

„Piękno nie służy sztuce” – o nieprzydatności kryterium estetycznego dla prawnej oceny dzieł sztuki

Wprowadzenie

W grudniu 2015 r. Justin Renel Joseph, Amerykanin o afrykańskich korzeniach złożył pozew w Manhattan Supreme Court przeciw Metropolitan Museum of Art w Nowym Jorku, zarzucając tej publicznej instytucji rasizm i świętokradstwo. W wywiadzie udzielonym gazecie „New York Post” tłumaczył podstawy oskarżenia, wskazując że na zaprezentowanych w muzeum obrazach Tintoretta, Sebastiano Ricci i Perugino zupełnie zmieniono przynależność rasową Chrystusa, aby uczynić go estetycznie przyjemnym dla białych ludzi. W pozwie powołał się na klauzulę antydyskryminacyjną zawartą w amerykańskim kodeksie cywilnym z 1964 r.² Wyjaśnienia dyrektora muzeum, że przedstawienie Chrystusa jako białego blondyna na włoskim obrazie renesansowym wynika z dawnej konwencji polegającej na ukazywaniu postaci historycznych we współczesnej stylizacji uwzględniającej lokalne uwarunkowania kulturowe, okazały się niewystarczające³. Postępowanie w tej sprawie, które w dalszym ciągu toczy się przed nowojorskim sądem uzmysławia skalę zmian kulturowych zachodzących w pluralistycznym społeczeństwie i doniosłość zagadnienia, jakim jest współcześnie relacja prawa, wolności sztuki i różnorodności kulturowej. Stanowi również kolejne potwierdzenie już wcześniej rozpoznanej tezy o historycznej zmienności i kulturowym uwarunkowaniu norm estetycznych. Pokazuje, że estetyka jest uwarunkowana politycznie. Ponadto stawia

¹ Doktor nauk prawnych (INP PAN), magister historii sztuki, Magister Legnum LL.M. Uniwersytetu w Poczdamie, prorektor Uniwersytetu Artystycznego w Poznaniu, adiunkt na Wydziale Edukacji Artystycznej na Uniwersytecie Artystycznym w Poznaniu.

² K. Boniello, *MET accused of whitewashing baby Jesus*, „New York Post”, 6.12.2015 źródło internetowe: <http://nypost.com/2015/12/06/lawsuit-claims-jesus-is-too-white-in-met-paintings/> [dostęp: 23.12.2016].

³ H. Neuendorf, *Metropolitan Museum of Art Is Sued over Display of ‘Racist’ 16th-Century Paintings of Jesus*, Artnet News, 8.12.2015, <https://news.artnet.com/art-world/racist-jesus-lawsuit-met-museum-388382#.VmjsgfYXc9t.facebook> [dostęp: 20.12.2016].

pytanie o to, na ile artysta może podążać wyłącznie za własną wizją sztuki, bez oglądania się na historyczną prawdę.

Przypadek sporu sądowego widza z muzeum o estetyczną wartość dzieła sztuki skłania do podjęcia bardziej ogólnej refleksji na temat przydatności ocen estetycznych w dyskursie sądowym i szerzej pojętym dyskursie prawniczym, w szczególności w przypadkach konieczności dokonania prawnej oceny dzieła sztuki. Pytanie to – choć mogłoby się tak wydawać – nie zdezaktualizowało się wraz z pojawieniem się modelu sztuki współczesnej, w którym tradycyjne środki obrazowania określane mianem plastyki (tzw. sztuka tradycyjna) zostały zastąpione przez efemeryczne transponowanie idei (tzw. sztuka konceptualna). Samo stwierdzenie prawnej nieoperatywności estetyki, które stało się udziałem wielu teoretyków prawa i niektórych sądów, nie usunęło również naturalnej skłonności prawników do relatywizowania ocen działalności kulturalnej i ich wyraźnej niechęci do korzystania z szerokiego dorobku nauk humanistycznych w odniesieniu do pozaestetycznych kryteriów wartościowania dzieła sztuki. Wyraźna tendencja do regularnych nawrotów pytania o możliwość prawnej oceny estetycznych walorów działalności twórczej, czego najbardziej wymownym przykładem jest opisany na wstępie przypadek ze Stanów Zjednoczonych, aktualizuje potrzebę podjęcia próby teoretycznego usystematyzowania zagadnienia relacji prawa i estetyki w kontekście sądowych postępowań dotyczących zakresu artystycznej wolności. Jak pokazuje praktyka orzecznicza sądów w różnych krajach, nawet świadomość relatywizmu ocen estetycznych („o gustach się nie dyskutuje”) nie stanowi samoistnej gwarancji zachowania znaczeniowej otwartości pojęcia „sztuka” na polu ocen prawnych.

Celem niniejszego artykułu jest poddanie teoretycznej refleksji przypadków, w których wartościowania estetyczne były przywoływane jako argumenty na sali sądowej oraz podjęcie próby dokonania ich dogmatyczno-prawnej oceny. Aby cel ten zrealizować przynajmniej w podstawowym zakresie należy uwzględnić następujące aspekty analizowanego problemu. Po pierwsze, koniecznym wydaje się ukazanie przykładowych sytuacji, w których pozaprawne, estetyczne argumentacje były „przemycane” do dyskursu sądowego przez samych prawników – w tym również przez sędziów. Po drugie, niezbędne wydaje się ogólne choćby zarysowanie filozoficznych i krytyczno-artystycznych uwarunkowań bliskiej relacji prawa i estetyki. Skłonność prawników do „wysługiwania się” teoriami estetycznymi w sytuacjach argumentacyjnej niepewności wydaje się bowiem uwarunkowana historycznie – znajduje ona swoje źródła we wspólnych podstawach filozoficznych prawa i sztuki na w tradycji kultury europejskiej. Po trzecie, zasadne wydaje się wskazanie tych przypadków, które

były szlachetnym „wyjątkiem od reguły” braku orientacji prawników w problemach historii sztuki i estetyki. Wprawdzie przedmiotem zainteresowania niniejszego artykułu nie jest rekonstrukcja historycznej ewolucji relacji prawa i estetyki, lecz analiza współczesnych redakcji tego problemu, to odwołanie się do przykładów spraw z XIX i XX w., w których zagadnienie to było rozważane wydaje się być przydatne dla wykazania trwałości opisywanego problemu. Po czwarte wreszcie, pokusić się można o ocenę społeczno-kulturowych uwarunkowań „ucieczki prawa” w kierunku estetyki w sytuacjach argumentacyjnej niepewności odnośnie znaczenia dzieła sztuki. Wydaje się bowiem, że formuła wnioskowań estetycznych przyjmowanych za podstawę prawnej oceny twórczości artystycznej nie jest pozbawiona kulturowo uwarunkowanych znaczeń – nie jest zabiegiem neutralnym i wolnym od polityki stosowania prawa, a także innych polityk konstruowanych przez tzw. graczy świata artystycznego – m.in. artystów, kuratorów wystaw czy krytyków artystycznych. Po piąte zaś, nie można pominąć pytania o możliwe alternatywy dla teorii estetycznych jako kryterium oceny wartości dzieła artystycznego na gruncie nauk o prawie. Odrzucenie estetyki i związanej z nią tezy o tym, że sztuka zawsze służy pięknu, wymaga przedstawienia propozycji przyjęcia jakiegoś operatywnego rozwiązania zastępczego, które wypełniłoby „argumentacyjną pustkę” po estetyce, a jednocześnie uchroniło sztukę przed brakiem jakiegokolwiek dającego się zobiektywizować punktu odniesienia⁴.

Prawnicza niepewność sztuki jako problem praktyczny

Sąd Rejonowy w Gdańsku rozstrzygający tzw. sprawę Nieznalskiej – sprawę artystki oskarżonej o obrazę uczuć religijnych przez publiczną prezentację instalacji składającej się z filmu video i zdjęcia przedstawiającego męskie przyrodzenie umieszczonego na ramie w kształcie równoramiennego krzyża – rozważając status dzieła oskarżonej stwierdził, że nie jest oczywiste, że chodzi o dzieło sztuki. Zgodnie z jego argumentacją, nie jest do końca jasne „co to oznacza, iż sprawcą ma być artysta. Czy ma to być osoba, która ukończyła wyższe studia o profilu artystycznym, czy też wystarczy szkoła średnia, czy też artystą jest ktoś z zamiłowania tak jak chłopcy i dziewczęta, którzy malują *graffiti* po ścianach? Czy oni również są artystami? Po drugie co to znaczy, że

⁴ Niniejszy artykuł powstał w wyniku realizacji projektu badawczego zatytułowanego „Filozoficzne podstawy prawnego ograniczania wolności twórczości artystycznej” finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki (NCN) w ramach programu grantowego SONATA (nr projektu: UMO-2012/05/D/HS2/03592).

dzieło miałyby mieć charakter artystyczny? Sprawa jest względna. Ponieważ dla jednych dziełem artystycznym będą tylko i wyłącznie obrazy mistrzów Renesansu, dla innych to jest starzyzna. Dla części instalacja «Pasja» jest dobrą sztuką, która posuwa rzeźbę do przodu, dla innych to nie jest po prostu nic⁵.

Abstrahując od niskiego poziomu merytorycznego argumentacji zawartej w przywołanym wyroku należy zauważyć, że relatywizacja ocen twórczości artystycznej posłużyła sędziom do zawężenia pola semantycznego pojęcia sztuka w tak daleki sposób, że już na poziomie definicji została zupełnie unieważniona jakakolwiek prawna doniosłość zawartej w art. 73 Konstytucji RP normy gwarantującej każdemu wolność twórczości artystycznej. Jakkolwiek spornym jest w doktrynie prawniczej czy jest możliwe bezpośrednie stosowanie tego przepisu, to zupełna rezygnacja z przeprowadzenia jakichkolwiek rozważań dogmatyczno-prawnych w tym zakresie uczynił rozstrzygnięcie wadliwym ze względu na arbitralność podstaw sformułowanej oceny. Podstawową rolą sądu jest bowiem wiedzieć czy ma czy nie ma do czynienia ze sztuką. Sąd posiada bowiem wystarczająco dużo instrumentów pozwalających mu na uzupełnienie braków w wiedzy na temat zjawisk życia społecznego (np. opinia biegłego, powołanie się na autorytet naukowy), a także zna wystarczającą liczbę technik argumentacyjnych pozwalających mu na różnicowanie oceny stanu faktycznego sprawy (np. wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień, zastosowanie techniki prawno-porównawczej), aby uniknąć „argumentacyjnych lapsusów”, które zostały popełnione w przytoczonej sprawie⁶.

