

PRZEDSIĘBIORSTWO W INTERNECIE

Wybrane problemy regulacji antyspamowych w Polsce

Definicja. Słowo **spam** w jego popularnym, współczesnym znaczeniu to określenie wszelkiego rodzaju niechcianej korespondencji elektronicznej. Wikipedia celnie je uściśla:

„Spam to elektroniczne wiadomości rozsyłane do osób, które ich nie oczekują. Zwykle (choć nie zawsze) są wysyłane masowo. Istotą spamu jest rozsyłanie dużej liczby informacji komercyjnych o jednakowej treści do nieznanym wysyłającemu osób. Nie ma znaczenia jaka jest treść tych wiadomości.”

Na podstawie jeszcze dokładniejszej definicji, przytaczanej przez amerykańską organizację pozarządową *Mail Abuse Prevention System*¹, pod pojęciem „spam” należy rozumieć **informację przesłaną drogą elektroniczną** (w tym nie tylko informację handlową), **która spełnia łącznie następujące warunki:**

1. jej treść i kontekst są niezależne od tożsamości odbiorcy, ponieważ potencjalnie może być skierowana do wielu innych osób;
2. odbiorca nie wyraził wcześniej zgody na otrzymanie wiadomości, przy czym zgoda taka musi być wyraźna, możliwa do weryfikacji, zamierzona i zawsze odwołalna;
3. z okoliczności wynika, że wysyłający odniesie większe korzyści z faktu wysłania wiadomości w stosunku do korzyści, jakie odniesie odbiorca w związku z jej odbiorem.

Można je skrótowo ująć jako: uniwersalność treści, brak zgody odbiorcy oraz asymetrię korzyści.

Rodzaje spamu. Spam można dzielić rozmaicie; ze względu na zawartość wyróżniamy dwa rodzaje: tzw. **Unsolicited Commercial Email** (UCE), czyli przesyłki o charakterze reklamowym, oraz **Unsolicited Bulk Email** (UBE) – wiadomości o charakterze często niekomercyjnym, przybierające postać „łańcuszków szczęścia”, apeli o pomoc („potrzebna krew dla umierającego...”), wiadomości od organizacji społecznych, partii politycznych, masowych ostrzeżeń o rzekomym wirusie etc. Warto już w tym miejscu zaznaczyć, że właśnie to rozróżnienie ma znacznie prawne.

¹ Za: www.uokik.gov.pl z dnia 5 listopada 2006 r.

Spam i jego synowie. Oba typy spamu najczęściej rozpowszechniane są za pośrednictwem poczty elektronicznej lub Usenetu (ogólnoświatowej sieci list dyskusyjnych), ale spamerzy używają także telefonii internetowej (**spit** – SPam over Internet Telephony; dosł. „splunięcie”), komunikatorów typu Gadu-Gadu (**spim**, od IM – Instant Messaging), SMS-ów lub MMS-ów (**m-spam**, lub spam mobilny – od ang. *mobile phone*); znane jest także zjawisko blogów, tworzonych w celu zaśmiecania wyników wyszukiwarek internetowych (**splog** – SPam bLOG). Ofiarami spamu padają telefony, faksy, czaty (IRC), ICQ – niemal każda z elektronicznych platform komunikacji; za postać spamu uznaje się niekiedy także tzw. **pop-up windows**, czyli wyskakujące okienka reklamowe na stronach www.

