

## CZY W POLSKIM PRAWIE KARNYM POTRZEBNY JEST KONTRATYP SZTUKI?

Niewątpliwie katalog tak zwanych kontratypów pozaustawowych<sup>1</sup> nie jest katalogiem zamkniętym<sup>2</sup>. Kształtuje się zgodnie z potrzebami społecznymi. Nowe sytuacje kontratypowe powstają pod wpływem zdarzeń społecznych, a stare zanikają, gdy ich znaczenie społeczne wyczerpie się. To właśnie spotkało zupełnie niedawno pozaustawowy kontratyp karcenia nieletnich<sup>3</sup> w jego podstawowym zakresie, czyli w zakresie fizycznego karcenia (zwykle naruszenie nietykalności cielesnej). Najpierw fizyczne karcenie nieletnich utraciło społeczną aprobatę, a następnie zostało wprost zakazane przepisem ustawy<sup>4</sup>. Nadal za sytuację kontratypową uważa się inne formy karcenia nieletnich, wyczerpujące znamiona przestępstwa, np. krótkotrwale pozbawienie małoletniego wolności (zakaz wyjścia z domu za karę). Jednocześnie obserwuje się ewolucję kontratypu zwyczajowego, dyskusowanego przez środowiska, których może dotyczyć, zarówno co do sytuacji społecznej (np. komu i w jakich okolicznościach można wręczać prezent wyrażający wdzięczność za jego pracę), jak i co do cech kontratypu (jakiego rodzaju prezenty można uznać za zwyczajowo przyjęte).

Kontratypy pozaustawowe mają opis teoretyczny, określający ich warunki, a także wcale

nierzadko bywają rozważane w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Na podstawie tych przede wszystkim źródeł powstaje stosowany w praktyce orzeczniczej opis kontratypu. M. Cieślak nazywa te kontratypy nieskodyfikowanymi<sup>5</sup>. Wynikają one, jego zdaniem, ze zwyczaju bądź sformułowane są przez naukę prawa i respektowane przez praktykę.

Kontratyp sztuki, gdyby uznać jego istnienie, byłby kontratypem pozaustawowym odnoszącym się do sytuacji, w których sztuka wiąże się z popełnieniem czynu zabronionego.

Rozważania szczegółowe odnoszące się do kontratypu sztuki należy poprzedzić przedstawieniem ogólnych racji, uzasadniających istnienie kontratypów w ogóle. Interpretacja tych racji pozwala uznać hipotetyczne sytuacje za kontratypowe lub nie. Spełnienie wymagań kontratypu prowadzi do stwierdzenia, że czyn zabroniony nie jest przestępny. Oczywiście oznacza to, że rozważania, czy w konkretnym przypadku ma miejsce kontratyp, można rozpocząć dopiero w momencie, w którym stwierdzamy, że zdarzenie wypełnia znamiona przedmiotowe czynu zabronionego<sup>6</sup>. Wprawdzie brak winy wyłącza możliwość ukarania za przestępstwo (art. 1 § 3 k.k.), badanie winy

<sup>1</sup> Istnienie kontratypów pozaustawowych kwestionują A. Zoll i W. Wróbel, *Polskie prawo karne*, Kraków 2010, s. 343 i n. Także A. Marek, *Prawo karne*, wyd. 9, Warszawa 2009, s. 168, stwierdza za A. Zollem, że nie jest dopuszczalne tworzenie kontratypów pozaustawowych, ale zarazem wymienia i opisuje sytuacje, które powszechnie się za takie pozaustawowe kontratypy uznaje.

<sup>2</sup> Pisze o tym M. Mozgawa, *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Zakamycze 2006, s. 216.

<sup>3</sup> Zob. L. Andrejew, *Oceny prawne karcenia nieletnich*, Warszawa 1964.

<sup>4</sup> Zob. na temat karcenia małoletnich L. Gardocki, *Prawo karne*, wyd. 18, Warszawa 2013, s. 135–136.

<sup>5</sup> M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 218.

<sup>6</sup> Z tego punktu widzenia proponowane przez J. Warylewskiego „kontratypy wiosenne” nie powinny być rozważane jako sytuacje kontratypowe, gdyż nie sposób wskazać, że czyn sprawcy (np. topienie Marzanny) wypełnił znamiona przestępstwa. Por. J. Warylewski, *Kontratypy wiosenne*, „Palestra” 1999, nr 7–8.