W kontekście poczynionych ustaleń ważniejsze niż wnikliwa analiza tego fatalnego uzasadnienia wyroku sądu pierwszej instancji wydaje się podjęcie próby generalizacji przyjętej przez sąd „strategii” rozstrzygania tego „trudnego przypadku”. Niezależnie bowiem od tego czy rozstrzygnięcie, które zapadło uznamy za słuszne czy niesłuszne (zgodne lub niezgodne z „literą prawa”), to niski poziom argumentacji sformułowanej przez sąd stanowi samoistną przesłankę unieważnienia wydanej decyzji⁷. Sąd nie ograniczył się jedynie do

⁵ Wyrok Sądu Rejonowego w Gdańsku z dnia 18 lipca 2003 r., wyrok niepublikowany, dostępny w formie cyfrowej na stronie: <http://www.nieznalska.art.pl/rozprawa8.html> [dostęp: 29.12.2016].

⁶ Szerzej na temat różnych sposobów definiowania dzieła sztuki w dyskursie sądowym autor niniejszego opracowania pisał [w:] M.M. Bieczyński, *Pojęcie sztuki w niemieckiej literaturze prawniczej i orzecznictwie Niemieckiego Sądu Konstytucyjnego / Der Kunstbegriff in der juristischen Literatur und Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Opole 2012, w szczególności s. 28–40 („Pseudowyjścia z definicyjnych aporii”).

⁷ W przypadku faktycznie zostały stwierdzone nieprawidłowości, których skutkiem

stwierdzenia, że nie jest łatwo odpowiedzieć na pytanie czy i kiedy mamy do czynienia z dziełem sztuki ani uznania, że w praktyce życia społecznego napotkać można różne zapatrywania na ten temat, ale poszedł o krok dalej i ze stwierdzonych trudności interpretacyjnych oraz relatywności ocen społecznych wyciągnął wniosek, że jest zupełnie zwolniony z podejmowania jakiegokolwiek wysiłku w celu dokonania choćby podstawowych ustaleń w tym zakresie, które miałyby wiążący charakter. Tym samym sąd zwolnił się z obowiązku oceny części stanu faktycznego sprawy. Stanowisko organu rozstrzygającego przypomina wypowiedź niemieckiego parlamentarzysty, który stwierdził, że „prawniczy umysł zna się na sztuce i estetyce tak jak słoń na graniu na flecie”⁸.

Jakkolwiek z uwagi na niski poziom merytoryczny przytoczonego wyroku być może nie powinno się poświęcać mu zbyt wiele uwagi, jednakże – jak się wydaje – właśnie ów brak uwagi utwierdza najpoważniejszy problem z jakim od dawna zmagają się teoria prawa oraz praktyka jego stanowienia i stosowania, a mianowicie brak jakiegokolwiek dogmatyczno-prawnego instrumentarium argumentacyjnego pozwalającego choć w ograniczonym zakresie odpowiedzieć na pytanie o doniosłość zagadnień estetycznych dla prawnej oceny dzieła sztuki. Przykład procesu Doroty Nieznalskiej pokazuje bowiem, że tak samo szkodliwym rozwiązaniem jest zastosowanie arbitralnej formuły oceny dzieła sztuki (np. kryterium estetycznego), jak niezastosowanie żadnej (w opisanym przypadku: rezygnacja z jakiejkolwiek argumentacji z uwagi na nieobiektywność teorii estetycznych).

było skierowanie sprawy przez Sąd Apelacyjny do ponownego rozpatrzenia przez sąd pierwszej instancji. W powtórzonym postępowaniu wydany został wyrok niewinniający artystkę od zarzucanych jej czynów. Niestety również w drugim wyroku wydanym w tej sprawie przez Sąd Rejonowy w Gdańsku zabrakło rzeczowej argumentacji, która umożliwiłaby rozpoznanie czy mamy, czy nie mamy do czynienia z dziełem sztuki. Sąd apriorycznie uznał, że tak i na tej podstawie zastosował wykładnię funkcjonalną polegającą na rozważeniu relacji pomiędzy normą prawa karnego chroniącą uczucia religijne przed obrazą i normę prawa konstytucyjnego zawierającą gwarancję wolności twórczości artystycznej. Więcej na temat tego postępowania autor niniejszego opracowania napisał [w:] M.M. Bieczyński, *Prawne granice wolności twórczości artystycznej w zakresie sztuk wizualnych*, Warszawa 2011, s. 210–213.

⁸ Zaprotektolowano [w:] *Stenographische Berichte des Reichstages 1898–1900*, tom V, s. 3918, cytowane również [przez:] P. Nalewajko, *Granice wolności sztuki w prawie niemieckim*, [w:] M.M. Bieczyński i inni, *Wolność sztuki w Polsce i w Niemczech w świetle prawa konstytucyjnego i karnego*, Warszawa 2012, s. 156.

Filozoficzne źródło relacji prawa i estetyki

Sztuka przez wiele stuleci była przedmiotem intensywnych rozważań filozoficznych i estetycznych zmierzających do ujęcia jej istoty za pomocą reguł normatywnych. Mniej więcej do wybuchu Wielkiej Rewolucji Francuskiej 1789 r. istotną rolę w tych rozważaniach pełniły wątki religijne. Wraz z postępującą sekularyzacją kultury europejskiej „boski imperatyw” twórczości artystycznej został zastąpiony w rozważaniach teoretycznych poprzez „wyższy porządek piękna” jako wyraz ziemskiej transcendencji⁹. Prekursorem myślenia o sztuce w kategoriach piękna pozbawionego zależności od religii był Gotthold Lessing. Pomimo faktu, że w swoim wiekopomnym dziele *Laokoon, rzecz o granicach malarstwa i poezji* (z 1766 r.) przekonywał on, że sztuka ma zbyt wielką doniosłość dla budowy charakteru narodowego, a jej czar jest zbyt duży, aby mogła ona pozostawać nieuregulowana¹⁰. Jednoznacznie sprzeciwiał się podporządkowywaniu jej jakiegokolwiek funkcji, w szczególności zaś funkcji religijnej¹¹. Pozostałością religii w myśleniu o sztuce jako o nośniku piękna było jednak wbudowane w większość teorii estetycznych XIX w. „wymaganie etyczne”. Szczególnie wyraźnie objawia się ono w filozoficznych rozważaniach o sztuce Immanuela Kanta, który jednoznacznie połączył estetykę z etyką. Ten niemiecki myśliciel sformułował pod adresem sztuki oczekiwanie spełnienia określonych standardów formalnych i treściowych¹². Twórczość służąca innym celom niż pochwała piękna i nieposiadająca odpowiedniej „jakości” nie zasługi-

⁹ Zob. w szczególności: S.B. Plate, *Walter Benjamin, Religion and Aesthetics. Rethinking Religion through the Arts*, Nowy York–Londyn 2005. Rozbudowaną analizę na temat dążenia sztuki do zastąpienia religii poprzez „przejęcie” ludzkiego zainteresowania duchowością przeprowadził T. Adorno w książce *Dialektyka Oświecenia* (1944 r.). Autor zaproponował w niej pojęcie „aporii sztuki” – niemożliwe do przewyciężenia napięcie charakteryzujące dzieła sztuki współczesnej pomiędzy quasi-religijnymi aspiracjami do odkupienia empirycznie doświadczalnej rzeczywistości oraz potencjalnym udziałem sztuki w kreowaniu tego, co realne i doświadczalne. Jego zdaniem ta cecha sztuki stała się szczególnie wyraźna wraz z nastaniem społeczeństwa kapitalistycznego (zob. też: A. Maharaj, *The Dialectics of Aesthetic Agency. Revaluating German Aesthetics from Kant to Adorno*, Londyn–Nowy York 2013, s. 148).

¹⁰ G. Lessing, *Laocoon: An Essay on the Limits of Painting and Poetry*, Baltimore 1984, s. 14.

¹¹ Zob. G. Lessing, *Laokoon, rzecz o granicach malarstwa i poezji*, Wrocław 1962.

¹² E. Coreth, H. Schoendorf, *Filozofia XVII i XVIII wieku*, Kęty 2006, s. 160.

wała na miano sztuki. Ten punkt widzenia został następnie utwierdzony przez wielu teoretyków sztuki i estetyków z Arturem Schopenhauerem na czele.

Trwałość i popularność koncepcji Kanta¹³ w kręgach „ludzi kultury” z miłośnikami sztuki włącznie sprawiła, że było jedynie kwestią czasu, kiedy teza o etycznym uwarunkowaniu sztuki przeniknie do dyskursu dogmatyczno-prawnego i zostanie przywołana podczas rozpraw sądowych. Trafność tego przypuszczenia potwierdza proces sądowy, jaki amerykański rezydujący w Londynie, James Whistler, brytyjskiemu krytykowi sztuki Johnowi Ruskinowi w 1877 r. Przedmiotem postępowania było pytanie czy krytyka obrazów Whistlera sformułowana przez Ruskina na łamach popularnego czasopisma była uzasadniona. Krytyk zarzucił artyście nieuczciwość twórczą i „wylanie wiadra farby w twarz publiczności”¹⁴. „Spór sądowy, jaki sprowokowały te słowa, był dokładnym odbiciem poglądów estetycznych obu stron. Ruskin, który widział doskonałość sztuki w twórczości Prerafaelitów oraz Williama Turnera, nie mógł znieść tego, co proponował Whistler, bowiem w jego sztuce brak było jakiegokolwiek „wymagania moralnego”. Spontaniczność twórcza Whistlera była przeciwieństwem żmudnego procesu twórczego jego artystycznych poprzedników. Nowy nurt sztuki upatrywał wartości w niej samej: w „sztuce dla sztuki” (ang. *art for the art's sake*)”¹⁵. W postępowaniu w charakterze biegłych sądowych wystąpili artyści, krytycy i miłośnicy sztuki, którzy wypowiadali się na temat swoich estetycznych gustów. Ostatecznie, choć pokusa wykorzystania estetycznego normatywizmu do karania niesubordynowanych artystów była w środowiskach konserwatywnych bardzo duża, rozstrzygnięcie sądowe można uznać za kompromis: przysięgli uznali, że krytyka Ruskina była „uczciwa”, choć swoją formą naruszała dobre obyczaje, przez co nie mieściła się w granicach akceptowalnych zachowań społecznych¹⁶.

¹³ Do dnia dzisiejszego estetyczna koncepcja Immanuela Kanta stanowi obowiązkowy punkt odniesienia dla wszystkich badaczy poruszających zagadnienie piękna w sztuce. Również badacze sprzeciwiający się powiązaniu etyki i estetyki przywołują jego teorię jako punkt odniesienia, zob. m.in. J. Sychrava, *Schiller to Derrida. Idealism in Aesthetics*, Cambridge–Nowy York 1989.

¹⁴ J. Ruskin, *Fors Clavigera: Letters to the Workmen and Labourers of Great Britain*, cz. 4, Boston 1877, s. 73.

¹⁵ M.M. Bieczyński, *Prawo i estetyka – zewnętrzna i wewnętrzna normatywność sztuki*, „Zeszyty Artystyczne” 2015, nr 26, s. 16.

¹⁶ Zob. E. Laundry, *Whistler v. Ruskin: Morality in Art versus Aesthetic Theory*, <http://www.loyno.edu/~history/journal/Landry.htm> [dostęp: 29.12.2016].

