pojęcia utworu rozumiem sytuację, w której przedmiot prawa autorskiego jest pojęciem prawnym, tworem jurydycznym, powstałym na potrzeby rzeczywistości normatywnej⁵⁵ i jego ocena (a także identyfikacja) powinna sprowadzać się do subsumpcji stanu faktycznego i wykładni normy prawnej.

Druga część rozważań koncentruje się na sposobach identyfikacji utworu wyprowadzanych na gruncie nauk estetycznych. Zestawiam wybrane przez siebie dwa nurty propozycji definiowania pojęcia dzieła sztuki: na przykładzie znanej w prawie autorskim koncepcji fenomenologicznej Romana Ingardena odnośnie do warstwowej i fazowej budowy utworów oraz na przykładach nowszych koncepcji estetycznych inspirowanych filozofią analityczną Wittgensteina (antyessentializm, perceptualizm,

⁵³ O.-A. Rognstad, *Property Aspects...*, s. 68–71; A. Peukert, *A Critique of the Ontology...*, s. 11–14, 42, 51–54.

⁵⁴ Rozumianego jak wyżej, tj. bez elementów chronionych.

⁵⁵ Powstałym prawdopodobnie równoległe do rzeczywistości „pozanormatywnej”, jednak analiza w takich przypadkach zamyka się wyłącznie w ramach systemu normatywnego.

instytucjonalizm i najnowsza estetyka ewolucyjna Duttona). Podejście to również odbiega od zasadniczo przyjętej metodologii w teorii prawa autorskiego, która przede wszystkim koncentruje się na strukturalistycznym podejściu estetycznym, dobrze widocznym w koncepcji Ingardena. W trakcie analizy tej koncepcji zwróciłam jednak uwagę, że podejście filozofa spotkało się z szeregiem słuszych uwag krytycznych, które równie dobrze można odnieść do niektórych problemów identyfikacji utworu: zbyt formalizm, strukturalizm, rozbudowany system analizy wewnętrznej dzieła itp. Podążając tym śladem, zwróciłam uwagę na nurty analityczne w estetyce, oparte na założeniu, że formułowanie zamkniętych definicji nie wspomaga wcale identyfikacji dzieła sztuki. Stąd też w niniejszej pracy przedstawiłam wybrane podejścia estetyczne, które podejmują próbę określenia pojęcia dzieła sztuki, unikającego problemów zarzuconych fenomenologii Ingardena, a jednocześnie odpowiadającego współczesnym praktykom artystycznym (w szczególności sztuce konceptualnej czy performansowi artystycznemu). Detaliczna analiza poszczególnych koncepcji pozwala na wyprowadzenie wskazówek odnośnie do definiowania przedmiotu prawa autorskiego, w szczególności odnoszących się do tego, czym ma być przedmiot takiej ochrony⁵⁶. Wskazówki te, odpowiednio balansowane w ramach konstrukcji przedmiotu prawa autorskiego, wcale nie muszą opierać się na kryteriach subiektywnych i niepożądanych z perspektywy ustawodawcy, co wskażę na konkretnych przykładach postulatów estetyków analitycznych. Hipotezą, jaką wyprowadzam dla tej części, jest założenie, że podobnie jak pojęcie dzieła sztuki, przedmiot prawa autorskiego może być identyfikowany **nie tylko na podstawie własności wewnętrznych**, takich jak sposób budowy czy posiadanie

⁵⁶ W szczególności, czy ma on być zdefiniowanym, ustrukturyzowanym artefaktem wyznaczonym na podstawie kryteriów wyłącznie wewnętrznych takiego eksponatu, czy przedmiotem rozpoznawalnym na podstawie kryteriów zewnętrznych; czy też ma być przedmiotem o zamkniętej formie i treści, możliwym do zidentyfikowania na podstawie pewnych założeń odnośnie do jego struktury, czy też przedmiotem stanowiącym pewną relatywną wielość treści, ale możliwym do zidentyfikowania na podstawie różnych czynników (**problem jedności utworu**); czy możliwe jest włączenie do procesu identyfikacji utworu **autora** (w postaci choćby atrybucji autorstwa) i **publiczności** (w postaci reakcji odbiorców na znaczenie nadane dziełu). Podkreślam w tym miejscu, że chodzi wyłącznie o rozumienie przedmiotu prawa autorskiego w rozumieniu wskazanym na wstępie rozważań.

określonych formalnych cech charakterystycznych. Zastrzeżeniem, jakie przyjmuję dla analizy estetycznej, jest szerszy zakres prawa autorskiego niż przyjęty dla estetyki: nie każdy utwór w znaczeniu prawnym powinien być rozumiany jako dzieło sztuki, tak jak i nie każde dzieło sztuki musi być kwalifikowane jako przedmiot prawa autorskiego. Zakładam jednak, że niektóre mechanizmy identyfikacji wysuwane w ramach poszczególnych propozycji estetycznych mogą znaleźć odpowiednie zastosowanie również w systemie prawa autorskiego⁵⁷.

Analizy historyczna i estetyczna pozwalają mi na wyprowadzenie kluczowego wniosku dla dalszych rozważań. Jest nim stwierdzenie, że strategia identyfikacji utworu powinna rozwiązywać dwa problemy: **problem odróżnienia utworu od niechronionej idei** oraz **problem odróżnienia go od istniejących już artefaktów**. Przy okazji analiza dyskusji estetycznej pozwala na zwrócenie uwagi na jeszcze jedną determinantę identyfikacyjną, która może (choć nie musi) odgrywać rolę w procesie kwalifikacji jako przedmiot prawa autorskiego: problem wartościowania estetycznego, który w systemie prawa autorskiego mógłby być realizowany za pośrednictwem **przesłanki twórczości**. W dalszej części rozważań skoncentruję się zatem na tak rozumianym problemie identyfikacji utworu i jego dwóch przejawach: odróżnieniu od niechronionej idei oraz znanych i istniejących już artefaktów.

Ocena tego, w jaki sposób poszczególne rozwiązania prawne adresują problem identyfikacji przedmiotu prawa autorskiego, byłaby jednak niepełna bez rozważań konceptualnych nad tymi dwoma szczególnymi przejawami identyfikacji utworu. Część trzecia, poprzedzająca rozważania prawne, koncentruje się właśnie na tej analizie: w jaki (konceptualny) sposób można rozważyć odróżnienie utworu od niechronionej idei oraz w jaki sposób można skonstruować regulację normatywną, aby możliwe było odróżnienie utworu od już istniejących artefaktów. Do obu tych przejawów identyfikacji podchodzę z perspektywy logicznej i filozoficznej. Odwołuję się do różnych sposobów definiowania idei, faktu i procedury, wskazuję na główne strategie identyfikacyjne (dychotomiczne, podejście stopniujące, ewaluacyjne itp.) oraz kwalifikacji

⁵⁷ Pod warunkiem odpowiedniego dostosowania do specyfiki tej dziedziny prawa.

pojęcia utworu w kontekście dystynkcji typu i tokenu (przyjętym w filozofii analitycznej). Ponownie nawiązując do koncepcji podobieństwa rodzinnego Wittgensteina i inspirować się analizą logiczną estetyków i filozofów prawa, wskazuję w części trzeciej najważniejsze problemy, jakie łączą się z podejściem do identyfikacji utworu opartym na metodzie wyprowadzenia cech konstytutywnych lub na metodzie intuicyjnej (podobieństwa rodzinnego). Na samym końcu nawiązuję do problemu wartościowania przedmiotu prawa autorskiego i w tym kontekście wyprowadzam wnioski odnośnie do funkcji przesłanki twórczości, jakie może ona pełnić w modelu normatywnym (identyfikacyjna, ewaluacyjna bądź kombinacja ich obu). Hipotezą dla tej części prac badawczych jest założenie, że na etapie konceptualnym⁵⁸ możliwe jest wyprowadzenie pewnych logicznych wskazówek odnośnie do identyfikacji utworu⁵⁹. Na podstawie tych rozważań wyprowadzam wniosek odnośnie do modelu optymalnego identyfikacji przedmiotu prawa autorskiego: jako odwołującego się do niektórych form wyrażenia oraz niektórych znaczeń nadanych przez autora w utworze, które można łącznie zidentyfikować jako jeden utwór.

Wreszcie część czwarta rozważań poświęcona jest ocenie poszczególnych modeli normatywnych. Otwierają je rozważania nad ograniczeniami konstytucyjnymi ochrony twórczości, które – jako część regulacji normatywnej prawa polskiego⁶⁰ – należy uwzględnić na etapie oceny poszczególnych modeli normatywnych. Na tej podstawie wyprowadzam ogólne podstawy ustrojowe odnośnie do poszczególnych funkcji, jakie powinna pełnić strategia identyfikacji utworu w systemie prawa autorskiego i prywatnego. Następnie przechodzę do wyróżnienia trzech

⁵⁸ A więc nieodnoszącym się jeszcze do szczegółowych rozwiązań normatywnych.

⁵⁹ Przyjęta hipoteza wynika z założenia całego opracowania, tj. nie wymusza ono odpowiedzi na pytanie o referencyjność przedmiotu prawa autorskiego, a wskazówki wynikające z takiej analizy mogą być zastosowane niezależnie od finalnej odpowiedzi na pytanie o wtórny bądź pierwotny ontologiczny charakter utworu. Hipoteza ta także przyjmuje za punkt wyjścia rozumienie utworu jako pojęcia prawnego, zawierającego wyłącznie elementy o charakterze chronionym, zgodnie z rozumieniem przyjętym na wstępie niniejszego opracowania.

⁶⁰ Nie uwzględniłam tego na etapie analizy konceptualnej, etap ten bowiem odnosi się wyłącznie do zagadnień logiczno-filozoficznych, a pomija kwestie normatywne.

modeli normatywnych, które oceniam w kontekście wcześniej opisanych wskazówek i kryteriów filozoficznych, estetycznych i konceptualnych: model legalistyczny, model zewnętrzny oraz model twórczości. Szczegółowe uzasadnienie wyróżnienia takich trzech strategii jest przedstawione w rozdziale poprzedzającym tę analizę. Zastrzegam jednak już na tym etapie, że przeprowadzenie systematyzacji wymuszało przyjęcie pewnych uogólnień i niekiedy abstrahowania od konkretnych regulacji normatywnych. Dzięki takiemu zabiegowi uzyskany został systematyzujący opis modeli funkcjonujących w ramach niektórych rozwiązań prawnych, a w zestawieniu z wnioskami i hipotezami części pierwszej do trzeciej – ocena tych strategii zawarta w podsumowaniu całościowym pracy.

Przedstawiona analiza skłania mnie do przyjęcia wniosków końcowych, o których wspomnę już w tym miejscu.

Po pierwsze, współcześnie funkcjonujące modele normatywne nie przedstawiają wystarczającej metody dla identyfikacji przedmiotu prawa autorskiego w taki sposób, aby bez problemów odróżnić go od istniejących artefaktów oraz niechronionych idei. Konieczna jest ich reinterpretacja oraz połączenie wybranych charakterystyk i funkcji w jednej strategii identyfikacyjnej.

Po drugie, moją propozycją jest odejście od artefaktualnego rozumienia utworu w postaci formalistycznego założenia o jedności dzieła jako stałej, złożonej i niezmiennej struktury. W zamian za to proponuję podejście bardziej elastyczne rozumienia przedmiotu prawa autorskiego jako medium (środka) komunikacji między nadawcą (autorem) a odbiorcą (publicznością). Wskazuje to na przyjęcie przeze mnie strategii identyfikacji zorientowanej w sposób podmiotowy (autor, publiczność), przy czym nie wyklucza to także analizy samego środka tej komunikacji, a w szczególności treści i znaczenia utworu.

Po trzecie, oparcie rozumienia utworu jako zorientowanej podmiotowo identyfikacji powinno być widoczne przy możliwie szerokim uwzględnieniu roli twórcy – nie tylko jako źródła osobowego twórczości, ale jako podmiotu, którego intencja wyznacza co najmniej kontury artefaktu

podlegającego identyfikacji⁶¹. Dlatego też proponuję rozumienie przesłanki nowości subiektywnej jako manifestacji zamiaru twórcy odnośnie do stworzenia nowego ontologicznie artefaktu, możliwego do odróżnienia względem istniejących już w obrocie, zaś przesłankę swobody twórczej jako manifestację zamiaru twórcy odnośnie do wykorzystania przysługującej mu swobody ocenianej na podstawie przede wszystkim okoliczności towarzyszących procesowi twórczemu.

Po czwarte, oparcie rozumienia utworu jako zorientowanej podmiotowo identyfikacji powinno być również widoczne w uwzględnieniu roli publiczności. Dlatego też proponuję włączenie weryfikacji przesłanki nowości przedmiotowej (jako części przesłanki twórczości) zorientowanej na stworzenie nowego (z perspektywy modelowej publiczności) artefaktu, odróżniającego się znaczeniowo zarówno od powszechnie znanej i dostępnej idei, jak i od istniejących już artefaktów. W założeniu taka przesłanka pełniłaby zatem funkcję identyfikacyjną, ewaluacyjną i limitującą⁶². Dzięki tym dwóm ostatnim funkcjom nowość przedmiotowa stanowiłaby jednocześnie ograniczenie zastosowania ochrony prawa autorskiego wyłącznie do tych przejawów działalności twórczej, zdolnych do odróżnienia od istniejących w stopniu co najmniej znacznym. W tym ostatnim przypadku uważam, że prawidłowa implementacja tego rozwiązania wymusza włączenie opinii eksperckiej ukierunkowanej na badanie opinii publiczności w odniesieniu do konkretnego rodzaju działalności twórczej. W przeciwieństwie jednak do znanej i krytykowanej tendencji oparcia rozstrzygnięcia sądowego na opinii biegłych odnośnie do poziomu twórczego dzieła, w tym przypadku chodziłoby o metodologicznie poprawne, profesjonalnie przeprowadzone badanie reakcji publiczności na konkretny utwór pod kątem jego oceny nowości przedmiotowej⁶³. Tylko w ten sposób, moim zdaniem, możliwe jest uniknięcie niebezpieczeństw związanych z włączeniem publiczności w proces identyfikacji i ewaluacji przedmiotu prawa autorskiego. Szcze-

⁶¹ Przy przyjęciu rozumienia pojęcia utworu w znaczeniu opisanym wyżej.

⁶² Komplementarnie do pozostałych już dwóch przesłanek nowości subiektywnej oraz testu swobody twórczej.

⁶³ Rozumianej w proponowanym ujęciu, tj. odróżnienia od znanych koncepcji, artefaktów, wpływu na kulturę, korzystania ze znanych wzorców stylistycznych i artystycznych itp.

główne założenia proponowanego przeze mnie ujęcia można znaleźć w ostatnim rozdziale pracy.

Ze względu na kompleksowy i rozbudowany charakter monografii postanowiłam przyjąć pewne ograniczenia wyводу.

Pierwszym z nich jest zawężenie rozważań tylko w odniesieniu do problematyki pojęcia utworu. Ze względu na obszerny charakter analizy poza zakresem musiałam pozostawić problematykę odróżnienia utworu zależnego od pierwotnego⁶⁴, współtwórczości czy twórczości zbiorowej. W pewnym zakresie odnoszę się do problemu twórczości paralelnej i minimalnej twórczości⁶⁵, jednak tylko w zakresie ściśle powiązonym z problematyką identyfikacji utworu.

Drugim ograniczeniem jest pominięcie niektórych koncepcji estetycznych⁶⁶. Wybór przedstawiony w tej pracy był podyktowany potrzebą jej zawężenia wyłącznie do tych koncepcji, które posiadają już pewien dorobek krytyczny w odniesieniu do problemu identyfikacji dzieła sztuki, skoro przedstawione opracowanie ma charakter pracy naukowej z zakresu teorii prawa autorskiego, a nie estetyki. W literaturze można znaleźć wiele interesujących i pogłębionych analiz na ten temat, stąd też koncentracja na wybranych koncepcjach wydawała mi się odpowiednio uzasadniona.

W pracy operuję paroma pojęciami, których rozumienie przedstawię już teraz. Jako **przedmiot prawa autorskiego** rozumiem artefakt tak zdefiniowany w systemie prawa autorskiego – przedmiot ochrony normatywnej i praw wyłącznych, przy czym nie oznacza to przyjęcia przeze

⁶⁴ Choć ostatecznie wydaje mi się, że składana przeze mnie propozycja interpretacyjna może znaleźć zastosowanie i w tym przypadku.

⁶⁵ A w sumie zasady *de minimis non curat praetor* – por. J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Warszawa 2016, s. 48.

⁶⁶ W szczególności estetyki pragmatycznej Shustermana: R. Shusterman, *Estetyka pragmatyczna. Żywe piękno i refleksja nad sztuką*, Kraków 2015; R. Shusterman, *Analytic Aesthetics, Literary Theory, and Deconstruction*, „Monist” 1986/69, no. 1, s. 22–38; opracowanie koncepcji estetyki pragmatycznej zob. K. Wilkoszewska, *Estetyka pragmatyczna* [w:] *Estetyki filozoficzne XX wieku*, red. K. Wilkoszewska, Kraków 2000, s. 115–132.

mnie stanowiska legalistycznego. Jak wykazuję w pierwszej części pracy, odpowiedź na pytanie o to, czy pojęcie utworu jest pojęciem prawnym, czy nie, wymaga opowiedzenia się za wybraną opcją filozoficzną, co z jednej strony bardzo upraszcza dalszy wywód, z drugiej zaś może nie pozwalać na pogłębioną analizę conceptualną i normatywną⁶⁷. Pojęcie utworu stosuję zamiennie z przedmiotem prawa autorskiego. Podkreślam przy tym ponownie, że pojęcie utworu rozumiane jest przeze mnie jako pojęcie prawne, abstrahujące od konkretnego rozwiązania normatywnego, które obejmuje wyłącznie elementy o charakterze chronionym przez ustawę.

Z większą ostrożnością operuję pojęciem **dobra intelektualnego**. Rozumiem przez nie wytwór ludzkiej działalności intelektualnej, zarówno artefakty, jak i nieartefakty, które w świecie pozanormatywnym mogą być identyfikowane jako autonomiczne obiekty, zaś w rzeczywistości prawnej mogą, ale nie muszą być przedmiotem prawa autorskiego. Pojęcie dobra intelektualnego i pojęcie utworu znajduje się zatem, według mnie, w relacji zawierania. Wydaje mi się, co więcej, że każde dobro intelektualne, które spełni warunki konstytutywne dla prawa autorskiego, może stać się przedmiotem prawa autorskiego⁶⁸, jednak wcale nie oznacza to, że wszystkie dobra intelektualne powinny (i mogą być) ujmowane jako utwory.

W pracy odwołuję się także do „**przesłanki twórczości**”, pod którym to pojęciem rozumiem konglomerat regulacji normatywnych odwołujących się do szeroko pojętej działalności twórczej (oryginalność, twórczość, indywidualność), bez wskazywania na konkretną regulację prawną (chyba że wyraźnie wskazałam to w odpowiednim fragmencie tekstu). Wyprowadzam to szerokie pojęcie, ponieważ jest ono ściśle związane z analizą conceptualną i oceną modelu normatywnego twórczości – odwołanie się każdorazowo do kolejnych regulacji stosujących

⁶⁷ Dlatego też przyjmuję, że przedmiot prawa autorskiego jest artefaktem chronionym przez system prawa autorskiego, którego identyfikacja jest zależna od wybranego modelu normatywnego – i te sposoby identyfikacji będę analizować w niniejszej pracy.

⁶⁸ Innymi słowy nie ma przedmiotów prawa autorskiego, które nie mogłyby być jednocześnie dobrami intelektualnymi.

„przesłankę twórczości” bardzo rozbudowywałyoby wywód. W odpowiednim miejscu poddaję szczegółowej analizie tę „przesłankę twórczości” w kontekście normatywnym, odnosząc ją do jej składowych elementów: indywidualności, nowości subiektywnej, testu statystycznej jednorazowości, swobody twórczej na przykładzie orzecznictwa polskiego, unijnego i zagranicznego.