(w rozumieniu prawnokarnym) jest jednak zagadnieniem dalszym wobec kwestii ustalenia istnienia kontraktynu.

Wydaje się, że kontraktyn sztuki, gdyby przyjął potrzebę jego istnienia, jest najbardziej zbliżony do ustawowego kontraktynu stanu wyższej konieczności, uregulowanego w art. 26 k.k. Niewątpliwie bowiem punktem wyjścia dla rozważania potrzeby kontraktynu sztuki jest zaistnienie sytuacji, w której celu artystycznego nie da się zrealizować bez naruszenia prawa.

W doktrynie dzieli się stan wyższej konieczności na sytuacje wyłączenia karnej bezprawności (przy prawidłowym ważeniu dobra poświęconego i ratowanego, czyli gdy dobro poświęcone przedstawia wartość niższą niż dobro ratowane – dyspozycja art. 26 § 1 k.k.) oraz na przypadki wyłączenia winy, gdy proporcja wartości dóbr nie odpowiada tej dyspozycji (dobro poświęcone było takiej samej lub wyższej, ale nie oczywiście wyższej wartości niż ratowane – argument z art. 26 § 2)<sup>7</sup>. Sytuacja taka może mieć miejsce, gdy poświęcenie dobra takiej samej lub nieco (nie oczywiście) wyższej wartości niż dobro ratowane było świadomą decyzją sprawcy czynu, jak i wtedy, gdy popełnił on błąd przy ocenie wartości poświęcanego dobra. Jeżeli sprawca czynu skierowanego na ratowanie dobra poświęciłby świadomie dobro oczywiście wyższej wartości dla ratowania dobra o wartości mniejszej, nie wypełniłby znamion kontraktynu stanu wyższej konieczności i odpowiadałby na zwykłych zasadach. Poświęcenie świadomie dobra o wartości oczywiście wyższej niż ratowane jest, przy spełnieniu innych warunków stanu wyższej konieczności, przekroczeniem granic kontraktynu, co umożliwia zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienie od jej wymierzenia (art. 26 § 3 k.k.).

Wydaje się, że uznanie hipotetycznej sytuacji wypełniającej znamiona przestępstwa za kontraktynową wymaga wskazania racji co

najmniej równych tym, jakie przemawiają za uznaniem tego czynu za zabroniony. Racje te nie muszą być tego samego rodzaju, ale muszą być równej wagi. Uprawnienie do działania w ramach kontraktynu może być określone ogólnie lub też może wymagać ważenia dóbr (poświęconego i chronionego) w konkretnym przypadku. Ważenie dóbr, jeżeli jest przez prawo wymagane, musi przeprowadzić sprawca w chwili czynu i prawo dopuszcza przy tym możliwość błędu (art. 29 k.k.).

Dysproporcja dóbr, polegająca na tym, że dobro poświęcone jest wartości oczywiście wyższej, wyklucza kontraktyn stanu wyższej konieczności. Jeżeli jednak wynika to z usprawiedliwionego błędu sprawcy, który w usprawiedliwiony sposób przypuszcza, że zachodzi kontraktyn stanu wyższej konieczności (wartość mienia poświęconego jest niższa niż ratowanego) – sprawca nie popełnia przestępstwa. Natomiast gdy błąd jest nieusprawiedliwiony – sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary (art. 29 k.k.). Jeżeli konkretny przepis nie wymaga co do zasady ważenia dóbr w chwili czynu, prawo z góry uznaje czyn opisany w typie przestępstwa i sytuację kontraktynową za równoważne. Tak jest przy obronie koniecznej, do której człowiek jest uprawniony przy bardzo szerokim wachlarzu czynów zabronionych (czyn prowokujący obronę konieczną musi być bezprawny, a bezpośredni zamach może być skierowany przeciwko jakiemukolwiek dobru chronionemu prawem). Stwierdzenie nieproporcjonalności zastosowanych środków obrony do niebezpieczeństwa zamachu oznacza, że granice obrony koniecznej zostały przekroczone. Skutek przekroczenia jest taki, że czyn broniącego się uznany zostaje za przestępstwo z możliwością złagodzenia odpowiedzialności karnej (art. 25 § 2 k.k.).

