

Nr 4 / 2019

Czasopismo naukowe

**Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego
w Olsztynie**

K

P

P

**Kortowski
Przegląd
Prawniczy**

REDAKCJA

Redaktor Naczelny: Dr Magda Dziembowska
Zastępca Redaktora Naczelnego: Dr Adrianna Szczechowicz
Zastępca Redaktora Naczelnego: Dr Agata Opalska - Kasprzak
Redaktor Techniczny: Mgr Łukasz Cichowicz
Członek Redakcji: Mgr Natalia Kulbacka-Burakiewicz
Członek Redakcji: Mgr Karolina Rzeczkowska
Członek Redakcji: Mgr Katarzyna Ćwik
Członek Redakcji: Elżbieta Roszkowska

ADRES REDAKCJI

ul. Oczapowskiego 12B
10-719 Olsztyn
[www. uwm.edu.pl/kpp](http://www.uwm.edu.pl/kpp)
adres e-mail: kpp.uwmwpia@gmail.com

RADA NAUKOWA

prof. zw. dr hab. Jerzy Kasprzak,
dr hab. Mariola Lemonnier, prof. UWM,
dr hab. Wiesław Pływaczewski, prof. UWM,
dr hab. Maria Szczepaniec, prof. UKSW,
dr Сергій Банах,
dr hab. Сергій Гречанюк,
dr Оксана Коваль,
dr Norbert Malec,
prof. Josef Čentěš,
prof. Edward Burda,
PhDr. Anna Schneiderová
JUDr. Kamila Bubelová, Ph.D.

PROJEKT OKŁADKI

Redakcja

SKŁAD I ŁAMANIE

Mgr Natalia Kulbacka-Burakiewicz

ISSN 2300-4673

OLSZTYN 2019

SPIS TREŚCI

Aleksandra Majorkiewicz

Postępowanie w sprawie zgłoszenia podejrzenia choroby zawodowej 1

Paulina Skorupska

Instytucja świadka koronnego – geneza i przykłady 6

Piotr Przybytek, Paweł Przybytek

Rada Europy wobec europejskiego przemysłu filmowego (na tle spadku jego konkurencyjności w skali globalnej). Zarys problematyki. 10

Renáta JAKUBČOVÁ

Ochrana života „prenatálneho dieťaťa“ v kontexte práva Slovenskej republiky a práva Katolíckej cirkvi 23

Viktoriia Ivaniuk

The role of international judicial practice in the legal regulation of the crypto currencies' use 31

Kamil Leśniewski

Cyberprzestrzeń jako piąte pole walki, czyli słów kilka o wybranych wyzwaniach w stosowaniu zasady rozróżniania podczas działań cybernetycznych 35

Joanna Deputat

Macierzyństwo w zakładzie karnym - rozwiązania teoretyczno-praktyczne 40

Anna Cekała

Zadośćuczynienie w reżimie odpowiedzialności kontraktowej 45

Edyta Umańska

Czy geotrapping [analiza danych ze smartfonów] jest etyczny..... 51

INFORMACJE O AUTORACH 55

RECENZENCI 2019 56

Aleksandra Majorkiewicz

POSTĘPOWANIE W SPRAWIE ZGŁOSZENIA PODEJRZENIA CHOROBY ZAWODOWEJ

Uwagi wprowadzające

Postępowanie w przypadku podejrzenia choroby zawodowej jest procesem wieloetapowym. Obejmuje ono kolejno: zgłoszenie podejrzenia choroby zawodowej, przeprowadzenie oceny narażenia zawodowego (wywiad epidemiologiczny), wykonanie badań diagnostycznych celowanych i różnicowych w celu ustalenia rozpoznania bądź wykluczenia podłoża zawodowego choroby, wydanie orzeczenia lekarskiego stosownego do wyników badań, analiza zgromadzonego materiału dowodowego (jeśli właściwy państwowy powiatowy inspektor sanitarny uzna, że materiał jest niewystarczający, może wystąpi do lekarza, który wydał orzeczenie lekarskie o uzupełnienie lub dodatkowe wyjaśnienie lub wystąpi do jednostki orzeczniczej II stopnia o dodatkową konsultację), wystawienie decyzji administracyjnej stosownej do orzeczenia lekarskiego (o stwierdzeniu choroby zawodowej lub braku podstaw do stwierdzenia choroby zawodowej).

Procedura zgłoszenia oraz postępowania w przedmiocie rozpoznania choroby zawodowej została uregulowana w Kodeksie Pracy¹ (art. 235 k.p.) oraz w wydanym na jego podstawie rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 30 czerwca 2009 r. w sprawie chorób zawodowych (Dz. U. z 2009 r. Nr 105, poz. 869)². W załączniku do tego rozporządzenia zostało wymienionych 26 jednostek chorobowych, które są tzw. chorobami zawodowymi. (Przykładowo należą do nich: gorączka metaliczna, pylice płuc, astma oskrzelowa, alergiczny nieżyt nosa, nowotwory złośliwe powstałe w następstwie działania czynników występujących w środowisku pracy, choroby skóry, czy także choroby układu wzrokowego³.)

Choroba zawodowa jest pojęciem prawnym oznaczającym zachorowanie, które pozostaje w związku przyczynowym z pracą. Przyczyną ją wywołującą jest tylko i wyłącznie sama praca, warunki jej wykonywania, rodzaj oraz charakter. W judykaturze zakłada się domniemanie związku przyczynowego pomiędzy działaniem czynników szkodliwych dla zdrowia, a wystąpieniem choroby wymienionej w wykazie chorób zawodowych. W uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19.07.1984 r. przyjęto, iż podstawowym obowiązkiem organu rozpoznającego roszczenie o uznanie danego schorzenia za chorobę zawodową jest ustalenie po pierwsze, czy choroba została wymieniona w wykazie chorób zawodowych, a po drugie czy praca była wykonywana w warunkach narażających na jej powstanie⁴. Oba wymienione ustalenia mają fundamentalne znaczenie dla uznania schorzenia za chorobę zawodową. Bezwzględna przesłanką uznania konkretnej choroby za chorobę zawodową jest umieszczenie jej w wykazie chorób zawodowych⁵. Ponadto choroba zawodowa może zostać stwierdzona tylko u osoby posiadającej status pracownika. Nie można jej stwierdzić u osób świadczących pracę na innej podstawie niż stosunek pracy (np. samo zatrudniających się)⁶. W środowisku pracy muszą występować czynniki niebezpieczne, uciążliwe lub szkodliwe, aby można było orzec o istnieniu choroby zawodowej. Dla stwierdzenia choroby nie ma znaczenia czy występowanie czynnika szkodliwego było zawinione przez pracodawcę, jak również to że pracownik był zatrudniony przy innej pracy niż określona w umowie o pracę⁷. Natomiast sam fakt zapadnięcia na chorobę, która została wymieniona w wykazie chorób zawodowych nie stanowi wystarczającej przesłanki do uznania jej za chorobę zawodową, jeżeli nie pozostaje w związku z warunkami środowiska pracy⁸.

Postępowanie w sprawie zgłoszenia podejrzenia choroby zawodowej jest procesem długotrwałym. Konieczne jest nie tylko kliniczne rozpoznanie choroby, ale również rozstrzygnięcie w jednoznaczny sposób o przyczynie zmian chorobowych. Wiele z wymienionych w wykazie chorób występuje także w populacji generalnej i ma podobny obraz kliniczny (objawy, dynamika choroby) niezależnie od tego czy wywołał je czynnik związany z pracą. Ustalenie bezpośredniego związku między schorzeniem wymienionym w wykazie chorób zawodowych, a warunkami pracy narażającymi na to zachorowanie może być niezmiernie trudne, a niekiedy wręcz niemożliwe. Dla uwzględnienia roszczenia o uznanie choroby zawodowej w zasadzie wystarczające jest ustalenie, że schorzenie wymienione jest w

¹ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy. Dz. U. 1974 nr 24 poz. 141.

² A. Domańska-Jakubowska, *Choroby zawodowe - prawo, orzecznictwo, postępowanie*, Warszawa 2013 r., s. 22.

³ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 czerwca 2009 r. w sprawie chorób zawodowych (Dz. U. z 2009 r. Nr 105, poz. 869).

⁴ Wyr. SN z 19.07.1984 r., II PRN 9/84, OSNCP 1985, Nr 4, poz. 53.

⁵ P. Ciborski, *Kodeks Pracy 2015 Komentarz dla praktyków*, Gdańsk 2015, s. 934-935.

⁶ Wyr. NSA w Poznaniu z dn. 29.10.1996 r. - II SA/Po 61/96, Pr. Pracy 1997, nr 8, s. 41.

⁷ Wyr. NSA w Warszawie z dn. 22.01.1998 r. - I SA 1029/97, LEX nr 45829; Wyr. NSA w Krakowie z dn. 16.11.1999 r. - II SA/Kr 72/99, Pr. Pracy 2000, nr 6, poz. 39.

⁸ P. Ciborski, *Kodeks Pracy 2015 Komentarz ...*, Gdańsk 2015, s. 934; Wyr. NSA w Warszawie z dn. 05.08.1998 r. - I SA 471/98, LEX nr 45823.

wykazie chorób zawodowych, a praca była wykonywana w warunkach narażających na jej powstanie. Wówczas istnieje domniemanie, że choroba jest następstwem warunków pracy⁹. Zgodnie z wyrokiem NSA z 07.01.1994 r. *wystąpienie czynników szkodliwych w środowisku pracy, które spowodowały zachorowanie pracownika na chorobę zawodową, ani nie musi być zawinione przez pracodawcę, ani nie musi wynikać z przekroczenia dopuszczalnych norm*¹⁰. W postępowaniu w sprawie zgłoszenia podejrzenia choroby zawodowej można wymienić trzy następujące po sobie fazy procedury ustalania choroby zawodowej¹¹:

1. zgłoszenie podejrzenia choroby zawodowej
2. rozpoznanie choroby zawodowej zakończone wydaniem orzeczenia lekarskiego
3. stwierdzenie choroby zawodowej przez uprawniony organ.

Zgłoszenie podejrzenia choroby zawodowej

Zgłoszenie podejrzenia choroby zawodowej oraz jej rozpoznanie może nastąpić u pracownika bądź byłego pracownika w okresie jego zatrudnienia w narażeniu zawodowym lub po zakończeniu pracy w takim narażeniu, nie później jednak niż w okresie, który został określony w wykazie chorób zawodowych¹². Każdy przypadek podejrzenia choroby zawodowej podlega obowiązkowemu zgłoszeniu. Podmiotami zobowiązanymi do dokonania takiego zgłoszenia są:

- pracodawca zatrudniający pracownika
- lekarz uprawniony do rozpoznania choroby zawodowej
- pracownik, jeżeli podejrzewa, że występujące u niego objawy mogą wskazywać na chorobę zawodową (zatrudniony pracownik dokonuje zgłoszenia za pośrednictwem lekarza sprawującego nad nim profilaktyczną opiekę zdrowotną)
- lekarz stomatolog, który podczas wykonywania zawodu powziął podejrzenie wystąpienia u pacjenta choroby zawodowej
- lekarz weterynarii, który podczas wykonywania zawodu stwierdził u pracownika mającego kontakt z chorymi zwierzętami objawy choroby zawodowej¹³.

W związku z podejrzeniem wystąpienia choroby zawodowej pracodawca jest zobowiązany niezwłocznie (czyli bez zbędnej zwłoki) zgłosić ten fakt właściwym organom, czyli państwowemu powiatowemu inspektorowi sanitarnemu, bądź inspektorowi pracy. Właściwość tych organów ustala się według miejsca, w którym praca jest lub była wykonywana lub według krajowej siedziby pracodawcy w sytuacji, gdy dokumentacja dotycząca narażenia zawodowego jest gromadzona w tej siedzibie¹⁴. Zgłoszenie choroby zawodowej lub podejrzenie jej wystąpienia u pracownika bądź byłego pracownika może nastąpić w okresie trwania zatrudnienia w narażeniu zawodowym jak również po zakończeniu stosunku pracy. Zgodnie z treścią art. 283 § 2 pkt 6 KP niezgłoszenie przez pracodawcę podejrzenia choroby zawodowej stanowi wykroczenie zagrożone sankcją grzywny od 1000 do 30 000 zł. Ustawodawca wymaga zgłoszenia każdego przypadku podejrzenia o chorobę zawodową do obydwu wskazanych organów, na co wskazuje art. 235 § 1 KP. Świadczy to o podkreśleniu wagi problemu i niebagatelizowaniu nawet najmniejszych podejrzeń o chorobę zawodową. Zgłoszenia podejrzenia choroby zawodowej dokonuje się niezwłocznie na formularzu określonym w przepisach wydanych na podstawie art. 237 § 1 pkt 1 KP¹⁵. Pracownik lub były pracownik jest podmiotem uprawnionym (a nie zobowiązanym jak pracodawca) do zgłoszenia podejrzenia choroby zawodowej. Zatrudniony pracownik może dokonać zgłoszenia za pośrednictwem lekarza profilaktyka, zaś były pracownik może zgłosić podejrzenie choroby zawodowej właściwemu państwowemu inspektorowi sanitarnemu i właściwemu okręgowemu inspektorowi pracy¹⁶.

Rozpoznanie choroby zawodowej zakończone wydaniem orzeczenia lekarskiego

Faza rozpoznania choroby zawodowej jest fazą poprzedzającą stwierdzenie choroby zawodowej. Tych dwóch etapów nie można ze sobą utożsamiać. Rozpoznanie choroby zawodowej toczy się przed właściwymi jednostkami orzeczniczymi w rozumieniu § 5 ust. 1 i 2 rozporządzenia w sprawie chorób zawodowych z udziałem uprawnionego lekarza, natomiast etap stwierdzenia choroby zawodowej toczy się przed państwowym inspektorem sanitarnym na podstawie procedury administracyjnej¹⁷.

⁹ A.M. Świątkowski, *Kodeks pracy Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2016 r., s. 1161.

¹⁰ Wyr. NSA z 07.01.1994 r., I SA 1640/93, ONSA 1995, Nr 1, poz. 28.

¹¹ A. Domańska-Jakubowska, *Choroby zawodowe...*, Warszawa 2013 r., s. 22.

¹² P. Ciborski, *Kodeks Pracy 2015 Komentarz ...*, Gdańsk 2015, s. 935.

¹³ K. Walczak, *Komentarze ONLINE Komentarz do Kodeksu pracy*, wyd. 7, Warszawa 2012, s. 747.

¹⁴ T. Wyka, *Kodeks pracy, Komentarz*, red. K. W. Baran, wyd. 3, Warszawa 2016, s. 1283-1284.

¹⁵ A. Domańska-Jakubowska, *Choroby zawodowe...*, Warszawa 2013 r., s. 23.

¹⁶ T. Wyka, *Kodeks pracy, Komentarz*, red. K. W. Baran, wyd. 3, Warszawa 2016, s. 1284.

¹⁷ Wyr. NSA z dnia 24.04.2007 r., II OSK 1896/06, LEX nr 344601.

W związku z podejrzeniem choroby zawodowej powinno zostać przeprowadzone dochodzenie epidemiologiczne. Takie dochodzenie jest przeprowadzane przez lekarza sprawującego profilaktyczną opiekę nad zakładem pracy zatrudniającego pracownika, u którego wystąpiło podejrzenie choroby zawodowej lub inspektor sanitarny na wniosek zakładu społecznej służby zdrowia w sytuacji, gdy zakład pracy nie jest objęty opieką przemysłowej służby zdrowia¹⁸. Jednostki uprawnione do orzekania o chorobach zawodowych zostały podzielone na jednostki orzecznicze I stopnia, do których należą:

- poradnie chorób zawodowych wojewódzkich ośrodków medycyny pracy
- kliniki i poradnie chorób zawodowych uniwersytetów medycznych
- poradnie chorób zakaźnych wojewódzkich ośrodków medycyny pracy
- jednostki organizacyjne zakładów opieki zdrowotnej

oraz jednostki orzecznicze II stopnia (od orzeczeń wydanych przez lekarzy zatrudnionych w jednostkach orzeczniczych I stopnia), czyli jednostki badawczo-rozwojowe w dziedzinie medycyny pracy. Właściwość jednostki orzeczniczej ustala się albo według miejsca wykonywania pracy albo według siedziby pracodawcy. W sytuacji, gdy pracownik zamieszkuje w innym województwie, aniżeli była wykonywana praca powodująca zagrożenie zawodowe, właściwość jednostki orzeczniczej I stopnia ustala się według aktualnego miejsca zamieszkania pracownika¹⁹.

Istotą fazy rozpoznania choroby zawodowej jest wydanie przez uprawnionego lekarza orzeczenia o rozpoznaniu choroby zawodowej albo braku podstaw do jej rozpoznania. Lekarz wydaje orzeczenie, biorąc pod uwagę trzy istotne kryteria (zgodnie z § 6 rozporządzenia w sprawie chorób zawodowych), a mianowicie:

- wyniki badań lekarskich oraz dokumentację medyczną
- dokumentację przebiegu zatrudnienia pracownika lub byłego pracownika
- ocenę narażenia zawodowego²⁰.

Orzeczenie lekarskie wraz z dokumentacją przesyłane jest właściwemu państwowemu inspektorowi sanitarnemu. Jeżeli orzeczenia stwierdza brak podstaw do rozpoznania choroby zawodowej, zainteresowany pracownik ma prawo wystąpić z wnioskiem o przeprowadzenie ponownego badania przez jednostkę orzeczniczą drugiego stopnia. Wniosek o przeprowadzenie ponownego badania pracownik może wnieść w terminie 14 dni od dnia otrzymania orzeczenia lekarskiego za pośrednictwem jednostki organizacyjnej, która dokonała ustaleń w sprawie rozpoznania choroby zawodowej. O złożonym wniosku jednostka orzecznicza powiadamia państwowego inspektora sanitarnego²¹. Orzeczenie wydane w wyniku ponownego badania jest ostateczne. Decyzję o stwierdzeniu choroby zawodowej lub o braku podstaw do jej stwierdzenia wydaje właściwy powiatowy inspektor sanitarny, którą przekazuje zainteresowanemu pracownikowi oraz pracodawcy zatrudniającemu pracownika, jednostce orzeczniczej zatrudniającej lekarza, który wydał orzeczenie lekarskie oraz właściwemu inspektorowi pracy²².

Zgodnie z § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie chorób zawodowych, treść orzeczenia lekarskiego może zakwestionować tylko pracownik lub były pracownik, ale nie pracodawca, mimo iż jest powiadamiany tak jak pracownik o treści orzeczenia²³.

W świetle art. 235 § 3 KP na etapie rozpoznania choroby zawodowej, jeszcze przed jej stwierdzeniem w trybie decyzji administracyjnej wydanej przez państwowego inspektora sanitarnego, pracodawca powiadomiony o rozpoznaniu choroby zawodowej jest zobowiązany do podjęcia działań prewencyjnych m.in. do ustalenia rozmiaru zagrożenia chorobą zawodową, a także do stosowania określonych środków zapobiegawczych (do których należy zaliczyć także zapewnienie realizacji zaleceń lekarskich)²⁴. Powinien niezwłocznie przystąpić do usunięcia czynników, które spowodowały powstanie choroby zawodowej, a także zastosować inne środki mające na celu zapobieganie powstawaniu chorób zawodowych. Ponadto pracodawca ma obowiązek prowadzić rejestr obejmujący przypadki stwierdzonych chorób zawodowych oraz podejrzeń o takie choroby²⁵.

Stwierdzenie choroby zawodowej przez uprawniony organ

¹⁸ A. M. Świątkowski, *Kodeks pracy...*, wyd. 5, Warszawa 2016 r., s. 1162

¹⁹ K. Walczak, *Komentarze ONLINE Komentarz ...*, wyd. 7, Warszawa 2012, s. 748.

²⁰ T. Wyka, *Kodeks pracy, Komentarz*, red. K. W. Baran, wyd. 3, Warszawa 2016, s. 1285.

²¹ A. M. Świątkowski, *Kodeks pracy...*, wyd. 5, Warszawa 2016 r., s. 1162

²² K. Walczak, *Komentarze ONLINE Komentarz ...*, wyd. 7, Warszawa 2012, s. 748.

²³ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 czerwca 2009 r. w sprawie chorób zawodowych (Dz. U. z 2009 r. Nr 105, poz. 869).

²⁴ T. Wyka, *Kodeks pracy, Komentarz*, red. K. W. Baran, wyd. 3, Warszawa 2016, s. 1285.

²⁵ K. Walczak, *Komentarze ONLINE Komentarz ...*, wyd. 7, Warszawa 2012, s. 748.

Ostatnim etapem postępowania w przedmiocie choroby zawodowej jest wydanie przez uprawniony organ decyzji administracyjnej o stwierdzeniu choroby zawodowej albo braku podstaw do stwierdzenia choroby zawodowej. Na tym etapie postępowanie toczy się na podstawie przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego, a wydana decyzja jest decyzją administracyjną w rozumieniu przepisów prawa, zgodnie z § 8 rozporządzenia Rady Ministrów z dn. 30.06.2009 r. w sprawie chorób zawodowych. Niniejszą decyzję o stwierdzeniu lub braku podstaw do stwierdzenia choroby zawodowej wydaje się na podstawie materiału dowodowego, w szczególności danych zawartych w orzeczeniu lekarskim oraz formularzu oceny narażenia zawodowego pracownika lub byłego pracownika²⁶.

Organami uprawnionymi do wydania powyższej decyzji są organy Państwowej Inspekcji Sanitarnej.

W związku z powyższym nasuwa się pytanie - *jakie znaczenie ma orzeczenie lekarskie dla ostatecznego podjęcia przez inspektora sanitarnego decyzji administracyjnej w tym przedmiocie?* Wielokrotnie w tej kwestii wypowiadały się sądy administracyjne, rozpatrujące skargi na decyzje państwowego inspektora sanitarnego. Otóż w judykaturze dominuje pogląd, iż orzeczenie lekarskie ma walor opinii biegłego i jest dowodem w rozumieniu art. 84 Kodeksu postępowania administracyjnego. Państwowy inspektor sanitarny nie jest uprawniony do kontroli merytorycznej orzeczenia lekarskiego. Jeżeli nie dysponuje przeciwdowodami, które mogłyby podważyć orzeczenie lekarskie, to należy przyjąć, że rzeczywisty stan zdrowia pracownika kształtuje się tak jak ustalono w toku badań medycznych. Nie oznacza to jednak, że związanie inspektora sanitarnego jest absolutnie bezwzględne, bowiem orzeczenie lekarza uprawnionego do rozpoznania choroby zawodowej, który jest dowodem w postępowaniu, podlega ocenie jak każdy dowód w postępowaniu administracyjnym²⁷. Jeżeli inspektor sanitarny dysponowałby sprzecznymi ocenami co do danego narażenia zawodowego, pochodzącymi od pracodawcy i pracownika, to jego obowiązkiem jest przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego (zgodnie z art. 89 § 2 KPA) i podjęcie ostatecznej decyzji w sprawie stwierdzenia choroby zawodowej²⁸.

Bardzo ważnym nowym obowiązkiem pracodawcy powstającym w związku ze stwierdzoną chorobą zawodową, jest powinność przesłania zawiadomienia o skutkach choroby zawodowej do Instytutu Medycyny Pracy im. prof. dr. med. Jerzego Nofera w Łodzi oraz do właściwego inspektora sanitarnego (art. 235 § 5 KP)²⁹. Powiadomienie przez pracodawcę wskazanych instytucji o skutkach choroby zawodowej powinno być dokonane na odpowiednim formularzu, według wzoru stanowiącego załącznik nr 10 do cytowanego rozporządzenia w sprawie dokumentowania chorób zawodowych³⁰.

Zakończenie

Podsumowując, procedura orzekania w przedmiocie stwierdzenia podejrzenia choroby zawodowej jest długotrwała zakończona wydaniem decyzji administracyjnej stwierdzającej chorobę zawodową bądź brak podstaw do stwierdzenia owej choroby. Jest to także proces kilkietapowy w którym konieczne jest kliniczne rozpoznanie choroby oraz rozstrzygnięcie w jednoznaczny sposób o przyczynie zmian chorobowych. Należy zauważyć, że decyzja o stwierdzeniu choroby zawodowej nie jest jednoznaczna z przyznaniem świadczeń przewidzianych w ustawie o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych. Świadczenia te przyznawane są po przeprowadzeniu przewidzianej prawem procedury i wydaniu decyzji o przyznaniu świadczeń przez właściwy Zakład Ubezpieczeń Społecznych. Każdy z wymienionych etapów postępowania (zgłoszenie podejrzenia choroby zawodowej, rozpoznanie choroby zawodowej zakończone wydaniem orzeczenia lekarskiego, stwierdzenie choroby zawodowej przez uprawniony organ) został przeanalizowany w niniejszej pracy w oparciu o następujące podstawy prawne: rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 czerwca 2009 r. w sprawie chorób zawodowych (Dz. U. Nr 105 z 2009, poz. 869), które określa m. in. wykaz chorób zawodowych, rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 01 sierpnia 2002 r. w sprawie sposobu dokumentowania chorób zawodowych i skutków tych chorób (Dz. U. z 2002 r., Nr 132, poz. 1121), które określa m. in. wzory formularzy dokumentów stosowanych w postępowaniu chorób zawodowych, a także ustawę z 26 czerwca 1974 r. - Kodeks Pracy (Dz. U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94, ze zmianą z dnia 22 maja 2009 r. w części dot. art. 235 rozbudowanego o art. 2351 i 2352). W niniejszej pracy zwrócono także uwagę na podmioty uprawnione do zgłoszenia podejrzenia choroby zawodowej, jak również jednostki właściwe do orzekania o rozpoznaniu choroby zawodowej.

Proceedings regarding the notification of a suspected occupational disease

²⁶ A. Domańska-Jakubowska, *Choroby zawodowe ...*, Warszawa 2013 r., s. 63.

²⁷ T. Wyka, *Kodeks pracy...*, red. K. W. Baran, wyd. 3, Warszawa 2016, s. 1285-1286.

²⁸ Wyr. WSA w Gdańsku z dn. 24.06.2010 r., III SA/Gd 189/10, LEX nr 584800; Wyr. WSA w Krakowie z dn. 24.05.2012 r., II OSK 654/12, LEX nr 1252141.

²⁹ P. Ciborski, *Kodeks Pracy 2015 Komentarz ...*, Gdańsk 2015, s. 938.

³⁰ K. Walczak, *Komentarze ONLINE Komentarz ...*, wyd. 7, Warszawa 2012, s. 748.

Proceedings to report a suspected occupational disease is a multi-stage process, in which you can distinguish the following: the report of a suspected occupational disease, the diagnosis of a medical termination and the diagnosis of an occupational disease by a qualified health authority (stage of the health inspector). At work, each of the above stages was characterized in a detailed manner based on the applicable legal regulations, monographs and case law. The procedure for suspected occupational disease according to the current regulations is described in the Regulation (Journal of Laws No. 105 of 2 July 2009, item 869 - hereinafter referred to as the Regulation) and in the Labor Code. The process of adjudication on occupational disease is sometimes long lasting. Not only the exact clinical diagnosis of the disease is required, but also an unambiguous one, or according to the prevailing probability of the cause of the lesions. Whether the disease has triggered a work-related factor or not, many of these diseases are listed in the general population, further complicating the finding of occupational disease. It is only a valid decision stating that a work-related illness allows you to report a disease as an occupational disease to the appropriate authority in order to determine the health claimant's medical condition and the resulting right to one-time compensation or other benefits.

Keywords: occupational diseases, infectious diseases, labor law, medical certificate

Paulina Skorupska

Instytucja świadka koronnego – geneza i przykłady

Instytucja świadka koronnego została wprowadzona do polskiego systemu prawnego ustawą z dnia 25 czerwca 1997 roku

¹, która weszła w życie z dniem 1 stycznia 1998 roku. Instrument jakim jest świadek koronny ma za sobą zarówno sukcesy jak i porażki legislacyjne i można stwierdzić, że „stała się powszechnym instrumentem walki z przestępczością. Wprowadzane w trakcie obowiązywania ustawy korekty jej zapisów miały iść w parze z potrzebami zmieniającej się rzeczywistości, miały być odpowiedzią na postulat wzmocnienia instrumentów prawnych służących zwalczaniu przestępczości tej najgroźniejszej – zorganizowanej”². O świadku koronnym mówi się bardzo dużo, zarówno pozytywnie jak i negatywnie, powstają o nim filmy, książki. Praktycznie każdy wie kim jest świadek koronny, a najbardziej znany w Polsce świadek koronny niewątpliwie stał się celebrytą. Jednakże niewielu potrafi wskazać jakie są prawne uregulowania tej instytucji.

W świetle polskiego prawa „świadkiem koronnym jest podejrzany, który został dopuszczony do składania zeznań w charakterze świadka, na zasadach i w trybie”³ określonych w ustawie z dnia 25 czerwca 1997 roku o świadku koronnym. Dowód z zeznań świadka koronnego można dopuścić, jeżeli zostały spełnione następujące warunki: „1) do chwili wniesienia aktu oskarżenia do sądu jako podejrzany w swoich wyjaśnieniach: a) przekazał organowi prowadzącemu postępowanie informacje, które mogą przyczynić się do ujawnienia okoliczności przestępstwa, wykrycia pozostałych sprawców, ujawnienia dalszych przestępstw lub zapobieżenia im, b) ujawnił majątek swój oraz znany mu majątek pozostałych sprawców przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, których mowa w art. 1; 2) podejrzany zobowiązał się do złożenia przed sądem wyczerpujących zeznań dotyczących osób uczestniczących w przestępstwie lub przestępstwie skarbowym oraz pozostałych okoliczności o których mowa w pkt 1 lit. a, popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego określonego w art. 1”⁴. Przepisów ustawy o świadku koronnym nie stosuje się do podejrzanego, który w związku z udziałem w przestępstwie lub przestępstwie skarbowym określonym we wspomnianej ustawie „1) usiłował popełnić albo popełnił zbrodnię zabójstwa lub współudział w popełnieniu takiej zbrodni; 2) nakłaniał inną osobę do popełnienia czynu zabronionego, określonego w art. 1, w celu skierowania przeciwko niej postępowania karnego; 3) kierował zorganizowaną grupą albo związkiem mającymi na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego”⁵. Aby dana osoba mogła zostać świadkiem koronnym musi być najpierw podejrzanym. Za podejrzanego, zgodnie z artykułem 71 § 1 kodeksu postępowania karnego „uważa się osobę, co do której wydano postanowienia o przedstawieniu zarzutów albo której bez wydania takiego postanowienia postawiono zarzut w związku z przystąpieniem do przesłuchania w charakterze podejrzanego”⁶. Dodatkowo za podejrzanego uważa się również osobę, „przeciwko której wniesiono oskarżenie do sądu, a także osobę, co do której prokurator złożył wniosek wskazany w art. 335 § 1 lub wniosek o warunkowe umorzenie postępowania”⁷. Instrument ten daje zatem „możliwość przełamania zмовы milczenia między współuczestnikami przestępstwa w zamian za wymierne korzyści prawne. Instytucja ta (już sama jej konstrukcja) z całą pewnością nie jest pozbawiona wad, jednakże w praktyce może okazać się swoistym koniecznym mniejszym złem w konfrontacji z najgroźniejszymi formami przestępczości”⁸. Świadka koronnego wykorzystuje się jako narzędzie w walce z przestępczością zorganizowaną.

Analizując zasadność wprowadzenia instytucji jaką jest świadek koronny należy zwrócić uwagę na przyczyny wprowadzenia wspomnianej instytucji. Szczególnie dużym zagrożeniem dla prawidłowego funkcjonowania państwa jest przestępczość zorganizowana. Ten rodzaj przestępczości „nie zna granic, nie jest do końca poznany, a okres przekształcenia gospodarczego szczególnie sprzyja jego rozwojowi”⁹. Zmiany ustrojowe, które zaszły w Polsce po 1989 roku dały nowe możliwości nie tylko gospodarce, ale również przestępczości zorganizowanej. Koniec lat osiemdziesiątych i początek dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku zaznaczył się rozwojem przestępczości zorganizowanej, któremu sprzyjał „trudny okres

¹ Ustawa z dnia 25.6.1997 r. o świadku koronnym (DzU z 2007 r., nr 36, poz. 232), art. 2.

² M. Adamczyk, *Świadek koronny. Analiza prawną – kryminalistyczna*, Warszawa 2011, s. 1.

³ Ustawa z dnia 25.6.1997 r. o świadku koronnym (DzU z 2007 r., nr 36, poz. 232), art. 3.

⁴ Tamże.

⁵ Tamże, art. 5.

⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku. Kodeks postępowania karnego (DzU z 2016 r., poz. 1749 ze zm.), art. 71.

⁷ Tamże, art. 71.

⁸ M. Adamczyk, *Świadek ...*, dz. cyt., s. 1.

⁹ Tamże, s. 14.

transformacji ustrojowej, szybki wzrost bezrobocia, masowe przyjazdy cudzoziemców, ułatwiony dostęp do broni, łatwość komunikowania się przy pomocy telefonii komórkowej i Internetu”¹⁰. Aby skutecznie walczyć z przestępczością należało nowe, zreformowane organy „wyposażyć w nowe instrumenty prawne, które skutecznie pomogłyby w walce z przestępczością zorganizowaną. Dotychczasowe środki nie pozwalały na skuteczne zwalczanie tej najgroźniejszej przestępczości. Organy ścigania spotykały się nagminnie z brakiem możliwości przeniesienia wiedzy operacyjnej na procesową. Świadkowie zdarzeń z obawy głównie o własny los nie chcieli zeznawać w procesach karnych, solidarność grup przestępczych powodowała, iż coraz więcej pytań pozostawało bez odpowiedzi”¹¹. W tamtym czasie wymiar sprawiedliwości i organy ścigania „nie dysponowały jeszcze doświadczeniem i odpowiednimi rozwiązaniami prawnymi, pozwalającymi na podjęcie skutecznej walki z tymi zjawiskami”¹². W związku z tym wizerunek organów ścigania pogarszał się, a w społeczeństwie rosło poczucie zagrożenia przestępczością. Należało wprowadzić zmiany, które pomogłyby w rozbiciu grup przestępczych. Przedsięwzięto szereg działań organizacyjnych i prawnych, które powoli przynosiły zmiany.

Pierwsza próba wprowadzenia instytucji świadka koronnego miała miejsce w 1993 roku. Natomiast wstępne dyskusje „rozpoczęły się już w latach 1991 i 1992, wywołując bardzo różne (najczęściej krytyczne) uwagi”¹³. Pierwsza nazwa ustawy nosiła nazwę „ustawa z dnia... o dopuszczalności stosowania w postępowaniu karnym w sprawach zorganizowanej działalności przestępczej dowodów z zeznań świadków będących współsprawcami niektórych przestępstw”¹⁴. Projekt ustawy o świadku koronnym „został wniesiony pod obrady sejmu, gdzie został odrzucony w pierwszym czytaniu. Według uzasadnienia dołączonego do tego dokumentu, proponowane rozwiązania miały na celu usprawnienie postępowania karnego poprzez rozbicie solidarności przestępczej sprawców działających w grupach zorganizowanych, a w konsekwencji zdobycie dowodów umożliwiających wykrycie i ukaranie tych sprawców. Projektodawcy wskazywali, iż u podstaw projektu leżało przeświadczenie, że każde demokratyczne państwo ma prawo bronić się przed groźbą zachwiania społecznego poczucia bezpieczeństwa, zaś brak środków prawnych umożliwiających skuteczne działanie organów państwa w zakresie ścigania i wymiaru sprawiedliwości rodzi daleko bardziej niebezpieczne konsekwencje dla demokracji i praw człowieka niż wprowadzenie do ustawodawstwa polskiego wyjątków od zasady legalizmu”¹⁵. W myśl wspomnianego projektu przesłuchanie sprawcy w charakterze świadka mogło być dopuszczone po spełnieniu następujących warunków: „sprawca przekazał organowi ścigania, aż do chwili zaznajomienia z materiałami postępowania przygotowawczego, informacje, które mogą przyczynić się do ujawnienia przestępstwa i wykrycia pozostałych sprawców; wyraził pisemną zgodę na złożenie zeznań; zobowiązał się do zwrotu korzyści odniesionych z działalności przestępczej, niekierowania nią oraz nienakłaniania do popełnienia przestępstw. Świadek koronny zobowiązany byłby do złożenia przyrzeczenia i nie miałby prawa do odmowy zeznań ani do odmowy odpowiedzi na pytania prowadzące do odpowiedzialności karnej. Wszystkie protokoły jego przesłuchania byłyby tajne i nie możnaby ich udostępniać nikomu, nawet oskarżonemu”¹⁶. Instytucja świadka koronnego miała być stosowana tylko w niektórych sprawach, jednakże katalog tych spraw był bardzo obszerny. Obejmował między innymi: sprawy o przestępstwa skarbowe i gospodarcze, wytwarzanie i handel bronią, handel narkotykami, fałszowanie pieniędzy i papierów wartościowych, wymuszenia okupu czy łapownictwo. Projekt został szeroko skrytykowany. Stwierdzono, że projekt został źle przygotowany, a świadek koronny jest „naruszeniem zasady równości wszystkich obywateli wobec prawa, odbiera sądowi prawo do sądenia sprawcy w przypadku umorzenia postępowania przygotowawczego przez prokuratora, a ponadto nie jest wiarygodny”¹⁷.

Przeciwko instytucji świadka koronnego kieruje się argument jakim jest naruszenie zasady legalizmu, ponieważ „świadek koronny nie poniesie kary, mimo iż dopuścił się czynów zagrożonych karą. Takie uprzywilejowanie jest poza zasięgiem niemalże wszystkich pozostałych przestępców oraz narusza zasadę równości wobec prawa, co z kolei prowadzić może do postawienia zarzutu nadużywania kompetencji stanowiących prawo”¹⁸.

Pomimo niepowodzeń, rząd „widząc potrzebę zmian rozpoczął pracę nad wyposażeniem organów ścigania w nowe rozwiązania prawne, które zwiększyłyby skuteczność działania służb powołanych do walki z przestępczością, głównie tą najgroźniejszą – zorganizowaną”¹⁹. W ciągu kilku kolejnych lat do polskiego procesu karnego wprowadzono nowe instrumenty do walki z przestępczością zorganizowaną, między innymi instytucję świadka incognito, zakupu kontrolowanego czy przesyłki niejawnie kontrolowanej.

¹⁰ B. Kurzepa, *Świadek koronny. Geneza Instytucji. Komentarz do ustawy*, Toruń 2005, s.9.

¹¹ M. Adamczyk, *Świadek ...* dz. cyt., s. 17.

¹² B. Kurzepa, *Świadek ...*, dz. cyt., s.9.

¹³ Tamże, s. 51.

¹⁴ Tamże, s. 52.

¹⁵ M. Adamczyk, *Świadek ...*, dz. cyt., s. 18.

¹⁶ Tamże, s. 19.

¹⁷ Tamże, s. 20.

¹⁸ A. Bosiacka, *Świadek koronny jako nadzwyczajna instytucja pozyskiwania świadków*, dostęp: 19.12.2018 r., file:///C:/Users/Paulina/Downloads/21%20(1).pdf.

¹⁹ M. Adamczyk, *Świadek ...*, dz. cyt., s. 20.

W 1995 roku Ministerstwo Spraw Wewnętrznych opracowało nowy projekt ustawy o dopuszczalności stosowania w postępowaniu karnym w sprawach zorganizowanej działalności przestępczej dowodów z zeznań świadków będących współsprawcami niektórych przestępstw. W nowym projekcie radykalnie zmniejszono katalog spraw, w których mógł występować świadek koronny. Jak wcześniejszy projekt, również ten projekt spotkał się z falą krytyki. Zarzucano instytucji między innymi to, że z punktu moralnego jest naganna oraz obawiano się, „iż instytucja świadka koronnego nie będzie mogła funkcjonować dobrze, chociażby ze względu na program ochrony świadka koronnego. Podnoszono, iż w warunkach polskich, w jakich funkcjonuje wymiar sprawiedliwości, w jakich funkcjonuje policja i inne instytucje, program ochrony świadka koronnego jest nierealny. Zgłaszano także zastrzeżenia co do gwarancji, jakie uzyskuje podejrzany, który uzyskał status świadka koronnego. Przyznawano, iż muszą być jakieś gwarancje, ale zastanawiano się, czy automatyczne odstąpienie od prowadzenia postępowania karnego przeciwko świadkowi koronnemu nie jest zbyt daleko idącym rozwiązaniem”²⁰. Zwolennicy ustawy natomiast podkreślali, „że instytucja świadka koronnego zburzyłaby solidarność świata przestępczego i przerwała znowę milczenia wokół popełnianych przestępstw”²¹. Sejm II kadencji 25 czerwca 1997 roku, po wysłuchaniu zwolenników i przeciwników instytucji świadka koronnego, „przyjął poprawiony projekt ustawy o dopuszczalności stosowania w postępowaniu karnym w sprawach zorganizowanej działalności przestępczej dowodów z zeznań świadków będących współsprawcami niektórych przestępstw w brzmieniu proponowanym przez Komisję Administracji i Spraw Wewnętrznych, Sprawiedliwości i Praw Człowieka oraz Ustawodawczą, który to projekt został przedstawiony sejmowi jako ustawa o świadku koronnym”²².