Pojęciem, do którego szeroko się odnoszę w niniejszej pracy, jest **identyfikacja**. Początkowo utożsamiałam je z pojęciem „kwalifikacji”; jednak założenie na początku niniejszych rozważań nakazuje przyjęcie nieco szerszej perspektywy niż ta odnosząca się wyłącznie do terminologii prawniczej. Według *Słownika Języka Polskiego PWN* dwie definicje pojęcia identyfikacji można rozważyć na potrzeby niniejszej pracy: ustalenie czyjejs tożsamości (1), rozpoznanie czegoś na podstawie cech (2). Druga z definicji implikuje przyjęcie jednej z metod opisywanych przeze mnie na etapie analizy konceptualnej, dlatego uważam, że właściwym podejściem będzie rozumienie jako identyfikacji zdatność do rozpoznania „tożsamości” utworu – wskazania elementów, które wchodzą w jego skład, i elementów, które do niego nie należą; opisanie lub wskazanie jego granic, umożliwiające przyjęcie, że utwór taki jest autonomicznym artefaktem, zdatnym do bycia podmiotem ochrony prawa autorskiego. Z pojęciem identyfikacji łączą się kolejne terminy, takie jak podobieństwo, identyczność, znaczenie czy forma. Do nich odnosić się będę (i wskazywać nadane im rozumienie) w kolejnych częściach rozważań.

W ramach niniejszej pracy korzystam ze swoich wcześniejszych publikacji odnoszących się do tej tematyki⁶⁹, przy czym w niektórych miejscach rozwijam podjęte tam wątki i propozycje. Analiza orzecznictwa krajowego, jaką przedstawiłam w komentarzu do prawa autorskiego pod red. prof. dr hab. Ryszarda Markiewicza, została przeze mnie roz-

⁶⁹ Częściowe opracowanie (w bardziej praktycznym wymiarze) danych zebranych do niniejszej pracy opublikowałam jako: E. Laskowska-Litak, *Przedmiot prawa autorskiego: utwór, autorskie prawa zależne, zbiory utworów* [w:] *Ustawy autorskie. Komentarze*, t. I, red. R. Markiewicz, Warszawa 2021, s. 39–185, przy czym niniejsza publikacja różni się merytorycznie w odniesieniu do tez praktycznych przedstawionych w komentarzu do ustawy. Niniejsza praca podsumowuje i przedstawia zebrane dane przede wszystkim w sposób teoretycznoprawny.

budowana w niniejszym opracowaniu i przedstawiona z perspektywy konkretnego problemu teoretycznego (identyfikacji utworu), stąd też nie przekreśla ona wcale tez stawianych w pracy o znaczeniu praktycznym. Stan prawny, jaki przyjmuję na potrzeby lineacji zakresu rozważań w tej pracy, to grudzień 2021 r.

Historia tworzenia tej pracy sięga roku 2018, a więc czasów przed-pandemicznych⁷⁰, jednak znaczna jej część powstała już w momencie światowej ekspansji wirusa SARS-CoV-2. Izolacja, ograniczona dostępność do wielu dóbr i usług wymusiła pewne zmiany w metodologii prowadzonych prac badawczych i rezygnację z niektórych planowanych przedsięwzięć naukowych. Dlatego też szczególne wyrazy podziękowania składam panu Michałowi Lipce za wsparcie, nieustającą pomoc i ułatwienie dostępu do tych najrzadszych i najważniejszych źródeł wiedzy. Za dostęp do dzieł niemieckich i skandynawskich podziękowania kieruję do pracowników Biblioteki Uniwersyteckiej w Heidelbergu oraz prof. Olego-Andreas Rognstada z Uniwersytetu w Oslo.

Szczególne podziękowania za wsparcie, opiekę, wszystkie krytyczne komentarze i uwagi – czyli wszystko to, co stanowi o postawie naukowca i stwarza bezpieczną przestrzeń dla budowania samodzielności naukowej – kieruję do prof. dr. hab. Ryszarda Markiewicza. Za długie dyskusje, opiekę nad tworzeniem załączków własnej niezależności oraz za zainteresowanie filozofią, estetyką i kognitywistyką – dziękuję prof. dr. hab. Bartoszowi Brożkowi, prof. dr. hab. Marcie Soniewickiej, dr. Bartłomiejowi Kucharzykowi, a także dr. Markowi Jakubcowi i dr. hab. Adamowi Dyrdzie, którzy cierpliwie odpowiadali na moje pytania i wątpliwości. Dziękuję gronu pracowników Centre for Intellectual Property and Information Law na Uniwersytecie Cambridge, którzy otoczyli mnie opieką i wsparciem w trakcie prac badawczych w Wielkiej Brytanii: prof. Lionelowi Bently'emu, dr. Christinie Angelopoulos i dr. Jamesowi Parishowi. Zespołowi Katedry Prawa Własności Intelektualnej WPiA UJ, w szczególności kierownikowi Katedry, prof. dr. hab. Andrzejowi Matlakowi oraz dziekanowi WPiA UJ, prof. dr. hab. Jerzemu Pisulińskiemu szczerze dziękuję za ogromną cierpliwość dla moich wyjazdów,

⁷⁰ https://pl.wikipedia.org/wiki/Pandemia_COVID-19_w_Polsce (dostęp: 18.05.2022 r.).

konferencji i kolejnych projektów. Serdeczne podziękowania kieruję również do prof. dr. hab. Stanisława Biernata, który dał mi szansę na naukę unijnego prawa autorskiego i rozwinięcie umiejętności krytycznej analizy orzecznictwa TSUE. Składam wyrazy wdzięczności recenzentce tej pracy, dr hab. Marlenie Jankowskiej-Augustyn, której krytyczne uwagi bardzo pomogły w przygotowaniu finalnej wersji opracowania.

Żadna praca naukowa nie byłaby możliwa bez wsparcia administracyjnego. Dlatego serdecznie dziękuję Renacie Swałdek, Joannie Kowalik i Irynie Fesiuk za nieocenioną pomoc, zaś Magdalenie Bończak – za najlepsze wsparcie w wykonaniu moich zobowiązań projektowych.

Szczególne słowa podziękowania kieruję do pani Anny Kunz, którą podziwiam za cierpliwość i wyrozumiałość w trakcie korekty tej książki, do pani Moniki Pawłowskiej oraz pani Katarzyny Gierłowskiej z wydawnictwa Wolters Kluwer, które pomogły mi przebrnąć przez meandry procesu wydawniczego.

Moim bliskim i przyjaciołom składam wyrazy wdzięczności za zrozumienie i cierpliwość dla wszystkich odwołanych spotkań: Grzegorzowi Mani, Joannie Jastrzębskiej i Michalinie Szafrąńskiej; a także Wojciechowi Wyżykowskiemu, Kamilowi Mamakowi i Przemysławowi Pałce oraz wszystkim osobom, których wsparcie pomogło mi w skupieniu się na dokończeniu tego opracowania.

Szymonowi i Zosi – dwóm ostatnim osobom, które były świadkami mojej nierównej walki z pracą, porażkami i załamaniem, a które codziennie mnie wspierały w każdej kolejnej decyzji – dziękuję szczególnie. Zosiu, dziękuję Ci za najważniejszą naukę w moim życiu: czym jest bezgraniczność. Szymonie, bez Ciebie nie powstałaby ta książka. Dziękuję Ci za wszystko. Logicznie, każde inne uzasadnienie nie ma sensu, choć emocjonalnie pozostawia niedosyt. Tobie tę pracę dedykuję.

Rozdział I

PROBLEM REFERENCYJNOŚCI UTWORU

„No matter how attractive the emancipatory appeal of a digitised, organic future may be, because the concepts which are under dispute and the language within which these arguments are posed are mediated by the past, even the most radical of accounts remain indebted to the tradition from which they are trying to escape”¹.

„The IP object (...) only exists in our language practices and beliefs (...)”².

1. Wprowadzenie

Dotychczasowe opracowania literatury poświęcone zagadnieniu przedmiotu prawa autorskiego nie przedstawiały odpowiedzi na pytanie, czy pojęcie prawne („utwór”, „przedmiot prawa autorskiego”) jest autonomiczne, czy też zupełnie zależne od pojęcia dobra intelektualnego. Problem ten określiłam wcześniej jako problem referencyjności przedmiotu prawa autorskiego i bardzo dobrze oddaje go przykład historycznego sporu wydawców książek z czasów pierwszych regulacji prawnoautorskich³. Zwolennicy szerokiego monopolu prawnego re-

¹ B. Sherman, L. Bently, *The Making...*, s. 2.

² A. Peukert, *A Critique of the Ontology...*, s. 40.

³ B. Sherman, L. Bently, *The Making...*, s. 15–16, 11–95 (zwłaszcza szczegółowa analiza kolejnych sporów wokół praw wydawców); z polskiej literatury także K. Gliściński, *Wszystkie prawa zastrzeżone. Historia sporów o autorskie prawa majątkowe, 1469–1928*, Warszawa 2016 oraz L. Górnicki, *Rozwój idei praw autorskich: od starożytności do II wojny światowej*, Wrocław 2013.

prezentowali stanowisko, że przywilej jest jedynie potwierdzeniem już pewnego prawno-naturalnego władztwa do utworu⁴, a w związku z tym wygaśnięcie okresu przewidzianego w wydanym akcie nie ma wpływu na możliwość skutecznego dochodzenia swoich praw w razie nieuprawnionego przedruku⁵. Przeciwnicy takiego stanowiska wskazywali natomiast, że źródłem wszelkich praw, w tym też odnoszących się do konkretnego utworu, jest wyłącznie akt normatywny⁶, zaś ewentualny przedmiot tych praw nie jest autonomicznym obiektem. Zauważenie i rozwiązanie powyższego problemu ma fundamentalne znaczenie dla niniejszej pracy. Przyjęcie bowiem rozwiązania, zgodnie z którym przedmiot prawa autorskiego ma charakter wtórny względem rzeczywistości społecznej⁷, wymagałoby w konsekwencji rozpoczęcia rozważań od poszukiwań pozanormatywnej definicji utworu, dobra intelektualnego i ich relacji do pojęcia przedmiotu prawa autorskiego⁸, a następnie weryfikacji tego, w jaki sposób ustawodawca wywiązał się z założenia wiernego odzwierciedlenia takiego artefaktu w normie prawnej. Przyjęcie natomiast drugiego ze stanowisk ograniczałoby zakres rozważań wyłącznie do analizy normatywnej, zaś inkorporowanie rozwiązań, teorii lub metod proponowanych w dyskursie pozaprawnym wymagałoby szczególnej ostrożności i dodatkowego uzasadnienia. Problemu tego nie rozwiązuje przesłедzenie dalszej historii rozwoju prawa autorskiego: wraz z przyjęciem pewnych regulacji prawa międzynarodowego znakomita większość krajów świata przyjęła model skoncentrowany na przedmiocie prawa autorskiego i jego twórcy, budując kolejne regulacje wokół nich⁹. Do

⁴ Jakiegokolwiek miałyoby ono znaczenie i treść.

⁵ Zob. np. B. Sherman, L. Bently, *The Making...*, s. 15, 21–25 (i często analizowane stanowiska sir W. Blackstone’a), s. 33 i 54 (również w odniesieniu do stanowiska Blackstone’a w sprawie *Tonson v. Collins*), s. 26–31 (stanowiska Lorda Mansfielda).

⁶ B. Sherman, L. Bently, *The Making...*, s. 41, 54 i 71 (stanowiska Yatesa, w szczególności w sprawie *Tonson v. Collins*); por. też M. Rose, *Authors and Owners...*, s. 78–91.

⁷ Operuję na razie takim sformułowaniem, jednak w dalszej analizie zostanie ono poddane drobiazgowej ocenie.

⁸ Choć to ostatnie sformułowanie ma charakter ściśle nacechowany normatywnie.

⁹ W szczególności zob. M. Rose, *Authors and Owners...*, s. 130–142; B. Sherman, L. Bently, *The Making...*, s. 14–15; B. Sherman, *From the Non-original to the Ab-original...*, s. 111–130; M. Woodmansee, *The ‘romantic’ author* [w:] *Research Handbook on the History of Copyright Law*, red. I. Alexander, H.T. Gómez-Arostegui, Cheltenham–Northampton 2016, s. 53–77.

problemu tego jednak odniósł się Alf Ross i niektórzy przedstawiciele dyskusji skandynawskiej. Przytaczam w tym miejscu przebieg tego sporu, ponieważ – jako jeden z nielicznych filozofów prawa – Ross podjął próbę transponowania swoich propozycji filozoficznych na grunt prawa autorskiego, wywołując tym obszerną i współcześnie jeszcze oddziałującą dyskusję na temat kształtu i konstrukcji przedmiotu prawa autorskiego w doktrynie krajów skandynawskich i germańskich¹⁰. W pierwszej kolejności przedstawię szerszy kontekst i orientację filozoficzną realizmu prawnego, a następnie koncepcję samego Rossa. W dalszej części oddam natomiast głos jego krytykom i wskażę bezpośrednie reakcje doktryny na postulaty realistów skandynawskich. Swój komentarz zamieszczam jako podsumowanie dotychczasowych rozważań na końcu tego rozdziału. Stanowić to będzie punkt wyjścia do dalszych rozważań estetycznych, filozoficznych i prawnych.

2. Dyskusja skandynawska

Problem referencyjności przedmiotu prawa autorskiego może wydawać się tematem nowym dla literatury polskiej, ale już nie dla szeroko rozumianej doktryny skandynawskiej¹¹. Tuż po wojnie w regionie tym zaczynają dochodzić do głosu przedstawiciele nurtu realizmu prawniczego¹², a jeden z głównych reprezentantów tego podejścia, duński prawnik i filozof Alf Ross, podjął się transpozycji tych założeń filozoficznych do prawa autorskiego. W opublikowanej niedawno pracy profesorskiej *Property Aspects of Intellectual Property* Ole-Andreas Rognstad powrócił do tego stanowiska, argumentując między innymi, że zajmowanie się problematyką utworu pozbawione jest sensu, ponieważ jako obiekt nie istnieje on w sensie ontologicznym, stąd też pełna uwaga powinna skupić się raczej na zakresie praw wyłącznych, a nie na definiowaniu

¹⁰ O.-A. Rognstad, *Property Aspects...*, s. 42–67; A. Peukert, *A Critique of the Ontology...*, s. 11–14, 42, 51–54.

¹¹ Przede wszystkim norweskiej, szwedzkiej i duńskiej.

¹² J. Stelmach, *Ponowoczesna filozofia prawa* [w:] *Studia z filozofii prawa*, t. 2, red. J. Stelmach, Kraków 2003, s. 15–16; K. Elias, *Obowiązywanie prawa w ujęciu skandynawskiego realizmu prawnego* [w:] *Naturalizm prawniczy. Stanowiska*, red. J. Stelmach, B. Brożek, Ł. Kurek, K. Elias, Warszawa 2015, s. 187–194.

i interpretacji przesłanek konstytutywnych dla przedmiotu prawa autorskiego. W istocie stanowisko Alfa Rossa, choć opublikowane tuż po II wojnie światowej, odpowiada na szereg wątpliwości związanych z definiowaniem i identyfikacją utworu, które do dziś zachowują aktualność¹³: wyróżnienie artefaktu spośród już istniejących oraz wskazanie kryteriów pozwalających na określenie treści takiego utworu. Współcześnie realizm skandynawski zyskuje także coraz większe zainteresowanie wśród polskiej doktryny filozofii prawa¹⁴. Stąd też podstawy tego nurtu oraz stanowisko Rossa poddam w tej części szczegółowej analizie. Zaznaczam przy tym, że duński filozof nie jest jedynym, którego poglądy będą miały znaczenie dla problematyki utworu – na potrzeby pewnej systematyzacji ograniczę się jednak do tego konkretnego podejścia. Z tego samego powodu ograniczam się również do sygnalizacji tych kwestii i rozważań filozoficznych, które mają bezpośredni wpływ na strategię identyfikacji przedmiotu prawa autorskiego oraz nie podejmuję się próby polemiki filozoficznej.

Przedstawienie propozycji Rossa wymaga w pierwszej kolejności osadzenia jego poglądów w nieco szerszym kontekście realizmu prawniczego – trendu w historii filozofii stawiającego się w opozycji do ruchów pozytywistycznych Kelsena i Harta¹⁵. Zapoczątkowany w pierwszych latach XX wieku, reprezentowany był przez przedstawicieli zgromadzonych wokół szwedzkich i duńskich ośrodków naukowych, zaś za jego głównego przedstawiciela uznaje się Axela Hägerströma – naturalistę badającego rzeczywistość prawną zgodnie z metodologią charakterystyczną dla

¹³ Zob. też O.-A. Rognstad, *Property Aspects...*, s. 89–95; A. Peukert, *A Critique of the Ontology...*, s. 11–14, 51–54 i n.; A. Peukert, *Kritik der Ontologie des Immaterialgüterrechts*, Tübingen 2018, s. 15–16; ciekawe podejście przedstawił też L. Phillips, *Tù-Tù 2. Von Rechtsbegriffen und neuronalen Netzen* [w:] *Rechtsentstehung und Rechtskultur. Heinrich Schiller zum 60. Geburtstag*, red. L. Phillips, R. Wittmann, Heidelberg 1991, s. 179–190.

¹⁴ M. Jakubiec, *Tù-Tù Alfa Rossa a tezy skandynawskiego realizmu prawnego...*, s. 201–220; K. Eliaz, *Obowiązywanie prawa...*, s. 187–194; B. Brożek, *Normatywność prawa...*, s. 51.

¹⁵ J. Stelmach, *Ponowoczesna filozofia...*, s. 15–21; por. K. Eliaz, *Obowiązywanie prawa...*, s. 190–191; M. Jakubiec, *Tù-Tù Alfa Rossa a tezy skandynawskiego realizmu prawnego...*, s. 201–220; Jesiołowski K., *Glosa do „Tù-tù” Alfa Rossa, „Societas et Ius”* 2018/6, s. 225–227.

nauk empirycznych¹⁶, przy jednoczesnym odrzuceniu wszelkiej metafizyki w filozofii prawa¹⁷. Postulatem tego nurtu filozoficznego było więc pozbycie się jakichkolwiek sformułowań, konstrukcji czy interpretacji, które stosowałyby elementy abstrakcyjne, nieostre, nieweryfikowalne w sposób empiryczny i w oparciu o rezultaty badań naukowych. System prawny powinien być rozumiany jako faktualna manifestacja rzeczywistości, zaś w razie potrzeby wyjaśnienia zjawisk prawnych należy sięgać do kategorii metod empirycznych¹⁸. Realizm skandynawski stawiał się zatem w opozycji do jednej z wcześniejszych orientacji filozoficznych: idealizmu¹⁹, którego założeniem było, że przedmioty nie istnieją samoistne, są zaś korelatami świadomości²⁰.

Upraszczając na potrzeby prowadzonego tu wywodu, można przyjąć zatem dwa główne założenia, na jakich oparto stanowisko realistyczne:

¹⁶ K. Elias, *Obowiązywanie prawa...*, s. 187. Wspólnym elementem dla wszystkich przedstawicieli realizmu prawniczego był paradygmat analitycznej filozofii prawa, por. J. Stelmach, *Ponowoczesna filozofia...*, s. 16.

¹⁷ Opisując główne założenia tego nurtu, J. Bjarup odwołuje się do motto Hägerströma: *praeter censeo metaphysicam esse delendam* (które jest parafrazą wezwania głoszonego w starożytnym Rzymie przez Marka Porcjusza Katona, który w czasie gdy Rzym toczył wojny punickie, miał na końcu każdego swojego przemówienia umieszczać stwierdzenie: *et ceterum censeo, Carthaginam esse delendam* [„a poza tym uważam, że Kartaginę należy zniszczyć”]); zob. J. Bjarup, *Scandinavischer Realismus*, München 1978, s. 16; K. Elias, *Obowiązywanie prawa...*, s. 187; M. Jakubiec, *Tù-Tù Alfa Rossa a tezy skandynawskiego realizmu prawnego...*, s. 204.

¹⁸ J. Bjarup, *Skandinavischer Realismus...*, s. 16–17; K. Elias, *Obowiązywanie prawa...*, s. 187.

¹⁹ W ujęciu przede wszystkim Christopfera Boströma; por. też K. Elias, *Realistyczna koncepcja prawa Alfa Rossa*, Warszawa 2016, s. 22.

