

Teodora Konach

PROBLEMATYKA PRAWNEJ OCHRONY DZIEDZICTWA NIEMATERIALNEGO NA PRZYKŁADZIE PRZEJAWÓW FOLKLORU

SŁOWA KLUCZE: niematerialne dziedzictwo kulturowe, folklor, prawo międzynarodowe, UNESCO, Światowa Organizacja Własności Intelktualnej, ochrona kultury tradycyjnej

KEY WORDS: intangible cultural heritage, folklore, UNESCO, WIPO, international law, protection of traditional culture

Abstract

LEGAL PROTECTION OF INTANGIBLE CULTURAL HERITAGE ON THE EXAMPLE OF THE EXPRESSIONS OF FOLKLORE

The complexity of forms and structures of traditional heritage makes it difficult to create effective tools of legal protection on different levels: national, regional and international. The emergence of the theoretical concept of safeguarding all aspects of heritage, gave also rise to the question whether such a protection is needed and what kind of legal instruments and measures would be appropriate. At the international level, the foremost initiative is the WIPO Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and other Forms of Prejudicial Action and UNESCO Convention on the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, which not only offers the most sophisticated legal definition of intangible cultural heritage and folklore expressions, but also creates a listing mechanism aimed at drawing attention to intangible culture and the need for its safeguarding. Such an analysis would help answer questions whether legal protection is required and would be sufficient; what, if any, are the appropriate analogies in existing law; and whether a sui generis scheme should be developed.

Folklor jest przykładem wzajemnego przenikania się elementów materialnych i niematerialnych dziedzictwa, konstruujących tradycyjne dla danej społeczności kody kulturowe. Elementy te współdziałają, są tworzone i podtrzymywane przez jednostki jako wspólne zasoby kulturowe konkretnej społeczności.

Jest oczywiste, że dziedzictwo niematerialne nie może funkcjonować w oderwaniu od dziedzictwa materialnego. Trzeba jednak mieć na uwadze odrębny charakter obu form: o ile dziedzictwo materialne odwołuje się zasadniczo do istniejącego bądź historycznego kontekstu kulturowego, o tyle niematerialne dziedzictwo kulturowe realizuje się poprzez ciągłą ewolucję. W związku ze zmiennym i dynamicznym charakterem dziedzictwa niematerialnego kwestia jego ochrony zakłada stworzenie zupełnie odmiennego systemu narzędzi prawnych. Ponadto regulacje i instrumentarium prawne powinny również odnieść się do problemu komercjalizacji wiedzy i kultury tradycyjnej bądź – w razie zgody na użycie przejawów folkloru przez właściwe organy reprezentujące daną społeczność – stworzyć właściwe sposoby dostępu dla osób trzecich. Normy te jednak nie mogą dopuścić do zahamowania wzrostu ekonomicznego państw i społeczeństw.

Obecnie dyskusja na temat ochrony dziedzictwa niematerialnego nie dotyczy samej kwestii jej przyznania, lecz wyodrębnienia odpowiedniego instrumentarium prawnego w celu zachowania i promocji elementów kultury niematerialnej. Warto natomiast przypomnieć, że źródłem ochrony – zarówno w przypadku obiektów własności intelektualnej w formie materialnej, jak i wiedzy oraz sztuki tradycyjnej – jest zarówno spuścizna wieku oświecenia¹, jak i zasady ekonomiczne, określone w regulacjach amerykańskiej konstytucji z 1787 roku². Kolejnym znaczącym wydarzeniem dla problematyki ochrony wytworów intelektualnych było stworzenie różnorodnych środków i narzędzi komunikacji. Współcześnie zagrożeniem dla tradycyjnej sztuki są zwłaszcza kopie przemysłowe, wykonywane na potrzeby przemysłu turystycznego, które nie tylko reprodukują dziedzictwo kulturowe w niewłaściwym kontekście, lecz także – o znacznie gorszej jakości. Kopie przemysłowe nie tylko pomniejszają wartość dzieł tradycyjnych, ale naruszają ich istotę. Są zatem kulturowym i psychologicznym zagrożeniem dla tożsamości i ciągłości grup, społeczności i narodów³.

