

dr Jakub Dąbrowski

Akademia Sztuk Pięknych w Warszawie
Wydział Zarządzania Kulturą Wizualną
Katedra Sztuki Polskiej Najnowszej

Znamię artystyczności jako okoliczność wpływająca na prawną kwalifikację czynu – kontekst mowy nienawiści

Odwołania do wolności artystycznej ekspresji, jako tej, która cieszy się specjalnymi przywilejami (co w przypadku postępowania karnego sprowadza się do eksplicytnego lub implicytnego założenia, że w polskim systemie prawnym istnieje pozaustawowy kontratyp sztuki) są częstym argumentem w postępowaniach dotyczących różnych przestępstw z wypowiedzi¹. Ponieważ stowarzyszenie Otwarta Rzeczpospolita interweniuje w sprawach, w których mowa nienawiści zyskuje artystyczne formy (głównie muzyczne², choć podobne komunikaty często ujmowane są w formy ikoniczne, np. wyszukane wizualnie oprawy meczów, internetowe memy, rozbudowane formy graffiti) powstaje pytanie, czy w takich sytuacjach znamię artystyczności rzeczywiście może prowadzić do wyłączenia bezprawności czynu? Innymi słowy, czy ma wówczas zastosowanie pozaustawowy kontratyp sztuki prowadzący do uniewinnienia sprawcy? Pytanie to wydaje się zasadne również ze względu na brzmienie art. 256

¹ Argument kontratypizacji wypowiedzi o charakterze artystycznym pojawił się np. w procesach artystki wizualnej Doroty Nieznalskiej i muzyka Adama Darskiego Nergala oskarżonych o obrazę uczuć religijnych, także malarza Krzysztofa Kuszeja oskarżonego m.in. o rozpowszechnianie pornografii oraz propagowanie i prezentowanie materiałów o charakterze pedofilskim; z kolei w sierpniu 2014 roku przed sądem rejonowym w Kielcach na konstytucyjnie gwarantowaną wolność twórczości artystycznej powoływał się muzyk Tomasz Czaplą „Kelthuz” oskarżony o znieważenie osób z powodu przynależności rasowej i wyznania.

Przestępstwa z wypowiedzi to takie, w których istotą czynności sprawczej jest nadanie pewnego komunikatu - uzewnętrznienie przez sprawcę wobec określonych bądź nieokreślonych adresatów pewnych treści, w przeciwieństwie do przestępstw, które mogą zostać popełnione przez zewnętrznie postrzegalny akt fizyczny, pozbawiony dodatkowych znaczeń.

² Por. np. <http://zglosnienawisc.otwarta.org/incydent/1774>; <http://zglosnienawisc.otwarta.org/incydent/1567>; <http://zglosnienawisc.otwarta.org/incydent/1064>

k.k., który po nowelizacji w 2009 roku w § 3 wyłącza przestępność czynu określonego w § 2, gdy sprawca dopuści się go w ramach działalności artystycznej, edukacyjnej, kolekcjonerskiej lub naukowej.

Pojęcie sztuki i artystyczności

Polskie ustawodawca nie definiuje co należy rozumieć od pojęciem działalności artystycznej czy sztuki, pozostawiając ten problem wymiarowi sprawiedliwości i nauce prawa. W praktyce organy śledcze i sądy posiłkują się w tej kwestii opiniami biegłych, którzy z kolei mogą opierać się na różnych założeniach teoretycznych. Bez względu jednak na indywidualne przekonania, biegli w swoich opiniach na okoliczność „artystyczności” danego wytworu powinni uwzględniać współczesne praktyki twórcze, wystawiennicze oraz dominujący dyskurs naukowy i krytyczno-artystyczny. Jak się wydaje, istnieje tylko jedno ujęcie teoretyczne, które to umożliwia – jest to tzw. definicja instytucjonalna sztuki.