²⁰ K. Elias, *Obowiązywanie prawa...*, s. 188. Stanowisko to negował właśnie Hägerström, opowiadając się za monizmem ontologicznym: według niego istnieje tylko jeden świat, empirycznie poznawalny, a więc normy prawne powinny oddawać to, co istnieje materialistycznie w rzeczywistości i przestrzeni; K. Elias, *Realistyczna koncepcja...*, s. 23. Jak wskazuje Marek Jakubiec, konsekwencją takiego stanowiska jest odrzucenie istnienia wartości moralnych oraz przyjęcie, że „(...) nie może istnieć żadna moralna rzeczywistość ani w postaci pojęć o walorze normatywnym, ani ulokowana w pewien «metafizyczny» sposób w ludziach i ich działaniach”. M. Jakubiec, *Tù-Tù Alfa Rossa a tezy skandynawskiego realizmu prawnego...*, s. 204.

naturalizm i nonkognitywizm²¹. W tym pierwszym przypadku odrzuca no dotychczasowe podejście, że prawo istnieje obok pewnych wartości uniwersalnych czy naturalnych²². Zobrazować to można na przykładzie stanowiska Rossa odnośnie do pojęcia utworu: uprzedzając nieco dalszą analizę, w tym miejscu można wskazać, że filozof podzielał to antymetafizyczne zapatrywanie i bronił tezy, że pojęcia prawne nie posiadają żadnej referencji, a ich funkcją może być co najwyżej pewne ułatwienie prezentowania norm²³. Na poparcie swojej tezy Ross odwoływał się do wymyślnego przykładu słowa „tù-tù”²⁴. Słowo to nie posiada żadnego odniesienia semantycznego, jednak użyte w kontekście normatywnym nabiera mocy prawnej. Sednem rozważań filozofa jest teza, że w takich przypadkach tworzenie wyrażeń preskryptywnych zastępuje konieczność implementowania szerokiej kazuistyki do treści ustawy. Skoro zadaniem prawa jest pewna konceptualizacja norm prawnych²⁵, konieczne staje się sięgnięcie do właśnie takiej metody²⁶, którą zresztą filozof określa jako „metodę prezentacji”²⁷. Zasadniczo jest to też wniosek, z którym można się zgodzić: Jakubiec wskazuje przykładowo, że zestawienie historycznych norm ze współczesną techniką legislacyjną zdaje się go nawet potwierdzać²⁸. Ze stanowiska tego Ross wychodzi jednak dalej. Przyjmuje bowiem, że pojęcia prawne, jeśli nie zostaną przedstawione w szerszym kontekście lub w odniesieniu do konkretnego ich zastoso-

²¹ J. Stelmach, *Ponowoczesna filozofia...*, s. 16; K. Eliaż, *Realistyczna koncepcja...*, s. 28 i 33.

²² Zob. A. Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Uppsala 1953, s. 267.

²³ Technika, metoda prezentacji – do której jeszcze za chwilę powrócę – zob. A. Ross, *Tù-tù, „Societas et Ius”* 2018/6, s. 224; M. Jakubiec, *Tù-Tù Alfa Rossa a tezy skandynawskiego realizmu prawnego...*, s. 204–205.

²⁴ A. Ross, *Tù-tù*, „Harvard Law Review” 1957/70, no. 5, s. 812–825; choć zob. też A. Ross, *On Law and Justice*, Oxford 2019, s. 25, § 3; M. Jakubiec, *Tù-Tù Alfa Rossa a tezy skandynawskiego realizmu prawnego...*, s. 205–207; K. Eliaż, *Obowiązywanie prawa...*, s. 198–199; B. Brożek, *Normatywność prawa...*, s. 51; B. Brożek, *On tù-tù*, „Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law” 2015/27, s. 15–23.

²⁵ Stworzenie norm o charakterze generalno-abstrakcyjnym.

²⁶ M. Jakubiec, *Tù-Tù Alfa Rossa a tezy skandynawskiego realizmu prawnego...*, s. 218–219.

²⁷ Bądź „technikę prezentacji”, zależnie od tłumaczenia; zob. M. Jakubiec, *Tù-Tù Alfa Rossa a tezy skandynawskiego realizmu prawnego...*, s. 212.

²⁸ M. Jakubiec, *Tù-Tù Alfa Rossa a tezy skandynawskiego realizmu prawnego...*, s. 211.

wania w praktyce²⁹ – poza tymi sytuacjami są wyrazami pozbawionymi jakiegokolwiek sensu, stąd też dogmatyka prawa nie powinna się nimi zajmować³⁰. W konsekwencji realiści skandynawscy dążyli do oparcia swoich rozważań w nawiązaniu do rezultatów metod empirycznych³¹.

Drugim punktem wyjścia realizmu był nonkognitywizm, oparty na zaprzeczeniu istnienia wartości i sądów moralnych. W ujęciu tym rzeczywistość moralna nie istnieje, a więc też nie istnieje wiedza co do zjawisk normatywnych, ponieważ sądy moralne, jako nieodnoszące się do niczego, co istnieje, nie mogą być rozstrzygane jako prawdziwe lub fałszywe³². Prawo sprowadzane jest więc do pewnego wzoru działania, faktu psychologicznego³³.

Poprzestając na razie na tym zarysie założeń Rossa, zreferuję teraz krótko jego stanowisko, które wyraził w odniesieniu do przedmiotu prawa autorskiego³⁴. W swoim artykule Ross argumentował, że pojęcie utworu jest fikcyjne, ponieważ przedmiot prawa autorskiego jako taki nie istnieje poza ludzkimi umysłami³⁵. Punktem wyjścia dla tej tezy jest rozróżnienie

²⁹ K. Elias, *Obowiązywanie prawa...*, s. 198; K. Elias, *Realistyczna koncepcja...*, s. 99–100.

³⁰ A. Ross, *Tû-tû...*, 2018, s. 222–224. Równie dobrze pojęcia prawne można byłoby zastąpić słowem „tû-tû”, jak erystycznie podkreśla Ross.

³¹ Jakiegokolwiek wywoły filozoficzne powinny być uzasadnione w odwołaniu do wyników badań naukowych. Ten aspekt realizmu skandynawskiego uważany jest w literaturze za przejaw jednego z pierwszych podejść do naturalizacji prawa; por. K. Elias, *Obowiązywanie prawa...*, s. 187–200.

³² K. Elias, *Obowiązywanie prawa...*, s. 191. Stanowisko to, określane w etyce jako emotywizm, prowadzi do pewnego nihilizmu prawnego; J. Bjarup, *The Philosophy of Scandinavian Legal Realism*, „Ratio Juris” 2005/18, s. 7–9.

³³ Weryfikowany wyłącznie na podstawie prowadzonych badań empirycznych, K. Elias, *Obowiązywanie prawa...*, s. 192–193.

³⁴ K. Elias, *Obowiązywanie prawa...*, s. 193–194, za zwrócenie mi uwagi na tę dyskusję serdecznie dziękuję Olemu-Andreasowi Rognstadowi; poglądy A. Rossa przytacza i analizuje także A. Peukert, *Kritik der Ontologie...*, s. 15–16 oraz A. Peukert, *A Critique of the Ontology...*, s. 11–14, 42, 51–54 i n.

³⁵ O.-A. Rognstad, *Property Aspects...*, s. 48; A. Ross odwoływał się w swoim opracowaniu do wydanego w latach 20. XX wieku wielotomowego opracowania duńskiego uczonego, Frederika Vindinga Kruse, który opisywał (podobnie zresztą jak wiele lat później A. Troller) cały system prawa własności intelektualnej, zob. F.V. Kruse, *Ejendomsretten*,

definicji przedmiotu prawa autorskiego na subiektywną i obiektywną³⁶. Ta pierwsza odnosi się do tych konstrukcji, w których przedstawiono tylko minimalne wymogi do spełnienia, aby artefakt zakwalifikować jako przedmiot prawa autorskiego; definicje obiektywne opierają się natomiast na kryterium **odróżnienia przedmiotu prawa autorskiego od innych artefaktów** istniejących już w rzeczywistości. Obiektywizm tego rozwiązania miałby więc polegać na tym, że stosując z góry określone kryteria (zewnętrzne względem subiektywnego przekonania oceniającego), możliwe jest wskazanie różnicy, jaka zachodzi między jednym artefaktem a drugim, przy czym nie zależy ona od dokonania oceny estetycznej przez rozstrzygającego. Dalej analizując przykład ówczesnie obowiązującej definicji duńskiej („rezultat twórczości, który za pomocą formy, linii czy kolorów wywołuje wizualny efekt z intencją wywarcia wpływu na odbiorcę utworu”³⁷), Ross zarzucił jej, że wcale nie operuje kryteriami niezależnymi od osobistego smaku czy oceny estetycznej. Wskazuje m.in., że odwołanie do zamiaru twórcy wymusza wprowadzenie weryfikacji pewnych psychologicznych aspektów do analizy prawnej³⁸, zaś odwołanie się do uczuć jest nieprecyzyjne i problematyczne³⁹. Dodatkowo przyjęta definicja nie sprawdza się, zdaniem Rossa, wymagając od dzieła stworzenia „wizualnego efektu”, który jego zdaniem nie odpowiada rzeczywistemu sposobowi oddziaływania artefaktu⁴⁰. Powyższe rozważania podsumowuje stwierdzeniem, że **pojęcie przedmiotu prawa autorskiego jest relacyjne**, tzn. nie jest oceniana

t. 1–3, Nyt. Nordisk Forl. 1929 (*Das Eigentumsrecht* – tłumaczenie z j. duńskiego na j. niemiecki, Berlin 1931).

³⁶ Prowadzona przez niego analiza odnosiła się do konstrukcji normatywnych, jednak kilka szczegółowych zagadnień warto podnieść na tym etapie rozważań.

³⁷ A. Ross, *Ophavsrettens Grundbegreber*, „Tidsskrift for Rettvitenskap” 1945/58, s. 322: „Det «objektive Begreb» bestemmes som et Aandsprodukt, der agar ud paa gennem Form, Linier or Farver at skabe et Synsidtryk, der har til Hensigt hos Tilskueren at indvirke paa Følelsen (...)”.

³⁸ A. Ross, *Ophavsrettens Grundbegreber...*, s. 323: „Da Hensigten til syvende og sidst kun kan findes hos Ophavsmanden, ikke i Værket selv, føres man hermed ind pss psykologiske Kriterier, og Værkets Karakter som Kunstværk kommer til at afhænge af de psykologiske Omstændigheder ved dets Frembringelse”.

³⁹ A. Ross, *Ophavsrettens Grundbegreber...*, s. 322–323, zamiast tego autor proponuje na przyszłość rozważenie zastąpienia uczuć „przeżyciem estetycznym” („æstetiske Følelse”, s. 323).

⁴⁰ A. Ross, *Ophavsrettens Grundbegreber...*, s. 323: „gennem Synsidtryk”.

jego treść, kształt czy oddziaływanie estetyczne, ale kryterium nowości lub niezależności⁴¹. Następnie Ross przeszedł do oceny treści przyznawanych praw wyłącznych w ówczesnej ustawie duńskiej⁴². Na tej podstawie sformułował wniosek, że konstrukcje prawa autorskiego oparte są na instytucji prawa rzeczowego⁴³. Analogia do prawa własności i zrównywanie praw dla utworu i przedmiotu materialnego są jednak, zdaniem Rossa, nieuzasadnione i niebezpieczne, chyba że możliwe byłoby zrównanie w obu przypadkach przedmiotów tych praw⁴⁴. Taki zabieg nie jest możliwy. W odniesieniu do utworu odróżnić należy sam przedmiot niematerialny i inkorporujący go nośnik, który może być samodzielnie przedmiotem prawa rzeczowego, w zupełnym oderwaniu od artefaktu w nim zawartego⁴⁵. Dobro intelektualne będące przedmiotem prawa nie powinno być więc mniej realne niż przedmiot prawa rzeczowego⁴⁶. Jednak różnica między przedmiotem materialnym i niematerialnym jest znacząca i trudna do „obejścia”⁴⁷. W związku z tym, zdaniem Rossa, pojęcie utworu jako odwołujące się do metafizyki nie istnieje z punktu widzenia filozofii prawa, ale jest sztucznie wykreowaną normą. Wi-

⁴¹ A. Ross, *Ophavsrettens Grundbegreber...*, s. 325: „Nyhed eller Selvstændighed” (kryteria przyjmowane ówczesnie w duńskiej ustawie). Na marginesie warto odnotować, że ogólne podsumowanie krytyczne Rossa równie dobrze mogłoby dotyczyć regulacji polskiej w modelu twórczości; powracam do tego zagadnienia w rozdziale IV.2.4.

⁴² A. Ross, *Ophavsrettens Grundbegreber...*, s. 326–343. Należy w tym kontekście wyjaśnić, że taka metodologia odpowiada przyjmowanej przez Rossa i charakterystycznej dla tamtego okresu historii filozofii prawa; zob. szczegółowo A. Ross, *On Law and Justice*, Oxford 2019, s. 221, § 39.

⁴³ A. Ross, *Ophavsrettens Grundbegreber...*, s. 343–343 – aczkolwiek to rozwiązanie przyjęto wyłącznie z przyczyn związanych z prowadzoną polityką legislacyjną, a nie właściwościami przedmiotu, który ma w ten sposób być chroniony (np. s. 337: „Ja, dens retspolitiske, propagandistiske Effekt (...)” w odniesieniu do przyjętych rozwiązań prawa rzeczowego dla dobra intelektualnego); zob. też A. Peukert, *Kritik der Ontologie...*, s. 15.

⁴⁴ A. Ross, *Ophavsrettens Grundbegreber...*, s. 343.

⁴⁵ A. Ross, *Ophavsrettens Grundbegreber...*, s. 344.

⁴⁶ A. Ross, *Ophavsrettens Grundbegreber...*, s. 344: „Det betones udtrykkeligt, at dette ikke betyder, at Genstanden for Aandsrettighederne skulde være mindre virkelige end Retsobjekterne i Tingsretten (...)”.

⁴⁷ A. Ross, *Ophavsrettens Grundbegreber...*, s. 343: „(...) det immaterielle Aandsværk er en realitet fuldt saa godt som nogen Ting, omend ikke af legemlig Natur” i s. 343: „Denne Sondring mellem det immaterielle Værk selv – og dets materielle Manifestationer (...) ligesom der er Enighed om, at dens Betydning ligger i at paapege, at Ophavsrettens (og de andere Aandsrettigheds) Genstand er et umlegemligt, aandeligt Gode”.

doczne jest to w zestawieniu przedmiotów prawa autorskiego i prawa rzeczowego, co przekłada się na ostateczne stanowisko Rossa, że zakres przyznanych praw do utworu i przedmiotu materialnego powinien być zbliżony, jeśli możliwe byłoby tylko uznanie, że właściwości tych artefaktów są do siebie bardzo podobne. Skoro jednak nie są, to znaczy że nie jest ono tak realne jak przedmiot prawa rzeczowego i dlatego też zakres jego ochrony nie odpowiada regulacji prawa własności. Odwołując się zaś do niematerialnego charakteru utworu, Ross argumentuje, że: po pierwsze, **przedmiot taki nie może istnieć w rzeczywistości w inny sposób niż za pośrednictwem doświadczenia (przeżycia)**⁴⁸. Analizując tę koncepcję, Stieg Strömholm wskazał potem, że dąży ona do **obiektywizacji doświadczenia (przeżycia) odbiorcy**: cały ciężar definicyjny utworu położony został bowiem na weryfikacji tego, czy u odbiorcy dochodzi do oczekiwanej reakcji na przedmiot prawa autorskiego, sprowadzającej się do psychologicznej analizy zachowania potencjalnego odbiorcy dzieła⁴⁹. Po drugie, skoro nie jest możliwe przeżycie cudzego doświadczenia inaczej niż za pośrednictwem przedmiotu materialnego, utwór, którego materialna manifestacja została zniszczona i którego treść nie jest możliwa do odtworzenia „z ludzkiej pamięci”, przestaje istnieć⁵⁰. W związku z tym Ross konkluduje, że **przedmiot prawa autorskiego jest wyłącznie abstrakcją, relatywną jednością**

⁴⁸ W oryginale: „Oplevelse” – A. Ross, *Ophavsrettens Grundbegreber...*, s. 344: „Det er da klart, at Aandsværket ikke kan søges indenfor den fysiske Verden. Det skal have immateriel eller sandelig Eksistens, Man dette kan igen ikke betyde andet, end at det maa eksistere som aktuel Oplevelse (...) hos et eller flere Individer, altsax som Bevidsthedsfænomen”; zob. też A. Peukert, *Kritik der Ontologie...*, s. 15–16; A. Peukert, *A Critique of the Ontology...*, s. 51.

⁴⁹ S. Strömholm, *Der urheberrechtliche Werkbegriff in der neueren nordischen Rechtslehre*, cz. 1, GRUR Ausl 1963, s. 439–440: „Als Werkträger dienen dann die verschiedenen Organe und physiologischen Prozesse, die beim Lesen tätig sein müssen. Wie kann nun diese Beschreibung eine Vervollständigung der Behauptung sein, da «das Werk an sich» ein «Gedankeninhalt» sei, der zwar auch nicht anders als in der Form eines Erlebnisses tatsächlich dasein koenne? Der gewählte Ausdruck – «Gedankeninhalt» – vermittelt den Eindruck, da es sich hier um einen Versuch handele, die Erlebnisse zu objektivieren (...)”.

⁵⁰ A. Ross, *Ophavsrettens Grundbegreber...*, s. 345: „Et Kunstværk (...) hvis materielle Manifestationer er gamet til Grunde eller bekomne, og som heller ikke lever i nogens Erindring, eksisterer simplethen ikke mere”.

pewnego ciągu doświadczeń odbiorcy⁵¹. Jako takie ma być pojęciem relacyjnym (porównywanym z innymi już istniejącymi), abstrakcyjnym (nie posiada bowiem swojego materialnego odpowiednika) i stanowić relatywną jedność treści różnych idei, manifestujących się w przedmiocie materialnym i odzwierciedlonych w serii doświadczeń jego odbiorcy.

Tutaj widoczne jest nawiązanie do podstaw filozofii realizmu skandynawskiego. Skoro normatywność reguł prawnych należy rozumieć podobnie jak abstrakcyjny zespół norm, który nabiera znaczenia wyłącznie jako kontekst interpretacyjny zachowań ludzkich⁵², to też w ten sposób należy rozumieć autonomiczne pojęcie przedmiotu prawa autorskiego. Jest ono wyłącznie **pewnym zestawem idei (jednością idei), relatywizowanym w odniesieniu do konkretnego przeżycia odbiorcy, możliwym do zidentyfikowania za pośrednictwem realnego, empirycznie poznawalnego obiektu – nośnika**, w którym jest inkorporowany. Konsekwencją takiego stanowiska wydaje się stwierdzenie, że dogmatyka prawa autorskiego powinna skoncentrować się problematyce doświadczania utworu przez odbiorców, jego materializacji w obiekcie fizycznym, nie być zaś pojęciem metafizycznym wpisanym w tekst ustawy. Jest ono bowiem relacyjne (w relacji do fizycznego obiektu) i abstrakcyjne (a przez to też nieprecyzyjne). Co więcej, przedmiot prawa autorskiego jako przedmiot metafizyczny nie posiada żadnej referencji – istnieje wyłącznie jako postać techniki prezentacji, za pomocą

⁵¹ A. Ross, *Ophavsrettens Grundbegreber...*, s. 345: „det er den relative Enhed i Ideindhold i en Serie af Oplevelser”, co na język angielski przetłumaczył Ole-Andreas Rognstad jako: „(...) an abstraction designating the relative unity of the content of ideas in a series of experiences” – O.-A. Rognstad, *Property Aspects...*, s. 48; tłumaczenia na j. niemiecki dokonał natomiast Stieg Strömholm: „die relative Einheitlichkeit einer Reihe von Erlebnissen. Diese sind allein Realitäten, Herrschaft über das Werk kann darum nur Herrschaft über diese Erlebnisse sein”, zob. S. Strömholm, *Der urheberrechtliche Werkbegriff...*, cz. 1, s. 439.

⁵² Zdaniem Rossa pojęcie normatywności oznacza abstrakcyjny zestaw idei normatywnych, które służą jako schemat interpretacyjny dla fenomenu praktycznego zastosowania prawa – w jego dość szeroko spopularyzowanym porównaniu obowiązywanie prawa zestawione zostało z regułami gry w szachy: „scientifically valid (Danish) law’ means an abstracted set of normative ideas which serve as a scheme of interpretation for the phenomena of law in Danish society – which, again, means that these norms are actually followed because they are experienced as socially binding”, zob. A. Ross, *On Law and Justice...*, s. 25, § 3.

której ustawodawca ułatwia sobie zadanie i tworzy normy o charakterze generalno-abstrakcyjnym. Nie przekłada się to jednak na rzeczywistość społeczną. Stąd też pojęcie utworu należałoby rozważać wyłącznie jako pewne narzędzie pomocnicze ustawodawcy – rodzaj skrótu myślowego – którego bytu ontologicznego ani nawet ram definicyjnych nie można jednoznacznie określić. Jeśliby przyjąć argumentację Rossa jako wyjściową i podjąć próbę jej transponowania na grunt współczesnej dogmatyki prawa autorskiego⁵³, należałoby w konsekwencji twierdzić, że pojęcie utworu ma charakter pierwotny⁵⁴, zaś jego opis jako taki nie jest możliwy⁵⁵. Rację należałoby przyznać Olemu-Andreasowi Rognstadowi, który opierając się na tekście Rossa, skoncentrował się przede wszystkim na badaniu zakresu praw wyłącznych⁵⁶.