Instytucja świadka koronnego wywodzi się z Anglii (*king's witness*), rozwinęła się w Stanach Zjednoczonych, przyjmowana jest także w Europie, między innymi w Republice Federalnej Niemiec i we Włoszech²³. Warto spojrzeć na historyczny rozwój tej instytucji w Stanach Zjednoczonych, aby dostrzec problemy, „które wyrastały (i które nadal są aktualne) na gruncie praktycznego stosowania tej instytucji. Sprowadzają się one do dwóch zasadniczych pytań: jak szeroko musi być zakreślony immunitet świadka, aby przezwyciężyć ograniczenia wynikające z przywileju ochrony przed samooskarżeniem oraz w jaki sposób ten immunitet zawęzić, aby minimalizować jednak sferę nieodpowiedzialności karnej świadka, który popełnił przestępstwo”²⁴.

Pierwsza ustawa dotycząca świadka koronnego w Stanach Zjednoczonych została wydana w roku 1857, regulowała ona „kwestię szczególnej ochrony takiego świadka. Akt ten miał ograniczone znaczenie praktyczne, gdyż dotyczył wyłącznie świadków składających zeznania przed Kongresem i jego komisjami. Za to ich ochrona miała charakter kompleksowy, gdyż nigdy później (tzn. po złożeniu zeznań) nie mogli oni być oskarżeni za popełnienie któregośkolwiek z przestępstw, o którym zeznali lub chociażby wspomnieli w swoim przesłuchaniu”²⁵. Przyznanie tak szerokiego przywileju nietykalności spotkało się z krytyką, która doprowadziła do znacznego ograniczenia ochrony, jaką był objęty świadek koronny. W 1971 roku ustawodawstwo amerykańskie przyjęło specjalny federalny program ochrony świadków – WITSEC²⁶, który został wdrożony w związku z wydaną w 1970 roku ustawą *Organized Crime Control Act*. *Organized Crime Control Act*²⁷ uznawał „za obowiązującą koncepcję praw organów państwowych i sądów do zmuszania świadka do złożenia obciążających siebie zeznań i mimo to możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności takiego świadka, pod warunkiem, że zarzuty nie będą oparte na jego zeznaniach, ani nawet na dowodach uzyskanych pośrednio tego zeznania”²⁸.

Próby walki z przestępczością zorganizowaną, prowadzone klasycznymi metodami we Włoszech okazały się nieefektywne. Główną przeszkodą w rozbiciu grup przestępczych była ich hermetyczność, która uniemożliwiała wprowadzenie w szeregi grup agenta policyjnego. Ponadto w drugiej połowie lat 70 – tych we Włoszech narastało zagrożenie terroryzmem²⁹. Do włoskiego porządku prawnego wprowadzono nowe rozwiązania procesowe. Wprowadzono dekret Nr 625 z 15.12. 1979 r.³⁰, który następnie uzupełniono ustawą Nr 15 z 6.02.1980 r.³¹ W związku ze wzrostem zagrożenia terroryzmem oraz skutecznie kamuflującymi się grupami przestępczymi, zdecydowano się na wprowadzenie instytucji świadka koronnego, aby pozyskać do współpracy osoby, które pochodziły z kręgu grup przestępczych. Ostatecznie w

²⁰ Tamże, s. 23.

²¹ Tamże, s. 23.

²² Tamże, s. 24.

²³ T. Grzegorzczak, *Kodeks Postępowania karnego wraz z komentarzem do ustawy o świadku koronnym*, Kraków 2005, s. 1610.

²⁴ M. Adamczyk, *Świadek* ..., dz. cyt., s. 28.

²⁵ B. Kurzępa, *Świadek* ..., dz. cyt., s. 15.

²⁶ WITSEC - the Federal Witness Protection Program—or Witness Security Program. Federalny Program Ochrony Świadków lub Program Ochrony Świadków został opracowany przez pracownika Departamentu Sprawiedliwości, Geralda Shura. Program zapewniał schronienie i ochronę w zamian za odwrócenie się od przestępczości zorganizowanej i pomoc w skazaniu przestępców. J. Rossen, *12 Secrets of the Witness Protection Program*, <http://mentalfloss.com/article/77695/12-secrets-witness-protection-program>, dostęp: 19.12.2018 r.

²⁷ *Organized Crime Control Act*, 84 Statute 925, 1970 r., 18 U. S. C.

²⁸ M. Adamczyk, *Świadek* ..., dz. cyt., s. 30.

²⁹ Tamże, s. 48.

³⁰ Decreto legge Nr 625 z 15.12.1979 r., G. U. 17.12.1979, Nr 342.

³¹ Legge Nr 894 z 30.12.1980.

dniu 29 maja 1982 roku przyjęto ustawę nr 304 o środkach zmierzających do ochrony porządku konstytucyjnego, w której m. in. przewidziano instytucję świadka koronnego³². Instytucja świadka koronnego we włoskim prawie jest uregulowana w kilku aktach normatywnych, nie jest natomiast uregulowana odrębną ustawą. Aby podejrzany mógł skorzystać z instrumentu jakim jest świadek koronny „musi spełnić następujące warunki: 1. Przekazane przez niego informacje muszą być nieznanne dotychczas organom ścigania oraz muszą one być wiarygodne. 2. Przedmiotowe informacje muszą być istotne, a osoba je przekazująca zobowiązana jest do złożenia wyczerpujących zeznań. 3. Skruszony musi zerwać jakiegokolwiek powiązania z innymi członkami grupy, a przekazane przez niego informacje muszą dotyczyć, zarówno struktury organizacyjnej grupy przestępczej oraz posiadanego przez nią majątku”³³. Włoski świadek koronny może skorzystać z nadzwyczajnego złagodzenia kary oraz lepszych warunków jej odbywania, nie jest całkowicie uwalniany od odpowiedzialności karnej, co przypomina polską instytucję tzw. małego świadka koronnego”³⁴.

Do niemieckiego systemu prawnego instytucję świadka koronnego po raz pierwszy wprowadziła ustawa z dnia 28 lipca 1981 roku o obrocie środkami odurzającymi. Zgodnie z zapisem ustawy, sąd według swego uznania, mógł nadzwyczajnie złagodzić karę lub odstąpić od jej wymierzenia jeśli sprawca „1) przez dobrowolne ujawnienie informacji istotnie przyczyni się do wykrycia czynu w zakresie większym od jego własnego przyczynienia się do tego czynu, 2) z własnej woli i w odpowiednim czasie ujawnił właściwym organom informacje o planowanym (usiłowanym) przestępstwie obrotu narkotykami w dużych rozmiarach lub innych, szczegółowo w ustawie tej wymienionych”³⁵. Pierwszy program ochrony świadków został natomiast stworzony w 1984 roku, a status ochrony świadków ostatecznie uregulowano ustawą federalną z 11 grudnia 2001 roku o harmonizacji ochrony zagrożonych świadków³⁶.

Problem przestępczości zorganizowanej podnoszony był w literaturze wielokrotnie. Nerozerwalnie z przestępczością zorganizowaną związana jest instytucja świadka koronnego. Wprowadzona do polskiego ustawodawstwa instytucja ma zarówno zwolenników jak i przeciwników, można jednak stwierdzić, że świadek koronny pozwolił na skuteczną walkę ze wspomnianą przestępczością, której ekspansja przypadła w okresie przemian społeczno – gospodarczych, od początku lat 90-tych.

The Act on the Crown Witness was introduced into the Polish legal system on January 1, 1998. The institution of the Crown Witness is undoubtedly a tool to fight organized crime. Many citizens are aware of who the crown witness is, but few are able to indicate what conditions must be met by the suspect in order to receive the status. The article presents the genesis of introducing the institution of a crown witness to the Polish legal system, and the act on the crown witness was also analyzed. The institution of the Crown Witness in the United States, Italy and Germany was also presented.

Keywords: crown witness, genesis of the institution of the crown witness, act on the crown witness

³² M. Adamczyk, *Świadek ...*, dz. cyt., s. 31.

³³ Tamże, s. 58 cyt. za: K. Karsznicki, *Struktura i zadania Prokuratury do spraw Walki z Mafią w Republice Włoskiej*, Prokuratura i Prawo, 2008, nr 11.

³⁴ Według artykułu 60 § 3 kodeksu karnego, Sąd stosuje nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet może warunkowo zawiesić jej wykonanie w stosunku do sprawcy współdziałającego z innymi osobami w popełnieniu przestępstwa, jeżeli ujawni on wobec organu powołanego do ścigania przestępstw informacje dotyczące osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz istotne okoliczności jego popełnienia., Ustawa z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym (DzU z 2007 r., nr 36, poz. 232).

³⁵ B. Kurzępa, dz. cyt., s.41.

³⁶ G. Ociecek, dz. cyt., s. 72.

Piotr Przybytek,
Paweł Przybytek

RADA EUROPY WOBEC EUROPEJSKIEGO PRZEMYSŁU FILMOWEGO (NA TLE SPADKU JEGO KONKURENCYJNOŚCI W SKALI GLOBALNEJ). ZARYS PROBLEMATYKI

Zarys historii produkcji filmowej i Rady Europy

Obecne czasy to gwałtowny rozwój technologii i sposobów reprezentacji¹. Technologię produkcji filmowej wynaleziono w 1895 r. Jej pionierzy nie mieli swoich siedzib w Hollywood, lecz w Europie. Wśród nich wyróżniali się m.in. francuscy twórcy, tacy jak Georges Méliès, Charles Pathé czy Ferdinand Zecca². W latach 30. XX w. pojawił się film dźwiękowy, a w latach 50. XX w. kinu urósł konkurent w postaci telewizji³. Filmy zaczęto realizować w kolorze⁴.

Interesująca nas tutaj międzynarodowa organizacja rządowa jest o przeszło półwiecze młodsza od początków kinematografii. Powstała 9 maja 1949 r. Radę Europy (ang. *Council of Europe*, fr. *Conseil de l'Europe*, dalej RE) nie należy mylić z takimi instytucjami Unii Europejskiej, jak Rada Europejska czy Rada Unii Europejskiej. Ta międzynarodowa organizacja skupiająca prawie wszystkie państwa Europy została utworzona w wyniku podpisania przez 10 państw (Belgię, Danię, Francję, Holandię, Irlandię, Luksemburg, Norwegię, Szwecję, Wielką Brytanię i Włochy) statutu Rady Europy, który wszedł w życie po ratyfikacji 3 sierpnia 1949 r.⁵

Obecnie do RE należą 47 państw – wszystkie europejskie z wyjątkiem Białorusi⁶. Natomiast Watykan, Kazachstan, Japonia, Stany Zjednoczone, Izrael, Meksyk i Kanada mają status obserwatorów. Siedzibą Rady jest Strasburg. Impuls do założenia tej organizacji – zajmującej się przede wszystkim ochroną praw człowieka, ochroną demokracji i współpracą państw członkowskich w dziedzinie kultury – dały słowa Winstona Churchilla⁷: „Powinniśmy zbudować coś na kształt Stanów Zjednoczonych Europy”⁸, a przede wszystkim spotkanie ponad 1000 delegatów opowiadających się za bardziej zjednoczoną Europą w Hadze w 1948 r. (tzw. „Kongres Europy”). Mając na uwadze cały pakiet rezolucji przyjętych podczas Kongresu oraz uwzględniając rozwój sytuacji w ówczesnej polityce międzynarodowej, rządy państw europejskich rozpoczęły wielostronne rokowania prowadzące do określenia kształtu nowej organizacji międzynarodowej, czego efektem był traktat londyński⁹.

Organem zarządzającym RE jest Komitet Ministrów, składający się z ministrów spraw zagranicznych państw członkowskich lub ich przedstawicieli. Organami doradczymi są: Zgromadzenie Parlamentarne (parlamentarzyści delegowani przez parlamenty narodowe) oraz Kongres Władz Lokalnych i Regionalnych Europy¹⁰. Zgromadzenie i Komitet

¹ R. Altman, *Gatunki filmowe*, przekł. M. Zawadzka, Warszawa 2012, s. 440.

² K. King, D. Power, *Pionierskie produkcje filmowe*, [w:] *Historia kina*, P. Kemp (red.), Ch. Frayling (przedmowa), Warszawa 2019, s. 16.

³ A. Holobut, *Dialog w przekładzie audiowizualnym*, [w:] A. Holobut, M. Woźniak, *Historia na ekranie. Gatunek filmowy a przekład audiowizualny*, J. Rybicki (obliczenia stylometryczne i postłowie), Kraków 2017, s. 24. Efektem tej rywalizacji były zmiany techniczne w budowie ekranu w kinach. Rozwija się również telewizja i związane z nią technologie. „British filmmakers forgot what separated cinema from television” – narzeka w latach 80. XX w. James Park (*British Cinema. The lights that failed*, London 1990, s. 170). „Kino i telewizja są w znacznej mierze współzależne” – zauważa się w jednym z zaleceń Rady Europy z początku lat 90. XX w. (zob. *Zalecenie Nr R (90) 10 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie kina dla dzieci i młodzieży (przyjęte przez Komitet Ministrów w dniu 19 kwietnia 1990 r. na 438. zebraniu Zastępców Ministrów)*, [w:] *Prawa Dziecka. Dokumenty Rady Europy*, P.J. Jaros (zbiór i opracowanie), Warszawa 2012, s. 733). Wreszcie Alicja Jaskiernia, badająca amerykańską telewizję, stwierdza, iż oferty filmowa i telewizyjna, kiedyś traktowane jako odrębne, stają się obecnie praktycznie nieodróżnialne. Konwergencja technologiczna produkcji filmowych i kinowych oraz ekip i obsad aktorskich spowodowała zbliżanie się efektów, co w przypadku telewizji oznacza wyższe walory jakościowe (zob. A. Jaskiernia, *Od telewizji masowej do Netfliksa. Telewizja w Stanach Zjednoczonych w epoce cyfrowej*, Warszawa 2016, s. 372). Afiliacje między filmem i innymi mediami charakteryzować można na wielu płaszczyznach tematycznych. Na ten temat A. Has-Tokarz, *Kategoria „gatunku” i „formuły” w refleksji teoretyków literatury, filmów i mediów: korespondencje i transpozycje*, „Folia Bibliologica” 2008, vol. L, s. 135 i n.

⁴ Ł.A. Plesnar, R. Syska, *Kino amerykańskie lat 50.: złota dekada*, [w:] *Historia kina*, t. 2: *Kino klasyczne*, T. Lubelski, I. Sowińska, R. Syska (red.), Kraków 2011, s. 792.

⁵ Rada Europy, [dostęp: 21.05.2019] https://mfiles.pl/pl/index.php/Rada_Europy. Często nazywa się go traktatem londyńskim.

⁶ Rada Europy, [dostęp: 21.05.2019] https://strasburgre.msz.gov.pl/pl/o_re/o_radzie_europy_info/o_radzie_europy. W 2014 r. zawieszono Rosję, jednak w chwili powstawania tego artykułu w Helsinkach Komitet Ministrów Rady Europy przyjął deklarację, w której poparł przywrócenie pełnego prawa głosu rosyjskiej delegacji w Zgromadzeniu Parlamentarnym Rady Europy (zob. Sz. Karaś, J. Rogoża, *Rosja wraca do Rady Europy*, [w:] *Analizy 2019-05-20*, [dostęp: 20.05.2019] <https://www.osw.waw.pl/pl/publikacje/analizy/2019-05-20/rosja-wraca-do-rady-europy>).

⁷ Rada Europy, [dostęp: 21.05.2019] https://strasburgre.msz.gov.pl/pl/o_re/o_radzie_europy_info/o_radzie_europy.

⁸ Cyt. za: *ibidem*. Można spotkać różne tłumaczenia tego wezwania. W oryginale miało brzmieć bodajże tak: „we must build a kind of United States of Europe” (zob. *Narodziny Rady Europy*, [dostęp: 21.05.2019] <https://www.msz.gov.pl/resource/7e5c0389-4d9e-4ebe-b7c0-e8f6a0f58c7e>).

⁹ M. Natanek, *Strasburg i Schengen jako pozytywne miejsca pamięci o integracji europejskiej*, [w:] *Pozytywne Miejsca Pamięci Europejskiej*, K.A. Gajda, A. Pazik (red.), Kraków 2015, s. 74–75.

¹⁰ J. Uczkiewicz, *Rada Europy*, [dostęp: 21.05.2019] <https://opoka.org.pl/biblioteka/X/XU/rpeuropy.html>.

są obsługiwane przez Sekretariat z Sekretarzem Generalnym na czele, którego na zlecenie Komitetu mianuje Zgromadzenie¹¹. Obecnie Sekretarzem jest Thorbjørn Jagland.

Artykuł będzie jedynie próbą zarysowania działalności RE wobec europejskiego przemysłu filmowego poczynając od lat 80. XX w. do obecnych czasów (na dogłębnější analizę nie pozwalają ramy tej publikacji). Jako że wiele szczegółowych wątków poruszanych w tym artykule mogłoby stanowić temat osobnego artykułu, zaprezentowaną publikację należy traktować jako artykuł o charakterze przyczynkowym.

Zakres działalności RE

Utworzenie RE spowodowało stopniowe zacieśnianie współpracy między państwami – członkami Rady Europy, pozwalającej na zmniejszenie ryzyka nowych wojen. Za najbardziej imponujące osiągnięcie tej organizacji można uznać ustanowienie systemu ochrony praw człowieka opartego na Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (1950). Na mocy tego dokumentu rządy państw europejskich zdecydowały się podjąć kroki w celu zbiorowego zagwarantowania niektórych praw wymienionych w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. W efekcie powołano Europejski Trybunał Praw Człowieka, do którego skargi mogą składać osoby indywidualne¹², a także grupy osób, państwa, jak i organizacje pozarządowe¹³. Jako organ sądowy wydaje on wyroki mające moc prawnie wiążącą dla państw we wszystkich sprawach, w których są stronami¹⁴. Europejska Konwencja Praw Człowieka stała się, przez ogromną ilość skarg indywidualnych, po części ofiarą własnego sukcesu i popularności, przez co ostatnio konieczne stało się ustanowienie mechanizmów zapobiegających nadmiernej długości postępowań prowadzonych przez Trybunał i oddalających widmo paraliżu systemu¹⁵.

Mimo że warunkiem członkostwa państw europejskich w RE jest akceptacja zasady rządów prawa i ochrony praw człowieka, to nie znaczy, że wszystkie państwa spełniają obecnie te kryteria, czego przykładem jest Federacja Rosyjska, która ma jedynie moratorium zawieszające wykonanie kary śmierci¹⁶. A przecież całkowite jej wyeliminowanie jest jedną z przesłanek wstąpienia do Rady. Białoruś mająca wcześniej status specjalnego gościa Rady Europy, utraciła go w styczniu 1997 r. z powodu niedemokratycznego referendum konstytucyjnego z września 1996 r. oraz ograniczenia przez organy władzy państwowej swobód obywatelskich¹⁷.

Z prawami człowieka bezpośrednio powiązana jest polityka RE w zakresie ochrony mniejszości narodowych, etnicznych, językowych, religijnych, kulturalnych czy seksualnych; polityka językowa oraz ochrona praw migrantów: emigrantów, imigrantów, reemigrantów, uchodźców i azylantów, czy ludów koczowniczych jak Cyganie czy Lapończycy. Trzeba jednak też zauważyć, że RE prowadzi działania w wielu dziedzinach, w tym niektórych nie powiązanych bezpośrednio z prawami człowieka, jak choćby: sprawy społeczne czy gospodarcze, ochrona zdrowia, edukacja, kultura, media, ochrona środowiska, sprawy młodzieży i sportu, współpraca prawna. W tych dziedzinach zawarto blisko 200 umów międzynarodowych do 2003 r.¹⁸

W początkowym okresie funkcjonowania Wspólnot Europejskich (WE) kwestiami sektora kultury zajmowała się głównie RE, jednakże jej działania były ograniczone do rekomendacji, rezolucji i deklaracji, tj. aktów prawnych niewiążących formalnie (umowy i konwencje muszą być ratyfikowane przez państwa członkowskie)¹⁹. Traktat Rzymski z 1957 r. poświęcił część miejsca dziedzinie kultury, jednak celem jego artykułów nie było wzmocnienie współpracy kul-

¹¹ M. Lis, *Prawo europejskie. Instytucje i istota regionalnego prawa w procesie integracji w Europie*, cz. I: *Międzynarodowe publiczne prawo Europy*, Wrocław 1998, s. 36; *idem*, *Rada Europy*, [w:] *Mała Encyklopedia Prawa*, U. Kalina-Prasznik (red.), Warszawa 2005, s. 477; *idem*, *Rada Europy*, [w:] *Encyklopedia prawa*, U. Kalina-Prasznik (red.), Warszawa 2007, s. 680.

¹² M. Jankowska, *Prawa osób niepełnosprawnych w międzynarodowych aktach prawnych*, „Niepełnosprawność – zagadnienia, problemy, rozwiązania” 2012, t. I/2011 i I/2012, nr 1 i 2, s. 29–31. „W regionalnym europejskim systemie ochrony praw człowieka instytucja skargi indywidualnej stanowi aktualnie bardzo efektywny instrument dochodzenia praw przez jednostkę” – stwierdza Bartosz Liżewski i Marzena Myślińska (*Mechanizm ochrony praw człowieka w systemie Rady Europy i w systemie interamerykańskim (teoretyczna analiza prawnoporównawcza)*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2014, vol. 21, s. 121). Wspomniana powyżej Powszechna Deklaracja Praw Człowieka to rezolucja ONZ z 1948 r. (zob. A. Domagała, *Prawa człowieka w polityce zagranicznej państw*, [w:] *Prawa człowieka a stosunki międzynarodowe*, A. Florczak, B. Bolechów (red.), Toruń 2006, s. 256).

¹³ Europejski Trybunał Praw Człowieka. *Geneza historyczna, organizacja i procedura. Dokument informacyjny wydany przez Kanclerza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, IX 2003 [dostęp: 21.05.2019] http://www.grocjusz.edu.pl/Materials/mw_tab.6.pdf

¹⁴ L. Antonowicz, *Podręcznik prawa międzynarodowego*, Warszawa 2015, s. 127.

¹⁵ M.B. Wilbrandt-Gotowicz, *Reforma systemu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Toruń 2007, s. 128.

¹⁶ Wspomniany powyżej „Ruxit” spowodowany był oczywiście aneksją Krymu i wojną na Ukrainie. Wyjście Rosji z RE według przewidywań prowadziłoby do przywrócenia kary śmierci, na którą moratorium obowiązuje od 1996 r.

¹⁷ A. Pacześniak, *Promocja demokracji i praworządności*, [w:] *Organizacje międzynarodowe w działaniu*, A. Florczak, A. Lisowska (red.), Warszawa 2014, s. 232.

¹⁸ Ministerstwo zdrowia. *Współpraca międzynarodowa. Współpraca z organizacjami międzynarodowymi* ⇒ *Rada Europy* ⇒ *Rada Europy – informacje ogólne* [dostęp: 21.05.2019] <http://www2.mz.gov.pl/wwwmz/index?mr=q101&ms=&ml=pl&mi=&mx=0&mt=&my=0&ma=32079>.

¹⁹ J. Sanetra-Szeliga, *Sektor kultury w procesie integracji europejskiej*, [w:] *Kultura a rozwój*, J. Hausner, A. Karwińska, J. Purchla (red.), Warszawa 2013, s. 362.

turalnej i upowszechnienie dziedzictwa kulturowego Europy, ale raczej ochrona wartości lokalnych, tak by kultury poszczególnych państw nie zostały zubożone w wyniku postępującego procesu integracji²⁰. Działania wykorzystujące sektor kultury (jak wspieranie projektów kulturalnych o charakterze prorozwojowym, społecznych i tych wyraźnie nastawionych na budowanie poczucia tożsamości europejskiej) zostały podjęte przez WE dopiero wtedy, gdy okazało się, że czysto ekonomiczna czy polityczna współpraca nie wystarcza do tego, aby społeczeństwa europejskie miały poczucie wspólnoty, które jest konieczne do pogłębiania procesu integracji²¹. Konkretnie wskazuje się na moment powołania do życia Unii Europejskiej, kiedy to współpraca w dziedzinie kultury nie tylko uległa intensyfikacji, ale stworzono również ramy unijnej polityki kulturalnej. Choć początków takiej polityki można doszukiwać się już w latach 80. XX w.²²

Regulacje RE mają charakter traktatów międzynarodowych, zwanych konwencjami, do których mogą przystępować w pewnych przypadkach europejskie lub pozaeuropejskie państwa nie członkowskie. Konwencja wejdzie w życie, jeśli zostanie podpisana i ratyfikowana przez odpowiednią liczbę organizmów państwowych. Państwa przystępujące do konwencji mogą poczynić nawet pewne zastrzeżenia co do wyłączenia lub ograniczenia stosowania na ich terytorium niektórych artykułów konwencji. W przypadku dołączenia protokołów dodatkowych do konwencji, państwa które wcześniej same ją podpisały, nie muszą do nich przystąpić²³.

W historii RE można wyróżnić trzy zasadnicze etapy. Pierwszy trwał od początku jej istnienia do 1957 r. Wtedy Rada stanowiła główne forum współpracy państw Europy Zachodniej. W drugim etapie pozycja Rady na arenie europejskiej uległa zmniejszeniu ze względu na rozwijającą się współpracę w ramach WE²⁴. To właśnie wtedy w dorobku traktatowym RE pojawiło się Porozumienie europejskie z 1958 r. dotyczące wymiany programów za pomocą filmów telewizyjnych²⁵.

RE wobec europejskiego przemysłu filmowego w latach 80. i 90. XX w.

Początki istnienia RE zbiegają się z niekorzystnym trendem występującym w europejskim przemyśle filmowym. Od zakończenia II wojny światowej miał miejsce nieprzerwany spadek liczby widzów kin. W latach 1960 – 1990 liczba biletów sprzedanych w Europie Zachodniej spadła z 2,9 mld do 564 mln rocznie. W tym samym okresie liczba kin zmniejszyła się o 60%²⁶. To wtedy mamy do czynienia z choćby tak ciekawym zjawiskiem artystycznym jak *Nouvelle Vague*. „Kino europejskie w latach 60. XX wieku stanowiło barwny korowód osobistych wizji, stylistycznego rewizjonizmu i głębokiego zaangażowania w zmieniający się krajobraz polityczny. Była to dekada reakcji, rewolucji i dojrzałości, w której twórcy filmowi przenicowali tradycyjną gramatykę kina fabularnego, czasami buntując się nawet przeciwko tym ruchom, z którymi ich kojarzono. Wiele filmów tej dekady przekształciło wysłużone szablony w świeży, a czasem odstręczający efekt – taki zarzut wysuwany był przez prekursorów francuskiej Nowej Fali”²⁷.

Jednak co gorsze dla kina europejskiego od początku lat 80. XX w. niemal całość spadku dotyczyła widowni filmów europejskich, podczas gdy liczba biletów sprzedanych na filmy amerykańskie pozostawała względnie stabilna. Gdy od roku 1980 r. do połowy lat 90. XX w. liczba biletów sprzedanych w europejskich kinach na filmy amerykańskie spadła z 425 mln do 420 mln rocznie, to sprzedanych na filmy europejskie spadła z 475 mln do 120 mln. Obniżenie liczby widzów produkcji europejskich pociągnęło więc za sobą stały wzrost procentowej dominacji studiów hollywoodzkich na rynkach europejskich. Gdy w 1968 r. 60 % filmów wyświetlanych na Starym Kontynencie stanowiły produkcje europejskie, a jedynie 35 % przypadało na produkcje amerykańskie, to już od lat 90. XX w. producenci europejscy posiadali jedynie 20 – 30% udziału we własnym, wewnętrznym rynku, podczas gdy niemal cała reszta przypadała na filmy amerykańskie.

²⁰ D. Heidrich, *Kulturowe aspekty powstawania i funkcjonowania organizacji międzynarodowych*, [w:] *Kultura w stosunkach międzynarodowych*, t. 1: Zwrot kulturowy, H. Schreiber, G. Michałowska (red.), 2013, s. 138.

²¹ Sanetra-Szeliga, *op. cit.*, s. 362.

²² Heidrich, *op. cit.*, s. 138.

²³ W przypadku Polski tak było np. z Konwencją o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, otwartą do podpisu 11 maja 2011 r. Konwencja weszła w życie 1 sierpnia 2014, gdyż została ratyfikowana przez przynajmniej 10 państw, w tym 8 państw członkowskich RE. Dokument został ratyfikowany i obowiązuje w 16 państwach. Polska ratyfikowała go 13 IV 2015 r. (Dz.U. 2015 poz. 961), choć była w grupie państw które zgłosiły do niego poprawki (zob. *Opinia do ustawy o ratyfikacji Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzonej w Stambule dnia 11 maja 2011 r. (druk nr 830)*, [dostęp: 21.05.2019] file:///C:/Users/Czytelnik/Downloads/830.pdf). Takiego szczęścia nie miała już choćby ramowa konwencja RE, dotycząca znaczenia kulturalnego dziedzictwa dla społeczeństwa, sporządzona w Faro 27 X 2005 r., gdyż nie uzyskała wymaganych 10 ratyfikacji. Miała ona tą choćby wartość, że przybliżała zakres pojęciowy terminu „europejskie dziedzictwo kulturalne” (zob. K. Lankosz, *Pojęcie „europejskie dziedzictwo kulturalne” w dorobku konwencyjnym Rady Europy*, [w:] *Rada Europy – 60 lat na rzecz jedności europejskiej*, I. Głuszczyńska, K. Lankosz (red.), Bielsko-Biała 2008, s. 126).

²⁴ A. Zawidzka, *Zarys historyczny oraz cele działalności Rady Europy*, [w:] A. Łazowski, A. Zawidzka, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2008, s. 217.

²⁵ T. Srogosz, *Wybrane organizacje międzynarodowe*, [w:] J. Barciak, T. Srogosz, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2017, s. 545.

²⁶ M. Adamczak, *Globalne Hollywood, filmowa Europa i polskie kino po 1989 roku. Przeobrażenia kultury audiowizualnej przełomu stuleci*, Gdańsk 2010, s. 147.

²⁷ Stwierdza David Jenkins (*Kino europejskie*, [w:] *Historia kina...*, s. 300) odnosząc się do okresu w którym sformułowano dyktat „polityki autorów” – podkreślający pozycję reżysera jako artysty.

Ponadto w okresie 1989 – 1997 w całym sektorze audiowizualnym (film, telewizja i rynek wideo/DVD) deficyt handlowy Europy w stosunku do USA wzrósł z 2 mld dolarów do 5,6 mld dolarów rocznie²⁸.

RE przekonuje, że promocja kina europejskiego była zawsze ważnym zagadnieniem w ramach prowadzonej przez nią polityki współpracy kulturalnej i wskazuje w pierwszej kolejności na Europejską Konwencję o koprodukcji filmowej z 2 X 1992 r. (ETS nr 147)²⁹. Przeszło 5 lat wcześniej, w zaleceniu wydanym 20 III 1987 r. Komitet Ministrów podjął problem dystrybucji filmów w Europie. Komitet wyraził zaniepokojenie faktem, iż nowe technologie i rodzaje mediów zagrażają dotychczasowemu systemowi produkcji i dystrybucji filmów. Dlatego zalecił, aby dawać pierwszeństwo niezależnym dystrybutorom filmów w celu przeciwdziałania nadużyciom ze strony monopolistów na tym rynku. Wskazał też na potrzebę udzielania pomocy finansowej – w postaci subsydiów, zaliczek i gwarancji – dystrybutorom dzieł europejskiego pochodzenia, zwłaszcza tym, które reprezentują wysoki poziom artystyczny. Chodziło o zwiększenie szans na dystrybucję i zainteresowanie publiczności dziełami, które przegrywają z typowo komercyjną produkcją³⁰. Pozytywnym przykładem współdziałania Rady Europy i Wspólnot Europejskich było ustanowienie roku 1988 Rokiem Europejskiego Kina i Telewizji (*European Cinema and Television Year*). W przyjętej 8 X 1987 r. uchwale, zainicjowanej przez Komisję Kultury i Edukacji, podkreślono, że inicjatywa ta ma przyczynić się do zrozumienia, zwłaszcza w środowiskach politycznych, opiniotwórczych oraz zawodowo związanych z kinem i telewizją, potrzeby budowania silnego przemysłu audiowizualnego, który miałby szansę konkurować z przemysłem zaoceanicznym (amerykańskim)³¹.

Z kolei w uchwale przyjętej 26 X 1988 r. Komitet Ministrów podjął decyzję o utworzeniu „Europejskiego Funduszu Pomocy dla koprodukcji i dystrybucji twórczych dzieł kinematograficznych i audiowizualnych” (EURIMAGES). Celem funduszu jest wspieranie działalności w dziedzinie koprodukcji, dystrybucji i eksploatacji europejskich dzieł kinematograficznych (filmów długometrażowych i dokumentalnych). W skład Rady Zarządzającej Funduszu wchodzi (po jednym przedstawicielu) delegowani przedstawiciele państw członkowskich. W decydowaniu o wykorzystaniu środków funduszu, pochodzącego z wpłat państw członkowskich oraz z innych źródeł, Rada ma kierować się jakością dzieła, a także oceną twórczego wkładu w eksponowanie bogactwa europejskiej kultury. Aby móc skorzystać ze wsparcia Funduszu produkcje muszą powstawać we współpracy co najmniej dwóch producentów z różnych państw członkowskich Funduszu. O pomoc dla dystrybutorów mogą ubiegać się jedynie te państwa, które nie korzystają z pomocy przyznanej w ramach programu UE Media II³². Media I i Media II sponsorują wybrane produkcje filmowe i telewizyjne. W 2003 r. program „Media Plus” dysponował budżetem 400 mln euro³³. EURIMAGES rozwija trzy główne programy pomocowe: wspieranie produkcji filmowej, pomoc w dystrybucji i pomoc dla kin.

Powyższe zasady zmodyfikował Komitet Ministrów uchwałą przyjętą 15 VI 1989 r. Wprowadzono zasadę, że finanse EURIMAGES będą podlegały badaniu przez Radę Audytorów Rady Europy, która zobowiązana zostanie do przedstawienia rocznych sprawozdań państwom członkowskim i Komitetowi Ministrów. Dopuszczono także finansowanie dzieł z udziałem współproducentów z państw nie będących członkami Funduszu pod warunkiem, iż ich udział nie przekroczy 30% kosztów produkcji³⁴.

Na Drugiej Konferencji Ministerialnej w Sztokholmie w dniach 23 – 24 XI 1988 r. w przyjętej uchwale ministrowie poparli m.in. rozwiązanie zwiększenia konkurencyjności audiowizualnej produkcji europejskiej, poprzez poprawę marketingu, promocji i dystrybucji na obszarze Europy i poza nią. W przyjętej deklaracji podkreślali wagę podejmowanych wspólnych inicjatyw Wspólnot Europejskich i Rady Europy, takich jak Rok Europejskiego Kina i Telewizji, a także znaczenie utworzenia przez państwa członkowskie instytucji EURIMAGES. Ministrowie wezwali Komitet Ministrów do poszukiwania rozwiązań instytucjonalnych w zakresie promocji europejskich dzieł audiowizualnych, stosownie do sugestii zawartych w uchwale nr 1, przyjętej przez Konferencję. Zalecenie w sprawie utworzenia EURIMAGES zostało przyjęte przez działającą w imieniu Zgromadzenia Komisję Stałą 22 XI 1990 r., w oparciu o sprawozdanie Komisji Kultury i Edukacji. Zgromadzenie poparało decyzję Komitetu Ministrów w sprawie utworzenia takiego funduszu, dostrzegając w nim szansę na promocję twórczości artystycznej i ochronę kulturalnego dziedzictwa państw europejskich. Zaleciło zatem Komitetowi Ministrów, by aktywność EURIMAGES została rozszerzona na te państwa europejskie, które dotychczas nie przystąpiły do funduszu, a także na państwa Europy Środkowo-Wschodniej. Zaleciło też, by zwiększyć wkład po-

²⁸ M. Adamczak, *Globalne Hollywood...*, Gdańsk 2010, s. 147–148.

²⁹ Zob. *Details of Treaty No. 183. European Convention for the Protection of the Audiovisual Heritage* [dostęp: 19.05.2019] <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/183> (na tej stronie internetowej podana jest zła data – 2 X 1982, zamiast 2 X 1992). Która to konwencja w stosunku do Polski weszła w życie z dniem 1 marca 2003 r.

³⁰ A. Jaskiernia, *Monitoring wolności mediów w Europie*, Warszawa 2018, s. 153.

³¹ *Idem*, *Rada Europy a problemy mediów masowych*, Warszawa 2002, s. 265.

³² *Idem*, *Monitoring wolności...*, s. 180.

³³ J. Mróz, *Dziedzictwo kultury i kultura krajów europejskich. Programy Rady Europy oraz Komisji Kultury Unii Europejskiej*, „Cenne, bezcenne, utracone” 2003, nr 3–4 (39–40), s. 59.

³⁴ A. Jaskiernia, *Monitoring wolności...*, s. 180–181.

szczególnych państw do tego funduszu w szczególności tych, których wkład do funduszu ukształtował się poniżej wskaźnika udziału w ponoszeniu kosztów działalności Rady Europy³⁵. Jednak Europejski Fundusz Wspierania Produkcji Filmowej EURIMAGES pozostał organem wyspecjalizowanym RE, który skupia tylko część państw członkowskich³⁶.

Komitet Ministrów w swoim zaleceniu z 14 IV 1990 r. kierowanym do rządów państw członkowskich apelował o wpieranie wyświetlania filmów dla młodzieży poprzez udzielanie wsparcia finansowego i/lub ulg podatkowych (tak aby zminimalizować bariery finansowe), promowanie zawierania stosownych umów współpracy pomiędzy branżą filmową i przemysłem telewizyjnym w koprodukcji filmów dla młodzieży oraz inicjowanie badań nad wszelkimi aspektami kina, tak aby poznać najskuteczniejsze systemy produkcji, dystrybucji i finansowania filmów dla młodzieży³⁷.

Powyższe dokumenty były odpowiedzią na wyzwania tego okresu. Lata 80. i 90. XX w. to lawinowy wzrost wysokości budżetów filmowych, oddziałujący na kształt samego widowiska filmowego, a także na globalny rynek. Był to jeden z czynników prowadzących do marginalizacji mniejszych producentów (głównie europejskich oraz niezależnych), spychanych do coraz węższej i mniej dochodowej niszy kina „autorskiego” czy „artystycznego”³⁸.

W tym samym roku co konwencja o koprodukcji założone zostało na podstawie uchwały Komitetu Ministrów (przyjętej 15 XII 1992 r.) Europejskie Obserwatorium Audiowizualne (*European Audiovisual Observatory* – EOA). Jego celem jest zbieranie danych o charakterze ekonomicznym i prawnym oraz usprawnianie przepływu informacji w ramach przemysłu audiowizualnego. Swoje powstanie zawdzięcza projektowi *Audiovisual Eureka*, który rozpoczęto w celu promocji i stymulacji rozwoju europejskiej produkcji telewizyjnej oraz wspierania badań nad technologiami medialnymi. Jego działalność można uznać za jeden z kluczowych mechanizmów monitorowania mediów w Europie, nie tylko sektora audiowizualnego. Monitorując i dokumentując działalność sektora audiowizualnego w Europie, EOA oferuje serwisy online i publikacje z zakresu prawa mediów i polityki medialnej, własności intelektualnej, produkcji telewizyjnej i filmowej oraz zasad transmisji, reklamy i sponsoringu. Ponadto zarządza LUMIERE – bazą danych dotyczącą europejskich produkcji filmowych. W szerokim spektrum monitoringu znajduje się też publiczne wsparcie dla produkcji filmowej i audiowizualnej³⁹. Podobnie jak i EURIMAGES, tak samo EOA jest organem wyspecjalizowanym RE, który skupia tylko część państw członkowskich⁴⁰.