Narodziny i rozwój plagi. Spam jest niemal równie stary jak sam Internet: pojawił się po raz pierwszy, jak zgodnie podają źródła, już w 1978 roku. Nie ma już tej pewności co do osoby pierwszego spamera. Według jednych miał być nim Einar Stefferud, który, korzystając z kompletnej bazy adresów mailowych użytkowników Arpanetu, wysłał 1 maja 1978 r. około 1000 maili z zaproszeniem na swoje urodziny. Uruchomiło to serię żartobliwych i złośliwych odpowiedzi, które zablokowały twarde dyski na komputerze dowcipnisia. Według innych autorem pierwszego sieciowego tasiemca był Gary Thuerk, który napisał 1 maja 1978 i wysłał dwa dni później maila z reklamą „*producenta mini-komputerów, firmy Digital Equipment Corp., która zapraszała wszystkich użytkowników Arpanetu z Zachodniego Wybrzeża USA na „dzień otwarty” – prezentację najnowszych produktów firmy*”. (Wikipedia). W tym przypadku nie znamy konsekwencji całego zdarzenia dla samego spamera.

Co ciekawe, autorami pierwszego gigantycznego spamu o charakterze komercyjnym byli prawnicy, a konkretnie „*firma adwokacka prowadzona przez Lawrence’a Cantera oraz Marthę Siegel z Phoenix w stanie Arizona: w 1994 roku rozesłała ona do wielu grup Usenetu swoją ofertę usług w zakresie wypełniania formularzy amerykańskiej loterii wizowej. Reakcja internautów była jednoznacznie negatywna. Skrzynki prawników zostały zasypane listami od tysięcy adresatów ich reklamy, którzy w ten agresywny sposób wyrażali swoje niezadowolenie z tego typu praktyk. W efekcie dostawca usług internetowych firmy prawniczej zablokował jej dostęp do kont pocztowych.*” (Wikipedia). Trwałym skutkiem całego zajścia było spopularyzowanie określenia „spam” w USA.

Etymologia. Słowo „spam” ma pochodzić od angielskiego *Shoulder Pork and hAM*, względnie *SPiced hAM* – czyli nazwy popularnej mielonki wieprzowej. To pożywne, acz mało wyszukane danie stanowiło podstawę racji żywnościowych armii amerykańskiej podczas II wojny światowej i „zaskarbiło” sobie szczerą niechęć karmionych nim ustawicznie żołnierzy. Już po wojnie, najpierw w Wielkiej Brytanii, a następnie w USA zaczęło w gwarze młodzieżowej

oznaczać (budzącą widocznie równie żywiolowy wstręt) niechcianą, rozesyланą automatycznie pocztę tradycyjną. Przyczynił się do tego niewątpliwie słynny skecz Monty Pythona.²

Rozmiary i skutki zjawiska. Informacja obecnie stanowi o potęgze – jednak mamy dostęp do znacznie większej liczby danych, niż jesteśmy w stanie przetworzyć. W tej sytuacji kluczowa staje się szybkość wyszukiwania i selekcja. Tymczasem, według różnych szacunków, spam stanowi dziś już 60-70% całej korespondencji internetowej³, a odsetek ten stale rośnie. Jasne zatem jest, że utopienie użytecznej informacji w spammerskim szumie musi spowodować – i powoduje – straty, które trudno zlekceważyć. Tracimy czas: czas serwera, przetwarzającego megabajty śmieci, czas użytkownika zmuszonego przedzierać się przez niechciane wiadomości w poszukiwaniu właściwej, oczekiwanej poczty etc. Spam blokuje łącza, zajmuje miejsce na twardych dyskach, podwyższa koszty zawodowego korzystania z e-poczty (j.w. – *time is money*), powoduje ryzyko utraty prawdziwych wiadomości (przez przeoczenie czy odfiltrowanie), zżera zasoby operatorów i użytkowników zmuszając do przeciwdziałania (opracowywania i instalacji filtrów, programów antyspamowych etc.), wiąże się często z wirusami i innymi złośliwymi programami, phishingiem (oszukańczym pozyskiwaniem poufnej informacji, np. numeru konta bankowego) i innymi formami sieciowej przestępczości, stanowiąc dla nich przykrywkę i podrywając przez to zaufanie do komunikacji elektronicznej jako takiej, a także – co niebagatelne – narusza prywatność użytkowników poprzez narzucenie im treści, których odbioru sobie nie życzą: od reklam poczynając, zaś na twardej pornografii kończąc.