Wprawdzie proces malarza z krytykiem dłuższej perspektywie doprowadził do uznania w brytyjskiej nauce prawa i orzecznictwie sądowym, że kryteria estetyczne nie mogą służyć jako podstawa dla formułowania rozstrzygnięć sądowych, jednakże nie zamknęło to zupełnie drogi do podejmowania takich prób w przyszłości w innych państwach, o czym świadczyć może chociażby ukształtowanie się w okresie dwudziestolecia międzywojennego podziału na „dzieła sztuki w najwyższym znaczeniu tego słowa” („Kunstwerken in des Wortes höchster Bedeutung”) oraz „dzieła sztuki”¹⁷ w orzecznictwie niemieckich sądów¹⁸.

Prawnemu definiowaniu sztuki z zastosowaniem odwołania do estetyki sprzyjała przez długi czas praktyka krytyki artystycznej polegająca na niestannym deprecjonowaniu nowych nurtów w sztuce. Okresowo powtarzająca się prawidłowość wynikała z braku narzędzi analitycznych służących opisowi przemian zachodzących na polu tzw. sztuki kontekstualnej oraz tzw. sztuki nowych mediów w okresie przypadającym bezpośrednio po II wojnie światowej. Jak zgrabnie ujął to amerykański filozof sztuki Arthur C. Danto w książce zatytułowanej *Po końcu sztuki. Sztuka współczesna i zatarcie granic tradycji*, próba esencjonalistycznego definiowania sztuki okazała się błędna w kontekście ukształtowania się modelu demokratycznego państwa prawnego, opartego na zasadzie światopoglądowego pluralizmu. „Ci, których radością odbieranie pewnym dziełom statusu sztuki, przejawiali tendencję do tego, by pewną przygodną z historycznego punktu widzenia cechę podnieść do rangi elementu istoty sztuki, co należy uznać za filozoficzny (a w konsekwencji logiczny) błąd”¹⁹. Na początku lat 70. XX w. stało się jasne, że sztuka podąża dalej w przekraczaniu granic tradycyjnych technik artystycznych i coraz częściej dzieło sztuki nie posiada już żadnego materialnego ekwiwalentu w obiekcie, który można wartościować wedle teorii estetycznych (przykład *performance* oraz spokrewnionego z nim *body art*). Nowe tendencje w sztuce znalazły z pewnym opóźnieniem odbicie także na polu piśmiennictwa prawniczego. Rozczarowanie estetyką²⁰ jako

¹⁷ Wyrok z dnia 22.11.1904 r., sygn. RGSt. 37, Akapit 315.

¹⁸ Zob. więcej na ten temat: M.M. Bieczyński, *Pojęcie sztuki w niemieckiej literaturze prawniczej i orzecznictwie Niemieckiego Sądu Konstytucyjnego*, op.cit., w szczególności s. 24.

¹⁹ A.C. Danto, *Po końcu sztuki. Sztuka współczesna i zatarcie granic tradycji*, Kraków 2013 (1997), s. 293.

²⁰ Z dzisiejszej perspektywy jakościowe definicje sztuki muszą być postrzegane jako logiczno-retoryczna ingerencja (*trick*) we właściwy semantyczny zakres pojęcia „sztuka” (jego daleko idące zawężenie). Takie koncepcje promują definicje poprzez predykaty różnicujące, które można rozumieć jako postulaty artystyczne, które same przez się pozostają

obiektywnym punktem odniesienia skłoniła prawników świadomych opisanych powyżej problemów do poszukiwania *genusu* dzieła sztuki nie w kryteriach treściowych (piękno)²¹, ale w kryteriach formalnych, które opierają się na tezie, że „sztuka jako akt twórczy wyraża się w „typowej dla sztuki formie lub formie jej podobnej”²². Jak pokazuje praktyka stosowania prawa, zarówno materialne, jak i formalne koncepcje pojęcia „sztuka” w czystej formie nie mogą jednak służyć za uniwersalne wyznaczniki zakresu ochrony prawno-konstytucyjnej gwarancji wolności sztuki. Stąd, w literaturze już od lat 70. dominują próby ujęcia sztuki w definicji mieszanej²³. W idealnym modelu proporcje pomiędzy oceną formalną i treściową będą uzależnione od tego czy mamy do czynienia ze sztuką w modelu tradycyjnym (np. malarstwo, rzeźba) czy w modelu współczesnym (dzieło efemeryczne lub nowe media).

Amerykański realizm prawniczy i „pierwszy głos rozsądku”

Pomimo braku zgodności odnośnie operatywności estetycznych wartościowań sztuki w tzw. *artworldzie* (świecie sztuki) w historii postępowań sądowych, których przedmiotem była twórczość artystyczna nie brakuje głosów rozsądku. Wśród prawników, którzy dzięki gruntownemu przygotowaniu z zakresu logiki

niedookreślone: *cenny, prawdziwy, czysty* („wertvoll, „echt”, „rein”). W. Knies mówi o „*pusto-formalnym charakterze*” ograniczającej kategorii „*prawdziwy*” (W. Knies, *Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem*, München 1967, s. 136). Estetyka wprowadza bowiem do dyskursu prawnego takie kryteria, jak: *duchowość, uszlachetnienie, transfiguracja* (Zostały one opisane przez: L. Leiss, *Die Bedeutung künstlerischer Gestaltung für die Strafwürdigkeit einer Handlung*, NJW 1962, z. 51, s. 2323 oraz S. Ott, *Die strafrechtliche Beurteilung von Werken der Kunst*, NJW 1963, z. 14/15, s. 618), które okazują się być formułami bez treści. Na ich gruncie niektórzy prawnicy postulują nawet, aby prawo odróżniało pomiędzy *sztuką prawdziwą i twórczością, która nie osiągnęła tego poziomu* (np. kicz, tzw. sztuka prymitywna czy sztuka amatorska) – krytycznie na ten temat: W. Knies, op.cit., s. 135.

²¹ O estetycznych definicjach sztuki zob. U. Meyer-Cording, *Das literarische Portrait und die Freiheit der Kunst*, JZ 1976, s. 739. Prawnicy życzyliby sobie z całą pewnością, aby ująć sztukę w postaci legalnej definicji będącej parafrazą radbruchowskiej definicji prawa: „sztuka jest wartością, która ma takie przeznaczenie, aby służyć pięknu”. Temu przeciwstawia się jednak postulat „celowościowej wolności” sztuki (zob. pkt II.4.5.).

²² Ch. Starck, *Komentarz do art. 5, ust. 3*, [w:] Mangolt/Klein/Starck, *Grundgesetz Kommentar*, Warszawa 1999, Rdnr. 186.

²³ Przykładem jest trójstopniowa definicja sztuki wypracowana w orzecznictwie Niemieckiego Sądu Konstytucyjnego, zob. M.M. Bieczyński, *Pojęcie sztuki w niemieckiej literaturze prawniczej i orzecznictwie Niemieckiego Sądu Konstytucyjnego*, op.cit.

i filozofii prawidłowo rozpoznali relatywność sądów o pięknie i wartości sztuki opartych na teoriach estetycznych jedno z miejsc na przysłowiowym podium należy przyznać amerykańskiemu sędziemu Oliverowi Wendellowi Holmesowi Jr. (1841–1935). Sędzia ten pochodził z rodziny o artystycznych tradycjach – jego ojciec, Oliver Wendell Holmes Sr. był pisarzem i poetą. Holmes-syn, który w latach 1882–1899 pełnił funkcję sędziego Sądu Najwyższego w stanie Massachusetts, natomiast w latach 1902–1933 był sędzią Sądu Najwyższego USA, reprezentował racjonalny sposób podejścia do prawa, w którym łączył postawę liberalną z dążeniem do możliwie szerokiej ochrony zagwarantowanych konstytucyjnie praw jednostki. Wielokrotnie przeciwstawiał się również „nadmiarowi” formalizmu prawnego. Jego poglądy istotnie przyczyniły się do ukształtowania tzw. szkoły realizmu prawniczego w Stanach Zjednoczonych²⁴.

Sędzia Holmes odnosił się do zagadnienia prawnej oceny działalności artystycznej zarówno na płaszczyźnie teoretycznej, jak również praktycznej – w wydawanych orzeczeniach sądowych. Szczególnie istotne w kontekście oceny jego wkładu w teoretyczną refleksję nad znaczeniem estetyki dla prawnych ocen wartości dzieła sztuki miały teksty zamieszczone w tomie zatytułowanym „Collected Papers” z 1920 r.²⁵ oraz dwa wydane przez niego wyroki sądowe wraz z ich uzasadnieniami – wyrok w sprawie *Blestein v. Donaldson Lithographing Co.*²⁶ z 1903 r. i wyrok w sprawie *City of Youngstone v. Kahn Building Co.*²⁷ z 1925 r.

Jakkolwiek teoretyczna refleksja Holmesa na temat twórczości artystycznej ogranicza się jedynie do klasycznie pojętych *obiter dicta* – sformułowań wypowiedzianych niejako przy okazji konstruowania głównego wątku wypowiedzi – zdradzają one głębokie zainteresowanie pytaniem o ontologiczny wymiar twórczości artystycznej. Taki charakter ma w szczególności uczynione przez sędziego wtrącenie do wystąpienia inauguracyjnego na Uniwersytecie Northwestern Law School w 1902 r. Sędzia Holmes wyraził w nim pogląd, że „uzasadnieniem sztuki nie jest obietnica nagrody dla tych, którzy zwyciężyli w ekonomicznym staraniu; dla tych, którzy w ekonomicznym sensie wyprodukowali najwięcej i to poprzez pośrednictwo we wzroście dostaw wina i oliwy.

²⁴ Zob. S.J. Burton (red.), *The Path of the Law and Its Legal Influence. The Legacy of Oliver Wendell Holmes Jr.*, Nowy York 2000 i teksty różnych autorów zgromadzone w tym tomie.

²⁵ Zob. O.W. Holmes Jr., *Collected Legal Papers*, Clark 2006 (1920).

²⁶ Sygnatura sprawy 188 U.S. 239–253 (1903), tekst całego wyroku dostępny na: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/188/239/case.html> [dostęp: 29.12.2016].

²⁷ Sygnatura sprawy 112 Ohio St. 654, 661–62, 148 N.E. 842, 844 (1925).