Przełom lat 80 i 90. XX w. to także nowy, trwający do dziś etap działalności RE. Najbardziej widoczną zmianą jest szybki, w porównaniu z całym poprzednim okresem, wzrost liczby jej członków. Do 2002 r. RE wzrosła o 20 państw, w tym 19 z Europy Środkowej i Wschodniej, które wkroczyły na drogę transformacji ustrojowej. I właśnie w tym tkwi doniosłość współczesnej roli Rady Europy – okazała się ona jedyną organizacją europejską zdolną stosunkowo szybko otworzyć się na nowe demokracje europejskie. Charakter organizacji oraz jej działalność na rzecz jedności europejskiej pozwoliły RE wskazać nowym demokracjom drogę do przyspieszenia zarówno procesów demokratycznych, jak i procesów zmierzających do zbliżenia tych państw do Europy Zachodniej. Nie oznaczało to jednak natychmiastowego przystępowania tych państw. Organy RE i państwa członkowskie pieczołowicie przestrzegały procedur, które przewiduje jej Statut, zwłaszcza związanych z warunkami członkostwa w Radzie. W 1989 r. Polska wraz z Węgrami i Czechosłowacją otrzymała status gościa specjalnego, zbliżony do statusu obserwatora. W styczniu 1991 r. rząd polski rozpoczął procedurę przystępowania, która trwała prawie dwa lata. Zdecydował o tym fakt, że Rada Europy zgodnie ze swoimi wymogami uznała wybory parlamentarne przeprowadzone w listopadzie 1991 r. za w pełni wolne i demokratyczne. 26 listopada 1991 r. Minister Spraw Zagranicznych Rzeczypospolitej Polskiej Krzysztof Skubiszewski złożył dokument przystąpienia Polski do Statutu Rady Europy. Polska w związku z przynależnością musiała jeszcze ratyfikować Europejską Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, co stało się 2 X 1992 r. Przystąpienie do RE oznaczało dla Polski przyjęcie do demokratycznej Europy, zaistnienie na jej forum, włączenie się w procesy dostosowawcze i wypracowanie nowych płaszczyzn wspólnych działań członków Rady⁴¹. Zewnętrzna presja systemu europejskiego, dotycząca tak podstawowych kwestii, jak np. rzetelność procesu sądowego, dostęp do sądu, a co za tym idzie konieczność głębokiej reformy systemu wymiaru sprawiedliwości oraz innych obszarów funkcjonowania państwa, stanowiły wielką wartość dla Polski⁴².

Zwiększenie aktywności w RE w kwestii ochrony praw mniejszości narodowych również datuje się od przełomu lat 80. i 90. XX w. Uzasadnienie dla niej dał tzw. raport Grisella z 1988 r. stwierdzający niekorzystną, bardzo złożoną i zróżnicowaną sytuację mniejszości narodowych i etnicznych w państwach członkowskich RE. Począwszy od 1990 r.

³⁵ A. Jaskiernia, *Rada Europy...*, s. 189, 191.

³⁶ Srogosz, *op. cit.*, s. 544.

³⁷ *Zalecenie Nr R (90)...*, s. 733.

³⁸ M. Adamczak, *Globalne Hollywood...*, s. 149.

³⁹ A. Jaskiernia, *Monitoring wolności...*, s. 301–304.

⁴⁰ Srogosz, *op. cit.*, s. 544.

⁴¹ J. Wyciechowska, *Polska w Radzie Europy*, [w:] *Polska w organizacjach międzynarodowych*, S. Parzymies, I. Popiuk-Rysińska (red.), Warszawa 2002, s. 111–113, 121, 126.

⁴² H. Machińska, *Polska w Radzie Europy*, [w:] *Polityka zagraniczna RP 1989–2002*, R. Kuźniar, K. Szczepanik (red.), Warszawa 2002, s. 423.

prace dotyczące ochrony mniejszości narodowych w ramach Rady przebiegają dwutorowo. Oprócz kontynuacji poprzedniego podejścia „sektorowego” (pewna grupa praw), odżyły starania o opracowanie międzynarodowych generalnych standardów ochrony praw mniejszości narodowych i osób wchodzących w ich skład. Poza standardową ochroną swych praw, jakie mają zagwarantowane na podstawie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁴³, RE wypracowała dwa dokumenty bezpośrednio dotyczące ochrony praw mniejszości narodowych i zapewniające mechanizmy monitoringu przestrzegania tych praw przez państwa strony tych konwencji.

Pierwszym z nich jest Europejska Karta Języków Regionalnych lub Mniejszościowych. Jej tekst został przyjęty 25 VI 1992 r. przez Komitet Ministrów jako Konwencja Rady Europy i od 5 XI 1992 r. skierowano ją do podpisu państwom członkowskim. Według tej karty język mniejszości ma mieć takie same prawa co język większości na terenie całego państwa.

Drugim dokumentem jest Konwencja Ramowa o Ochronie Mniejszości Narodowych. Jego tekst przyjął Komitet Ministrów 10 XI 1994 r., składając go do podpisu 1 II 1995 r. To pierwszy prawnie wiążący dokument międzynarodowy całkowicie poświęcony ochronie mniejszości narodowych. Określa on ogólne zasady ochrony praw osób należących do mniejszości narodowych, do których poszczególne państwa mają dochodzić stopniowo, dostosowując ustawodawstwo wewnętrzne.

Sprawami mniejszości narodowych zajmuje się też w ramach szeroko pojętych praw człowieka Komisarz Praw Człowieka Rady Europy. Urząd ten utworzono na mocy Rezolucji (99) 50 z 7 maja 1999 r. Pierwszym komisarzem został Alvaro Gil-Robles, uprzednio w latach 1988 – 1993 hiszpański ombudsman⁴⁴.

W ten trend wpisuje się wspomniana powyżej konwencja o koprodukcji. Wszak tak brzmią jej cele podstawowe: „The aims of this Convention are to promote the development of European multilateral cinematographic co-production, to safeguard creation and freedom of expression and defend the cultural diversity of the various European countries”⁴⁵. Oczywiście różnorodność kulturowa Europy oznacza nie tylko kultury narodowe poszczególnych państw opierające się skutecznie globalizacji i homogenizacji kultur. To także kultury mniejszości narodowych i etnicznych⁴⁶. Jest o nich mowa w konwencji UNESCO w sprawie ochrony i promowania różnorodności form wyrazu kulturowego, sporządzonej w Paryżu 20 X 2005 r., a ratyfikowanej przez Polskę w 2007 r.⁴⁷ Stwierdza się w niej, iż żywotność kultur mniejszości i ludów autochtonicznych „przejawia się w ich wolności tworzenia, rozpowszechniania i dystrybucji własnych, tradycyjnych form wyrazu kulturowego oraz wolności korzystania z dostępu do nich w taki sposób, by było to korzystne dla ich rozwoju”⁴⁸.

Z kolei konwencja ramowa o ochronie mniejszości narodowych z 1 II 1995 r. zakazuje dyskryminacji mniejszości narodowych w dostępie do środków masowego przekazu, w tym także przedsiębiorstw kinematograficznych i stacji telewizyjnych⁴⁹.

Specyfika kina Europy Środkowo-Wschodniej

W powyższych rozważaniach pojawiał się wątek UE i Europy Środkowo-Wschodniej. Państwa tego regionu to nowo przyjęci członkowie zarówno UE, jak i RE. UE również angażuje się w wsparcie europejskiego przemysłu filmowego. Co prawda odniesień do mediów masowych jest niewiele w pierwotnym prawie wspólnotowym, ale we wtórnym

⁴³ Zgodnie z reformą z 1998 r. Europejski Trybunał Praw Człowieka jest obecnie jedynym organem kontrolnym RE. Co prawda przed nim nie jest przewidziana odrębna procedura postępowania względem mniejszości narodowych i etnicznych, ale przecież jest uważany za najskuteczniejszy mechanizm kontroli praw człowieka, w tym więc i mniejszości narodowych. W historii RE było kilka spraw rozpatrywanych przez Komisję i Trybunał, które dotyczyły mniejszości narodowych, w tym Gorzelnik i inni przeciw Polsce. Chodziło o stowarzyszenie pod nazwą „Związek Ludności Narodowości Śląskiej”, a raczej o samo stwierdzenie istnienia narodu śląskiego (zob. M. Lewandowska, *Formy monitoringu przestrzegania praw mniejszości narodowych w Radzie Europy*, [w:] *Mniejszości narodowe i etniczne w procesach transformacji oraz integracji*, E. Michalik, H. Chałupczak (red.), Lublin 2006, s. 112–114).

⁴⁴ Lewandowska, *op. cit.*, s. 111–112, 115, 117, 119.

⁴⁵ Zob. *Details of Treaty No.147. European Convention on Cinematographic Co-Production* [dostęp: 23.05.2019] <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/147>. Podobnie działa UE. Choćby ostatnio podczas promocji pierwszej edycji *European Cinema Night* (3–7 grudnia 2018 r.) w komunikacie KE czytamy, iż: „In addition, it helps to promote European audiovisual works across borders as well as cultural diversity. The initiative also complements the EuandME campaign, which uses a series of five short films focused on mobility, sustainability, skills and business, digital and rights to show how Europe makes a difference” (zob. *European Commission - Press release. European Cinema Night: 34 EU cities offer free screenings of European films Brussels, 30 November 2018*, [dostęp: 16.06.2019] http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6621_en.pdf).

⁴⁶ Europa jest wyraźnie zróżnicowana. Tylko w UE funkcjonuje – jako oficjalne – 20 języków, a do tej liczby trzeba jeszcze dodać języki mniejszości, nie licząc dialektów. Są kraje oficjalnie dwujęzyczne, a nawet kilkujęzyczne, a praktycznie wszędzie spotykane są mniejszościowe grupy etniczne (zob. W. Wilczyńska, *Powszechna dwu – czy kilkujęzyczność? Europejska polityka edukacyjna a oczekiwania uczących się*, [w:] *Dokumenty Rady Europy a nauczanie w polskim systemie edukacji*, M. Pawlak, J. Fisiak (red.), Łódź 2007, s. 11).

⁴⁷ Zob. Dz. U. z 2007, nr 215, poz. 1585.

⁴⁸ Cyt. za: S. Ratajski, *Niematerialne dziedzictwo kulturowe w świetle ochrony i promowania różnorodności form wyrazu kulturowego*, „Ochrona Zabytków” 2014, nr 1, s. 6.

⁴⁹ Co nie wyklucza procedury koncesjonowania. Zob. art. 9 ust. 1–2 *Konwencji ramowej o ochronie mniejszości narodowych sporządzonej w Strasburgu dnia 1 lutego 1995 r.* (Dz.U. z 2002 r. Nr 22, poz. 209). A brak ułatwień dla mniejszości w tej procedurze w odniesieniu do środków przekazu zauważalny jest choćby w państwach bałtyckich (zob. E. Kuzborska-Pacha, *Ochrona prawna mniejszości narodowych w państwach bałtyckich*, Warszawa 2019, s. 371).

prawie wspólnotowym (rozporządzeniach i dyrektywach) uregulowano szereg kluczowych zagadnień dotyczących kinematografii, telewizji czy Internetu⁵⁰. Strategie kulturalne na poziomie UE wyrastają z miękkich kompetencji, czyli z reguł i wytycznych, które w przeciwieństwie do legislacji nie są obowiązujące. Oznacza to, że Bruksela może wspierać działania i do nich zachęcać w całej Europie, ale nie może regulować i koordynować prawa w różnych państwach członkowskich. Wytyczne wydane przez UE nie zastępują, lecz tylko uzupełniają to, co jest dane na poziomie krajowym. W rezultacie inicjatywy europejskie dla sektora audiowizualnego muszą się zderzać ze strategiami narodowymi, podobnie jak z różnymi koncepcjami filmu i roli państwa we wspieraniu lokalnych kinematografii⁵¹. Przez kinematografię rozumie się działalność człowieka związaną z produkcją filmów oraz ich rozpowszechnianiem i wyświetlaniem w kinach, jako pierwszym miejscem eksploatacji. Przemysł filmowy w poszczególnych państwach określa się mianem „kinematografii narodowej”⁵².

O kinematografiach narodowych Europy Środkowej można spotkać taką opinię: „Gdy szuka się współczesnych rysów dla kinematografii tego regionu, natrętnym refrenem powraca historia – zarówno ta dawna, jak i ta obecna, ta już dawno zapisana w zbiorowej świadomości oraz ta doświadczana aktualnie. Opowiadające wciąż na nowo swoją przeszłość kino Środkowej Europy często porusza więc takie tematy jak melancholia, resentyment, poczucie niedookreślenia, peryferyzacji i niestabilności”⁵³. Narodowość i geografia odgrywa dużą rolę w częstotliwości odwiedzania kin. W 2008 r. przeciętny Amerykanin kupił 4,47 biletu na filmowy seans, gdy przeciętny Europejczyk niecałe 2 bilety⁵⁴. Jednak wewnątrz samej UE występują spore różnice, bo w 2017 r. przeciętny Francuz kupił 3,1 biletu, Brytyjczyk 2,6, Hiszpan 2,2, Włoch 1,6, a Niemiec już tylko 1,5⁵⁵. Różnice te są w dużej mierze kulturowe, związane z rozwojem kultury filmowej i uczęszczaniem na sensory kinowe jako praktyką społeczną. Generalnie jednak frekwencja w kinach jest najczęściej związana z zamożnością danego społeczeństwa, wykazując silną korelację w czasie z wysokością PKB. Widać to na przykładzie państw Europy Środkowo-Wschodniej, gdzie ilość sprzedanych biletów na jednego mieszkańca jest dużo niższa⁵⁶. W 2017 r. statystyczny Węgier kupił 1,5 biletu, Polak 1,5, a Czech 1,4⁵⁷.

Z tego regionu w dziejach kinematografii szczególnie zapisały się: polska szkoła filmowa, czechosłowacka Nowa Fala i złota era kina węgierskiego. Po roku 1989, w warunkach wolnego rynku, żadnej z tych kinematografii nie udało się nawet zbliżyć do poziomu znanego z historii. Nie są one obecne i nie święcą regularnych sukcesów na światowych festiwalach czy w zagranicznej dystrybucji. Nie są one znane nawet w obrębie dość bliskiego sąsiedztwa⁵⁸. Tuż po przełomie również Polacy chętnie oglądali, szybko i powszechnie dostępną, ofertę z Zachodu, a zwłaszcza z Hollywood⁵⁹. Obecnie dynamika rozwoju produkcji filmowej w Polsce jest w dużym stopniu ograniczana poprzez chłonność i możliwości finansowe naszego rynku, podczas gdy kraje stosujące zwolnienia i ulgi podatkowe są w stanie korzystać ze wzrostu popytu globalnego. Jest to szczególnie widoczne na przykładzie Czech i Węgier, gdzie kręci się trzykrotnie więcej filmów niż w Polsce w odniesieniu do wielkości lokalnego rynku. Jednak ostrzega się, że możliwości produkcyjne zaczęły być wykorzystywane do maksimum w tych krajach gdzie wprowadzono takie zachęty podatkowe. Tworzy to ryzyko inflacji kosztów produkcji, dlatego należy równocześnie wspierać rozwój zaplecza i infrastruktury filmowej (studia), żeby branża była przygotowana na zwiększony popyt⁶⁰. Pocieszające może być jednak to, że Polacy ostatnio niekoniecznie stronią od rodzimych produkcji, czego dowodem mogą być dane za rok 2018. Cztery pierwsze miejsca rankingu zajęły polskie produkcje, a dopiero na piątym miejscu znalazła się amerykańska animacja⁶¹.

Dochodowość kina azjatyckiego

⁵⁰ A. Jaskiernia, *Media masowe w demokratycznych procesach wyborczych. Standardy europejskie i uwarunkowania ich realizacji*, Warszawa 2008, s. 235–236.

⁵¹ M. Liz, *Program MEDIA: koncepcja kina europejskiego*, „Kwartalnik filmowy” 2018, nr 101–102 (161–162), R. XL, tłum. T. Rutkowska, s. 28.

⁵² M.J. Zabłocki, *Organizacja produkcji filmu fabularnego w Polsce*, Warszawa 2015, s. 1.

⁵³ Zob. M. Bartczak, *Na Wschodzie, czyli nigdzie. Spojrzenie na kino Europy Środkowo-Wschodniej w perspektywie postkolonialnej*, „Człowiek i Społeczeństwo” 2012, t. XXXIV: „Nowe perspektywy filmoznawstwa”, M. Adamczak (red.), s. 35–36.

⁵⁴ Stwierdza M. Adamczak (*Globalne Hollywood...*, s. 175). Uwzględniając kryteria geograficzne i historyczno-kulturowe oraz ilość filmów fabularnych rocznie, wysokość przeciętnych budżetów oraz strukturę systemu finansowania kinematografii wyróżnia się 5 obszarów europejskiej produkcji filmowej: skandynawski, wschodnioeuropejski, południowoeuropejski, przemysłowy (centralny) oraz anglosaski (zob. *idem*, *Obok ekranu. Perspektywa badań produkcyjnych a społeczne istnienie filmu*, Poznań 2014, s. 89).

⁵⁵ Za: *idem*, *Hard power and film distribution: transformation of distribution practices in Poland in the era of digital revolution*, „Studies in Eastern European Cinema” [w przygotowaniu].

⁵⁶ *Idem*, *Globalne Hollywood...*, s. 176.

⁵⁷ *Idem*, *Hard power...* Szczegółowsze i aktualniejsze dane na ten temat zob. *Focus 2018. World Film Market Trends. Tendances du marché mondial du film*, M. Kanzler, P. Simone, J. Talavera (red.), Paris 2018, [dostęp: 30.06.2019] <https://rm.coe.int/focus-2018-world-film-market-trends/1680946e69>.

⁵⁸ Stwierdza pesymistycznie Piotr Marecki (*Europa Środkowo-Wschodnia: „ziemia przyjazna” zespołom filmowym*, [w:] *Restart zespołów filmowych. Film units: restart*, Kraków – Łódź 2012, s. 9–10).

⁵⁹ A. Goleniewski, J. Słodowski, E. Malinowska, *Raport o stanie kultury. Kinematografia. W kierunku rynku i Europy*, T. Kowalski (red.), s. 30 [dostęp: 12.06.2019] http://www.kongreskultury.pl/library/File/RoSK%20kinematografia/kinematografia_kowalski.pdf.

⁶⁰ Wnioski zawarte w: *Dlaczego warto wspierać przemysł produkcji audiowizualnej?* [Projekt z 2015 współfinansowany przez PISF], s. 21, [dostęp: 15.06.2019] https://www.pisf.pl/files/dokumenty/raport_pwc/raport_pwc_wsparcie_podatkowe_2.pdf, s. 21.

⁶¹ P. Dobrzyński, *Ani zakaz handlu w niedzielę, ani platformy streamingowe nie powstrzymały rekordu frekwencji w polskich kinach*, „Rozrywka. Blog. Powied by spider's web” 2 I 2019, [dostęp: 19.06.2019] <https://www.spidersweb.pl/rozrywka/2019/01/02/rekord-frekwencji-w-polskich-kinach-2018/>.

W Europie powstaje znacznie więcej produkcji filmowych niż w Kanadzie czy Stanach Zjednoczonych. Liczba pełnometrażowych filmów fabularnych produkowanych w UE wzrosła z 1159 w 2008 roku do 1336 w 2011 roku. W tym samym okresie liczba produkcji amerykańskich i kanadyjskich wzrosła z 773 do 818 filmów. Jednak filmy europejskie są dystrybuowane na mniejszą skalę i mają problemy z dotarciem do szerszej grupy odbiorców poza rodzimym rynkiem, w tym również w obrębie UE. Sukcesu nie można mierzyć jedynie na podstawie udziału w rynku i dochodów ze sprzedaży biletów. Filmy mogą być skierowane do odbiorców niszowych, co może prowadzić do mniejszego udziału w rynku na poziomie krajowym/europejskim lub międzynarodowym. Mimo to tego typu filmy mogą skutecznie dotrzeć do docelowej grupy odbiorców i stać się istotnym elementem różnorodności kulturowej. Z ekonomicznego punktu widzenia stosunkowy sukces filmu należy rozpatrywać także w kontekście rentowności, czyli stosunku kosztów poniesionych na rozwój, produkcję i dystrybucję do osiągniętych przychodów. Znaczna liczba filmów produkowanych w UE jest wyświetlana w kinach w niewielkim stopniu lub wcale, zwłaszcza poza rodzimym rynkiem. Poza tym inne formy dystrybucji również nie pomagają tym filmom dotrzeć do większej grupy odbiorców. Tylko mniejszość europejskich filmów jest wyświetlana w kinach poza granicami Europy (8% w 2010 roku). Filmy te docierają do istotnej, ale skromnej grupy odbiorców w kontekście udziału w sprzedaży w kasach biletowych. Przykładowo w roku 2012 filmy wyprodukowane w UE były niemal nieobecne na rynku Stanów Zjednoczonych, osiągając jedynie 8% udziału, podczas gdy filmy amerykańskie stanowiły ponad 90%⁶². W dodatku zdarza się, iż pod mianem koprodukcji europejskich kryją się w rzeczywistości filmy hollywoodzkie⁶³. W latach 1989 – 1997 obowiązywała unijna dyrektywa „Telewizja bez granic” (*Television Without Frontiers*), mająca wzmocnić europejski przemysł audiowizualny⁶⁴, co Marcin Adamczak skwitował słowami: „Paradoksalnie okazało się, iż na europejskim rynku audiowizualnym żadne granice nie istnieją jedynie dla amerykańskiej ekspansji”, pesymistycznie podsumowując: „W wymiarze materialnym, organizacyjnym i ekonomicznym poza granicami >>globalnego Hollywood<< rozciąga się jedynie egzotyczny, marginalny oraz rozdrobniony świat niewielkich i partykularnych kinematografii narodowych oraz coraz bardziej anachronicznego i schyłkowego >>modelu autorskiego<<”⁶⁵. Ma tu na myśli Europę, bo poza nią sytuacja kształtuje się odmiennie.

W Indiach powstaje rocznie od 800 do 1000 filmów (w podobno 39 językach i dialektach) produkowanych przez wytwórnie m.in. w Bollywood (czyli w Bombaju), Tollywood (w Hajdarabadzie), Kollywood (w Tamil Nadu) oraz Mollywood (w Kerali). Produkcje bollywoodzkie nie mają charakteru globalnego i nie stają się światowymi hitami. Co prawda na całym świecie sprzedaje się 3,6 miliarda biletów na filmy indyjskie, a na amerykańskie 2,6 miliarda, ale wartość całego indyjskiego box office'u wynosi dwa miliardy dolarów, a amerykańskiego trzydzieści osiem. Jednak w indyjskim box officie filmy rodzimej produkcji osiągają 90 – 95% zysków, gdy amerykańskie ledwie 5 – 10%. Próby hollywoodzkich dystrybutorów zmienienia tych proporcji skończyły się sromotną porażką, mimo dubbingów w dwudziestu językach, dodawania piosenek w hindi i prowadzenia kampanii reklamowych w pięciu językach za pomocą lokalnych zespołów rockowych. Podobną klęskę ponieśli Chińczycy⁶⁶. Jednak sami Chińczycy również radzą sobie świetnie. Początek reform w tym państwie to koniec lat 70. XX w., gdy obok dziedzictwa marksizmu i maoizmu pojawiły się nowe elementy⁶⁷. W latach 80. XX w. tamtejsze kina były – podobnie jak w innych państwach socjalistycznych – nierentowne, a infrastruktura techniczna w złym stanie. Cała kinematografia przynosiła straty, a potencjalne zyski, z uwagi na słabość waluty, nawet przy tak ogromnej liczbie widzów nie były istotne w wymiarze globalnym po przeliczeniu na dolary. Dopiero w 1994 r. zdecydowano się na dopuszczenie do dystrybucji na zamkniętym dotąd rynku chińskim 10 filmów hollywoodzkich rocznie. Ich atrakcyjność była tak duża, a lokalna konkurencja tak słaba, że ta dziesiątka zapewniała Hollywood w następnych latach 70 – 80% udziału w rynku⁶⁸. W 2001 r. Chiny wstąpiły do Światowej Organizacji Handlu (WTO) i rozpoczęły zmniejszanie barier administracyjnych w handlu⁶⁹. W 2012 r. liczbę filmów importowanych rozszerzono do 34 tytułów rocznie, wyłączając z niej koprodukcje oraz filmy w 3D. W 2008 r. Chiny trafiły do pierwszej dziesiątki największych rynków kinowych. A od 2012 r. nieprzerwanie zajmują w tym rankingu drugie miejsce, sukcesywnie powiększając przewagę nad resztą stawki oraz niwelując dystans do amerykańskiego lidera. Udział Chin we własnym rynku waha się między

⁶² Komunikat Komisji Europejskiej do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno – Społecznego i Komitetu Regionów. Film europejski w erze cyfrowej. Łączenie różnic kulturowych i konkurencyjności. Bruksela, 15.5.2014. COM(2014) 272 final, s. 7, [dostęp: 26. 05.2019] <http://kreatywna-europa.eu/media/wp-content/uploads/2014/05/film-europejski-w-erze-cyfrowej.pdf>.

⁶³ P. Drake, *From Co-productions to 'Co-distributions'? Re-evaluating Distribution Policies for European Film*, [w:] *European film and television co – production. Policy and Practice*, J. Hammett-Jamart, P. Mitric, E. Novrup Redvall (red.), Cham 2018, s. 86.

⁶⁴ M. Adamczak, *Globalne Hollywood...*, s. 148.

⁶⁵ Zob. *ibidem*, s. 148, 2004.

⁶⁶ G. Stachówna, *Zyski liczone w rupiach – hity bollywoodzkie*, [w:] *Przeboje z różnych stron*, J. Grębowiec, A. Lewicki (red.), Kraków 2017, s. 52–55.

⁶⁷ M. Stępień, *Chińskie marzenie o konstytucjonalizmie*, Kraków 2015, s. 115.

⁶⁸ M. Adamczak, *Kapitały przemysłu filmowego. Hollywood, Europa, Chiny*, Warszawa 2019, s. 171–172.

⁶⁹ M. Dargas-Draganik, *Działalność gospodarcza na terenie Chińskiej Republiki Ludowej*, [w:] *Prawo azjatyckie z perspektywy europejskiej*, M. Stępień, R. Łukasiewicz (red.), Toruń 2018, s. 147.

50 a 60%, co jest stosunkiem bardzo wysokim w warunkach globalnego Hollywood. Udział ten zachowuje delikatną tendencję wzrostową, podobnie jak inne rynki Azji Wschodniej, nawet te które funkcjonują bez rozpostartego nad nimi protekcyjnego parasola. Wyróżnia się tutaj przede wszystkim Korea Południowa⁷⁰.

Sukces koreańskiego przemysłu filmowego sprawił, iż obwieszczono powstanie *Hallyuwood*, co sugeruje, że Korea Południowa stała się trzecim filarem (po Hollywood i Bollywood) światowego przemysłu filmowego⁷¹. Od roku 2000 nastąpił wyraźny wzrost eksportu filmów koreańskich do państw Azji Południowo-Wschodniej i Chin, a także, choć w mniejszym zakresie, do Europy i Stanów Zjednoczonych. 87% koreańskiego eksportu filmów skierowane było do państw azjatyckich, w tym 79,4% trafiło do Japonii. Przykładem może być komedia romantyczna *My Sassy Girl*, która pobili popularnością *Władcę Pierścieni* i *Harry'ego Pottera* w Korei Południowej i stała się przebojem kasowym w całej Azji Południowo-Wschodniej. Dwa inne blockbustery – *Silmido* (2003) i *T'aegŭkgi Hwinallimyo* (*Braterstwo broni*, 2004) – obejrzało ponad 10 mln widzów⁷².

Obecnie udział filmów koreańskich na rodzimym rynku kinowym wynosi ok. 60%-70%⁷³.

Jest jeszcze kino japońskie ze swoimi filmami historycznymi (*jidaigeki*), powszechnie utożsamianymi z samurajami, i dramataми współczesnymi (*gendaigeki*)⁷⁴. Czas kina komercyjnego nadszedł tam w latach 70. XX w., gdy największe studia filmowe zaczęły bronić się przed ekspansją telewizji⁷⁵. Obecnie, gdy rząd japoński przeznaczył nowe środki na promocję japońskich filmów, kinematografia tego państwa zdaje się ponownie rozkwitać zarówno na rynku krajowym, jak i na międzynarodowych festiwalach filmowych⁷⁶. Co ciekawe, obecnie wielu najważniejszych i najciekawszych twórców działa na polu filmów animowanych. Globalnie rośnie popularność japońskiej kultury masowej spod znaku mangi i anime⁷⁷. Japońska animacja, o wiele bardziej niż kinematografia narodowa, daje świadectwo wielowiekowej tradycji graficznej obecnej w tym państwie⁷⁸.

Co do rynku japońskiego to udział rodzimych produkcji ma wynosić tam obecnie około 40%⁷⁹.

Charakterystyczne jest to, iż w Azji nie ma jednolitej regionalnej organizacji międzynarodowej obejmującej wszystkie czy większość państw azjatyckich, takiej jak w Europie RE, UE czy OBWE. Jedyną taką organizacją, ale subregionalną, jest ASEAN – stowarzyszenie państw Azji Południowo-Wschodniej⁸⁰. To właśnie z tego rejonu Azji rekrutują się tzw. „tygrysy Azji” – państwa umiejętnie rozgrywające na swoją korzyść konkurencję między dwiema superpotęgami gospodarczymi: Stanami Zjednoczonymi i Japonią⁸¹. Jak widzieliśmy powyżej potrafią one także skutecznie działać w dziedzinie przemysłu filmowego.

RE wobec europejskiego przemysłu filmowego w XXI w.

Tymczasem największe rynki zachodnioeuropejskie trwają w stagnacji (Francja, Wielka Brytania i Niemcy), notując w najlepszych latach jedynie niewielkie i nieregularne wzrosty, lub wręcz słabną (Hiszpania i Włochy). Prowadzi to do wyraźnej zmiany układu sił, w którym rynki kinowe Azji i Pacyfiku stają się zdecydowanie ważniejsze od rynków europejskich⁸². „Podczas gdy przemysł filmowy jest lukratywnym, choć ryzykownym biznesem w Stanach Zjednoczonych, na Starym Kontynencie pozostaje on przedsięwzięciem deficytowym. Każdego roku dotowany jest przez państwa europejskie niebagatelnymi subsydiami, a straty pokrywane są z funduszy państwowych i paneuropejskich”⁸³ – stwierdza Adamczak i przykładowo wskazuje, że w 2002 r. na wspieranie przemysłu filmowego w Europie przeznaczono kwotę 1,8 mld euro (z czego 74 % przeznaczono na dotowanie produkcji, 11 % na dystrybucję, a 15 % na szkolnictwo i podnoszenie

⁷⁰ M. Admaczak, *Kapitały przemysłu ...*, s. 174, 180–181.

⁷¹ S. Miroudot, *Hallyuwood. Korea's Comparative Advantage in the Global Motion Picture Industry*, „Kritika Kultura” XI 2018, No. 32, s. 54. Autor ten tłumaczy fenomen kina koreańskiego za pomocą globalnego łańcucha wartości (GVC). W ramach *global value chains* powstaje dziś ogromna część produktów przemysłowych (zob. T. Paszewski, *Perspektywy transatlantyckiej strefy wolnego handlu*, [w:] *Współpraca transatlantycka. Aspekty polityczne, ekonomiczne i społeczne*, J.M. Fiszer, P. Olszewski, B. Piskorska, A. Podraza (red.), Warszawa 2014, s. 139).

⁷² A. Diniejko, *Polityka kulturalna Korei Południowej w dobie globalizacji*, „Gdańskie Studia Azji Wschodniej” 2013, z. 3, s. 134.

⁷³ Informacje uzyskane bezpośrednio od Piotra Kletowskiego.

⁷⁴ K. Loska, *Nowy film japoński*, Kraków 2013, s. 133.

⁷⁵ P. Kletowski, *Kino Dalekiego Wschodu*, Warszawa 2009, s. 58.

⁷⁶ Stwierdza Daisuke Miyao, *Introduction*, [w:] *The Oxford handbook of Japanese cinema*, D. Miyao (red.), Nowy Jork 2014, s. 1.

⁷⁷ R. Siedliński, *Perfekcyjnie paranoiczna papryka. Wokół twórczości Satoshi'ego Kona*, [w:] *Oblicze współczesnej japońskości. Literatura – film – spektakl*, R. Siedliński, I. Merklej (red.), Warszawa 2012, s. 171.

⁷⁸ A. Kamrowska, *Mamoru Oshii: Anime jako terytorium nieobecnych granic*, [w:] *Autorzy kina azjatyckiego*, A. Helman, A. Kamrowska (red.), Kraków 2010, s. 223. Szerzej na temat wyodrębnionych powyżej kinematografii, a także hongkońskiej, tajwańskiej, indonezyjskiej, tajskiej i malezyjskiej zob. *Cicha Eksplozja. Nowe kino Azji Wschodniej i Południowo-Wschodniej*, J. Murczyńska (red.), Kraków – Warszawa 2016.

⁷⁹ Informacje uzyskane bezpośrednio od Piotra Kletowskiego.

⁸⁰ J. Symonides, „Wartości azjatyckie” a prawa człowieka, [w:] *Azjatyckie systemy ochrony praw człowieka. Inspiracja uniwersalna – uwarunkowania kulturowe – bariery realizacyjne*, J. Jaskiernia, K. Spryszak (red.), Toruń 2016, s. 51–52.

⁸¹ R.R. Ludwikowski, *Handel międzynarodowy*, Warszawa 2019, s. 173.

⁸² M. Admaczak, *Kapitały przemysłu...*, s. 181.

⁸³ Zob. *idem*, *Globalne Hollywood...*, s. 176–177.

kwalifikacji). Najwięcej na te działania przeznaczyć miał rząd francuski (552 mln euro)⁸⁴, następnie brytyjski (261 mln euro), hiszpański (245 mln euro), włoski (210 mln euro), niemiecki (186 mln euro), irlandzki (71 mln euro) i holenderski (49 mln euro). Roczny budżet powstałego w 2005 r. Państwowego Instytutu Sztuki Filmowej (PISF) wynosi około 40 mln euro rocznie. Mimo to działania te miały nie chronić rynku europejskiego przed dominacją produkcji amerykańskich (wspieranych według oficjalnych danych kwotą 5 mln dolarów rocznie)⁸⁵. „W sytuacji, gdy od połowy lat dziewięćdziesiątych sukcesywnie wzrasta liczba widzów w kinach (...) oraz znacząco rosną wydatki na konsumpcję produkcji filmowej w różnych kanałach dystrybucji, europejskie przemysły filmowe pozostają deficytowe, wymagają potężnych dotacji i z trudem bronią swej pozycji rynkowej. Dla przykładu budżet wspierającego produkcję i dystrybucję funduszu Eurimages wynosił w latach 1999-2003 20 milionów rocznie. W założeniach programu dotacje te miały być zwracane z zysków przynoszonych przez kolejne tytuły, jednak w żadnym roku do funduszu nie wpłynęły kwoty zwrotu większe niż milion euro”⁸⁶ – ocenia Adamczak ten tak bardzo interesujący nas tutaj sztandarowy program RE wsparcia przemysłu filmowego.

W pierwszej dekadzie tego wieku miały się pojawić dodatkowe kłopoty. W ramach forum dyskusji o polityce kulturalnej w 2009 r. RE zainaugurowała prace platforma *CultureWatchEurope*, w zakresie której prowadzi się badania, organizuje seminaria i konferencje eksperckie. Pierwszym spotkaniem była konferencja „Kultura a rozwój 20 lat po upadku komunizmu w Europie”, zorganizowana w Krakowie w czerwcu 2009 roku we współpracy z Międzynarodowym Centrum Kultury. Kolejne to: *Culture and the policies of change* w Brukseli (2010), *Cultural governance: from challenges to changes* w słoweńskim Bledzie (2011), *Cultural access and participation – from indicators to policies for democracy* w Helsinkach (2012). Te spotkania, w ocenie Agaty Wąsowskiej-Pawlik, pokazać miały, że największym wyzwaniem dla sektora kultury miał być wtedy bez wątpienia kryzys ekonomiczny, a także nowe technologie komunikacji⁸⁷. Są one także wyzwaniem dla europejskiej kinematografii. „Przemysł filmowy Europy jest zróżnicowany i kreatywny, a jej dziedzictwo filmowe cieszy się uznaniem na całym świecie i od kilku pokoleń inspirowuje filmowców i ich dzieła. Mimo iż Europa z powodzeniem produkuje wiele zróżnicowanych pełnometrażowych filmów fabularnych, większość z nich nie dociera do wszystkich potencjalnych odbiorców w Europie, a tym bardziej na rynku globalnym. W większości przypadków filmy pozostają w granicach rynków krajowych, ale nawet tam niektóre z nich nigdy nie są wyświetlane w kinach czy rozpowszechniane za pomocą innych kanałów dystrybucji. W ten sposób traci się szansę na promowanie różnorodności kulturowej Europy na świecie, poprawę konkurencyjności i przeciwdziałanie obecnemu deficytowi handlowemu z innymi państwami, w szczególności ze Stanami Zjednoczonymi. Rewolucja cyfrowa oferuje więcej możliwości dystrybucji i jej większą elastyczność, a także wywiera istotny wpływ na zachowanie odbiorców. Z tego względu jedną z kluczowych kwestii jest przystosowanie się do ery cyfrowej i wykorzystanie jej potencjału, aby utrzymać istniejącą grupę odbiorców i dotrzeć do kolejnych, a także tworzyć pomosty pomiędzy różnorodnością kulturową i konkurencyjnością. Niesie to ze sobą wiele wyzwań: dla przemysłu, w związku z testowaniem nowych modeli biznesowych i strategii pozyskiwania odbiorców, a także dla polityki publicznej na poziomie regionalnym, krajowym i europejskim. Z tego względu niezbędna jest transnarodowa współpraca w zakresie polityki i prowadzenie zorganizowanego dialogu z sektorem filmowym na szczeblu europejskim”⁸⁸.

W ciągu swego istnienia RE stworzyła pewien system standardów normatywnych na poziomie podstawowym. Umożliwia on daleko idącą współpracę państw członkowskich w wielu dziedzinach życia międzynarodowego oraz przyczynia się do integracji Europy⁸⁹. RE systematycznie podejmuje wysiłki dla zachowania jedności Europy, proponując wspólne standardy, które mogą stanowić fundament działania innych organizacji europejskich. UE na pewno reprezentuje znacznie pełniejszy model integracji. Jednak jej obszar geograficzny jeszcze przez wiele lat będzie bardziej ograniczony niż obszar RE. Z kolei OBWE z pewnością dobrze stosuje polityczne techniki zapobiegania konfliktom i ich rozwiązywania, jednak nie ma kompetencji do tworzenia standardów. Dlatego rola RE jest obecnie tak ważna. Ponieważ gra rolę instytucji spinającej działania na całym kontynencie, jednocząc go wspólną wizją demokracji i prawa⁹⁰. RE jest zwykle, niesłusznie, postrzegana jako organizacja, której zakres zainteresowań ogranicza się do sfery ochrony praw człowieka. Wszak prowadzi też szeroko zakrojone działania w obszarze promocji demokracji i praworządności⁹¹. A w realizacji tych

⁸⁴ Zob. *ibidem*, s. 177. Ze 162 filmów wyprodukowanych we Francji w 2005 r., tylko 15 uzyskało zwrot kosztów poniesionych na produkcję i dystrybucję (zob. *Komunikat Komisji Europejskiej...*, [s. 7]).

⁸⁵ M. Adamczak, *Globalne Hollywood...*, s. 177.

⁸⁶ Zob. *ibidem*.

⁸⁷ Zob. A. Wąsowska-Pawlik, *Polityka kulturalna Polski 1989–2012*, [w:] *Kultura a rozwój*, J. Hausner, A. Karwińska, J. Purchla (red.), Warszawa 2013, s. 122.

⁸⁸ Zob. *Komunikat Komisji Europejskiej...* [s. 2–3].

⁸⁹ W. Góralczyk, F. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 2006, s. 325.

⁹⁰ Wnioski takie wysuwają Florence Benoit-Rohmer i Heinrich Klebes (*Prawo Rady Europy. W stronę ogólnoeuropejskiej przestrzeni prawnej*, przekł. M. A. Nowicki, Warszawa 2006, s. 156).