Współcześnie pojawiają się często problemy z oddzieleniem wytworów artystycznych od kontinuum codziennej wizualności w plastyce i od kultury popularnej w muzyce. W sztukach wizualnych po rewolucji I awangardy z początku XX wieku niemal każdy element rzeczywistości, tak obiekt, jak i czynność może zyskać przymiot sztuki. W odpowiedzi na tę sytuację (niemożność rozróżnienia zwykłych przedmiotów i czynności na podstawie ich immanentnych cech od dzieł sztuki) filozofowie i estetycy opracowali instytucjonalną definicję sztuki. Uogólniając nieco, zgodnie z tą teorią o tym czy mamy do czynienia ze sztuką nie decydują immanentne, estetyczne własności dzieła, ale dwa główne elementy: po pierwsze, zamiar twórcy, po drugie, akceptacja jego działań przez instytucję świata sztuki z uwzględnieniem ustanowionych w tym świecie reguł kompetencyjnych³. Twórca nie musi mieć wykształcenia artystycznego ani uznanego dorobku, wystarczy, że jego zachowaniu towarzyszy świadomość występowania w roli artysty – musi chcieć, by było ono odbierane w sposób, w jaki sztuka była odbierana w przeszłości. Ścisły kontekst instytucjonalny (wykształcenie, dorobek, działanie w ramach imprezy artystycznej) z jednej strony, ułatwia ustalenie znamion podmiotowych (zamiar twórcy), a z drugiej, wyznacza kompetencje danego podmiotu do pewnego rodzaju zachowań. Istnieją dziedziny twórczości, które nie wymagają specjalnych kompetencji, np. każdy może malować pejzaże. Istnieją także wytwory, które zostaną uznane za artystyczne tylko wtedy, jeśli twórca będzie legitymizował się określonym dorobkiem, w mniejszym stopniu wykształceniem, np. „Fontanna” Marcela Duchampa, czyli po prostu zwykły

³ Na ten temat zob. S. Davies, *Definitions of Art*, Ithaca–London 1994.

seryjnie produkowany pisuar, jest uznawana za dzieło sztuki tylko dlatego, że artysta dzięki swojej twórczości zyskał w świecie sztuki pozycję i kompetencje do radykalnych, przełamujących kanony gestów. Podobny gest wykonany przez malarza hobbystę nie zostałby uznany przez świat sztuki za artystyczny. W paradygmacie instytucjonalnym to czy w wyniku takich działań powstaje dobre czy złe dzieło sztuki jest pytaniem wtórnym, gdyż dla uznania danego wytworu za artystyczny istotne są pewne procedury, a nie spełnienie jakiegoś minimalnego, progowego poziomu satysfakcji estetycznej.

Sztuka jako znamię czynu zabronionego

Status pozaustawowego kontratypu sztuki w polskim prawie jest bardzo kontrowersyjny. Odwołania do niego pojawiają się w postępowaniach sądowych, a nawet w orzecznictwie, ale nigdy nie stanowił on podstawy uniewinnienia oskarżonych, z kolei w doktrynie przeważa pogląd, że kontratyp ów w polskim systemie prawnym nie istnieje⁴. Nie jest to moment na rozważania o istocie kontratypu sztuki⁵, dlatego na potrzeby niniejszej analizy przyjmujemy za zdecydowaną większość doktryny, że takiej instytucji w polskim prawie nie ma, nie mniej, fakt, że nienawistna wypowiedź jest kwalifikowana jako artystyczna może być prawnokarnie relewantny.

Niewątpliwie przy rozpoznawaniu strony przedmiotowej i podmiotowej czynu, konieczne jest ustalenie treści danej wypowiedzi artystycznej, która może być następnie uznana za znieważającą, propagującą nienawiść, itp. Należy pamiętać, że na obecnym etapie rozwoju refleksji naukowej dotyczącej lektury tekstów (rozumianych szeroko, jako wszystkie teksty kultury – czyli także np. obrazy), neguje się możliwość dotarcia do uprzednio i obiektywnie istniejących w dziele treści mimetycznie odzwierciedlających intencje autora. Podkreśla się przy tym, że tylko w odwołaniu do horyzontu interpretacyjnego odbiorcy możliwe jest dekodowanie treści dzieła, a co za tym idzie zamiarów autora – można powiedzieć, że tekst nie istnieje poza

⁴ Tak: M. M. Bieczyński, *Prawne granice wolności twórczości artystycznej w zakresie sztuk wizualnych*, Warszawa 2011; M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Wolność działalności artystycznej jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną*, w: M. Mozgawa (red.), *Prawnokarne aspekty wolności, Arłamów 16–18 maja 2005 r.*, Zakamycze 2006; J. Dąbrowski, A. Demenko, *Cenzura w sztuce polskiej po 1989 roku. tom 1. Aspekty prawne*, Warszawa 2014; W. Janyga, *Przestępstwo obrazy uczuć religijnych w polskim prawie karnym w świetle współczesnego pojmowania wolności sumienia i wyznania*, Warszawa 2010; T. Jasudowicz, *Ochrona religii przed zakusami profanum w świetle prawa polskiego i standardów europejskich*, w: „*Sacrum i profanum a współczesna kultura*”. *Materiały z konferencji zorganizowanej przez Komisję Kultury Środków Przekazu pod patronatem Marszałka Senatu RP Bogdana Borusewicza 25 kwietnia 2006 roku*, Kancelaria Senatu, Warszawa 2006; J. Piskorski, *Dekryminalizacja działań artystycznych*, w: T. Dukiet-Nagórska (red.), *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, Bielsko-Biała 2006; J. Piskorski, *Kontratyp sztuki?*, w: W. Szafranski (red.), *Wokół problematyki prawnej zabytków i dzieł sztuki*, Poznań 2007.