¹ Twierdzenie o potrzebie wyróżnienia i uregulowania kwestii własności intelektualnej w Europie kontynentalnej propagowali *encyklopedyści*, a zwłaszcza Diderot oraz Voltaire. W 1777 r. P.A. Caron de Beaumarchais założył we Francji pierwsze stowarzyszenie autorów, mające na celu uświadamianie uprawnień twórców związanych z wykorzystaniem przez nabywców dóbr literackich i artystycznych (działające do dziś *Société des auteurs et compositeurs dramatiques – SACD*).

² Dokument ten posiada słynną klauzulę (*Patent and Copyrights Clause*) stanowiącą, że uprawnienia te mają za cel promowanie rozwoju nauki i sztuki. Amerykańska ustawa zasadnicza określa także, iż autor powinien być traktowany analogicznie do twórcy rzeczy materialnej. Por. R.M. Hilty, *Rationales for Legal Protection of Intangible Goods and Cultural Heritage*, „International Review of Intellectual Property and Competition Law” 2009, t. 40, nr 8, s. 883–911.

³ W literaturze przedmiotu podkreśla się, że moment, w którym tradycyjne formy wyrazu stały się podstawą do wykorzystania w produkcji masowej, był znaczący dla procesu postrzegania całości dziedzictwa kulturowego, nie tylko utrwalonego w materialnej formie, ale również jego elementów niematerialnych – dla zachowania ciągłości tożsamości kulturowej społeczeństw. Próby zawłaszczenia i komercjalizacji, często także elementów wierzeń i obrzędowości, doprowadziły do rosnącego sprzeciwu i chęci przyznania ochrony prawnej elementom niematerialnej kultury tradycyjnej. Ta narastająca świadomość konieczności ochrony znalazła swoje odzwierciedlenie również w dokumentach prawnych. Por. P. Kuruk, *Protecting Folklore under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions between Individual and Communal Rights in Africa and the United States*, „American University Law Review” 1999, t. 48, s. 769–852.

Najstarszym aktem prawa międzynarodowego odnoszącym się do wytworów intelektualnych jest konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych z 1886 roku⁴. Pierwsza redakcja konwencji nie odwoływała się do twórczości ludowej. Dopiero w wersji przyjętej na konferencji w Sztokholmie w 1967 roku dodano postanowienia⁵, w myśl których można uznać przejawy folkloru za przedmiot konwencyjnej ochrony⁶. Z kolei konwencja rzymska o ochronie wykonawców, producentów fonogramów oraz organizacji nadawczych⁷ zakłada ochronę pośrednią, ponieważ chronione mogą być *wykonania* form mówionych, instrumentalnych, wokalnych i tanecznych kultury tradycyjnej, nie zaś – same przejawy folkloru⁸.

Ochrona folkloru w działaniach Światowej Organizacji Własności Intelektualnej⁹

Pierwsze dyskusje dotyczące przyznania prawnej ochrony formom niematerialnego dziedzictwa kulturowego i wiedzy tradycyjnej rozpoczęły się ponad czterdzieści lat temu. Odnosiły się przede wszystkim do kwestii uznania folkloru za przedmiot ochrony. Te rozważania częściowo związane były z procesami dekolonizacji Afryki w XX wieku oraz z poszukiwaniem przez nowo powstałe państwa tożsamości kulturowej, a co za tym idzie – ciągłości historycznej i politycznej.

Zagadnienie ochrony folkloru po raz pierwszy zostało poruszone podczas forum międzynarodowego w 1973 roku. Przedstawiciele Boliwii zaproponowali projekt przyjęcia protokołu dodatkowego do *Powszechnej konwencji o prawie autorskim*¹⁰, rozszerzającego przedmiot ochrony również na folklor. Pośrednim rezultatem

⁴ *Konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych*, Dz.U. z 1990 r. Nr 82, poz. 474 – załącznik; S. Ricketson, J.C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond*, Oxford–New York 2006, s. 267, 274.

⁵ Art. 15 (4) lit. a) i b).

⁶ Regulacje konwencji wprowadziły konieczność utworzenia przez państwa sygnatariusze organu odpowiedzialnego za zbiorowe wykonywanie i zarządzanie prawami w przypadku utworów nieznanymi autorów i przekazanie danych o tych instytucjach do wiadomości Światowej Organizacji Własności Intelektualnej. Jakkolwiek sporną kwestią jest, czy folklor może być chronionym „utworem” w myśl konwencji, tym bardziej, że przywołuje on zawsze prawa społeczności czy wspólnoty, nie zaś – uprawnienia indywidualne.