⁹¹ Paczeński, *op. cit.*, s. 234. Wystrzega się jednak działań w dziedzinie obronności (zob. R. Bierzanek, *Organizacje Międzynarodowe*, [w:] R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2004, s. 329).

swoich dwóch podstawowych zadań dostrzega przydatność edukacji kulturalnej: „Culture is an element of crucial importance in our societies. Through cultural education, individuals and communities are able to fully comprehend, appreciate, respect and enjoy human rights and democracy”⁹². Ważna dla niej też jest ochrona europejskiego dziedzictwa filmowego poprzez jego zachowanie w jak najlepszym stanie⁹³. W zaleceniu 2001 z 2012 r. stwierdza się, iż edukacja kulturalna odbywa się głównie za pośrednictwem mediów, a media audiowizualne umożliwiają wspólne doświadczenia kulturalne ogółowi społeczeństwa. Jednak stare filmy i nagrania ulegają zniszczeniu. Dopiero pojawienie się mediów cyfrowych sprawiło, iż pojawiły się nowe środki służące zachowaniu materiałów audiowizualnych i umożliwiające dostęp do nich. Jednocześnie ich produkcja została zwiększona dzięki materiałom generowanym przez użytkowników Internetu. Jako że duża ilość materiałów audiowizualnych uniemożliwia ich zachowanie, to ocena, wybór i próbkowanie takich materiałów w coraz większym stopniu staje się kluczowym elementem zachowania audiowizualnego dziedzictwa kulturowego. Zgromadzenie Parlamentarne deklaruje w tym zaleceniu, że z zadowoleniem przyjmuje takie inicjatywy, jak *European Film Gateways* Komisji Europejskiej i projekt biblioteki internetowej *Europeana*, oraz popiera utworzenie sieci publicznych i prywatnych instytucji działających w dziedzinie dziedzictwa audiowizualnego w Europie. Na uwadze ma również projekty komercyjne, takie jak projekt *Google Book Library*, ale dodaje, że zagwarantowanie różnorodności dziedzictwa audiowizualnego może również wymagać wsparcia publicznego, zwłaszcza gdy materiał audiowizualny nie przemawia do wystarczająco dużej i ważnej pod względem komercyjnym grupy widzów. Ponadto zachęca państwa członkowskie do tworzenia publicznych archiwów audiowizualnych, bibliotek i muzeów⁹⁴ wezwaniem: „All Council of Europe member States should make an inventory of their audiovisual cultural heritage and protect it at national and, where appropriate, regional levels, and they must develop strategies for easier and more sustainable access to their audiovisual cultural heritage”⁹⁵. Czyli nawet w tym zaleceniu nie omieszkało zaakcentować jak duże problemy rodzi rentowność produkcji.

Zgromadzenie Parlamentarne nadmienia również w tym zaleceniu, iż nadawcy publiczni i firmy producenckie zrealizowały duże ilości materiałów audiowizualnych i posiadają ogromną kolekcję archiwów dziedzictwa audiowizualnego, które mają znaczną wartość dla społeczeństwa. W jego ocenie należy dołożyć wszelkich starań, aby przezwyciężyć powstałe problemy z prawami autorskimi i zapewnić autorom, wykonawcom i innym posiadaczom praw uczciwą i należytą zapłatę za swoją pracę, zapewniając jednocześnie, że taki materiał będzie, w miarę możliwości, zarówno zachowany, jak i udostępniany publicznie. Wezwano także państwa członkowskie, które jeszcze tego nie uczyniły, do podpisania i ratyfikowania Europejskiej konwencji o ochronie dziedzictwa audiowizualnego i jej protokołu dotyczącego ochrony produkcji telewizyjnych⁹⁶. Tutaj problematyka zyskowności produkcji, jej należytego zachowania i szerokiego udostępniania spłotła się z problemem praw autorskich.

Philip Drake podkreśla, że umowy koproducentów są sposobem na uzyskanie dodatkowych źródeł finansowania filmu oraz zaangażowanie się producentów z różnych państw, przy uzgodnionym podziale zysków i/lub prawie do eksploatacji filmu na różnych rynkach i oknach dystrybucyjnych, co prowadzi go do konstatacji: „In this context, for many European films, the importance of national and supra-national film bodies and subsidies to European cinema cannot be overstated”⁹⁷. Działalność RE w tej materii nie odznacza się stagnacją. Zmiana Konwencji z 1992 r. okazała się konieczna ze względu na dynamiczny rozwój nowoczesnych technologii, pogłębiające się różnice w systemach finansowania produkcji w państwach europejskich oraz ekonomiczne i finansowe zmiany, jakie zaszły w ciągu ostatnich 27 lat w sektorze audiowizualnym. Dodatkowo zauważalny w ostatnich latach trend do włączania w koprodukcje producentów z państw pozaeuropejskich (m.in. w postaci umów bilateralnych) spowodował potrzebę zmiany postanowień Konwencji z 1992 r. Konwencja Rady Europy o koprodukcji filmowej (poprawiona) została otwarta do podpisu 30 stycznia 2017 r. Polska ratyfikowała ją ustawą z dnia 4 X 2018 r.⁹⁸

⁹² Zob. *Recommendation 2001 (2012). Final version. Protection of and access to the audiovisual cultural heritage. Author(s): Parliamentary Assembly. Origin - Text adopted by the Standing Committee, acting on behalf of the Assembly, on 25 May 2012 (see Doc.12929, report of the Committee on Culture, Science, Education and Media, rapporteur: Ms Fiala)*, [dostęp: 30.05.2019] <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=18725&lang=en>.

⁹³ W Europejskiej Konwencji o ochronie dziedzictwa audiowizualnego z 8 listopada 2001 roku stwierdza się: „The Convention and its Protocol are the first binding international instruments in this field. They introduce systematic storage of audiovisual works in film archives, where the latest conservation and restoration technology can be used for long-term prevention of deterioration” (zob. *Details of Treaty No. 183...*). Nawiązuje ona do postanowienia Zalecenia UNESCO o ochronie i zachowaniu materiałów z 27 X 1980 r. Na ten temat E. Charymska, *Międzynarodowy wymiar dziedzictwa kulturalnego*, „Acta Scientifica Academiae Ostroviensis. Sectio A” 2016, nr 7 (1), s. 183–184.

⁹⁴ Zob. *Recommendation 2001...*

⁹⁵ Zob. *ibidem*.

⁹⁶ Zob. *ibidem*.

⁹⁷ Zob. Drake, *op. cit.*, s. 87. Adamczak jednak ostrzega: „Pozbycie się złudzeń, że koprodukcje zawsze są korzystne, posiadanie własnych atutów, które nie czynią z nich jedynie ratunku w sytuacji rozpaczliwej sytuacji rynku wewnętrznego, a następnie trzeźwe, świadome i selektywne wykorzystywanie tej formy mogą umożliwić polskiemu kinu sprawne poruszanie się w festiwalowo-koprodukcyjnych półperyferiach filmowego systemu-świata i trwale w nich osadzenie” (zob. M. Adamczak, *Nadzieje i złudzenia. Polskie wizje koprodukcji*, „O.pl” 17 V 2017, [dostęp: 28.05.2019] <http://magazyn.o.pl/2017/marcin-adamczak-nadzieje-i-zludzenia-polskie-wizje-koprodukcji-ekrany/#>).

⁹⁸ *Ustawa z dnia 4 października 2018 r. o ratyfikacji Konwencji Rady Europy o koprodukcji filmowej (poprawionej), sporządzonej w Rotterdamie dnia 30 stycznia 2017 r.* (Dz.U.2018.2189), [dostęp: 19.06.2019] <https://www.prawo.pl/akty/dz-u-2018-2189,18780526.html>.

Jednocześnie praktyki produkcyjno-marketingowe stały się obiektem krytyki ze strony Komisji Europejskiej. Wskazuje ona, iż obecny państwowy system pomocy wspiera w szczególności produkcję filmów, nie kładąc odpowiedniego nacisku na dystrybucję. W 2009 roku europejskie organy publiczne zajmujące się finansowaniem filmów wydać miały średnio 69% budżetu na stworzenie prac, a jedynie 8,4% na dystrybucję i 3,6% na promocję. Fundusze na poziomie ponadnarodowym zazwyczaj traktują dystrybucję bardziej priorytetowo (33,6% w porównaniu z 35,7% na produkcję) niż fundusze krajowe (7,4% na dystrybucję, 70,4% na produkcję) i na szczeblu niższym niż krajowy (3,5% na dystrybucję, 75,5% na produkcję). Jednak tylko niewielka część finansowania publicznego pochodzi z funduszy ponadnarodowych. Komisja konstatuje, iż w Stanach Zjednoczonych przeznaczają się na promocję filmów znaczne środki, podczas gdy w Europie zjawisko to nie jest powszechne⁹⁹. „Nacisk na dystrybucję kinową i transmisję telewizyjną, czyli elementy kluczowe dla odzyskania wydatków poniesionych na produkcję, odwraca uwagę od możliwości dystrybucji filmu na wszystkich możliwych platformach. Obecny system okien dystrybucyjnych podlega coraz większej presji z powodu zmian w zachowaniu odbiorców. Surowe zasady w tej kwestii i tendencja podmiotów obecnie działających na rynku do zachowania *status quo* może zapobiec rozwojowi i wykorzystaniu nowych innowacyjnych strategii dystrybucji i modeli biznesowych. Może to również uniemożliwić małym, niszowym produkcjom – które walczą o wyświetlanie w kinach i są pokazywane jedynie przez krótki okres lub wcale – dotarcie do odbiorców poprzez inne kanały dystrybucji, np. VoD”¹⁰⁰.

Uprzedni rok, 2018, ogłoszono Europejskim Rokiem Dziedzictwa Kulturowego, i to zarówno na poziomie unijnym, jak i krajowym, regionalnym oraz lokalnym. Tak w ogóle to można je podzielić na materialne, niematerialne, naturalne oraz cyfrowe, czyli zasoby, które utworzono w formie cyfrowej (na przykład sztuka cyfrowa lub animacje cyfrowe) lub które zostały przekształcone w format cyfrowy w celu ich zachowania (np. teksty pisane, zdjęcia, materiały wideo, płyty). Komisja Europejska, Parlament Europejski, Rada Unii Europejskiej, oraz Komitet Regionów i Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny realizowały działania i organizowały wydarzenia o tematyce dziedzictwa kulturowego. Aby podjęte wysiłki przynosiły owoce również po 2018 r., Komisja, we współpracy z RE, UNESCO i innymi partnerami, zamierza zrealizować dziesięć długoterminowych projektów. Obejmą one m.in. działania prowadzone we współpracy ze szkołami, badania dotyczące innowacyjnych rozwiązań w zakresie ponownego wykorzystywania zabytkowych budynków czy zwalczanie nielegalnego handlu dobrami kultury¹⁰¹. Organizacja ERDK 2018 opierała się na współpracy instytucji unijnych, państw członkowskich i lokalnych władz z sektorem dziedzictwa, lokalnymi społecznościami i organizacjami pozarządowymi. Decyzją Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego koordynatorem działań związanych z ERDK 2018 w Polsce było Międzynarodowe Centrum Kultury w Krakowie¹⁰².

Wnioski i prognozy

Powyższy rys działalności RE względem przemysłu filmowego jasno wskazuje, iż od lat 80. XX w. organizacja ta wytrwale stara się wspierać upadający europejski przemysł filmowy. Działalność ta sprzęga się z innymi kierunkami działalności, nakierowanymi choćby na młodzież czy edukację. RE nie tylko apeluje o ponadnarodowy dialog sektora filmowego, wykorzystanie nowoczesnych strategii marketingowych, dostosowywanie się do innowacyjnych technologii, czy wreszcie wsparcie finansowe (monitorując je), ale nawet sama bezpośrednio wspiera go finansowo funduszem EURIMAGES (skądinąd deficytowy). Jak więc widzimy zakres działania jest dość szeroki i różnorodny¹⁰³. Stosunki RE i UE postrzega się jako balansujące między koordynacją, a ostrożną rywalizacją¹⁰⁴. Faktem jest, iż działania i oświadczenia tych dwóch organizacji względem kinematografii są w dużej mierze zbieżne¹⁰⁵, a nawet – jak widzieliśmy powyżej – pojawiają się głosy poparcia dla projektów siostrzanej instytucji, czy wreszcie wspólne inicjatywy. Być może wina leży głównie po stronie beneficjentów i adresatów dokumentów RE i UE (czyli filmowców i producentów europejskich) oraz w zdolnościach u przeciwników (czyli amerykańskim przemysłem filmowym). Ci pierwsi, mimo zainwestowanych w nich pieniędzy

⁹⁹ Zob. *Komunikat Komisji Europejskiej...* [s. 8–9].

¹⁰⁰ Zob. *ibidem*, s. 9.

¹⁰¹ *Europejski Rok Dziedzictwa Kulturowego*, [dostęp: 26.05.2019] https://europa.eu/cultural-heritage/about_pl.

¹⁰² 2018. *Europejski Rok Dziedzictwa Kulturowego*, [dostęp: 26.05.2019] <http://erdk2018.pl/pl/idea>.

¹⁰³ Co nie powinno dziwić skoro dokumenty organu decyzyjnego RE, czyli Zgromadzenia Parlamentarnego, mają różny charakter prawny. Zwracają na to uwagę choćby Wojciech Góralczyk, Stefan Sawicki (*Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 2017, s. 361), czy Piotr Szewdo (*Rada Europy i Europejski Trybunał Praw Człowieka wobec praw własności intelektualnej*, [w:] *Rada Europy – 60 lat...*, s. 142).

¹⁰⁴ Taki wniosek po analizie literatury wysuwa Julian Kaczmarek, *Rada Europy*, Warszawa 2002, s. 79. Można tutaj przypomnieć, iż tematem, któremu III Szczyt RE (odbyty w Warszawie w dniach 16–17 V 2005) poświęcił szczególną uwagę, odzwierciedloną w przygotowanych dokumentach, było potwierdzenie istotnego związku RE i UE – co do wspólnoty, wartości i celów (zob. M. Klinger, *III Szczyt – historia, agenda i debata*, [w:] *Szczyt Jedności Europejskiej. Raport końcowy Komitetu Organizacyjnego III Szczytu Rady Europy*, [Warszawa] 2005, s. 23).

¹⁰⁵ Zauważa to już Ksenia Kakareko, *Dziedzictwo filmowe w prawie Unii Europejskiej*, „Zeszyty Naukowe KUL” 2017, R. 60, nr 2 (238), s. 417. Przykładowo Europejska Konwencja o Telewizji Ponadgranicznej została przyjęta przez Komitet Ministrów 15 III 1989 r., a otworzona do podpisu 5 V 1989 r. dla państw członkowskich Rady Europy, a także dla państw-stron Europejskiej Konwencji Kulturalnej oraz dla członków EWG. Ratyfikowała ją też Polska (Dz.U. 1995 nr 32 poz. 160) (zob. A. Jaskiernia, *Rada Europy...*, s. 65). Zawiera ona istotne standardy w obszarze ponadgranicznego przekazu telewizyjnego, w wysokim stopniu zbieżne z postanowieniami wspólnotowej Dyrektywy „Telewizja bez Granic” (zob. A. Jaskiernia, *Publiczne media elektroniczne w Europie*, Warszawa 2006, s. 77).

nie umieją skutecznie przyciągnąć tłumów do kin. W dodatku kino europejskie to nie monolit, tylko reprezentujące partycularne interesy kinematografii poszczególnych państw, a RE zarzuca się, iż wiele jej konwencji nie jest wyposażonych w żadne procedury kontrolne, a duża część z istniejących kończy się jedynie przedstawieniem wyników w postaci opinii, stanowiących tylko formę nacisku politycznego, nie prawnego¹⁰⁶. Taki trend z pewnością utrudnia działanie RE, w tym na polu wsparcia produkcji filmowej. Amerykański przemysł filmowy, mimo że reprezentuje go tylko jeden organizm państwowy (względnie dwa), umie skutecznie rozciągnąć swoją ekspansję na cały stary kontynent.

RE (jak to pokazuje przykład ERDK w który również się zaangażowała) bierze udział w działaniach długoterminowych i z pewnością nie zaprzestanie wspierać europejski przemysł filmowy (podobnie jak UE), jednak w obecnej chwili nic nie zapowiada radykalnej poprawy w najbliższych latach. W literaturze przedmiotu podkreśla się, iż niezwykle ważne jest, by wszystkie podmioty rynku filmowego ściśle ze sobą współpracowały, dzięki czemu stworzą odpowiednie warunki do realizacji produkcji, co przyniesie każdej stronie znaczące zyski i pozytywną opinię¹⁰⁷. Taka współpraca potrzebna jest także pomiędzy państwami, bo – jak powiedziane zostało powyżej – umiejętnie zastosowana koprodukcja może się opłacać. Wreszcie potrzebna jest na poziomie ponadnarodowym. Współdziałanie RE i UE powinno być kontynuowane, a do tego jeszcze bardziej zacieśnione i skoordynowane.

Zresztą pozycja kin nawet w Stanach Zjednoczonych jest zagrożona z powodu konkurencji Internetu¹⁰⁸.

Problemem jest także fakt, że popularne wśród widzów filmy nie koniecznie prezentują wysoki poziom artystyczny. Czy dałoby się stworzyć film jednocześnie przynoszący dochody i zachowujący wartości artystyczne? Popularność filmów amerykańskich nie oznacza od razu, że są to filmy wybitne. Są widowiskowe i atrakcyjne dla widza, dobre z punktu widzenia komercyjnego. Ale czy koniecznie to one propagują kulturę swojego kraju. No chyba, że raczej kulturę popularną, nie wysoką.

Trzeba także zauważyć, że dominacja języka angielskiego sprzyja filmom amerykańskim, choć przecież np. filmy brytyjskie też posiadają ten atut. Jednak to filmy amerykańskie, a nie np. australijskie czy brytyjskie dominują na świecie. Należy więc stwierdzić, że w przypadku spraw językowych w powyższym stwierdzeniu doszło do odwrócenia, złego przypasowania miana skutku i przyczyny do zjawisk filmowych. Widocznie popularność filmów amerykańskich sprzyja rozpowszechnianiu języka angielskiego, a nie na odwrót. Choć nie można całkowicie przecież odrzucić pozytywnego wpływu znajomości języka angielskiego i chęci jego poznania.

Jakimś rozwiązaniem byłoby skupienie się kina europejskiego na pewnych gatunkach filmowych czy pewnych rodzajach filmowych. Wszak przykład kina japońskiego, odnoszącego sukcesy na polu filmu animowanego może być inspirujący. RE oczywiście mogłaby wesprzeć takie działania.

Trudno nie zauważyć, iż kultura europejska, nie tylko w przypadku anglosaskiej Wielkiej Brytanii jest taka sama jak Stanów Zjednoczonych (a przynajmniej podobna). Nie dotyczy to krajów azjatyckich. Jeżeli więc widz europejski decyduje się na kino związane z jego obszarem kulturowym to zapewne wybierze film amerykański, jako bliski jego otoczeniu, ale jednocześnie na wyższym poziomie. W tak złej sytuacji nie są filmy azjatyckie.

THE COUNCIL OF EUROPE TOWARDS THE EUROPEAN FILM INDUSTRY (AGAINST THE BACKGROUND OF A DECLINE IN ITS COMPETITIVENESS ON A GLOBAL SCALE). OUTLINE OF THE PROBLEM

The article „Rada Europy wobec europejskiego przemysłu filmowego (na tle spadku jego konkurencyjności w skali globalnej). Zarys problematyki” shows the activities of the Council of Europe (including the EURIMAGES fund) aimed at protecting European film production from the expansion of American cinema from the 1980s XX century until the end of modern times. These measures have so far not been successful, although the European Union is also acting in a similar way. Interestingly, Asian cinema is doing better.

Keywords: Council of Europe, European Union, film production, European cinema, Hollywood, Asian cinema

¹⁰⁶ Taki zarzut RE stawia Paweł Filipek (*Wybrane sposoby kontroli wykonywania zobowiązań przyjętych przez państwa członkowskie organizacji międzynarodowej – na przykładzie Rady Europy*, „Forum Europejskie” Jesień 2001, nr 2: *Europejska i okołoeuropejska przestrzeń prawna*, s. 37).

¹⁰⁷ Podkreśla to choćby Barbara Majewska (*Analiza interesariuszy polskiego rynku filmowego*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Częstochowskiej. Zarządzanie” 2017, t. 1, nr 25, s. 154).

¹⁰⁸ Krzysztof Jajko stwierdza, iż Internet jest supermedium dla którego obecnie brak jest alternatywy, a efektem tej rywalizacji może być to, że kina będą funkcjonować na zasadzie „skansenu dawnych przemysłów kreatywnych” (zob. K. Jajko, *Hollywood atakuje – albo: w jaki sposób wielkie wytwórnie radzą sobie z wyzwaniami stawianymi przez Internet*, [w:] *Wokół zagadnień dystrybucji filmowej*, M. Adamczyk, K. Klejsa (red.), Łódź 2015, s. 108).

Renáta JAKUBČOVÁ PhD.

POCHRANA ŽIVOTA „PRENATÁLNEHO DIETÁŤA“¹ V KONTEXTE PRÁVA SLOVENSKEJ REPUBLIKY A PRÁVA KATOLÍCKEJ CIRKVI

Hodnotu ľudského života ako takého, nepopiera nikto bez rozdielu, či už z pohľadu filozofického alebo náboženského, pričom uvažujeme v horizonte našej kultúry. Existujú náboženstvá Východu, ktoré sa na život človeka pozerajú inak; ako na relatívnu hodnotu, a to najmä v perspektíve ich náboženstva.² V tomto príspevku priblížime rozdiely v chápaní ochrany života prenatálneho dieťaťa optikou civilného práva Slovenskej republiky a podľa práva Katolíckej cirkvi.

Charta základných práv Európskej únie³ zhrnula spoločné hodnoty pre všetky členské štáty Únie. Preambula Charty vymenúva na prvom mieste medzi univerzálnymi hodnotami na ktorých Únia stojí ľudskú dôstojnosť a toto definuje v prvom článku. Ako spoločnú hodnotu v čl. 2 definuje právo na život, popiera trest smrti a popravu. V našej spoločnosti je jasne vyprofilovaný názor, že kto by inému siahol na život, alebo sa inak čo i len pokúsil ohroziť jeho život, zaslúži si spravodlivý trest. Ktokoľvek by úmyselne alebo aj neúmyselne iného poškodil na zdraví, alebo ohrozoval jeho život, alebo ho pozbavil života, bude podľa civilného práva náležite potrestaný. Základné právo na život zakotvuje od roku 1948 Všeobecná deklarácia ľudských práv.⁴ Možno spomenúť aj iné významné medzinárodné dokumenty,⁵ ktoré zhodne s týmto dokumentom právo na život bezvýhradne potvrdzujú. Právo a spravodlivosť tu jasne korešpondujú so zásadou spravodlivosti a morálky a odrážajú pritom prirodzené právo.

Legislatíva Slovenskej republiky

Právne normy slovenského právneho poriadku opakovane deklarujú právo človeka na život a ochranu života. Ústava SR odd. 2 čl. 15 ods. 1 deklaruje že: „Každý má právo na život“ a „že ľudský život je hodný ochrany už pred narodením“. Ods. 2 hovorí, že „nikto nesmie byť pozbavený života“; ďalej ods. 3 hovorí, že „trest smrti sa nepripúšťa“. Ods. 4 však dodáva výhradu: „Podľa tohto článku nie je porušením práv, ak bol niekto pozbavený života v súvislosti s konaním, ktoré podľa zákona nie je trestné.“ Práve toto ustanovenie nezabezpečuje ochranu jednotlivca – osoby „pred akýmkoľvek svojvoľným pozbavením života“, pretože vytvára zákonný priestor pre legitímne pozbavenie života dieťaťa v zárodočnom štádiu a to až do 12 týždňa vnútromaternicového vývoja, kedy je možné z akéhokoľvek dôvodu život dieťaťa ukončiť.

Slovo „každý“, v kontexte „každý má právo na život“, ako definuje Ústava SR znamená, že právo na život patrí „osobe“ bez akejkoľvek diskriminácie.⁶ Je úlohou štátu zabezpečiť ochranu každej osoby, najmä osôb ohrozených, detí, starcov a bezmocných osôb.⁷ Ústavodarca stanovuje „osobu“ ako nositeľa nedotknuteľného, nescuditeľného, nepremieľateľného a nezrušiteľného práva na život.

Pojem „osoba“, z lat. persona, je skôr pojem filozofický. Všeobecne sa chápe ako človek, jedinec, ľudská bytosť. Ak pojem jednotlivca je charakterizovaný nejakou zvláštnosťou, pojem osoba smeruje k univerzálnosti práv a hodnôt, ktoré sa priznávajú každej ľudskej bytosti.⁸ Pôvodne sa tento termín používal na označenie hereckej masky, neskôr rola herca a spoločenská rola, ktorú má človek v živote. Z filozofického pohľadu osoba je individuálna substancia rozumovej prirodzenosti. Má absolútnu hodnotu. Právo uznáva za „osobu“ každého človeka po narodení. Ide o tzv. osobu prirodzenú. Popri osobách prirodzených pozná právo ešte osoby právnické a osoby fyzické. Človek je podľa Ústavy SR vlastníkom nescuditeľného a nedotknuteľného práva na život.

Prvý vetu ods. 1 čl. 15 v Ústave SR „ľudský život je hodný ochrany“ nemožno považovať za príkaz. Neurčuje ani hranice, v ktorých je možné isté konanie. Citovaná formulácia neumožňuje jednoznačne odpovedať ani na otázku, či do

¹ Prof. Peter G. Fedor-Freybergh, M.D., Ph.D., Dr.h.c. mult., rodák z Bratislavy, absolvent lekárskej fakulty univerzity Komenského uviedol pojem „prenatálne dieťa“ v roku 1986 na svetovom kongrese prenatálnej a perinatálnej psychológie a medicíny, ktorého bol prezidentom. Autorovo chápanie je komplexne zamerané na bio-psycho-sociálne aspekty týchto období a zohľadňuje dynamiku procesov. Ponúka základné teoretické, medicínske, humánne, filozofické pohľady na prenatálne a perinatálne štádiá ľudského života. Jasne poukazuje na historickú a transgeneračnú dimenziu vývoja človeka.

² Napr. budhizmus.

³ Charta základných práv Európskej únie schválená 7. decembra 2000 v Nice Európskym parlamentom, Radou a Komisiou.

⁴ Všeobecná deklarácia ľudských práv: čl. 3. Každý má právo na život, slobodu a osobnú bezpečnosť.

⁵ Deklarácia práv dieťaťa, Dohovor o právach dieťaťa.

⁶ Porov.: Čič, M. a kol.: Komentár k ústave Slovenskej republiky, Matica Slovenská, SLOVSPOL Košice 1997, s. 85-90.

⁷ Tamže.

⁸ Porov. DURUZOI, G., ROUSSEL, A.: Filozofický slovník, EWA Edition, Praha 1994, ISBN 80 85764 07 05, s. 208.

narodzenia je ľudský plod nositeľom právnej subjektivity samostatnej alebo obmedzenej.⁹ Právna veda jednoznačne nedefinuje pojem „ľudský život“, ale dovoľáva sa poznatkov z iných vedných disciplín.

„Prečo nenarodený ľudský život nemá na Slovensku ústavné právo na život? Jedným z dôvodov je jazyková analýza druhej vety čl. 15 Ústavy. Súd sa prikláňa k názoru, že úmysel druhej vety je vytvoriť iný právny režim ochrany pre nenarodených ako majú narodení. Nenarodený ľudský život je hodný ochrany, ale nemá právo na život. „Každý“ v prvej vete sa vzťahuje iba na narodených. Keby chcel ústavodarca priznať právo na život aj nenarodenému, ponúkali sa mu jasnejšie formulácie, ktoré si ale nevybral. Čl. 15 Ústavy mohol znieť: „Každý, od počatia až po prirodzenú smrť, má právo na život.“ Takto článok 15 neznie a toto rozhodnutie ústavodarcu má normatívny význam. Hoci je táto interpretácia logická, nie je jedinou logickou interpretáciou tejto vety. Možno aj preto dáva súd aj ďalšie podporné argumenty pre odmietnutie práva na života nenarodených.“¹⁰ Článok 6 ods. 4 Ústavy SR aj Listina základných práv a slobôd si teda rezervuje isté špecifické prípady, kedy pozbavenie života nie je trestným činom. Ide o umelé prerušenie tehotenstva¹¹ – UPT – názov medicínskeho výkonu pre potrat umelý potrat. Umelé prerušenie tehotenstva je z hľadiska logiky nesprávny. (Prerušenie je proces, ktorý začal, na istú dobu bol pozastavený a opäť pokračuje. Avšak „prerušenie“ tehotenstvo nepokračuje po istej dobe, končí smrťou embrya. Správny je termín potrat., lat. abortus. Pozn. autorky)

„Článok 15 ods. 4 Ústavy SR umožňuje zákonodarcovi stanoviť výnimky z neprípustnosti pozbavenia života. Pri definovaní výnimiek však zákonodarca nemá absolútnu voľnosť. Absolútna voľnosť by mohla viesť k samotnej negácii práva na život, čo je v rozpore so základnou prezumpciou rozumnosti ústavodarcu a samou podstatou základných ľudských práv. V zákonnej úprave nie je premietnutý prvok proporcionality uplatňovanej pri vzájomnom strete práv a tým jej chýba legitímny dôvod.“¹²

Súčasná zákonná úprava ohľadom dovoľených interrupcií bola prijatá v roku 1986 zákonom č. 73/1986 Zb. o umelom prerušení tehotenstva. (ďalej len „zákon o umelom prerušení tehotenstva“). Zákon o umelom prerušení tehotenstva zrušil pôvodne platnú právnu úpravu z roku 1957, ktorá umožňovala interrupciu len za splnenia určitých podmienok. (zákon č. 68/1957 Zb. o umelom prerušení tehotenstva). K zákonnej úprave bola prijatá vyhláška Ministerstva zdravotníctva Slovenskej socialistickej republiky 74/1986 Zb., ktorou sa vykonáva zákon Slovenskej národnej rady č. 73/1986 Zb. o umelom prerušení tehotenstva. (ďalej len „vyhláška o umelom prerušení tehotenstva“). V súčasnosti je platná v znení novely č. 98/1995 Z. z.. V roku 1988 došlo k prijatiu ďalšej vyhlášky Ministerstva zdravotníctva Slovenskej socialistickej republiky č. 22/1988 Zb. o povinných hláseniach súvisiacich s ukončením tehotenstva upravujúca definíciu pôrodu, potratu a hlásení o týchto skutočnostiach zdravotníckymi zariadeniami. Novšia úprava je zákon č. 419/1991 Zb., ktorým sa dopĺňajú a menia niektoré prepisy v oblasti zdravotníctva. Táto novelizuje zákon č. 73/1986 Zb. o UPT tak, že pripája §8, ktorý umožňuje preskúmanie zamietnutej žiadosti ženy o UPT zo zdravotných dôvodov a tento záver bude prehodnotený riaditeľom nemocnice a prizvanými dvomi odborníkmi gynekológmi.

Zákon č. 73/1986 Zb. o umelom prerušení tehotenstva (ďalej skr. UPT), upresňuje podmienky,¹³ kedy a za akých podmienok možno prerušenie tehotenstva na žiadosť ženy vykonať. §2 uvedeného zákona hovorí, že UPT možno vykonať v prípade zisteného poškodenia plodu bez ohľadu na trvanie tehotenstva. Poškodenie plodu je teda indikáciou k prerušeniu tehotenstva aj vo vyššom štádiu tehotenstva, kedy sú už ultrazvukom jasne viditeľné časti tela plodu. Ide teda o selekciu na základe zdravotného stavu plodu.

Vyhláška 74/1986 Zb. o UPT vymenúva v §1 dve zdravotné prekážky pre UPT na žiadosť ženy, kedy tehotenstvo nemožno umelo prerušiť, a to v bode a/ ak je zdravotný stav ženy taký, že existujú riziká spojené s UPT a v bode b/ ak od posledného UPT neuplynulo šesť mesiacov. Bod b/ má tri výnimky a to: UPT možno vykonať aj napriek tomu, že od posledného UPT neuplynulo menej ako šesť mesiacov, a to ak žena už dvakrát rodila, alebo ak žena dovŕšila vek 35 rokov, alebo ak otehotnela v dôsledku trestného činu. §2 tejto vyhlášky upresňuje v troch bodoch, kedy možno umelo prerušiť tehotenstvo zo zdravotných dôvodov. Bod 1 hovorí, že zo zdravotných dôvodov, možno UPT vykonať najneskôr do 12 týždňa tehotenstva. Bod 2 určuje, kedy možno vykonať UPT bez ohľadu na dĺžku tehotenstva, a to, ak je ohrozený život matky, alebo ak plod nie je schopný života, alebo ak je ťažko poškodený. Vyhláška ďalej určuje spôsob postupu pri UPT

⁹ Tamže str. 87.

¹⁰ Luterán M.: Majú Slováci právo na život? Dostupné na internete <https://www.hfi.sk/legislativa/103-ako-chronit-zivot-2> [cit. 15.2.2019]

¹¹ t.j. umelý potrat, indukovaný potrat, interrupcia. Ide o ukončenie tehotenstva iným spôsobom ako prirodzené pôrodom, samovoľným potratom, alebo cisárskym rezom. Z toho vyplýva, že ide o vonkajší zásah, ktorý spôsobí predčasné ukončenie tehotenstva, ktorého následkom je smrť prenatálneho dieťaťa.

¹² <https://www.hfi.sk/legislativa/103-ako-chronit-zivot-2> In: Chromik A.: Špecifické medicínske úkony vykonávané zdravotníckymi pracovníkmi [cit. 11.2.2019]

¹³ § 1: Zdravotné prekážky pre umelé prerušenie tehotenstva na žiadosť ženy (1) Zdravotnou prekážkou (kontraindikáciou), pre ktorú na žiadosť ženy nemožno prerušiť tehotenstvo je: a) zdravotný stav ženy, ktorý podstatne zvyšuje zdravotné riziko spojené s umelým prerušením tehotenstva, b) umelé prerušenie tehotenstva, od ktorého neuplynulo šesť mesiacov. (2) Pri zdravotnej prekážke uvedenej v písmene b) možno umelo prerušiť tehotenstvo, ak a) žena už dvakrát rodila, b) dovŕšila 35 rokov veku, c) je dôvodné podozrenie, že žena otehotnela v dôsledku trestného činu, ktorý bol na nej spáchaný.

§ 2: Umelé prerušenie tehotenstva zo zdravotných dôvodov (1) Zo zdravotných dôvodov možno umelo prerušiť tehotenstvo najneskôr do dvanásť týždňov jeho trvania. (2) Bez ohľadu na trvanie tehotenstva možno ho umelo prerušiť, ak je ohrozený život ženy alebo ak zistilo, že plod nie je schopný života alebo že je ťažko poškodený. (3) Z genetických dôvodov možno umelo prerušiť tehotenstvo do dvadsaťštyri týždňov jeho trvania.

a príloha 1 obsahuje zoznam chorôb, syndrómov a stavov ktoré sú indikáciami k UPT. Patrí sem okrem iného aj zlyhanie intrauterinnej antikoncepcie, počatie medzi príbuznými v priamom rade alebo medzi súrodencami, počatie do dovŕšenia 15 roku veku matky a počatie po 40. roku veku matky.

Z.č. 576/2004 Zb. o zdravotnej starostlivosti, službách súvisiacich s poskytovaním zdravotnej starostlivosti a o zmene a doplnení niektorých zákonov zaviedol povinný informovaný súhlas pre ženu, ktorá plánuje potrat. Žena musí byť povinne poučená o aký typ zákroku ide: (§6b 2 a) účele, povahe, priebehu a následkoch umelého prerušenia tehotenstva, b) fyzických a psychických rizikách umelého prerušenia tehotenstva, c) aktuálnom vývojovom štádiu embrya alebo plodu, ktorého vývoj má byť ukončený, a o jej oprávnení získať záznam zo sonografického vyšetrenia, a tiež aké alternatívne riešenie existuje, aby potrat nemusela absolvovať d) - najmä adopcia, utajený pôrod, materiálna a psychická pomoc v tehotenstve.

Ďalej podľa §6b 3 uvedeného zákona „môže sa toto umelé prerušenie tehotenstva vykonať najskôr po uplynutí lehoty 48 hodín od odoslania hlásenia o poskytnutí informácií podľa odseku 2; v takomto prípade je lekár povinný poskytnúť žene informácie (pozri príloha článku) v rozsahu podľa odseku 2 a odovzdať jej ich aj v písomnej podobe, vrátane zoznamu občianskych združení, neziskových organizácií, nadácií, cirkví a náboženských spoločností, ktoré poskytujú ženám finančnú, materiálnu a psychologickú pomoc v tehotenstve.“

Nóvum priniesol zákon č. 345/2009 Z.z ktorý dopĺňa zákon o UPT pričom mení a dopĺňa zákon č. 576/2004 Z. z. o zdravotnej starostlivosti, službách súvisiacich s poskytovaním zdravotnej starostlivosti atď. Účinnosť nadobudol od 1. septembra 2009. Touto novelou, ktorou dostane žena uvažujúca o umelom potrate 48 hodín na rozmyslenie, bude informovaná o rizikách potratu a tiež o možnostiach riešiť svoju situáciu aj iným spôsobom ako potratom napr. možnosť utajene porodiť, zjednodušená možnosť osvojiť si dieťa (poskytnutím na adopciu) a možnosť získať pomoc od organizácií, ktoré pomoc presne takýmto ženám poskytujú.

Touto novelou sa dostáva do slovenskej legislatívy moment, ktorý umelý potrat považuje za krajné a spoločensky nežiadúce riešenie. Doteraz bol umelý potrat v legislatíve vnímaný, bez akýchkoľvek zdravotných, psychologických a etických dôsledkov.

Trestný zákon v §§ 150 - 153 určuje presné podmienky, za akých je prerušenie tehotenstva nedovolené a tiež vymedzuje sankcie, pre toho kto je zodpovedný pri ich porušení. Zákon vyžaduje súhlas tehotnej ženy a splnenie všeobecne záväzných právnych predpisov o UPT. Vykonanie umelého prerušenia tehotenstva bez súhlasu ženy sa trestá trestom odňatia slobody tri až osem rokov, pokiaľ nie sú naplnené špecifické znaky obsiahnuté v ďalších odsekoch § 150 Trestného zákona odôvodňujúce použitie vyššej trestnej sadzby. Nenarodený život je chránený sekundárne trestným zákonom tým, že tehotná žena sa považuje za chránenú osobu v rámci osobitných kvalifikačných znakov. Vykonanie trestného činu na chránenej osobe je pri viacerých trestných činoch dôvodom pre uplatnenie kvalifikovanej skutkovej podstaty s vyššou trestnou sadzbou.

TS popisuje nedovolené spôsoby UPT. Nedovolený je taký spôsob, ktorý je v rozpore so zákonom č. 73/1986 Zb. Tehotenstvo si nesmie prerušiť tehotná žena sama alebo v spolupráci s iným páchatelom. Potrestaný bude ten, kto navedie ženu na to, aby si tehotenstvo prerušila sama, alebo za pomoci iného páchatela, ako aj ten, kto jej pri tomto skutku napomáhal. Podľa trestného zákona teda musí byť zachovaný predpísaný postup, podľa ktorého UPT splňa podmienky, kedy je skutkom neprotirečiacim zákonu.

Konštatujeme, že prenatálne dieťa po 12 týždňoch vnútromaternicového vývoja, ak je tento plod zdravý, je chránený a jeho ochrana je ošetrená v priestore slovenskej legislatívy, ale do 12 týždňa vnútromaternicového vývoja je embryo plne závislé od vôle iného človeka, a teda nieje komplexne chránené. Nespochybniteľným faktom je, že ak embryo necháme žiť, je schopné rozvinúť sa na samostatného ľudského jedinca t.j. osobu – ktorá je podľa legislatívy SR vlastníkom nescudziteľného práva na život. Zostáva otázne, či a do akej miery je UPT otázkou morálky alebo otázkou ľudských práv.

Civilné právo vyzdvihuje a prezentuje skôr „právo na súkromie ženy, právo na sebaurčenie, resp. právo na reprodukčné zdravie pred právom na život od počatia, ako dokumentuje aj príloha tohto článku - Príloha k vyhláške č. 417/2009 Z. z. Informovaný súhlas ženy pred UPT : „V zmysle právneho poriadku Slovenskej republiky má každá žena právo rozhodnúť sa slobodne a zodpovedne o počte a čase narodenia svojich detí a mať prístup k informáciám, vzdelaniu a prostriedkom, ktoré jej umožnia uplatňovať tieto práva. Takisto má právo na prístup k vedecky overeným informáciám a rozhodnúť sa o pokračovaní, resp. prerušení svojho tehotenstva bez nátlaku“ atď.

Postoj práva Katolíckej cirkvi

Cirkevné právo plne rešpektuje status prenatálneho dieťaťa ako osoby. Toto stanovisko potvrdzujú dokumenty pápežov, Kódex kánonického práva aj Katechizmus katolíckej cirkvi. Cirkev realitu umelých potratov chápe ako čin jednoznačne nespravodlivý. Tu vidíme rozdiel v pohľade práva civilného, ktorý je liberálnejší a pohľad práva cirkevného, ktorý ho vždy chápe ako skutok proti spravodlivosti.