⁵ Zostało to uczynione w innym miejscu, zob. J. Dąbrowski, A. Demenko, *Cenzura...*, op. cit.

lekturą. Tak więc w procesie badania przesłania artefaktu należałoby się odwoływać nie tyle do obiektywnie istniejących cech - „Prawdy dzieła”, bo takowe po prostu nie istnieją, ale raczej oprzeć się na konsensach wypracowanych w obrębie tego, co amerykański teoretyk literatury Stanley Fish nazywa wspólnotami interpretacyjnymi, czyli grupami osób, które podzielają jakiś wspólny cel i zakres aktywności (np. świat sztuki – ludzie zainteresowani współczesną twórczością artystyczną). Świat sztuki posługuje się specyficznymi kodami nadawczo-odbiorczymi i bez ich uwzględnienia nie będzie możliwe wiarygodne ustalenie na czym polegał czyn sprawcy. Idąc tym tropem, dla interpretacji dzieła sztuki prawnie relewantne powinny być sensy związane ze wspólnotą interpretacyjną, w obrębie której twórca funkcjonuje bądź chce funkcjonować, co należałoby wiązać ze sposobem rozpowszechniania dzieła. Tak więc przywołujemy interpretacje związane ze światem sztuki, gdy dzieło kierowane jest do widzów w galerii, natomiast, gdy prezentowane jest na powszechnie dostępnej ulicy wspólnota odbiorców-interpretatorów musi być ujęta szerzej, np. jako osoby niezainteresowane sztuką współczesną, ale posiadające podstawową wiedzę o stosunkach społeczno-politycznych w Polsce.

Ustalenie artystyczności i treści danego wytworu umożliwia także dokonanie jego oceny pod względem obowiązujących w społecznym obrocie reguł ostrożności (czyli ogólnie przyjętych zasad postępowania z danym dobrem, które mają zabezpieczać je przed unicestwieniem), tu chodziłoby o reguły ostrożności obowiązujące w okolicznościach w jakich tworzone jest lub prezentowane dzieło oraz reguły ostrożności w samym świecie sztuki. Zwykle pojęcie sztuki buduje u odbiorców specyficzny dystans do komunikatu, można powiedzieć, że na przestrzeni wieków zostały wypracowane szczególne reguły postępowania w odniesieniu do tworzenia i prezentowania artefaktów. Określenie danego zachowania mianem artystycznego – a więc jego pozytywna weryfikacja pod względem reguł, kompetencji i ról pełnionych w świecie sztuki – ma istotne znaczenie dla oceny sposobu wykonania danej czynności i podmiotu potencjalnie naruszającego określone dobro. Przykładowo, inaczej odbieramy nagość w muzeum czy galerii a inaczej w telewizyjnej reklamie, inaczej znieważenie w czasie kabaretowego występu, a inaczej w czasie wymiany zdań na ulicy, inaczej zinterpretujemy mowę nienawiści pojawiającą się na wystawie/koncertie skierowanym przeciwko dyskryminacji, a inaczej na meczu piłkarskim.

Po zdekodowaniu sensów artefaktu, które - podług interpretacji właściwych dla adekwatnej w danej sytuacji wspólnoty interpretacyjnej - wypełniają przedmiotowe znamiona danego typu czynu zabronionego, należy przejść do badania strony podmiotowej twórcy bądź osoby prezentującej dane dzieło. Aby uznać, że tworzony komunikat miał charakter artystyczny – jak już wspominałem – sprawcy powinna towarzyszyć świadomość występowania w roli artysty – autor komunikatu musi chcieć, by było ono odbierane w sposób, w jaki sztuka była

odbierana w przeszłości. Podobnie, gdy sprawca (może to być np. kurator w galerii) rozpowszechnia komunikat musi chcieć, aby komunikat ów był traktowany w kategoriach artystycznych – jako dzieło sztuki. Wbrew twierdzeniom części nauki prawa (zob. uwagi niżej), ustalenie artystycznego celu działania sprawcy nie powinno automatycznie prowadzić do negatywnej oceny wypełnienia przez niego znamion czynu zabronionego – nawet tworząc czy prezentując sztukę można jednocześnie obejmować świadomością i chcieć tego, żeby dany artefakt był wyrazem nienawistnych lub znieważających treści i jako taki był odbierany we wszystkich wspólnotach interpretacyjnych. By uprawdopodobnić jakie treści wiązał z dziełem sam artysta należy powiązać sensy ustalone na potrzeby strony przedmiotowej z jego osobą, głównie poglądami, dotychczasowym dorobkiem artystycznym oraz kontekstem powstania i prezentowania dzieła.