Choć całe prawo komputerowe to wciąż jeszcze *terra incognita*, gałąź *in statu nascendi*, to gdy przyjrzeć się dostępnej literaturze, powstaje wrażenie, że spamem zajmuje się wcale niemała ilość aktów prawnych. Właściwych regulacji szuka się już na poziomie **Konstytucji**, wymieniając **art. 47**: „Każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym.”; **art. 49**: „(...) zapewnia się wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się, a ograniczenie tego może nastąpić jedynie w przepisach określonych w ustawie i w sposób w niej określony (...)” oraz **art. 76**: „Władze publiczne chronią konsumentów, użytkowników i najemców przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, prywatności i bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi. Zakres tej ochrony określa ustawa.”. O ile stosowanie dwóch pierwszych może być dyskusyjne (o czym niżej) – o

² Wikipedia: „W skeczu tym klient, gdy pyta o menu restauracji, dowiaduje się, że w każdym daniu znajduje się trochę mielonki. Gdy klient chce zamówić coś bez mielonki, specjalna grupa zagłuszczy w strojach wikingów, zaczyna śpiewać „SPAM, SPAM, lovely SPAM, wonderful SPAM”, zagłuszając normalną rozmowę.” Nie sposób nie skojarzyć zagłuszania z wywoływanym przez spam śmietnikiem informacyjnym.

³ „Według szacunków Brightmail Co. – amerykańskiego dostawcy usług internetowych – w połowie 2003 r. spam przekroczył po raz pierwszy poziom 50 % ruchu w sieciach teleinformatycznych. (...) Jak wynika z badań firmy Ferris Research, opublikowanych 6 lutego 2005 r. przez The New York Times wynika, że 60% wysyłanych codziennie e-maili to spam.” (cyt. za www.uokik.gov.pl z dnia 5 listopada 2006 r.)

tylę art. 76 jest solidną podstawą dla szczegółowych regulacji ustawowych. Argumenty spamatorów powołujących się na konstytucyjną wolność słowa i swobodę pozyskiwania i rozpowszechniania informacji (**art. 54 par. 1**) są do obalenia w kontekście prawa do prywatności w związku z **art. 31**, zobowiązującym każdego do szanowania wolności i praw innych osób.⁴

Ta sama Konstytucja daje podstawę do stosowania prawa Unii Europejskiej – Unia zaś zajęła się spamem *expressis verbis*, delegalizując spam komercyjny (UCE) **dyrektywą Komisji Europejskiej nr 2000/31/EC** (problem ten porusza także dyrektywa **2002/58/EC**). Ciekawy jest fakt, że próby delegalizacji spamu niekomercyjnego, m. in. politycznego⁵, spotkały się z żywiołowym protestem partii politycznych i organizacji społecznych i wskutek tego spaliły na panewce.

Realizacją wyżej wymienionych dyrektyw jest na gruncie polskim **ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną** (Dz.U. Nr 144 z 2002 r., poz. 1204), która weszła w życie 10 marca 2003 r. Jest to podstawowy akt prawny regulujący problem spamu w Polsce. Wśród wielu innych użytecznych definicji (m.in. *usługodawcy, usługobiorcy, świadczenia usługi drogą elektroniczną, systemu teleinformatycznego oraz adresu elektronicznego*) daje on definicję **informacji handlowej**, którą stanowi *każda informacja przeznaczona bezpośrednio lub pośrednio do promowania towarów, usług lub wizerunku przedsiębiorcy lub osoby wykonującej zawód, której prawo do wykonywania zawodu jest uzależnione od spełnienia wymagań określonych w odrębnych ustawach, z wyłączeniem informacji umożliwiającej porozumiewanie się za pomocą środków komunikacji elektronicznej z określoną osobą oraz informacji o towarach i usługach niesłużącej osiągnięciu efektu handlowego pożądanego przez podmiot, który zleca jej rozpowszechnianie, w szczególności bez wynagrodzenia lub innych korzyści od producentów, sprzedawców i świadczących usługi.* **Art. 10** zakazuje rozsyłania **niezamówionej informacji handlowej** skierowanej do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w szczególności poczty elektronicznej. W **art. 24** za czyn ten przewidziana jest kara grzywny; ściganie następuje na wniosek poszkodowanego w trybie przepisów o postępowaniu w sprawach o wykroczenia. Ustawa stanowi ponadto, że czyn ten stanowi *czyn nieuczciwej konkurencji* w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Informację handlową uważa się za zamówioną, jeśli odbiorca wyraził zgodę na otrzymywanie takiej informacji, w szczególności udostępnił w tym celu identyfikujący go adres elektroniczny. Ustawa zaznacza jednak, że ilekroć zgoda usługobiorcy jest przez prawo