Z tego punktu widzenia słuszne jest uznanie, że „podstawą wszystkich kontraktynów jest kolizja dóbr”<sup>8</sup>. To samo musiałoby dotyczyć kontraktynu sztuki, sytuacji, w której przy

<sup>7</sup> Zob. L. Gardocki, *Prawo karne*, s. 128.

<sup>8</sup> Tak A. Zoll i W. Wróbel, *Polskie*, s. 339.

działalności artystycznej dopuszczono się czynu zabronionego związanego z tą działalnością i istnieją okoliczności pozwalające uznać sytuację za usprawiedliwioną ze względu na dobro pozostające w kolizji z tym, które jest chronione normą ustanawiającą typ przestępstwa popełniony przez sprawcę<sup>9</sup>. Dobrem przeciwnym przy kontratybie sztuki byłaby wolność artystyczna w obu wskazanych w Konstytucji aspektach.

Działalności artystycznej dotyczy norma konstytucyjna, zapisana w art. 73 Konstytucji RP, gwarantująca wolność twórczości artystycznej oraz wolność korzystania z dóbr kultury.

Jak wszystkie wolności konstytucyjne, i ta chroniona Konstytucją działalność musi mieścić się w granicach prawa<sup>10</sup>. Problem ewentualnego kontraktu i jego zakresu powstaje, gdy działalność artystyczna przekracza granice prawa pozytywnego. Oczywiście nie każde dobro może zostać naruszone (poświęcone) ze względu na sztukę. Artysta, świadomy naruszenia dobra, musi ważyć jego wartość w stosunku do dobra w postaci wolności artystycznej.

Usprawiedliwione, w sensie tworzące kontrakt, byłoby tylko naruszenie dobra o wartości co najwyżej równej dobru w postaci wartości artystycznej. Naruszenie dobra o wartości oczywiście wyższej nie uzasadniałoby przyjęcia kontraktu. Co najwyżej, przez analogię do stanu wyższej konieczności, można by uznać tę sytuację za przekroczenie granic kontraktu, uzasadniające nadzwyczajne złagodzenie kary. Przy czym ważenie dóbr nie jest wcale łatwe i wszelkie przykłady musiałyby przedstawiać sytuacje krańcowe (np. poświęcenie zdrowia człowieka dla osiągnięcia efektu artystycznego).

Sytuacja kontraktowa może mieć miejsce

na dwóch etapach działalności artystycznej: na etapie tworzenia dzieła artystycznego i na etapie rozpowszechniania tego dzieła (wystawiania, publikacji, udostępniania na rozmaitych polach eksploatacji).

Na etapie tworzenia dzieła artystycznego może mieć miejsce naruszenie różnych przepisów, między innymi z obszaru prawa pracy, prawa cywilnego, prawa ochrony zwierząt, prawa karnego. Warto rozważyć, czy i pod jakimi warunkami takie naruszenia mogą być usprawiedliwione poprzez uznanie za sytuację kontraktową. I czy jest potrzeba szukania tego rodzaju usprawiedliwienia. W polskiej literaturze przedmiotu kwestia ta była rozważana przede wszystkim na tle zarzutu postawionego Dorocie Nieznalskiej, którą oskarżono o naruszenie art. 196 k.k. przez prezentację dzieła artystycznego<sup>11</sup>. Zaprezentowane dotychczas w polskiej literaturze prawniczej poglądy zostały obszernie streszczone przez M. Bieczyńskiego<sup>12</sup>, który opatrzył je w niektórych punktach krytycznym komentarzem. Wszystkie koncepcje odnoszą się do zaprezentowanego dzieła, jeżeli z jego prezentacją wiąże się wypełnienie znamion przestępstwa.

