

## **Kolizja swobody działalności artystycznej z wybranymi dobrami prawnymi chronionymi przez prawo karne**

Pod koniec czerwca 2012 r. działające na Wydziale Zamiejscowym w Poznaniu Szkoły Wyższej Psychologii Społecznej Koło Nauk Penalnych zorganizowało konferencję naukową poświęconą zagadnieniu kontratywu sztuki. Oprócz wysłuchania wielu interesujących prelekcji, również interdyscyplinarnych, a nie przygotowanych wyłącznie przez prawników, zarysowano wiele problemów, na rozważenie których nie starczyło czasu. Jednym z takich zagadnień wydaje się wartych dalszych rozważań jest temat, któremu postanowiłem poświęcić niniejszą pracę czyli kolizja wolności działalności artystycznej z wybranymi dobrami prawnymi chronionymi przez prawo karne. Przedstawienie tego zagadnienia wydaje się niezbędne jako wstęp do rozważań nad o wiele poważniejszym i wymagającym więcej czasu tematem jakim jest słuszność (bądź niesłuszność), celowość (bądź niecelowość) oraz możliwość (bądź niemożliwość) sformułowania kontratywu sztuki.

W roku 1995 ukazało się demo podopiecznej grupy Nagły Atak Spawacza, zatytułowane „AntyLiroy”, wymierzone w Piotra Krzysztofa Marca – polskiego rapera działającego pod pseudonimem „Liroy”. Utwór można śmiało zaliczyć do kategorii tzw. dissów – popularnych w gatunku muzyki hip-hop krótkich piosenek mających na celu obrażenie adresata, bardzo często w wyjątkowo wulgarny sposób. Do swoistej walki na piosenki dochodzi również podczas przeprowadzanych przed publicznością „bitw freestyowych”. Prostackie sformułowania, często niewyszukane i obraźliwe epitety z pewnością wypełniają znamiona przestępstwa znieważenia określone w art. 216 ustawy z dnia 2 sierpnia 1997 r.<sup>1</sup> Kodeks karny.

J. Warylewski w artykule „Prawnokarne uwarunkowania wolności w zakresie ekspresji seksualnej oraz twórczości (m.in. artystycznej, naukowej i dzien-

---

\* Instytut Prawa, Wydział Zamiejscowy w Poznaniu, Szkoły Wyższej Psychologii Społecznej.

<sup>1</sup> Dz.U. 1997, Nr 88, poz. 553.

nikarskiej)”<sup>2</sup> podaje szereg przykładów z ostatniego dziesięciolecia dotyczących kolizji wolności działalności artystycznej z wolnością religijną. Wymienia między innymi głośną sprawę plakatów reklamujących film „Skandalista Larry Flynt”, publikację prac artystki Katarzyny Kozyry pod tytułem „Więzy Krwi” oraz – chyba najgłośniejszy i najbardziej charakterystyczny kazus ostatnich lat – reportaż stacji TVN dotyczący instalacji „Pasja” Doroty Nieznalskiej. Podobną ilość sytuacji wymienia W. Janyga w swojej dysertacji poświęconej zagadnieniu przestępstwa obrazy uczuć religijnych<sup>3</sup>. Wszystkie te sprawy łączą wspólne mianowniki: osoba artysty jako potencjalny sprawca, wzbudzające skandal dzieło oraz zarzut obrazy uczuć religijnych z art. 196 k.k.