⁴ por. Zbigniew Okoń, *Spam a sprawa polska*, Internet Standard I/2000

⁵ Szerzej o spamie politycznym: Piotr Wagłowski, *Spam polityczny*, Warszawa 2004 – artykuł dostępny na www.vagla.pl 5 listopada 2006 r.

wymagana, to **zgoda ta nie może być domniemana ani też dorozumiana z oświadczenia woli o innej treści**, a także może być odwołana w każdym czasie. Dodatkowe wzmocnienie stanowi przepis, iż *to usługodawca wykazuje uzyskanie zgody usługobiorcy dla celów dowodowych*.

Zawarte w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną odesłania wprowadzają nas w orbitę **prawa ochrony konsumenta**, znajdującego silne oparcie w art. 76 Konstytucji. Zgodnie z **ustawą z 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji** *czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest w szczególności (...) reklama, która stanowi istotną ingerencję w sferę prywatności, w szczególności przez uciążliwe dla klientów nagabywanie w miejscach publicznych, przesyłanie na koszt klienta nie zamówionych towarów lub **nadużywanie technicznych środków przekazu informacji***. Roszczenia z tego tytułu są jednak ograniczone podmiotowo: przysługują tylko przedsiębiorcy, którego interes został zagrożony lub naruszony, krajowej lub regionalnej organizacji, której celem statutowym jest ochrona interesów przedsiębiorców oraz Prezesowi UOKiK, jeżeli czyn nieuczciwej konkurencji zagraża lub narusza interesy konsumentów. Z kolei **ustawa z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów** stanowi, że *przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy (przy zastrzeżeniu że nie jest zbiorowym interesem konsumentów suma ich indywidualnych interesów – cokolwiek by to miało w praktyce oznaczać...)*. W świetle delegalizacji spamu komercyjnego przepis ten dołącza do katalogu możliwych do wykorzystania. Tym bardziej właściwy jest wyraźny przepis **ustawy z 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny**, która w art. 6 ust. 3 stanowi, iż *posłużenie się środkiem komunikacji na odległość, w szczególności pocztą elektroniczną, w celu złożenia propozycji zawarcia umowy może nastąpić tylko za uprzednią zgodą konsumenta*.

Rzecz jasna zastosowanie mają tu także przepisy **kodeksu cywilnego**, przede wszystkim w zakresie ochrony dóbr osobistych (art. 23 k.c. w związku z regulacjami Konstytucji), o czym niżej oraz odpowiedzialności za szkodę - którą niewątpliwie spam, utrudniający a czasem uniemożliwiający korzystanie z komunikacji elektronicznej, może spowodować.