⁷ *Konwencja o ochronie wykonawców, producentów fonogramów oraz organizacji nadawczych sporządzona w Rzymie dnia 26 października 1961 r.*, Dz.U. z 1997 r. Nr 121, poz. 800.

⁸ W myśl postanowień art. 3(a) konwencji rzymskiej za wykonawców uznaje się: „aktorów, śpiewaków, muzyków, tancerzy i inne osoby, które odgrywają, śpiewają, odtwarzają, recytują, grają lub w inny sposób wykonują dzieła literackie i artystyczne”. Jakkolwiek kazuistyczne wyliczenie „wykonawców” nie zapewnia *explicite* ochrony wykonawcom twórczości ludowej. Tym bardziej, że przejawy folkloru nie spełniają konwencyjnych przesłanek „twórczości literackiej i artystycznej”.

⁹ WIPO – World Intellectual Property Organization, Światowa Organizacja Własności Intelektualnej, agencja wyspecjalizowana ONZ, <http://www.wipo.int/portal/index.html.en> [odczyt: 4.05.2014]; J. Menkes, A. Wasilewski, *Organizacje międzynarodowe*, Warszawa 2004, s. 47.

¹⁰ *Powszechna konwencja o prawie autorskim*, zrewidowana w Paryżu dnia 24 lipca 1971 r., Dz.U. z 1978 r. Nr 8, poz. 28.

tej inicjatywy było stworzenie *Modelowego prawa autorskiego dla krajów rozwijających się w 1976 roku*¹¹. Dokument ten powstał we współpracy UNESCO i Światowej Organizacji Własności Intelektualnej. Kolejnym krokiem w staraniach o ochronę prawną dziedzictwa niematerialnego była publikacja w 1982 roku *Modelowych przepisów dla regulacji krajowych w sprawie ochrony przejawów folkloru przed nielegalną eksploatacją i innymi szkodliwymi działaniami*¹². Zostały one przyjęte rok później na połączonym posiedzeniu Komitetu Wykonawczego Konwencji Berneńskiej i Międzypaństwowego Komitetu do spraw Praw Autorskich w Genewie. Komitety uznały, że propozycja modelowych przepisów Światowej Organizacji Własności Intelektualnej to pierwszy krok do utworzenia międzynarodowego systemu ochrony *sui generis*. Opierając się na tym akcie, zaproponowano także projekt *Konwencji w sprawie ochrony przejawów folkloru przed nielegalną eksploatacją i innymi szkodliwymi działaniami*. Konwencja nie została jednak nigdy przyjęta przez wzgląd na sprzeciw krajów rozwiniętych¹³.

Modelowe przepisy dla regulacji krajowych w sprawie ochrony przejawów folkloru przed nielegalną eksploatacją i innymi szkodliwymi działaniami nie definiują folkloru. Dokument wprowadza natomiast kategorię „przejawy folkloru”¹⁴. Przejawy folkloru są to wszystkie formy wyrazu artystycznego, zawierające elementy charakterystyczne dla tradycyjnej kultury, rozwijanej i kultywowanej przez daną społeczność lub jednostki należące do konkretnej społeczności¹⁵. Ta definicja obejmuje także bardziej zindywidualizowane formy przejawów folkloru, ponieważ ogólnie uznana kategoria „bezosobowego” charakteru folkloru nie zawsze odzwierciedla realia rozwoju kultury tradycyjnej¹⁶. Przepisy modelowe używają określeń „przejawy folkloru” bądź

¹¹ *Tunis Model Law on Copyright for Developing Countries (1976)*, http://portal.unesco.org/culture/en/files/31318/11866635053tunis_model_law_en-web.pdf/tunis_model_law_en-web.pdf [odczyt: 4.05.2014].

¹² *Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions with a Commentary*, www.wipo.int/tk/en/documents/pdf/1982-folklore-model-provisions.pdf [odczyt: 4.05.2014].

¹³ J. Blake, *On Developing a New International Convention for Safeguarding Intangible Cultural Heritage*, „Art Antiquity and Law” 2003, t. VIII, nr 4, s. 384 i n.

¹⁴ Przepisy modelowe zawierają także enumeratywne wyliczenie chronionych przejawów folkloru. Są one podzielone na cztery kategorie:

- *przejawy wyrażone słowem*, np. pieśni, gawędy, baśnie ludowe;
- *przejawy muzyczne*, np. ludowa muzyka wokalna i instrumentalna;
- *przejawy taneczne*, np. tańce ludowe;
- *przejawy utrwalone na materialnym nośniku* (materialne przejawy folkloru), np. rysunki, ryciny, biżuteria, tkaniny, hafty i in.