Uzasadnienie sztuki znajduje się w niej samej, jakkolwiek byłby jej ekonomiczny wymiar. Zaspokaja ona apetyt w niektórych nobliwych duszach, który jest silniejszy niż głód. Ta zasada mogłaby być nawet rozwijana dalej i można byłoby uznać, że sztuka może być wyposażona w nowe prawo. Można by powiedzieć, że jednym z powodów estetycznej przyjemności jest ekonomiczna strata²⁸. Wypowiedź ta zdradza fascynację sędziego nurtem myślenia o sztuce określanego mianem „sztuka dla sztuki” (fr. *l'art our l'art*). Zgodnie z nim sztuka nie reprezentuje żadnych interesów poza dążeniem do „jakości” (według niektórych do „piękna”). Prawnik w swojej wypowiedzi zaznaczał, że sztuka charakteryzuje się brakiem innych funkcji społecznych, z funkcją użytkową i ekonomiczną włącznie. Fakt, że mowa Holmesa wygłaszana była na inauguracji roku akademickiego w na prawniczym uniwersytecie, nie pozostaje bez znaczenia dla sposobu rozumienia wypowiedzianych przez niego słów. Wydaje się ona bowiem jednoznaczną deklaracją waloru estetycznego jako kryterium wartościowania sztuki. Sztuka i jej natura była zatem rozważana przez sędziego jeszcze przed wydaniem przez niego najsłynniejszych wyroków w tym przedmiocie.

Od zaprezentowanego tu poglądu, który można uznać za prywatny pogląd mówiącego, wydaje się wyraźnie odcinać jego stanowisko oficjalne zawarte w uzasadnieniu wyroku w sprawie *Bleistein v. Donaldson* wydanym rok później (1903). Oliver Wendell Holmes stwierdził w nim, że „byłoby niebezpiecznym przyjmować, że osoby wyszkolone wyłącznie w prawie będą samodzielnie formułować ostateczne oceny o wartości dzieła sztuk wizualnych (*pictorial illustrations*), poza wąskimi i najbardziej oczywistymi granicami. Z jednej strony niektóre z dzieł stanowiących przejaw geniuszu pozbawione byłyby należytej im uwagi. Ich nowatorstwo czyniłoby je odrzucającymi zanim publiczność nauczyłaby się nowego języka, w którym komunikuje artysta. Byłoby bardziej niż prawdopodobne, że dzieła Goi lub Maneta widziane po raz pierwszy pozbawione byłyby ochrony prawa²⁹. Zgodnie z koncepcją tego amerykańskiego prawnika i sędziego Sądu Najwyższego, sztuka i prawo są pojęciami radykalnie przeciwstawnymi. Ich rozłączność nie pozwala zatem formułować na gruncie prawa uznania dla piękna lub nawet znaczenia mistrzowskich dzieł sztuki.

Umiejętność rozdzielenia przez sędziego Holmesa osobistych poglądów na sztukę od obiektywnej oceny tego czy mamy do czynienia ze sztuką w konkretnym przypadku wydaje się w historii światowego sądownictwa czymś wyjątko-

²⁸ O.W. Holmes Jr., *Address at Northwestern Law School 1902*, [w:] idem, op.cit., s. 272.

²⁹ Sygnatura sprawy 188 U.S. 251 (1903), op.cit., źródło internetowe.

wym. Linda Nead, amerykańska historyk sztuki i Costas Douzinas, amerykański prawnik, autorzy książki *Art goes law*, opisując postawę sędziego Holmesa odnieśli się jednak do niej krytycznie. Stwierdzili, że standardowo „prawnicy «żyją z tekstem» i miłują przeszłość, nienawidzą nowości i nie rozumieją nowego języka. Prawo jest w stanie doceniać nową sztukę wyłącznie wówczas, gdy stanie się ona przedmiotem konwencji, korzystania oraz zwyczaju, innymi słowy wówczas, gdy stanie się taką jak prawo. Wielka sztuka, stanowi antytezę prawa, ponieważ ucieka konwencjom oraz zasadom i stanowi wyraz kreatywnej wolności oraz imaginacji. Prawa sztuki są zatem przeciwieństwem zasady prawa [stanowionego – M.B.]. Podobne stwierdzenia nie są trudne do znalezienia w innych orzeczeniach sądowych odnoszących się do relacji prawa do sztuki lub do obrazów”³⁰. Zdaniem autorów Holmes nie przekroczył w swoim rozstrzygnięciu granicy standardowych ocen prawników o sztuce, jednakże wykazał się wykraczającą poza przeciętność świadomością problemów interpretacyjnych, przed którymi stanął. Wydaje się jednak, że już sama ta świadomość – przede wszystkim z uwagi na datę wydania analizowanego orzeczenia (1903) – zasługuje na wyróżnienie, w szczególności wobec bezkrytycznej odmowy ochrony sztuce wykraczającej poza tradycyjne sposoby jej rozumienia wywiedzionej z relatywności definicji sztuki w debacie publicznej wiele lat później (m.in. wspomniana „sprawa Nieznalskiej”).

Sędzia Holmes nie poprzestał jedynie na rozpoznaniu prawidłowości społecznej polegającej na różnicowaniu ocen wartości dzieł sztuki oraz częstej odmowie uznania za sztukę dzieł tworzonych wedle nowych, nieznanych wcześniej reguł. Amerykański prawnik, świadom obecności „błędu estetyki” (*aesthetic question*) w argumentacjach prawniczych na temat sztuki wydawał się sprzeciwiać prawnej instytucjonalizacji gustów – odmawiał instytucjom państwowym formułowania sądów wartościujących odnośnie twórczości artystycznej, jak również posługiwania się kryterium estetycznym jako argumentacyjnej podstawy rozstrzygnięć sądowych, których przedmiotem jest dzieło sztuki. Te zapatrywania znalazły swój oficjalny wyraz w treści uzasadnienia do wyroku w sprawie *City of Passaic v. Paterson Bill Posting, Advertising & Sign Painting Co.* z 1905 r. Zawarta w nim teza, zgodnie z którą „wartościowania estetyczne są bardziej sprawą luksusu i dogadzania sobie (*luxury and indulgence*) niż konieczności”³¹ została uzupełniona wiele lat później przez

³⁰ C. Douzinas, L. Nead, *Law and Aesthetics*, [w:] *Law and the Image. The Authority of Art and the Aesthetics of Law*, red. eadem, Chicago 1999, s. 1.

³¹ *City of Passaic v. Paterson Bill Posting, Advertising & Sign Painting Co.*, 72 New L.J. 267, 268 (1905), [za:] C. Douzinas, L. Nead, op.cit., s. 2.

stwierdzenie z wyroku *City of Youngstone v. Kahn Building*, że „niektóre organy legislacyjne mogą uważać za o wiele ważniejsze kultywowanie uwielbienia dla jazzu niż dla Bethovena, dla grafik Rembrandta niż dla limeryków Keatsa. Świat znajdowałby się jednak w nieustannej huśtawce estetycznych wartościowań (*considerations*) gdyby dozwolone było zarządzanie nimi za pomocą siły instytucjonalnej”³².

Przywołane tezy z amerykańskiego orzecznictwa sądowego z początków XX w. skłoniły cytowanych już autorów książki *Art goes law* do krytycznej refleksji na temat relacji dwóch światów: prawniczego i artystycznego. Uważają oni, że trwałość problemów związanych z formułowaniem prawnych ocen dzieł sztuki wynika z przyczyn ontologicznych. Przekonują oni m.in., że sztuka bazuje na radykalnie subiektywnych punktach widzenia bez uniwersalnie obowiązujących standardów oceny swojej ważności. Tymczasem prawo nie może pozostawać w takim aksjologicznym zawieszeniu, bowiem przeczy to jego naturze. Zgodnie z ich koncepcją „podmiot liryczny w sztuce jest wolny, pożądający, cielesny, posiada płeć oraz historię. Podmiot prawa jest ograniczony, cenzurowany i neutralny. [...] Prawo w sensie instytucjonalnym nastawione jest na rozwiązywanie konfliktu wartości, a w tym sensie ze swej natury przeciwstawia się interpretacji pluralistycznej. W konsekwencji prawo na gruncie funkcjonalnym oraz politycznym wyraźnie odróżnia się od sztuki oraz literatury”³³. Prawo, podobnie jak religia oraz filozofia, ma skłonność do roztaczania swojego władztwa nad innymi sferami ludzkiej egzystencji – do przejmowania kontroli nad innymi społecznymi dyskursami i praktykami. Posiada ono „siłę oraz zdolność tłumaczenia oraz organizowania w swojej własnej gramatyce i słownictwie każdego innego języka, dialektu oraz idiomu. Jednak ta zdolność, widziana jako integralna część jego funkcji regulacyjnej, jest przewidywalna jako operacja puryfikująca znaczenia”³⁴. Jak zauważają Nead i Douzinas, „prawo udaje, że może pozostać zamkniętym się na inne dyskursy i praktyki, sugeruje stan zupełnej samoprezencji i czystości, jak również pozostawia poza obszarem swojej domeny nielegalne, zewnętrzne, inne systemy oceny – w szczególności estetykę, piękno oraz obraz”³⁵.

Analizując punkt widzenia współredaktorów tomu *Art goes law* można dojść do wniosku, że zaproponowane przez sędziego Holmesa programo-

³² Wyrok w sprawie *City of Youngstone v. Kahn Building Co.*, syngatura akt: 112 Ohio St. 654, 661–62, 148 N.E. 842, 844 (1925). Cytowane również [w:] J.J. Costonis, *Icons and Aliens*, Urbana 1989, s. 21.

³³ C. Douzinas, L. Nead, op.cit., s. 3.

³⁴ Ibidem, s. 4.

³⁵ Ibidem.

we odrzucenie kryteriów estetycznych w dyskursie sądowym zostało przez nich ocenione raczej negatywnie – jako próba utrzymania separacji dwóch obszarów życia społecznego – prawa i sztuki. Tymczasem – jak się wydaje – formułując postulat otwarcia dyskursu prawnego na dokonania współczesnej humanistyki, w szczególności zaś szeroko pojętych nauk o sztuce wydają się oni zupełnie ignorować liczne przypadki, gdy argumenty zaczerpnięte z obszarów pozaprawnych, w tym tezy z teorii estetycznych, były wykorzystywane arbitralnie i instrumentalnie do wykazywania określonego, politycznie uzasadnionego stanowiska w postępowaniach sądowych. Skłania to do rozważenia tezy sędziego Holmesa zakładającej programową separację dyskursów o prawie i sztuce w kontekście praktyki stanowienia i stosowania prawa, w szczególności w kontekście przypadków celowego przekraczania granic między tymi dyskursami w teoretyczno-prawnych koncepcjach definiowania sztuki, jak również w praktyce sądowej.

Estetyka próbą ucieczki od „odpowiedzialności” prawa i wobec prawa

Wyrok w sprawie Nieznalskiej (2003) i orzeczenie w sprawie *Bleistein v. Donaldson* (1903) dzieli dokładnie całe stulecie. W obu orzeczeniach znalazła się teza o niemożliwości rozstrzygnięcia wątpliwości estetycznych na gruncie argumentacji prawniczych. O ile jednak celem sędziego Holmsa było wykazanie, że estetyka jako kategoria bazująca na odwołaniu do subiektywizmu oceniającego nie powinna być przedmiotem wnioskowań prawniczych, co było równoznaczne z koniecznością poszukiwania innych kryteriów oceny dzieła sztuki w dyskursie sądowym, to Sąd Rejonowy w Gdańsku wydając wyrok w pierwszej instancji z tych samych powodów zupełnie „zwołał się” z obowiązku rekonstrukcji stanu faktycznego sprawy w zakresie związanym z pytaniem: „czy w tym przypadku mamy do czynienia z dziełem sztuki?”. Jak wynika z decyzji Sądu Okręgowego w Gdańsku odsyłającej sprawę Nieznalskiej do ponownego rozpatrzenia przez Sąd Rejonowy w wyniku złożonej apelacji, z faktu nieobiektywności norm estetycznych właściwy wniosek wyciągnął Holmes, a nie gdański sąd.