Do przestępstw sieciowych, związanych nader często ze spammingiem, stosują się odpowiednie uregulowania **kodeksu karnego**. Chodzi tu przede wszystkim o artykuły: 267 par. 1 i 2 (hacking, sniffing, spoofing), 268 (niszczenie, utrudnianie zapoznania się z informacją), 268a (zakłócanie dostępu do danych informatycznych) – statuujące tryb prywatnoskargowy ścigania – oraz art. 269 (niszczenie zapisu komputerowego, sabotaż komputerowy), 269a (zakłócanie pracy systemu albo sieci), art. 270 par. 1 (fałszowanie dokumentów), art. 276 (niszczenie dokumentów), oraz - jako uzupełnienie – należący do części ogólnej kodeksu art. 14

par. 1, penalizujący usiłowanie czynu i ustanawiający zasadę, iż karę za usiłowanie wymierza się w granicach ustawowego zagrożenia przewidzianego za dokonanie.

Do problematyki spamu można odnieść również szereg **ustaw szczegółowych**, przede wszystkim z zakresu *informatyzacji i telekomunikacji* (np. ustawa – Prawo telekomunikacyjne) oraz *reklamy i marketingu*, a wręcz szeroko pojętej działalności gospodarczej (por. ustawa o swobodzie działalności gospodarczej i jej art. 21, formułujący wymogi, jakie musi spełniać oferta składana za pośrednictwem m.in. sieci teleinformatycznych), a także *ustawy o ochronie danych osobowych*.

Jak widać, wachlarz możliwości prawnych jest szeroki, acz poszczególne rozwiązania są często – mówiąc językiem dziedziny - niekompatybilne, albo ze sobą nawzajem (przede wszystkim chodzi tu o brak jednolitej terminologii) albo z rzeczywistością (uregulowania zbyt wąskie/szerokie/nieaktualne w kontekście rozwoju technologii⁶/sformułowane w sposób nastroczający poważne trudności interpretacyjne), albo wręcz naciągane. Problem stanowią także rozdroża aksjologiczne: już w Konstytucji nietrudno dostrzec kolizję wartości między ochroną prywatności a wolnością informacji. Warto w tym miejscu wyjaśnić problem stosowania art. 47 ustawy zasadniczej do problematyki UCE⁷. Wydaje się to dyskusyjne. Zarówno wykładnia systemowa (przepis został umieszczony w rozdziale regulującym prawa i wolności osobiste), jak i teleologiczna (*ratio legis* owego przepisu to ochrona jednostki przed nadużyciami władzy publicznej, nie zaś przed niechcianą reklamą), a także stanowisko doktryny w kwestii horyzontalnego obowiązywania konstytucyjnych wolności i praw (ustawę zasadniczą stosuje się bezpośrednio w relacjach osoba fizyczna/prawna – państwo, nie zaś osoba – osoba⁸) przemawiają przeciwko temu. Mówiąc zatem o konstytucyjnym umocowaniu walki ze spamem prawidłowe jest powołanie się na art. 76 i traktowanie art. 47 i 49 jako dodatkowego poparcia aksjologicznego, zarówno dla ochrony prywatności konsumenta i jego dóbr osobistych, jak i wyznaczenia granic wolności pozyskiwania i rozpowszechniania informacji, gwarantowanej w art. 54. Osobnym zagadnieniem jest kwestia UBE.

Inne za to zagadnienie jest dla kwestii spamu kluczowe: **status prawny kont pocztowych** i innych użytkowniczych „miejsc” sieciowych. Jeśli zapytać przeciętnego „zjadacza internetu” do kogo należy jego skrzynka pocztowa, odpowie – intuicyjnie i bez wahania – że do niego. M.

⁶ por. wypowiedź szefowej UKE, minister Anny Streżyńskiej, na temat projektu nowelizacji prawa telekomunikacyjnego, który – jeszcze jako projekt! – nie uwzględnia najnowszych technologii radykalnie zmieniających oblicze dziedziny (za: Anna Kniaź „Czy spam trzeba zwalczać ustawą?”, Prawo Teleinformatyczne nr 1/2006)

⁷ jak czynią to autorzy witryny nospam-pl.net (stan na 5 listopada 2006 r.), oraz M. Jamróg, „Spam a prawo”, e-biuletyn CBKE 1/2005