¹⁵ W odróżnieniu od regulacji prawa autorskiego, nie ma wymogu zapisu tych przejawów w formie materialnej.

¹⁶ W myśl postanowień *Modelowych przepisów* jedynie „artystyczne” przejawy folkloru są przedmiotem ochrony. Poza regulacjami *Przepisów* pozostają przykładowo elementy tradycyjnych wierzeń (np. ludowa kosmogonia) czy obyczaje i inne formy kultury tradycyjnej o charakterze użytkowym. Wprowadzenie wymogu „artystyczności” jest jednak rozpatrywane w jak najszerszym sensie, przy odwołaniu się do wszystkich przejawów sztuki w twórczości ludowej.

¹⁶ Przykładowo: konkretne wykonania pieśni, nowe techniki wykonawcze i in.

– „twórczość folklorystyczna”, nie stosują natomiast terminu „utwór” właściwego dla norm autorskoprawnych. Zabieg ten podkreśla, że rozpatrywane przepisy modelowe są prawem *sui generis*, nie zaś – regulacjami prawa własności intelektualnej.

Regulacje *Modelowych przepisów* przyjmują dwa zasadnicze sposoby ochrony przejawów folkloru: zabezpieczenie przed nielegalną eksploatacją (*illicite exploitation*) i przed innymi szkodliwymi działaniami (*prejudicial action*). *Nielegalna eksploatacja* pojmowana jest dwutorowo: jako wykorzystanie przejawów folkloru dla korzyści materialnych oraz jako użytkowanie przejawów folkloru w sposób wykraczający poza tradycyjny lub zwyczajowy kontekst kulturowy. „Kontekst tradycyjny” oznacza wykorzystanie przejawów folkloru w sposób odpowiedni dla obowiązujących rytuałów. „Kontekst zwyczajowy” odnosi się do codziennych praktyk społeczności. Ten kontekst może ulegać dynamicznym zmianom, w odróżnieniu od kontekstu tradycyjnego. Ochronie podlegają przypadki publikacji, reprodukcji, dystrybucji przejawów folkloru¹⁷ oraz przypadki wykonania publicznego, rozpowszechniania drogą bezprzewodową inne sposoby „komunikowania publiczności”¹⁸. *Modelowe przepisy* zapewniają każdemu z członków społeczności swobodny dostęp do przejawów folkloru oraz ich użytkowania, również w celach zarobkowych. Dopuszczalne jest także wykorzystanie folkloru do projektów edukacyjnych i naukowych¹⁹.

Inne działania szkodliwe są to cztery formy wykroczeń, które podlegają sankcjom karnym:

- konieczność umieszczenia *apelacji pochodzenia*, czyli zastrzeżonego znaku pochodzenia (*appellation of origin*)²⁰;
- nieuprawnione użycie wykraczające poza granice określonej tradycji i zwyczajów lub sprzeczne z ustanowionym tradycyjnie sposobem wykorzystania;
- błędne przyporządkowanie przejawów folkloru;
- czyny zniekształcające lub modyfikujące przejawy folkloru, stwarzające pośrednie zagrożenia dla tożsamości kulturowej społeczności.

Modelowe przepisy nie odwołują się to kategorii „autorstwa”. Stosowane są określenia „właściwy organ” (*competent authority*) lub „zainteresowana społeczność” (*community concerned*) na określenie wspólnoty, której prawa są zagrożone. Organami powołanymi do zarządzania prawami w przypadku przejawów folkloru mogą być zarówno istniejące instytucje, jak i specjalnie stworzone w tym celu agencje. Obowiązkami tych placówek, w myśl postanowień *Modelowych przepisów*, ma być przyjmowanie i rozpatrywanie zgłoszeń dotyczących wykorzystania przejawów folkloru danej społeczności oraz – jeżeli zostałyby przyjęta podobna możliwość na gruncie prawa krajowego – wyznaczanie i pobieranie opłat za użytkowanie folkloru.

¹⁷ *expressions involved* – wykorzystanie samych form przejawów folkloru.

¹⁸ *expressions not involved* – użytkowanie pośrednie.