Samo przyznanie racji amerykańskiemu sędziemu nie rozwiązuje jednak całkowicie problemu estetyki we wnioskowaniach prawniczych. Wydaje się bowiem, że nie tylko sądy poszukują drogi ucieczki z trudności interpretacyjnych towarzyszących prawnej ocenie działalności twórczej przy wykorzystaniu estetycznego normatywizmu, ale również sami artyści – świadomi słabości

świata prawniczego w zakresie formułowania obiektywnych ocen działalności twórczej – celowo odwołują się do estetyki w momencie konfrontacji z wymiarem sprawiedliwości. Starają się uniknąć odpowiedzialności karnej i wciągnąć sędziów na „grząskie piaski” estetycznych wartościowań.

Sztandarowym przykładem zastosowania wspomnianej tu strategii obrończej wykorzystującej kategorię estetyczną był proces w sprawie *Cincinnati v. Contemporary Arts Center*³⁶ w 1989 r. Przedmiotem postępowania były fotografie wykonane przez Roberta Mapplethorpe’a. Przedstawiały nagie męskie ciała lub ich fragmenty w seksualnym, homoerotycznym kontekście (m.in. penisy w zwoździe i autoportret fotografa z ręką w odbyciu)³⁷. „Przyjęta linia obrony odwoływała się do walorów estetycznych oraz kompozycyjnych ocenianych fotografii w celu wykazania, że ich tematyka ma drugorzędne znaczenie i są one poważnymi dziełami sztuki. Strategia ta poskutkowała oczyszczeniem Barry’ego z zarzutów, stała się jednak przedmiotem krytyki formułowanej zarówno przez zwolenników, jak i przeciwników takiego rozstrzygnięcia. Osoby głoszące tezę o znacznej autonomii sztuki wskazywały, że odwołanie się wyłącznie do formalnych argumentów wypaczyło znaczenie ocenianej twórczości, dla której właśnie transgresywne treści miały podstawowe znaczenie. Środowiska konserwatywne natomiast wysuwały argument, że uznanie aspektów formalnych dzieła za wystarczającą podstawę twierdzenia o jego wysokiej wartości społecznej jest pomyłką i stwarza niebezpieczny precedens”³⁸.

Porównanie trzech wymienionych przypadków – sprawy Nieznalskiej, wyroku Holmesa oraz procesu o wystawę Mapplethorpe’a – wskazuje na szerokie spektrum wątpliwości towarzyszących przywoływaniu argumentów natury estetycznej na sali sądowej. W ostatnim przypadku twierdzenie o obiektywności ocen estetycznych przyjęte przez sąd za podstawę wyroku stanowi w pewnym sensie próbę ucieczki od odpowiedzialności za fakt, że wszelkie decyzje odnośnie wartościowania działalności twórczej są głęboko uwikłane w spory światopoglądowe, a jako takie stanowią wynik przyjęcia określonych założeń aksjologicznych koniecznych przy kształtowaniu polityki stanowienia i polityki stosowania prawa. Oba te pojęcia są dość niechętnie przytaczane i analizowane

³⁶ Wyrok w sprawie *Cincinnati v. Contemporary Arts Center*, sygnatura akt 57 Ohio Misc. 2d 15; 566 N.E.2d 214 (1990).

³⁷ Sprawę *Cincinnati v. Contemporary Arts Center* szczegółowo opisał: J. Dąbrowski, *Cenzura w sztuce polskiej po 1989 roku*, Warszawa 2014, s. 54 i nn.

³⁸ M.M. Bieczyński, *Sztuka i pornografia z punktu widzenia prawa – perspektywa historyczna*, [w:] *Prawo wobec erotyki w sztuce i pornografii*, red. M.M. Bieczyński, A. Jakubowski, Poznań 2016, s. 66.

w nauce prawa, która stara się utrzymać przekonanie o bezwzględnej formalnej obiektywności prawa stanowionego, jednakże w przypadku pytania o prawny status dzieła artystycznego okazują się jedynym możliwym punktem odniesienia. Jest to szczególnie wyraźne w tzw. przypadkach granicznych – gdy rozstrzygnięcie sądowe odnoszące się do działalności rozważanej jako artystyczna wymaga ważenia dóbr prawem chronionych i językowego dookreślenia sensu wyrażen nieostrych składających się na treść przepisów prawnych. W kontekście opisanych spraw można zatem zaryzykować twierdzenie, że zarówno prawnicy, jak i oskarżeni artyści korzystają z „ucieczki w estetykę” – każda strona w nieco odmiennym celu, choć efekt wydaje się jeden. W ten sposób „unika się” poddania ocenie społecznej wartości działania artystycznego w jego warstwie intelektualnej. Spłaszcza się w ten sposób dyskurs społeczny i redukuje zakres możliwości mediacyjnego rozwiązywania sporów w oparciu o autorytet sądu budowany na przekonaniu adresatów norm prawnych, że każda sprawa zostanie należycie zbadana, a wydany wyrok starannie uzasadniony. Innymi słowy społeczne koszty „poznawczych zaniechań” oraz „argumentacyjnych zaniedbań” sądów orzekających w sprawach sztuki wydają się zatem znaczne. Taka postawa stanowi nieme przyzwolenie na podsycanie emocjonalnej strony toczonych w społeczeństwie pluralistycznym wojen kulturowych.

Przykładem rozstrzygnięcia, w którym świadomie ograniczono rozważania argumentów natury estetycznej jako różnicujących prawną ocenę artystycznego działania mogącego naruszyć dyspozycję norm prawno-karnych był wyrok polskiego Sądu Najwyższego w tzw. sprawie Nergala³⁹. Przedmiotem postępowania był zarzut obrazy uczuć religijnych postawiony wokaliście death-metalowego zespołu Behemoth, który podczas koncertu podarł egzemplarz Biblii i rzucił jej fragmenty w stronę publiczności wykrzykując przy tym m.in., że jest to „księga kłamstw” i „gówno”. Rozstrzygając prokuratorską kasację od uniewinniającego wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku, Sąd Najwyższy uznał, że sprawa ta dotyczy „antynomii między wolnością sumienia i religii, chronionej w dyspozycji art. 53 Konstytucji, na straży której stoją przepisy rozdziału XXIV kodeksu karnego, w tym art. 196 k.k., a wolnością słowa i wyrażania swoich poglądów, gwarantowaną w treści art. 54 Konstytucji”⁴⁰, traktując tę ostatnią jako pokrewną dla wzmocniającej ją wolności twórczości artystycznej przewidzianej w art. 73 Konstytucji RP.

³⁹ Wyrok Sądu Najwyższego, sygn. akt III KK 274/14, wyrok niepublikowany, pełen tekst uzasadnienia wyroku w posiadaniu autora.

⁴⁰ Z treści uzasadnienia, j.w.

Przyjęcie takiego rozwiązania wydaje się słuszne w kontekście wypowiedzi samego oskarżonego, który nie zdecydował się bronić przy użyciu twierdzenia o „odegraniu” całego zdarzenia. Zauważyć należy bowiem, że jego działanie mogłoby spełniać wszelkie cechy działania artystycznego – czyn będący przedmiotem sądowej oceny został popełniony w trakcie trwania koncertu muzycznego, a działający „wokalista” był ucharakteryzowany zgodnie ze swoim scenicznym wizerunkiem, który od dawna kształtuje. Wykorzystując tę okoliczność Darski mógł zatem dążyć do wykazania, że nie zamierzał nikogo obrazić, bowiem podjęte przez niego działanie – podobnie jak gra aktora na scenie nie stanowi jego własnej wypowiedzi, ale część przyjmowanej przez niego maski artystycznej. Oznaczało to zatem, że sam muzyk odstąpił od powoływania się na obronę z odwołaniem do estetyki określonego nurtu muzycznego, jakim jest *death-metal*. Wyłączyło to z zakresu zainteresowania sądu istotny element oceny jakim byłoby znamię „działania fikcyjnego” w obrębie określonej – z góry założonej przez artystę – poetyki przekazu odpowiadającej przekonaniu, że „nie chce nikogo obrazić ten, kto działa w przekonaniu, że jego sądzę, działanie jest częścią spektaklu artystycznego, a nie wyrazem jego własnych poglądów”⁴¹. Sąd wprawdzie zgodził się z tezą M. Makarskiej, że poza ustawowymi znamionami przestępstwa z art. 196 k.k. znajdują się wypowiedzi i zachowania wyrażające negatywny stosunek do przedmiotu czci religijnej lub wykorzystujące ten przedmiot, jako element kreacji artystycznej, o ile ze względu na formę, nie zawierają elementów poniżających lub obelżywych⁴², nie oparł jednak na tej tezie „ciężaru argumentacyjnego” uzasadnienia⁴³.

⁴¹ Na zagadnienie teorii aktów mowy oraz semantyki działania artystycznego zwróciła uwagę. Zauważyła ona, że działanie lub wypowiedź artystyczna może mieć charakter samozwrotny. Oznacza to, że poprzez położenie akcentu na formę wypowiedzi – np. stylizację – zostaje przestawiony akcent z tego „co” jest powiedziane na to „jak” to zostało powiedziane. Zdaniem autorki przy ocenie wypowiedzi aspirującej do miana „działania artystycznego” konieczne jest odwołanie do teorii aktów mowy, w szczególności zaś do uwzględnienia kilku poziomów budowania treści, z treścią „poetycką” i „symboliczną” włącznie (zob. A. Adler, *What's left?: Hate Speech, Pornography and the Problem for Artistic Expression*, „California Law Review” 1996, vol. 84, nr 6, s. 1499).

⁴² M. Makarska, *Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania w Kodeksie karnym z 1997 roku*, Lublin 2005, s. 177.

⁴³ Stosowny fragment uzasadnienia wyroku: „Niemniej, zdaniem Sądu Najwyższego, darcie Pisma Świętego, nawet w toku przekazu artystycznego, podczas występu zespołu muzycznego, stanowić może wyraz pogardy wobec przekazu ważnego dla wyznawców wiary chrześcijańskiej, niezależnie od tego czy Pismo Święte należałoby uznać za przedmiot czci religijnej, czy też nie”.