V 6. knihe Kódexu kánonického práva,¹⁴ ktorý je platný v Katolíckej cirkvi latinského obradu¹⁵ v 4. titule Delikty proti životu a slobode človeka kánon 1398 vyvodzuje sankcie za únos, mrzačenie, vraždu a potrat.¹⁶ Kánon 1398 hovorí, že kto vykonáva potrat, po dosiahnutí jeho účinku upadá do exkomunikácie na základe vyneseného rozsudku. Tento predpis vymenúva konkrétny trest (excommunicatio) za delikt vykonania alebo spolupráce pri potrate. Excommunicatio je medicínalný, čiže ozdravujúci trest pre páchateľa. Jej cieľom je priviesť delikventa k pokániu. Rozsudok o treste exkomunikácie je vynesený samým právom (latae sententiae) Katolíckej cirkvi v Kódexe kánonického práva. Rozsudok „latae sententiae“ sa uplatňuje na páchateľovi už samotným vykonaním skutku, t.j. bez súdneho procesu. Kánon 1323¹⁷ a 1324¹⁸ v 3. titule 4. knihy CIC - Subjekt podliehajúci trestným sankciám, vymenúva okolnosti, kedy sa trest, hoci bol skutok vykonaný, neuplatňuje. Ide o okolnosť nezavinenej nevedomosti a nedobrovoľnosti, alebo ak ide o osobu pred dovŕšením 16. roku života, alebo ak ide o osobu, ktorá bez vlastnej viny nemala vedomosť o tom, že Cirkev trestá za tento delikt exkomunikáciou. Rozsudok exkomunikácie sa uplatňuje na troch druhoch osôb, ktorí formálne spolupracovali na vykonaní skutku, a to: a/ na matke, ktorá sa dobrovoľne podrobila potratu (UPT, a nie spontánny potrat¹⁹) vonkajšími prostriedkami, vnútornými medikamentami alebo chirurgicky; b/ na osobách, ktoré robia zákrok, t.j. osoby, ktoré priamo použili prostriedky, ktoré ukončili tehotenstvo (lekár, asistencia); c/ nevyhnutní spolupáchatelia, t.j. osoby, bez konania ktorých by sa delikt neuskutočnil (aj osoby prikazujúce potrat).

Ak ide o stav, pri ktorom je život budúcej matky ohrozený, lekár má povinnosť chrániť ženu aj dieťa. Naopak, lekár je povinný zasiahnuť, ak je tehotenstvo priamo spojené s chorobou (napr. zhubné ochorenie maternice a pod.) a je povinný terapiu usmerniť proti chorobe, aj v prípade, že nežiadúcim účinkom by bola smrť nenarodeného dieťaťa. Priamym prvotným úmyslom nikdy nemôže byť usmrtenie plodu a musí ísť o vitálnu indikáciu zo strany ženy. I v prípade, že tehotná žena trpí chorobou, ktorá zvyšuje riziko tehotenstva, nemožno normálne sa vyvíjajúci plod vnímať ako agresora, ktorého možno zahubiť. Tento postoj by bol v rozpore s morálkou. Priamy potrat, hoci vykonaný z terapeutických dôvodov nie je nikdy dovolený. Cirkev sa snaží hájiť záujmy obidvoch osôb, nositeľov ľudskej dôstojnosti, nie však na úkor jednej alebo druhej osoby. Tento názor Cirkvi nie je v dejinách novodobej Cirkvi vôbec nový. Cirkev sa pridŕža

¹⁴ Kódex kánonického práva, KBS Spolok sv. Vojtecha, Trnava 1996, ISBN 80 7162 061 0.

¹⁵ Rozumej západného obradu, pričom Kódex východnej cirkvi sa v tejto problematike nelíši.

¹⁶ Kódex kánonického práva nepoužíva termín umelé prerušenie tehotenstva, ale potrat, pričom myslí priamy potrat, t.j. vonkajší chcený zásah za účelom ukončenia života plodu.

¹⁷ Kánon 1323 - Nijakému trestu nepodlieha ten, kto vtedy, keď porušil zákon alebo príkaz:

1. ešte nezavršil šestnásty rok života;
2. bez vlastnej viny nevedel, že porušuje zákon alebo príkaz; neznalosti sa však kladie na roveň nepozornosť, omyl;
3. konal na základe fyzického násillia alebo náhody, ktorú nemohol predvídať alebo predvídanú nemohol odvrátiť;
4. konal prinútený veľkým strachom, hoci len relatívne veľkým, alebo z nevyhnutnosti, či pre veľkú nepríjemnosť, ak však skutok nie je vnútorne zlý alebo nie je zameraný na škodu duši;
5. v zákonnej obrane seba alebo iného konal proti nespravodlivému útočníkovi a zachoval náležitú mieru;
6. chýbalo mu používanie rozumu pri zachovaní predpisov kán. 1324, § 1, bod 2, a 1325;
7. bez vlastnej viny sa domnieval, že ide o niektorú z okolností, o ktorých sa hovorí v bode 4 alebo 5.

¹⁸ Kánon 1324 - § 1. Porušovateľ nie je vyňatý z trestu, ale trest stanovený zákonom alebo príkazom sa musí zmierniť alebo miesto neho použiť pokánie, ak delikt spáchal:

1. ten, kto mal iba nedokonalé používanie rozumu;
2. ten, komu chýbalo používanie rozumu pre opitosť alebo iné podobné rozrušenie mysle, ktoré si zaviniť;
3. pre silné vzplanutie vášne, ktoré však nepredchádzalo a neprekazilo všetko rozhodovanie mysle a súhlas vôle, len keď sama vášeň nebola chcene vyvolaná alebo živá;
4. neplnoletý, ktorý dovŕšil šestnásty rok života;
5. ten, kto bol prinútený veľkým strachom, hoci len relatívne veľkým, alebo z nevyhnutnosti, či pre veľkú nepríjemnosť, ak delikt je vnútorne zlý alebo je zameraný na škodu duši;
6. ten, kto v zákonnej obrane seba alebo iného konal proti nespravodlivému útočníkovi, ale nezachoval náležitú mieru;
7. na tom, kto hrubo a nespravodlivo provokoval;
8. ten, kto sa mylne, ale zo svojej viny domnieval, že ide o niektorú z okolností, o ktorých sa hovorí v kán. 1323, bod 4 alebo 5;
9. ten, kto bez vlastnej viny nevedel, že k zákonu alebo príkazu je pripojený trest;
10. ten, kto konal bez plnej započítateľnosti, len keď zostala vážna.

§ 2. To isté môže urobiť sudca, ak existuje nejaká iná okolnosť, ktorá znižuje závažnosť deliktu.

§ 3. V okolnostiach, o ktorých sa hovorí v § 1, vinník nepodlieha trestu na základe rozsudku už vyneseného.

¹⁹ Pri spontánnom potrate nejde o úmysel matky skončiť tehotenstvo neprirodzeným spôsobom, ale patologický stav. Nejde o vôľu matky uskutočniť potrat umelo – abortus.

morálnej normy starej cca 3000 rokov. Pozitívny²⁰ príkaz Desatora „Nezabiješ“²¹ znie v hebrejskom origináli „nepreleješ nevinnú krv“²². Kresťanstvo od počiatku prijíma niektoré židovské a rímske právne inštitúty. Ranokresťanský spis Didache²³ odmieta zabitie zárodka človeka potratom i usmrtenie novorodenca.

Toto učenie Cirkvi je nemenené od jej začiatku až po dnes. II. Vatikánsky koncil a učenie pápežov 20. storočia ešte výraznejšie podčiarkuje túto skutočnosť vzhľadom na to, že táto problematika začala byť v modernej dobe obzvlášť aktuálna. Oficiálne koncilové dokumenty, ktoré majú vážnosť definitívnej neomylnosti, lebo ide o zjavené pravdy, potvrdzujú náuku Cirkvi v tejto problematike.

Katechizmus katolíckej cirkvi v čl. 2274 jasne deklaruje právo ľudského embrya ako osoby slovami: „Keďže sa s embryom má už od počatia zaobchádzať ako s osobou, treba ho chrániť v jeho neporušiteľnosti, liečiť ho a uzdraviť, pokiaľ je to možné, ako každú inú ľudskú bytosť.“ Embryu teda priznáva právo osoby a uznáva jej ľudskú dôstojnosť. Priamy potrat, t.j. chcený ako cieľ alebo ako prostriedok odsudzuje ako skutok proti mravnému a prirodzenému zákonu.²⁴

Pastorálna konštitúcia o Cirkvi v súčasnom svete²⁵ hovorí: v čl. 51. „... Lebo Boh, Pán života, zveril ľuďom vznešenú úlohu udržiavať život. To sa má uskutočňovať spôsobom dôstojným človeka. Život treba teda chrániť s tou najväčšou starostlivosťou hneď od počatia: potrat a vražda nemluvniat sú ohavné zločiny. ...“

Encyklika pápeža Pavla VI. *Humanae vitae*²⁶ v kapitole O nedovolených spôsoboch regulovania pôrodnosti potvrdzuje neprípustnosť potratov. V článku 14. hovorí nasledovne: „Opierajúc sa o tieto základné princípy ľudského a kresťanského učenia o manželstve, musíme znova vyhlásiť, že vonkoncom treba zavrhnúť ako oprávnený spôsob určenia počtu detí priame prerušenia už začatého procesu plodenia a najmä priamy potrat, hoci vykonaný z terapeutických dôvodov.“

Kongregácia pre vieroučné otázky vydala Inštrukciu o úcte k rodiacemu sa ľudskému životu a chránenej dôstojnosti rozmnožovania pod názvom *Donum vitae*.²⁷ Dokument jednoznačne hovorí o neprípustnosti umelého potratu.

V tom istom duchu vyzdvihuje jedinečnú hodnotu života ako nedotknuteľnú aj veľký pápež 20. storočia Ján Pavol II. v encyklike *Evangelium vitae*.²⁸ Tento dokument najpodrobnejšie rozoberá danú problematiku a uvádza argumenty Cirkvi pre a proti ochrane života človeka od počatia. Vtedajšia hlava Katolíckej cirkvi pod tlakom aktuálnosti tejto otázky predostiera encykliku ako jednoznačnú obhajobu života človeka v akejkolvek forme jeho vývinu. Vyzýva na zamyslenie: „Možno hovoriť o dôstojnosti každej osoby, keď je dovolené zabíjať tú najslabšiu a najnevinnejšiu? V mene akej spravodlivosti podstupujú osoby najnespravodlivejšiu diskrimináciu, keď sa niektoré z nich uznávajú za hodné obrany a iným sa táto dôstojnosť upiera?“²⁹ Autor odsudzuje ponímanie ľudskej slobody „ako absolútnej moci nad inými a proti iným.“³⁰

Článok 53. *Evangelium vitae* vysvetľuje postoj Cirkvi na rovine teologickej: „Ľudský život je posvätný, pretože od svojho počiatku je nositeľom «stvoriteľskej činnosti Boha» a zostáva navždy v osobitnom vzťahu k Stvoriteľovi, svojmu jedinému cieľu. Iba Boh je Pán života od jeho počiatku až po jeho koniec: nikto, za žiadnych okolností si nemôže nárokovať právo priamo zničiť nevinnú ľudskú bytosť“.

Na zhrnutie uvediem citát z Pastierskeho listu biskupov Slovenska k 25. marcu 2001, ktorý sa tiež vyjadruje k tejto problematike: „...Človek nemá právo siahť ani na svoj život, ani na počatý, či už ide o matku, lekára alebo kohokoľvek. Ak sa niekto odvoláva na právo, mal by vysvetliť, odkiaľ je toto právo. Ľudské právo nemôže protirečiť prirodzenému zákonu, ani zjavenému Božiemu zákonu. A tento znie: Nezabiješ! Sv. Otec v encyklike *Evangelium vitae* sa odvoláva na svoj najvyšší učiteľský úrad a hovorí: „Preto mocou authority, ktorú Kristus udelil Petrovi a jeho nástupcom, v spoločenstve s biskupmi, ktorí veľakrát odsúdili umelý potrat a v rámci spomínanej predchádzajúcej konzultácie, hoci roztrasení po svete, jednomyselne toto učenie schválili, vyhlasujem, že priamy potrat, to jest chcený ako cieľ alebo ako

²⁰ Rozumej vyhlásený Bohom Izraelitov prostredníctvom vodcu Mojžiša na Sinaji v Arabskej púšti. Pozri: SVĚTÉ PÍSMO, Spolok sv. Vojtecha, Trnava 2000. Ex 20,13., Dt 5,17)

²¹ Tamže.

Príkaz zopakoval aj Ježiš Kristus, citujú ho evanjelisti: Tamže: Mt 19,18, Mk 10,19, Lk 18,20.

²² KATECHIZMUS KATOLÍCKEJ CIRKVI, Spolok sv. Vojtecha, Trnava 2000. Je oficiálny dokument Katolíckej cirkvi, ktorý vznikol ako výsledok zhrnutia katolíckeho učenia viera a mravov. Popudom bola iniciatíva Biskupskej synody roku 1985, ktorej Pápež Ján Pavol II. iniciatívu schválil.

²³ Najstarší mimobiblický kresťanský spis, datovaný do 1.-2 st. n.l.; čl. 5 „Cesta smrti je zasa takáto ... zabíjajú deti, ničia Boží zárodok (v matkinom tele), ... Didache cituje Ján Pavol II. V Enc. *Evangelium vitae* čl. 54.

²⁴ Pozri čl. 2270 – 2271 KKC.

²⁵ Dokument II. Vatikánskeho koncilu, *Gaudium et Spes* (slov. Cirkev v súčasnom svete), Rím, 1965. Pozri najmä Kap. I.

²⁶ PÁPEŽ PAVOL VI., Encyklika *Humanae vitae* (slov. Ľudský život), Rím 1968.

²⁷ KONGREGÁCIA PRE VIEROUČNÉ OTÁZKY, Inštrukcia *Donum vitae* (slov. Dar života), Rím 1987. Na Slovensku vydal Spolok sv. Vojtecha, Trnava 1998.

²⁸ PÁPEŽ JÁN PAVOL II., Encyklika *Evangelium vitae* (slov. Evanjelium života), Rím 1995. Encyklika je okružný list všetkým veriaci Katolíckej cirkvi vydaný pápežom, kedy hlava Katolíckej cirkvi záväzne vysvetľuje náuku Cirkvi o viere alebo mravoch. Pozri tiež kánony 747 – 749.

²⁹ Tamže, čl. 20.

³⁰ Tamže.

prostriedok, je vždy vážnym neporiadkom, lebo je dobrovoľným zabitím nevinnnej ľudskej bytosti. Žiadna okolnosť, žiaden cieľ nikdy nebudú môcť urobiť dovoleným čin, ktorý je vnútorne nedovolený, lebo sa protiví Božiemu zákonu, vpísanému do srdca každého človeka, ako ho uznáva samotný rozum a ako ho ohlasuje Cirkev. Keďže toto zlo je značne rozšírené, a aj veriaci sa ho pomerne často dopúšťajú, Cirkev ako strážkyňa Božieho zákona ich vystríha aj svojou právomocou duchovného potrestania, ak sa toho dopustia. Pápež Ján Pavol II. v encyklike *Evangelium vitae* opakuje a potvrdzuje dávnejšie i súčasné cirkevné právo v tejto veci. Hovorí: „Aj obnovené cirkevné právo pokračuje v tejto línii, keď stanovuje: „Kto vykonáva potrat, po dosiahnutí účinku upadá do exkomunikácie na základe vyneseného rozsudku, čo znamená samým faktom spáchania priestupku. ...“

Záver

Katolícka cirkev a cirkevní predstavitelia od začiatku zhodne zastávajú názor o neporušiteľnosti ľudského života v akejkoľvek forme, radikálne rešpektujúc zásadu ľudskej dôstojnosti. Rozpor nachádzame v ponímaní ochrany života dieťaťa podľa občianskeho zákona Slovenskej republiky. Civilný zákon – Ústavný zákon č. 23/1991 Zb. vytvára priestor pre legitímne ukončenie tehotenstva – ukončenie života dieťaťa v tele matky do 12. týždňa vnútromaternicového vývinu. Život dieťaťa od počatia nie je komplexne ani dostatočne chránený, keďže v druhej hlave Ľudské práva a základné slobody prvý oddiel Základné ľudské práva a slobody v čl. 6. Isté práva (na ochranu života) má aj dieťa pred narodením aj podľa Slovenskej legislatívy (čl. 15 odd. 2 ods. 1 Ústava SR), lebo hovorí, že ľudský život je hodný ochrany už pred narodením. Ide o určitú nedôslednosť legislatívy SR.

Z vyššie uvedeného vyplýva, že zákon selektuje ochranu plodu aj podľa zdravotného stavu plodu³¹. Koreňom rozporu, ktorý vzniká komparáciu práva civilného s právom cirkevným, je podľa nášho názoru rozpor v chápaní a akceptovaní života dieťaťa pred jeho narodením už ako kompletnej ľudskej bytosti s právom na život. Problém možno definovať otázkou, či majú právo na život všetky ľudské bytosti (aj v prenatálnom vývinovom štádiu), teda aj tie, ktoré ešte nie sú nositeľmi subjektívnych práv. Civilná legislatíva sa v tejto problematike neprikláňa ku klasickej rímskej zásade „in dubio pro vitae“, lebo ponecháva zákonný priestor (!) pre ukončenie tehotenstva, čiže skončenie života pred narodením dieťaťa.

Príloha č. 1

Príloha k vyhláške č. 417/2009 Z. z. (Informovaný súhlas ženy pred UPT - vzor)

Písomné informácie o umelom prerušení tehotenstva

Účel, povaha, priebeh a následky umelého prerušenia tehotenstva

Umelé prerušenie tehotenstva je zdravotný výkon, ktorým sa ukončuje tehotenstvo na základe písomnej žiadosti ženy. Tehotenstvo možno prerušiť, ak nepresahuje 12 týždňov a ak tomu nebránia zdravotné dôvody na strane ženy. Tento zdravotný výkon uhrádza žena v plnom rozsahu vrátane súvisiacich laboratórnych výkonov.

V zmysle právneho poriadku Slovenskej republiky má každá žena právo rozhodnúť sa slobodne a zodpovedne o počte a čase narodenia svojich detí a mať prístup k informáciám, vzdelaniu a prostriedkom, ktoré jej umožnia uplatňovať tieto práva. Takisto má právo na prístup k vedecky overeným informáciám a rozhodnúť sa o pokračovaní, resp. prerušení svojho tehotenstva bez nátlaku.

Umelé prerušenie tehotenstva vykonáva lekár na zákrokovej sále v prostredí čistoty B tak, aby riziko poškodenia organizmu ženy a riziko prípadných komplikácií bolo čo najmenšie. Zdravotný výkon je poskytovaný v celkovej anestézii (po uspaní pacientky). Po dezinfekcii vonkajších genitálií lekár rozšíri kanál krčka maternice inštrumentom – dilatátorom a následne špeciálnou kanylou sa odsaje obsah dutiny maternice. Pri umelom prerušení tehotenstva, ak tehotenstvo presahuje osem týždňov, lekár používa aj kyretu (nástroj na úplné mechanické vyčistenie dutiny maternice) alebo potratové kliešte. Zdravotný výkon je počas celkovej anestézie bezbolestný. Žena môže mať po zdravotnom výkone bolesti, ktoré svojím charakterom a intenzitou pripomínajú bolesti ako pri menštruácii.

Fyzické a psychické riziká umelého prerušenia tehotenstva

Riziká umelého prerušenia tehotenstva sú skôr ojedinelé, môžu byť skoré a neskoré. Pri výkone môže dôjsť k poraneniu maternice operačnými nástrojmi, ktoré si môže vynútiť okamžitú brušnú operáciu na zastavenie krvácania. Výnimočne môže byť situácia taká závažná, že lekár operačne odstráni maternicu v záujme zachovania života ženy. V odbornej literatúre sa uvádza 0,1 % až 0,8 % výskyt takejto situácie z počtu 170 000 vykonaných umelých prerušení tehotenstva. Medzi neskoré riziká sa zaraďujú zápal maternice, vaječníkov a vajčkovodov s možným čiastočným alebo úplným zlepením dutiny maternice zrastmi. Následnú zhoršenú schopnosť až neschopnosť ďalšieho otehotnenia nie je možné vylúčiť.

Zvyšky po tehotenstve (plodovom vajci) môžu pretrvávajúť kratšiu alebo dlhšiu dobu po zdravotnom výkone. Potreba ich opakovaného odstránenia z dutiny maternice sa podľa odbornej literatúry vyskytuje v 0,2 % až 3 % z celkového

³¹ Ide o plod starší ako 12 týždňov vývinu v tele matky.

počtu vykonaných výkonov umelého prerušenia tehotenstva. V ojedinelých prípadoch, najmä ak ide o včasné tehotenstvo, nemusí dôjsť napriek vykonanému zdravotnému výkonu k jeho prerušeniu a tehotenstvo pokračuje ďalej. Preto je potrebné, aby sa po siedmich dňoch od umelého prerušenia tehotenstva opakovaně vykonalo sonografické vyšetrenie, ktorým sa potvrdí, že tehotenstvo bolo skutočne ukončené. Uvedené vyšetrenie nie je uhradené z verejného zdravotného poistenia a v plnej výške ho uhrádza žena, u ktorej bolo vykonané umelé prerušenie tehotenstva.

Žena po umelom prerušení tehotenstva môže pociťovať úzkosť, pocity viny, smútok a depresiu. Ide o zriedkavé prípady, ktoré sa vyskytujú v 0,3 až 1,2 prípade z 1 000 vykonaných výkonov. Môže to byť bezprostredná reakcia, ktorá zvyčajne nepretrváva dlhodobo, pretože tieto emócie sa väčšinou potlačia, ale môžu sa reaktivovať po následných neúspešných pokusoch o tehotenstvo alebo pri problémoch donosiť dieťa.

Aktuálne vývojové štádium embrya alebo plodu. Gynekologické vyšetrenie a sonografické vyšetrenie, ktoré preukázalo, že (doplní sa vek plodu) je súčasťou zdravotnej dokumentácie.

Žena môže požiadať o záznam zo sonografického vyšetrenia.

Alternatívy k umelému prerušeniu tehotenstva

Ak sa žena rozhodne pre pokračovanie tehotenstva, má tieto možnosti:

a) požiadať o utajenie svojej osoby v súvislosti s pôrodom podľa § 11 ods. 10 zákona 576/2004 Z. z. o zdravotnej starostlivosti, službách súvisiacich s poskytovaním zdravotnej starostlivosti a o zmene a doplnení niektorých zákonov a v zmysle § 13 ods. 5 zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 154/1994 Z. z. o matrikách v znení zákona č. 36/2005 Z. z.,

b) vynosiť dieťa na účel jeho osvojenia po narodení podľa § 102 ods. 1 písm. b) zákona č. 36/2005 Z. z. o rodine a o zmene a doplnení niektorých zákonov,

c) požiadať o finančnú, materiálnu alebo psychologickú pomoc v tehotenstve občianske združenia, neziskové organizácie, nadácie, cirkvi a náboženské spoločnosti, ktorých zoznam je uverejnený na webovom sídle Ministerstva zdravotníctva Slovenskej republiky www.health.gov.sk a poskytuje sa spolu s touto informáciou.

PROTECTING THE LIFE OF A PRENATAL CHILD IN THE CONTEXT OF SLOVAK LAW AND THE RIGHT OF THE CATHOLIC CHURCH.

The paper deals with the issue of protection of child's life from the early stages of his developmental stage through the optics of the Slovak Republic legislation and from the point of view of the law applicable in the Catholic Church.

In the Slovak legislation, it is paradoxical for us that the child's life in the first twelve weeks of intrauterine development is not protected at all. It is the free will of the mother whether the child is born or not. Later it is only protected if this fetus is healthy (!). The child's life is absolutely protected by law only from the 12th week from conception to childbirth (and even after birth without reservation) and its protection is treated within the area of Slovak legislation. However, until the 12th week of intra-uterine development, he is fully dependent on the will of another person (mother) and no rights *de iure* are granted to him - under the applicable law of the Slovak Republic, a woman has a legislative right to undergo artificial abortion at the request of the mother for any reason. Thus, in the first place of protection, there is a woman (mother) and her free choice in terms of deciding on the life of another person - her child. Certainly, the state does not act in favour of and does not promote abortion policy, as evidenced by the recent amendment to the law, which enacted a way of informing and adhering to a 48-hour period between legal information and abortion. This time is required by law to be rendered to the woman obligatorily, so that such grave decisions are not made unreasonably or under duress.

On abortion prevention within Act 73/1986 Coll. the legislator expresses an opinion in the sense of the family planning theory in §2: "Unwanted pregnancy is primarily prevented by education for planned and responsible parenting in the family, in schools and health facilities, by educational activities in the field of social and cultural use and by the use of means to prevent pregnancy." Thus, abortions should not be a method of contraception.

It remains questionable whether artificial abortion is a question of morality or a question of human rights as defined by civil law. This conclusion pushes the issue to the philosophical - moral level, in our opinion, it is the question of accepting the embryonic phase of a child's life as a developmental stage of a human being - a human with admitted subjective rights - first of all, with the right to life.

It is questionable if abortion is the matter of moral or matter of human rights as they are defined in the Civil Law. This conclusion moves the problems onto the philosophic-moral level, more specifically it is an issue of accepting embryonic stage of the child's life as already evolutionary phase of human being with all rights, mainly right to life.

Regarding the Canon Law of the Catholic Church perspective, the life of a child is positively protected from the first moment of its (biological) life in all its stages. Abortion opposes the Natural and Divine Positive Law. It is understood by the Church to be voluntary homicide of human being which can be allowed under no circumstances if such act is directly desired. Expressly, it is condemned by the Church documents since it is an act “which is not allowed inwardly as it opposes the Divine Law engraved into heart of every person, as it is honored by common sense itself and as it is announced by the Church”. Therefore the Canon Law Codex also deduces sanction of excommunication.

Keywords: child before birth, Legislation of the Slovak Republic, Law of the Catholic Church, right to live, "right to Choose"

Viktoriia Ivaniuk

THE ROLE OF INTERNATIONAL JUDICIAL PRACTICE IN THE LEGAL REGULATION OF THE CRYPTO CURRENCIES' USE

Introduction

The increasing use of cryptocurrency in the economic space caught the courts of many countries by surprise. In addition, there is a general trend towards a convergence of different approaches to the role and place of judicial practice in the law-making process, the result of which is a more loyal attitude in the countries of the continental legal system to the results of judicial activity as sources of law. Of course, the creation of new legal norms falls within the competence of the legislation. However, the law inevitably lags behind life. The legislative process is long, less mobile than the activities of the judicial system. The need to recognize the legal role of judicial practice can be explained by its more flexible response to changes in society. In the domestic literature it is emphasized that it is necessary to substantively study the judicial practice, to analyze the individual court decisions with a view to their possible perception by the legislator. Moreover, if we take into account that none of the contemporary global problems can get a satisfactory solution without creating a solid international legal framework, then the relevance of the study of this article is supported by the fact that new technologies often require fundamentally new solutions in international justice also.

Bitcoin as a virtual currency

The function of world money is not considered generally accepted and rather is a secondary property that includes all the functions of money. World money serves as an instrument of world trade, determining prices for world goods and services, means of payment, etc.^[1]. In our opinion, the possible acquisition of the crypto currency function of a conventional means of payment will allow it to become international unit of account, since such currency is produced by a virtual community that has no boundaries. Of course, the turnover of such an international unit of account will need special regulation not only at the national, but also at the international level ^[2].

Within the framework of international law, there is a precedent of the Court of Justice of the European Union, which recognized Bitcoin as a means of payment on a par with other currencies of EU member states ^[3]. In the court case, David Hedqvist v. Skatteverket (Tax Authority of Sweden), which was considered in the Supreme Administrative Court of Sweden, the plaintiff appealed to the Swedish Tax Law Commission to clarify the application of tax legislation. Hedqvist was interested in whether Bitcoin exchange to other traditional currencies and vice versa (which the plaintiff was going to carry out through his company) fall under the tax law. The Commission provided a negative response, which was the subject of a dispute in the Supreme Administrative Court. However, the latter applied, under Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union, to the Court of Justice of the European Union for a preliminary ruling.

The EU court considered Bitcoin as a virtual currency used by individuals to purchase goods or services, usually on certain Internet sites. Internet addresses, which are used to transfer and store Bitcoins, are a kind of bank accounts. The EU Court referred to the 2012 Report of the European Central Bank on Virtual Currency Mechanisms ^[4], according to which Bitcoin, like other virtual currencies, are analogs of conventional convertible currencies (currencies for which no capital flow restrictions apply, which is mandatory characteristic of world money).

As a result of the trial, the Fifth Chamber of the European Court of Justice came to the following conclusions about the nature of bitcoin:

1. «...The virtual currency does not have a single issuer and instead is created directly in a network by a special algorithm. The system for the «bitcoin» virtual currency allows anonymous ownership and the transfer of «bitcoin» amounts within the network by users who have «bitcoin» addresses. A «bitcoin» address may be compared to a bank account number» (p. 11);
2. «...Virtual currencies differ from electronic money, in so far as, unlike that money, for virtual currencies the funds are not expressed in traditional accounting units, such as in euro, but in virtual accounting units, such as the «bitcoin» (p. 12);

¹ Lavrushin O. I. (2010) Dengi, kredit, banki [Money, credit, banks]. Moscow: Knorus. (In Russian).

² Stepanchenko A.V. (2013) Inostrannaja valjuta kak objekt sovremennogo grazhdanskogo oborota [Foreign currency as an object of modern civil turnover]. Biznes, Menedzhment i Pravo [Business, Management and Law], vol. 2.

³ Case-law of the Court of Justice. Skatteverket v. David Hedqvist. № C-264/14. Available at: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=170305&doclang=EN> (accessed: 4 June 2019).

⁴ European Central Bank. Report On Virtual Currency Schemes. October 2012. Available at: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf> (accessed: 4 June 2019).

3. «...the «bitcoin» virtual currency... which will be exchanged for traditional currencies in the context of exchange transactions, cannot be characterised as «tangible property» within the meaning of Article 14 of the VAT Directive, given that... virtual currency has no purpose other than to be a means of payment» (p. 24);

4. «The «bitcoin» virtual currency, being a contractual means of payment, cannot be regarded as a current account or a deposit account, a payment or a transfer. Moreover, unlike a debt, cheques and other negotiable instruments referred to in Article 135(1)(d) of the VAT Directive, the «bitcoin» virtual currency is a direct means of payment between the operators that accept it» (p. 42);

5. «Transactions involving non-traditional currencies, that is to say, currencies other than those that are legal tender in one or more countries, in so far as those currencies have been accepted by the parties to a transaction as an alternative to legal tender and have no purpose other than to be a means of payment, are financial transactions» (p. 49);

6. «...it is common ground that the «bitcoin» virtual currency has no other purpose than to be a means of payment and that it is accepted for that purpose by certain operators» (p. 52);

7. «...Article 135(1)(e) of the VAT Directive (provides the VAT exemptions for a number of transactions – P.B.) covers the supply of services such as those at issue in the main proceedings, which consist of the exchange of traditional currencies for units of the «bitcoin» virtual currency and vice versa, performed in return for payment of a sum equal to the difference between, on the one hand, the price paid by the operator to purchase the currency and, on the other hand, the price at which he sells that currency to his clients» (p. 53) [5].

Thus, the Court of Justice of the European Union equated Bitcoin with ordinary funds, as a result of which the tax legislation of the European Union applies to this crypto currency in the same manner as the legal tender of the EU countries.

The eternal problem of justice is the presence of gaps in the normative regulation of the new social relations. That is why, in most cases judges have to show creativity, in other words, to produce a judicial law. This is confirmed by all the experience of justice, including the first initial practice of reviewing cases, where the subject of the dispute are cryptocurrencies and speaking more properly the social relations on regards of them.

The case 'SEC v. Trendon Shavers and Bitcoin Savings and Trust' dealt with the securities fraud in connection with a bitcoin-based Ponzi scheme in the Eastern District of Texas [6]. According to the SEC, Shavers perpetrated the scheme by representing to investors that he needed bitcoins to sell to buyers who wanted to purchase large quantities of the virtual currency "off the radar." In exchange, Shavers promised large returns — generally about 1% daily or 7% weekly. In reality, however, Shavers was operating a classic Ponzi scheme, merely directing the newest investments to pay purported returns on outstanding investments and for personal use. Notably, Shavers and BTCST argued that the bitcoin-denominated investments he offered to his investors were not "securities" and, therefore, could not be regulated by securities laws. The court disagreed, ruling that bitcoins are a legal currency (or a form of money), and thus bitcoin-based investments are subject to regulation under the Exchange Act, the Securities Act, and the rules and regulations promulgated thereunder. In September 2014, the court entered final judgment against Shavers and BTCST, concluding that Shavers defrauded his investors out of more than 700,000 bitcoins, and ordered Shavers to pay more than US\$40 million in disgorgement and penalties [7]. In November 2014, the US Attorney's Office for the Southern District of New York charged Shavers criminally with securities and wire fraud [8]. The criminal case against Shavers represents the first federal criminal securities fraud charges related to a bitcoin-denominated investment offering. On September 21, 2015, Shavers pled guilty to one count of securities fraud for fraudulently obtaining approximately US\$800,000 in bitcoin.

One more case 'SEC v. BTC Trading Corporation and Ethan Burnside' stated BTC is virtual currency. On December 8, 2014, the SEC brought administrative charges against a California-based computer programmer, Ethan Burnside, in connection with his unlawful operation of two online platforms used to trade securities using virtual currencies [9]. Specifically, Burnside operated "LTC-Global Virtual Stock Exchange" and "BTC Virtual Stock Exchange" as unregistered

⁵ Case-law of the Court of Justice. *Skatteverket v. David Hedqvist*. No C-264/14. Available at: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=170305&doclang=EN> (accessed: 4 June 2019).

⁶ *SEC v. Shavers and Bitcoin Savings and Trust*, 13-CV-416 (E.D. Tex. filed July 23, 2013). Available at: <https://www.sec.gov/litigation/complaints/2013/comp-pr2013-132.pdf> (accessed: 4 June 2019).

⁷ *Securities and Exchange Commission v. Trendon T. Shavers and Bitcoin Savings and Trust*, Civil Action No. 4:13-CV-416. Available at: <https://www.sec.gov/litigation/litreleases/2014/lr23090.htm> (accessed: 4 June 2019).

⁸ *United States v. Shavers*, 14 Mag. 2465 (S.D.N.Y. filed Nov. 3, 2014). Available at: <https://search.justice.gov/search?query=United+States+v.+Shavers&op=Search&affiliate=justice> (accessed: 4 June 2019).

⁹ Press Release, SEC, SEC Sanctions Operator of Bitcoin-Related Stock Exchange for Registration Violations (Dec. 8, 2014). Available at: <http://www.sec.gov/News/PressRelease/Detail/PressRelease/1370543655716> (accessed: 4 June 2019).

virtual currency-denominated securities exchanges and broker-dealers that executed more than 400,000 trades ^[10]. Burnside also offered to sell shares of two virtual currency enterprises that he owned, without registering the offerings with the SEC. In the administrative proceeding, the SEC established that (i) Burnside operated a “virtual stock exchange” without proper registration (in violation of Section 5 of the Exchange Act), and (ii) failed to register either of his virtual exchanges as broker-dealers (in violation of Section 15(b) of the Exchange Act and Sections 5(a) and 5(c) of the Securities Act.

The case ‘United States v. Murgio and United States v. Lebedev’ dealt with the violation of federal anti-money laundering (AML) laws and regulations ^[11], ^[12] ^[13]. Specifically, Murgio and Lebedev allowed customers to exchange cash for bitcoins, knowing that their customers were transacting in the proceeds of criminal activity. Additionally, Murgio exchanged cash for bitcoins for victims of cyber-attacks in which criminals had blocked access to a victim’s computer system until a bitcoin “ransom” was paid, thereby enabling the cyber-attackers to profit from their criminal activities. In total, Coin.mx exchanged at least US\$1.8 million for bitcoins for tens of thousands of customers, and failed to file the requisite suspicious activity reports (SARs) for any of these transactions, in violation of federal AML laws ^[14].

Bitcoin as property right

An important issue of civil rights to judgment brought the dispute between the claimant Mr. J.W. de Vries and the crypto-mining firm called Koinz Trading BV as defendant that arose in February of 2018. The claim filed by Mr. J.W. de Vries requested repayment of 0.591 BTC (bitcoins) obliged by the contract between him and Koinz Trading BV. The Dutch Court of Amsterdam ruled in favor of the claimant, stating that bitcoin meets all of the criteria that allow classification as a property right. The ruling mentions: “Bitcoin exists, according to the court, from a unique, digitally encrypted series of numbers and letters stored on the hard drive of the right-holder’s computer. Bitcoin is ‘delivered’ by sending bitcoins from one wallet to another wallet. Bitcoins are stand-alone value files, which are delivered directly to the payee by the payer in the event of a payment. It follows that a Bitcoin represents a value and is transferable. In the court’s view, it thus shows characteristics of a property right. A claim for payment in Bitcoin is, therefore, to be regarded as a claim that qualifies for verification... At the hearing, the applicant demonstrated the existence of several (aid) claims. From the documents submitted by the applicant, it appears that several persons have claims on the vested party that see the payment of Bitcoin or on claims for non-fulfillment of obligations under an agreement, with penalties attached in some cases. At the hearing, therefore, it appeared briefly that the applicant had a right of action, as well as facts and circumstances, which show that the applicant is in the position of having ceased to pay” ^[15].

Bitcoin as an asset

The South Korean Supreme Court in a criminal ruling has recognized cryptocurrency as an asset because of its “measurable value”. The case involved a person named Ahn, a 33-year old man, who ran a pornographic website and made profits in Bitcoin. He was arrested and indicted in May 2017 for violating the Protection of Children and Juveniles From Sexual Abuse Law. Ahn was already sentenced to 18 months imprisonment along with a fine of 696 million won (\$646,000) by a lower court. However, the question remained whether the prosecutors are allowed to confiscate 191 Bitcoins worth over \$1.4 million Ahn receive as payment. “The cryptocurrency is recognized to have value so it can be confiscated,” the Supreme Court of Korea stated in its judgment. This was a landmark judgment for South Korean administration as for the first time cryptocurrency is subjected to confiscation in the country ^[16].

¹⁰ Securities Act Release No. 9685 (Dec. 8, 2014); Press Release, SEC, SEC Announces Enforcement Action for Illegal Offering of Security-Based Swaps (June 17, 2015). Available at: <http://www.sec.gov/news/pressrelease/2015-123.html> (accessed: 4 June 2019).

¹¹ Press Release, FBI, Manhattan U.S. Attorney Announces Charges Against Two Florida Men for Operating an Underground Bitcoin Exchange (July 21, 2015). Available at: <https://www.fbi.gov/contact-us/field-offices/newyork/news/press-releases/manhattan-u.s.-attorney-announces-charges-against-two-florida-men-for-operating-an-underground-bitcoin-exchange> (accessed: 4 June 2019).

¹² Complaint, United States v. Murgio, No. 1:15-MJ-02508 (S.D.N.Y. July 17, 2015). Available at: <https://search.justice.gov/search?query=United+States+v.+Murgio&op=Search&affiliate=justice> (accessed: 4 June 2019).

¹³ Complaint, United States v. Lebedev, 1:15-MJ-02501 (S.D.N.Y. July 17, 2015). Available at: <http://www.justice.gov/usao-sdny/file/632161/download> (accessed: 4 June 2019).

¹⁴ Enforcement Trends in Cryptocurrency (2015). Available at: <https://www.lw.com/thoughtLeadership/lw-enforcement-trends-cryptocurrency> (accessed: 4 June 2019).

¹⁵ Guttier Rettensteiner (2018) The Legal Nature Of Bitcoin: Does Bitcoin Have Property Rights? Available at: <https://www.lawandblockchain.eu/legal-nature-bitcoin/> (accessed: 4 June 2019).

¹⁶ Arnab Shome (2018) South Korean Top Court Defines Bitcoin as Asset in Landmark Ruling. Available at: <https://www.financemagnates.com/cryptocurrency/news/south-korean-top-court-defines-bitcoin-asset-landmark-ruling/> (accessed: 4 June 2019).

Prospects for the cryptocurrencies' development

Ronnie Moas, a Wall Street financial analyst and founder of the investment company Standpoint Research, believes that the crypto market is now in a lull stage and we can soon expect rapid development again. In his opinion, there are several indicators of the prospect of crypto currency. Firstly, it is still a large amount of trade on crypto exchanges. Large investors provide it, and it is worth relying on their overall activity. Secondly, another one is a growing interest from large companies that founded their own crypto currencies, bought them and opened crypto currency investment departments even during the unprofitable 2018 year and continue to do so in 2019. Thirdly, in 2018 sales of crypto currency led to the fact that a huge number of new people came to the market. These people somehow use the purchased assets, which means the spread of crypto money in society and, as a result, a surge in the development of market infrastructure. Count on the growth of cryptocurrency in the financial research center Fundstrat also. The optimistic forecast for Bitcoin is shared by BitPay's crypto currency payment service director Sonny Singh. In 2018, according to his observations, the activity of small investors decreased, but large companies continued to invest in Bitcoin [17].

Based on expert opinion and observation of a crypto market from the beginning of the year, three ways of developing cryptocurrencies can be identified in the near future:

1. Distribution of cryptocurrency as a means of payment.
2. Recognition of cryptocurrency by institutional and other major investors, as well as by governments of developed countries.
3. Development of cryptocurrency infrastructure.