¹⁹ Przepisy uznają również możliwość „zapożyczenia” z folkloru do stworzenia nowej formy artystycznej – *novum* w stosunku do istniejących regulacji autorskoprawnych. Przepisy nie sankcjonują „nieświadomych zapożyczeń” (*incidental utilization*).

²⁰ We wszystkich publikacjach oraz materiałach „komunikowanych publiczności” musi znaleźć się określenie pochodzenia przejawów folkloru, umożliwiające prawidłową identyfikację i powiązanie z tradycją danych społeczności lub narodów.

Otrzymane w ten sposób środki mogą zostać przeznaczone na rozwój kultury tradycyjnej lub być przekazane istniejącym funduszom wspierającym działalność artystyczną.

Ochrona folkloru w działaniach UNESCO

W prawie międzynarodowym pojęcie „niematerialnego dziedzictwa kulturowego” (*intangible cultural heritage*) zostało wprowadzone poprzez postanowienia *Konwencji w sprawie ochrony niematerialnego dziedzictwa kulturowego* z dnia 17 października 2003 roku, przyjętej podczas 32. sesji Konferencji Generalnej UNESCO²¹. Konwencja podkreśla dążenie legislatora międzynarodowego do objęcia ochroną wszystkich aspektów światowego dziedzictwa kulturowego²². Regulacja ma zatem charakter komplementarny w stosunku do *Konwencji w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturalnego i naturalnego* z 1972 roku²³. W trakcie debat nad kształtem nowej regulacji dotyczącej kultury niematerialnej, początkowo opierano się na treści konwencji z roku 1972. Pierwszy model przewidywał stworzenie rozwiązań prawnych typu prawa własności intelektualnej, z elementami ochrony *sui generis*. Kolejnym pomysłem było wykorzystanie istniejących norm ochrony dziedzictwa materialnego. Te propozycje nie znalazły jednak odzwierciedlenia w ostatecznym tekście konwencji – postanowienia konwencji obejmowały powołanie stałego organu i mechanizmu finansowego, opartego na Sekretariacie UNESCO, stworzenie Listy Obiektów Niematerialnego Dziedzictwa Kulturowego, a także zobowiązanie państw do zapewnienia ochrony dla niematerialnego dziedzictwa kulturowego na swoim terytorium oraz jego identyfikacji²⁴.

²¹ *Konwencja UNESCO w sprawie ochrony niematerialnego dziedzictwa kulturowego, sporządzona w Paryżu dnia 17 października 2003 r.*, Dz.U. z 2011 r. Nr 172, poz. 1018.

²² Art. 2. ust. 2 wymienionego aktu statuuje, iż „dziedzictwo niematerialne” to:

- a) tradycje i przekazy ustne, w tym język jako nośnik niematerialnego dziedzictwa kulturowego;
- b) sztuki widowiskowe;
- c) zwyczaje, rytuały i obrzędy świąteczne;
- d) wiedza i praktyki dotyczące przyrody i wszechświata;
- e) umiejętności związane z rzemiosłem tradycyjnym.

²³ Dz.U. z 1976 r. Nr 32, poz. 190. Potrzebna jest konkretna terminologiczna – w tekście konwencji angielskie pojęcie *cultural* (fr. *culturel*) zostało przetłumaczone jako „kulturalny”. Obecnie częściej stosuje się termin „kulturowe” w odniesieniu do dziedzictwa. Takie brzmienie nadano również w tłumaczeniu konwencji z 2003 r. Warto zresztą zaznaczyć, że możliwość włączenia, w formie protokołu do przywołanej konwencji, dziedzictwa niematerialnego rozważano jeszcze podczas prac przygotowawczych. Ostatecznie jednak minęło 30 lat od ujęcia w regulacjach prawnych niematerialnego dziedzictwa kulturowego w postaci osobnej konwencji.

²⁴ Art. 11 lit. a) i b).

Modele ochrony

Od samego początku projektu włączenia folkloru do regulacji międzynarodowych rozważania dotyczyły ewentualnego zastosowania konstrukcji prawa własności intelektualnej do form dziedzictwa tradycyjnego. Należy jednak podkreślić, że w większości folklor nie spełnia podstawowych przesłanek ochrony autorskoprawnej. Zasadniczy problem stanowi fakt, że w myśl postanowień większości regulacji krajowych dotyczących wytworów intelektualnych, przesłanką objęcia ochroną jest *utrwalenie utworu*. W odniesieniu do folkloru zapis dzieła na materialnym nośniku, w konkretnej formie, jest niezwykle rzadki. Drugą ważną kwestią jest określenie *autorstwa*. W systemie prawnoautorskim ochrona ukierunkowana jest właśnie na osobę twórcy. Podstawową różnicą pomiędzy przejawami folkloru a kategorią „utworu” w myśl prawa autorskiego jest brak wyraźnej więzi indywidualnej (*vinculum spirituale*), ponieważ za twórcę można uznać każdego przedstawiciela danej społeczności czy narodu.