Podczas Sztokholmskiego Festiwalu Filmowego w 1999 r. jednym z punktów programu był pokaz zatytułowany „Spotlight Cinema”, podczas którego widz mógł uczestniczyć w przeglądzie dzieł z pogranicza sztuki i pornografii (w tym obejrzyć dziesięciogodzinny film dokumentalny z próby bicia rekordu liczby partnerów seksualnych). Korzystanie przez różnych artystów z motywów erotycznych przy tworzeniu swojego dzieła sprawia, iż bardzo często zostają oni uznani za sprawców przestępstwa z art. 202 k.k., czyli rozpowszechniania treści pornograficznych co skutkuje postępowaniami karnymi. O głośnym przykładzie ze Stanów Zjednoczonych pisze J. Dąbrowski<sup>4</sup>, przybliżając sprawę wystawy zorganizowanej przez Roberta Mapplethorpe’a oraz oskarżeń skierowanych przeciw niemu, związanych z propagowaniem pornografii. Autor, powołując się na niewątpliwe walory artystyczne swoich zdjęć, wystawił w galerii prace na których uwiecznione były m.in. małe dzieci z odsłoniętymi narządami płciowymi, akty pornograficzne z pogranicza BDSM (w tym m.in. akty prezentujące koprofagię, homoerotyczne zdjęcia nagich modeli, oddawanie moczu do ust uległego partnera) czy mężczyzna wkładający do swojej cewki moczowej środkowy palec.

Powyższe przykłady, jak i wiele innych, wymienionych przez niejednokrotnie cytowanych autorów<sup>5</sup>, mają kilka charakterystycznych, wspólnych punk-

<sup>2</sup> J. Warylewski, *Prawnokarne uwarunkowania wolności w zakresie ekspresji seksualnej oraz twórczości (m.in. artystycznej, naukowej i dziennikarskiej)*, [w:] *Prawnokarne aspekty wolności*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2006, s. 95.

<sup>3</sup> W. Janyga, *Przestępstwo obrazy uczuć religijnych w polskim prawie karnym w świetle współczesnego pojmowania wolności sumienia i wyznania*, Warszawa 2010, s. 250.

<sup>4</sup> J. Dąbrowski, *Immunitet sztuki – analiza krytyczna*, [w:] *Swoboda wyrazu artystycznego w Polsce i w Niemczech. Studia na gruncie prawa konstytucyjnego, karnego i autorskiego*, praca nieopublikowana pozostaje w zbiorach autora.

<sup>5</sup> J.J. Nalewajko, R. Kubiak, *Sztuka jako okoliczność wyłączająca bezprawność?*, „Pa-

tów. Przede wszystkim związane są z osobami artysty oraz dziełem artystycznym, czyli dotyczą swobody działalności artystycznej. Nadto odnoszą się one do spraw, w przypadku których, do ograniczenia, bądź tylko próby, wolności ekspresji powołano się na przepisy prawa karnego oraz wartości przez nie chronione. Bez większych problemów dostrzec można kolizję sztuki (swobody działalności artystycznej) z niektórymi dobrami chronionymi przez kodeks karny. W przypadku niniejszej pracy, chciałbym przede wszystkim poruszyć problem konfliktu wolności działalności artystycznej z trzema zarysowanymi powyżej dobrami, tj. czcią, wolnością religijną oraz obyczajnością publiczną.

Ustawodawca chroni społeczeństwo przed „szkodliwym” (zaznaczam w cudzysłowie, ponieważ cały czas trwają spory psychologów dotyczące szkodliwego wpływu pornografii na człowieka)<sup>6</sup> wpływem pornografii za pomocą art. 202 k.k., który penalizuje rozpowszechnianie treści pornograficznych. Na samym wstępie, warto zauważyć, iż w nauce (nie tylko polskiej) jak dotąd nie udało się wypracować spójnego stanowiska przesądzającego o szkodliwym bądź nieszkodliwym wpływie pornografii na odbiorcę. Pomiędzy analizą dogmatyczną przestępstw związanych z pornografią, również wpływowi konsumpcji pornografii poświęcona jest zbiorcza praca pod redakcją M. Mozgawy, zaś J. Warylewski wspomina w swoim artykule<sup>7</sup> o podzielonych w tym temacie opiniach psychologów amerykańskich oraz odmiennych poglądach dwóch komisji poświęconych badaniu tego zjawiska. Nadto poruszyć należy zagadnienie trafnie dostrzeżone przez M. Filara<sup>8</sup>, iż określenie „treści pornograficzne” ma charakter wyjątkowo ocenny, co powoduje poważne problemy z wypracowaniem jednoznacznej definicji tego zjawiska. Spory w doktrynie dotyczące zdefiniowania pojęcia treści pornograficznych wydają się nie mieć końca, nawet pomimo orzeczenia Sądu Najwyższego, w którym przesądzono o charakterze znamiona „treści pornograficzne” w sposób następujący: „znamię «treści pornograficzne» jest pojęciem prawnym”<sup>9</sup>. Konsekwencją takiego a nie innego poglądu jest to, iż interpretowanie co wchodzi w skład, a co nie wchodzi leży w kompetencji sądu, nie zaś np. biegłego seksuologa, co nie