⁸ tak J. Boć „Prawo administracyjne”, Wrocław 2004, str. 63, oraz B. Banaszak „Prawo konstytucyjne”, Warszawa 2004

Jamróg w swoim artykule „Spam a prawo” (E-biuletyn CBKE 1/2005) używa sformułowania ”poczta elektroniczna jako prywatna własność użytkownika”. Nietrudno jednak zauważyć, że zastosowanie tu tradycyjnych kategorii prawa własności byłoby co najmniej trudne, choćby z uwagi na fakt, iż dotyczy ono rzeczy, zaś rzeczami w rozumieniu k. c. są tylko przedmioty materialne. Rzecz jasna na końcu przysłowiowego druta znajduje się zawsze fizyczny nośnik danych, lecz w wypadku komunikacji elektronicznej to nie on jest w centrum uwagi, już nie mówiąc o tym, iż jest często *de iure* własnością nie użytkownika, a np. dostawcy usług internetowych. Bardziej właściwe wydaje się tu odwołanie do koncepcji ochrony **dóbr osobistych** użytkownika, z uwzględnieniem podstawowej zasady, iż są to immanentnie związane z daną osobą (fizyczną czy prawną) wartości niemajątkowe i niezbywalne.⁹ Dobra osobiste człowieka, jak w szczególności zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska, pozostają pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach (art. 23 k.c.). Pojawiają się jednak problemy wynikające ze zróżnicowanych zależności występujących w sieci oraz specyfiki rzeczywistości wirtualnej. Czy, czyje i jakie dobra osobiste wówczas chronimy?

Należy tu rozważyć, jakie ze szkód powodowanych przez spam można zaliczyć do potencjalnie naruszających dobra osobiste. Piotr Waglowski w kilku artykułach (www.vagla.pl) wymienia tutaj: uniemożliwienie komunikacji elektronicznej (a zatem naruszenie konstytucyjnego prawa do pozyskiwania i rozpowszechniania informacji), utrudnienie funkcjonowania osoby prawnej przez zablokowanie jej systemów informatycznych, podważenie jej dobrego imienia, reputacji czy renomy poprzez wykorzystanie tych systemów do przesyłania spamu (np. komputery *zombie*¹⁰ – tyczy się to także osób fizycznych), naruszenie prywatności czy zdrowia psychicznego osób fizycznych, kradzież tożsamości sieciowej etc.

Ostatnie z naruszeń jest oczywiste w świetle ochrony nazwiska, pseudonimu, nazwy etc.

Co do naruszenia prawa do pozyskiwania i rozpowszechniania informacji, to nie wydaje się być koncepcją słuszną. Po pierwsze, do przepisu owego odnoszą się wszystkie uwagi sformułowane pod adresem art. 47 Konstytucji; po drugie, jest to co najwyżej zablokowanie jednego ze źródeł pozyskiwania i rozpowszechniania informacji: wszak nie ma obowiązku prawnego korzystania akurat z jednej, określonej skrzynki, można zawsze założyć drugą, a duża ilość spamu może być skutkiem nieostrożności lub niewiedzy samego użytkownika, udostępniającego pochopnie swój adres elektroniczny...

⁹ por. komentarz do kodeksu cywilnego pod redakcją E. Gniewka (wyd. C.H. Beck, Warszawa 2005)

¹⁰ komputery nieświadomych niczego użytkowników, przejęte i wykorzystywane do rozsyłania spamu czy działalności przestępczej

Warto w tym miejscu odnotować, że o ile na gruncie subiektywnych teorii dóbr osobistych, odwołujących się do przeżyć psychicznych człowieka (Grzybowski), dałoby się ich naruszenie przez spam stosunkowo łatwo uzasadnić poprzez odwołanie do negatywnych przeżyć użytkownika związanych z kłopotami, jakie spam powoduje, o tyle na gruncie dominujących obecnie teorii obiektywnych (Szpunar, Radwański) rzecz wymaga nieco większej gimnastyki myślowej. Negatywne przeżycia użytkownika są uwzględnione w kodeksie poprzez wymienienie wprost zdrowia jako dobra osobistego szczególnie chronionego – wszak jego elementem jest zdrowie psychiczne. Straty majątkowe niestety nie kwalifikują się do tej kategorii, w ich wypadku zastosowanie winny znaleźć przepisy o odpowiedzialności za szkodę (abstrahując od trudności dowodowych...).