Chciałabym najpierw rozważyć, czy mogą istnieć sytuacje, w których naruszenie prawa następuje na etapie tworzenia dzieła, i czy mogą one być rozważane jako sytuacje kontraktowe. Sytuacje mogą być różne, poczynając od streetartu, gdy sztuka powstaje z naruszeniem prawa własności, np. na ścianie cudzego domu. Czy cel artystyczny twórcy oraz wartość artystyczna dzieła mogą zostać uznane za kontrakt w przypadku zniszczenia mienia? Czy można ważyć dobra i doprowadzić do wyłączenia bezprawności w takim przypadku? Z reguły brak jest w tej sytuacji przesłanki

<sup>9</sup> O kształtowaniu się kontraktu działalności artystycznej pisze A. Marek, *Prawo karne materialne*, Zakamycze 2006, s. 216.

<sup>10</sup> Z tego powodu nie można uznać normy konstytucyjnej za podstawę konstruowania kontraktu. Konstytucja nigdy nie ustanawia wolności absolutnej. Art. 73 Konstytucji: „Każdemu zapewnia się wolność twórczości artystycznej, badań naukowych oraz ogłaszania ich wyników, wolność nauczania, a także wolność korzystania z dóbr kultury”.

<sup>11</sup> Dziełem tym była instalacja zatytułowana *Pasja*, której elementem był krzyż i męskie narządy płciowe.

<sup>12</sup> M. M. Bieczyński, *Prawne granice wolności twórczości artystycznej w zakresie sztuk wizualnych*, Warszawa 2011, s. 311–323.

niemożliwości osiągnięcia celu artystycznego w inny sposób. Mogłoby się wprawdzie zdziwić, że mamy do czynienia z dziełem sztuki o charakterze agitacyjnym (propagandowym), ale i wtedy nie wydaje się, że cel artystyczny nie może zostać osiągnięty w inny sposób. Ustalenie przesłanki niemożności osiągnięcia celu w inny sposób wydaje się być pierwotne wobec ważenia dóbr i ustalenia artystycznego celu działania sprawcy<sup>13</sup>. Istnienie innej, niepowodującej naruszenia prawa, możliwości zrealizowania dzieła wyłącza możliwość rozważania kontraktynu sztuki jako podstawy wyłączenia odpowiedzialności karnej.

Sytuacją, w której rozważania dotyczące kontraktynu na etapie tworzenia dzieła mogą być uzasadnione, jest narażenie człowieka na niebezpieczeństwo w procesie tworzenia dzieła artystycznego, z reguły filmu. Kaskader wykonujący podczas zdjęć filmowych określone scenariuszem niebezpieczne zadania często zostaje narażony na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Narażenie człowieka na tego rodzaju niebezpieczeństwo wypełnia znamiona art. 160 k.k. i nie wydaje się, by przestępność tego czynu można było wykluczyć przez zgodę kaskadera (pokrzywdzonego). Wymagania co do zabezpieczenia prac kaskadera i innych prac niebezpiecznych podczas produkcji filmu określa rozporządzenie<sup>14</sup>. Zapewnienie wymaganych zabezpieczeń, a zarazem niemożność uzyskania odpowiedniego efektu artystycznego innym sposobem, wyłącza przestępność takiego narażenia poprzez kontraktyn sztuki, stosowany na etapie tworzenia dzieła artystycznego.

Pewne sytuacje kontraktynowe mogą mieć miejsce na etapie tworzenia filmu fabularnego w odniesieniu do zwierząt występujących w filmie jako swoiści aktorzy lub jako „rzeczy”,

wobec których dokonywane są określone czynności. Niedozwolone traktowanie zwierząt określone jest ustawą o ochronie zwierząt<sup>15</sup>, która określa, kiedy zabijanie zwierząt jest dozwolone, i opisuje czyny, które uznaje się za znęcanie. Czyny stanowiące znęcanie wymienione są w art. 6 ust. 2 ustawy niewyczerpująco („w szczególności”). Znanne są filmy zawierające sceny z udziałem zwierząt, odpowiadające pojęciu znęcania określonemu w ustawie, np. walki zwierząt, sceny bitewne z udziałem koni. Znanne są także filmy, w których są sceny zabicia zwierzęcia, co na potrzeby kręcenia filmu nie jest dozwolone (ustawa w art. 6 ust. 1 określa wyczerpująco dozwolone przypadki zabijania zwierząt). Znanne są również instalacje artystyczne, do których użyto wypchanych martwych zwierząt, które być może uśmiercono na potrzeby tych instalacji. Czy są argumenty przemawiające za tym, aby dopuścić na potrzeby produkcji artystycznej, np. filmowej, pewne czyny wobec zwierząt, które są zakazane?