Most likely, the coming year will be decisive in the fate of Bitcoin and other cryptocurrencies. The development of cryptocurrency can be a negative phenomenon for the banking system of Ukraine as it will bring losses of clients and monopolies for transfer of funds, as well as monetary losses in the form of not receiving commission income, therefore, most likely, bankers will be against Bitcoin legalization in Ukraine. However, in our opinion, it is necessary to take from the creation of cryptocurrencies the most useful, cutting off their negative sides. For example, the development of the Blockchain technology can be put on the state level, and if possible, legalize the circulation of cryptocurrency in the country with the creation of technologies that can control its circulation and release.

Conclusion

The relevance of the study of judicial practice on new phenomena in the economy is determined at least by the fact that so far the possibilities (and limits of the possibilities) of the court in resolving disputes arising in this regard have not been fully revealed. Meanwhile, the regulatory mechanisms peculiar to the court make it possible to create quickly an adequate regulatory and outlined model of the behavior of the subjects of legal relations.

The gaps of domestic legislation in the field of crypto currency regulation are filled with decisions of the domestic judicial authorities, and the gaps of regulation of crypto currency at the international level by international courts; courts equate Bitcoin with funds that have the characteristics of international money as well; courts recognize Bitcoin as a means of transferring funds and thereby raise the issue of regulation at both the domestic and international legal levels.

Recognition of the functions of money for Bitcoin is inevitable, but in turn generates new laws that are not perfect and deserve special study. Finally, this problem is complicated by the fact that, due to the peculiarities of blockchain technology, new systems of international dispute resolution bodies are being formed - decentralized courts, the legal basis of which will still be formed and most likely new gaps in international law will arise here also. Obviously, we are on the verge of forming new international justice bodies whose characteristics will differ significantly from traditional international courts.

The crypto currencies' legal essence based on the analysis of court decisions is defined. The properties of bitcoin as a virtual currency, property right, an asset are studied. It is stated that Bitcoin has not only all the functions of money (cash, capital, means of payment, measure of value, world money), but a means of transferring them also. Based on expert opinion and observation of the crypto market since the beginning of the year, three ways of crypto currencies' development in the near future have been identified.

Keywords: Bitcoin, crypto currencies, The Court of Justice of the European Union, case, property right, an asset, crypto currencies' development.

¹⁷ Cryptonet (2019) Perspektivy kriptovaljut: puti razvitiya i prognozy na 2019 god [Prospects for cryptocurrency: development paths and forecasts for 2019]. Available at: <https://cryptonet.biz/ru/perspektivy-kriptovalyut-puti-razvitiya-i-prognozy-na-2019-god/> (accessed: 4 June 2019).

Kamil Leśniewski

CYBERPRZESTRZEŃ JAKO PIĄTE POLE WALKI, CZYLI SŁÓW KILKA O WYBRANYCH WYZWANIACH W STOSOWANIU ZASADY ROZRÓŻNIANIA PODCZAS DZIAŁAŃ CYBERNETYCZNYCH

Wprowadzenie

Bezspornym wydaje się być pogląd, iż prawo, by cechować się wysoką skutecznością, powinno być w dużej mierze odzwierciedleniem swoich czasów. Stwierdzenie powyższe to niestety w dużej mierze tylko postulat *de lege ferenda*. Zasady międzynarodowego prawa humanitarnego nie są w tej kwestii wyjątkiem. Główne dokumenty regulujące tę gałąź prawa uchwalone zostały w początkowych latach „zimnej wojny”. Uważny obserwator bez trudu spostrzeże zmiany, jakie zaszły w geopolitycznym układzie świata od tamtej pory. Zauważy również, że równolegle diametralnej przemianie uległy zarówno realia pola walki, jak i wyposażenie sił zbrojnych. Pomimo zachodzących zmian, reguły prawa humanitarnego w głównych zrębach pozostały jednak niezaktualizowane. Sytuacja ta stanowi częstokroć nie lada wyzwanie dla jego interpretatorów starających się połączyć otaczająca nas rzeczywistość z brzmieniem i treścią przedmiotowych norm. W zarysowanym powyżej kontekście lokują się niewątpliwie rozważania obracające się wokół pojęcia cyberprzestrzeni. Termin ten, zgodnie ze „Słownikiem Języka Polskiego PWN” oznacza: „przestrzeń wirtualną, w której odbywa się komunikacja między komputerami połączonymi siecią internetową”¹. Dla międzynarodowego prawa humanitarnego (MPH) cyberprzestrzeń stanowi przede wszystkim piąty (po przestrzeni lądowej, powietrznej, morskiej, wodnej i kosmicznej) wymiar hipotetycznego pola walki². W doktrynie trafnie sygnalizowane jest, iż wyróżnia się ona zasadniczo odmienną od pozostałych wskazanych wymiarów naturą i jest w całości bytem sztucznym, wykreowanym przez człowieka. Również środki walki w cyberprzestrzeni i sam jej przebieg odbiegają diametralnie od tradycyjnie pojmowanej wojny. Niemale znacznie ma także fakt, iż działania wykonywane przez siły zbrojne danych państw w cyberprzestrzeni mogą być bardzo różnorodne – począwszy od blokowania dostępu do *Facebooka* dla mieszkańców danego regionu, a skończywszy na bezpośrednim ataku hakerskim na systemy teleinformatyczne elektrowni jądrowej znajdującej się na terytorium danego kraju, celem spowodowania jej awarii. W literaturze słusznie podkreśla się tym samym konieczność stosowania odpowiednio dostosowanej, funkcjonalnej wykładni norm MPH, gdy chodzi o analizę działań przebiegających na rozpatrywanej płaszczyźnie³.

Zagadnienia będące obiektem zainteresowania niniejszego artykułu stają się szczególnie istotne, gdy zważy się na zauważalną co najmniej od dwóch dekad tendencję do znacznego rozrostu w poszczególnych armiach świata jednostek odpowiedzialnych za operacje w cyberprzestrzeni, kosztem tych odpowiedzialnych za działania konwencjonalne⁴. Nie budzi także większych kontrowersji teza, iż przyszłe konflikty będą rozgrywać się jeśli nie wyłącznie w sferze wirtualnej – to z przytłaczającym jej udziałem⁵. Problem ten został zauważony przez doktrynę prawa międzynarodowego, której część przedstawicieli wprost wskazuje nawet na konieczność przyjęcia specjalnej „*Konwencji genewskiej o cyberwojnie*”. Wydaje się jednak, iż niestety nie należy liczyć na powstanie tego typu dokumentu w najbliższym czasie, zważywszy na rozbieżne stanowiska w tej kwestii wyrażane przez poszczególnych przedstawicieli społeczności międzynarodowej⁶. Biorąc powyższe pod uwagę, niniejszy artykuł pochyla się nad ramową dla prawa humanitarnego regulacją – zasadą rozróżniania – i poszukuje jej właściwej interpretacji, gdy chodzi o prowadzenie działań w badanej przestrzeni.

Zasada rozróżniania a cyberprzestrzeń

Pojęciem, którego znaczenia w realiach cyberprzestrzeni poszukiwać należy w pierwszej kolejności jest pojęcie „ataku” – bez ustalenia jego zaistnienia, stosowanie zasady rozróżniania byłoby przedwczesne. Innymi słowy, uprzednie stwierdzenie ataku – w rozumieniu I Protokołu Dodatkowego do Konwencji Genewskich z 1977 roku (I PD)⁷ – stanowi warunek *sine qua non* zastosowania analizowanej zasady. Przez literaturę w poszczególnych okresach rozwoju cyberprzestrzeni przewijały się różne propozycje definicyjne w tym zakresie. Współcześnie najbardziej trafną oraz odpowiednio pojemną wydaje się być ta zaproponowana przez Cordule Droege na łamach *International Review of the Red Cross*, tj.: „cyberoperacja może stanowić atak w myśl MPH, jeśli powoduje lub doprowadza do śmierci, urazu ciała, fizycznego

¹ Słownik Języka Polskiego PWN – wydanie internetowe [online], dostęp: 02.12.2018, <http://sjp.pwn.pl/sjp/cyberprzestrze%C5%84;2553915>.

² R. Ciastoń, *Piąty element*, „Polska Zbrojna” 2013, nr 11, s. 18.

³ B. Mueller, *The laws of war and cyberspace on the need for a treaty concerning cyber conflict*, London 2014, s. 1-17.

⁴ P. W. Singer, A. Friedman, *Cyber security and Cyber war: What Everyone Needs to Know*, New York 2014, s. 163.

⁵ B. Valeriano, R. C. Maness, *Cyber War versus Cyber Realities: Cyber Conflict in the International System*, Oxford 2015, s. 38.

⁶ R. Liivoja, *Technological change and the evolution of the law of war*, „International Review of the Red Cross” 2015, t. 97 nr 900, s. 1160.

⁷ Dz.U. 1992, nr 41, poz. 175.

zniszczenia danego obiektu, a także gdy zakłóca właściwą pracę danego obiektu”⁸. Definicja ta jest zbieżna z tą przedstawioną przez grono ekspertów skupionych wokół *NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence* w tzw. Podręczniku Tallińskim⁹. Tym samym podkreślić należy, iż nie każde działanie sił zbrojnych w cyberprzestrzeni względem przeciwnika będzie mogło zostać zakwalifikowane jako atak i być przedmiotem rozważań z perspektywy reguł ochronnych prawa humanitarnego, tj. m. in. zasad rozróżniania, proporcjonalności, czy też humanitaryzmu. I tak działania niewiązane się z przemocą, takie jak przykładowo masowe rozsyłanie wiadomości e-mail do mieszkańców danego terytorium wzywających ich do poddania się, co ma na celu osłabienie morale przeciwnika – nie będzie mieściło się w zakresie badanego pojęcia¹⁰.

Będąc obiektem uwagi niniejszego artykułu zasada rozróżniania obiektów cywilnych oraz wojskowych słusznie uznawana jest za ścisły rdzeń prawa humanitarnego. Zobowiązuje ona strony konfliktu do rozróżniania osób cywilnych i kombatanów, a także obiektów cywilnych i wojskowych. Zasada ta od wieków stanowi normę prawa zwyczajowego, zaś w prawie pozytywnym skodyfikowana została po raz pierwszy w Deklaracji Petersburskiej z 1868 roku o zakazie używania małokalibrowych pocisków eksplodujących¹¹. Współcześnie jej obowiązywanie łączy się głównie z art. 48, 51, 52, 53, a także 57 I PD. Była ona wielokrotnie potwierdzana w orzecznictwie sądów międzynarodowych¹². Zgodnie z badaną zasadą przedmiotem ataku nie mogą być osoby oraz obiekty cywilne, przy czym obiekty te charakteryzowane są jako coś widocznego i namacalnego (ang. *visible and tangible*)¹³. Zaznaczyć należy również, iż ochrona obiektów cywilnych nie jest bezwarunkowa i bezwzględna. W sytuacji, gdy obiekt cywilny jest wykorzystywany dla celów wojskowych, traci on ochronę wynikającą z uregulowań MPH, przy czym w sytuacji niepewności co do statusu obiektu, powinno uznać się go za obiekt cywilny¹⁴. Rozpatrując kwestię podziału na obiekty wojskowe oraz cywilne, za pierwsze z wymienionych – zgodnie z art. 52 I PD – należy uważać: „*dobra, które z powodu swej natury, rozmieszczenia, przeznaczenia lub wykorzystania wnoszą istotny wkład do działalności wojskowej i których całkowite lub częściowe zniszczenie, zajęcie bądź zneutralizowanie daje określoną korzyść w danej sytuacji*”. W związku z dychotomicznością wskazanego podziału, wszelkie pozostałe dobra uznać należy – *a contrario* – za obiekty cywilne. Przedstawiona powyżej definicja ze względu na nieostrość zawartych w niej pojęć powoduje szereg niejasności i sporów pomiędzy poszczególnymi przedstawicielami doktryny. Przykładowo kontrowersje budzi sformułowanie „wnoszenia istotnego wkładu do działalności wojskowej”. Choć niewątpliwie aspekt ten musi być rozpatrywany *in concreto* to wydaje się, że nie będzie nadużyciem stwierdzenie, iż wkład jest istotny, jeżeli znacznie zwiększa możliwości taktyczne lub operacyjne danej strony lub w inny sposób wpływa na proporcje sił, nawet jeśli efekt ten jest krótkotrwały i dotyczy tylko ograniczonego obszaru. Dodatkowego podkreślenia wymaga sygnalizowana w literaturze konieczność dokonywania powyższej oceny zarówno w perspektywie bieżących działań, jak i odpowiednio uwidocznionego zamiaru użycia danego obiektu w badanym celu w przyszłości¹⁵. O ile stosowanie analizowanej zasady stwarza już szereg problemów na współczesnym „tradycyjnym” polu walki – związanych z zacieraniem się granicy między kombatanami i niekombatanami (jest szczególnie widoczne w konfliktach asymetrycznych¹⁶), to w odniesieniu do działań prowadzonych w cyberprzestrzeni spotyka się ono z szeregiem dalszych, wielokrotnie bardziej złożonych, wynikających ze swoistości tego pola walki problemów¹⁷. Przykładowo już sama kwalifikacja danej rzeczy należącej do szeroko pojętej cyberprzestrzeni jako obiektu we wskazanym powyżej znaczeniu nie jest jednoznacznie przyjmowana w literaturze. O ile komputery, ich sieci i inne fizycznie namacalne elementy infrastruktury sieciowej (np. kable światłowodowe) nie budzą większych kontrowersji przy kwalifikacji w tym zakresie, to już nie można tego samego odnieść do wywołującego spory wśród poszczególnych autorów statusu danych *per se*, z uwagi na ich nienamacalny, tj. niematerialny charakter. Większość komentatorów stoi w tej kwestii na stanowisku odmawiającym przyznania danym *per se* przedmiotowego statusu. Przekonanie to wydaje się o tyle kontrowersyjne – zdaniem jego opo-

⁸ C. Droege, *Get off my cloud: cyber warfare, international humanitarian law, and the protection of civilians*, „International Review of the Red Cross” 2012, t. 94 nr 886, s. 560.

⁹ M. N. Schmitt, *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge 2013, s. 92.

¹⁰ Tamże, s. 92-93.

¹¹ Międzynarodowe Prawo Humanitarne Konfliktów Zbrojnych, red. Z. Falkowski, M. Marcinko, Warszawa 2014, s. 69.

¹² Reprezentatywnym przykładem w tej kwestii może być pkt. 78 opinii doradczej MTS z dnia 7 lipca 1996, wydanej w sprawie w sprawie legalności użycia lub groźby użycia broni jądrowej, *ICJ Rep.* 1996, s. 226 i nn.

¹³ *The Law of Armed Conflict and the Use of Force: The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* red. F. Lachenmann, R. Wolfrum, Oxford 2017, s. 364.

¹⁴ ICRC, *IHL Data Base, Rule 9. Definition of Civilian Objects* [online], dostęp: 10.12.2018, http://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter2_rule9.

¹⁵ R. Geiss, H. Lahmann, *Cyber warfare: applying the principle of distinction in an interconnected space*, *Israel Law Review* 2012, t. 45 nr 3, s. 383.

¹⁶ K. Leśniewski, *No attacks on mosques policy - ochrona miejsc kultu religijnego a współczesne asymetryczne działania zbrojne*, „Studia Prawnicze i Administracyjne” 2017, nr 21(3), s. 50 i nn.

¹⁷ C. Droege, *Get...*, s. 552.

nentów - iż jego praktyczną implikacją byłoby znaczne osłabienie ochrony wypływającej z zasady rozróżniania, gdy chodzi o tak kluczowe i pierwotne pojęcie dla cyberświata, jakim niewątpliwie są dane¹⁸. Do poglądu tego należy się przychylić, zważywszy na wskazaną na wstępie konieczność dokonywania odpowiednio elastycznej i funkcjonalnej wykładni prawa humanitarnego w odniesieniu do realiów cyberprzestrzeni, która z samej już definicji łączy się nierozzerwalnie ze światem niematerialnym. Problem ten został jednakże tylko zasygnalizowany, gdyż jego rozwiązanie wymaga przeprowadzenia osobno poświęconej mu analizy.

Robin Geiß i Henning Lahmann słusznie zauważają, iż dopóki celem ataku są obiekty militarne w powszechnie przyjętym rozumieniu, np. bazy wojskowe i znajdujące się na nich elementy informatyczne, stosowanie zasady rozróżnia na polu działań cybernetycznych nie różni się znacząco od przypadku wykorzystania konwencjonalnych metod walki. Bez znaczenia dla dokonywanej oceny jest bowiem czy dany obiekt zostanie zniszczony lub unieszkodliwiony w wyniku uderzenia pocisku raketowego, desantu oddziału sił lądowych, czy też przeprowadzenia analizowanego cyberataku¹⁹. Nieporównywalnie większych problemów natury prawnej dostarcza uczynienie celem ewentualnego ataku elementu kluczowego dla wirtualnego świata - jego infrastruktury samej w sobie. Problem ten wydaje się niezwykle aktualny, albowiem z uwagi na stale rosnącą rolę szybkiego przepływu informacji w funkcjonowaniu nowoczesnych armii, można zaryzykować stwierdzenie, iż jednym z kluczowych aspektów mogących przechylić szalę zwycięstwa w hipotetycznym konflikcie zbrojnym może być odpowiednie sparaliżowanie sieci przeciwnika do tego celu wykorzystywanej. Kwestia ta wymaga poświęcenia jej osobnej uwagi i słusznie bywa określana największym problemem prawa humanitarnego, gdy chodzi o cyberdziałania²⁰. Już na wstępie rozważań dotyczących powyższego aspektu wskazać należy na specyfikę infrastruktury sieciowej, w której to praktycznie każdy z obiektów wchodzących w jej skład posiada dwoistą cywilno-wojskową naturę (ang. *dual-use*)²¹. Innymi słowy, uwypuklenia wymaga fakt, iż wojsko wykorzystuje w przewarżającej ilości przypadków tę samą infrastrukturę, z której korzystają osoby cywilne. Z analogiczną problematyką można się spotkać również, gdy chodzi o tradycyjnie pojmowane teatry działań, to jednak w cyberprzestrzeni - z uwagi na jej zdecentralizowaną strukturę i sposób działania - nabiera ona fundamentalnego znaczenia²². Do komunikacji między sobą w sieci komputery wykorzystują - co do zasady - protokół TCP/IP. Dane (w tym te o wojskowym przeznaczeniu, np. zaszyfrowane poufne wiadomości przesyłane między centrami dowodzenia poszczególnych jednostek) są najpierw rozdzielane na wiele małych „pakietów”, a następnie wysyłane, przy czym każdy z nich może podróżować do odbiorcy różnymi kanałami infrastruktury sieciowej - tj. dane te mogą przechodzić przez serwery umieszczone w różnych państwach, przez odpowiednie satelity telekomunikacyjne, światłowody²³. Określenie *ex ante* drogi, jaką pokona konkretny pakiet danych w takiej sytuacji wydaje się być praktycznie niemożliwym. W większości przypadków wszystkie wymienione elementy infrastruktury sieciowej służą do użytku cywilnego, jednakże te same kanały wykorzystywane są często również do przesyłania danych o charakterze wojskowym. Tak ujęte współdzielenie infrastruktury sieciowej czyni ją celem prawnie dopuszczalnego ataku²⁴. Powszechnie aprobowanym w doktrynie poglądem jest bowiem przyjęcie, że dany obiekt nie może z perspektywy prawa być równocześnie obiektem cywilnym i wojskowym, zaś staje się on drugim z wymienionych nawet w przypadku, gdy jego militarne wykorzystanie w stosunku do użytku cywilnego jest marginalne. Tym samym obiekty o dwoistej naturze podlegają prawnej klasyfikacji jako obiekty wojskowe²⁵. Z podobnych powodów celem ataku może stać się również inny element cyfrowego świata - np. serwer komercyjnej firmy zawierający w przytłaczającej części dane osób prywatnych, jeśli choćby niewielka część przestrzeni dyskowej wykupiona została tamże na składowanie danych o znaczeniu wojskowym. Wskazane zagrożenie dla całej infrastruktury sieciowej danego kraju nie jest problemem czysto akademickim - Eric Talbot Jensen szacuje przykładowo, iż aż 98% komunikacji cyfrowej podmiotów stanowiących emanację rządu Stanów Zjednoczonych, włączając w to dane objęte stosownymi klauzulami tajności, przekazywane jest właśnie za pomocą cywilnej infrastruktury sieciowej²⁶. Z dużym prawdopodobieństwem można założyć, że sytuacja w tym zakresie przedstawia się analogicznie w innych krajach świata - w tym także w Polsce. Poczynione spostrzeżenia co do modelu komunikacji w sieci, tj. rozproszonego przesyłania pakietów danych różnymi kanałami na linii adresat-odbiorca i wynikająca z nich konieczność przyjęcia, iż przytłaczająca część infrastruktury sieciowej w wypadku konfliktu może stać się obiektem ataku, prowadzą do konieczności zwrócenia szczególnej uwagi na potencjalnie możliwy paraliż systemów teleinformatycznych danego państwa o niezwykle poważnych dla ludności cywilnej skutkach. Zważywszy bowiem

¹⁸ M. N. Schmitt, *Tallinn...*, s. 108.

¹⁹ R. Geiss, H. Lahmann, *Cyber...*, s. 384.

²⁰ C. Droege, *Get...*, s. 566.

²¹ J. Andress, S. Winterfeld, *Cyber Warfare: Techniques, Tactics and Tools for Security Practitioners*, Waltham 2014, s. 251.

²² R. Geiss, H. Lahmann, *Cyber...*, s. 383.

²³ R. Patterson, *Silencing the Call to Arms: A Shift Away From Cyber Attacks as Warfare*, „Loyola of Los Angeles Law Review” 2015, t. 48 nr 3, s. 979.

²⁴ R. Geiss, H. Lahmann, *Cyber...*, s. 385-386.

²⁵ M. N. Schmitt, *Tallinn...*, s. 113.

²⁶ E. T. Jensen, *Cyber Warfare and Precautions Against the Effects of Attacks*, „Texas Law Review” 2010, t. 88 nr 7, s. 1542.

na to jak wiele sfer życia we współczesnym świecie zostało nierozzerwalnie połączonych z siecią – począwszy od bankowości elektronicznej, poprzez coraz częstsze przechowywanie przez placówki medyczne danych pacjentów w tzw. „chmurze”, a skończywszy na wykorzystywaniu Internetu do celów komunikacyjnych, wskazane zagrożenie uznania całości lub chociażby znacznej części infrastruktury sieciowej za dopuszczalny cel ataku nie może nie budzić obaw. Kwestia ta uwiadamia sens powstania odrębnej, odpowiednio dostosowanej, szczególnej regulacji prawnej poświęconej wyłącznie zasadom prowadzenia wojny w cyberprzestrzeni. *De lege lata* wobec przedstawionej częściowej bezradności zasady rozróżniania, gdy chodzi o działania w cyberprzestrzeni w związku z obiektami o naturze *dual-use*, doktryna prawa humanitarnego słusznie wskazuje na drugą z fundamentalnych dla niego zasad – zasadę proporcjonalności, jako na główne źródło ochrony ludności i obiektów cywilnych na analizowanym polu²⁷.

Zasada proporcjonalności w swoich założeniach odnosi się bowiem do zapewnienia równowagi między dwoma różnymi interesami – interesem uwzględniającym potrzeby wojskowe, a interesem wynikającym wprost z zasady humanitaryzmu²⁸. Według powyższego, żadna ze stron konfliktu zbrojnego nie może wszczynać ataków, co do których nie ma pewności, że nie spowodują nadmiernych strat po stronie ludności cywilnej, i to zarówno w sferze niematerialnej, jak i materialnej. Podobnie jak przy zasadzie rozróżniania, jej redakcja dokonana w I PD budzi sporo niejasności – zwłaszcza, gdy chodzi o ustalenie znaczenia pojęcia proporcjonalności²⁹. Odrzucić jako niewłaściwe należy wszelkie próby poszukiwania z góry ustalonego, uniwersalnego współczynnika w tym zakresie³⁰. Opowiedzieć się trzeba za poglądem, iż ocenę zachowania zasady proporcjonalności należy każdorazowo dokonywać *in concreto*. Wszelkie oceny dokonywane *ex ante* w oderwaniu od specyfiki sytuacji, można uznać za co najwyżej narzędzie do wyeliminowania planów ataków *prima facie* rażąco niewspółmiernych, nigdy zaś jako element uzasadniania ataku z perspektywy *ex post*. Aktualność w przedmiotowej kwestii zachowuje orzeczenie Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii w sprawie *Galića*, który stwierdził, iż: „*Przy ustalaniu, czy atak był proporcjonalny konieczne jest zbadanie czy rozsądna i dobrze poinformowana osoba znajdująca się w sytuacji w jakiej znalazł się dowódca wydający rozkaz ataku i zdolna przy tym do uczynienia rozsądnego użytku z posiadanych informacji mogła była przewidzieć wystąpienie nadmiernych strat cywilnych związanych z badanym atakiem*”³¹. Tym samym Trybunał opowiedział się za koniecznością przeprowadzania swoistego testu modelowego dowódcy, gdy chodzi o ocenę zachowania proporcjonalności danego ataku. Powyższa zasada odgrywa szczególną rolę, gdy chodzi o ocenę skutków działań w środowisku cybernetycznym. Te są bowiem częstokroć – zważywszy na strukturę cyberprzestrzeni i licznych powiązań oraz zależności między systemami komputerowymi wchodzącymi w jej skład – niezwykle trudne do przewidzenia *ex ante*, zwłaszcza, gdy chodzi możliwe następstwa ataku na element infrastruktury sieciowej o wskazywanym powyżej charakterze *dual-use*. Obrazowym i wartym przytoczenia przykładem w tej kwestii posłużyli się eksperci opracowujący przywoływany już Podręcznik Talliński. Przytoczyli oni kasus hipotetycznego ataku cybernetycznego na system GPS (*Global Positioning System*), jako obiektu o dwoistej naturze, a tym samym dopuszczalnego celu wojskowego. Trafnie spostrzegli oni, iż poza bezspornym wykorzystywaniem go przez siły zbrojne dla swoich celów, odgrywa on także kluczową rolę w wielu dziedzinach życia cywilnego – przykładowo w lotnictwie komercyjnym. Atak taki mógłby – w zależności od swojego zasięgu – poprzez zakłócenie działania przedmiotowego systemu nie tylko uniemożliwić lub znacznie utrudnić np. dokonanie przemieszczenia oddziałów wojsk przeciwnika, ale także z dużym prawdopodobieństwem doprowadzić do bliżej nieokreślonej liczby katastrof lotniczych w krótkim okresie czasu, gdyż system ten wykorzystywany jest jako podstawa nawigacji w lotnictwie cywilnym³². W kontekście badanej zasady należy mieć także na uwadze omawiane powyżej poważne zagrożenia dla ludności cywilnej związane z atakiem na infrastrukturę sieciową jako taką. Pozbawienie jej sprawności działania (zwłaszcza – średnio i długoterminowe), w związku z coraz to większym przenoszeniem wielu sfer życia do sfery cyfrowej, miałoby niewątpliwie katastrofalne konsekwencje społeczno-gospodarcze. Tym samym w oparciu o zasadę proporcjonalności postulować należy szczególną ostrożność w procesie planowania prowadzącym do podjęcia decyzji o dokonaniu cyberataku. W razie zauważenia przekroczenia – ustalonej każdorazowo *in concreto* – dopuszczalnej proporcji spodziewanej korzyści wojskowej w stosunku do możliwych nadmiernych skutków ubocznych (a te mogą być zarówno bezpośrednie, jak i pośrednie) – atak taki, jako niezgodny z analizowaną zasadą, powinien zostać zaniechany³³.

²⁷ C. Droege, *Get...*, s. 566.

²⁸ M. Marcinko, P. Łubiński, *Wybrane zagadnienia z zakresu międzynarodowego prawa humanitarnego*, Szkoła Aspirantów Państwowej Straży Pożarnej, Kraków 2009, s. 35-36.

²⁹ Y. Dinstein, *The Principle of Distinction and Cyber War in International Armed Conflicts*, „Journal of Conflict & Security Law” 2012, t. 17 nr 2, s. 267-272.

³⁰ Wyrazistym przykładem takiej próby może być ustalenie przedmiotowego współczynnika przez izraelskich uczonych w liczbie 3.14, jako dopuszczalnego stosunku zabitych cywilów do wyeliminowanego terrorysty – zob. E. R. Koch, *Licencja na zabijanie*, Warszawa 2015, s. 290.

³¹ Wyrok Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii z dnia 5 grudnia 2003, sygnatura IT-98-29-T, pkt. 58.

³² M. N. Schmitt, *Tallinn...*, s. 133.

³³ C. Droege, *Get...*, s. 673.

Podsumowanie

Rzeczywistość cyfrowa odgrywa coraz to większe znaczenie dla funkcjonowania współczesnego świata. Jest ona tworem sztucznym, w całości stworzonym przez człowieka, a rządzące nią reguły częstokroć odbiegają od tych, do których ludzkość była od setek lat przyzwyczajona. Jak wskazano w treści niniejszego artykułu świat cyfrowy służyć może nie tylko do celów rozwoju ludzkości, lecz wykorzystywany bywa także jako kolejne, niezwykle specyficzne pole walki między poszczególnymi jej narodami³⁴. Powstałe w zupełnie innych realiach środków i metod prowadzenia działań zbrojnych podstawowe dokumenty prawa humanitarnego nie przystają w dużej mierze do realiów rządzących cyberprzestrzenią i coraz częściej wymagają pogłębionych analiz, aby móc je efektywnie stosować do tak zmienionej rzeczywistości – dotyczy się to niestety nie tylko analizowanej w niniejszym artykule zasady rozróżniania, ale także innych zasad leżących u podstaw MPH³⁵. Biorąc powyższe pod uwagę, wydaje się, że można wręcz uznać cyberprzestrzeń – obok asymetrycznych konfliktów zbrojnych i autonomicznych systemów bojowych – za najbardziej palący problem jaki stoi przed prawem humanitarnym w XXI wieku. Z zadowoleniem przyjąć należy fakt, że specyfika „piątego pola walki” została w porę dostrzeżona zarówno przez doktrynę, jak i licznych członków społeczności międzynarodowej. Żywym wyrazem powyższego było opracowanie w latach 2009-2012 przez grupę ekspertów związanych z *NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence* Podręcznika Tallińskiego w całości poświęcone istocie przedmiotowego zagadnienia. Warto podkreślić, iż w 2017 roku wydana została jego zaktualizowana wersja „2.0”³⁶ – co świadczy o tym, że projekt ten jest ciągle rozwijany. Opracowanie tallińskie słusznie uznaje się za kamień milowy w dziedzinie regulacji walki w cyberprzestrzeni³⁷. Jest ono, jednakże wyłącznie obszernym studium akademickim i nie ma mocy wiążącej, choć jego wkład w rozwój *ius in bello* w odniesieniu do cyberprzestrzeni – wydaje się być nie do przecenienia. Opowiedzieć należy się po stronie autorów stojących na stanowisku, że nie jest to rozwiązanie wystarczające i z uwagi na zbyt dużą swoistość cyberprzestrzeni najlepszym rozwiązaniem byłoby przyjęcie stosownej prawnie wiążącej konwencji jej poświęconej. Potrzebne jest bowiem precyzyjne narzędzie, które sprostą w całości specyfice cyberprzestrzeni – np. opisanego problemu związanego z dwoistą naturą wielu jej elementów – i zapewni w obliczu coraz to bardziej realnego zagrożenia cyberwojną odpowiednio klarowne oraz bezsporne zasady jej prowadzenia. Niestety, nic nie wskazuje, iż przyjęcie takiej konwencji nastąpi w najbliższym czasie.

CYBERSPACE AS THE FIFTH DOMAIN OF WARFARE. A FEW WORDS ABOUT SELECTED ISSUES IN APPLYING THE PRINCIPLE OF DISTINCTION DURING CYBER ACTIONS

International humanitarian law (IHL) presently faces a number of complicated challenges. The issue of application of IHL to cyberwarfare is one of them. Cyberspace has become an inseparable aspect of modern societies including field of military operations. The main aim of the paper is to evaluate if IHL can provide sufficient framework for the protection of civilians in the realm of cyberspace. The author shows the difficulties of applying basic norms of IHL to means and methods of cyberwarfare, focusing especially on the principle of distinction. The paper emphasises that in spite of the fact that the principle of distinction is a core of IHL, character of cyberspace oftentimes calls it into question. The salient point of the issue is that in the cyber realm military and civilian infrastructure are systemically interconnected and because of that infrastructure as a whole can be considered as a legitimate military target, which strongly impacts on the scope of the protection of civilians.

Keywords: international humanitarian law, modern warfare, cyberspace, cyberwarfare, principle of distinction.

³⁴ D. I. Voitaşec, *Means and methods of cyber warfare*, „Lex ET Scientia International Journal” 2015, t. 1 nr 22, s. 130.

³⁵ H. P. Faga, *The Implications of Transnational Cyber Threats in International Humanitarian Law: Analysing the Distinction Between Cybercrime, Cyber Attack, and Cyber Warfare in the 21st Century*, „Baltic Journal of Law & Politics” 2017, t. 10 nr 1, s. 25-26.

³⁶ Zob. M. N. Schmitt, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge 2017.

³⁷ D. Efrony, Y. Shany, *A Rule Book on the Shelf? Tallinn Manual 2.0 on Cyberoperations and Subsequent State Practice*, „American Journal of International Law”, 2018, t. 112 nr 4, s. 583.

Joanna Deputat

MACIERZYŃSTWO W ZAKŁADZIE KARNYM – ROZWAŻANIA TEORETYCZNO-PRAKTYCZNE

Wstęp

Mimo wciąż zmieniających się stereotypów dotyczących roli kobiety w społeczeństwie, niezmiennie wydaje się być przeświadczenie o tym, że jej główną, życiową rolą jest bycie matką. Rodząc dzieci, kobieta zapewnia stałość biologiczną społeczeństwa. To właśnie kobieta, w wielu przypadkach, zajmuje się dzieckiem w pierwszych latach jego życia, w związku z czym to ona w głównej mierze przyczynia się do procesu jego socjalizacji. Niepodważalnym wydaje się być fakt, że dzieciństwo i związane z nim wspomnienia wpływają na późniejsze postrzeganie świata przez dziecko. Z tą chwilą kobieta zaczyna kształtować drugiego człowieka, a każda jej decyzja i wybór mają na niego wpływ. Dlatego to kobieta – matka odgrywa kluczową rolę w pierwszych latach życia dziecka.

Jednak również narodziny dziecka są dla kobiety pewnego rodzaju przełomem w jej życiu, niejednokrotnie impulsem do zmiany. Macierzyństwo jest dla matki dopełnieniem kobiecości oraz tożsamości społecznej, a także w sposób naturalny wyznacza granicę w jej życiu – pomiędzy okresem beztróski a dorosłości¹. Kobieta czuje naturalną potrzebę opieki nad dzieckiem i zapewnieniem mu bezpieczeństwa. Niejednokrotnie macierzyństwo związane jest z szeregiem wyrzeczeń, zmartwień i stresu. Biorąc pod uwagę macierzyństwo więzienne należy przede wszystkim wskazać jego specyfikę. Bez wątpienia jest to macierzyństwo trudne, przeżywane i doświadczane w warunkach kontroli i nadzoru zewnętrznego. U matek- więźniarek dominuje uczucie strachu i niepokoju związanego z obawą o bezpieczeństwo swojego dziecka. Mimo tego, ważny jest fakt, że dziecko przebywa z matką, która każdego dnia nabywa i utrwała umiejętności realizowania obowiązków wynikających z roli macierzyńskiej².

Celem niniejszej pracy jest przybliżenie problemu macierzyństwa w zakładzie karnym, omówienie przesłanek, które muszą zostać spełnione, by kobieta mogła wychowywać dziecko w jednostce penitencjarnej, a także przedstawienie aspektu psychologicznego takiego rozwiązania.

Zagadnienia teoretyczne macierzyństwa w zakładzie karnym

Analizę prawnej sytuacji macierzyństwa w jednostce penitencjarnej niewątpliwie należy rozpocząć od Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku. Stanowi ona fundament dla dalszych rozważań nad prawnymi regulacjami tego aspektu. Artykuł 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej stanowi, że „(...) macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”³. Ustawodawca w przepisie tym szczególnie zaznaczył rolę matki, zwłaszcza w okresie ciąży i bezpośrednio po urodzeniu dziecka. Taki wniosek znajduje oparcie w językowej wykładni art. 18⁴. Z przepisu tego można wywnioskować także prawny obowiązek władz publicznych ochrony macierzyństwa i rodzicielstwa przed zagrożeniami czy zaburzeniami w prawidłowym funkcjonowaniu. W sytuacji, gdy matka odbywa karę pozbawienia wolności, spełnienie tego obowiązku przez władzę publiczną jest niewątpliwie utrudnione. Jednakże ustawodawca przewidział regulację w tej materii. Podstawowym przepisem regulującym kwestię tworzenia domów matki i dziecka przy zakładach karnych jest art. 87 § 4 kodeksu karnego wykonawczego, który wprost stanowi, że „w celu umożliwienia matce pozbawionej wolności sprawowania stałej i bezpośredniej opieki nad dzieckiem organizuje się przy wskazanych zakładach karnych domy dla matki i dziecka, w których dziecko może przebywać na życzenie matki do ukończenia trzeciego roku życia, chyba że względy wychowawcze lub zdrowotne, potwierdzone opinią lekarza albo psychologa, przemawiają za oddzieleniem dziecka od matki albo za przedłużeniem lub skróceniem tego okresu. Decyzje w tym zakresie wymagają zgody sądu opiekuńczego”⁵. Przepis ten stał się podstawą do utworzenia dwóch zakładów przeznaczonych dla skazanych matek i ich dzieci, a mianowicie: Zakładu Karnego nr 1 w Grudziądzu – istnieje tam jedyny w kraju oddział ginekologiczno-położniczy przeznaczony dla skazanych lub tymczasowo aresztowanych kobiet oraz Zakładu Karnego w Krzywińcu. U podstaw zorganizowania Domów Matki i Dziecka leżało założenie, że dla prawidłowego rozwoju dziecka konieczna jest w pierwszych latach jego życia opieka jednej i tej samej osoby – najlepiej matki. Po-

¹ R. Sadzuga, *Macierzyństwo czynnikiem wspomagającym resocjalizację kobiet w zakładach karnych*, [w:] *Współczesne wyzwania dla systemów penitencjarnych na świecie*, M.M. Szwejkowska, K.D. Ryś (red.), Olsztyn 2016, s. 206.

² N. Gniadek, *„Matka i dziecko w zakładzie karnym (doniesienia z badań)”*, *Studia Gdańskie* Tom XXVIII, dostęp na dzień 3.11.2018: <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-7e79586d-fa7b-4e42-a510-c00393df902e/c/143-149.pdf>

³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. 1997, nr 78, poz. 483).