W literaturze przedmiotu wymienia się dalej tajemnicę korespondencji oraz sferę prywatności. Trudno powiedzieć, czy spam narusza tajemnicę korespondencji: w świetle ścisłej wykładni należałoby raczej uznać, że nie, bo istotą zjawiska nie jest zapoznanie się z informacją przeznaczoną dla kogo innego ani z ujawnieniem informacji otrzymanej poufnie¹¹: spam to po prostu korespondencja niechciana. Można rozważyć wykładnię rozszerzającą przepisów o tajemnicy korespondencji, ale wówczas następuje przesunięcie ciężaru w stronę ochrony samego adresu, co zbliża nas raczej do przepisów o ochronie danych osobowych. Z dużym prawdopodobieństwem za to spamming narusza prywatność użytkowników. Pojawia się jednak problem: spam to naruszenie przestrzeni samej skrzynki, zaś dobra osobiste są związane z osobą, nie skrzynką. Może się zresztą zdarzyć – i zdarza często – sytuacja, w której jedna osoba korzysta z wielu skrzynek, lub wiele osób z tej samej skrzynki. Kwestię tę można pozostawić do kazuistycznego rozstrzygnięcia orzecznictwu (sąd decydowałby w każdym przypadku osobno, czy nastąpiło naruszenie sfery prywatności konkretnej osoby), lub pokusić się – zgodnie z panującą tendencją do rozszerzania, w oparciu o aksjologię konstytucyjną i panujące oceny społeczne, katalogu dóbr osobistych – o stworzenie nowego dobra osobistego: **prawa do swobodnego, niezakłóconego i wolnego od immisji korzystania z „własnych” zasobów („przestrzeni”) wirtualnych**¹². Rozwiązanie takie zdaje się być użyteczne: wydaje się dostatecznie intuicyjne, zgodne z oceną społeczną, a jednocześnie dostatecznie elastyczne, by sprostać wymaganiom szybko zmieniającej się sytuacji oraz objąć szerokie spektrum zjawisk. Argumentem przeciw może być duża niedookreśloność, jednak nie wydaje się, by była ona większa niż w przypadku innych dóbr osobistych, szczególnie tak „egzotycznych” jak np. postulowane ostatnio „prawo do czystego środowiska”.

¹¹ por. Z. Radwański „Prawo cywilne. Część ogólna” - rozdział o ochronie dóbr osobistych

¹² Stworzenie nowych dóbr osobistych, odnoszących się do obszaru komunikacji elektronicznej, jest stosunkowo często postulowane, rzadziej natomiast rozwijane; opisane tu rozwiązanie jest propozycją oryginalną, zainspirowaną przemyśleniami Piotra Wagłowskiego.

Alternatywą jest zaproponowane przez Piotra Waglowskiego dobro osobiste oparte na konstrukcji nietykalności mieszkania: tzw. **mir serwera**, czyli potraktowanie serwera jako swoistego „miejsca” w sieci. Koncepcje te są oparte na spójnych założeniach i nie wykluczają się nawzajem, a wręcz uzupełniają.

Osobną kwestią jest **status samego adresu elektronicznego w kontekście ochrony danych osobowych**. Adres taki w świetle ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną to *oznaczenie systemu teleinformatycznego umożliwiające porozumiewanie się za pomocą środków komunikacji elektronicznej*. Z kolei ustawa o ochronie danych osobowych za *dane osobowe* uważa *wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej*.