Oczywiście z zachowaniem wstępnego warunku, że efekt artystyczny nie może być osiągnięty w inny, dozwolony sposób.

Ustawowe zakazy dotyczące pewnych czynów w odniesieniu do zwierząt przesądza, że dla osiągnięcia celu artystycznego, np. realizacji filmu historycznego z przewidzianą w scenariuszu sceną uboju rytualnego zwierzęcia albo sceną cyrkową z udziałem zwierząt, użycie zwierząt jest w zasadzie zakazane. Nie wydaje się, by cel artystyczny mógł przesądzić o uznaniu kontraktynowego charakteru takiego zachowania wobec zwierzęcia. Zapewne przyjęcie bezwzględniego charakteru zakazów ograniczy możliwości twórczości artystycznej, np. nie będzie można nakręcić sceny uboju rytualnego lub odtworzyć widowiska cyrkowego z udziałem dzikich zwierząt. Pozostaje pytanie, czy dobro zwierzęcia nie należy do tych dóbr,

<sup>13</sup> Tak twierdzą słusznie M. Budyn-Kulik i M. Kulik, *Wolność działalności artystycznej jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną*, (w:) M. Mozgawa, *Prawnokarne aspekty wolności*, Kraków 2006, s. 243.

<sup>14</sup> Rozporządzenie Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 15 marca 2011 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy produkcji filmowej, Dz.U. z 2011 r. nr 75, poz. 401.

<sup>15</sup> Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r., tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 856 ze zm.

które mogą być poświęcone dla zachowania wolności artystycznej. Wydaje się, że opowiedzenie się w tym przypadku za kontratypem sztuki z trudem znalazłoby dziś społeczną aprobatę. Z drugiej strony przy regulacji prawnej pozwalającej w ogóle zabijanie zwierząt w związku z określonymi potrzebami i przy jednoczesnym istnieniu sytuacji, w których cel artystyczny nie jest możliwy do osiągnięcia bez zabicia zwierzęcia (np. scena polowania), można bronić poglądu, że w tej sytuacji zabicie zwierzęcia na potrzeby realizacji filmu stanowiłoby kontratyp. Podobnie można twierdzić, że zabicie zwierzęcia na potrzeby realizacji filmu w sposób niedozwolony (np. rytualny) może być uznane za kontratyp.

Wydaje się jednocześnie, że coraz większa obecnie świadomość społeczna potrzeby zapewnienia odpowiedniej ochrony zwierzętom będzie powodowała, że i oceny prawne postępowania wobec zwierząt z naruszeniem norm ustawowych będą coraz dalsze od możliwości uznania ich za kontratypowe.

Jak natomiast przedstawia się kwestia w odniesieniu do prezentowania dzieł artystycznych<sup>16</sup>? Rozważam sytuację, w której prezentacja dzieła narusza dobro chronione prawem karnym. Najczęściej naruszenie dotyczy chronionych prawem wolności (np. obraza uczuć religijnych, propagowanie faszystów lub totalitaryzmu, znieważenie z powodu przynależności osoby do określonej grupy, a także pornografii). Wolność artystyczna zagwarantowana jest Konstytucją RP dla każdego, bez różnicowania twórców na profesjonalnych i nieprofesjonalnych, mistrzowskich i niemistrzowskich<sup>17</sup>. Rozważania dotyczą więc wszystkich dzieł o charakterze artystycznym na równi. Dzieła nie mogą być różnicowane według arbitralnie ocenianej estetyki (pięk-

na) czy jej braku. Piękno nie jest ogólną cechą charakterystyczną dzieła sztuki. Sztuka może mieć inne cele niż prezentowanie piękna. Piękno w tradycyjnym rozumieniu także jest cechą ocenianą arbitralnie, ocena może być bardzo różna i trudno określić jej kryteria. Jeżeli chcielibyśmy skonstruować kontratyp sztuki odnoszący się do przypadków, gdy prezentacja dzieła artystycznego narusza prawo karne, musiałby odnosić się on na równi do wszystkich tych dzieł.