Obecnie w literaturze przedmiotu ochrona kultury niematerialnej najczęściej rozpatrywana jest w odniesieniu do praw człowieka. *Powszechna Deklaracja Praw Człowieka* uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w 1948 roku²⁵ ustanowiła, *inter alia*, również prawa kulturalne oraz prawo do ochrony prywatności. Wpisanie kultury i dziedzictwa do katalogu praw fundamentalnych to wprowadzenie ochrony dziedzictwa kulturowego do zakresu praw podstawowych jednostek i społeczności²⁶. Deklaracja w art. 27(2) statuuje, że wytwory intelektualne, zarówno artystyczne, jak i naukowe, są przedmiotem praw majątkowych, jak i osobistych. Rozwiązania art. 17 z kolei określają kategorię *właściciela zbiorowego* tych praw oraz pojęcie ich „niezbywalności”. Co więcej, deklaracja wprowadza zasadę godziwego wynagrodzenia za pracę oraz zasadę równości wobec prawa. Powyższe postanowienia mogą być wykorzystane do zapewnienia odpowiedniej ochrony przed nielegalnym wykorzystaniem przejawów folkloru. Dodatkowo, deklaracja statuuje prawo do *samoostanowienia*, do którego mogą się odwoływać mniejszości etniczne bądź narodowe w walce o zachowanie ich tożsamości kulturowej i zasobów kulturowych. Jest to aspekt ważny, ponieważ zagadnienia etyczne związane z ochroną niematerialnego dziedzictwa kulturowego zostały uwzględnione przez legislatora międzynarodowego. Art. 2.1 konwencji z 2003 roku kładzie nacisk na udział społeczności lokalnych w działaniach zachowania i promocji dziedzictwa niematerialnego. Państwa sygnatariusze muszą zwłaszcza przestrzec przed dyskryminacją różnej formy – politycznej, społecznej, religijnej, językowej, płciowej, wpływającej na dekontekstualizację danego zjawiska. Jakkolwiek ważna jest kwestia zapewnienia właściwego rozwoju dla folkloru, tak aby wykluczyć możliwość jego zawłaszczenia przez społeczności lokalne dla realizacji celów politycznych. Również Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, uchwalony przez Zgromadzenie

²⁵ *Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z dnia 10 grudnia 1948 r.*

²⁶ A. Wojciechowska, *Uniwersalizm autorskich praw osobistych w dobie międzynarodowych konwencji*, ZN UJ PWiOWI 1997, z. 69, s. 19–25.

Ogólne ONZ w 1977 roku²⁷ nakłada na państwa-strony zobowiązanie poszanowania wolności niezbędnej do prowadzenia działalności artystycznej. W art. 15 ust. 1 lit. a) pakt uznaje prawo autorów do korzystania z ochrony interesów osobistych i majątkowych, wynikających z wszelkiej twórczości naukowej, literackiej i intelektualnej. Głównym problemem w wykorzystaniu konstrukcji praw człowieka do ochrony przejawów folkloru jest fakt, że ustanawiają one obowiązki *po stronie państw*, nie zaś – w odniesieniu do jednostek czy np. transnarodowych korporacji.

Propozycje rozwiązań prawnych

Ochrona przejawów folkloru regulacjami prawa krajowego lub regionalnymi porozumieniami jest kwestią problematyczną, ponieważ kultura tradycyjna nie spełnia przesłanek *autorstwa, oryginalności czy utrwalenia* wytworów intelektualnych. Nie ma również wypracowanych wiążących rozwiązań prawnych na płaszczyźnie międzynarodowej. W literaturze przedmiotu można jednak wyróżnić kilka propozycji mających za cel zapewnienie efektywnej ochrony.