⁴ L. Garlicki, M. Zubik, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Tom I, wyd. II, Wyd. Sejmowe 2016, dostęp: LEX

⁵ Kodeks karny wykonawczy Dz. U. 2018. 652 tj. z dnia 30.03.2018

wszechnie uważa się, że to właśnie kobieta powinna zająć się nowo narodzonym dzieckiem. Uzasadnia się to często predyspozycjami biologicznymi, wskazując, iż kobiety, podobnie jak samice innych ssaków, z uwagi na długo trwający okres biologicznego, psychologicznego oraz hormonalnego przygotowania w czasie ciąży, są najlepiej biologicznie wyposażone do spełniania potrzeb noworodków⁶. Tego rodzaju placówki stwarzają warunki, w których dzieci mają szansę uniknąć zaburzeń w rozwoju, powstających na skutek wczesnej izolacji od matki⁷. Są to specyficzne placówki opiekuńczo-wychowawcze. W Domu dla Matki i Dziecka przebywają matki-więźniarki z dziećmi do ukończenia 3 roku życia, a w szczególnych wypadkach do lat 4. Ważne jest, że mogą w nim przebywać dzieci więźniarek odbywających już karę, które pozostawały do tej pory „na wolności”, o ile mieszczą się w wyżej podanych granicach wiekowych, i o ile wyrażą na to zgodę ich ojcowie, posiadający władzę rodzicielską⁸. Zgodnie z rozporządzeniem ministra sprawiedliwości z dnia 17 września 2003 r. w sprawie trybu przyjmowania dzieci matek pozbawionych wolności do domów dla matki i dziecka przy wskazanych zakładach karnych oraz szczegółowych zasad organizowania i działania tych placówek, a konkretniej §3 przyjęcie wraz z matką dziecka do domu jest uzależnione od pisemnego wniosku złożonego przez matkę do dyrektora zakładu karnego, przy którym Dom dla Matki i Dziecka został zorganizowany. Do takiego wniosku matka zobligowana jest do dołączenia odpisu skróconego aktu urodzenia dziecka. W przypadku kobiet, które sprawują opiekę nad dzieckiem, nie ma znaczenia rodzaj zakładu karnego, do którego skazana została zakwalifikowana, gdyż będzie umieszczona w tej jednostce, przy której zorganizowano dom dla matki i dziecka⁹. Tak jak zostało już to wyżej wspomniane, umieszczenie dziecka w takim ośrodku wymaga zgody ojca. W sytuacji, w której władza rodzicielska ojcu nie przysługuje bądź w sytuacji braku takiej zgody, decyzyj w tym zakresie wydaje sąd opiekuńczy. Matka wraz z dzieckiem zostają przyjęci do domu z chwilą uzyskania zgody sądu opiekuńczego. W szczególnie uzasadnionych przypadkach, matka wraz z dzieckiem mogą zostać przyjęci do Domu dla Matki i Dziecka już z chwilą złożenia pisemnego wniosku i pozostać w nim do czasu uzyskania zgody sądu opiekuńczego, pod warunkiem, że zgodę wyrazi organ, do którego dyspozycji pozostaje matka¹⁰. Powyższa regulacja odnosi się również do sytuacji, w której matka pozbawiona wolności urodzi dziecko. Po narodzinach dziecka, wniosek matki wskazujący na formę opieki, na jaką się zdecydowała kierowany jest do właściwego Sądu Rejonowego Wydziału Rodzinnego i Nieletnich celem zaakceptowania go. Matka może wnioskować o umieszczenie dziecka w poza-więziennym domu dziecka, o oddanie dziecka rodzinie – jako rodzinie zastępczej, o oddanie pod opiekę męża lub partnera życiowego albo do adopcji¹¹. Nadrzędnym celem realizowanym przez tego typu zakłady jest zapewnienie dzieciom prawidłowych warunków rozwoju psychofizycznego, które mają być realizowane poprzez stały i bliski kontakt z matką. Warto podkreślić, że przebywanie dziecka wraz z matką w zakładzie karnym jest zgodne z Deklaracją Praw Dziecka – zgodnie z nią dziecko ma prawo do opieki macierzyńskiej i życia rodzinnego¹². Sąd Rejonowy, do którego jest kierowany wniosek o umieszczenie dziecka wraz z matką w Domu dla Matki i Dziecka, przy wydawaniu decyzji w tym zakresie kieruje się wyłącznie dobrem małoletniego dziecka.

Przyjmuje się, że dziecko, które ukończyło 3 rok życia, opuszcza zakład karny. Istnieje przeświadczenie, że do tego wieku jest w stanie zapomnieć, że w takim miejscu przebywało, a także nie będzie posiadało żadnych wspomnień z tego okresu. Dodać należy, że fakt urodzenia się dzieci w warunkach więziennych nie jest odnotowywany w dokumentach ich dotyczących. Nie ma o tym wzmianki ani w akcie urodzenia, w zaświadczeniu o udzieleniu Sakramentu Chrztu Świętego, ani w dokumentacji osobowej i medycznej o pobycie dziecka w jednostce penitencjarnej¹³.

Jak wynika z uzasadnienia do kodeksu karnego wykonawczego, pomimo licznych uwag krytycznych kierowanych pod adresem tej instytucji, zdecydowano się ją utrzymać „kierując się przede wszystkim dobrem dziecka, ponieważ w niektórych sytuacjach alternatywą dla dzieci kobiet skazanych, wobec których nie można zastosować odroczenia lub przerwy w wykonywaniu kary, byłoby z reguły przebywanie w domach dziecka (bez matki) lub w środowiskach marginesu społecznego”¹⁴.

⁶ B Budrowska, *Macierzyństwo jako punkt zwrotny w życiu kobiety*, Funna, Wrocław 2000, s.30

⁷ E. Adamska, M. Wawrzyk, D. Owsianka, *„Skazana matka w izolacji więziennej”* [w:] *Kobieta w więzieniu – polski system penitencjarny wobec kobiet w latach 1998-2008*, red. I. Dybalska, Instytut Rozwoju Służb Społecznych, Warszawa 2009, s. 245

⁸ H. Machel, *„Przestępczość kobiet i wobec kobiet – spojrzenie kryminologiczno-penitencjarne”*, w: *Resocjalizacja Polska (Polish Journal of Social Rehabilitation)* 8, 2014, str. 23

⁹ Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy, Komentarz*, Arche, Gdańsk 2006, s.361

¹⁰ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 września 2003 r. w sprawie trybu przyjmowania dzieci matek pozbawionych wolności do domów dla matki i dziecka przy wskazanych zakładach karnych oraz szczegółowych zasad organizowania i działania tych placówek, Dz. U. 2003.175.1709 z dnia 2003.10.08

¹¹ H. Reczek, *Oddziaływanie wychowawcze w Domu dla Matki i Dziecka przy Zakładzie Karnym nr 1 w Grudziądzu*, [w:] *Kobieta w więzieniu – polski system penitencjarny wobec kobiet w latach 1998-2008*, red. I. Dybalska, Instytut Rozwoju Służb Społecznych, Warszawa 2009, s. 228

¹² A. Matysiak – Błaszczuk, E. Włodarczyk, *„Macierzyństwo za kratami”* [w:] *Pedagogika Społeczna*, 2004, nr2-4, s. 55

¹³ H. Reczek, *Oddziaływanie wychowawcze w Domu dla Matki i Dziecka przy Zakładzie Karnym nr 1 w Grudziądzu*, *Kobieta w więzieniu – polski system penitencjarny wobec kobiet w latach 1998-2008* red. I. Dybalska, str.231

¹⁴ Uzasadnienie rządowego projektu K.KW. z 1997, s. 551, [w:] B. Stańdo-Kawecka, *Prawne podstawy resocjalizacji*, Zakamycze 2000, s.120

Domy dla Matki i Dziecka – charakterystyka, wpływ na matkę-więźniarkę i dziecko

W polskim systemie penitencyjnym funkcjonuje 85 zakładów karnych różnego typu: dla młodocianych, dla odbywających karę pozbawienia wolności po raz pierwszy, dla recydywistów penitencyjnych oraz dla odbywających karę aresztu wojskowego. Jednak tylko w 6 placówkach mogą przebywać kobiety. Są to:

- Zakład Karny w Czesku Oddział Zewnętrzny w Chojnicach
- Zakład Karny nr 1 w Grudziądzu
- Zakład Karny Kraków-Nowa Huta
- Zakład Karny w Krzywańcu
- Zakład Karny w Lublińcu
- Zakład Karny nr 1 we Wrocławiu

Ponadto na 70 aresztów śledczych w Polsce, w 13 z nich mogą przebywać kobiety¹⁵. Obecnie działają dwa Domy dla Matki i Dziecka – przy Zakładzie Karnym nr 1 w Grudziądzu (od 1949 r.) oraz Zakładzie Karnym w Krzywańcu (od 1978 r.), które dysponują łącznie 61 miejscami. Tak jak zostało to już wyżej wspomniane, osadzone kobiety posiadające dzieci w wieku do lat 3, bądź będące w ciąży, które chcą sprawować bezpośrednią opiekę nad dzieckiem do lat 3, mają taką możliwość dzięki domom dla matki i dziecka.

Odbywanie kary pozbawienia wolności przez kobiety w ciąży oraz matki opiekujące się swoimi dziećmi jest problemem bardzo złożonym i budzącym wiele kontrowersji. Zakłady karne dla kobiet oprócz tradycyjnych funkcji, które są określone wprost zasadami i przepisami prawa karnego wykonawczego, pełnią też w sensie faktycznym funkcję ochronną i opiekuńczą¹⁶. Opiekujące się małymi dziećmi kobiety, matki karmiące i ciężarne wymagają specjalnego podejścia pracowników jednostek penitencyjnych. Kadra więzienna powinna koncentrować się między innymi na zaspokajaniu wzmożonych tym okresie potrzeb fizjologicznych matek oraz w miarę możliwości łagodzić dolegliwości związane z izolacją¹⁷. Administracja więzienna służy pomocą osadzonym matkom w rozwiązywaniu ich problemów, a w szczególności w kształtowaniu prawidłowego rozwoju dziecka. Prowadzone są również zajęcia edukacyjne, dydaktyczne, wychowawcze, organizowane są różnego rodzaju kursy (opiekunek, pierwszej pomocy przedmedycznej, florystyczne itp.), działa punkt biblioteczny z literaturą dotyczącą rozwoju dziecka. Przynosi to niewątpliwie korzyści poznawcze matce, pozwalające jej na samodzielne wdrażanie w praktyce nabytych umiejętności. Przez sytuację, w jakiej znajdowały się matki-więźniarki, niejednokrotnie zaniedbywały one prawne aspekty spraw swoich i dzieci. Mowa tu o takich kwestiach jak te związane z ustaleniem ojcostwa, alimentami, czy nadaniem nazwiska¹⁸. W takich sprawach personel nakłania do ich unormowania oraz służy pomocą w ich uregulowaniu.

Kobieta ciężarna i matka w zakładzie karnym postrzegana jest w sposób szczególny. Wpływa na to jej odrębność psychofizyczna i fizjologiczna w tym okresie, a także specyfika spełnianej przez nią roli. Według regulaminu wykonywania kary pozbawienia wolności kobiety ciężarne i karmiące, a także matki przebywające w zakładzie karnym ze swoimi dziećmi, mają zapewnioną specjalistyczną opiekę, prawo do korzystania z dłuższego spaceru, korzystania z własnej odzieży i obuwia, otrzymywania paczki żywnościowej raz w miesiącu, częstszego dokonywania zakupów¹⁹. Domy dla Matki i Dziecka znajdują się na terenie zakładów karnych, więc w sąsiedztwie widoczne są okratowane okna i drzwi. Wystrój wnętrza w niczym nie przypomina więziennej celi – wyposażenie i urządzenie całej placówki jest bardzo zbliżone do warunków domowych. Obowiązek takiej organizacji placówki wynika bezpośrednio z rozporządzenia ministra sprawiedliwości z dnia 17 września 2003 r. w sprawie trybu przyjmowania dzieci matek pozbawionych wolności do domów dla matki i dziecka przy wskazanych zakładach karnych oraz szczegółowych zasad organizowania i działania tych placówek (Dz. U. 200.175.1709). W domu dla Matki i Dziecka powinny się znajdować co najmniej takie pomieszczenia jak: pokoje sypialne dla matek i dzieci, sale do zajęć pielęgnacyjnych i wychowawczych, pomieszczenia do udzielania świadczeń zdrowotnych, pomieszczenia do przygotowywania posiłków, pomieszczenia sanitarne i gospodarcze, pokoje dla personelu, a także pomieszczenie izby chorych. W celu stworzenia warunków jak najbardziej zbliżonych do domowych, funkcjonariusze Służby Więziennej, mający bezpośredni kontakt z dziećmi w czasie pełnienia służby więziennej, nie używają umundurowania służbowego. Wyposażenie osobiste dzieci oraz wyżywienie są bardzo dobre. Matki często nie mogłyby tego zapewnić swoim dzieciom w warunkach wolnościowych. Zarówno dzieci, jak i ich matki mają zapewnione

¹⁵ A. Nadzieja-Maziarz, „Kobieta odbywająca karę w warunkach izolacji penitencyjnej – problem marginalny?, *Resocjalizacja Polska* (Polish Journal of Social Rehabilitation) 5, 2013, s. 72

¹⁶ J. Niedworok, „Matki więźniarki i ich dzieci w zakładach penitencyjnych. Zagadnienia podstawowe.” Wrocław 1998, s.11

¹⁷ E. Piotrów, *Wykonywanie kary pozbawienia wolności względem kobiet* [w:] Kryminologia i kara kryminalna. Wybrane zagadnienia, red. A. Jaworska, Kraków 2008, s.181

¹⁸ E. Adamska, M. Wawrzyk, D. Owsianka, op. cit., s. 248

odpowiednie warunki, które są przyjazne dla wytworzenia dobrej atmosfery wychowawczej. Ważne jest umożliwienie dziecku nawiązaniu więzi z osobami znaczącymi dla jego rozwoju w środowisku zewnętrznym, szczególnie w wypadkach, kiedy kobieta odbywa karę długoterminową, a dziecko, gdy skończy trzeci lub czwarty rok życia zostanie oddzielone od matki²⁰. Domy dla Matki i Dziecka stwarzają odpowiednie warunki do odwiedzin przez drugiego rodzica, innych członków rodziny lub kandydatów na rodziny zastępcze²¹.

Konsekwencje dzieciństwa pozbawionego opieki macierzyńskiej pod względem socjalizacji ukazywane są w wielu badaniach na grupie dzieci przebywających w domach dziecka. Jedne z nich przeprowadził R. Spitz²². Pozwoliły mu one na wyodrębnienie zespołów zaburzeń emocjonalnych, które nazwał chorobą sierocą. Dzieci, które urodziły się w czasie pobytu matek w więzieniu po pierwszych

sześciu miesiącach były przenoszone do sierocińca. Pierwszy miesiąc ich rozłąki z matką mijał w smutku i płaczliwości. Po dwóch miesiącach pobytu w sierocińcu dzieci płakały niemal bez przerwy, traciły na wadze, a ich rozwój intelektualny ulegał zahamowaniu. W dziewiątym miesiącu nie nawiązywały z nikim kontaktu, cierpiały na bezsenność, a ich twarze nie wyrażały żadnych emocji. W drugim roku życia nie potrafiły siedzieć, stać ani mówić, a poziom ich inteligencji wynosił 45% poziomu właściwego dla dzieci w ich wieku. Obserwacje te wskazują więc na to, że brak obiektu przywiązania we wczesnym okresie życia wpływa na rozwój psychiczny i fizyczny, wywołując poważne, daleko idące i trudne do zniwelowania konsekwencje²³. Przeprowadzane kolejne badania potwierdzały tezę, że ograniczenie kontaktu społecznego u małych dzieci prowadzi w konsekwencji do występowania zaburzeń emocjonalnych i pewnych trudności w późniejszym współżyciu społecznym. Mimo, że dzieci dotknięte wyżej opisaną przypadłością, wydają się zachowywać spokojniej, zwykle wyraźnie spada ich zainteresowanie otaczającym światem, nie okazują radości i skłonności do zabawy, łatwo je wystraszyć, bez żadnego powodu występują u nich napady silnej złości, destrukcji zabawek, śpią niespokojnie, tracą apetyt²⁴.

Mimo, że utrzymanie więzi rodzinnych jest istotnym sposobem na zapobieganie recydywie i skutecznie wpływa na reintegrację społeczną kobiety, to nadrzędne dobro dziecka powinno być zawsze brane pod uwagę przy podejmowaniu decyzji o odseparowaniu lub pozostawieniu go przy osadzonej w więzieniu matce²⁵.

Wnioski końcowe

W piśmiennictwie kryminologicznym od dawna zwraca się uwagę, że wynikająca z wykonywania kary pozbawienia wolności izolacja oddziałuje traumatyzująco. Badania lekarskie i psychologiczne wskazują, że stresy przeżywane przez kobiety ciężarne i karmiące odbijają się niekorzystnie zarówno na funkcjonowaniu tych kobiet, jak i ich dzieci. Stres może być przyczyną zmniejszenia odporności kobiety, powikłań w przebiegu ciąży, zaburzeń rozwoju płodu czy przedwczesnego porodu²⁶. Jednakże w literaturze wskazuje się również, że przecież wiele spośród tych kobiet „na wolności” także podlegałoby niekorzystnym oddziaływaniom środowiska, w którym przebywały. Niektórzy nawet uważają, że kobiety rodzące w zakładzie karnym są lepiej traktowane, mają zapewnioną opiekę specjalistyczną oraz lepsze warunki wychowawcze dla dzieci niż te pozostające na wolności, nierzadko w warunkach patologii społecznych²⁷. Dziecko, które przebywa w więzieniu, jest źródłem wielu trudności pod względem organizacyjnym, prawnym, wychowawczym, moralnym. Dzięki istnieniu domów dla matki i dziecka skazana matka-więźniarka może mieć bezpośredni kontakt z dzieckiem, zapewniając mu opiekę i bezpieczeństwo. Niewątpliwie, więzienne macierzyństwo przynosi również korzyści w zakresie realizacji funkcji resocjalizacyjnej i readaptacji społecznej, którym osadzona poddawana jest w okresie ciąży i po urodzenia dziecka. Trudno nie zgodzić się ze stanowiskiem reprezentowanym w literaturze, zgodnie z którym wcześniejszy sposób życia dla matek – więźniarek staje się znacznie mniej atrakcyjny, a zainteresowanie znanym środowiskiem spada²⁸. Niewątpliwie więź łącząca matkę z dzieckiem jest naturalnym, rzeczywistym i przede wszystkim efektywnym czynnikiem wspierającym proces resocjalizacji skazanej.

Zgodnie z ekspertyzą przygotowaną przez Instytut Matki i Dziecka w Warszawie, możliwość stałego kontaktu dzieci z matkami podczas przebywania w Domu Matki i Dziecka jest rozwiązaniem odpowiednim w ramach opieki nad

²⁰ K. Sitnik, *Sytuacja prawa skazanych ciężarnych oraz matek odbywających karę pozbawienia wolności z dziećmi* [w:] *Postępowanie z wybranymi grupami skazanych w polskim systemie penitencjarnym. Aspekty prawne*, A. Kwieciński (red.), Warszawa 2013 s. 243

²¹ I. Dybalska, „*Wybrane problemy wykonywania kary pozbawienia wolności wobec kobiet w obowiązującym systemie penitencjarnym*” [w:] *Kobieta w więzieniu – polski system penitencjarny wobec kobiet w latach 1998-2008*, red. I. Dybalska, Instytut Rozwoju Służb Społecznych, Warszawa 2009, s. 42

²² O badaniach tych wspomina również K. Jankowski, *Nie tylko dla rodziców*, Warszawa 1983, s.21-22

²³ A. Matysiak- Błaszczyk, E. Włodarczyk, *Pedagogika społeczna*, 2004, nr 2-4, s.53

²⁴ K Jankowski, op. cit., s. 23

²⁵ K. Sitnik, op. cit., s.319

²⁶ Ibidem, s. 232

²⁷ T. Kolarczyk, [w:] T. Kolarczyk, J.R. Kubiak, P. Wierzbicki, „*Przestępczość kobiet. Aspekty kryminologiczne i penitencjarne*”, Warszawa 1984, s.213

²⁸ A. Wojtczak, K. Zmudzińska, „*Moja mama jest w więzieniu – prawne i psychologiczne aspekty odbywania kary pozbawienia wolności przez matkę – więźniarkę w polskim systemie więziennictwa*” [w:] *Współczesne wyzwania dla systemów penitencjarnych na świecie*, red. M.M. Szwedkowska, K.D. Ryś, Olsztyn 2016, s. 220

wspomnianymi dziećmi. Wyniki badań naukowych przytoczone w ekspertyzie dowodziły, że rozwój dzieci przebywających w wymienionej placówce następował prawidłowo, bez pojawienia się objawów choroby sieroczej. Ponadto u połowy matek, które opuściły izolację penitencjarną, nie odnotowano zastrzeżeń w zakresie kontynuowania opieki nad dziećmi w ich domach rodzinnych²⁹.

Fakt odbywania kary pozbawienia wolności przez kobiety wraz ze swoimi dziećmi jest tematem budzącym wiele kontrowersji. Rozwiązanie takie znajdzie zarówno wielu zwolenników, jak i przeciwników. Jednakże przy jego ocenie należy brać pod uwagę przede wszystkim dobro dziecka. Nawiązanie prawidłowej więzi uczuciowej pomiędzy matką a dzieckiem w pierwszych latach jego życia stanowi fundament dla jego prawidłowej socjalizacji społecznej. Zauważyć należy także pozytywne skutki takiego rozwiązania w zakresie resocjalizacji osadzonych kobiet.

MOTHERHOOD IN PRISON – THEORETICAL AND PRACTICAL CONSIDERATIONS

The article presents the problem of imprisonment of women-mothers. The article describes the reasons for such a solution, its impact on serving a sentence of imprisonment, on the child's development. The article uses research conducted by representatives of science, statistics, regulations of penitentiary units, as well as the legal acts themselves.

Keywords: Motherhood, prison, imprisonment, resocialization

²⁹ M. Marczak, K. Mirosław-Nawrocka, *Zakłady penitencjarne dla kobiet*. [w:] Psychologia penitencjarna. M. Ciosek, B. Pastwa-Wojciechowska, PWN, Warszawa 2016, s. 196

Anna Cekała

ZADOŚĆCZYNIENIE W REŻIMIE KONTRAKTOWYM, NA PRZYKŁADZIE SZKODY MEDYCZNEJ ORAZ SZKODY ZA ZMARNOWANY URLOP.

Wstęp

Na gruncie prawa cywilnego wyróżnić można szkodę majątkową oraz szkodę niemajątkową - krzywdę. Podziału tego dokonujemy w oparciu o kryterium sfer, w obrębie, których występują skutki zdarzenia, tj. szkoda majątkowa polega na powstaniu uszczerbku w sferze majątkowej osoby poszkodowanej, zaś szkoda o charakterze niemajątkowym w sferze osobowości. Do naprawienia pierwszej z nich stosujemy odszkodowanie zaś drugiej - zadośćuczynienie. Genezy zadośćuczynienia pieniężnego należy upatrywać w karze cywilnej, która miała na celu zaspokoić uczucie zemsty oraz stanowić środek represji wobec sprawcy, z czasem świadczenie to nabrało charakteru kompensacyjnego¹.

Zarówno w doktrynie jak też w orzecznictwie przyjmuje się, że co do zasady odpowiedzialność kontraktowa obejmuje jedynie szkody majątkowe, a co za tym idzie nie obejmuje zadośćuczynienia za doznaną krzywdę². Jednakże od powyższej zasady przewidziane są wyjątki między innymi tzw. szkoda za zmarnowany urlop oraz szkoda wynikająca z umów o świadczenie usług medycznych. Coraz częściej w piśmiennictwie zauważa się potrzebę umożliwienia rekompensowania doznanej krzywdy w reżimie odpowiedzialności kontraktowej. Jednak należy pamiętać, że uprzednio stanowisko w niniejszej sprawie nie było tak liberalne. W orzeczeniu z roku 1966 Sąd Najwyższy wskazał, że zarówno na gruncie kodeksu zobowiązań jak też kodeksu cywilnego niemożliwym jest przyznanie zadośćuczynienia z tytułu niewykonania obowiązków wynikających ze stosunków umownych³. Niniejszy artykuł prezentuje zmiany w zakresie powyższych poglądów.

Odpowiedzialność kontraktowa

W polskim systemie prawnym rozróżniamy odpowiedzialność kontraktową oraz odpowiedzialność deliktową. W przeciwieństwie do odpowiedzialności deliktowej, odpowiedzialność kontraktowa uzależniona jest od istnienia pomiędzy stronami stosunku prawnego, gdyż jest ona następstwem niewykonania albo nienależytego wykonania zobowiązania (wynikającego z każdego źródła, np. jednostronnej czynności prawnej, czynności faktycznej takiej jak prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia, ustawy, z czynu niedozwolonego, bezpodstawnego wzbogacenia)⁴.

Dłużnik zobowiązany jest do spełnienia świadczenia – pacta sunt servanda (patrz art. 353 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U.2018.1025, dalej jako k.c.)). Niejednokrotnie dłużnik uchyla się od spełnienia świadczenia albo co prawda świadczy, lecz niezgodnie z treścią zobowiązania⁵. Dłużnicy bardzo często nie spełniają oczekiwań swojego kontrahenta. Wzorowym zachowaniem dłużnika jest wykonanie zobowiązania w ten sposób, że wypełni ono oczekiwania wierzyciela, które znajdują swoje umotywowanie w wiążącym strony zobowiązaniu. W przypadku gdy dłużnik unika wykonania zobowiązania wierzycielowi przysługuje prawo do żądania przymusowego wykonania tego zobowiązania. W niektórych przypadkach niemożliwym jest wykonanie zobowiązania w drodze przymusowej egzekucji wtedy to wierzycielowi przysługuje roszczenie o naprawienie szkody, która wynika z niewykonania zobowiązania. Tożsame roszczenie przysługuje wierzycielowi, gdy stracił interes w wykonaniu pierwotnego świadczenia⁶. Roszczenie to ujęte zostało w art. 471 k.c. „Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.” Omawiana odpowiedzialność została ukształtowana na zasadzie winy. Aby zaistniała odpowiedzialność kontraktowa musi dojść do zaistnienia kumulatywnego trzech przesłanek. Po pierwsze musi dojść do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, następnie musi powstać szkoda, po trzecie szkoda ta musi być w związku z naruszeniem zobowiązania⁷.

¹ Z. Radwański, Zadośćuczynienie pieniężne za szkodę niemajątkową. Rozwój i Funkcja społeczna, Poznań 1956, s. 183.

² Z. Radwański, A. Olejniczak, Zobowiązania – część ogólna, Warszawa 2012, s. 318; M. Kaliński, Szkoda na mieniu i jej naprawienie, Warszawa 2014, s. 32.

³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 1966 r. II PR 102/66, LEX nr 13901.

⁴ G. Karaszewski, [w:] Kodeks cywilny komentarz, red. J. Ciszewski, Warszawa 2014, s. 694; Z. Radwański, A. Olejniczak, Zobowiązania – część ogólna, Warszawa 2012, s. 189; H. Witczak, A. Kawałko, Zobowiązania, Warszawa 2015, s. 104, M. Kaliński, [w:] Zobowiązania część ogólna, t.6 red. A. Olejniczak, Warszawa 2014 s.28.

⁵ K. Zagrobelny, Kodeks cywilny: komentarz, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2014, s. 943, H. Witczak, A. Kawałko, Zobowiązania, Warszawa 2015 s. 186.

⁶ Z. Gawlik, Art. 471. [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna, red. A. Kidyba, wyd. II, LEX, 2014, [online], dostęp: 20.12.2018 <https://sip-1lex-1pl-10000f4wqd099.han.uwm.edu.pl/#/commentary/587263871/167964/kidyba-andrzej-red-kodeks-cywilny-komentarz-tom-iii-zobowiazania-czesc-ogolna-wyd-ii?pit=2018-12-20&cm=URELATIONS>

⁷ H. Witczak, A. Kawałko, Zobowiązania, Warszawa 2015 s. 186.

Odszkodowanie ma za zadanie wyrównanie uszczerbku spowodowanego nieprawidłowym zachowaniem kontrahenta, nie jest to zaś środek do wymuszania wykonania zobowiązania. Przy tym nie może ulegać wątpliwości, że niewykonania zobowiązania lub jego nienależyte wykonanie może stanowić czyn niedozwolony, w znaczeniu art. 415 k.c., z sytuacją taką mamy do czynienia gdy sprawca narusza obowiązek ciążyący na każdym, tak zwany obowiązek powszechny⁸.

Według tradycyjnego poglądu wskazuje się, że odpowiedzialność kontraktową odróżnia od odpowiedzialności deliktowej fakt, że obejmuje ona jedynie szkody majątkowe⁹. Wynika to z tego, że w prawie polskim naprawienie szkody niemajątkowej możliwe jest wyłącznie w sytuacji, gdy przewiduje to przepis ustawy, a co za tym idzie nie obejmuje go zasada pełnego naprawienia szkody z art. 361 § 1 k.c. Ponadto świadczy o tym umiejscowienie przepisu dotyczącego naprawienia szkody niemajątkowej tj. w przepisach o odpowiedzialności deliktowej (patrz art. 445 k.c. oraz art. 448 k.c.)¹⁰.

Pomimo powyższej argumentacji coraz częściej w orzecznictwie i doktrynie pojawiają się poglądy o potrzebie rozważenia umożliwienia w ramach reżimu odpowiedzialności kontraktowej rekompensaty za doznaną krzywdę, w przypadku, gdy nienależyte wykonanie zobowiązania może narażać wierzyciela na cierpienie czy też niedogodność¹¹. W szczególności dopuszcza się taką możliwość, gdy niewykonanie zobowiązania albo jego nienależyte wykonanie wiąże się z poczuciem krzywdy oraz cierpieniem wierzyciela. Ogromne przy tym znaczenie ma charakter samego zobowiązania.

Sądy często dążą do uznania, że działanie dłużnika, które doprowadziło do powstania szkody niemajątkowej spełniało także przesłanki odpowiedzialności deliktowej. Przykładowo Sąd Najwyższy orzekł, że dłużnik zobowiązany jest do naprawienia szkody niemajątkowej, będącej skutkiem nienależytego wykonania zobowiązania, polegającego na dostarczeniu aparatu ortopedycznego – protezy nogi. Sąd podnosił, że zakup wadliwej protezy naraził wierzyciela na znaczny dyskomfort. Wierzyciel oczekiwał na wskazaną protezę, gdyż miała ona znacząco poprawić jego możliwość funkcjonowania. Sposób wykonania zobowiązania przez dłużnika doprowadził do cierpienia wierzyciela zarówno fizycznego, jak też psychicznego. Z uwagi na to, że sprzedawca nie usunął niezwłocznie wadliwego urządzenia lub nie usunął wad dostarczonego urządzenia, to naraził człowieka dotkniętego kalectwem na dodatkowe cierpienie. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu takie zachowanie dłużnika wypełnia znamiona czynu niedozwolonego. Wobec zbiegu roszczeń z reżimu deliktowego oraz kontraktowego Sąd uznał, że wierzycielowi należy się zadośćuczynienie opierające się na art. 445 k.c. W powyższym orzeczeniu sąd dążył do wykazania, że zachowanie dłużnika wypełniło znamiona czynu niedozwolonego, a co za tym idzie zasądził zadośćuczynienie na podstawie odpowiedzialności deliktowej. Jednocześnie w orzeczeniu sąd odnosił się do zadośćuczynienia, które przysługuje, na mocy szczególnych przepisów, pacjentowi¹².

Zadośćuczynienie za szkodę medyczną

Dosyć szczególnym kontraktem jest umowa o świadczenie usług medycznych. Pacjenta z podmiotem świadczącym usługi medyczne (np. szpitalem) łączy umowa. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o świadczenie usług medycznych może doprowadzić do zakażenia, rozstroju zdrowia lub śmierci pacjenta. Sąd Najwyższy prawidłowo zauważył, że w przypadku tej szczególnej umowy można rozważać kontraktową odpowiedzialność za doznaną szkodę niemajątkową¹³. Wskazać należy, że pomimo wcześniej panujących poglądów, aktualnie zaczynają pojawiać się twierdzenia, że reżim odpowiedzialności kontraktowej obejmuje także świadczenia medyczne finansowane ze środków publicznych, gdyż jak wyjaśniono powyżej, odpowiedzialność kontraktowa nie zamyka się jedynie na odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, którego źródłem jest umowa, ale dotyczy wszystkich zobowiązań¹⁴.

⁸ Z. Gawlik, Art. 471. [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna, red. A. Kidyba, wyd. II. LEX, 2014, [online], dostęp: 20.12.2018, <https://sip-1lex-1pl-10000f4wqd099.han.uwm.edu.pl/#/commentary/587263871/167964/kidyba-andrzej-red-kodeks-cywilny-komentarz-tom-iii-zobowiazania-czesc-ogolna-wyd-ii?pit=2018-12-20&cm=URELATIONS>

⁹ K. Pietrzykowski art. 471 KC, [w:] Kodeks cywilny. T II. Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające, red. K. Pietrzykowski, Wyd. 9, Warszawa 2018, [online] dostęp: 20.12.2018,

<https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrqqg2dgnroobqxlrugmydqobtg4q#tabs-metrical-info>

¹⁰ W. Borysiak, Art. 471 KC, [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, red. K. Osajda, 2018, [online] dostęp:

<https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrqqg4tenroobqxlrugmydqobtg4q#tabs-metrical-info>

¹¹ Z. Radwański, A. Olejniczak, Zobowiązania – część ogólna, Warszawa 2012 s. 318; M. Kaliński., Szkoła na mieniu i jej naprawienie, Warszawa 2014; B. Ruskiewicz, [w:] Kodeks cywilny komentarz, red. J. Ciszewski, Warszawa 2014, s. 826; Z. Gawlik, Art. 471. [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna, red. A. Kidyba, wyd. II. LEX, 2014, [online], dostęp: 20.12.2018,

<https://sip-1lex-1pl-10000f4wqd099.han.uwm.edu.pl/#/commentary/587263871/167964/kidyba-andrzej-red-kodeks-cywilny-komentarz-tom-iii-zobowiazania-czesc-ogolna-wyd-ii?pit=2018-12-20&cm=URELATIONS>

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2004 r. II CK 300/04, LEX nr 146416.

¹³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2005 r. IV CK 69/05, LEX nr 371781.

¹⁴ M. Sajfan, odpowiedzialność odszkodowawcza za nienależytą jakość świadczeń medycznych, PiM 2001, nr 3, s. 11; M. Ciemiński, Odszkodowanie za szkodę niemajątkową w ramach odpowiedzialności ex contractu, Lex 2015, [online] dostęp 21.12.2018.

<https://sip-1lex-1pl-10000f4wqd099.han.uwm.edu.pl/#/monograph/369364559/7/ciemiński-marcin-odszkodowanie-za-szkode-niemajatkowa-w-ramach-odpowiedzialności-ex-contractu?pit=2018-12-20&cm=URELATIONS>

Ustawodawca przewidział, że za naruszenie praw pacjenta (głównie godności i prywatności) należy się zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę¹⁵. Upřednio takie roszczenie przewidywał art. 19 a ust. 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. Nr 14, poz. 89, dalej jako u.z.o.z.), który stanowił, że w przypadku zawinione naruszenia praw pacjenta przewidzianych w u.z.o.z. sąd może przyznać osobie poszkodowanej sumę tytułem zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową na podstawie art. 448 k.c.¹⁶. W doktrynie wskazywano, że wymieniony artykuł znajdował zastosowanie zarówno do deliktów, jak też do odpowiedzialności kontraktowej¹⁷. Stanowisko to potwierdzone zostało w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W wyroku z dnia 29 maja 2007 r. Sąd Najwyższy słusznie wskazał, że zakres omawianego przepisu „wykracza poza sferę deliktową i mieści się również w sferze kontraktowej”¹⁸. Takie stanowisko sądu spotkało się z dezaprobatą w doktrynie. Maciej Rzewuski glosie do powyższego orzeczenia wskazał, że zadośćuczynienie powinno być związane wyłącznie z odpowiedzialnością deliktową, a próba wyłomu od ugruntowanego stanowiska jest błędna¹⁹.

Aktualnie podstawą do żądania zadośćuczynienia, za zawinione naruszenie praw pacjenta jest art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta (Dz.U. z 2017 r. poz. 1318, dalej jako u.p.p.r.p.p.), na gruncie którego również brak jest ograniczenia jedynie do odpowiedzialności deliktowej. W związku z powyższym artykuł ten może podobnie jak art. 19 a u.z.o.z. stanowić podstawę zadośćuczynienia w reżimie odpowiedzialności kontraktowej²⁰.

Zauważyć można, że wzrasta zainteresowanie odpowiedzialnością *ex contractu* w prawie medycznym, w szczególności, jeżeli chodzi o odpowiedzialność za naruszenie praw pacjenta. Dzieje się tak między innymi z uwagi na to, że umowa o świadczenie usług medycznych może obejmować podniesiony standard usług, niż ten powszechnie obowiązujący, dlatego też w takim przypadku brak jest uzasadnienia do odmowy zadośćuczynienia za naruszenie praw pacjenta wyznaczonych umową. Dopuszczenie możliwości żądania zadośćuczynienia w reżimie kontraktowym, daje w tej sytuacji szerszą ochronę pacjentowi²¹.

Odpowiedzialność kontraktowa w przypadku szkody medycznej jest dogodna dla pacjenta, z uwagi na ciężar dowodu. We wskazanym reżimie pacjent zobligowany jest do wykazania istnienia zobowiązania i jego nienależytego wykonania lub niewykonania, zaś to podmiot świadczący usługę musiałby udowadniać, że nie ponosi winy, w reżimie deliktowym to na pacjencie ciąży wykazanie, że sprawca ponosi winę²².

Zadośćuczynienie za zmarnowany urlop

Kolejnym przykładem umowy wyjątkowej, której wykonanie ściśle wiąże się z wewnętrznym samopoczuciem wierzyciela jest umowa o usługi turystyczne. Urlop jakim dysponuje pracownik jest ograniczony, w związku z czym logicznym jest, że każdy stara się go w pełni wykorzystać. Najczęściej ludzie stawiają wysokie oczekiwania wobec wakacji, w szczególności, gdy ich organizację powierzają podmiotom profesjonalnym.

Klient zawierając taką umowę liczy na konkretny efekt. Turysta nie jest zainteresowany jedynie pojedynczymi usługami, lecz ich wypadkową. Przykładowo, gdy klient zawiera umowę o usługi turystyczne, która obejmuje wycieczkę do galerii sztuki, zaś na miejscu okazuje się, że galeria jest nieczynna, to rezultat nie został osiągnięty, gdyby każdą usługę traktować pojedynczo, to organizator turystyczny wywiązał się z umowy przewozu, wyżywienia, czy też zakwaterowania. W takim przypadku dla turysty cała wycieczka okazuje się bezprzedmiotowa, szkoda turysty nie odpowiada tylko cenie biletu, ale jest nią nieosiągnięcie celu²³.

W związku z tym, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o usługi turystyczne wiąże się z naruszeniem szczególnego dobra jakim jest prawo do wypoczynku sprawą zadośćuczynienia za zmarnowany urlop zajął się Trybunał Sprawiedliwości. Wyrokiem z dnia 12 marca 2002 roku Trybunał Sprawiedliwości dokonał wykładni art. 5

¹⁵ por. M. Serwach, odpowiedzialność za zdarzenia medyczne – nowe regulacje prawne, *Medycyna Praktyczna*, 2011, nr 6, s. 106, M. Serwach, Charakterystyka i zakres odpowiedzialności za zdarzenia medyczne, *Prawo Asekuracyjne* 2011, nr 3, s. 23.

¹⁶ zob. A. Wnęk, K. Policha, Błąd medyczny – nowy reżim odpowiedzialności odszkodowawczej; nowe zasady ustalania odszkodowania i zadośćuczynienia w przypadku zdarzeń medycznych, *Rozprawy Ubezpieczeniowe*, 2011, nr 2(11), s. 108.

¹⁷ J. Ciszewski, Prawa pacjenta w aspekcie odpowiedzialności lekarza za niektóre czyny medyczne, *Gdańsk* 2002 s. 21.

¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2007 r. V CSK 76/07, OSNC 2008/7-8/91.

¹⁹ M. Rzewuski, Charakter prawny roszczenia o zadośćuczynienie z art. 19 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej. Glosa do wyroku SN z dnia 29 maja 2007 r., V CSK 76/07, [online] *Państwo i Prawo*, 2009, dostęp: 21.12.2018,

<https://sip-1lex-1pl-10000f4wqd099.han.uwm.edu.pl/#/publication/385978162?pit=2018-12-20>

²⁰ M. Ciemiński, Odszkodowanie za szkodę niemajątkową w ramach odpowiedzialności *ex contractu*, *Lex* 2015, [online] dostęp 21.12.2018, <https://sip-1lex-1pl-10000f4wqd099.han.uwm.edu.pl/#/monograph/369364559/7/ciemiński-marcin-odszkodowanie-za-szkode-niemajatkowa-w-ramach-odpowiedzialności-ex-contractu?pit=2018-12-20&cm=URELATIONS>

²¹ M. Ciemiński, Odszkodowanie za szkodę niemajątkową w ramach odpowiedzialności *ex contractu*, *Lex* 2015, [online] dostęp 21.12.2018, <https://sip-1lex-1pl-10000f4wqd099.han.uwm.edu.pl/#/monograph/369364559/7/ciemiński-marcin-odszkodowanie-za-szkode-niemajatkowa-w-ramach-odpowiedzialności-ex-contractu?pit=2018-12-20&cm=URELATIONS>

²² J. Ciszewski, Prawa pacjenta w aspekcie odpowiedzialności lekarza za niektóre czyny medyczne, *Gdańsk* 2002 s. 21.

²³ Zob. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna biur podróży*, Warszawa 1974, s.63.

dyrektywy Rady z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek - 90/314/EWG (dalej jako dyrektywa 90/314/EWG), wskazując wymieniony przepis jako podstawę do żądania zadośćuczynienia za szkodę niematerialną, będącą wynikiem niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Rozstrzygnięcie zapadło na gruncie następującego stanu faktycznego. Austriacka rodzina Simone Leitner zawarła umowę o imprezę turystyczną, która odbywała się w Turcji, z biurem podróży TUI. Po tygodniu imprezy turystycznej dziecko turystów zatruto się salmonellą. Do zatrucia doszło w wyniku spożycia jedzenia podawanego w hotelu. Objawy były na tyle dokuczliwe, że przerwały turystom korzystanie z wypoczynku. Sąd I instancji co prawda zasądził zadośćuczynienie za cierpienie będące wynikiem zatrucia pokarmowego, ale oddalił w części obejmującej zadośćuczynienie za zmarnowany urlop. Sąd drugiej instancji w związku z powyższymi wątpliwościami co do zgodności rozstrzygnięcia z prawem unijnym wystąpił z pytaniem do Trybunału Sprawiedliwości. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału brak jest podstaw do ograniczania pojęcia szkody użytego w dyrektywie 90/314/EWG tylko do szkody majątkowej, w szczególności wskazując na ochronę konsumentów²⁴.