Podjęcie Rossa można więc podsumować następująco. Przede wszystkim zgodnie z duchem realizmu skandynawskiego twierdził on, że **pojęcie utworu nie ma charakteru autonomicznego**, co więcej – jako element metafizyki jest on pozbawiony jakiegokolwiek bytu i nie powinien być częścią systemu prawnego. W porównaniu do innego zbliżonego konstrukcyjnie przedmiotu prawa, przedmiotu fizycznego, przedmiot prawa autorskiego nie może istnieć w rzeczywistości w sposób inny niż za pośrednictwem doświadczenia, co oznacza, że jest to pojęcie abstrakcyjne. Dla dalszych rozważań w tej pracy należałoby w konsekwencji takiego stanowiska przyjąć, że system prawa autorskiego ma charakter „twórczy” w tym sensie, że kreuje on pojęcie utworu nieznanymi odzwierciedlenia w rzeczywistości pozaprawnej. Należy przy tym jednak zastrzec, że sam Ross przenosi ciężar swoich rozważań na zakres przyznawanych praw wyłącznych. Następnie Ross stwierdza, że w systemie prawa autorskiego należy kierować się wyłącznie dyrektywami wynikającymi z rezultatów i rekomendacji nauk empirycznych, w szczególności psychologii i socjologii. Widoczne jest to zwłaszcza w przyjmowanym przez niego postulatcie rozumienia pojęcia utworu

⁵³ Co samodzielnie zapewne nie spotkałoby się z aprobatą samego Rossa.

⁵⁴ To jest nie odzwierciedla zastanej rzeczywistości, ale jest sztucznym „tworem” skonstruowanym i zaimplementowanym przez ustawodawcę w celu poprawienia jakości tekstu ustawy i uniknięcia nadmiernej kazuistyki.

⁵⁵ Skoro nie istnieje artefakt będący przedmiotem takiego opisu.

⁵⁶ O.-A. Rognstad, *Property Aspects...*, s. 95.

z perspektywy „przeżycia” odbiorcy⁵⁷. Takie podejście obiektywizuje stan doświadczania dobra intelektualnego przez odbiorcę jako podstawowy miernik dla określenia kwalifikacji i zdatności takiego przedmiotu niematerialnego do ochrony prawnoautorskiej⁵⁸.

Odrzucenie metafizyki w systemie prawnym, oparcie się na podejściu charakterystycznym dla monizmu ontologicznego i powiązane z nimi stanowisko o braku referencyjności pojęcia utworu można odczytywać – co więcej – w powiązaniu z koncepcją Rossa odnoszącą się do stosowania pojęć (norm) o charakterze generalno-abstrakcyjnym, które określa on jako „metodę prezentacji” („technikę prezentacji”). Zestawiając te dwa poglądy Rossa: o nieistnieniu dobra intelektualnego w rzeczywistości oraz o technice prezentacji, należałoby w konsekwencji wywodzić, że użycie sformułowania „utwór” w prawie autorskim podyktowane jest wyłącznie względami „technicznymi” tekstu prawnego: jego uelastycznieniem i uniknięciem nadmiernej kazuistyki. Co więcej, Ross krytykuje duńską regulację prawa autorskiego i zamiast tego oferuje podejście „obiektywne”, polegające na ocenie nowości lub niezależności dzieła w oparciu o metody empiryczne. Analizując koncepcję Rossa w pełnym oderwaniu od jej kontekstu filozoficznego, warto jeszcze zwrócić uwagę, że z zestawienia przedmiotu prawa autorskiego z przedmiotem własności wywodzi on, że ten pierwszy nie może w pełni istnieć tak samo jak ten drugi, bowiem pojęcie utworu wymusza zapoznanie się z nim za pośrednictwem doświadczenia. Ten wniosek uzasadnia, opierając się na ocenie treści i zakresu praw wyłącznych. Co prawda zabieg taki pozostaje zgodny z reprezentowanymi przez Rossa wartościami filozoficznymi, ale nie jest to analiza samego przedmiotu prawa autorskiego jako takiego, lecz szczegółowa interpretacja przyznanego monopolu prawnego⁵⁹. Można więc zarzucić jej wyciąganie wniosków odnośnie do przyczyny zdarzenia na podstawie jego konsekwencji.

⁵⁷ Zaś w odniesieniu do interpretacji prawnej – z perspektywy prawa stosowanego, *law in action*, K. Elias, *Realistyczna koncepcja...*, s. 44.

⁵⁸ S. Strömholm, *Der urheberrechtliche Werkbegriff...*, cz. 1, s. 439–440.

⁵⁹ Podobnie A. Peukert, *A Critique of the Ontology...*, s. 8.

Bez rozstrzygnięcia na razie o słuszności koncepcji Rossa, przestawię krótko reakcje doktryny norweskiej, szwedzkiej i duńskiej na poglądy autora odnoszące się do problematyki przedmiotu prawa autorskiego. W analizującym je artykule Stieg Strömholm wskazuje, że odpowiedzi można podzielić na dwie grupy: zwolenników koncepcji nieistnienia przedmiotu prawa autorskiego jako takiego i budowania na tym założeniu konstrukcji prawa autorskiego⁶⁰ oraz głosy podejmujące próbę „ratowania” pierwotnej koncepcji utworu, która nawiązywała do kanonicznej wypowiedzi Josepha Kohlera⁶¹. W tej pierwszej grupie znalazły się więc wypowiedzi O.K. Magnussena⁶², który co prawda analizował konstrukcję praw pokrewnych, jednak osią jego rozważań uczynił znaczenie i zakres przyznawanego prawa wyłącznego. Podobnie jak Ross, porównując je z prawem własności⁶³, doszedł do wniosku, że celem regulacji normatywnych jest stworzenie takiej koncepcji przedmiotu prawa, która stanowić będzie urzeczywistnienie wzajemnych praw i obowiązków podmiotów go dotyczących. **Przedmiot prawa (autorskiego) nabiera więc znaczenia prawnego dopiero wtedy, gdy staje się przedmiotem relacji międzyludzkich** – i właśnie ta właściwość stanowi jego cechę rozpoznawczą⁶⁴. W sytuacji splagiatowania jednego dzieła przez drugie (czyli w przypadkach, gdy między autorem a sprawcą nie istnieje żaden stosunek prawny) ochrona powinna rozciągać się tylko na identyczne reprodukcje dzieła⁶⁵. Do podobnego rezultatu doszedł Magnussen, analizując przypadek kradzieży manuskryptu autora. W takim przypadku

⁶⁰ Ze szczególnym akcentem położonym na odpowiednie doprecyzowanie praw wyłącznych.

⁶¹ Chodzi o opracowanie J. Kohlera z 1880 r., *Das Autorrecht*.

⁶² O.K. Magnussen, *Naboretlige Studier*, København 1950, s. 45 i n.; por. także opracowania jego stanowiska: P. Törnngren, *Den nordiska verksdebatten – en sammanfattning och kommentar*, „Tidsskrift for rettsvitenskap” 1986/3 (99), s. 365–386 oraz dwóch obszernych artykułów Stiega Strömholma: *Der urheberrechtliche Werkbegriff...*, cz. 1, s. 433–443 i cz. 2, s. 481–489.

⁶³ Którego celem ma być motywowanie do wzrostu produkcji i gwarancja zwrotu poniesionych inwestycji – S. Strömholm, *Der urheberrechtliche Werkbegriff...*, cz. 1, s. 441.

⁶⁴ To jest pozwala na bycie zidentyfikowanym; utwór nabiera więc w tym momencie „realności”; S. Strömholm, *Der urheberrechtliche Werkbegriff...*, cz. 1, s. 441; P. Törnngren, *Den nordiska verksdebatten...*, s. 365–386.

⁶⁵ Co zresztą słusznie skrytykował S. Strömholm, *Der urheberrechtliche Werkbegriff...*, cz. 1, s. 441–442.

dochodzi do naruszenia prawa własności autora, ponieważ – w jego koncepcji – pozbawiono uprawnionego prawa do wyłącznego decydowania o korzystaniu z nośnika i zawartego w nim artefaktu⁶⁶. Należy tu zwrócić szczególną uwagę na dwa aspekty. Po pierwsze, choć podobnie jak Ross, Magnussen wychodzi z założenia, że przedmiot prawa autorskiego nie istnieje jako autonomiczny byt, to ostatecznie decyduje się na nieco odmienną tezę – że jest to emanacja pewnych interesów majątkowych, które zachodzą w ramach stosunków prawnych między poszczególnymi podmiotami. Jego podejście, w przeciwieństwie do Rossa, osadza pojęcie przedmiotu prawa autorskiego w relacjach międzyludzkich: bez nich jest ono zupełnie abstrakcyjne i niezdatne do rozpoznania. W razie jednak nawiązania takich stosunków prawnych, w wyniku których dochodzi do identyfikacji artefaktu, w ujęciu Magnussena, należy poszukiwać ochrony tylko ściśle wyrażonej formy, nie zaś treści. Takie podejście sprowadza więc definicję przedmiotu prawa autorskiego do identycznych, ale już nie podobnych artefaktów. Po drugie, Magnussen wywodzi, że funkcja przepisu prawnego konstytuującego pojęcie utworu jest zbliżona do tej, którą Ross określał jako „technika prezentacji”⁶⁷.

Inne rozwiązanie przedstawił także duński uczony – Mogens Koktvedgaard⁶⁸. Autor ten, analizując stanowisko Rossa, wyjaśnił, dlaczego pojęcie przedmiotu prawa autorskiego nie ma charakteru realnego. Jego stanowisko, bardzo ciekawe z punktu widzenia omawianej tu problematyki, oparte zostało na analizie logicznej. Przyjmijmy, że *W* stanowi dzieło autorstwa *A* i zostało utrwalone w fizycznym nośniku *Ma*. Kolejne kopie tego dzieła, również wykonane przez *A*, oznaczyć można jako: *Ma*₁, *Ma*₂, *Ma*₃ itd. Co do zasady, dla ustalenia, czy doszło do naruszenia praw wyłącznych, sąd weryfikuje dzieło (autorstwa *B*), które możemy

⁶⁶ S. Strömholm, *Der urheberrechtliche Werkbegriff...*, cz. 1, s. 442–443.

⁶⁷ W tym przypadku zatem ta koncepcja również zmierza do stanowiska, że przepis prawny jest wyłączną płaszczyzną, w odniesieniu do której można dokonać interpretacji pojęcia przedmiotu prawa autorskiego (dobro, do którego on się odnosi, nie istnieje bowiem w rzeczywistości), co tym samym sprawia, że w pewnym sensie rola ustawodawcy staje się już „twórcza”; B. Sherman, L. Bently, *The Making...*, s. 56–57.

⁶⁸ M. Koktvedgaard, *Konkurrenceprægede immaterialretspositioner: bidrag til læren om de lovbestemte enerettigheder og deres forhold til den almene konkurrenceret*, København 1965; por. także opracowanie O.-A. Rognstad, *Property Aspects...*, s. 49 i n.

oznaczyć jako *Mb*. Ocena sądu opiera się na porównaniu dzieła *Mb* (fizyczny egzemplarz wykonany przez *B*) z dziełem *Ma* (oryginał – fizyczny egzemplarz wykonany przez *A*), przy czym samo *Ma* nie stanowi **tego** utworu⁶⁹. Co więcej, samo *Ma* nie może przybrać kwalifikacji przedmiotu prawa autorskiego, skoro istnieją jego kolejne kopie (oznaczone wcześniej jako *Ma₁*, *Ma₂*). Dla ustalenia precyzyjnej treści artefaktu konieczne jest zestawienie wszystkich kopii dzieła wykonanego przez *A*, co oznacza, że – zdaniem Koktvedgaarda – dzieło *W* jest pojęciem zupełnie abstrakcyjnym i jego treść tworzą cechy wspólne złożone ze wszystkich jego manifestacji (oznaczone jako *Wa*). Porównanie dotyczy więc dzieła *Mb* (autorstwa *B*) z *Wa*, czyli z **pojęciem abstrakcyjnym, którego treść odtwarzana jest z zestawienia kopii** (autorstwa *A*) *Ma*, *Ma₁*, *Ma₂* itd., i wyprowadzona z ich elementów wspólnych⁷⁰. Oznaczałoby to, że ustawodawca, chroniąc utwór, operuje pojęciem abstrakcyjnym, zaś określenie *Wa* ma charakter zindywidualizowany, odnosi się bowiem do pewnych wspólnych elementów wyprowadzanych z porównania wszystkich jednostkowych egzemplarzy dzieła stworzonych przez autora *A*⁷¹.

Krytykiem koncepcji Rossa był natomiast Svante Bergström⁷². Dla niego punktem wyjścia było założenie, że ustawodawca przyjął istnienie przedmiotu prawa autorskiego, który pełni zbliżone funkcje jak przedmiot własności⁷³. Choć podobnie jak Ross nawiązuje do pojęcia doświadczenia dzieła, to jednak w odniesieniu do pojęcia utworu pro-

⁶⁹ Nie można postawić znaku równości między *W* i *Ma*, ponieważ *Ma* jest tylko jego fizyczną manifestacją i *W* ma być pojęciem niezależnym od *Ma*.

⁷⁰ M. Koktvedgaard, *Konkurrenceprægede immaterialretspositioner...*, s. 117–118; przykład ten powołuje i omawia także O.-A. Rognstad, *Property Aspects...*, s. 49.

⁷¹ Zwraca tu również uwagę zastosowanie argumentacji opartej na analizie bliskiej empirycznej (porównanie materialnych obiektów ze sobą).

⁷² S. Bergström, *Uteslutande rätt att förfoga över verket: studier över upphovsmannarättens föremål och innehåll enligt det s.k. nordiska förslaget*, Uppsala 1954 (z podsumowaniem w j. niemieckim, s. 152–158); S. Bergström, *Die neue schwedische Gesetzgebung über das Urheberrecht*, GRUR Ausl. 1962, s. 364–381; opracowanie tej koncepcji zob. P. Törngren, *Den nordiska verksdebatten...*, s. 365–386 oraz S. Strömholm, *Der urheberrechtliche Werkbegriff...*, cz. 2, s. 481.

⁷³ S. Bergström, *Die neue schwedische...*, s. 364–365; S. Strömholm, *Der urheberrechtliche Werkbegriff...*, cz. 2, s. 482; jego koncepcje określa się tym samym jako obiekcentryczne, tj. stawiające pojęcie przedmiotu prawa autorskiego w centrum rozważań.

ponuje jego rozumienie jako grupy zewnętrznych przedmiotów, które posiadają cechę podzielenia się przeżyciem zawartym w tym głównym przedmiocie⁷⁴. Pojęcie używane przez ustawodawcę nie odnosi się ani do fizycznego obiektu, ani do jakiegoś techniczno-prawnego konstruktu, ale do pewnego interesu, jaki odzwierciedlony jest za pośrednictwem przedmiotu prawa autorskiego⁷⁵. W odniesieniu zaś do szczegółowej budowy utworu Bergström proponował rozumienie go w podziale na dwie połączone ze sobą części: wewnętrzną⁷⁶ i zewnętrzną, rozumianą jako medium, za pośrednictwem którego pierwsza z nich jest recypowana przez odbiorcę. To właśnie ta część wewnętrzna stanowi odpowiednik utworu. Ma się na nią składać psychiczna rzeczywistość dzieła: **aktywne doświadczenie (przeżycie) przez autora w trakcie procesu tworzenia, któremu odpowiadać ma pasywne doświadczenie odbiorcy** w trakcie eksploatacji dzieła⁷⁷. Część zewnętrzną (medium) tworzą postaci trwałe i nietrwałe⁷⁸. Na postać medium wpływa zaś część wewnętrzna dzieła. Dlatego też dla ustalenia, czy doszło do skopiowania cudzego

⁷⁴ S. Bergström, *Die neue schwedische...*, s. 365–366; S. Strömholm, *Der urheberrechtliche Werkbegriff...*, cz. 2, s. 482: „Was der Gesetzgeber tatsächlich meint, wenn er das Wort «Werk» vom Gegenstand des Urheberrechts verwendet, ist eine Gruppe von äußeren Gegenständen, welche die Fähigkeit besitzen, ein in der Hauptsache einheitliches Ergebnis literarischer oder künstlerischer Art zu vermitteln”.

⁷⁵ S. Bergström, *Die neue schwedische...*, s. 366; S. Strömholm, *Der urheberrechtliche Werkbegriff...*, cz. 2, s. 482: „Die Verfasser, die ein unkörperliches, geistiges Werk als Gegenstand des Urheberrechts betrachten, sprechen, wenn sie den Ausdruck «Objekt» (Gegenstand) verwenden, nicht vom Gegenstand in dem rechtlich-technischen Sinne, sondern von diesem schutzwürdigen, dahinterliegenden Interesse”. Wydaje się więc, że w koncepcji Bergströma uwidocznia się teoria interesu Rudolfa Iheringa.

⁷⁶ „das innere Werk” w tłumaczeniu S. Strömholma, *Der urheberrechtliche Werkbegriff...*, cz. 2, s. 483.

⁷⁷ S. Strömholm, *Der urheberrechtliche Werkbegriff...*, cz. 2, s. 483: „Das «innere Werk», heißt es, sei eine psychische Realität: «aktives Erleben» beim Urheber, in dem Schöpfungsprozeß; «passives Erleben» bei Dritten, die das Werk wahrnehmen. Diese verschiedenen «Erlebnisse» müssen wahrnehmbare äußere Erscheinungen verschiedener Art verbinden, die Bergström als «Medien» bezeichnet”.

⁷⁸ W zasadzie Bergström wyróżniał trzy możliwe „zewnętrzne” postaci dobra intelektualnego: trwałe, nietrwałe i te w trakcie procesu tworzenia; jako jeden z nielicznych zwrócił więc uwagę na to, że dobro intelektualne nie powstaje z momentem jego ukończenia przez twórcę, ale z chwilą ukonstytuowania się jego pierwszego elementu, jakkolwiek niewielką część tego dobra miałyby on stanowić; S. Bergström, *Die neue schwedische...*, s. 366–367; por. P. Törngren, *Den nordiska verksdebatten...*, s. 365–386.

dzieła, konieczne jest jego drobiazgowo porównanie z drugim dziełem⁷⁹. Część zewnętrzna dzieła⁸⁰ nie wskazuje więc na treść utworu – kierunek interpretacji powinien być odwrotny (**od dzieła „wewnętrznego” do „zewnętrznego”**) – ale jest warunkiem *sine qua non* każdej czynności prawnej względem przedmiotu prawa autorskiego⁸¹.

Równie interesującą koncepcję przedstawił Gunnar Karnell⁸². Podobnie jak Bergström, przyjmuje on za punkt wyjścia dobro intelektualne jako przedmiot prawa autorskiego, rozumiane jako efekt działalności twórczej człowieka; dla jego kwalifikacji konieczne jest natomiast spełnienie pewnych **kryteriów o charakterze strukturalnym** (tj. musi mieć odpowiednią strukturę zdatną do komunikacji) i **jakościowym**⁸³. Autor zwrócił uwagę, że dla ustalenia, czy doszło do skopiowania dobra intelektualnego przez osobę trzecią, porównuje się dwa dzieła. Metodę tę, polegającą na porównywaniu dwóch artefaktów, uczynił punktem kluczowym swojej teorii: identyfikacja utworu ma odbywać się bowiem przez porównanie go z innymi artefaktami istniejącymi już w obrocie⁸⁴. Sam przedmiot prawa autorskiego zakwalifikował jako zdarzenie prawne, zaś pojęcie „dzieło” – jako jednolity obiekt, który istnieje w konkretnych okolicznościach stanu faktycznego⁸⁵. Zarówno w podejściu Bergströma, jak i Karnella widoczne jest oparcie definicji przedmiotu prawa autorskiego

⁷⁹ S. Strömholm, *Der urheberrechtliche Werkbegriff...*, cz. 2, s. 483.