Sąd Najwyższy, słusznie decydując o pominięciu aspektu estetycznego jako istotnego dla sprawy⁴⁴, poddał działanie sprawcy ocenie traktując je jako „wypowiedź” w rozumieniu art. 54 Konstytucji RP i art. 10 Europejskiej konwencji praw człowieka i podstawowych wolności. W uzasadnieniu główny akcent został położony na prawie człowieka do krytyki religii jako konsekwencji wolności światopoglądowej⁴⁵. Rozbudowane uzasadnienie wyroku w sprawie Nergala, które łącznie obejmuje 42 strony maszynopisu, należy docenić jako opracowanie szczegółowe i staranne. W jego drugiej części przedstawiona została bardzo wnikliwa analiza historii kształtowania się wolności sumienia i wyznania w kulturze europejskiej wraz z uwzględnieniem polskich odmienności w tym zakresie. Sąd dokonał rekonstrukcji historycznych przemian sposobu jej pojmowania

⁴⁴ Sąd w uzasadnieniu wskazał, że „forma artystyczna lub cel naukowy działania mającego charakter znieważający, nie powoduje sam z siebie wyłączenia odpowiedzialności karnej za obrazę uczuć religijnych bądź znieważenie publiczne przedmiotu czci religijnej. Cel kreacji artystycznej może zakładać, iż w sposób konieczny dojdzie do znieważenia przedmiotu czci religijnej lub miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych. W literaturze podkreśla się, że dzieła artystyczne powinny być analizowane ze szczególną ostrożnością, aby nie ograniczać przy użyciu prawa karnego twórczej ekspresji, o ile nie przekracza ona ewidentnie dopuszczalnych granic (T. Jasudowicz, *Bluznierstwo a kultura europejska: „pojedynek” między wolnością ekspresji a wolnością religii*, „Studia Europejskie” 1998, t. II, s. 37; R. Paprzycki, *Graj szatanie*, „Rzeczpospolita”, 21.09.2000)” (fragment uzasadnienia). Z poglądów tych nie wyciągnął jednak wniosku o samoistnym braku zawinienia sprawcy ze względu na artystyczny charakter działania sprawcy.

⁴⁵ Sąd uznał, że (fragment uzasadnienia): „W doktrynie prezentowany jest pogląd, że nie ma charakteru znieważenia przedmiotu czci religijnej wypowiedź lub zachowanie wyrażające negatywny stosunek do przedmiotu czci religijnej lub wykorzystujący ten przedmiot jako element kreacji artystycznej. Zastrzega się zwykle jednak, że forma i treść takiego przekazu nie powinna zawierać elementów poniżających lub obelżywych. Musi być przy tym zachowana zasada proporcji dóbr i spełniony wymóg subsydiarności oraz specyficzny, artystyczny cel działania sprawcy (B. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Wolność działalności artystycznej jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną*, [w:] *Prawnokarne aspekty wolności*, red. M. Mozgawa, Kraków 2006, s. 245 i n.). Podzielając ten pogląd Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 29 października 2012 r. stwierdził, że przestępstwo określone w art. 196 k.k. popełnia ten, kto w swoim zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym obejmuje wszystkie znamiona tego występku. Jednocześnie wywiódł, że charakter danej wypowiedzi bądź kreacji artystycznej powinien być oceniany obiektywnie w odwołaniu do obowiązujących w danej społeczności norm kulturowych. Dodał jednak, przywołując stanowisko W. Wróbla, że „artystyczny lub naukowy cel działania sprawcy nie jest wystarczający do wykluczenia znieważającego charakteru tych działań ze względu na ich formę” (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 października 2012 r., I KZP 12/12, OSNKW 2012, z. 11, poz. 112; zob. także: W. Wróbel, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna...*, op.cit., s. 661).

wykazując, że w toku ewolucji objęła ona również poglądy krytyczne, a nawet wrogie religiom. Jednocześnie wyjaśniając „pozytywną” stronę przedmiotowego zakresu tej wolności Sąd wyjaśnił jej kulturowy charakter w oparciu o wymiar indywidualny – opisał z punktu widzenia osoby, która z wolności tej korzysta⁴⁶.

Po dogłębnym rozważeniu wszystkich dogmatyczno-prawnych aspektów poszczególnych znamion przestępstwa obrazu uczuć religijnych, jak również rozważeniu zasadności powoływania się na instytucję tzw. kontratypu sztuki, Sąd Najwyższy zdecydował się podtrzymać wyrok uniewinniający Sądu Okręgowego i kasację odrzucić jako oczywiście bezzasadną.

W kontekście poczynionych przez Sąd ustaleń odnoszących się zarówno do stanu faktycznego sprawy, jak również dostrzeżenia doniosłości artystycznego charakteru działania jako przesłanki ocennej, która może mieć bezpośredni wpływ na dokonywaną kwalifikację prawną czynu, można jedynie mieć pewien niedosyt, że sam oskarżony nie zdecydował się na przyjęcie linii obrony z wykorzystaniem argumentu „poetyckiej ramy” swojego działania. Być może wówczas tak skrupulatny w uzasadnianiu wyroku Sąd przyczyniłby się do rozwiązania dylematu estetyki przekazu w dogmatyce prawnej⁴⁷. Być może również wówczas doszłoby do próby rozważenia dwóch innych konkurujących ze sobą w tym przypadku wartości: swobody sumienia i wyznania oraz prawa publiczności do kontaktu ze sztuką skandalizującą. Z problemem takim

⁴⁶ Fragment wyroku: „Na gruncie konstytucyjnym nie ulega wątpliwości, iż ochrona przekonań światopoglądowych zrównana jest z wolnością sumienia i wyznania, a ta ostatnia wolność złączona jest z jego przekonaniem światopoglądowym (H. Misztal, *Idea wolności religijnej*, [w:] *Prawo wyznaniowe*, red. H. Misztal, P. Stanisławski, Lublin 2003, s. 60–61). Prawna ochrona wolności religijnej nie dotyczy treści wierzeń religijnych, czyli relacji między człowiekiem a Bogiem, lecz zachowań ludzkich wobec siebie ze względu na prawdę o Bogu, a więc odnosi się do relacji między ludźmi jako podmiotami (J. Nikołajew, *Wolność sumienia i religii skazanych i tymczasowo aresztowanych*, Lublin 2012, s. 109; Z. Łyko, *Wolność sumienia i wyznania w relacji człowiek, kościół, państwo*, [w:] *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 1997, s. 82–88; M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 1993, s. 15–18; F. Mazurek, *Prawo człowieka do wolności religijnej*, „Kościół i Prawo” 1998, t. 5, s. 95–106; P. Sobczyk, *Wolność sumienia i religii w art. 53 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997*, „Prawo Kanoniczne” 2001, nr 3–4, s. 42)”.

⁴⁷ Sąd jedynie w jednym miejscu formułuje rodzaj oceny jakościowej przedmiotowego postępowania. Czyni to w stwierdzeniu: „Był przekonany, że miejsce, w którym dokonał pewnej kreacji artystycznej – **zresztą dość niskiego lotu** – było dostępne dla osób, które wykupiły bilet, przy czym miał prawo zakładać, że są to osoby podzielające jego poglądy”. Ocena ta – mająca charakter marginalnego wtrącenia – nie rzutuje w żaden sposób na ocenę działania sprawcy. Poza nim brak pogłębionej analizy „jakości” działania podlegającego ocenie prawnej.

zmierzył się bowiem Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawie *Akdas przeciwko Turcji*⁴⁸. Wyrok sądu zasługuje na uwagę.

Pozaestetyczna obiektywizacja oceny wartości dzieła artystycznego w argumentacji prawniczej

Skłonność prawników do odwoływania się do kryterium estetycznego jako argumentu istotnego dla prowadzonych ocen dzieła sztuki objawia się najsilniej na gruncie teorii prawa. Wielu dogmatyków reprezentuje pogląd, zgodnie z którym o możliwości uznania określonego dzieła lub działania podlegającego ocenie prawnej za twórczość artystyczną w rozumieniu odpowiadającym konstytucyjnej gwarancji wolności sztuki powinny przesądzać takie cechy, jak m.in. „wartość estetyczna” i „artystyczna jakość”. Dla przykładu, w niemieckiej nauce prawa takie stanowisko reprezentował Horst von Hartlieb. Zgodnie z zaproponowaną przez niego definicją „«sztuką» w rozumieniu art. 5 ust. 3 zd. 1 Niemieckiej Konstytucji jest taki przejaw duchowej treści, której cechy istotne stanowią fantazja i estetyzm, która także wykazuje choćby minimum kreatywnej jakości”⁴⁹. Szczęśliwie dla Niemiec, duże zainteresowanie problematyką sztuki w nauce prawa oraz poważne potraktowanie problemu definicji sztuki przez Niemiecki Sąd Konstytucyjny sprawiły, że estetyczne inklinacje świata prawniczego zostały przewyciężone, a koncepcja „jakości dzieła” (*Schaffenshöhe*) ostatecznie odrzucona⁵⁰.

Również w polskiej nauce prawa wielokrotnie pojawiały się wyrażone wprost lub pośrednio, czasem być może nie do końca uświadomione, postulaty odwołania się do wartości estetycznej dzieła przy dokonywaniu jego prawnej kwalifikacji. Najczęściej pojawiały się one w teoretycznych opracowaniach tzw. kontraktu sztuki, czyli teorii mającej uzasadnić wyłączenie odpowiedzialności

⁴⁸ Wyrok Trybunału w sprawie *Akdas przeciwko Turcji* z dnia 16 lutego 2010 r., skarga nr 41056/04, na podstawie oświadczenia prasowego Trybunału z dnia 16 lutego 2010 r., nr 129

⁴⁹ H. von Hartlieb, *Die Freiheit der Kunst und das Sittengesetz*, München 1969, s. 24. Zgodnie z tą koncepcją „typowe i specyficzne formy wyrazu artystycznego składają się z trzech elementów-wskaźników, którymi są fantazja, estetyka oraz jakość. Gdzie fantazja, estetyka oraz jakość występują razem, tam mamy do czynienia ze sztuką” (ibidem, s. 24).

⁵⁰ A.-M. Frey, *Die Romanfigur wider Willen*, „Studien und Materialien zum Öffentlichen Recht” 2009, t. 32, s. 120; B. Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt: eine veränderte Perspektive auf die Grundrechtsdogmatik durch eine präzise Schutzbereichsbestimmung*, s. 255. Więcej na temat procesu kształtowania się definicji sztuki w prawie niemieckim autor niniejszego opracowania pisał [w:] M.M. Bieczyński, *Pojęcie sztuki w niemieckiej literaturze prawniczej i orzecznictwie Niemieckiego Sądu Konstytucyjnego*, op.cit.

karnej lub winy sprawcy, którego działanie ma charakter artystyczny⁵¹. Szczególnie silnie przywiązanie do kryteriów wartościowania estetycznego dało o sobie znać w koncepcji kontratypu sztuki zaproponowanej przez J.J. Nalewajkę i R. Kubiaka⁵². Według nich odwołanie się do takich kategorii, jak: 1) „cel artystyczny”, 2) „zdrowy i zbawienny [sic!] faktyczny efekt ogólny dzieła”, 3) „szczerłość inspiracji”, 4) „dobra reputacja autora”, 5) „porównanie z innymi dziełami znajdującymi się w swobodnym obiegu [...] może stać się podstawą szerszej rozumianego kontratypu sztuki”⁵³. Jak autor niniejszego opracowania argumentował w poprzednich opracowaniach tego tematu⁵⁴ „już przy pobieżnej choćby analizie praktycznego zastosowania wskazanych kryteriów łatwo zauważyć, że mogłyby one z łatwością stać się podstawą arbitralnych rozstrzygnięć, bowiem trudno jest wskazać jednoznaczne czynniki, które miałyby przesądzać o takich właściwościach artysty, jak «dobra reputacja» lub «szczerłość intencji»⁵⁵. Zupełny brak możliwości obiektywizacji dotyczy natomiast innego postulatu autorów, aby uzależnić ochronę wolności twórczości artystycznej od osiągnięcia „celu artystycznego”, który miałby polegać na badaniu czy dzieło charakteryzuje się „mistrzostwem wykonania”⁵⁶. Decydować o tym miało według nich kryterium estetyczne, którego miarą jest piękno⁵⁷.