Osobą możliwą do zidentyfikowania jest osoba, której tożsamość można określić bezpośrednio lub pośrednio, w szczególności przez powołanie się na numer identyfikacyjny albo jeden lub kilka specyficznych czynników określających jej cechy fizyczne, fizjologiczne, umysłowe, ekonomiczne, kulturowe lub społeczne.

Informacji nie uważa się za umożliwiającą określenie tożsamości osoby, jeżeli wymagałoby to nadmiernych kosztów, czasu lub działań. Dyrektor Departamentu Prawnego GIODO wyraził stanowisko, iż umieszczenie w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną adresu elektronicznego obok danych osobowych możliwych do przetwarzania przez usługodawcę sugeruje wolę ustawodawcy aby uznać go za daną osobową¹³. Takie stanowisko wydaje się zbyt daleko idące: adres to oznaczenie systemu, nie osoby; poza tym sam adres nie pozwala zidentyfikować osoby zawsze i wszędzie, zależy to od jego postaci: jan.nowak@xyz.pl identyfikuje osobę (o ile rzecz jasna należy do Jana Nowaka, a nie Marii Kowalskiej), zaś pszczoła@ul.com już nie. Wydaje się, że należy tu przyjąć kompromisowe (choć najmniej zadowalające pod względem pewności) rozwiązanie, iż adres e-mail czasem jest taką daną, a czasem nie. Można przy tym zauważyć, że ostatnie wypowiedzi GIODO, zamieszczone na stronie internetowej Biura¹⁴, wskazują na dystansowanie się od problemu i kierowanie petentów raczej do UOKiK czy Policji.

Wiosną tego roku Ministerstwo Transportu i Budownictwa zaproponowało „**Założenia do Ustawy o SPAM i SPYWARE**”, znacznie rozszerzające definicję spamu: na wszelką niechcianą korespondencję, *via* wszystkie media elektroniczne, łącznie z tzw. *pop-ups*, oraz przewidujące utworzenie przy Urzędzie Komunikacji Elektronicznej specjalnej inspekcji telekomunikacyjnej, wyposażonej w uprawnienia policyjne oraz możliwość karania spamerów grzywną od 100 zł do 50 tys. zł (obecnie maksymalny wymiar grzywny to 5 tys. zł). Projekt spotkał się z krytyką

¹³ za: P. Waglowski „Spam a prawo – próba wskazania kierunków badawczych”, Warszawa 2003

¹⁴ strona dostępna w dniu 5 listopada 2006 r.

zarówno UOKiK, jak i Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji. Przedstawiciele obu instytucji wskazują na trudności i małą społeczną akceptowalność karania np. łańcuszków szczęścia, problemy definicyjne i w ostatecznym rozrachunku zbędność ustawy, postulując ujednoczenie i egzekwowanie istniejących rozwiązań, co wydaje się ze wszech miar słuszne¹⁵.

Spamming, niczym soczewka, ogniskuje wiele z najpoważniejszych problemów prawa komputerowego. Regulacja prawna rzeczywistości wirtualnej pod względem efektywności i adekwatności rozwiązań ciągle przypomina łapanie węgorza w wodzie gołymi rękami. Źródłem problemów są nie tylko skoki technologiczne czy inercja wymiaru sprawiedliwości, ale przede wszystkim nieprzystawalność kategorii myślowych prawa (które pochodzą wszak czasem sprzed paru tysięcy lat) do zjawisk czasów najnowszych. W tej sytuacji wydaje się, że rozwiązaniem lepszym od mechanicznego produkowania kolejnych definicji, które się w rok czy dwa dezaktualizują, jest twórcza adaptacja zasad prawa – w duchu starej aksjologii zachodniej – do owych zjawisk. Wymaga to przetworzenia naszego intuicyjnego pojmowania na rzeczowy język prawa – ale jest to jedyne rozwiązanie obiecujące.

¹⁵ Anna Kniź „Czy spam trzeba zwalczać ustawą?”, Prawo Teleinformatyczne nr 1/2006