⁸⁰ Rozumiana jako medium – w moich wcześniejszych rozważaniach określane było to jako przedmiot materialny lub nośnik fizyczny dobra intelektualnego.

⁸¹ S. Strömholm, *Der urheberrechtliche Werkbegriff...*, cz. 2, s. 483.

⁸² Wyłożoną w trzech pracach: jego pracy licencjackiej: G. Karnell, *Upphovsrättens jämförelseobjekt*, bronionej w 1964 r., następnie w artykule opublikowanym później: G. Karnell, *Verksbegrepp och upphovsrätt*, TfR 1968/57, s. 401 oraz w rozprawie doktorskiej: G. Karnell, *Rätten till programinnehållet i TV: studier i upphovsrätt, utövande konstnärers rätt och fötorätt*, Uppsala 1970; opracowano na podstawie cytowanego artykułu G. Karnella oraz P. Törngren, *Den nordiska verksdebatten...*, s. 365–386.

⁸³ P. Törngren, *Den nordiska verksdebatten...*, s. 365–386.

⁸⁴ G. Karnell, *Begreppet verk i upphovsrätten...*, s. 368; P. Törngren, *Den nordiska verksdebatten...*, s. 386.

⁸⁵ P. Törngren, *Den nordiska verksdebatten...*, s. 386; krytycznie do tej koncepcji odniósł się Ljungman, którego poglądy, dość zbliżone do dotychczas prezentowanych, pominę w dalszej części rozważań z uwagi na konieczność zachowania zwięzłości już i tak rozległego wywodu; por. S. Ljungman, *Något om verkshöjd, Nordisk gjenklang. Festskrift til Carl Jacob Arnholt*, Oslo 1969, s. 192.

na pewnej strukturalizacji warstw lub elementów nań się składających, a które powinny być wyróżniane i osobno analizowane przez rozstrzygającego spór. Problematykę odróżnienia utworu od innych istniejących już artefaktów obaj prawnicy opierają także na porównaniu⁸⁶. Warto natomiast uwypuklić element wspólny dla Bergströma i Rossa: obaj prawnicy zwracają uwagę na interakcję, do jakiej dochodzi między utworem a publicznością, czyniąc ją elementem istotnym z punktu widzenia definicji przedmiotu prawa autorskiego (choć obaj ostatecznie przyjmują skrajnie różne stanowiska w tej kwestii).

Stanowisko odnośnie do istnienia (bądź nie) autonomicznego artefaktu w postaci utworu odnaleźć można również w krajowej współczesnej doktrynie prawniczej⁸⁷. Przykładowo Rafał Golał zauważa, że dobro intelektualne stanowi „byt samodzielny”, przy czym jego propozycja nie jest wsparta rozbudowanym uzasadnieniem⁸⁸. Przeciwnie stanowisko zajmuje natomiast Cezary Błaszczuk, którego wypowiedź wskazuje na pewne podobieństwa do argumentów realistów skandynawskich: jego zdaniem obiekty abstrakcyjne realnie (samoistne w wymiarze fizycznym) nie istnieją, nie posiadają fizycznej manifestacji – są wyłącznie konceptami. Konkretyzowane są jedynie za pośrednictwem materialnego nośnika, ale istnieją niezależnie od tego medium⁸⁹. Argumentuje on dalej, że przyjęcie odmiennej interpretacji wymuszałoby konieczność dowodzenia metafizycznej płaszczyzny (obiektywnej) egzystencji abstraktów, np. Platońskiego świata idei lub Popperowskiego trzeciego świata, co wymuszałoby zajęcie stanowiska „po stronie niemożliwego do niespekulatywnego uzasadnienia realizmu pojęciowego”⁹⁰. Jak wywodzi autor, stanowiska powyższego nie przekreśla również to, że dobro niematerialne może co prawda zaistnieć na płaszczyźnie intersubiektywnej (w sferze faktów konwencjonalnych) czy też być utrwalone za pomocą fizycznego nośnika, jednak nigdy nie można być pewnym, czy

⁸⁶ Choć w tym względzie nie przytaczają bliższych wskazówek, według jakich kryteriów taka metoda powinna funkcjonować.

⁸⁷ R. Golał, *Dobra niematerialne...*, s. 19; C. Błaszczuk, *Propertarianistyczne teorie...*, s. 26.

⁸⁸ R. Golał, *Dobra niematerialne...*, s. 19.

⁸⁹ C. Błaszczuk, *Propertarianistyczne teorie...*, s. 26.

⁹⁰ C. Błaszczuk, *Propertarianistyczne teorie...*, s. 27.

taki subiektywny sposób postrzegania świata i niedoskonałość form komunikacji pozwalają na pełne i maksymalnie zobiektywizowane wskazanie tożsamości *opus*⁹¹. Nie są to co prawda jedyne z wypowiedzi krajowej doktryny prawa autorskiego, które odnoszą się do istnienia lub nieistnienia dobra intelektualnego poza rzeczywistością normatywną, choć jedyne tak skonkretyzowane w odniesieniu do omawianej w tym miejscu problematyki⁹². O ile do propozycji Golata nie można odnieść się w pełni⁹³, o tyle w odniesieniu do wypowiedzi Błaszczyka można odnotować pewne uwagi krytyczne. Nie przesądzając na razie o słuszności stawianego przez niego rozstrzygnięcia, warto wskazać, że jest ono paradoksalnie bardzo zbieżne z poglądami Rossa: podobnie jak duński filozof, Błaszczyk wskazuje bowiem, że utwór stanowi produkt konceptualizacji zamysłu i idei znajdujących się w wyobraźni twórcy⁹⁴. W obu tych propozycjach jest więc to utożsamianie dobra niematerialnego z pewnym konceptem⁹⁵. Choć obaj wychodzą też ze stwierdzenia, że dobro intelektualne nabiera pewnej postaci w relacjach intersubiektywnych, to jednak Błaszczyk ją odrzuca jako niemożliwą do weryfikacji w sposób możliwie zobiektywizowany, podczas gdy Ross czyni ją jednym z kluczowych elementów definicyjnych⁹⁶. Mimo to Błaszczyk przyjmuje tezę o nieistnieniu dobra intelektualnego, ponieważ przeciwne stanowisko jego zdaniem zmuszałoby do wykazania czegoś, co nie jest możliwe przy prowadzeniu niespekulatywnej linii argumentacyjnej. Wydaje mi się jednak, że posiłkując się alternatywnymi argumentami dostarczanymi przez inne orientacje w ramach filozofii prawa, taki rezultat moż-

⁹¹ C. Błaszczyk, *Propertarianistyczne teorie...*, s. 27.

⁹² A. Kopff, *Przedmiot własności intelektualnej a konstrukcje prawne*, PiP 1978/3, s. 29–43; A. Kopff, *Prawo cywilne a prawo dóbr niematerialnych*, ZNUJ PPWI 1975/5, s. 9–33.

⁹³ Z uwagi na ograniczoną argumentację przedstawioną przez autora; zob. R. Gola, *Dobra niematerialne...*, s. 19–20; podobnie także C. Błaszczyk, *Propertarianistyczne teorie...*, s. 26–28.

⁹⁴ Ross twierdził, że dobro intelektualne jest wyłącznie abstrakcją złożoną z relatywnej jedności treści różnych idei.

⁹⁵ C. Błaszczyk, *Propertarianistyczne teorie...*, s. 26; A. Ross, *Ophavsrettens Grundbegreber...*, s. 345.

⁹⁶ Utwór ten nie może zaistnieć w rzeczywistości w inny sposób niż za pośrednictwem przeżycia, ta zaś może być mierzona przy pomocy metodyki nauk psychologicznych i empirycznych.

na byłoby osiągnąć, przyjmując założenie o dualizmie ontologicznym. Z pewną ostrożnością należy natomiast potraktować inny fragment tezy Błaszczyka odnoszący się do braku pewności, czy taki „subiektywny sposób postrzegania świata i niedoskonałość form komunikacji”, który uniemożliwia wskazanie w sposób zobiektywizowany tożsamości określonego dzieła, jest wystarczającym powodem do stwierdzenia, że dobro intelektualne nie istnieje. Zakładając bowiem, że skoro jest możliwa jego percepcja, ale utrudniony jednoznaczny opis tożsamości⁹⁷, to problemem nie jest ontologiczna „pustka” po stronie dobra intelektualnego, ale brak precyzyjności języka, medium czy innych form komunikacji, które pozwalałyby na jednoznaczne zidentyfikowanie tego, czym jest dobro intelektualne. Innymi słowy, teza Błaszczyka odnosi się do **zdatości do identyfikacji dobra intelektualnego** (a w zasadzie tego, że może ona być przedmiotem subiektywnej percepcji, której nie da się przekazać dalej osobie trzeciej, jednoznacznie identyfikując w ten sposób dobro intelektualne), **a nie do kwestii istnienia bądź nie samego dobra intelektualnego w rzeczywistości pozanormatywnej**.

Nawiązanie do koncepcji Rossa można też odnaleźć w niedawnej pracy A. Peukerta. Autor dostrzega błędne założenia przyjęte przez realizm skandynawski⁹⁸, i nawiązując do Searle’a, przyjmuje ostatecznie nieco odmienną koncepcję. Według niego idea abstrakcyjnego przedmiotu prawa własności intelektualnej służy wyłącznie celom konstrukcji normatywnej⁹⁹, zaś identyfikacja takiego „przedmiotu” ma charakter aktu deklaracyjnego (komunikacyjnego), któremu prawodawcy nadają moc instytucjonalną¹⁰⁰. Innymi słowy, to, co definiuje przedmiot regulacji, imitowane jest przez przedmiot fizyczny, wobec którego **autor deklaruje akt stworzenia**, zaś publiczność (w tym też prawodawca) akt ten przyj-

⁹⁷ Rozumiany jako przekaz osobie trzeciej; o ile bowiem doświadczamy takich dóbr intelektualnych, jak np. zapach perfum czy smak sera, to niezwykle trudno sporządzić taki opis tych dzieł, który nie odwoływałby się do kryteriów subiektywnych, niemożliwych do weryfikacji czy fałsyfikacji.

⁹⁸ A. Peukert, *A Critique of the Ontology...*, s. 44–48.

⁹⁹ Imitując obiekt własności – rzeczywisty przedmiot regulacji prawnej sprowadza się do normowania ludzkiego zachowania w odniesieniu do takiego przedmiotu, A. Peukert, *A Critique of the Ontology...*, s. 48.

¹⁰⁰ A. Peukert, *A Critique of the Ontology...*, s. 101.

muje (choć niekoniecznie się z nim może zgadzać)¹⁰¹. Samo abstrakcyjne pojęcie prawa własności intelektualnej istnieje tylko w naszym języku, nie ma więc swojego odbicia w rzeczywistości¹⁰².

Nieco odmienne rozwiązanie, choć silnie zainspirowane poglądami Rossa, zasugerował przywoływany już przeze mnie Ole-Andreas Rognstad¹⁰³. Analizując jego koncepcję, można zadać dodatkowe pytanie, czy skoro istotna z perspektywy odbiorcy i autora jest ochrona dostępu do treści przedmiotu prawa autorskiego, a nie ochrona materialnego stanu egzemplarza, w którym został inkorporowany, to czy konstrukcja przedmiotu prawa autorskiego nie powinna być odtwarzana właśnie za pośrednictwem przyznanych praw? Wydaje się, że w tym kierunku zresztą zmierzała też Wendy Gordon, pisząc, że prawo autorskie wyznacza swoje własne granice – substytut fizycznych granic przedmiotu materialnego¹⁰⁴.

Nie wydaje mi się jednak, aby było to w pełni trafne rozwiązanie – i to z kilku powodów. Na razie abstrahując od głównego założenia realizmu skandynawskiego, zwracam tu uwagę na błędne wnioskowanie, jakie przedstawiono zarówno w propozycji Rossa, jak i później – Rognstada. Można zauważyć, że o charakterze pojęcia dobra intelektualnego czy też przedmiotu prawa autorskiego wnioskuje się obaj na podstawie weryfikacji zakresu praw wyłącznych, porównując je następnie z zakresem praw przyznawanych w ramach prawa rzeczowego. Założeniem takiego porównania byłoby jednak, że przedmioty zarówno prawa autorskiego, jak i prawa rzeczowego są identyczne. Nie budzi natomiast wątpliwości, że – przynajmniej we współczesnym rozumieniu prawa autorskiego – błędne jest utożsamianie przedmiotu prawa autorskiego z jego fizyczną

¹⁰¹ A. Peukert, *A Critique of the Ontology...*, s. 53.

¹⁰² „The IP object therefore only exists in our language practices and beliefs that, however, always remain related to concrete exemplars (tokens) such as books, machines etc.” – A. Peukert, *A Critique of the Ontology...*, s. 40.

¹⁰³ O.-A. Rognstad, *Property Aspects...*, s. 50–51 i 70–71.

¹⁰⁴ W.J. Gordon, *An Inquiry into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory*, „Stanford Law Review” 1989/41, s. 1380: „Copyright provides its own boundaries which, by and large, substitute well for physical boundaries, both in regard to promoting transactions and to keeping liability within tolerable limits”.

manifestacją. Przedmiot prawa autorskiego – niezależnie od przyjętej orientacji filozoficznej – ma charakter niematerialny, dlatego porównywanie zakresu przyznawanych uprawnień wyłącznych w odniesieniu do takiego prawa z prawami przyznawanymi w odniesieniu do przedmiotu materialnego musi uwzględniać tę różnicę. W istocie to nie przyznawany monopol prawny jest celem ustawodawcy, ale stworzenie ram prawnych wokół pewnego przedmiotu prawa, wnioskowanie powinno zatem przebiegać w odwrotnej kolejności.

W odpowiedzi na ten impas Stieg Strömholm zaproponował poszukiwanie interpretacji prawnej w samym tekście ustawy¹⁰⁵. Rozwiązanie to prowadzić może do tego, że wpadnie się w to samo błędne metodologiczne koło. Wnioskując na podstawie tekstu ustawy o istnieniu lub nie przedmiotu prawa autorskiego, nie uzyskamy odpowiedzi na to, czy regulacja prawna odzwierciedla zastaną rzeczywistą sytuację społeczno-gospodarczą, czy też dopiero ją kreuje. Podejście Strömholma jest ściśle legalistyczne – sprowadza rozważania dogmatyczne wyłącznie do tekstu ustawy i choć nie można mu odmówić pragmatyzmu¹⁰⁶, to stanowi też daleko idące uproszczenie i ominięcie odpowiedzi na pytanie o identyfikację przedmiotu prawa autorskiego. Tylko pozornie dochodzi tu do identyfikacji utworu¹⁰⁷, bowiem poza tym stwierdzeniem, jak zobaczymy w kolejnych częściach rozważań¹⁰⁸, nie sposób jednoznacznie wskazać granic takiego artefaktu, pozwalających na odróżnienie go od niechronionej idei oraz od innych, istniejących już artefaktów.

¹⁰⁵ S. Strömholm, *Der urheberrechtliche Werkbegriff...*, cz. 2, s. 488–489, podkreślając, że: „(...) In m[einen] E[rachten] richtigen – Gefühl, daß der Jurist am besten die ästhetischen und psychologischen Theorien über Schöpfung und Daseinsweise des Werks in Ruhe lassen soll, will er äußere, unzweideutig verifizierbare Tatbestände, an die der Gesetzgeber die Rechtsfolgen anknüpfen kann, aufstellen”.

¹⁰⁶ Strömholm trafnie zauważa, że sędzia rozpatrujący spór, w którym kwestia istnienia dobra intelektualnego odgrywa kluczową rolę, wcale nie będzie zajmował się argumentami natury filozoficznej, ale zamiast tego dążyć będzie do maksymalnego praktycznego uproszczenia rozumowania prawnego; S. Strömholm, *Der urheberrechtliche Werkbegriff...*, cz. 2, s. 488: „Es ist wohl undenkbar, daß ein Richter in die Lage kommen könnte, sich die Frage stellen zu müssen (...)”.

¹⁰⁷ Jako artefaktu, który spełnia przesłanki ustawowe dla takiej kwalifikacji.

¹⁰⁸ Zob. rozdziały III.2.5 i III.2.6.

3. Referencyjność pojęcia utworu – próba krytycznego spojrzenia

Przedstawione rozważania sugerują pierwszy, intuicyjny wniosek: nie jest możliwe udzielenie odpowiedzi na pytanie o to, czy przedmiot prawa autorskiego ma charakter referencyjny i odnosi się do realnego dobra intelektualnego, bez uciekania się do zajmowania stanowiska odnośnie do orientacji filozoficznej. Dodatkowo ukazuje to poziom skomplikowania całej problematyki, która stanowczo wykracza poza samo definiowanie i interpretację przedmiotu prawa autorskiego, a obejmuje również kluczowe pytanie o normatywność prawa, zakres oraz metodologię prowadzonych badań nad konstrukcjami prawa autorskiego¹⁰⁹. Ocena założeń realizmu skandynawskiego nie jest jednak przedmiotem rozważań w niniejszej pracy i nawet krótkie odniesienie się do głównych jego tez stanowczo wykraczałoby poza dopuszczalne ramy merytoryczne tego opracowania. Z obowiązku sprawozdawczego odwołam się tu do krytycznych i analitycznych prac poświęconych w całości lub w części tej konkretnej tematyce, przy czym dodam, że żadna z nich nie podejmuje rozstrzygnięcia założeń tej filozofii w odniesieniu do konkretnego dogmatycznego problemu, jaki stanowi pojęcie utworu prawa autorskiego¹¹⁰.

Dyskusja zapoczątkowana przez Rossa wymaga jednak przyjęcia pewnej strategii dla dalszych rozważań. Brak odpowiedzi na pytanie o referencyjność pojęcia utworu oznacza w istocie przyjęcie stanowiska legalistycznego – sprowadzającego się do poprzestania wyłącznie na tekście ustawy, bez odnoszenia się do aspektów pozanormatywnych, które mogłyby sprzyjać rozwiązaniu problemu identyfikacji przedmiotu prawa autorskiego. Z kolei przyjęcie krańcowo odmiennej tezy, że przedmiot taki stanowi tylko „refleks” tego, jak pojęcie to jest rozumiane poza

¹⁰⁹ Co więcej, realizm skandynawski nie jest jedynym nurtem współczesnej filozofii prawa, którą można byłoby rozważyć w szerokim kontekście pytań o normatywność prawa czy też o metodologię badań prawnonaukowych; zob. też syntetyczne opracowanie nowszych koncepcji filozoficznych: M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Warszawa 2011, s. 188.

¹¹⁰ K. Elias, *Obowiązywanie prawa...*, s. 187–194; B. Brożek, *On tū-tū*, „Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law” 2015/27, s. 15–23; M. Jakubiec, *Tū-Tū Alfa Rossa a tezy skandynawskiego realizmu prawnego...*, s. 201–220.

tekstem ustawy, stwarza niebezpieczeństwo znacznego rozbudowania dalszej analizy.

W związku z powyższym na potrzeby dalszych rozważań przyjmę następującą strategię. Nie podejmuję się polemiki z założeniami nurtu filozofii, jakim był realizm skandynawski – nie jest to bowiem tematyką niniejszej pracy. Z uwagi jednak na potrzebę odpowiedzi na pytanie o referencyjność przedmiotu prawa autorskiego i wyznaczenie zakresu ewentualnych rozważań podejmę się krytycznej analizy wcześniej przedstawionych stanowisk w poszukiwaniu pewnych wskazówek odnośnie do tego, jak pojęcie utworu może być interpretowane i w jaki sposób wyznaczyć pole badawcze dla analizy tej konstrukcji. Co więcej, wydaje się również, że żadna z przedstawionych wcześniej koncepcji filozoficznych nie była ani nie jest aktualnie wdrażana w zupełności w systemie polskiego prawa autorskiego, choć w każdym z przywołanych wcześniej twierdzeń dostrzegam pewne elementy, które mogą mieć znaczenie przy ostatecznym kształtowaniu się pojęcia utworu. Stąd też brak opowiedzenia się za którąś z opcji filozoficznych może nie mieć niweczącego wpływu na dalsze rozważania.