Profesor Reto M. Hilty w swoim artykule *Rationales for the Legal Protection of Intangible Goods and Cultural Heritage*²⁸ wprowadził kategorię „prawa do prywatności kulturowej” (*cultural privacy*), która może chronić szeroko rozumiane interesy grup, społeczności i państw przed naruszeniem elementów niematerialnego dziedzictwa kulturowego. Profesor Hilty stawia zatem tezę, że prawa do własności i użytkowania elementów kultury niematerialnej są konstrukcją odwołującą się do praw człowieka i praw osobistych, posługując się koncepcją ogólnego prawa osobistości²⁹ oraz pojęciem z prawa anglosaskiego *privacy*³⁰.

Innym ujęciem może okazać się wprowadzenie konstrukcji z francuskiego prawa autorskiego *domain public payant*, czyli obowiązku, nawet po wygaśnięciu praw majątkowych do utworu, wniesienia opłaty na rzecz określonych organizacji zbiorowego zarządzania przy użytkowaniu dzieł. Środki zgromadzone w ten sposób przeznaczane są na konkretny cel³¹. Tego rodzaju publicznoprawny obowiązek mógłby zabezpieczyć zwłaszcza eksploatację artystycznych przejawów folkloru. Jakkolwiek

²⁷ *Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych*, Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 169.

²⁸ R.M. Hilty, *Rationales...*, s. 893 i n.

²⁹ M. Lijowska, *Koncepcja ogólnego prawa osobistości w niemieckim i polskim prawie cywilnym*, KPP 2001, z. 4, s. 758.

³⁰ Konstrukcja ta, charakterystyczna dla systemu *common law*, rozpatrywana jest jako odpowiednik kontynentalnej nieuczciwej konkurencji, tyle że odnosi się nie tylko do praw konsumenckich, ale bierze w ochronę *podmiot*, który jest poszkodowany przez nieuczciwe zachowanie osoby trzeciej (tzw. *passing off*). W literaturze przedmiotu podkreśla się fakt, że punktem wyjścia jest tu zdolność precyzyjnego samookreślenia się jednostki i świadomego poczucia zagrożenia lub naruszenia własnych uprawnień. Ta konstrukcja jurydyczna odnosi się do ogólnego prawa ochrony życia prywatnego (*right of privacy*).

³¹ Na przykład we Francji – na rozwój inicjatyw kulturalnych.

wprowadzenie takiego modelu ochrony na płaszczyźnie normodawstwa krajowego nie przyniesie oczekiwanych skutków – tylko obywatele będą musieli płacić za wykorzystanie elementów sztuki i kultury tradycyjnej, zaś zapożyczenia i użytek za granicą pozostanie nadal bezpłatny i nieusankcjonowany. Zabezpieczenie tego typu może być pożyteczne jedynie na poziomie systemu międzynarodowej ochrony.

Dokumenty prawa międzynarodowego odzwierciedlają koncepcję tworzenia poprzez dziedzictwo kulturowe kontekstu i płaszczyzny dla warunków rozwojowych opartych na świadomości kulturowej i rozpoznaniu własnego dziedzictwa materialnego i niematerialnego. Dialog taki zapewnia poszanowanie różnorodności oraz równowartość poszczególnych form wyrazu, reprezentatywnych dla poszczególnych społeczności, narodów i regionów świata. Niematerialne formy dziedzictwa tworzą nierozzerwalną całość wraz z obiektami materialnymi, kształtującą kulturę, historię oraz tradycję państw i narodów. Nie należy jednak pomijać faktu, że zagadnienie ochrony tych obiektów ma także swój czysto ekonomiczny, wręcz handlowy wymiar³². Tym bardziej, że często korzystanie z elementów dziedzictwa niematerialnego w liniach produkcyjnych państw lepiej rozwiniętych godzi w interesy krajów rozwijających się – spadkobierców obiektów wiedzy i kultury tradycyjnej. Konieczne jest zatem stworzenie nowego *typu ochrony i instrumentarium*, które skutecznie chroniłoby specyfikę form folkloru. Rozwiązaniem najbardziej efektywnym wydaje się konstrukcja ochrony typu prawa własności intelektualnej, ale z elementami ochrony *sui generis* w odniesieniu do zidentyfikowanych i opisanych przejawów folkloru. Odwołania do praw człowieka także są niezbędne, przez wzgląd na szeroko pojęty zakres ochrony, ściśle powiązany z tożsamością kulturową społeczności i narodów.