⁵¹ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Wolność działalności artystycznej jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną*, [w:] *Prawno-karne aspekty wolności*, red. M. Mozgawa, Kraków 2006; J. Piskorski, *Dekryminalizacja działalności artystycznej*, [w:] *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, red. T. Dukiet-Nagórska, Bielsko-Biała 2006; J. Warylewski, *Prawnokarne uwarunkowania wolności w zakresie ekspresji seksualnej oraz twórczości (m.in. artystycznej, naukowej i dziennikarskiej)*, [w:] *Prawnokarne aspekty wolności*, red. M. Mozgawa, Kraków 2006.

⁵² J.J. Nalewajko, R. Kubiak, *Sztuka jako okoliczność wyłączająca bezprawność?*, „Palestra” 2000, nr 9–10, s. 31–43.

⁵³ Ibidem, s. 37.

⁵⁴ Zob. w szczególności: M.M. Bieczyński, *Kontratyp sztuki – ujęcie prawno-porównawcze*, [w:] *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, red. F. Cieplý, Warszawa 2014, s. 189–210; idem, *Ars Legis czy Lege Artis? Kilka uwag na temat wolności twórczości artystycznej i jej prawnych granic*, [w:] *Swoboda wypowiedzi w działalności artystycznej*, red. D. Bychawska-Siniarska, D. Głowacka, Warszawa 2014, s. 19–30.

⁵⁵ J.J. Nalewajko, R. Kubiak, op.cit., s. 35.

⁵⁶ Por. ibidem, s. 37. Krytykę stanowiska autorów podniósł J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajowości. Rozdział XXV Kodeksu Karnego. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 206. Autor wskazuje na „zbyt wysoko ustawioną poprzeczkę mającą decydować o tym, czy coś jest sztuką, czy nie”.

⁵⁷ Warto odnotować, że wskutek krytyki ich teorii kontratypu sztuki autorzy złagodlili zakres oczekiwań względem twórcy, który mógłby powołać się na kontratyp sztuki

Na marginesie warto wspomnieć, że są również w Polsce przedstawiciele doktryny prawniczej, którzy nie tylko uniknęli „pułapki estetyzmu” przy naukowym opracowaniu zagadnienia kontratypu sztuki, ale problem ten prawidłowo zdiagnozowali i zaproponowali godne rozważenia postulaty *de lege lata*⁵⁸.

Krytyka prawnych odwołań do estetyki prowadzi do pytania o możliwość przywołania innych przesłanek pozwalających na wartościowanie działalności twórczej na gruncie prawa. W tym kontekście niezwykle ciekawe, ale zarazem kontrowersyjne wydaje się wspomniane już rozstrzygnięcie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu w sprawie *Akdas przeciwko Turcji*⁵⁹.

Przedmiotem postępowania była decyzja tureckiego sądu o zakazie publicznego rozpowszechniania tłumaczenia noweli erotycznej Guillaume Appolinaire’a pod tytułem *Jedenaście tysięcy patek, czyli miłostki pewnego hospodara*⁶⁰. Trybunał – pomimo utrwalonej praktyki uznawania stosunkowo szerokiego zakresu swobody sądów krajowych przy ocenie naruszeń moralności publicznej – w tej sprawie uznał, że ze względu na posiadanie przez oceniane dzieło wysokiej wartości artystycznej pozwalającej je zaliczyć do „europejskiego dziedzictwa literackiego”, decyzję sądów krajowych należy uznać za błędną⁶¹. Sąd wyraził przekonanie, że zasada kulturowego pluralizmu stanowi jedno z podstawowych założeń demokratycznego państwa prawnego, a w związku z tym w jednym kraju istnieje wiele kulturalnych, religijnych, społecznych i filozoficznych wspólnot i każda z nich ma takie same prawa. Wynika stąd – zgodnie z treścią orzeczenia – konieczność zapewnienia obywatelom możliwości zapoznania się artystycznymi dokonaniem o istotnej wartości⁶². Zgodnie z użytym w orzeczeniu argu-

w późniejszym tekście. Zob. M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Możliwość wyłączenia odpowiedzialności karnej artysty za bluźnierstwo*, [w:] *Odpowiedzialność karna artysty za obraze uczuć religijnych*, red. F. Ciepły, Warszawa 2014, s. 150–160.

⁵⁸ Zob. J. Sobczak, *Czy istnieje kontratyp sztuki? Regulacje europejskie a rozwiązania polskiego systemu prawnego*, [w:] *Uniwersalny i regionalny wymiar ochrony praw człowieka. Nowe wyzwania – nowe rozwiązania*, t. 3, red. J. Jaskiernia, Warszawa 2014, s. 360–370; T. Gardocka, *Czy w polskim prawie karnym potrzebny jest kontratyp sztuki?*, „Palestra” 2015, z 1–2, s. 24.

⁵⁹ Sprawa *Akdas v. Turcja*, sygn. akt. 41056/04, 16.02.2010.

⁶⁰ Zob. M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej: Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2013, s. 655.

⁶¹ Por. A. Mowbray, *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, Oxford 2007, s. 627.

⁶² Por. C. Romainville, *Right to Access Culture under EU law*, [w:] *Cultural Governance and the European Union. Protecting and Promoting Cultural Diversity in Europe*, red. E. Psychogiopoulou, Londyn 2015, s. 167.

mentem, adresaci dzieł literackich władający językiem tureckim nie powinni być pozbawieni równej możliwości w dostępie do „europejskiego dziedzictwa literackiego”, które jest standardem w innych państwach.

Aby wykazać, że również w analizowanym przypadku mamy do czynienia z takim właśnie „wartościowym dziełem” Trybunał odwołał się do szeregu przesłanek ocennych mających poprzeć jego tezę. Dokonując analizy kryteriów uznania określonego wytworu za element „europejskiego dziedzictwa kulturowego” sędziowie wskazali m.in. na międzynarodową reputację autora, datę pierwszej publikacji, liczbę państw oraz liczbę języków, w których dzieło opublikowano, fakt publikacji w formie książkowej i w Internecie, publikacji w prestiżowej kolekcji w ojczyźnie autora. Wymieniony katalog cech posiadanych przez dzieło Appollinaire’a stanowi – zdaniem sądu – wystarczające uzasadnienie dla uznania szczególnej wartości dzieła sztuki. Dla przedstawionej argumentacji znamienne wydaje się brak odwołania się w najmniejszym choćby stopniu do reguł estetycznych⁶³.

Podsumowanie

Przeprowadzony w niniejszym opracowaniu przegląd spraw sądowych z różnych okresów historycznych oraz różnych zakresów terytorialnych prowadzi do pytania o zasadność zupełnego odrzucenia estetyki jako możliwego punktu odniesienia dla prawnych wnioskowań o sztuce w kontekście formułowania jej definicji oraz wyznaczania zakresu przysługującej jej wolności. Jakkolwiek praktyka pokazuje, że dokonywanie wartościowania w oparciu o niejasne kryterium „piękna” nie tylko nie przyczynia się do rozwiązania dylematów

⁶³ Na marginesie prowadzonych tu rozważań należy zauważyć, że wyłączenie oceny estetycznej przez Trybunał Strasburski stanowi dalekie echo koncepcji wartości dzieła zabytkowego w ujęciu Aloisa Riegla. Zob. M. Murzyn, *Zarządzanie dziedzictwem kulturowym na podstawie wartości*, „Zarządzanie w Kulturze” 2016, nr 3, s. 199: Riegl „podzielił wartości (jako kryteria oceny zabytku) na dwa zasadnicze zbiory, a mianowicie na wartości upamiętniające (nie pamiątkowe) i wartości współczesne. Te pierwsze zostały sklasyfikowane jako wartość: dawności (starożytnicza), historyczna i pomnikowa, natomiast współczesne zostały rozdzielone na wartość: użytkową i artystyczną – w tej z kolei wyodrębnił jeszcze wartość nowości i względną wartość artystyczną. Riegl, rozdzielając wartości na te dwie grupy, już wówczas zauważył, że klasyfikując zabytki, należy uwzględniać zarówno ich cechy własne (historię, wiek, ślady czasu, autentyczność itp.), jak i wartości nadawane im przez odbiorców (użyteczność, estetykę itp.)”. ETPC zrezygnował z odwoływania się do ocen subiektywnych, pozostając na płaszczyźnie obiektywnych mierników społecznej doniosłości (swoistej „sławy”) dzieła.

ocennych towarzyszących wyznaczaniu prawnych granic wolności twórczości artystycznej, ale w wielu przypadkach prowadzi do negatywnych konsekwencji w postaci zacierania klarowności argumentacji mającej uzasadniać przyjęcie przez sąd określonego stanowiska należy zauważyć, że nie przesądza to o zupełnym braku znaczenia kryterium estetycznego dla wnioskowań prawniczych.

Wprawdzie estetyczność dzieła nie stanowi ani warunku koniecznego, ani wystarczającego przy ocenie czy mamy do czynienia ze sztuką w rozumieniu art. 73 Konstytucji RP, jednakże może – w pewnych okolicznościach – służyć jako kryterium pomocnicze dla takich ustaleń. Przykładem może być chociażby przypadek rozróżniania między dziełem sztuki o charakterze erotycznym i dziełem pornograficznym. Gdyby bowiem przyjąć za M. Filarem, że aby uznać jakąś treść za pornograficzną, należy wykazać, że przedstawia ona „przejawy życia seksualnego człowieka z całkowitym wyabstrahowaniem od warstwy intelektualnej przekazu”⁶⁴, wówczas silna estetyzacja przedstawienia mogłaby stanowić jedno z kryteriów przemawiających za tym, że nie mamy w takim przypadku do czynienia z pornografią⁶⁵. Uwaga polskiego prawnika stanowi godną rozważenia sugestię, że być może to nie wysoki poziom estetyki powinien być okolicznością braną pod uwagę przez sąd przy ocenie czy w danym przypadku ma do czynienia z dziełem sztuki, ale fakt wystąpienia w dziele konkretnych parametrów opisywanych za pomocą kategorii estetycznych, a określanych mianem „poetyckiego wyrazu dzieła”.