Zanim jednak przejdę do krytycznej analizy, tytułem wprowadzenia do niej dokonam jeszcze jednego rozróżnienia między dwoma problemami, jakie wyłaniają się z przeprowadzonego sprawozdania. Podział ten jest, co trzeba wskazać stanowczo, schematyczny, jednak konieczny na potrzeby pewnego uporządkowania wypowiedzi. W mojej ocenie może wymagać nieco odmiennego podejścia problematyka referencyjności przedmiotu prawa autorskiego w odniesieniu do rzeczywistości poza-normatywnej, innego zaś kwestia odróżnienia go od istniejących już w obiegu artefaktów. Choć oba są ze sobą silnie powiązane, to w tym pierwszym przypadku rozważania zakreślają fundamenty dla przemyśleń o pojęciu utworu, a w konsekwencji też zakresu dalszych rozważań, jak również metodologii pracy badawczej. Przykładowo stwierdzenie, że przedmiot prawa autorskiego stanowi przejaw identyfikowalnego artefaktu, niezależnego od konstrukcji normatywnych, oznacza konieczność sięgania poza sam tekst ustawy dla analizy strategii takiej identyfikacji. Ten drugi przypadek, tj. sposób odróżnienia jednego artefaktu od drugiego, odnosi się natomiast już do skonkretyzowanej konstrukcji

normatywnej, której referencyjność (bądź jej brak) należy stwierdzić na wcześniejszym etapie. Ewentualna analiza powinna koncentrować się w tym przypadku na metodach porównawczych dwóch artefaktów. Przyjęcie w pierwszym punkcie, że przedmiot prawa autorskiego ma charakter referencyjny i oddaje to, jak istnieje i funkcjonuje w obiegu, umożliwia na kolejnym etapie (odróżnienia dwóch artefaktów) sięgnięcie po rozważania pozanormatywne (np. rozważania teoretycznoliterackie odnośnie do budowy dzieła literackiego). Zaznaczam jednak ponownie, że tak sformułowany podział ma charakter systematyzujący na potrzeby prowadzonego wywodu. W rzeczywistości i w praktyce trudno bowiem spotkać się z poszerzoną analizą ontologii przedmiotu prawa autorskiego.

Przed wszystkim ustalenie, czy pojęcie utworu ma charakter referencyjny, wymagałoby sprecyzowania, czym jest lub miałyby być ta rzeczywistość pozanormatywna. Trafnie moim zdaniem krytycy nurtu realistycznego wskazywali bowiem, że pewne ich uwagi wynikają z przedlogicznych założeń, opartych na przyjmowanych przez nich orientacjach ontologicznych¹¹¹. Co więcej, pozostając wyłącznie w sferze pojęć dogmatyki prawa własności intelektualnej, kolejnym krokiem powinno być dookreślenie tego, w jakim sensie rozważane jest pojęcie przedmiotu prawa autorskiego lub dobra intelektualnego. Przykładowo Wojciech Machała dokonał rozróżnienia aż siedmiu płaszczyzn postrzegania utworu¹¹²: instrumentalistycznej, psychologicznej, strukturalnej, ekonomicznej, teoretycznoprawnej i dogmatycznej (normatywnej)¹¹³. Co ciekawe, jeśli przyrzeć się definiowaniu tych „płaszczyzn” przez Machałę, można zauważyć, że autor wychodzi z założenia odmiennego niż Ross i Błaszczyk: w ujęciu instrumentalistycznym utworem ma być skonkretyzowanie idei jako nośnik i instrument jej rozpowszechnienia¹¹⁴;

¹¹¹ B. Brożek, *On tû-tû...*, s. 19; J. Bjarup, Alf Ross [w:] *Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre*, red. R. Walter, C. Jabloner, K. Zeleny, Wien 2008, s. 411.

¹¹² Choć bez bliższego wsparcia się metodologią, według której taki podział został przez autora dokonany, W. Machała, *Utwór. Przedmiot prawa...*, s. 11–59.

¹¹³ W. Machała, *Utwór. Przedmiot prawa...*, s. 11–12.

¹¹⁴ W. Machała, *Utwór. Przedmiot prawa...*, s. 12.

w ujęciu socjologicznym¹¹⁵ utwór ma być formą kontaktu pomiędzy twórcą a odbiorcą, faktem społecznym¹¹⁶; w psychologicznym – procesem psychicznym zachodzącym w czasie tworzenia lub poznawania dzieła¹¹⁷; w strukturalnym – zorganizowaną strukturą intelektualną, opartą na dających się wyróżnić elementach konstrukcyjnych, które wchodzą ze sobą w interakcję¹¹⁸; w ujęciu ekonomicznym – jednym z dóbr podlegających procesom gromadzenia i wymiany¹¹⁹. Wymienione przeze mnie niektóre z „płaszczyzn” postrzegania utworu przez Machałą potwierdzają tezę, że utwór – w konkretnym znaczeniu – występuje w rzeczywistości pozanormatywnej. Odpowiednio też „taką” rzeczywistość pozaustawową można byłoby próbować zrównać z postrzeganiem instrumentalnym, socjologicznym, strukturalnym¹²⁰, psychologicznym czy ekonomicznym. Dodatkowo Machała wyróżniał jeszcze ujęcie teore-

¹¹⁵ Służącym jako rozwinięcie instrumentalistycznego – W. Machała, *Utwór. Przedmiot prawa...*, s. 14–18.

¹¹⁶ W. Machała, *Utwór. Przedmiot prawa...*, s. 15 – co ciekawe, bez bliższego uzasadnienia autor powołuje się tutaj na stanowisko teoretycznoliterackie Głowińskiego, Okopień-Sławińskiej i Sławińskiego, nie tłumacząc wcale, dlaczego perspektywa (bądź co bądź „socjologiczna”) wsparta jest uzasadnieniem teoretycznoliterackim, a nie pochodzącym z nauk społecznych.

¹¹⁷ W. Machała, *Utwór. Przedmiot prawa...*, s. 18 – autor również powołuje się na uzasadnienie estetyczne R. Ingardena, podczas gdy właściwe byłoby, w mojej ocenie, poszukiwanie argumentacji wspartej na stanowiskach z zakresu nauk psychologicznych i neurologicznych, które zresztą dostarczają interesujących wskazówek dla takiego rozróżnienia; zob. np. S. Zeki, *Blaski i cienie pracy mózgu. O miłości, sztuce i pogoni za szczęściem*, Warszawa 2012; H. Kawabata, S. Zeki, *Neural correlates of beauty*, „Journal of Neurophysiology” 2004/91, s. 1699–1705; V. Ramachandran, W. Hirstein, *Nauka wobec zagadnienia sztuki. Neurologiczna teoria doświadczenia estetycznego* [w:] *Mózg i jego umysły*, red. W. Dziarnowska, A. Klawiter, Poznań 2006, s. 327–364 – zagadnienia te szerzej opisywane są w rozdziale II.3.4; bądź też prace V.P. Glăveanu, *Distributed Creativity. Thinking Outside the Box of the Creative Individual*, Heidelberg–New York 2014 – szerzej opisywane w rozdziale III.3.2.

¹¹⁸ W. Machała, *Utwór. Przedmiot prawa...*, s. 29 – ponowne wsparcie się wyłącznie na koncepcji estetycznej R. Ingardena może być tym razem uzasadnione w kontekście definicji tej „płaszczyzny”, jednak również niewystarczające w związku z rozwojem nauk estetycznych w XX i XXI wieku.

¹¹⁹ W. Machała, *Utwór. Przedmiot prawa...*, s. 42.

¹²⁰ Bądź estetycznym, jeśli oddać wierność definicji przyjmowanej przez autora.

tycznoprawne¹²¹ i dogmatycznoprawne¹²². Takie zestawienie sposobów postrzegania utworu jest jednak zabiegiem wątpliwym metodologicznie¹²³ i może zaciemniać pełen obraz pojęcia utworu. Pośrednio jest wyborem założenia, że utwór jako taki ma charakter referencyjny – istnieje w rzeczywistości pozanormatywnej, jednak ostatecznie analiza autora ogranicza się tylko do płaszczyzny dogmatycznoprawnej. Teoretycznie też ograniczenie się do analizy wybranego elementu „takiego bytu” utworu izoluje tę konstrukcję od konkretnego przejawu ontologicznego utworu, a wnioski wysuwane na tej podstawie mogą wcale nie mieć legitymacji do zastosowania w rozważaniach prawnych¹²⁴. Budzi to tym bardziej zastrzeżenia w kontekście ostatecznie składanej przez Machałą propozycji interpretowania przesłanki twórczości dla przedmiotu prawa autorskiego jako „cechowanie się odpowiednią doniosłością kulturową”¹²⁵, co oznacza sięgnięcie po kryteria wykraczające poza samą treść normatywną¹²⁶ i osadzenie jej w innej niż rozważana przez autora płaszczyzna¹²⁷.

Skoro identyfikacja pojęcia dobra intelektualnego (bądź utworu) istniejącego w (równie nieprecyzyjnej, jeśli chodzi o definicję) rzeczywistości pozanormatywnej jest niemożliwa, szczególnie utrudniona lub stanowczo wykraczałaby poza rozsądny zakres niniejszego opracowania, pozostaje zwrócenie uwagi na te elementy, które pod wpływem przytoczonych dyskusji mogą mieć znaczenie dla rozważań nad pojęciem utworu. Zestawiając zaś główne tezy i pytania stawiane przez realizm

¹²¹ Utwór jako przedmiot stosunku prawnego – poniekąd jest to stanowisko podobne do tego, które rozważał Magnussen w dyskusji skandynawskiej.

¹²² W. Machała, *Utwór. Przedmiot prawa...*, odpowiednio s. 48 i 56.

¹²³ Przykładowo autonomiczne potraktowanie płaszczyzny strukturalnej nawiązującej do estetyki Ingardena, która wynika z pewnego przyjętego fenomenologicznego założenia postrzegania sztuki, równie dobrze mogłoby być przedstawione wspólnie z rozumieniem socjologicznym bądź instrumentalnym.

¹²⁴ Wskazywał na to A. Ross, co stanowiło przedmiot szerszej analizy w poprzednim rozdziale.

¹²⁵ W. Machała, *Utwór. Przedmiot prawa...*, s. 150–151 (z opisem na s. 151–161); s. 216.

¹²⁶ Doniosłość ma być „kulturową”.

¹²⁷ Prawdopodobnie strukturalna lub społeczna, co również pozostaje bez bliższego uzasadnienia.

skandynawski, musimy powrócić do samego przedmiotu zainteresowania: **pojęcia utworu**. Niezależnie bowiem od ujęcia (historycznego, filozoficznego) przedmiot prawa autorskiego staje się artefaktem szczególnie problematycznym do zdefiniowania z uwagi na przypisywane mu właściwości, przede wszystkim zaś niematerialny charakter. Pewne podejście do tego problemu przedstawił Ross, zestawiając go jako przedmiot różny od przedmiotu prawa rzeczowego. Dzięki tej prostej dychotomii realiści skandynawscy uzyskują argument przemawiający za abstrakcyjnym i metafizycznym charakterem dobra intelektualnego¹²⁸, ale też później Błaszczyk, odwołując się do idealnego charakteru obiektu ochrony, trafnie wskazuje, że odmienna teza¹²⁹ wymagałaby zastosowania dowodzenia wątpliwego i spekulatywnego¹³⁰. Wydaje mi się jednak, że nawet uciekając od przyjęcia lub odrzucenia przedstawianych wcześniej stanowisk, a podkreślając ich wspólny mianownik – niematerialny charakter chronionego dobra – można zauważyć jeszcze jedną istotną kwestię. Odwołując się do podziału dychotomicznego, zwolennicy istnienia dobra intelektualnego wskazują na autonomiczny i wyjątkowy charakter przedmiotu prawa autorskiego, zaś przeciwnicy wywodzą na tej podstawie abstrakcyjny charakter utworu, dla którego nie powinno być miejsca w systemie prawnym. Należy tu jednak zaznaczyć, że problem z dookreśleniem treści czy też identyfikacji tożsamości utworu **nie może opierać się wyłącznie na zestawieniu dychotomicznym z materialnym nośnikiem** (tak jak ustalenie tożsamości i identyfikacja przedmiotu fizycznego spośród innych mu podobnych wymaga odniesienia go do tej samej klasy artefaktów, a nie tylko do jego przeciwieństw). Zarzut, jaki można próbować sformułować w odniesieniu do takiej metody definiowania, opiera się na spostrzeżeniu, że **dochodzi tu do utożsamienia problemu identyfikacji z problemem istnienia dobra intelektualnego**. Realiści skandynawscy przyjmują bowiem, że skoro nie jest możliwe wykazanie, jakiej dokładnie treści utwór powstał ani też w jaki sposób można go zidentyfikować, to też nie można

¹²⁸ Przez co, w konsekwencji, dochodzi do jego całkowitego porzucenia na rzecz alternatywnego ujęcia, jak w przypadku późniejszego stanowiska Olego-Andreasa Rognstada – por. O.-A. Rognstad, *Property Aspects...*, s. 66–71.

¹²⁹ O istnieniu dobra intelektualnego w rzeczywistości pozanormatywnej.

¹³⁰ Stanowczo wykraczającego poza zakres dogmatycznych rozważań nad prawem, jak też nieszczególnie wiele wnoszącego do praktyki stosowania takiej konstrukcji.

(a przynajmniej w niespekulatywny sposób) wywodzić, że istnieje on inaczej niż poza rzeczywistością normatywną. Należy tu jednak dodać, że brak możliwości wykazania treści bądź jednoznacznej identyfikacji tożsamości przedmiotu prawa nie oznacza wcale, że ten przedmiot nie istnieje¹³¹. Może to równie dobrze wskazywać, że aktualny system prawny nie dysponuje odpowiednimi środkami dowodowymi lub też nie zostały do tej pory sformułowane adekwatne propozycje ze strony doktryny prawniczej, które pozwoliłyby na stopniowe recypowanie do systemu dowodowego środków bądź materiałów dowodowych, które wskazywałyby na takie istnienie. Dychotomiczne zestawienie z przedmiotem materialnym pozwala natomiast wyłącznie – w mojej ocenie – na wskazanie różnic i ewentualnych podobieństw zachodzących między tymi dwoma artefaktami, nie zaś na identyfikację treści dobra intelektualnego bądź też na wskazanie kryteriów, jakimi należy się kierować przy określaniu tego, co ma składać się na przedmiot prawa autorskiego. **Niematerialny charakter dobra intelektualnego wskazuje natomiast na jego szczególny rodzaj percepcji**, którego nie da się odnieść do przedmiotu materialnego, a który wydaje się często pomijany przy analizie przedmiotu prawa autorskiego. Niezależnie bowiem od ostatecznego stanowiska o referencyjność, charakter dobra intelektualnego implikuje konieczność osobniczej percepcji i przetworzenia treści takiego dobra. Oznacza to, że problem związany z identyfikacją utworu wcale nie wynika z nieistnienia takiego artefaktu, ale z tego, że ewentualne sformułowanie opisowe jego granic może być „zaburzone” subiektywnym odczuciem związanym z przeżyciem, doświadczeniem treści takiego dzieła¹³². Innymi słowy, wydaje mi się, że **w związku z niematerialną postacią dobra intelektualnego, która wymusza osobiste**

¹³¹ Inaczej niż jako konstrukt jurydyczny, np. jako fakt społeczny, konwenans itp.

¹³² W podobnym kierunku, choć z założeniem też, że przedmiot prawa autorskiego nie ma charakteru referencyjnego, tj. nie istnieje w rzeczywistości innej niż normatywna, proponowała rozwiązanie A. Barron, również w odwołaniu do koncepcji estetycznych – zob. A. Barron, *Copyright Law and the Claims of Art*, „Intellectual Property Quarterly” 2002/4, s. 372; por. także J. Wilson, *On the value of the intellectual commons* [w:] *New Frontiers in the Philosophy of Intellectual Property*, red. A. Lever, Cambridge 2012, s. 123 oraz J. Barrett, *Copying artistic works: copyright, aesthetic, and artistic practice* [w:] *Research Handbook on Art and Law*, red. J. McCutcheon, F. McGaughey, Cheltenham–Northampton 2020, s. 71–76.

doświadczenie treści takiego dobra, istnieje ryzyko nieprecyzyjnego lub nieobiektywnego zidentyfikowania tożsamości takiego dobra w sposób opisowy lub inny, ale na tyle precyzyjny, że zapoznając się z taką identyfikacją, osoba trzecia nie będzie musiała samodzielnie takiego dobra intelektualnego doświadczyć¹³³.

Powyższe spostrzeżenia można więc sformułować jako następujące wnioski: nie jest możliwe wystarczająco obiektywne lub precyzyjne określenie, czym miałyby być rzeczywistość pozanormatywna, w której dobro intelektualne miałyby funkcjonować. To samo dotyczy pojęcia dobra intelektualnego, które mogłoby stanowić podstawę do dalszych definicji (utworu, przedmiotu prawa autorskiego, artefaktu itp.). Brak precyzyjności w interpretacji tego pojęcia mógł być jedną z przyczyn odrzucenia tego pojęcia w ramach realizmu skandynawskiego. Problem, jaki wyłania się z analizy tych wszystkich stanowisk, polega na utożsamieniu statusu ontologicznego dobra intelektualnego z identyfikacją jego treści (odróżnieniem go od innych artefaktów). Zasadniczo wynika to z oparcia się na dychotomicznym podziale przedmiot materialny – przedmiot niematerialny, przy czym dookreślenie tego drugiego pojęcia staje się niemożliwe. Nie wydaje mi się jednak, aby operowanie takim przeciwieństwem było wystarczającym argumentem przemawiającym zarówno za nieistnieniem, jak i istnieniem dobra intelektualnego jako niezależnego artefaktu. Warto zwrócić uwagę, że brak możliwości jednoznacznej identyfikacji dobra intelektualnego (wynikający z niezdatności języka opisowego do przetworzenia indywidualnego przeżycia treści takiego dobra) sam w sobie stawia kolejne pytanie o to, jakie jest źródło pewności, czy norma ustawowa kształtująca pojęcie utworu spełnia wyznaczoną jej funkcję i odzwierciedla cele, których urzeczywistnienia pożąda ustawodawca.

¹³³ Wniosek ten jest uzasadniony w połączeniu z rozumieniem „identyfikacji” jako zdatności do rozpoznania „tożsamości” utworu, tj. wskazania elementów, które wchodzą w jego skład, i elementów, które do niego nie należą; opisanie lub wskazanie jego granic, umożliwiające przyjęcie, że utwór taki jest autonomicznym artefaktem, zdatnym do bycia podmiotem ochrony prawa autorskiego. Celem identyfikacji jest możliwość skonstruowania takiego opisu utworu, na podstawie którego osoba trzecia byłaby w stanie wskazać bez wątpliwości, co podlega ochronie prawnoautorskiej.

Moim zdaniem bardzo trafnie problem stawiany przez realistów skandynawskich podsumował w krytycznym artykule Bartosz Brożek¹³⁴. Wychodząc z jego stanowiska, można bowiem argumentować, że problem z oceną referencyjności pojęcia dobra intelektualnego wymusza przyjęcie określonych założeń przedlogicznych, w tym też opowiedzenia się za wybraną orientacją filozoficzną. Związane jest to z koniecznością przyjęcia pewnych założeń odnośnie do pojęcia rzeczywistości pozanormatywnej i normatywnej, zajęcia stanowiska w odniesieniu do problematyki normatywności, definicji dobra intelektualnego, określenia pewnych parametrów czy też kryteriów pozwalających na wykazanie, czy ma ono niezależny, autonomiczny status, czy też jest artefaktem zupełnie zależnym od swojego materialnego ucieleśnienia bądź od percepcji odbiorcy. W każdym z tych przypadków konieczne jest dokonanie pewnych wyborów, wynikających z pewnych przedlogicznych intuicji¹³⁵, założeń ontologicznych systemu prawnego¹³⁶ czy własnych przekonań filozoficznych¹³⁷. Potrzeba pewnego uproszczenia i ograniczenia wywodu w niniejszej pracy¹³⁸ wymusza natomiast rozważenie pewnych strategii dalszego postępowania.

Uwzględniając powyższe zastrzeżenia i pewne ryzyko obciążenia dalszych rozważań dokonywanymi wyborami i kierowania się własnymi intuicjami prawniczymi, wydaje mi się, że istnieją dwa podstawowe rozwiązania zarysowanego tutaj dylematu referencyjności pojęcia dobra intelektualnego/przedmiotu prawa autorskiego.

Pierwszym z nich jest założenie że przedmiot prawa autorskiego (w odróżnieniu od pojęcia „dobro intelektualne”) jest całkowicie sztucznym tworem normatywnym, ukształtowanym przez ustawodawcę na gruncie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Stanowisko to wspierać może wcześniej przywołane spostrzeżenie Bently’ego i Shermana odnośnie do tego, że działalność prawodawców od zawsze miała poniekąd

¹³⁴ B. Brożek, *On tû-tû...*, s. 15–23.