lestra” 2000, nr 9/10, s. 31; J. Warylewski, *Prawnokarne...*, s. 95; W. Janyga, *Przestępstwo...*, s. 250

<sup>6</sup> M. Budyn-Kulik, *Psychologiczne i społeczne następstwa konsumpcji pornografii*, [w:] *Pornografia*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2011, s. 190–193.

<sup>7</sup> J. Warylewski, *Pornografia – próba definicji*, [w:] *Pornografia*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2011, s.16.

<sup>8</sup> M. Filar, *Pornografia. Studium z dziedziny polityki kryminalnej*, Toruń 1977, s. 1417.

<sup>9</sup> SN, IV KK 173/10.

przeszkadza w zgłaszaniu potrzeby uczestnictwa rzeczonoego w postępowaniu. J. Warylewski, opisując historię przestępstw seksualnych pokusił się o przybliżenie relacji sztuki i erotyki, wskazując i dokonując trafnego spostrzeżenia, że od czasów kiedy człowiek zaczął tworzyć sztukę, przenika się ona i jest środkiem ekspresji artystycznej<sup>10</sup>. Biorąc pod uwagę, iż dziś jak nigdy dotąd artyści korzystają z motywów erotycznych by ukazać interesujące w ich opinii zjawisko przedstawione w dziele, wydaje się jak najbardziej zasadnym próba wypracowania spójnej definicji, tak by dla artysty jasne było, czym w rozumieniu prawa karnego jest erotyka, a czym pornografia. Nadmienić warto, iż w polskiej doktrynie prawa karnego takie starania są podejmowane, jednakże natrafiają na wiele trudności, które przy okazji analizy zagadnienia pragnąłbym przybliżyć, odnosząc się jedynie do trzech wybranych propozycji.

Dominującym problemem, z jakim borykają się przedstawiciele doktryny w dyskusji nad art. 202 k.k. jest określenie zamiaru sprawcy czynu zabronionego. Z jednej strony pojawiają się głosy kładące nacisk na celowe rozbudzenie podniecenia płciowego u odbiorcy (S. Śliwiński), z drugiej zaś wyrażające poglądy zupełnie przeciwne i skłaniające się ku przedmiotowemu charakterowi definiowania znamienia „treści pornograficznych” (J. Warylewski). Inną oryginalną koncepcją jest odejście od próby sformułowania pełnej definicji znamienia przestępstwa rozpowszechniania pornografii jest propozycja M. Filara, który wymienia szereg przesłanek jakie muszą zostać łącznie spełnione by uznać pornograficzny charakter przekazywanych treści. Są to: 1. Przedstawianie życia płciowego człowieka, 2. Skupianie się na technicznym aspekcie płciowości z pominięciem sfery intelektualnej i osobistej, 3. Rejestracja „technologii seksu” pozbawionej charakteru ludzkiego, 4. Wywołanie podniecenia u odbiorcy główną intencją twórcy, 5. Niski walor estetyczny (kryterium pomocnicze). Spełnienie powyżej wymienionych kryteriów pozwala na zakwalifikowanie dzieła (przekazu) jako zawierającego „treści pornograficzne”, dzięki czemu można jednoznacznie stwierdzić czy zostały wypełnione znamiona czynu zabronionego określonego w art. 202 k.k.