Natomiast zdefiniowania wymaga pojęcie dzieła artystycznego. Wydaje się, że jedynym możliwym kryterium uznania dzieła za artystyczne jest wytworzenie go w celu artystycznym, bez względu na to, kto dzieło to wytworzył i bez względu na miejsce prezentowania. Ocenie z punktu widzenia zgodności z prawem mogą podlegać w zasadzie tylko dzieła prezentowane publicznie.

Dobrem chronionym przez kontratyp jest ekspresja artystyczna przekraczająca prawnie chronioną wolność artystyczną, określoną w Konstytucji, ze względu na wiążące się z nią specyficzne wartości. Jakże to mogą być wartości?

Po pierwsze, wartością taką może być świadomość historyczna, kształtowanie tej świadomości lub inaczej uzasadniony cel edukacyjny. Dzieło obiektywnie propaguje faszystów, jednakże celem autora nie było propagowanie faszystów, a pokazanie mechanizmu rozpowszechniania się faszystów w latach trzydziestych XX w. Film fabularny przedstawia stosunki polsko-żydowskie, w tym znieważanie ludzi z powodów rasowych. Może mieć to na celu pokazanie zaszłości historycznych. Dzieło artystyczne obrażające uczucia religijne pewnych osób może być pokazane ze względu na inne z nim związane wartości, jeżeli potrafimy

<sup>16</sup> Dzieło artystyczne rozumiem jako wytworzony w celu artystycznym przedmiot lub utwór bez oceny osoby artysty ani mistrzostwa wykonania.

<sup>17</sup> Są w piśmiennictwie prawniczym próby konstruowania cech dzieła artystycznego. J. J. Nalewajko i R. Kubiak proponowali takie kryteria, jak m.in. cel artystyczny, zdrowy i zbawienny faktyczny efekt ogólny dzieła, szczerłość inspiracji, a także instytucjonalna autoryzacja (np. ekspozycja w galerii). Zob. J. J. Nalewajko i R. Kubiak, *Sztuka jako okoliczność wyłączonej bezprawności?*, „Palestra” 2000, nr 9–10, s. 31–43.

je wskazać. Na przykład dzieło artystyczne ma ostrzegać przed pedofilią, jako zjawiskiem rujnującym zdrowie psychiczne dzieci, będących jej ofiarami. Pedofilia bywa często rozważana w kontekście zachowań księży katolickich, co znajduje potwierdzenie w rzeczywistych zdarzeniach. Film ukazujący w fabularnej postaci to zjawisko może obiektywnie obrażać uczucia religijne pewnych osób, a zarazem wartość demaskatorska czy ostrzegawcza przemawia za prezentacją filmu. Przy ocenie okoliczności, które mogłyby uzasadniać przyjęcie kontratypu, istotny będzie nie tylko cel twórcy, ale również rzeczywista wymowa dzieła, oceniana obiektywnie. Trudno jest natomiast skonstruować przeciwwartość przemawiającą za prezentowaniem dzieła artystycznego o charakterze pornograficznym, mieszczącym się w zakresie pornografii bezwzględnie zakazanej (z udziałem małoletniego, zwierzęcia albo z prezentowaniem przemocy). Z pewnością za uzasadnieniem przyjęcia kontratypu sztuki nie może przemawiać sama wybitna wartość artystyczna dzieła. Nawet najwybitniejszy twórca niezwykłych dzieł artystycznych w zasadzie musi poruszać się w obszarze dozwolonym prawem.

W ustawie o ochronie zwierząt<sup>18</sup> zawarty jest przepis (art. 17.6) zabraniający upowszechniania drastycznych scen zabijania, zadawania cierpienia lub innej przemocy ze strony człowieka, której ofiarami są zwierzęta, chyba że sceny te mają na celu napiętnowanie okrutnego zachowania wobec zwierząt. Zakaz wydaje się bezwzględny. Jeżeli jednak podobna scena zawarta jest w dziele artystycznym (np. filmie), możemy konstruować kontratyp, pokazując jako wartość przeciwstawną potrzebę pokazywania pewnych zjawisk historycznych, np. składania ofiar ze zwierząt w kulturach antycznych. Warto dodać, że scen tego rodzaju nie wolno pokazywać nawet wtedy, gdy są wygenerowane bez rzeczywistego cierpienia zwierząt (np. jako produkt animacji kompute-

rowej). Zakazu takiego nie ma co do scen pokazujących okrutne zachowania wobec ludzi, np. okrutne mordy lub sceny gwałtów w filmach fabularnych.