¹³⁵ E. Husserl, *Doświadczenie i sąd...*, s. 255.

¹³⁶ B. Brożek, *On tû-tû...*, s. 19.

¹³⁷ B. Brożek, *Umysł prawniczy*, Kraków 2018, s. 240–251.

¹³⁸ A w związku z nią też rezygnacja z dyskusji o założeniach przedlogicznych i opowiedzenie się za którąś z wielu opcji filozoficznych.

charakter „twórczy”¹³⁹. Takie dualistyczne podejście, pozostające w duchu filozofii prawa zapośredniczonej w rozważaniach Harta i Kelsena¹⁴⁰, ma niepodważalną zaletę klarownego zakresu dla badań i przyjęcia odpowiedniej metodologii pracy. Rozważania ograniczałyby się wyłącznie do problematyki normy ustawowej i jej interpretacji dzięki osadzeniu jej odpowiednio w praktyce orzeczniczej i w wybranych problemach związanych ze stosowaniem takiego przepisu¹⁴¹. Metodologia pracy ograniczałaby się również przede wszystkim do analizy dogmatyczno-prawnej, wspieranej przez powszechnie akceptowane metody wykładni literalnej, systemowej, aksjologicznej i prakseologicznej. Rozwiązanie to jednak obarczone jest pewnym istotnym ryzykiem prowadzenia rozważań odizolowanych od rzeczywistości społecznej i odtworzenia normy prawnej, która może co prawda być koherentna systemowo, ale jednocześnie nieprzystająca do funkcji konstytucyjnej, społecznej bądź ekonomicznej, jaką powinna realizować w demokratycznym państwie prawa. Niebezpieczeństwo to można co prawda minimalizować, wprowadzając weryfikację przyjmowanych hipotez w odniesieniu do analizy konstytucyjnej, społecznej bądź ekonomicznej normy ustawowej¹⁴². Innym niebezpieczeństwem może być stwierdzenie całkowitej nieprzydatności konstrukcji przedmiotu prawa autorskiego i porzucenie jej na rzecz rozwiązania skoncentrowanego przede wszystkim na systemie praw wyłącznych. W takim kierunku poszedł wspomniany już Rognstad¹⁴³. Nie neguję takiego rozwiązania, zwracam jednak uwagę na jego problematyczność: w niemal każdym znanym na świecie systemie normatywnym konstrukcja prawa autorskiego zbudowana została wokół

¹³⁹ I polegała na kształtowaniu norm prawnych w oderwaniu od funkcjonującej rzeczywistości, pośrednio wpływając na jej postać w rzeczywistości „pozanormatywnej”, B. Sherman, L. Bently, *The Making...*, s. 57.

¹⁴⁰ B. Brożek, *Normatywność prawa...*, s. 66–67, 298–299.

¹⁴¹ Na zalety takiego rozwiązania wskazywał przywołany wcześniej Strömholm, który zaproponował poszukiwanie odpowiedzi na pytanie o referencyjność pojęcia utworu w samym tekście ustawy.

¹⁴² Na marginesie zwracam uwagę, że taka analiza „konstytucyjna, ekonomiczna czy społeczna” również nie ma określonych ram i w zasadzie to rozwiązanie jedynie przenosi odpowiedź na pytanie o referencyjność utworu na kolejny etap (weryfikacji spełniania funkcji zależnych przez ustawodawcę). Jak bowiem określić sposób oddziaływania utworu na rzeczywistość społeczną, jeśli ta druga nie jest zupełnie określona?

¹⁴³ O.-A. Rognstad, *Property Aspects...*, s. 68–71.

pojęcia utworu. Z tej, jak też z kolejnych przyczyn rozwiązanie polegające na odrzuceniu pojęcia przedmiotu prawa autorskiego nie jest, moim zdaniem, trafne¹⁴⁴. Jednakże szczególnie poważnym niebezpieczeństwem związanym z analizą konstrukcji przedmiotu prawa autorskiego w zupełnym odizolowaniu od jego funkcji i oddziaływania jest sytuacja, w której wyprowadzane interpretacje oddziałują mroząco na twórczość artystyczną i swobodę wypowiedzi¹⁴⁵. Kształtując konstrukcje przedmiotu prawa autorskiego w sztywnych i nieelastycznych ramach, stwarza się ryzyko odmowy przyznania kwalifikacji utworu dziełom, które mogą oddziaływać istotnie na sztukę, kulturę, naukę, a także wpływać na modele biznesowe i kształtowanie się tendencji społecznych. Dobrym przykładem realizacji takiego niebezpieczeństwa byłaby odmowa przyznania takiej kwalifikacji wybitnym dziełom sztuki konceptualnej¹⁴⁶. W tym miejscu nie będę analizować tego konkretnego problemu¹⁴⁷, jednak konieczne jest jego przywołanie jako przykładu ryzyka, którym obarczone jest zamknięcie się metodologiczne na zachodzące zmiany w społeczeństwie, kulturze czy ekonomii. Niebezpieczeństwo to mógł dostrzec również Machała, którego ostateczna propozycja interpretacji pojęcia utworu stara się problem ten zaadresować, wprowadzając kryterium doniosłości kulturowej – prawdopodobnie jako odpowiedź na zaniżający się poziom twórczości wymagany w orzecznictwie sądowym, jak też na zmiany, do jakich dochodzi w tkance społecznej¹⁴⁸.

Drugim rozwiązaniem problemu referencyjności pojęcia utworu może być stwierdzenie, że dobro intelektualne funkcjonuje jako autonomiczny artefakt zarówno w rzeczywistości pozanormatywnej, jak i normatywnej. Takie dualistyczne przekonanie o ontologicznym statusie utworu

¹⁴⁴ Inne przyczyny odrzucenia takiego stanowiska przedstawiam w rozdziale IV.2.5.

¹⁴⁵ M. Nimmer, *Does Copyright Abridge First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?*, „UCLA Law Review” 1970/17, s. 1180; zob. też szczegółowe rozważania z tej perspektywy w rozdziale III.1.

¹⁴⁶ R. Markiewicz, *Zabawy z prawem autorskim*, Warszawa 2015, s. 20–22, 162–167; R. Markiewicz, *Ilustrowane prawo autorskie*, Warszawa 2018, s. 56–61; Z.K. Said, *Copyright's Illogical Exclusion of Conceptual Art*, „Columbia Journal of Law & Arts” 2016/39, s. 335–354; C.H. Farley, *Judging Art*, „Tulane Law Review” 2005/79, no. 4, s. 805–858.

¹⁴⁷ Który zasługuje na komentarz szerszy niż sygnalizacyjny, stąd też powrócę do niego jeszcze w późniejszych rozważaniach.

¹⁴⁸ W. Machała, *Utwór. Przedmiot prawa...*, s. 153–154.

wymaga jednak podjęcia dalszych założeń. Jednym z nich byłaby teza, że pojęcie utworu ma odzwierciedlać istniejący już artefakt, co z kolei oznaczałoby (poza doprecyzowaniem pojęć, na które wcześniej zwracałam uwagę) konieczność dookreślenia też tego, czy taka implementacja dotyczy pełnego „obrazu” takiego istniejącego artefaktu, czy tylko jego części – z pewnych przyczyn wymagających ochrony normatywnej. Przykładowo można wyobrazić sobie założenie, że projekt ustawowy wzorowany jest na pojęciu utworu w sztuce, jednak z pewnych przyczyn rozszerza taką kwalifikację wyłącznie na przejawy wizualnego przedstawienia wizji artystycznej. Pomijając wiele niepewności pojawiających się już w odniesieniu do takiej strategii¹⁴⁹, warto zaznaczyć, że wymagałaby ona również wskazania, która postać artefaktu stanowić miałaby temat dalszych rozważań: czy sama treść ustawy¹⁵⁰, postać funkcjonująca w rzeczywistości pozanormatywnej¹⁵¹, czy też niektóre jego fragmenty¹⁵². Dochodzą do tego również problemy dowodowe, jeśli przyjąć, że analiza powinna odnosić się także do sposobu funkcjonowania utworu poza rzeczywistością normatywną. Finalnie więc rozważania dogmatycznoprawne nad konstrukcją przedmiotu prawa autorskiego należałoby i tak ograniczyć do problematyki wynikającej z treści literalnej ustawy, stwarzając model hybrydowy, w którym co prawda przyznaje się możliwość istnienia dobra intelektualnego w rzeczywistości społecznej, ale nie odnosząc się do niego ani nie wskazując na jego właściwości odzwierciedlone w konstrukcji przedmiotu prawa autorskiego. Takie podejście obarczone jest zaś podobnym ryzykiem jak opisane dla modelu pierwszego: odizolowania dalszych rozważań od aktualnych i przyszłych trendów społecznych, co nie tylko stwarzałoby wątpliwości odnośnie do dostosowania składanych propozycji do rzeczywistych potrzeb, lecz również mogłoby wywoływać efekt mrozący dla potencjalnego rozwoju twórczości artystycznej, naukowej czy gospodarczej.

¹⁴⁹ Jak choćby doprecyzowanie wcześniej wskazanych pojęć, podjęcie się ustalenia relacji utworu w prawie do utworu w sztuce itp.

¹⁵⁰ Stanowiąca niepełny, jednakowoż obraz, dobra intelektualnego.

¹⁵¹ Co z pewnością stanowczo wykraczałoby poza zakres takiej analizy.

¹⁵² A jeśli tak, to jakie i wybrane według jakiej metodologii?

Z powyższych granicznych strategii nie wynika zatem rozwiązanie, które można byłoby zaimplementować bez poważnego ryzyka nieuzasadnionego ograniczania pola badawczego. Wydaje mi się jednak, że – nawet uciekając od przyjmowania bądź odrzucania propozycji realistów skandynawskich, ale uwzględniając poczynione przez nich uwagi – możliwe jest wypracowanie rozwiązania pośredniego, które na potrzeby prowadzonych dalej rozważań postaram się zaimplementować.

Stanowisko pośrednie, jakie przyjmę na potrzeby niniejszej pracy, będzie się opierać na stwierdzeniu, że **nie jest możliwe rozstrzygnięcie, czy norma ustawowa odnośnie do przedmiotu prawa autorskiego ma charakter wtórny, czy pierwotny** względem otaczającej nas rzeczywistości. Powodem tego podejścia jest, jak wspomniałam już, ograniczenie tematyczne niniejszej pracy, jak i też problem niespekulatywnego dowodzenia istnienia przedmiotu niematerialnego w bliżej niesprecyzowanej rzeczywistości. Co więcej, jak wspomniałam, **niematerialny charakter utworu wymusza jego osobistą percepcję, a tej nie można w sposób precyzyjny i zupełnie obiektywny przenieść na płaszczyznę opisu językowego** (lub innego umożliwiającego zapoznanie się z takim opisem artefaktu, który nie wymuszałby osobistego jego doświadczenia). Innymi słowy, zauważam sens niektórych argumentów podnoszonych przez Rossa i jego zwolenników, ale też podkreślam, że brak jest obecnie metod badawczych pozwalających na niespekulatywne przeprowadzenie dowodu na potwierdzenie którejś z głoszonych przez nich tez. Jednocześnie intuicyjnie dostrzegamy, że pojęcie utworu nie jest wyłącznie konstruktem normatywnym i pozostaje w jakiejś niesprecyzowanej relacji z dobrem intelektualnym. Przyczyną tego impasu jest, moim zdaniem, sposób doświadczenia utworu, który wymusza intelektualne zaangażowanie odbiorcy, a to zaś włącza możliwość subiektywnej – a przez to też nieprecyzyjnej – identyfikacji i oceny.

Z punktu widzenia dalszego wyводу przyjęte przeze mnie podejście oznacza, że nie wykluczam istnienia dobra intelektualnego jako

autonomicznego „bytu” w rzeczywistości pozanormatywnej¹⁵³, uciekając jednak od definiowania i wskazywania zarówno tego dobra, jak i jego rzeczywistości. Konsekwencją takiego założenia jest to, że prowadzony wywód dogmatycznoprawny powinien być uzupełniany odwołaniem do innych dziedzin nauki, by sprawdzić, czy wnioski i wysuwane propozycje nie urzeczywistniają negatywnego ryzyka izolacjonizmu oceny prawnej¹⁵⁴. W celu uniknięcia urzeczywistnienia się takiego ryzyka zakładam również wzajemne oddziaływanie na siebie rzeczywistości pozanormatywnej oraz normatywnej¹⁵⁵. Sposób oddziaływania i zakres tej relacji nie jest jednak przedmiotem rozważań niniejszej pracy. Przyjmuję natomiast, że **nie można postawić jednoznacznej granicy między rozważaniami na temat konstrukcji przedmiotu prawa autorskiego (rzeczywistość normatywna) a dziełem** (w rozumieniu artystycznym czy też w kontekście działalności produkcyjnej)¹⁵⁶. W związku z tym jako metodę badawczą przyjmuję te metody, jakimi dysponuje warsztat naukowy odnośnie do wykładni pojęć prawnych, jak też niezbędne metody związane z odwoływaniem się do badań wykraczających poza weryfikację norm prawnych, ale uzasadnione w ramach nauk społecznych. Dla ułatwienia rozumienia wyводу zakładam też posługiwanie się pojęciem „przedmiot prawa autorskiego” w odniesieniu do systemu normatywnego, zaś pojęcie

¹⁵³ Wydaje mi się, że podobny kierunek wyznaczył również dla swoich rozważań B. Gawlik, wskazując na definicję dobra niematerialnego zarówno w nawiązaniu do rzeczywistości społecznej (element substancjonalny dobra intelektualnego), jak i rzeczywistości normatywnej (element formalny dobra niematerialnego); zob. B. Gawlik, *Umowa know-how...*, s. 27–28.

¹⁵⁴ Na marginesie zaznaczę, że takie kompromisowe podejście uwzględnia możliwość sytuacji, w której pojęcia przedmiotu prawa autorskiego i dobra intelektualnego tak dalece nie przystają do siebie wskutek zmian zachodzących w społeczeństwie, kulturze czy w gospodarce, że pojęcie normatywne przestaje realizować swoje funkcje, np. przedmiot prawa autorskiego przybiera sztuczną formę dzieła (utworu) jako rezultatu pracy twórczej, podczas gdy w rzeczywistości pozanormatywnej pojęcie dobra intelektualnego raczej odnosi się do działalności performatywnej, czynności komunikacyjnej czy aktu dokonywanego przez twórcę i postrzegowanego przez odbiorcę. Przyjmując wskazane założenie, unikam stwierdzenia sprzeczności między tymi tezami.

¹⁵⁵ E. Husserl, *Doświadczenie i sąd...*, s. 255–256.

¹⁵⁶ Zwłaszcza jeśli jednocześnie nie jest podejmowana polemika z wybraną orientacją filozoficzną.

„dobra intelektualnego” – do rzeczywistości pozanormatywnej¹⁵⁷. Założenie o wzajemnym oddziaływaniu na siebie obu tych pojęć wymusza również, jak wskazywałam wcześniej, **traktowanie tekstu normatywnego jako punktu wyjścia do dalszych rozważań nad konstrukcją przedmiotu prawa autorskiego**¹⁵⁸. Podkreślając nadrzędne znaczenie tekstu ustawy zwrócę jeszcze uwagę na konieczność jego interpretacji **w sposób nieodizolowany od rzeczywistości**, w jakiej on funkcjonuje. Uprzedzając dalsze zastrzeżenia, wskażę w tym miejscu, że głównym źródłem poszukiwań definicji i sposobów identyfikacji przedmiotu prawa autorskiego będą nauki estetyczne¹⁵⁹. Metoda ta nie jest też obca prawu autorskiemu i z pewną skutecznością była już lansowana przez Andrzeja Kopffa¹⁶⁰ (odwołującego się do prac Romana Ingardena)¹⁶¹, jak też Aloisa Trollera¹⁶² (poszukującego propozycji pojęcia utworu m.in. w estetyce Nicolai Hartmanna)¹⁶³.

Elementem wymagającym dodatkowego podkreślenia na zakończenie jest, dostrzegana przez niektórych realistów skandynawskich, **rola percepcji i doświadczenia dobra intelektualnego** jako jego elementu składowego. Dotychczas w dyskursie prawniczym skoncentrowanym na konstrukcji przedmiotu prawa autorskiego element doświadczenia go czy też przeżywania, z pewnymi wyjątkami¹⁶⁴, nie był podejmowany. Zwracam na to uwagę w tym miejscu, natomiast w dalszych rozważaniach powracać będę do tego zagadnienia jeszcze na bardziej szczegółowym poziomie analizy.

¹⁵⁷ Chyba że wyraźnie zaznaczę w tekście odmienne znaczenie.

¹⁵⁸ Przy czym też dopuszczam sięgnięcie do innych dziedzin nauki, w szczególności nauk społecznych, w ramach których podobne rozważania są i były prowadzone.

¹⁵⁹ Jako inspirację dla formułowania własnych propozycji interpretacji pojęcia utworu w prawie autorskim.

¹⁶⁰ A. Kopff, *Dzieło sztuk plastycznych i jego twórca to światło przepisów prawa autorskiego*, ZNUJ Rozprawy i Studia” 1961/XXXVI; A. Kopff, *Granice swobodnego użytkowania...*, s. 43–49.

¹⁶¹ Szczegółowo przedstawione w kolejnym rozdziale.

¹⁶² A. Troller, *Immaterialgüterrecht...*, Band I, s. 425–471.

¹⁶³ N. Hartmann, *Ästhetik*, Berlin 1935.

¹⁶⁴ Szczegółowo przywoływane i dyskutowane prace w następujących rozdziałach II.3 oraz IV.2.4.5.

Kończąc powyższe rozważania, dodam jeszcze, że przyjęcie tego „zachowawczego” stanowiska pośredniego nie oznacza wcale, że problematyka ta nie będzie poddawana dalszej weryfikacji. Wszystkie późniejsze tezy stawiane w oparciu o to założenie będą przeze mnie przyjmowane ze szczególną ostrożnością¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Istnienie dobra intelektualnego w rzeczywistości pozanormatywnej może być jednak kwestią szczególnie trudną do wykazania, zwłaszcza w pracy dogmatycznoprawnej; podobnie także C. Błaszczyk, *Propertarianistyczne teorie...*, s. 26–28.

Rozdział II

ESTETYCZNE STRATEGIE IDENTYFIKACJI UTWORU

„(...) zamiast podać coś, co byłoby wspólne wszystkiemu, co nazywamy językiem, powiadam, że nie ma wcale czegoś jednego, co wszystkim tym zjawiskom byłoby wspólne i ze względu na co stosowalibyśmy do nich wszystkich to samo słowo. Są one natomiast rozmaicie ze sobą spokrewnione. I ze względu na to pokrewieństwo, czy też te pokrewieństwa, nazywamy je wszystkie «językami»”¹.

1. Wprowadzenie

Nawiązanie do wybranych koncepcji estetycznych ma dwa cele. Po pierwsze, stanowi to realizację przyjętej kompromisowej strategii odnośnie do referencyjności pojęcia utworu. Szeroko pojęty świat sztuki jest jednym z przejawów funkcjonowania przynajmniej niektórych spośród przedmiotów prawa autorskiego, zaś dyskutowane koncepcje wcale nie wynikają (a przynajmniej bezpośrednio) z rozwiązań ustawowych, ale ze zmian społecznych czy gospodarczych. Z pewnym prawdopodobieństwem możliwe jest zatem przyjęcie, że wykształcone teorie odnoszące się do pojęcia dzieła sztuki mogły stanowić następstwo rozwoju sztuki,

¹ L. Wittgenstein, *Dociekania filozoficzne*, Warszawa 2000, s. 49–50.

a nie regulacji normatywnych². W związku z tym zestawienie koncepcji estetycznych z modelami normatywnymi może wskazywać na podobieństwa i rozbieżności między identyfikacją dobra intelektualnego (dzieła sztuki) i przedmiotu prawa autorskiego (utworu). Co więcej, w ramach estetyki były i są wypracowywane różne strategie definiowania tego pierwszego pojęcia, które w dłuższej perspektywie mogą okazać się przynajmniej inspirujące dla analizy normatywnej.