Inną problematyczną kwestią podczas analizy przepisu z art. 202 k.k. jest próba odpowiedzi na pytanie w jaki sposób podzielić pornografię na kategorie oraz – co za tym idzie – gdzie wytyczyć granicę ochrony obyczajności publicznej oraz swobody artystycznej. Część autorów skłania się ku wyszczególnieniu trzech rodzajów pornografii: 1. miękkiej 2. twardej 3. dziecięcej (pedofilnej). Pojawiający się problem zaklasyfikowania występujących sytuacji do kate-

<sup>10</sup> J. Warylewski, *Pornografia – próba definicji*, [w:] *Pornografia*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2011, s. 17–19.

gorii miękkiej bądź twardej pornografii sprawia, iż rozumienie art. 202 k.k. staje się jeszcze trudniejsze, zwłaszcza dla nieznającego szczegółowych rozważań prawnych artysty. Jak wcześniej wspomniano, sztuka niejednokrotnie korzystała z motywów erotycznych, zaś nawet najslawniejsi twórcy w historii ludzkości nie stronili od wykorzystywania erotyki w swoich dziełach (np. epoka Renesansu czy P. Rubens). Dlatego w sytuacji penalizowania pewnych możliwych do wystąpienia aspektów działalności artystycznej tak ważne jest przeprowadzenie dokładnej linii podziału oddzielającej erotykę od pornografii, czyli innymi słowy to co artyście wolno, od tego za co grozi kara. Niestety, jak wspomniano, wśród badaczy zajmujących się kryminalizacją pornografii brak spójnego stanowiska, co zakwalifikować do erotyki (bądź pornografii miękkiej – soft core), a co do kategorii pornografii (twardej – hard core). Bez dyskusji jednakże pozostaje potrzeba kryminalizacji pornografii dziecięcej i to zdaje się być jedną granicą, której bez wątplenia artyście przekroczyć nie wolno.

Biorąc pod uwagę ogromne trudności jakie mają w interpretowaniu przepisu zarówno przedstawiciele doktryny, jak i niejednokrotnie sądy, należy zastanowić się jak poradzić sobie z takim problemem ma artysta. W przypadku omawianych wcześniej art. 212 i 216 k.k. granice ochrony czci zostały jasno określone – twórca został uprzedzony zarówno o linii, której nie wolno mu przekroczyć, jak i o karze, która grozi za naruszenie dóbr chronionych przez te artykuły. Inaczej ma się sprawa w przypadku art. 202 k.k., gdzie artysta tak naprawdę nie może przewidzieć jak jego dzieło zostanie zinterpretowane oraz nie ma pewności czy tworząc w ten a nie inny sposób przez przypadek nie narusza przepisów prawa karnego. W konsekwencji mamy do czynienia z sytuacją, gdy artysta nie mając pojęcia czy wypełnia znamiona przestępstwa czy nie, pozostaje zagrożony karą.

Rozdział XXIV kodeksu karnego penalizuje czyny zabronione skierowane przeciw wolności sumienia i wyznania, jednego z najwcześniejszych praw człowieka. Głównym obiektem rozważań będzie art. 196 k.k., w którym ustawodawca wyznacza granice ochrony tzw. „uczuć religijnych” oraz typizuje przestępstwo obrazy tychże. Dokonując analizy dogmatycznej przepisu zacząć należy od scharakteryzowania przedmiotu ochrony oraz właściwego określenia wartości chronionej przez prawo karne. W tym przypadku można śmiało mówić o jednym z aspektów wolności sumienia i wyznania jako prawa człowieka – konkretnie o idei wolności przekonań religijnych obywateli – jako przedmiocie ochrony. Niejako uszczegółowiając należy zaznaczyć, iż w treści art. 196 k.k. zawiera się również zakaz deprecjonowania wartości i powagi religii jako istotnego dobra społecznego. Nie chroni on natomiast porządku