Podsumujemy dotychczasowe ustalenia odwołując się do przykładu. W styczniu 2007 roku polski artysta Peter Fuss zawiesił nielegalnie na billboardzie przy ogólnie dostępnej ulicy w Koszalinie plakat z wizerunkami ponad 50 osób (m.in. Lech Kaczyński, Ludwik Dorn, Tadeusz Mazowiecki, Władysław Bartoszewski, Aleksander Kwaśniewski, Andrzej Wajda, Paweł Althamer) i napisem „żydzi won z katolickiego kraju”. Nawiązując do wywodów powyżej - by ustalić w ramach strony przedmiotowej treść wypowiedzi należałoby odwołać się do szerokiej wspólnoty interpretacyjnej osób niezainteresowanych sztuka współczesną, ale posiadających podstawową wiedzę o stosunkach społeczno-politycznych w Polsce. Na tej podstawie można, przyjąć, że treść plakatu wypełniała znamiona przedmiotowe przestępstwa z art. 257 k.k.: „Kto publicznie znieważa grupę ludności albo poszczególną osobę z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu jej bezwyznaniowości [...] podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.” Jednak ta streetartowa akcja była częścią większej wystawy Fussa prezentowanej w koszalińskiej galerii SCENA zatytułowanej *Jesus Christ King of Poland* (tytuł nawiązywał do ówczesnej inicjatywy prawicowych posłów, aby intronizować Chrystusa na króla Polski). Artysta w pomieszczeniach galerii zamieścił wydrukowane zrzuty z ekranu „katolickich i patriotycznych” stron internetowych nawołujących do nienawiści religijnej, narodowej i rasowej. Wśród wydruków była lista 2000 nazwisk „żydów polskich” uznanych przez jedną ze stron internetowych za wrogów Polski. Właśnie z tej listy artysta wybrał nazwiska osób, których wizerunki umieścił na plakacie. Dla ustalenia znamion podmiotowych czynu Fussa konieczne jest odwołanie się do całego kontekstu wystawy, który dla osób należących do świata sztuki dosyć jednoznacznie wskazuje, że Fuss w przewrotny sposób wykorzystał język nienawiści. Sposób ów nazywa się subwersją i polega na tym, że poprzez powtórzenie negatywnie ocenianych zjawisk zmierza się do ich krytyki, przy czym towarzyszy temu zwykle

delikatne przesunięcie w kodzie zawarte albo w samym artefakcie, albo w kontekście jego prezentacji. Dotychczasowy dorobek Fussa wskazywał, że często posługiwał się strategią subwersji, a prezentowane przez niego poglądy potwierdzały, że negatywnie oceniał wszelkie przejawy ksenofobii. Dlatego za wiarygodne należałoby uznać wyjaśnienia artysty, że wywieszając plakat nie zamierzał znieważać, a jedynie poprzez prowokacyjne powtórzenie powszechnie dostępnych w internecie, nienawistnych materiałów, zwrócić uwagę na poważny problem społeczny. Tym samym nie można było Fussowi przypisać umyślności wymaganej do skazania na podst. art. 257 k.k.