Jeżeli przyjmiemy, że zakaz pokazywania scen okrutnego traktowania zwierząt ma na celu nieoswajanie ludzi z cierpieniem zwierząt, powinniśmy być może podobny zakaz skonstruować także co do scen z udziałem ludzi. Zarazem jest oczywiste, że byłoby to drastyczne ograniczenie wolności artystycznej, szczególnie gdy chodzi o sztukę filmową. Kwestia tego rodzaju była przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego<sup>19</sup>. Wyrok zawiera następującą tezę: „sformułowanie «treści pornograficzne związane z prezentowaniem przemocy» użyte w art. 202 § 3 k.k. obejmuje swoim zakresem także przedstawianie odegranych przez aktorów scen przemocy powiązanych z treściami, o jakich mowa w powołanym wyżej przepisie, jak też tego rodzaju sceny wytworzone za pomocą różnych innych technik wizualizacji”. Zawiera również uzasadnienie tego poglądu, wskazujące na to, że: obrazy zbrutalizowanych aktów płciowych niejednokrotnie rodzą przestępstwa seksualne; okrutne zachowania seksualne obniżają poziom wrażliwości, osłabiają zarówno u mężczyzn, jak i u kobiet współczucie wobec ofiar gwałtu; pornografia z użyciem przemocy zwiększa skłonność do agresywnego zachowania wobec kobiet, a także może kształtować dewiacyjne preferencje. Bezkrytyczne przyjęcie takiego poglądu może z jednej strony stanowić daleko idące ograniczenie wolności artystycznej. Z drugiej zaś strony ważne jest dostrzeżenie problemu obrazów wytworzonych z udziałem aktorów, a nawet zupełnie bez udziału ludzi, a tylko drogą komputerowej animacji.

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że o kontratypie sztuki można mówić w dwóch momentach – na etapie tworzenia dzieła artystycznego oraz na etapie jego prezentacji; kontratyp sztuki może być

<sup>18</sup> Ustawa z 21 sierpnia 1997 o ochronie zwierząt, tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 856.

<sup>19</sup> Wyrok SN z 23 listopada 2010 r., IV KK 173/10, niepubl.



rozważany dopiero w momencie, gdy twórca narusza normę prawną, wolność artystyczna może być bowiem bez przeszkód realizowana w granicach prawa; dziełem artystycznym jest dzieło stworzone z zamiarem artystycznym, niezależnie od jego oceny z punktu widzenia estetyki oraz niezależnie od formalnych kwalifikacji twórcy. Wyłączenie odpowiedzialności karnej poprzez kontratyp sztuki musi opierać

się na wskazaniu wartości co najmniej równych tym naruszonym, ze względu na które istnieje ochrona prawna. Naruszenie dobra chronionego ze względu na cel artystyczny, jeżeli nie jest możliwe wskazanie przeciwwartości usprawiedliwiających naruszenie, mogłoby być rozważane tylko jako okoliczność łagodząca przy wymiarze kary za przestępstwo.

## Summary

*Teresa Gardocka*

### IS THE JUSTIFICATION OF ART NECESSARY IN THE POLISH CRIMINAL LAW?

This article considers the need for recognition of art as a non-legislative lawful excuse for criminal liability in Polish criminal law. This excuse should operate at two separate stages: creation of the artistic work and its presentation. Excuse should probably apply to all artistic work whatever their value and whether by professional artists or not. Exclusion of criminal liability through this type of lawful excuse would require balancing, both at the stage of creation and at the stage of presentation of the artistic work, of the interest affected by the criminal act and the interest of achieving the intended artistic effect. It would also require a finding that the intended artistic effect could not have been achieved without affecting the interest protected by the criminal law.

**KEY WORDS:** non-legislative lawful excuse, art as a lawful excuse, artistic activity

**POJĘCIA KLUCZOWE:** kontratypy pozaustawowe, kontratyp sztuki, twórczość artystyczna