Odpowiedzią na wyżej opisane orzeczenie była uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2010 r. o sygn. III CZP 79/10²⁵. Odpowiednikiem art. 5 dyrektywy 90/314/EWG ówczesnie w polskim systemie prawnym był art. 11a ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1553, dalej jako u.u.t.), który został uchylony z dniem 1 lipca 2018 r. Zaznaczyć należy, że w aktualnie obowiązującym stanie prawnym art. 50 ust. 2 ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych (dalej jako u.i.t.p.u.t.) bezpośrednio wskazuje na możliwość żądania zadośćuczynienia od organizatora turystyki za niezgodności w wykonaniu umowy, aktualny stan prawny został omówiony dokładnie poniżej. Stan faktyczny sprawy, która okazała się przełomową na gruncie prawa polskiego kształtuje się następująco. Powodowie, młode małżeństwo zawarli umowę o imprezę turystyczną w Egipcie. W warunkach umowy wskazano, że turyści zostaną zakwaterowani w pokoju dwuosobowym w czterogwiazdkowym hotelu oraz będą mieli możliwość kontaktu z polskim rezydentem. W trakcie próby zakwaterowania okazało się, że brak jest rezerwacji, natomiast próby kontaktu z rezydentem nie powiodły się. W wyniku zaistniałej sytuacji pierwszego dnia zakwaterowano ich w zagrzybionym pokoju hotelowym, znajdującym się w piwnicy, następnego dnia zaś zakwaterowano ich już w pokoju spełniającym standardy wskazane w umowie, lecz był to pokój 4 osobowy. Turyści zostali zakwaterowani z inną nieznaną im uprzednio parą. W związku z zaistniałą sytuacją powodowie domagali się zadośćuczynienia za zmarnowany urlop. Sąd I instancji oddalił powództwo, zaś sąd II instancji powziął wątpliwości co do prawidłowości rozstrzygnięcia, w związku z czym zwrócił się z zagadnieniem prawnym do Sądu Najwyższego. Sąd Najwyższy podzielił stanowisko Trybunału Sprawiedliwości omówione powyżej, opierając swoje rozstrzygnięcie na art. 11 u.u.t.²⁶.

Uchwała co prawda znalazła swoich zwolenników w doktrynie, ale glosatorzy powtarzali, że potrzebne są zmiany w aktach prawnych. Jeden z glosatorów - Marcin Łolik wskazał, że co prawda uchwała podjęta jest w poszanowaniu prawa unijnego, ale jednocześnie autor stwierdził, że wymaga ona doprecyzowania²⁷. Kolejny glosator Jerzy Gospodarek pozytywnie ocenił orzeczenie, ale wskazał, że w dłuższej perspektywie będzie potrzebna nowa regulacja tej kwestii. Glosator przy tym stwierdził, że prawo unijne należy interpretować jednolicie we wszystkich państwach członkowskich²⁸. Co więcej uchwała została zaaprobowana w orzecznictwie, co potwierdza aktualna linia orzecnicza²⁹.

Z treści uprzednio obowiązującego art. 11a u.u.t. nie wynikało bezpośrednio, że w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem usługi można domagać się naprawienia szkody niemajątkowej. Aktualnie materię realizacji umowy o udział w imprezie turystycznej reguluje rozdział 7 u.i.t.p.u.t., zaś umiejscowiony w tym rozdziale art. 50 ust. 2 bezpośrednio odnosi się do obowiązku zadośćuczynienia za nienależyte wykonanie lub niewykonanie umowy o imprezę turystyczną („Podróżnemu przysługuje odszkodowanie lub zadośćuczynienie za poniesione szkody lub krzywdy, których doznał w wyniku niezgodności. Organizator turystyki niezwłocznie wypłaca odszkodowanie lub zadośćuczynienie”). Zmiany w polskim systemie prawnym związane były ze zmianami w prawie unijnym. Dyrektywa 90/314/EWG została zastąpiona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 2015/2302 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie Imprez Turystycznych i Powiązanych Usług Turystycznych, Zmieniająca Rozporządzenie (WE) Nr 2006/2004 i Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE oraz Uchylająca Dyrektywę Rady 90/314/EWG z dnia 25 listopada 2015 r. (Dz.Urz.UE.L Nr 326, str. 1). W artykule 14 ust. 2 nowej dyrektywy znalazło się uprawnienie podróżnego do otrzymania

²⁴ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 marca 2002 r., C-168/00, LEX nr 112079.

²⁵ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2010 r., III CZP 79/10, OSNC 2011/4/41.

²⁶ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2010 r., III CZP 79/10, OSNC 2011/4/41.

²⁷ M. Łolik, Glosa do uchwały SN z dnia 19 listopada 2010 r., III CZP 79/10, EPS 2011/9/45-47, [online] dostęp: 21.12.2018, <https://sip-1lex-1pl-10000f4wqd099.han.uwm.edu.pl/#/publication/386011630?pit=2018-12-20>

²⁸ J. Gospodarek, Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2010 r., III CZP 79/10, OSP 2012/1/2, [online], dostęp: 20.12.2018 <https://sip-1lex-1pl-10000f4wqd099.han.uwm.edu.pl/#/publication/386021570?pit=2018-12-20>

²⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie - V Wydział Cywilny z dnia 29 kwietnia 2013 r. VI ACa 1357/12, LEX nr 1372486, Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 30 maja 2014 r., I ACa 455/14, LEX nr 1682917

rekompensaty za wszelkie szkody, które są wynikiem niezgodności, od organizatora. Wskazany artykuł nie budzi wątpliwości, że organizator turystyczny ponosi odpowiedzialność za szkody niematerialne, w przeciwieństwie do uprzednio obowiązującego art. 5 dyrektywy 90/314/EWG³⁰.

Wskazany artykuł wychodzi naprzeciw postulatom podnoszonym w doktrynie oraz uzupełnia lukę w prawie jaką zauważali autorzy. Nowe regulacje prawne (zarówno na poziomie krajowym jak też unijnym) spełniają wymagania dzisiejszego świata. Podobny proces można było zaobserwować na gruncie prawa niemieckiego. W prawie niemieckim podobnie do prawa polskiego zadośćuczynienie może zostać przyznane tylko w wypadkach wyraźnie wskazanych w ustawie. Początkowo pomimo braku regulacji szczególnej sądy w RFN zasądzały odszkodowanie za zmarnowany urlop, wskazując przy tym, że szkoda ma charakter typowo majątkowy. Już w roku 1956 Sąd Najwyższy Niemiec w swoim orzeczeniu wskazał, że czas urlopu stanowi komercyjne dobro, a za jego zmarnowanie z przyczyn leżących po stronie organizatora, turysta może żądać rekompensaty³¹. Następnie w roku 1979 wszedł w życie projekt prawa podróży, tym samym stał się on częścią BGB³². Na mocy ust. 2 § 651f BGB możliwe jest zasądzenie zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową, w postaci zmarnowanego urlopu³³.

Podsumowanie

Reasumując wskazać należy, że dążymy w kierunku umożliwienia żądania zadośćuczynienia za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Powołane na wstępie stanowisko Sądu Najwyższego pochodzące z lat 60. ubiegłego wieku stanowczo wiązało zadośćuczynienie z reżimem odpowiedzialności deliktowej³⁴. Aktualnie Sąd Najwyższy dopuszcza przypadki kiedy to niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania stanowi podstawę do zasądzenia zadośćuczynienia. Na przykładzie umowy o świadczenie usług turystycznych doskonale widzimy jakie są tendencje obecnego ustawodawstwa krajowego, ale też unijnego³⁵. Zarówno Sąd Najwyższy, jak też Trybunał Sprawiedliwości, dokonał interpretacji obowiązujących uprzednio przepisów w sposób korzystny dla wierzyciela – turysty³⁶. W doktrynie zauważa się też wzrost znaczenia odpowiedzialności kontraktowej przy szkodzie medycznej, gdyż rozwiązanie to daje większą ochronę pacjentom. Na uwadze należy mieć, że dopuszczenie tych wyjątków wynika z charakteru konkretnych zobowiązań. W pierwszym z nich z uwagi na cel jakim jest osiągnięcie wypoczynku, zaś w drugim z uwagi na konsekwencje jakie może mieć nieprawidłowe wykonanie zobowiązania, tj. kalectwo, rozstrój zdrowia, wydłużenie rekonwalescencji.

Zauważyć należy, że poza opisanymi przypadkami są też inne w których należałoby rozważyć możliwość zadośćuczynienia za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Przykładowo opóźnienie w wykonaniu zobowiązania polegającego na druku książki, która była sprzedawana w przedsprzedaży. Wydawca niewątpliwie traci nie tylko klientów, którzy nie otrzymują zakupionego przedmiotu na czas, a co za tym idzie rezygnują z zakupu, ale też ponosi szkodę niemajątkową w postaci utraty renomy. Kolejnym przykładem może być chociażby umowa na wykonanie usługi na weselu. W przypadku gdy źle zostanie wykonana usługa filmowania uroczystości, to bez wątpienia taka sytuacja będzie wiązała się dla wierzyciela z cierpieniem.

Na przykładzie dwóch omówionych umów widzimy jakie są aktualnie tendencje doktryny, orzecznictwa oraz ustawodawcy w zakresie zadośćuczynienia w reżimie odpowiedzialności kontraktowej.

The liability of no material damage caused by the performance of the obligations, example damage from treatment and damage which the traveler sustains.

The main issue of this paper is the liability of no material damage caused by the performance of the obligations, for example treatment damage and damage which the traveler sustains. The article begins with examination of contractual liability. The next issue is compensation for no-material damage of the performance of the obligations. Both opinions analyzed in the literature and jurisdiction are based on the contract for tourist services and the treatment contract. Nowadays, Parties of the contract are responsible for no-material damage only in exceptional cases. The article analyzes the change in the Polish law and European Union law. Previously, demanding reparation of non-material damage caused by the performance of an obligation was not allowed. The last chapter presents trends in the contract liability.

³⁰ M. Nesterowicz, Imprezy turystyczne, powiązane usługi turystyczne, Art. 50 [w:] System Prawa Prywatnego tom 7 red. J. Rajski, 2018, s. 1181.

³¹ E. H. Kwaśniewska, Umowa o podróż w prawie niemieckim, Toruń 2002, s. 67.

³² B. Gneta, Umowa konsumencka w polskim prawie cywilnym i prywatnym międzynarodowym, Warszawa 2013, s. 361.

³³ E. H. Kwaśniewska, Umowa o podróż w prawie niemieckim, Toruń 2002, s. 67.

³⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 1966 r. II PR 102/66, LEX nr 13901, Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 marca 2002 r., C-168/00, LEX nr 112079

³⁵ zob. P. Cybula, o ewolucji zasad odpowiedzialności organizatora turystyki z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną [w:] A. Śmieja (red.), Odpowiedzialność cywilna w obrocie gospodarczym, Wrocław 2011.

³⁶ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2010r., III CZP 79/10, OSNC 2011/4/41.

Keywords: contract liability, damage arising from contract, no-material damage, liability for damage, damage

Edyta Umańska

CZY GEOTRAPPING (ANALIZA DANYCH ZE SMARTFONÓW) JEST ETYCZNY?

Spółeczeństwo informacyjne (SI) to takie, w którym „informacja znalazła szerokie zastosowanie w codziennym życiu społecznym, kulturalnym, ekonomicznym oraz politycznym. SI to społeczeństwo wyposażone w bogato rozwinięte środki komunikacji i przetwarzania informacji, które są podstawą tworzenia większości dochodu narodowego oraz zapewniające źródło utrzymania większości ludzi”¹. Przykładem rozwoju społeczeństwa informacyjnego na całym świecie jest rosnąca liczba posiadaczy smartfonów. W Polsce w ciągu czterech lat nastąpił ponad czterokrotny wzrost liczby właścicieli tych urządzeń. W roku 2012 tylko 15%² polskiego społeczeństwa posiadało inteligentne telefony, zaś w 2016 roku było to już 64%³ osób, czyli większość. Rosnące statystyki to tendencja zdecydowanie globalna. Według danych pochodzących z międzynarodowych raportów autorstwa agencji *We Are Social* oraz *Hoosuite* w styczniu 2016 roku na świecie było 51% posiadaczy smartfonów (3.790 biliona)⁴, natomiast dokładnie rok później w styczniu 2017 roku było to już 66% światowego społeczeństwa (4.917 biliona)⁵. W ciągu dwunastu miesięcy nastąpił wzrost liczby użytkowników inteligentnych telefonów o 15% w skali świata.

Smartfony to urządzenia będące połączeniem telefonu komórkowego i przenośnego komputera. Dzięki nim możliwe są różne formy zapośredniczonego kontaktu takie jak telefoniczne rozmowy czy przysyłanie wiadomości słownych i obrazkowych (SMS/MMS). Wachlarz możliwości tych urządzeń znacznie poszerza się dzięki dostępowi do mobilnego internetu. Smartfony dostarczają swoim posiadaczom rozrywki, ponieważ można na nich słuchać muzyki i radia, a także grać w gry⁶. Możliwość pobrania dowolnej ilości z szeregu bardzo różnorodnych aplikacji czyni te urządzenia bardzo spersonalizowanymi gadżetami, które pełnią również funkcję nośników danych ze względu na przechowywanie w ich pamięci prywatnych notatek i zdjęć. Ministerstwo Cyfryzacji także doceniło duży potencjał tkwiący w smartfonach stopniowo wprowadzając w 2017 roku usługę mobilnego dowodu osobistego dostępnego na tych urządzeniach, która z czasem ma stanowić cały pakiet cyfrowych dokumentów – mDokumentów (dowód osobisty, prawo jazdy, dowód rejestracyjny, ubezpieczenie OC)⁷. To ważny krok nadający smartfonom miano urządzeń niezbędnych. W XXI wieku te gadżety stają się niemal przedłużeniem ludzkich rąk, są nieodłącznym atrybutem codzienności, ale przede wszystkim należy pamiętać, że to bardzo osobiste przedmioty, nierzadko zawierające bardzo intymne informacje o swoim właścicielu.

Jedną z wielu różnych funkcji, które posiadają smartfony, stanowi geolokalizacja lub po prostu lokalizacja. Jest to określenie położenia geograficznego smartfona (najczęściej przy użyciu funkcji GPS), czyli również zlokalizowanie osoby, która posiada to urządzenie przy sobie⁸. Istnieje wiele aplikacji opartych na geolokalizacji⁹, a do tych najpopularniejszych z różnych kategorii tematycznych wykorzystujących funkcję GPS należą:

- media społecznościowe (np. Facebook/Messenger, Instagram, Twitter)¹⁰,
- mapy z funkcją nawigacji (np. Google Maps)¹¹,
- lokalizatory pozwalające rodzicom kontrolować dzieci (np. Family Locator),
- portale randkowe z funkcją odległości użytkowników (np. Tinder)¹²,

¹ K. Krzysztofek, M. S. Szczepański, *Zrozumieć rozwój – od społeczeństw tradycyjnych do informacyjnych: podręcznik socjologii rozwoju społecznego dla studentów socjologii, nauk politycznych i ekonomii*, Katowice 2005, s. 170

² M. Mikowska *Marketing mobilny w Polsce 2013-2014*, [online] dostęp: 15.02.2016, <http://iestem.mobi/2014/02/nowy-raport-marketing-mobilny-w-polsce-2013-2014/>.

³ M. Mikowska, *Polska jest MOBI 2015*, [online] dostęp: 20.03.2016, <http://iestem.mobi/2015/05/raport-polska-iest-mobi-2015-do-pobrania/>.

⁴ S. Kemp, *Digital in 2016*, [online] dostęp: 27.01.2018, <https://wearesocial.com/uk/special-reports/digital-in-2016>.

⁵ S. Kemp, *Digital in 2017: global overview*, [online] dostęp: 27.01.2018, <https://wearesocial.com/uk/special-reports/digital-in-2017-global-overview>.

⁶ K. Mikoszeńska, *Mobilny świat dla Pań*, Warszawa 2014, s. 13

⁷ J. Marczak-Redecka, *mDokumenty – jak to ma działać? Cyfrowa rewolucja trwa*, [online] dostęp: 1.10.2017, <https://www.gov.pl/cyfrzacja/mdokumenty-jak-to-ma-dzialac-cyfrowa-rewolucja-trwa>.

⁸ I. Kozłowska, *Zastosowanie geolokalizacji w działaniach marketingowych*, Rynek – Społeczeństwo-Kultura, nr. 2(6) 2013, s. 36-40

⁹ J. Rykowski, M. Nomańczuk, *Boje lokalizacyjne – nowy sposób określania położenia wewnątrz budynków, Napędy i sterowanie*, Nr 12 (grudzień 2015), s. 93-100

¹⁰ A. Szyszko, *Zastosowanie znaczników z informacją o lokalizacji oraz danych GPS przez media społecznościowe*, Studia Ekonomiczne 2017 nr 342, s. 148-165

¹¹ M. Rzeszewski, J. Jasiewicz, *WebGIS - od map w internecie do geoprzetwarzania* [W:] *GIS- platforma integracyjna geografii*, Z. Zwoliński (red.), Poznań 2009, s. 23-33

¹² O. Szumski, M. Zborowski, *Wykorzystanie portali randkowych do nawiązywania relacji społecznych*, Studia i Materiały 2016, 2/2016 (22), cz. 2, s. 237-248

- aplikacje monitorujące warunki meteorologiczne (np. Pogoda)¹³,
- gry z rozszerzoną rzeczywistością (np. Pokemon Go)¹⁴,
- aplikacje rejestrujące aktywność sportową (np. Endomondo)¹⁵.

Każda z siedmiu wyżej wymienionych kategorii to przykład innego sposobu wykorzystania funkcji lokalizowania smartfona w przestrzeni. Facebook/Messenger, Instagram i Twitter to trzy różne portale społecznościowe posługujące się m.in. geotagowaniem zdjęć, czyli możliwością robienia fotografii z zapisem współrzędnych geograficznych i np. dodatkową funkcją oznaczenia na mapie miejsc podróży użytkownika¹⁶. Nawigacja w inteligentnym telefonie zlokalizuje zarówno pieszo, jak i każdy środek transportu, w którym znajduje się człowiek ze smartfonem. Przykładem takiej aplikacji przydatnej nie tylko turystom jest Google Maps¹⁷. Geofencing to kolejna możliwość wykorzystania lokalizacji w inteligentnych telefonach. Przykładem bazującej na niej aplikacji jest Family Locator. Geofencing, czyli „geograficzna siatka” to przestrzeń o ściśle wyznaczonych granicach np. teren szkoły dziecka¹⁸. W momencie, w którym dziecko (posiadające przy sobie smartfona) opuszcza ten teren rodzice otrzymują powiadomienie. Tinder to przykład aplikacji służącej do poznawania ludzi, która również opiera się na lokalizowaniu użytkownika i udostępnianiu informacji o odległości w jakiej znajduje się on od swojego rozmówcy¹⁹. Z funkcji GPS i lokalizowania urządzenia korzystają także wszelkie aplikacje z prognozą pogody. Przynajmniej kilka razy dziennie pobierają dane, aby dokładnie dostosować informacje o bieżącej i nadchodzącej aurze do lokalizacji smartfona²⁰. Pokemon Go to przykład gry łączącej wirtualną rzeczywistość ze światem realnym przy wykorzystaniu geolokalizacji i rozszerzonej rzeczywistości. Na realny obraz widoczny przez kamerę w smartfonie nakładane są wirtualne postaci, z którymi gracz wchodzi w interakcje²¹. Ostatnim rodzajem aplikacji są te z grupy monitorujących aktywności sportowe jak np. Endomondo. Przy pomocy GPS aplikacja rejestruje trasę biegu, zaznacza ją na mapie i pozwala na udostępnienie wraz z obliczeniem czasu, prędkości i spalonych kalorii²².

Oprócz licznych aplikacji opierających się na geolokalizacji z tej funkcji korzystają również reklamy. Emisja reklamy wpisanej w kontekst zlokalizowanego smartfona to geotargetowanie. Przykładem będzie kawiarnia należąca do sieci lokali, która wysyła powiadomienia o promocjach swoim klientom, którzy akurat znaleźli się w pobliżu lokalu i wyrazili wcześniej zgodę na otrzymywanie informacji na swój smartfon. Agencje reklamowe oferują również usługę **geotrappingu**. Polega on na analizie ruchów użytkowników w określonym czasie i miejscu, aby utworzyć bazy i kontynuować analizy, gdy te osoby znajdują się już w zupełnie innym miejscu²³.

Inspiracją do napisania niniejszego artykułu była krążąca w sieci infografika opublikowana i opracowana przez agencję reklamową Selectivv Mobile House. Infografika zawiera dane użytkowników smartfonów, którzy wzięli udział w Open'er Festiwalu w 2017 roku (118 421 osób)²⁴. Na podstawie danych zassanych metodą geotrappingu z urządzeń tych osób, zbadano bardzo różne informacje na ich temat. Między innymi zwiualizowano w postaci wykresów i danych procentowych strukturę wieku i płci uczestników oraz miejsce ich zamieszkania. Ponadto zbadano procentowy udział systemów operacyjnych wśród urządzeń oraz popularność poszczególnych operatorów sieci komórkowych. Najciekawszą kategorię analizy stanowią „profile użytkowników”. Wśród nich wyliczono m.in. odsetek osób uprawiających sport, dba-

¹³ K. Drypczewski, Ł. Markiewicz, A. Chybicki, M. Moszyński, *Architektura rozproszonego systemu udostępniającego wyniki numerycznych prognoz pogody* [w] *ICT Young 2012: II konferencja Studentów i Doktorantów Elektroniki, Telekomunikacji, Informatyki, Automatyki i Robotyki : materiały konferencyjne*, Gdańsk 2012, s. 539-544

¹⁴ A. Postawa, *Rzeczywistość rozszerzona w nauczaniu i uczeniu się* [w] J. Kędzior, B. Krawiec, M. Biedroń, A. Mitrega, *Komunikacja a zmiana społeczna*, Wrocław 2018, s. 111

¹⁵ D. Tanajewski, P. Pruszczyński, P. Leszczyńska, A. Tyszek, M. Bakula, *Badanie dokładności wyznaczenia parametrów treningu w oparciu o aplikacje dla sportowców*, *Logistyka* 4/2014, s. 1352-1360

¹⁶ B. Mazurczak, *Geotagowanie zdjęć*, [online] dostęp: 28.01.2018, <https://bartoszmazurczak.pl/geotagowanie-zdjec/>.

¹⁷ M. Gajewski, *Mapy Google bez tajemnic. 9 rzeczy, o których musisz wiedzieć, a które mogłeś przeoczyć*, [online] dostęp: 28.01.2018, <https://www.spiderweb.pl/2017/07/mapy-google-poradnik.html>.

¹⁸ H. Wątróbka, *Geofencing – przedstawiamy mobilne trendy (cz. II)*, [online] dostęp: 28.01.2018, <https://www.pcworld.pl/news/Geofencing-przedstawiamy-mobilne-trendy-cz-II,373044.html>.

¹⁹ S. Zimowska, *Tinder – co to jest i jak działa aplikacja randkowa, o której wszyscy mówią*, [online] dostęp: 29.01.2018, http://softonet.pl/publikacje/rzuty_okiem/Tinder-aplikacja.randkowa.o.ktoej.wszyscy.mowia,1922.

²⁰ D. Szymański, *10 najlepszych aplikacji pogodowych na Androida*, [online], dostęp: 29.01.2018, http://www.benchmark.pl/testy_i_recenzje/najlepsze-aplikacje-pogodowe-na-androida.html.

²¹ A. Panna, *Mobilni gracze oszaleli na punkcie Pokemon Go. Jak grać w Pokemon Go w Polsce?* [online] dostęp: 29.01.2018, <http://www.dziennikzachodni.pl/technologie-i-gry/a/mobilni-gracze-oszaleli-na-punkcie-pokemon-go-jak-grac-w-pokemon-go-w-polsce,10393216/>.

²² A. Jakimiuk, A. Sierant, *Co to jest ENDOMONDO? Najlepsze funkcje aplikacji mobilnej* [online] dostęp: 29.01.2018, http://wformie24.poradnikzdrowie.pl/stroj-i-akcesoria/co-jest-endomondo-najlepsze-funkcje-aplikacji-mobilnej_41888.html.

²³ D. Karbowski, *Kreatywne metody wykorzystania geotargetowania* [online] dostęp: 29.01.2018, <https://socialpress.pl/2015/08/kreatywne-metody-wykorzystania-geotargetowania/>.

²⁴ P. Korzeniowski, *Co smartfony mówią o uczestnikach Open'era? 82 proc. kupuje w Biedronce*, [online], dostęp: 29.01.2018, <https://noizz.pl/spoleczenstwo/selectivv-przeanalizowal-dane-ze-smartfonow-na-openerze/f0d96jn>.

jących o zdrowie, słuchających muzyki na smartfonie, rodziców dzieci w poszczególnym wieku, klientów Lidla oraz Biedronki, osoby aktywnie poszukujące partnera, **kobiety starające się o dziecko** oraz **mniejszości seksualne**²⁵. Dwie ostatnie wyróżnione podgrupy już na pierwszy rzut oka wydają się drażliwe i mocno wkraczające w prywatność nieświadomych respondentów. Na końcu graficznej formy prezentacji danych znajduje się następująca informacja: „Dane w infografice pochodzą z silnika danych Selectivv DMP (Data Management Platform). Zbierane są za pośrednictwem bezpłatnych aplikacji zainstalowanych przez użytkownika na smartfonie. W/w profile są konstruowane na podstawie aktywności użytkownika w aplikacjach oraz na mobilnych stronach WWW. «Kobiety starające się o dziecko» to profil zawierający użytkowniczkę aplikacji takich jak PeriodTracker, WomanLog, GetBaby i ich polskich odpowiedników. Profil »mniejszości seksualne« to zbiór użytkowników aplikacji randkowych dedykowanych dla społeczności LGBT [...]»²⁶.

Notatka zamieszczona na końcu infografiki skłania do zweryfikowania zawartych w niej informacji i sprawdzenia podanych aplikacji pod kątem wyrażenia rzekomej zgody osoby pobierającej ją na geolokalizację i/lub geotrapping. Użytkownik nawet jeżeli pobiera darmowy mobilny program do swojego smartfona, musi zostać poinformowany i być świadomy tego, że ktoś w przyszłości może penetrować jego prywatne dane na osobistym urządzeniu.

Tabela 1. Wyrażanie zgody na geotrapping/geolokalizację podczas pobierania wybranych aplikacji na smartfony

NAZWA APLIKACJI	ZGODA NA GEOTRAPPING/LOKALIZACJĘ
„Kobiety starające się o dziecko”	
PeriodTracker	BRAK
WomanLog	BRAK
GetBaby	BRAK
„Mniejszości seksualne”	
Grindr	LOKALIZACJA
Hornet	LOKALIZACJA
Bezz	LOKALIZACJA

Źródło: Opracowanie własne.

Tabela 1 przedstawia wyniki analizy dokonanej podczas próby pobierania wybranych aplikacji na smartfona pod kątem wyrażania zgody na geotrapping i/lub lokalizację. Z każdej z dwóch kategorii „profilu użytkowników” uczestników Open’er Festiwalu pobrano po trzy aplikacje. W podgrupie określonej mianem „kobiet starających się o dziecko” znalazły się aplikacje dokładnie wymienione z nazwy przez agencję reklamową (PeriodTracker, WomanLog, GetBaby), zaś w podgrupie „mniejszości seksualne” były to trzy aplikacje cieszące się największą popularnością wśród użytkowników (największą liczbą pobrań), czyli Grindr (dedykowana gejom i biseksualnym mężczyznom), Hornet (dedykowana gejom i biseksualnym mężczyznom) i Bezz (dedykowana lesbijkom), które działają na podobnej zasadzie co wspomniany wcześniej Tinder. Wśród aplikacji, na podstawie których określono „kobiety starające się o dziecko” żadna nie wymaga wyrażenia zgody użytkownika na lokalizację przed jej pobraniem. Natomiast wszystkie analizowane aplikacje z kategorii „mniejszości seksualne” wymagają takiej zgody. Wniosek nasuwa się sam. Informacje o „kobietach starających się o dziecko” zostały pobrane bez ich zgody, a więc naruszono ich prywatność i złamano zasady dotyczące ochrony danych osobowych. Kolejną istotną kwestią jest również wątpliwa logika wnioskowania osób projektujących konkretnie ten „profil użytkownika”. Na czym polegają aplikacje PeriodTracker, WomanLog, GetBaby?²⁷ Na śledzeniu cyklu menstruacyjnego kobiety dzień po dniu i miesiąc po miesiącu. Ale czy śledzenie cyklu musi oznaczać chęć posiadania dziecka? Równie dobrze cel może być zupełnie odwrotny. Powodem posiadania takiej aplikacji równie dobrze mogą być jakieś problemy zdrowotne i potrzeba ich kontrolowania. Informacja o cyklu menstruacyjnym kobiety jest informacją o jej stanie zdrowia, a więc podlega ochronie z tytułu Ustawy o ochronie danych osobowych. Podobnie jak informacja o życiu seksualnym jaką niewątpliwie jest skategoryzowanie części uczestników Open’er Festiwalu jako „Mniejszości seksualne”.

Odpowiadając na pytanie postawione w temacie należy powiedzieć, że **geotrapping nie jest etyczny**. Dlaczego? Ponieważ nie jest jawny dla osób badanych. Informacje o uczestnikach festiwalu zostały podane do wiadomości publicznej i miały charakter komercyjny. Infografikę bez żadnego trudu w internecie może znaleźć dosłownie każdy. Przykład badań

²⁵ P. Jaworowicz, *Pogłębianie analityki konsumentów-badanie uczestników eventów*, [online], dostęp: 29.01.2018, <https://marketingowe.wordpress.com/2017/09/08/poglabianie-analityki-konsumentow-badanie-uczestnikow-eventow/>.

²⁶ Tamże

²⁷ M. Zadarko-Domaradzka, E. Zadarko, *Aplikacje zdrowotne na urządzenia mobilne w edukacji zdrowotnej społeczeństwa*, Edukacja-Technika-Informatyka nr 4 (18)/2016, s. 291-296

wykonanych przy użyciu geotrappingu naruszył Art. 27 ust. 1 Ustawy o ochronie danych osobowych²⁸ „Zabrania się przetwarzania danych [m.in.] o stanie zdrowia [„Kobiety starające się o dziecko”] lub życia seksualnego [„Mniejszości seksualne”] [...]”²⁹. Przytoczony artykuł ustawy posiada aż 10 możliwości, w których przetwarzanie tych danych jest dopuszczalne, jednak żaden wyjątek nie wpisuje się w analizowany przykład, ponieważ badania agencji reklamowej nie miały charakteru naukowego (zdecydowanie marketingowy i komercyjny) ani osoby, których dotyczyły upowszechnione informacje, same z własnej woli ich nie upubliczniły. Etycznych problemów można doszukać się więcej. Przede wszystkim Open’er jest corocznym kilkudniowym festiwalem muzycznym, na który ceny biletów wynoszą od 259zł do 699zł³⁰. Nie dość, że te osoby zapłaciły spore kwoty za rozrywkę to jeszcze zupełnie nieświadomie stały się przedmiotami badań, za które ktoś inny otrzymał zapłatę. Osobiście widzę przyszłość badań społecznych opartych na geotrappingu, ale dopiero po wyeliminowaniu problemów etycznych związanych ze zgodą respondentów.

Czy geotrapping jest zgodny z obowiązującym prawem? W momencie realizacji badania i publikacji infografiki przez agencję Selectivv oraz w czasie powstawania pierwotnej wersji niniejszego artykułu obowiązywała przytaczana już Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych (RODO)³¹ weszło w życie później, 25 maja 2018 roku. Ten unijny akt prawny wprowadza nowe standardy ochrony danych osobowych na terenie całej Unii Europejskiej. Dokument wprost wymusza potwierdzenie zgody konsumenta na przetwarzanie danych osobowych przez oświadczenie, więc zgoda nie może być domniemana jak dotychczas było. RODO narzuca całkowitą dobrowolność wyrażenia zgody przez użytkownika na sposoby przetwarzania danych, które często nie są konieczne do korzystania z danej usługi np. profilowanie. Ponadto cofnięcie lub ograniczenie wyrażonej już zgody jest możliwe w każdym momencie³². Dziś badanie metodą geotrappingu wymagałoby oficjalnej i wyrażonej wprost zgody uczestników festiwalu na udział w przytaczanym profilowaniu osób obecnych na koncertach. Zatem udzielając odpowiedzi na pytanie, geotrapping jest zgodny z obowiązującym prawem, ale nie w takiej formie, w jakiej został wykonany w 2017 roku w opisanym przykładzie.

Przedstawione na samym początku artykułu, pochodzące z różnych źródeł statystyki posiadaczy smartfonów w Polsce i na świecie w latach 2012-2017 pokazują dynamikę rosnącego udziału technologii w ludzkie życie na przykładzie tego wielofunkcyjnego urządzenia. Proces jest nieodwracalny, a ingerencja technologii w codzienność nieustannie postępuje. Analizowane przykłady konkretnych i dość niszowych rodzajów aplikacji (nie ma ich wiele na rynku, stąd niewielka ich ilość podlegająca niniejszej analizie) są dowodem na to jak bardzo osobistym przedmiotem jest smartfon. Zasyłanie danych osobistych jest ingerencją w prywatność posiadaczy tych urządzeń. I choć w dobie cyfrowej płynności to trudne, zadaniem prawa niewątpliwie jest ochrona tej prywatności, która stanowi cenną wartość usankcjonowaną między innymi w Karcie Praw Podstawowych UE³³.

IS GEOTRAPPING (ANALYSIS OF DATA FROM SMARTPHONES) ETHICAL?

An example of the development of the information society is the growing number of smartphone owners. In the 21st century, these gadgets are an extension of people's hands, they are an inseparable attribute of everyday life, but also very personal objects. The goal of the article "Is geotrapping (analysis of data from smartphones) ethical?" is a reflection on the ethics of the use of personal data on smartphone owners without their consent for commercial research.

The starting point of the topic is research using the geotrapping method, which was carried out at the Open'er Festival participants in 2017. Available results inform, among others on consumer preferences and sexual orientation.

How many Poles have smartphones? What is geotrapping and how is it used? Should the protection of personal data also include geolocation? Is this violation of personal rights and inviolability? What other applications based on geolocation make stalking easier? These questions and many other related topics are answered in this article based on statistical data and theses of scientists.

This article is part of a PhD thesis on the social life of smartphones.

Keywords: information society, smartphone, the right to personal data protection, the law of modern technologies, geolocation, geotrapping, internet ethics

²⁸ W momencie publikacji artykułu obowiązuje już nowa ustawa z dnia 10 maja 2018 o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2018 poz. 1000)

²⁹ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2016 r. poz. 922).

³⁰ B. Sadulski, *Open'er Festival 2017: niebo fanów, koszmar ochroniarzy*, [online], dostęp: 29.01.2018, <https://tinvurl.com/vck79uva>.

³¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)

³² A. Chudaś, *Pokaż mi swoje dane, a powiem Ci kim jesteś. Rozporządzenie o ochronie danych osobowych (RODO) – istota i cele*, *Myśl ekonomiczna i polityczna* 2 (61) 2018, s. 177-193

³³ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej 2012/C 326/02, art. 8, Dz. Urz. UE 2012, C 326/391

INFORMACJE O AUTORACH

Aleksandra Majorkiewicz – mgr prawa, doktorantka na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego na kierunku prawo, aplikantka radcowska.

Paulina Skorupska – jest doktorantką na Wydziale Nauk Społecznych na Uniwersytecie Warmińsko-Mazurskim. Ukończyła studia licencjackie i magisterskie na Akademii Marynarki Wojennej w Gdyni, w kierunku Bezpieczeństwo morskie państwa oraz Administracja bezpieczeństwa i porządku publicznego. Jest również absolwentką Wyższej Szkoły Policji w Szczytnie, gdzie ukończyła studia podyplomowe w zakresie Edukacji dla bezpieczeństwa.

Paweł Przybytek – absolwent studiów magisterskich na UJ. W obszarze jego zainteresowań badawczych znajduje się prawo międzynarodowe publiczne, socjologia prawa, szeroko pojęte media (prasa, książka, film i telewizja), procesy globalizacyjne, klasyczna filozofia niemiecka.

Piotr Przybytek – doktorant na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. W obszarze jego zainteresowań badawczych znajduje się prawo cywilne, doktryny polityczne i prawne, prawo międzynarodowe publiczne, historia prasy i bibliotek, procesy globalizacyjne, klasyczna filozofia niemiecka. Członek Polskiego Towarzystwa Geopolitycznego.

Renáta Jakubčová – wykładowca prawa kanonicznego na Wydziale Prawa Uniwersytetu Mateja Bela w Bańskiej Bystrzycy (Słowacja). Absolwentka Wydziału Teologicznego Uniwersytetu Komeńskiego w Bratysławie. Pracę doktorską obroniła w 2011 r. Główne obszary naukowe to: prawo wyznaniowe, prawo kościelne, historia, religia, pedagogika, psychologia, etyka i teologia.

Viktoriia Ivaniuk – Od września r. 2017 – doktorantka Katedry Prawa Konstytucyjnego, Administracyjnego i Finansowego przy Wydziale Prawa Narodowego Uniwersytetu Ekonomicznego w Tarnopolu. Członek Rady Koordynacyjnej Młodych Prawników Obwodu Tarnopolskiego przy Głównym Terytorialnym Zarządzie Sprawiedliwości w Obwodzie Tarnopolskim, Członek Rady Młodych Naukowców Narodowego Uniwersytetu Ekonomicznego w Tarnopolu, stypendystka Gabinetu Ministrów Ukrainy.

Kamil Leśniewski – Doktorant na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie oraz aplikant sędziowski w KSSiP. Autor publikacji dotyczących prawnej tematyki współczesnych konfliktów zbrojnych, jak i związanych z kryminalistyką, w tym m.in. pracą operacyjną służb specjalnych. W czasie studiów pełnił funkcję prezesa Koła Prawa Wojskowego i Konfliktów Zbrojnych UJ, został też wówczas za swoją działalność nagrodzony Stypendium Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego za wybitne osiągnięcia naukowe.

Joanna Deputat – studentka 4 roku prawa Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie. Wiceprezes Studenckiego Koła Postępowania Administracyjnego i Sądowoadministracyjnego.

Anna Cekała – studentka III roku studiów doktoranckich na kierunku prawo na Wydziale Prawa i Administracji na Uniwersytecie Warmińsko-Mazurskim, jednocześnie odbywa aplikację radcowską, w 2016 roku ukończyła jednolite studia magisterskie, kierunek prawo na tej samej uczelni.

Edyta Umańska – doktorantka Międzywydziałowych Środowiskowych Studiów Doktoranckich przy Wydziale Historycznym z siedzibą w Instytucie Stosowanych Nauk Społecznych na Uniwersytecie Warszawskim. Należy do Katedry Socjologii i Antropologii Obyczajów i Prawa (ISNS UW).

RECENZENCI 2019

Dr Adam Świętoń
Dr Andrzej Jackiewicz
Dr Anna Opar
Dr Beata Kowalczyk
Dr Bogumiła Karpińska – Głowacka
Dr Damian Cyman
Dr Dobrochna Ossowska – Salamonowicz
Dr Tomasz Majer
Dr hab. Jerzy Krzynówek, prof. UWM
Dr hab. Mieczysław Różański, prof. UWM
Dr hab. Krzysztof Mikotajczuch
Dr hab. Małgorzata Szwejkowska
Dr hab. Piotr Krajewski, prof. UWM
Dr hab. Maciej Rzewuski
Dr Lesław Krzyżak
Dr Mateusz Klempert
Dr Piotr Sadowski
Dr Wojciech Fill
Dr Izabela Florczak
Dr Katarzyna Grzelak – Bach
Dr Jakub Czepek
Dr Jerzy Akińcza
Prof. dr hab. Jerzy Kasprzak
Dr Wojciech Kasprzak
Dr Katarzyna Majchrzak
Dr hab. Krystyna Szczechowicz
Dr Justyna Krzywkowska
Dr Maciej Lubiszewski
Dr Olga Łachacz
Dr Marek Paszkowski
Dr Marek Salamonowicz
Dr hab. Mariola Lemonnier, prof. UWM
Dr Michał Pietkiewicz
Prof. nadzw. dr hab. Waldemar Gontarski
Dr Szymon Kisiel
Dr Tomasz bojar – Fijałkowski
Dr Tomasz Kanty
Dr Vita Czepek
Dr Wioletta Witoszko