Analogiczna procedura może mieć zastosowanie do utworów muzycznych. Umieszczone na stronach Otwartej Rzeczypospolitej teksty piosenek oraz podane okoliczności ich rozpowszechniania (por. <http://zglosnienawisc.otwarta.org/incydent/1774> i <http://zglosnienawisc.otwarta.org/incydent/1064>) wskazują na to, że zostały wypełnione znamiona przedmiotowe i podmiotowe czynów penalizowanych na podst. art. 119 lub 257 k.k. Można jednak sobie wyobrazić sytuacje, w których tego rodzaju utwory wykorzystywane są przez artystów, muzyków czy inne podmioty subwersywnie, co – w zależności od kontekstu rozpowszechniania utworów - prowadziłyby do braku wypełnienia znamion przedmiotowych albo podmiotowych przestępstw z art. 119 i 257 k.k. Taka sytuacja wymaga jednak każdorazowo starannego badania całokształtu okoliczności sprawy, z uwzględnieniem całokształtu okoliczności prezentowania dzieła oraz warunków sytuacyjnych związanych z artystą lub innym podmiotem (np. kuratorem wystawy, prezenterem radiowym) wykorzystującym dany materiał. Warto podkreślić, że przyjęcie funkcjonowania w polskim systemie prawnym pozaustawowego kontratypu sztuki uniemożliwiłoby niuansowanie tego typu sytuacji i prowadziło do automatycznego uniewinnienia artystów bądź osób udostępniających ich dzieła bez względu na to, w jaki sposób i w jakim celu posługiwali się mową nienawiści. Jak się wydaje, taka blankietowa dekryminalizacja działalności artystycznej w ramach abstrakcyjnych kryteriów wyłączenia bezprawności czynu byłaby niedopuszczalna.

Kontratyp sztuki w art. 256 k.k.

Zwolennicy funkcjonowania pozaustawowego kontratypu sztuki zdają się nie do końca rozumieć złożoność współczesnej produkcji artystycznej i – mimo, że historia sztuki zna bardzo wiele przykładów tworzenia dzieł wybitnych, które miały służyć złej sprawie - prezentują dosyć naiwne przekonanie, iż przekaz artystyczny ze swej natury musi być dobry. Wyrazem takiego

myślenia wydaje się być treść art. 256 k.k. - zgodnie z tym przepisem: § 1. Kto publicznie propaguje faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa lub nawołuje do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. § 2. Tej samej karze podlega, kto w celu rozpowszechniania produkuje, utrwala lub sprowadza, nabywa, przechowuje, posiada, prezentuje, przewozi lub przesyła druk, nagranie lub inny przedmiot, zawierające treść określoną w § 1 albo będące nośnikiem symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej. § 3. Nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego określonego w § 2, jeżeli dopuścił się tego czynu w ramach działalności artystycznej, edukacyjnej, kolekcjonerskiej lub naukowej.

Dodanie w 2009 roku § 3 zawierającego kontratyp sztuki może prowadzić do paradoksalnych i niepożądanych sytuacji. Rozpatrzmy dwa kazusy: artysta tworzy billboard z treściami, które realizują znamiona nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych i rasowych, jednak jest on częścią większego przedsięwzięcia wystawienniczego, w którym wykorzystywana jest strategia subwersji - osobiste poglądy artysty oraz planowany kontekst przyszłej prezentacji artefaktu wskazują jednoznacznie, że swoim zachowaniem zmierza on do wywołania poznawczego szoku u widza i refleksji potępiającej różne przejawy ksenofobii i rasizmu. W takiej sytuacji wyłączenie odpowiedzialności artysty może nastąpić już na etapie badania strony przedmiotowej, ewentualnie podmiotowej czynu. Kontratyp z § 3 sugeruje jednak, że twórca mimo wszystko wypełnił znamiona przestępstwa, a wyłączenie odpowiedzialności karnej odbywa się na dalszym etapie poprzez zakwestionowanie bezprawności czynu. Z kolei w drugiej sytuacji artysta tworzy billboard o analogicznych treściach, jednak kontekst jego prezentacji oraz zachowania artysty wskazują, że komunikat ma być odbierany wprost na podstawowym poziomie dekodowania, a nie rozpatrywany w horyzoncie subwersji. Innymi słowy, plakat wyraża rzeczywiste rasistowskie i ksenofobiczne poglądy autora. Mimo to, zgodnie z § 3 art. 256 k.k. produkowanie, utrwalanie lub sprowadzanie, nabywanie, przechowywanie, posiadanie, prezentowanie, przewożenie lub przesyłanie przez artystę takiego dzieła, nie byłoby bezprawne, gdyż wchodziłoby w obręb działalności artystycznej. Twórca uniknąłby odpowiedzialności karnej na podstawie usankcjonowanego przepisem § 3 kontratypu sztuki.

Podobne problemy mogą pojawić się przy twórczości muzycznej. Wydaje się, że sytuacja, w której twórcy o rasistowskich poglądach produkujący i wykorzystujący do produkcji utworów nienawistne materiały, nie podlegaliby odpowiedzialności karnej na podstawie

kontratypu z § 3, stanowi skutek uboczny nieprzemyślanej nowelizacji ustawy i - zważywszy zwłaszcza siłę oddziaływania muzyki popularnej - jest sprzeczna z *ratio legis* art. 256 § 1 i 2.