Po drugie, nauki estetyczne zajmowały się dotychczas pojęciami zbieżnymi do tych, które funkcjonują w obrębie prawa autorskiego, w szczególności pojęciem dzieła sztuki, twórczości czy statusem autora dzieła³. Sprawozdawcze przedstawienie tego, w jakim kierunku i z użyciem jakich argumentów przebiegała dyskusja estetyczna, ma pozwolić na analizę tego wycinka rzeczywistości pozanormatywnej, w której prawo autorskie powinno znajdować pewne zastosowanie. Warto jednak w tym kontekście na wstępie odnotować bardzo istotne zastrzeżenie. Zakładając „wzajemne oddziaływanie” dobra intelektualnego⁴ i przedmiotu prawa autorskiego, należy podkreślić, że wcale **nie oznacza to, że każdy przedmiot prawa autorskiego stanowi dzieło sztuki, jak też nie każde dzieło sztuki powinno być kwalifikowane jako utwór**. Zakres obu tych pojęć ma charakter stosunku krzyżowego⁵. Prawo i estetyka powinny być traktowane jako oddziałujące na siebie, lecz niezależne dyscypliny, stąd też jest niemożliwe implementowanie wprost rozwiązań

² Aczkolwiek jest to założenie nieco uproszczone – można też twierdzić, że skoro działalność artystyczna jest choćby częściowo wynikiem tego, jak kształtowane są regulacje normatywne, to pośrednio też wpływ ten zaznacza się w nauce i teoriach estetycznych. Uproszczenie zostało przyjęte przeze mnie na potrzeby niniejszej pracy i uzasadnione jest potrzebą pewnego ograniczenia wyводу.

³ M. Gołaszewska, *Zarys estetyki*, Warszawa 1984, s. 10–30; W. Stróżewski, P. Taranczewski, *Wykłady lubelskie o estetyce*, Kraków 2016, s. 45–60; W. Tatarkiewicz, *Dzieje sześciu pojęć*, Warszawa 2005, s. 21–60.

⁴ Jako istniejącego w rzeczywistości pozanormatywnej, w tym m.in. w sztuce.

⁵ Istnieją takie utwory, które są dziełami sztuki, jak też takie, które nie spełniają takiej definicji; istnieją również takie dzieła sztuki, które zakwalifikować można jako utwory w rozumieniu prawa autorskiego, jak też takie, które nie będą stanowić przedmiotu prawa autorskiego; zob. też M.A. Runco, *Creativity. Theories and themes: Research, development, and practice*, Cheltenham–Northampton 2007, s. 384, który wprowadził i omówił pojęcie „art-bias” w kontekście definiowania/klasyfikowania dzieł sztuki.

estetycznych do systemu prawnego. Celem analizy koncepcji estetycznych będzie więc nie poszukiwanie rozwiązania, które można byłoby wprost inkorporować do rozwiązania normatywnego, lecz weryfikacja sposobu definiowania pojęcia „dzieła sztuki” i – być może – inspiracja do stworzenia na gruncie prawnym podobnych koncepcji. Podkreślam przy tym, że koncepcji estetycznych nie należy traktować jako papierka lakmusowego dla koncepcji normatywnej, a jedynie jako punkt wyjścia do dalszych rozważań. Dodatkowo na obronę analizy estetycznej w rozważaniach dogmatycznoprawnych wskazuję jeszcze, że to przede wszystkim na gruncie dyskusji naukowej w estetyce toczyły się (i nadal prowadzone są) spory odnośnie do tego, w jaki sposób ugruntowane intuicje co do kwalifikacji dzieła sztuki mogłyby reagować na zmieniającą się rzeczywistość, w tym też na rozwój nowych technologii i ich twórcze wykorzystanie w procesie artystycznym⁶.

Definiowanie przedmiotu prawa autorskiego ma miejsce jednak nie tylko na gruncie nauk estetycznych, ale też ekonomicznych⁷, socjologicz-

⁶ Dynamika tych debat może okazać się przydatna dla rozważań poświęconych zagadnieniom programów komputerowych, granicy ochrony idei i formy wyrażenia czy kwalifikacji jako utwór sztuki konceptualnej, w szczególności tej, która oparta jest na minimalistycznej ekspresji artystycznej i balansuje na granicy performansu i klasycznie rozumianego dzieła sztuki. Rozwój postmodernistycznych koncepcji filozoficznych i estetycznych wpłynął w niebagatelny sposób na inne dziedziny twórczości i nauki, wykraczając znacznie poza klasyczne rozumienie nauk estetycznych, a odzwierciedlając się choćby w architekturze, literaturze czy muzyce; zob. B. Dziemidok, *Główne kontrowersje estetyki współczesnej*, Warszawa 2012, s. 26–34; S.R.C. Hicks, *Zrozumieć postmodernizm. Sceptycyzm i socjalizm od Rousseau do Foucaulta*, Bydgoszcz 2016, s. 39–60; C. Freeland, *But is it art?*, Oxford 2001, s. 30–59; M. Fried, *Art and Objecthood* [w:] *Minimal Art. A Critical Anthology*, red. G. Battcock, Berkeley 1995, s. 116–147; J. Wachowski, *Performans*, Gdańsk 2011.

⁷ Z wielu prac zob. w szczególności następujące: T.W. Dornis, *Wigmorean copyright: law, economics and socio-cultural evolution*, „Intellectual Property Quarterly” 2018, s. 159–180; G.K. Hadfield, *The Economics of Copyright: An Historical Perspective*, „Copyright Law Symposium” 1988/38, no. 1, s. 12; H. Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, „American Economy Review” 1967/57, s. 347, 348, 359; R.M. Hurt, R.M. Schuchman, *The Economic Rationale of Copyright*, „American Economical Review” 1966/56, no. 421, s. 422–423; M.A. Lemley, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, „Texas Law Review” 2005/83, s. 1031; R.A. Posner, *Intellectual Property: The Law and Economics Approach*, „Journal of Economic Perspectives” 2005/19, no. 57; W.M. Landes, R.A.

nych⁸ czy filozoficznych⁹. W przeciwieństwie jednak do ekonomii czy socjologii, estetyka zachowuje neutralność względem zarówno interesów majątkowych, jak i osobistych podmiotów uprawnionych z tytułu praw autorskich¹⁰. Z tej przyczyny analiza koncepcji estetycznych może okazać się pomocna w naukach prawnych, inspirując wypracowanie takiej propozycji, która mogłaby być jeszcze dodatkowo zupełnie neutralna względem chronionych w prawie autorskim wartości majątkowych i osobistych.

Odwołanie się do nauk estetycznych ma również dłuższą historię w krajowym prawie autorskim. Do koncepcji estetycznych (przede wszystkim propozycji fenomenologicznej Ingardena) odwoływali się m.in.

Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, „Journal of Legal Studies” 1989/18(2), s. 326–363.

⁸ Z wielu prac zob. w szczególności: N.W. Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, „Yale Law Journal” 1996/106, no. 2, s. 283–387; N. Elkin-Koren, *Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway The Case Against Copyright Liability of Bulletin Board Operators*, „Cardozo Arts & Entertainment Law Journal” 1995/13, s. 346; O. Rachum-Twaig, *A Genre Theory of Copyright*, „Santa Clara High Technology Law Journal” 2016/33, no. 1, s. 33–89; E. Cooper, *Copyright and Mass Social Authorship: A Case Study of the Making of the Oxford English Dictionary*, „Social and Legal Studies” 2015/24, no. 4, s. 509–530; E. Rosenblatt, *Belonging as Intellectual Creation*, „SSRN Electronic Journal” 2017/1.

⁹ J. Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, „Georgetown Law Journal” 1988/77, s. 287–366; J.M. Garon, *Normative copyright: A conceptual framework for copyright philosophy and ethics*, „Cornell Law Review” 2003/88, no. 5, s. 1278–1360; A. Lever (red.), *New frontiers in the philosophy of intellectual property*, Cambridge 2012; T.G. Palmer, *Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects*, „Harvard Journal of Law & Public Policy” 1990/13, s. 817; P. Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Ashgate 1996.

¹⁰ A przynajmniej podejmuje taką próbę. Punktem odniesienia dla nauk estetycznych jest pojęcie sztuki i dzieła – w pełnym oderwaniu od tego, czy przedstawia ono jakąkolwiek wartość majątkową bądź osobistą; zob. M. Gołaszewska, *Zarys estetyki...*, s. 10–15; W. Stróżewski, P. Taranczewski, *Wykłady lubelskie...*, s. 45–51.

A. Kopff¹¹, R. Markiewicz¹², W. Machała¹³, G. Mania¹⁴. Również zagranicznej doktrynie autorskiej odwołanie się do ówczesnie dominujących koncepcji estetycznych nie było obce. Przykładem może służyć choćby praca A. Trollera¹⁵ (poszukującego propozycji pojęcia utworu m.in. w estetyce Hartmanna)¹⁶ czy też publikacje autorów i autorek (nawiązujących do wybranych przez siebie nurtów estetycznych): Justine Pili¹⁷, Anne Barron¹⁸, Petera Jasziego¹⁹, Christine Farley²⁰, Alfreda Yena²¹, Laurry Biron i Eleny Cooper²² oraz wielu innych postaci prawa autorskiego²³.

¹¹ A. Kopff, *Dzieło sztuk plastycznych...*; A. Kopff, *Granice swobodnego użytkowania...*, s. 43–49; A. Kopff, *Znaczenie koncepcji utworu w prawie autorskim* [w:] *Szkice filozoficzne. Romanowi Ingardenowi w darze*, red. I. Dąbska, D. Gierulanka, M. Gołaszewska, I. Krońska, A. Poltawski, M. Turowicz, J. Woleński, Z. Żarnecka, Warszawa 1964, s. 381–398.

¹² R. Markiewicz, *Dzieło literackie...*; R. Markiewicz, *Ochrona prac naukowych*, Kraków 1990.

¹³ W. Machała, *Utwór. Przedmiot prawa...*, s. 21–29.

¹⁴ G. Mania, *Muzyka...*, s. 46–60.

¹⁵ A. Troller, *Immaterialgüterrecht...*, Band I, s. 428–447.

¹⁶ N. Hartmann, *Ästhetik...*

¹⁷ J. Pila, *An Intentional View of the Copyright Work*, „Modern Law Review” 2008/71, s. 535–558; J. Pila, *Copyright and its categories of original works*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2010/30, no. 2, s. 229–254.

¹⁸ A. Barron, *Copyright Law...*, s. 368–401; A. Barron, *Copyright law’s musical work*, „Social and Legal Studies” 2006/15/1, s. 101–127.

¹⁹ P. Jaszi, *Toward a Theory of Copyright: The Metamorphosis of ‘Authorship’*, „Duke Law Journal” 1991, s. 455–502.

²⁰ C.H. Farley, *Judging Art...*, s. 805–858.

²¹ A.C. Yen, *Copyright Opinions and Aesthetic Theory*, „Southern California Law Review” 1998/71, s. 247–302, 284–297.

²² L. Biron, E. Cooper, *Authorship, aesthetics and the artworld: Reforming copyright’s joint authorship doctrine*, „Law and Philosophy” 2016/35, no. 1, s. 55–85; E. Cooper, *Art and Modern Copyright...*, s. 12–106.

²³ R.K. Walker, B. Depoorter, *Unavoidable Aesthetic Judgments in Copyright Law: A Community of Practice Standard*, „Northwestern University Law Review” 2015/109, no. 2” s. 365–366; E. Bietti, *Defining art for copyright: against the museum without walls*, „UCL Jurisprudence Review” 2010/16, s. 131–154; D. Booton, *Framing Pictures: Defining Art in UK Copyright Law*, „Intellectual Property Quarterly” 2003/38, no. 1, s. 68; zob. też P. Masiyakurima, *Copyright in works of artistic craftsmanship: An analysis*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2016/36, no. 3, s. 505–534, 516.

Poniższa analiza ma charakter sprawozdawczy. Z tej przyczyny, że nie ma ona na celu polemiki z doktryną nauk estetycznych, ale ewentualną weryfikację sposobu funkcjonowania pojęcia dobra intelektualnego (w określonym wycinku rzeczywistości, jakim ma być świat sztuki) i w dalszej kolejności – możliwą inspirację dla rozwijanych w doktrynie prawnej koncepcji. Ambicją tego opracowania nie jest też sprawozdawcze przedstawienie całej historii estetyki. W tym zakresie dużo bardziej pomocne są na pewno analizy dokonane i przedstawione już w literaturze polskiej i zagranicznej²⁴. Zestawienie wszystkich koncepcji estetycznych, nawet w stopniu ograniczonym wybraną cezurą czasową, mogłoby również zbyt rozbudować rozmiary opracowania. Stąd też zdecydowałam się na wybór koncepcji fenomenologicznej Ingardena oraz kilku najbardziej dyskutowanych koncepcji inspirowanych filozofią analityczną Wittgensteina. Pomięłam natomiast historyczne propozycje i koncepcje już zarzucone bądź niedostosowane do współczesnych form aktywności twórczych²⁵. Wątpliwości może budzić w tym kontekście sięgnięcie do propozycji Ingardena. Wydaje mi się jednak, że jej zestawienie z późniejszym, postmodernistycznym trendem pozwoli w pełnym świetle oddać mankamenty teorii fenomenologicznej dzieła sztuki, jak też wskazać najważniejsze postulaty koncepcji współczesnych²⁶. Jak wskazuje się w naukach estetycznych, pojęcie poststrukturalizmu – zapoczątkowane jeszcze przez Jacquesa Derridę²⁷ – stawiane jest w opozycji do wcześniejszych koncepcji, stąd też jeśli któraś ze współczesnych teorii mogłaby stanowić punkt wyjścia dla rozważań prawnych, to niezbędne wydaje

²⁴ W szczególności następujące prace: W. Tatarkiewicz, *Historia estetyki*, t. 1–3, Warszawa 1991 (wyd. III i IV oraz późniejsze); E. Gombrich, *O sztuce*, Warszawa 2009; B. Dziemidok, *Główne kontrowersje...*; A. Zeidler-Janiszewska (red.), *Sztuka i estetyka po awangardzie a filozofia postmodernistyczna*, Warszawa 1994.

²⁵ Dostosowując ramy aktualnie obowiązującej interpretacji prawnoautorskiej należy bowiem mieć na względzie to, że nie tylko system ten powinien być możliwie uniwersalny, ale też uwzględniać potencjalne zmiany i tendencje, jakie powstać mogą w przyszłości. Oparcie się więc na koncepcji estetycznej nierozwijanej bądź zarzuconej jeszcze przed nastaniem epoki modernistycznej mogłoby okazać się nietrafnym przedsięwzięciem.

²⁶ S.R.C. Hicks, *Zrozumieć postmodernizm...*, s. 61–95; B. Dziemidok, *Główne kontrowersje...*, s. 16–25.

²⁷ M.P. Markowski, *Efekt inskrypcji. Jaques Derrida i literatura*, Kraków 2003, s. 42–43, 47–50; D. Novitz, *Postmodernism: Barthes and Derrida* [w:] *The Routledge Companion to Aesthetics*, B. Gaut, D. McIver Lopes, London–New York 2013, s. 170–178.

się przedstawienie jej dokładnego kontekstu i uzasadnienia poszczególnych postulatów. Można przy tym zarzucić dokonaniem wyborowi, że koncentruje się na teoriach estetycznych zapoczątkowanych w II połowie XX wieku, w miejsce których pojawiają się nowsze propozycje warte uwagi²⁸. Wydaje mi się jednak, że zaletą takiego podejścia jest odniesienie się do koncepcji już ugruntowanych, do których powstała pogłębiona analiza krytyczna²⁹, zaś dyskusja wskazuje nadal na wiele ich aspektów i możliwości oddziaływania na definiowanie pojęcia dzieła sztuki. Co więcej, zwrócenie uwagi na propozycje estetyczne powstałe w wyniku inspiracji filozofią analityczną Wittgensteina samo w sobie stanowić może wartość dodaną: założeniem tego podejścia było bowiem poszukiwanie metody definiowania opartej na możliwie zobiektywizowanych kryteriach. Warto natomiast odnieść się do potencjalnego zarzutu nawiązywania do wielokrotnie analizowanej propozycji Ingardena. Zapoczątkowane przez Andrzeja Kopffa³⁰, następnie analizowane przez Ryszarda Markiewicza³¹, Janusza Bartę³², Wojciecha Machałę³³, ostatnio również w odniesieniu do dzieła muzycznego – Grzegorza Manię³⁴ – podejście fenomenologiczne może bowiem nie wytrzymywać już próby czasu i przez to nie być odpowiednim rozwiązaniem, na jakim mogłoby wesprzeć się współczesne prawo autorskie. Z uwagi jednak na dominujące znaczenie tej koncepcji dla polskiej doktryny prawniczej jej przedstawienie – wraz z krytycznym komentarzem – stanowić może już pewien punkt wyjścia do dalszych rozważań, mimo że koncepcja Ingardena mogłaby nie zostać przez niektórych przedstawicieli nauk estetycznych uznana za podejście aktualne³⁵.

²⁸ Jak choćby pragmatyzm Shustermana lub nurty feministyczne i ekologiczne; zob. K. Wilkoszewska, *Nowe inspiracje w estetyce drugiej połowy XX wieku* [w:] *Estetyki filozoficzne XX wieku...*, s. 281–303.

²⁹ W przeciwieństwie do nowszych trendów, które choć są aktualnie szeroko dyskutowane i ciekawe poznawczo, to ich wpływ na rozwój sztuki i estetyki nie jest jeszcze całkiem przesądzony.

³⁰ A. Kopff, *Dzieło sztuk plastycznych...*

³¹ R. Markiewicz, *Dzieło literackie...*, s. 22–26.

³² J. Barta, *Dzieło muzyczne...*

³³ W. Machała, *Utwór. Przedmiot prawa...*, s. 29–37.

³⁴ G. Mania, *Muzyka...*, s. 46–50.

³⁵ A. Burzyńska, M.P. Markowski, *Teorie literatury XX wieku*, Kraków 2009, s. 95.

Rozważania ograniczam tylko do prób definiowania, kwalifikacji i interpretacji aktu twórczego jako „dzieło sztuki”. Założeniem tego ograniczenia jest stanowisko, że pojęcie to jest jednym z najbardziej zbliżonych do konstrukcji przedmiotu prawa autorskiego³⁶, choć jako hipoteza będzie to podlegało dalszej weryfikacji. Dopuszczam również w razie potrzeby odwoływanie się do innych pojęć wypracowywanych w ramach analizowanej koncepcji estetycznej. Zwracam jednak uwagę na dwa niebezpieczeństwa takiego założenia. Przede wszystkim nie każda koncepcja estetyczna jest skoncentrowana na próbie definiowania dzieła sztuki³⁷. Koncepcje, które nie odnoszą się do głównego przedmiotu rozważań niniejszej pracy, zostaną pominięte, choć w kontekście rozwoju nauk estetycznych mogły one wywrzeć silny wpływ na toczące się dyskusje³⁸. Drugim niebezpieczeństwem może być natomiast konfrontacja z zupełnie odmiennym postrzeganiem przedmiotu rozważań: przykładowo jako aktu twórczego, performansu, nie zaś rezultatu takiej aktywności³⁹. Przedstawiona analiza nie pomija takich koncepcji. Zbudowanie koncepcji estetycznej wokół zupełnie odmiennego rodzaju działalności nie wyklucza bowiem, że pewne elementy podkreślane w takiej propozycji mogłyby mieć znaczenie dla rozważań prawnych, jeśliby zostały prawidłowo zaimplementowane (dostosowane) do systemu prawnego.

2. Estetyka Romana Ingardena

Propozycja estetyczna sformułowana przez Romana Ingardena bardzo silnie czerpie z nurtu fenomenologicznego Husserla⁴⁰. Podejście to zakłada, że pojęcie prawdy jest intuicyjne, naocznościowe⁴¹. Według

³⁶ Przynajmniej na wstępnym poziomie analizy.

³⁷ Przykładowo niektórzy przedstawiciele nauk estetycznych koncentrowali się przede wszystkim na pojęciach przeżycia estetycznego, twórczości artystycznej czy aspekcie semiotycznym dzieła sztuki; zob. W. Stróżewski, P. Taranczewski, *Wykłady lubelskie...*, s. 149–161.

³⁸ Ograniczenie to motywuję potrzebą zwięzłości wywodu.

³⁹ Np. J. Wachowski, *Performans...*, s. 13–15, 217–233.

⁴⁰ A. Burzyńska, M.P. Markowski, *Teorie literatury...*, s. 81.

⁴¹ W przeciwieństwie do poprzedzającego ten nurt relatywizmu, z zakresu rozważań należy wykluczyć to, co wykracza poza czystą świadomość, a uwzględnić wyłącznie to, co prezentuje się w sposób „oczywisty”. E. Husserl, *Badania logiczne...*, t. 2, cz. I, s. 552 i t. 1,