publicznego jako jednego z elementów przestępstwa publicznej obrazy uczuć religijnych<sup>11</sup>. Stroną przedmiotową czynu zabronionego jest czynność wykonawcza znieważenia, rozumiana tak samo w całym kodeksie karnym, której to poświęcono sporo miejsca w poprzedniej części rozważań przy okazji omawiania przestępstwa zniewagi z art. 212 k.k. Nadmienić przy okazji warto, iż jednym z czynników wpływających na zakwalifikowanie danego zachowania jako znieważenia jest wywnioskowana z treści zachowania pogarda dla określonych wartości. Znieważenie musi dokonać się publicznie tzn. w miejscu dostępnym dla nieokreślonej liczby osób (*ad incertas personas*). Omawiane przestępstwo może dotyczyć zarówno abstrakcyjnie pojmowanych „uczuć religijnych” (emocji związanych z wartościami wyższymi mającymi związek z uitożsamianym wyznaniem) jak i przedmiotów bądź miejsc kultu religijnego. Istotne dla ogólnych rozważań nad omawianym przepisem uwagi wnosi A. Wąsek<sup>12</sup> zauważając, iż wykorzystywanie przedmiotów czci religijnej do kreacji artystycznej nie jest obrażą uczuć religijnych o ile nie zawiera elementów poniżających czy obelżywych, co znajduje odzwierciedlenie w charakteryzowanej wcześniej interpretacji znamienia znieważenia. Obrazy uczuć religijnych można dokonać wyłącznie w zamiarze bezpośrednim<sup>13</sup>, choć odmiennego zdania jest W. Janyga<sup>14</sup>.

Do kolizji wolności działalności artystycznej z chronioną przez prawo karne wolnością sumienia i wyznania dochodzi nader często, zwłaszcza przy okazji różnego rodzaju pokazów sztuki krytycznej lub kontrowersyjnych performance'ach nastawionych na uzyskanie rozgłosu. Wspomniane na wstępie przykłady, jak i wiele innych przywoływanych przez różnych autorów zdają się wskazywać na trafność tezy o kolizji wolności działalności artystycznej z wolnością sumienia i wyznania, chronioną poprzez art. 196 k.k. penalizujący przestępstwo obrazy uczuć religijnych.

Współczesne zaangażowanie sztuki, zwłaszcza nurtu krytycznego, w debaty społeczne i polityczne musi prowadzić, w przypadku najbardziej radykalnych w formie dzieł, do konfrontacji z przekonaniem religijnymi. Dość wspomnieć o fali krytyki jaka spłynęła na artystę – satyryka odpowiedzialnego

<sup>11</sup> W. Janyga, *Przestępstwo...*, s. 96 i n.

<sup>12</sup> A. Wąsek, *Przestępstwa przeciwko przekonaniom religijnym de lege lata i de lege ferenda*, „Państwo i Prawo” 1995 z. 7, s. 37–39.

<sup>13</sup> B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska, *Przestępstwa przeciwko wolności, wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obyczajności oraz czci i nietykalności cielesnej – Komentarz*, Warszawa 2001, s. 86.

<sup>14</sup> W. Janyga, *Przestępstwo...*, s. 228.

za narysowanie karykatury Muhammada, czym chciał jedynie wyrazić swój sprzeciw wobec zamachów terrorystycznych inspirowanych przez islamskich fundamentalistów. Krytyka przebiegała dwutorowo, z jednej strony zarzucono artyście nieuprawnione i krzywdzące uproszczenia sugerujące, iż islam jest religią, która wprost nakłania do samobójczych zamachów, z drugiej naruszenie wolności sumienia i wyznania poprzez znieważenie uczuć religijnych muzułmanów. W tym drugim przypadku, zarzuty były poważniejsze i posługując się polskim prawem karnym jak najbardziej trafne, gdyż w ten sposób artysta dokonał obrazy poprzez znieważenie bardzo ważnego symbolu religijnego jakim jest dla muzułmanów prorok Muhammad.