Poetykę można określić jako teorię struktury i odbioru dzieła sztuki. Początkowo termin ten był wiązany z literaturoznawstwem⁶⁶, jednakże w toku ewolucji teorii analitycznych na polu historii sztuki, które obficie czerpały z osiągnięć nauk lingwistycznych, został on zaadoptowany na potrzeby analizy dzieł wizualnych⁶⁷. Poetyka stała się w ten sposób dziedziną nauki o sztuce

⁶⁴ Za M. Filarem (idem, *Komentarz do art. 202 k.k.*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. O. Górniok, Warszawa 2004, s. 608) argumentują tak również: P. Kozłowska, M. Kucharska, *Prawnokarne aspekty pornografii*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 4, s. 41. Autorki wskazują jednak, że przeprowadzanie takie wnioskowania nie jest zwyczajowo przyjęte w praktyce orzecznictwa sądowego.

⁶⁵ Więcej na ten temat zob. M.M. Bieczyński, *Relacja sztuki i pornografii w polskim prawie karnym*, [w:] *Prawo wobec erotyki w sztuce i pornografii*, red. M.M. Bieczyński, A. Jakubowski, Poznań 2016, s. 260–262.

⁶⁶ Zob. m.in. E. Miodońska-Brookes, A. Kulawik, M. Tatar (red.), *Zarys poetyki*, Warszawa 1980; A. Kulawik, *Poetyka*, Warszawa 1990.

⁶⁷ Zob. M. Bryl, *Suwerenność dyscypliny: polemiczna historia sztuki od roku 1970*, Poznań 2008.

rozpatrującą sposób istnienia dzieła jako utworu posługującego się określonym językiem i właściwymi dla niego środkami stylistycznymi, które są określone przez funkcję estetyczną. Funkcja ta jest rozpoznawalna poprzez określony efekt (m.in. wrażenie, wyraz, znaczenie, emocjonalny sens) wywoływany przez dzieło, który jest zamierzony przez jego twórcę i możliwy do odczytania przez widza w procesie recepcji⁶⁸. Głównym przedmiotem zainteresowania poetyki są zatem ogólne reguły organizacji (struktury) przekazu w szeroko pojętych tekstach kultury – również tych o czysto wizualnym charakterze⁶⁹. W polu zainteresowania poetyki znajdują się zarówno środki stylistyczne dzieła (np. epitet, metafora, porównanie), retoryka zawartego w nim przekazu (np. kontrast, cytat, napomnienie) oraz wskaźniki genetyczne, takie jak przynależność do określonej dziedziny artystycznej (np. malarstwo, rzeźba) czy też gatunku twórczego (np. portret, pejzaż). Jako dyscyplina naukowa rozwijająca się dynamicznie wraz z przemianami środków wyrazu artystycznego, poetyka stanowi swoiste repozytorium kategorii analitycznych pozwalających na przeprowadzenie szczegółowej analizy słownej każdego dzieła sztuki, w tym również dzieła sztuki wizualnej, która uwzględnia zarówno jego aspekty formalne, jak i treściowe.

Stosownie do charakterystycznego dla poetyki założenia, że każde dzieło sztuki posiada pewną ramę narracyjną złożoną z intencjonalnie wykorzystywanych przez twórcę konwencji wyznaczających formę i treść dzieła należałoby odróżnić takie ‘działania komunikacyjne’⁷⁰ człowieka, które są „intencjonalnie zaprojektowanymi przekazami poetyckimi” – czyli „dzieła sztuki” – od innych działań człowieka, które takiej ramy nie posiadają, i które w konsekwencji nie będą mogły być uznane za sztukę. Takie rozróżnienie wydaje się być zgodne ze sposobem uregulowania wolności sztuki w polskiej konstytucji. Polski ustrojodawca, wzorem innych państw europejskich, sformułował gwarancję wolności twórczości artystycznej w osobnym przepisie (art. 73 Konstytucji RP) obok gwarancji wolności wyrażania poglądów (art. 54 Konstytucji RP). W piśmiennictwie prawniczym przeważa opinia, że twórczość artystyczna jest rodzajem wypowiedzi szczególnego rodzaju, stąd oba przepisy pełnią względem siebie w przypadku prawnej oceny dzieła sztuki funkcję komplementar-

⁶⁸ Zob. U. Eco, *Dzieło otwarte: Forma i nieokreśloność w poetykach współczesnych*, Warszawa 2008.

⁶⁹ B. Watten, *Poetyka w poszerzonym polu: tekstualnym, wizualnym, digitalnym...*, „Forum Poetyki”, wiosna/lato 2016, s. 46–69.

⁷⁰ Zob. J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. I i II, Warszawa 1999.

ną⁷¹. Przyjęcie takiego rozwiązania nakazuje postawić pytanie o to w czym wyraża się różnica pomiędzy oboma wolnościami – czym jest w przypadku wypowiedzi artystycznej ów czynnik „sztuka +”. Zgodnie z koncepcją zaproponowaną przez Niemiecki Sąd Konstytucyjny jedną z cech wyróżniających przekaz artystyczny spośród innych typów wypowiedzi jest właśnie „szczególny język” oraz „otwartość na interpretację”⁷². W tym upatrywać można minimum koniecznego rozpoznania estetycznego wymiaru dzieła, które przesądza o możliwości zakwalifikowania dzieła jako artystycznego w rozumieniu art. 73 Konstytucji RP. Przyjęcie takiego zapatrywania oznacza, że jakkolwiek estetyka nie jest użytecznym narzędziem wartościowania artystycznych przekazów w postępowaniu sądowym oraz w dyskursie prawnym, stanowić może analityczny punkt odniesienia dla nauki prawa w procesie ustalania czy w danym przypadku mamy do czynienia z dziełem sztuki czy nie – o takiej kwalifikacji miałoby w tym ujęciu przesądzać posiadanie lub brak określonej cechy, jaką jest „intencjonalna rama poetycka” dzieła⁷³.

Koncepcja „intencjonalnej ramy poetyckiej” jako warunku zaliczenia ocenianej wypowiedzi do zbioru dzieł sztuki dla swojej operatywności wymagała rozwinięcia i omówienia na konkretnych przykładach w celu skonstruowania jej rozwiniętego modelu teoretycznego, na co w niniejszym opracowaniu niestety zabrakło miejsca. Warto jednak wspomnieć, że inspiracją dla niej jest artykuł naukowy autorstwa A. Adler⁷⁴, w którym autorka, analizując przypadki posługiwania się przez artystów retoryką tzw. mowy nienawiści i pornografii, wskazuje na brak dogmatyczno-prawnych metod interpretacyjnych pozwalają-

⁷¹ Więcej na temat relacji wolności twórczości artystycznej i wolności wyrażania poglądów zob. M.M. Bieczyński, *Prawne granice wolności twórczości artystycznej w zakresie sztuk wizualnych*, Warszawa 2011, w szczególności podrozdział 5.1.2. „Wolność twórczości artystycznej jako szczególny przypadek wolności wypowiedzi”.

⁷² Por. C. Fuchs, *Avantgarde und erweiterter Kunstbegriff. Eine Aktualisierung des Kunst – und Werkbegriffs im Verfassungs – und Urheberrecht*, Baden-Baden 2000, s. 25.

⁷³ Koncepcja „intencjonalnej ramy poetyckiej” jako warunku kwalifikacji ocenianej wypowiedzi jako dzieła sztuki wymaga rozwinięcia i omówienia na konkretnych przykładach. Została ona zainspirowana przez artykuł autorstwa A. Adler, w którym autorka analizując przypadki posługiwania się przez artystów retoryką tzw. mowy nienawiści i pornografii wskazuje na brak narzędzi interpretacyjnych pozwalających na odróżnienie tego typu sztuki krytycznej od przekazów przez nią krytykowanych – w formalistycznej wykładni prawa posłużenie się symbolem przekreślonej swastyki jest naruszeniem normy zakazującej rozpowszechniania symboli nazistowskich.

⁷⁴ A. Adler, *What's left?: Hate Speech, Pornography and the Problem for Artistic Expression*, „Law Review” 1996, vol. 84, nr 6.

cych na odróżnienie sztuki krytycznej od przekazów przez nią krytykowanych – w formalistycznej wykładni prawa posłużenie się symbolem przekreślonej swastyki jest naruszeniem normy zakazującej rozpowszechniania symboli nazistowskich, bowiem wymaga posłużenia się prawnie zakazanym symbolem. W tym kontekście odwołanie do teorii poetyki przekazu wizualnego, rozumianej jako „teoria aktów mowy” w komunikacji wizualnej, stanowi zasługującą na rozważenie drogę, która może prowadzić do wyjścia z definicyjnych aporii w odniesieniu do pojęcia sztuki na gruncie nauk o prawie.

Summary

The main purpose of this article is to develop a dogmatic reflection about the significance of the aesthetic criteria in juridical decision-making. Main focus concentrates on the case-law, in which the aesthetic evaluation was revoked as an argument in the courtroom. Research is directed on establishing of a dogmatic frame for the future investigation of that topic. It offers a non systematic typology of cases. To realize this objective, at least on a basic level, consideration the following aspects is required. Firstly, it seems necessary to show examples of situations in which non-legal, aesthetic arguments have been ‚smuggled’ into the court discourse by the lawyers themselves – including judges. Secondly, it seems necessary to build a general frame for the philosophical, art-critical and social conditions of the close relationship of law and aesthetics. The tendency for lawyers to ‚serve’ the aesthetic theories in argumentative situations of uncertainty appears to be historically conditioned – it finds its roots in the common law and the philosophical foundations of art, in the tradition of European culture. Thirdly, it seems reasonable to identify those cases that were ‚noble exceptions’ to the rule of lack of lawyers’ consciousness of problems connected to art history and aesthetics. Although the concern of this article is not a reconstruction of the historical evolution of the relationship between law and aesthetics, but the analysis of the modern aspects of their relation, the reference to the cases from the nineteenth and twentieth centuries, in which the issue was under consideration, appears to be useful for demonstrating continuity of the problem described. Fourthly, this article attempts to assess the socio-cultural conditions of the ‚legal escape’ into aesthetic argumentation in situations of uncertainty about the meaning of art. It appears that the formula of aesthetic reasoning adopted as the basis for the legal assessment of artworks is not without culturally conditioned meanings – it is no a procedure, which is neutral and free of politics. Fifthly, it is impossible to ignore questions about possible alternatives to the theory of aesthetic as a criterion for assessing the value of the artworks in science and law. The rejection of aesthetics and the related thesis proclaiming that art always serves

beauty, requires the submission of proposals for the adoption of another operative alternative solutions, which would fill 'argumentative void' and also save the object (art) from having no point of argumentative reference in the legal argumentation

Keywords: art and law, art on trial, aesthetic criteria, art justification

Słowa kluczowe: prawo i sztuka, sztuka przed sądem, kryterium estetyczne, kontratyp sztuki