Bibliografia

- Blake J., *On Developing a New International Convention for Safeguarding Intangible Cultural Heritage*, „Art Antiquity and Law” 2003, t. 8, nr 4, s. 384–401.
- Geige Ch., *Constitutionalising IP Law?*, „International Review of Intellectual Property and Competition Law” 2006, t. 37, nr 4, s. 371–406.
- Hilty R.M., *Rationales for Legal Protection of Intangible Goods and Cultural Heritage*, „International Review of Intellectual Property and Competition Law” 2009, t. 40, nr 8, s. 883–911.
- Kuruk P., *Protecting Folklore under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions between Individual and Communal Rights in Africa and the United States*, „American University Law Review” 1999, t. 48, s. 769–852.
- Lewinski S. von, *An Analysis of WIPO's Latest Proposal and the Model Law 2202 of the Pacific Community for the Protection of Traditional Culture Expressions* [w:] Ch. Antons (red.), *Traditional Knowledge, Traditional Culture Expressions and Intellectual Property Law in the Asia Pacific Region*, Alphen aan den Rijn, Holandia 2009.

³² A. Lucas-Schloetter, *Folklore* [w:] S. von Lewinski (red.) *Indigenous Heritage and Intellectual Property. Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, Alpen aan den Rijn, Holandia 2008, s. 339–501.

- Lewinski S. von (red.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property. Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, Alphen aan den Rijn, Holandia 2008.
- Lijowska M., *Koncepcja ogólnoego prawa osobistości w niemieckim i polskim prawie cywilnym*, KPP 2001, z. 4, s. 758–823.
- Lucas-Schloetter A., *Folklore* [w:] S. von Lewinski (red.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property. Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, Alphen aan den Rijn, Holandia 2008, s. 339–501.
- Menkes J., Wasilewski J., *Organizacje międzynarodowe*, Warszawa 2004.
- Olubukola Egunjobi M., *Harnessing Traditional Knowledge for Development: an Intellectual Property Perspective*, Toronto 2005.
- Ricketson S., Ginsburg J.C., *International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond*, Oxford–New York 2006, s. 267, 274.
- Shiva V., *TRIPS, Human Rights and the Public Domain*, „The Journal of World Intellectual Property” 2004, t. 7, nr 5, s. 665–673.
- Wojciechowska A., *Uniwersalizm autorskich praw osobistych w dobie międzynarodowych konwencji*, ZN UJ PWiOWI 1997, z. 69, s. 19–25.
- Wendland W., *Intellectual Property, Traditional Knowledge and Folklore: WIPO’s Exploratory Program*, „International Review of Industrial Property and Copyright Law” 2002, t. 33, nr 4, s. 485–504.
- Konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych*, Dz.U. z 1990 r. Nr 82, poz. 474, załącznik.
- Konwencja o ochronie wykonawców, producentów fonogramów oraz organizacji nadawczych sporządzona w Rzymie dnia 26 października 1961 r.*, Dz.U. z 1997 r. Nr 121, poz. 800.
- Konwencja w sprawie ochrony niematerialnego dziedzictwa kulturowego, sporządzona w Paryżu dnia 17 października 2003 r.*, Dz.U. z 2011 r. Nr 172, poz. 1018.
- Konwencja w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturalnego i naturalnego z 1972 r.* Dz.U. z 1976 r. Nr 32, poz. 190.
- Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych*, Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 169.
- Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicite Exploitation and Other Prejudicial Actions*, WIPO and UNESCO, Paris–Geneve 1985.
- Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z dnia 10 grudnia 1948 r.*
- Powszechna konwencja o prawie autorskim zrewidowana w Paryżu dnia 24 lipca 1971 r.*, Dz.U. z 1978 r. Nr 8, poz. 28.
- Preliminary systematic analysis of national experiences with the legal protection of expressions of folklore WIPO/GRTKF/IC/4/3.
- Report 2002. Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, trzecia sesja, Genewa 2002, WIPO/GRTKF/IC/3/17.
- Report 2004. Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, siódma sesja, Genewa 2004, WIPO/GRTKF/IC/7/15.
- Technical co-operation on the legal protection of expressions of folklore WIPO/GRTKF/IC/4/4.
- The Protection of Expressions of Folklore: The Attempts at International Level, WIPO, Genewa 1997, WIPO/CR/KRT/05/8.
- The Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore. Revised Objectives and Principles, Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, 8 sesja, 6–10 czerwca 2005. WIPO/GRTKF/IC/8/4/Annex.
- Tunis Model Law on Copyright for Developing Countries*, WIPO, Geneva 1976.