W Polsce najgłośniejsze przykłady ostatnich lat dotyczące przestępstwa obrazy uczuć religijnych to sprawa Doroty Nieznalskiej i jej wystawy pod tytułem „Pasja” oraz zachowania Adama Darskiego podczas koncertu zespołu Behemot. O ile w przypadku artystki i jej wystawy w Galerii Wyspa w Gdańsku wypowiedziało się już wielu przedstawicieli doktryny<sup>15</sup>, o tyle w przypadku „Nergala” i jego zachowania nasuwa się kilka pytań, które wydaje się należy zadać. Adam Darski podczas koncertu w 2007 r., w przerwie między wykonywanymi utworami podarł Biblię nazywając ją „księgą kłamstw”<sup>16</sup>. W reakcji na nagranie wideo umieszczone w Internecie złożono wniosek do prokuratury o wszczęcie postępowania z art. 196 k.k. Sąd Rejonowy w Gdyni umorzył postępowanie, po rozpatrzeniu zażalenia Sąd Okręgowy nakazał ponowne rozpatrzenie sprawy w wyniku którego muzyk został uniewinniony, a do Sądu Najwyższego skierowano pytanie prawne związane z interpretacją. Zasadniczą wątpliwością w zapytaniu było czy przestępstwo obrazy uczuć religijnych można dokonać w zamiarze ewentualnym, czy wyłącznie w bezpośrednim. O podobnych rozbieżnościach w doktrynie wspomniano wcześniej, zaznaczając odrębne stanowisko W. Janygi. Inną z pojawiających się wątpliwości jest kwestia powoływania się w uzasadnieniu wyroku na konstrukcję kontratypu sztuki, podkreślając, iż Adam Darski realizował jedynie swoją manierę sceniczną, co miałoby wyłączyć jego bezkarność w tym przypadku. Zagadnienie to analizuje w P. Nalewajko<sup>17</sup> w monografii poświęconej wolności sztuki, przy okazji rozważań nad kontratypem. Warto jedynie zapytać, czy gdyby można skonstruować taki kontratyp uwalniający artystów od odpowiedzialności karnej, to, zgodnie z regułą tworzenia kontratypów i koniecznością poświęcenia

<sup>15</sup> J. Warylewski, *Pasja...*

<sup>16</sup> <http://www.dziennikwschodni.pl/apps/pbcs.dll/article?AID=/20120529/KRAJ-SWIAT/120529330>, dostęp z dn. 10.10.2012 r.

<sup>17</sup> P. Nalewajko, *Granice...*

dobra prawnego o mniejszej wartości na rzecz dobra o wartości większej, czy w takim wypadku powoływanie się sądu na kontratyp byłoby zasadne. Biorąc pod uwagę analizę dokumentów międzynarodowych, zwłaszcza Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, zauważyć należy, iż wolność wyrażania opinii podlega znacznie większym ograniczeniom niż wolność sumienia i wyznania. Wydaje się uzasadnionym przyjęcie, iż nawet w takiej sytuacji powoływanie się na kontratyp sztuki byłoby niezasadne i nie chroniłoby artyści od odpowiedzialności karnej.

Powyższe rozważania miały na celu jedynie ukazanie najbardziej wyrazistych przykładów konfrontacji prawa karnego i wartości przez nie chronionych z wolnością działalności artystycznej oraz przedstawienia niektórych pomysłów formułowanych w doktrynie na rozwiązanie. Nie ulega wątpliwości, że kolizja dwóch bardzo istotnych z punktu widzenia obywatela państwa demokratycznego wartości jest tematem trudnym, przekraczającym możliwości niniejszej pracy. Próby zarysowania problemu oraz licznych, często różniących się od siebie rozwiązań nie przynoszą jednoznacznej i satysfakcjonującej odpowiedzi, jednakże mogą stać się punktem wyjścia do pogłębionych rozważań. Ze względu na wartości jakie chroni prawo karne oraz, mając na uwadze społeczne zaufanie do prawa, konieczność formułowania przepisów prawnych, rozstrzygnięć i poglądów w sposób dostatecznie klarowny dla nieznanego prawa obywatela, badania takie powinny być prowadzone.